

Letras Jurídicas

Volumen 4

Julio - Diciembre 2001

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad.

Galeana esquina 7 de Noviembre C.P. 91000 Xalapa Veracruz, México

Tel. (2288) 186841

ISSN 1665-1529

letrasjuridicas@hotmail.com y contacto@letrasjuridicas.com

Invitados

REPRESIÓN, JURISDICCIÓN Y RAZÓN DE ESTADO EN EL ORIGEN DE LA LEYENDA NEGRA.

Dra. Regina María Pérez Marcos*

I. Planteamiento

La monarquía absoluta se caracteriza por superar la fragmentación del poder que representaba la monarquía feudal, pero al mismo tiempo la monarquía absoluta se levanta sobre un aparato represor que somete bajo la justificación de **razón de estado** todas las discrepancias internas. Significando que la consolidación del Estado absoluto desplegó un duro instrumento de control y de represión a todos los niveles.

El ascenso de la monarquía absoluta y la dureza de sus manifestaciones comenzó a hacerse sentir tras la derrota de los comuneros, en 1520. A partir de ese momento el absolutismo encontró vía libre en España. Este paso y esta evolución, que posiblemente no tuvieron parangón en ninguna otra parte de Europa, no significó que el panorama quedara reducido a la uniformidad pero vino a entorpecer el desarrollo de algunas energías comunitarias populares, y se mantuvieron actitudes disconformes que llegaron a patentizar una oposición.

Tiempo atrás J.A. Maravall, puso de relieve la existencia detectada desde finales del siglo XV de una oposición que alcanzó a los aspectos fundamentales de la convivencia política. Esta oposición se materializó fundamentalmente en una visión crítica de las cosas (tales como el procedimiento o las actuaciones de la Inquisición, o de la represión contra las minorías étnicas y religiosas), así como en amplios desacuerdos sobre la política de gobierno latentes en una inconfundible oposición contra los gobernantes, que en ocasiones llegaron a convertirse en conflictos.

En este contexto de reflexión se enmarca la controversia mantenida entre la jurisdicción real y la jurisdicción privilegiada foral aragonesa planteada, con ocasión del procesamiento del secretario del Rey Antonio Pérez, huido a Aragón en 1591 de la justicia real que cristalizó en el enfrentamiento del monarca con un bloque oposicionista que puso su autoridad en entredicho.

Como cuestión previa, aunque esencial, es preciso hacer una breve referencia a la evolución del pactismo en la segunda mitad del siglo XVI.

II. La reconducción del pactismo en la segunda mitad del siglo XVI.

* Conferencia dictada por la Dra. Pérez Marcos, UNED, España.

A partir de 1540 la corona había endurecido ostensiblemente su política hacia los fueros de los Aragoneses, tanto a la hora de **imponer sus decisiones** como a la de **escuchar las protestas** de las autoridades encargadas de velar por el recto cumplimiento de los fueros, mostrando un evidente política de intransigencia.

Según Colás Latorre y Salas Ausens se inició entonces una dinámica marcada por la denuncia incesante por parte de los aragoneses, a través fundamentalmente de las Cortes, de los contrafueros y por la exigencia de su reparación, mientras que la Corte se negaba sistemáticamente a atender las quejas e intentaba silenciar las protestas entorpeciendo sus cauces tradicionales. De hecho las Cortes de Aragón (pilar fundamental del régimen foral aragonés) sólo se convocarán tres veces en la segunda mitad del siglo XVI: en 1564, 1585 y 1592.

El desajuste entre monarquía y fueros que comienza a manifestarse por entonces con fuerza por entonces se debía a que para Felipe II era inadmisible actuar conforme a unos principios que él como soberano absoluto no reconocía. Le resultaba muy difícil tener que rectificar sus decisiones por que contravenían unas leyes que él no había dado.

Por su parte en Aragón, dado el carácter castellanizante que presentaba el poder absoluto, la defensa de los fueros se convirtió en un instrumento de afirmación aragonesista frente al expansionismo castellano.

Al finalizar la década de los 80 las relaciones nobleza aragonesa-monarquía habían llegado a tal extremo por la interpretación de los fueros, que la causa de Antonio Pérez se identificó con la pervivencia del régimen foral, y su destino con el de Aragón. Así cualquiera que fuera la solución al problema del ex secretario del Rey esta iba a constituir de antemano la última batalla de una contienda que estaba decidida y perdida desde sus inicios. La presencia de A. Pérez en Aragón huido de las cárceles castellanas, y los posteriores sucesos a que dio lugar constituyeron la prueba definitiva de la evolución del pactismo en el siglo XVI.

Dado el avance del autoritarismo real, la devolución a Castilla de A. Pérez tal y como pretendía la Corte de Madrid, hubiera significado el definitivo sometimiento del reino y el fin del pactismo. Así lo entendieron los fueristas al negarse a entregar a Pérez buscando a través de esta cuestión tanto una **reparación** de las humillaciones que el reino había recibido de su soberano, como una **afirmación** del régimen foral frente al poder absoluto de la monarquía.

La respuesta a la reacción del rey por parte de los fueristas fue la defensa de los fueros al margen de la legalidad, y los resultados de esta política no pudieron ser más negativos aunque, por otra parte, la conducta de Felipe II y sus seguidores en Aragón viniera a legitimar los planteamientos revolucionarios.

III. Las Instituciones aragonesas en el siglo XVI.

La Corona de Aragón se gobernaba por el **Consejo Supremo de Aragón**, del que en 1555 se disgregaron los territorios de Italia para formar su propio Consejo. El Consejo de Aragón residía en la Corte, y se componía de 6 letrados (2 aragoneses, 2 catalanes, y 2 valencianos. El rey ordenaba sobre Aragón a través de este Consejo, y por medio de él se entendía con su representante directo allí, que era el **Virrey** (si este Virrey podía no ser aragonés, o había de serlo fue materia de litigio históricamente desde tiempos de Fernando el Católico, pero el pleito de "virrey aragonés" alcanzó su máxima vigencia en tiempos de Felipe II). Otro magistrado nombrado por el rey, que seguía en categoría al Virrey, era el **Gobernador de Aragón**, cuya función principal era mantener con la suficiente fuerza armada.

Frente al poder real, la representación del pueblo aragonés la tenían las Cortes, no únicas sino independientes de cada reino. Toda ley debía de aprobarse por las Cortes, y ninguna podía derogarse sin su intervención. Estaban representadas en ellas los cuatro brazos: nobleza, caballeros e hidalgos, clero, y ciudades y concejos (Universidades) que representaban el llamado tercer estamento, que se componía en su gran mayoría por miembros de la clase media, potente en Aragón. Cuando las Cortes no funcionaban en los períodos que mediaban entre reunión y reunión, las representaba la **Diputación del reino**, formada por 8 diputados elegidos por las Cortes antes de disolverse. Las Cortes y la Diputación a veces intervenían e interferían la actuación política de los representantes reales.

La Justicia, así como el gobierno, contaba en Aragón con un doble plano: de una parte el de los oficiales representantes del poder central y, de otra, el de sus órganos regionales de regulación.

La justicia real la representaba la **Audiencia Real de Aragón** formada por letrados doctores en derecho y nombrados por el rey entre aragoneses. Los presidía un *Regente de la Audiencia* y había además un *Procurador fiscal* que representaba el Fisco. El Virrey en nombre del Rey presidía las deliberaciones. Este organismo tenía su cárcel real.

En caso necesario la justicia del Rey era intervenida por la jurisdicción que el **Justicia Mayor de Aragón** y su **Corte** tenían depositada en sus manos. El Justicia Mayor de Aragón era nombrado por el Rey pero respetando ciertas tradiciones, tales como que había de ser aragonés y caballero (es decir, no noble o perteneciente a la baja nobleza).

La Corte del Justicia Mayor (compuesta por 5 jueces, lugartenientes del Justicia, y doctores en Derecho) podía intervenir en las

deliberaciones de los ministros reales mediante determinados procedimientos que constituyan los elementos de los privilegios forales, y el orgullo de los aragoneses. De entre ellos eran los más importantes la **Manifestación**, la **Firma**, y la **vía privilegiada** (como categoría menor).

La Manifestación consistía en que si un aragonés preso de la justicia del Rey se creía amenazado de violencia, se *manifestaba* es decir, pedía (él o su representante) al Justicia el derecho de manifestación. La manifestación viene constituida por un conjunto de providencias tomadas por el Justicia Mayor para garantizar a la persona acusada de algún delito que no sufrirá ningún acto antijurídico.

Esto ocasionaba que, sin previa averiguación de si tenía o no razón, el Justicia exigiera la entrega del preso, que era trasladado a la llamada cárcel de los *manifestados*, donde quedaba en seguridad, libre de vejaciones, sin sufrir tormento hasta que el juez real le sentenciara. Una vez sentenciado, el preso era devuelto a la cárcel real para que la sentencia se cumpliera. Consistía, por tanto, en un mecanismo de seguridad o garantía de integridad personal y real.

La manifestación no admitía objeciones, de manera que si los ministros reales se oponían a ella se declaraba *contrafuero*, y el justicia podía proceder a ejecutar el derecho de manifestación, ayudado por la fuerza armada.

Las Firmas de derecho eran procedimientos aún más liberales que la manifestación, consistían en provisiones o cartas que la Corte del Justicia podía dar a personas que acudían a solicitarlas para defenderse de las actuaciones del Rey y de sus ministros, que se supusiera que podían ser opuestas a los fueros. El que obtenía las firmas alcanzaba inmunidad completa y no podía ser molestado en su persona a bienes hasta que se viese si tenía razón contra los jueces, en cuyo caso persistía la inmunidad. En caso contrario la firma le era revocada. Recibía este nombre porque para obtener la firma, el que la pide asegura mediante fianza que estará a derecho ante aquel tribunal.

La firma se obtenía mediante petición previa con fiadores que acreditaban que el solicitante estaba perseguido y que en caso de ser condenado se sometería a la sentencia. La revocación de firma era solicitada de forma similar.

Por supuesto, los vasallos de señorío jurisdiccional no tenían acceso a la manifestación ni a la firma de derecho frente a su señor o frente a los oficiales del Rey. Asimismo eran excluidos de manifestación los acusados de defraudación fiscal y los acusados de herejía.

La vía privilegiada consistía en que cuando alguien era preso ilegalmente, si esta ilegalidad se probaba, el detenido era puesto en libertad, y el reo podía entonces fugarse u ocultarse durante un plazo de tiempo breve, pero no impedía que fuese preso otra vez por el mismo delito. Se abusó tanto de este

fkuero aragonés que en las Cortes de Tarazona de 1592 el Rey pidió su abolición, y aunque no se le atendió de forma absoluta, se le pusieron serias cortapisas a este privilegio, quedando de hecho anulado.

Aparte, en Aragón la justicia ordinaria era ejercida por el *Zalmedina*, de nombramiento anual y regio. Aparte, el *Bayle general de Aragón* ejercía una jurisdicción regia especial, tocante a los derecho útiles de la Corona. Había también *Bayles locales*.

Además, en Aragón funcionaba otro tribunal especial: el del *Privilegio de los 20*, que consistía en cuando la ciudad era agraviada de un modo notorio, previa declaración de tal agravio por el Consejo de la ciudad, y previa negativa del agresor a reparar el agravio, los jurados de la ciudad elegían libremente un tribunal de 20 personas que se encargaban de reparar el agravio castigando y, si era preciso matando y despojando de sus bienes al acusado, por la fuerza. Tenía por cárcel la real.

Otro tribunal especial era el del Santo Oficio de la Inquisición de Aragón que actuaba sobre todo el reino. Los inquisidores de Aragón eran nombrados libremente por el Rey, y podían no ser aragoneses. Su sede y cárcel estaba en el antiguo palacio zaragozano de la Aljafería. Este tribunal dependía del Consejo Supremo de la Inquisición asentado en la Corte y presidido por el inquisidor general.

A su vez, también el monarca castellano conservaba un recurso para eludir en parte las trabas de los tribunales regionales, aplicable en el caso específico de que el perseguido fuera criado u oficial de su casa, y aragonés. Era el proceso de *Enquesta* que intentó inútilmente Felipe II esgrimir contra A. Pérez, sobre quien concurrían todos los requisitos. Se trata de un procedimiento análogo a la *Visita* en Castilla, es decir un juicio que el monarca mandaba abrir mediante sus representantes en el reino aragonés (generalmente el Virrey), contra el acusado, sin otro procedimiento que el que el monarca quería, y por tanto sin proceso público, y sin defensa legal para eso, de manera que a veces el acusado se enteraba de que estaba procesado en el momento de leerle la sentencia.

Todos estos elementos van a entrar en conflicto con ocasión de la huida de Antonio Pérez a Aragón.

IV. El caso de Antonio Pérez como factor desencadenante de un conflicto jurisdiccional larvado.

Antonio Pérez, secretario del Rey, encargado de la Secretaría de Estado fue arrestado en Madrid en junio de 1579 bajo la acusación de haber inducido el asesinato de Juan de Escobedo ,secretario de D. Juan de Austria, al que a su vez

se le atribuyeron actividades ilícitas encaminadas al destronamiento de Felipe II. En realidad, el asesinato de Escabedo había sido planeado conjuntamente por A. Pérez y por el propio Rey, y por ello en un principio lo apoyó.

Así la máquina judicial se ponía en marcha contra A.Pérez iniciándose contra él un **juicio de visita** que le permitió en un primer momento permanecer en su casa en una ambigua y cómoda situación de arresto domiciliario, aunque desempeñando su oficio de secretario de Estado, despachando papeles y recibiendo visitas .

Poco se sabe de esta causa civil seguida contra el secretario real, puesto que finalmente desaparecieron las conclusiones del juez visitados, pero sí que se instruyó bajo los cargos genéricos de haber descubierto secretos de su oficio y haber intervenido en los despachos secretos que venían para el rey.

Pero fue un proceso irregular y arbitrario en el que se le culpó de delitos cometidos entre 1571 y 1584 (a pesar de que desde su arresto en 1579 hasta 1582 había seguido despachando), y del que todos salieron desfavorecidos: los letrados perdieron su crédito, el Rey su autoridad, y la justicia su integridad. Las implicaciones de este proceso vendrían a ocasionar un conflicto jurisdiccional sin precedentes.

Antonio Pérez fue condenado en 1585 por la visita, a 10 años de suspensión de empleo de los que pasaría 2 en una fortaleza y 8 desterrado de la Corte católica, además de al pago de 34.000 ducados.

Pasó en cumplimiento de su condena por diversas cárceles, y mientras se le incoaba un nuevo proceso, esta vez criminal, por la acusación particular del hijo de Escobedo, en el transcurso del cual sufrió tormento. En 1590 huyó de la cárcel de Madrid a Aragón donde se refugió en el convento de los Dominicos de Calatayud, desde donde invocó acogerse al privilegio de manifestación por su origen aragonés, en virtud del cual para su propia seguridad fue alojado en la prisión del Justicia mayor de Aragón llamada cárcel foral de los manifestados, desde donde organizó una campaña para ganarse a Aragón secundado por varios miembros de la baja nobleza entusiasmados por los fueros de su país, pero ello desencadenó un conflicto jurisdiccional sin precedentes.

En este momento, al lograr escapar el preso de Castilla y acogerse a los fueros de Aragón fue preciso organizar una nueva estrategia a seguir, y se produjo por ello la primera referencia a la Inquisición. Pero ni siquiera el Santo Oficio de la Inquisición podía actuar en Aragón sin ver su actividad limitada por los Fueros del reino. Se entendía que al estar el preso manifestado ante la Corte del Justicia mayor únicamente de este tribunal dependía decidir su sumisión a otra jurisdicción, habiendo de esperar a que se produjera el incidente de un intento de fuga de la cárcel por parte de A. Pérez.

Esta fuga proporcionaría a las autoridades inquisitoriales la base en que poder sustentarse para la acusación, al ser los propósitos del huido escapar a tierras de herejes donde podía suponerse con fundamento que viviría alejado de la fe católica. Este motivo justificó la actuación de la Inquisición.

Como señala Henry Kamen en una obra de reciente aparición titulada *Felipe de España*, las leyes de Aragón proporcionaban a Pérez protección total contra la acción del Rey, y por ello solicitó que se le procesara en la corte del Justicia Mayor de Aragón, que era independiente del poder de la corona.

Así, en 1590 contra A. Pérez se seguían dos procesos paralelos: uno en Castilla de carácter criminal (que se cerró ese mismo año con sentencia de muerte), y otro proceso en la Corte del Justicia de Aragón, que se cerró sin sentencia.

Aparte, el Rey, que no deseaba sembrar la inestabilidad en una país fronterizo con Francia, tomó medidas urgentes para procesar a Pérez en Aragón, y un mes mas tarde se personaba como acusador de un nuevo proceso de Enquesta contra Pérez. Este proceso fue admitido a trámite por el Justicia (al ser el Rey presunta víctima de las traiciones de Pérez) pero ante la resistencia de algunos aragoneses el proceso se suspendió.

Sería entonces, tras el fracaso de las causas seguidas en la jurisdicción ordinaria cuando, según asegura Gracia Cárcel, al percibir el Rey que podía chocar con las reivindicaciones contenidas en los privilegios de la constitución aragonesa y con los propios fueros, cuando echó mano de un tribunal inapelable: la Inquisición para que reclamase jurisdicción sobre Pérez esgrimiendo la acusación de herejía, que suponía la última posibilidad de obtener la condena de A. Pérez

Objetivamente no parecían existir razones para las fricciones entre la jurisdicción inquisitorial y la Corte del Justicia Mayor de A., ya que la Inquisición poseía un ámbito y unos poderes de actuación estrictamente relacionados con la herjía, aunque, de hecho, la intervención inquisitorial paralizada de antemano cualquier apelación a los recursos forales más flexibles como eran la firma o la manifestación.

La estrecha relación existente entre la monarquía y el tribunal de la Inquisición convirtió a este en un útil instrumento de control político. La elasticidad con que se empleaba el término herejía dejaba a la Inquisición un margen de actuación en actividades no vinculadas a la ortodoxia. Y en este sentido la causa seguida contra Antonio Pérez constituye uno de los ejemplos más conocidos de casos que siendo puramente políticos se encubrieron con la acusación de heréticos al objeto de eliminar las trabas interpuestas por la jurisdicción foral aragonesa que obstaculizaban una rápida condena de A. Pérez.

La Inquisición había llegado a ser un instrumento de gobierno más sumiso al poder de los reyes que al poder religioso de Roma. En el caso de A. Pérez Felipe II incurrió de nuevo en el error de usar ese tribunal (creado para defender la fe

católica) con fines civiles, a los que se quiso dar carácter religioso. El Rey hubo de hacer eso por las trabas que los fueros ponían a la justicia del Rey.

Así los inquisidores de Zaragoza intentaron (y llegaron a conseguir) en 1591 la transferencia del exsecretario del Rey a su propia cárcel situada en el viejo palacio zaragozano de la Aljafería, pero ello provocó la discusión sobre si era o no contrafreno el que un preso manifestado fuera trasladado a la Inquisición, lo que venía a añadirse al tradicional debate de la preeminencia de los fueros sobre la jurisdicción real, que hizo estallar la ira popular por entender que el rey sorteaba la jurisdicción aragonesa privilegiada al arrebatar al reo, lo que ocasionó graves disturbios en la ciudad en Mayo de 1591.

Aunque en el reino de Aragón existían precedentes de conflictividad entre la jurisdicción foral y la inquisitorial, fue en 1591 cuando la defensa de los privilegios forales unida a un trasfondo político y social, adquirirá caracteres de motín antiinquisitorial.

Las revueltas en Zaragoza permitieron en Noviembre de 1591 la huida de Pérez a Francia donde supo que el proceso inquisitorial comenzado en 1591 contra él culminó en Septiembre de 1592 con una condena a muerte por hereje impenitente y la celebración de Auto de fe en el que fue relajada su estatua.

De todos los procesos incoados contra A. Pérez en los 10 años largos que transcurrieron desde su primera detención hasta su huida a Francia, el más notorio fue el seguido ante el tribunal zaragozano de la Inquisición, cuya actividad procesal se desarrolló entre Septiembre de 1591 y Octubre de 1592 en que se pronuncia la resolución del tribunal.

Tras estos graves disturbios los ministros del rey vieron la necesidad de adoptar medidas drásticas, pero el Rey, a la luz de su propia experiencia, estaba determinado a no repetir los sucesos de Flandes recurriendo a medidas de fuerza, si podían bastar las suaves. También le interesaba actuar dentro del marco legal y no fuera de él.

En el proceso surgieron diferencias de opinión sustanciales entre el monarca y sus ministros, que no comprendían la obsesión del monarca por el Santo Oficio. La moderada actitud del Rey encontró un violento rechazo en la Junta de Aragón que se reunía en Madrid, cuyos miembros convenían en que había de darse castigo ejemplar. Aunque algunos habían que pensaban que habían de respetarse los fueros, otros opinaban que en estas circunstancias los fueros no eran funcionales. Para ellos resultaba evidente que el asunto no se hubiera descontrolado a no ser porque la Inquisición intentó meter baza. En consecuencia informaron al Rey para que el S. Oficio reservara su autoridad para los asuntos de su materia, e influyeron para mostrar la necesidad de enviar un ejército a Aragón.

El rey, obsesionado con la captura del exsecretario cometió las mayores torpezas. Tras la pantalla de legalidad se escondía en su conducta el soborno, la

coacción y el más absoluto desprecio por los Fueros. Las quiméricas pretensiones de los fueristas de sustituir el régimen monárquico por otro sustentado en los fueros no tenían la menor posibilidad de éxito. Y el escaso eco que tuvieron los sucesos de 1590-92 a pesar de su importancia para el futuro de Aragón se debió al abandono del pactismo por parte de los sectores más influyentes que habían ya aceptado el poder absoluto del monarca como reorganización política que precisaban estas oligarquías seriamente amenazadas para mantener su privilegiada situación.

Fue este un momento crítico pues nunca, desde la unión de Castilla y Aragón, la corona había levantado un ejército contra Aragón, y desde 1520 no había sido necesario recurrir a las armas en contra de la nobleza. Todas las fases de la represión ulterior quedaron bajo el control de los órganos de Madrid: se ejecutó al justicia mayor, y las Cortes de A. reunidas en Tarazona en 1592 acabaron con los fueros quedaron. El acuerdo alcanzado en ellas trajo la paz a A., pero no tranquilizó a los reinos orientales.

Los problemas habían surgido a causa de las erróneas políticas de Castilla hacia el resto de España.

Los cuatro jueces del tribunal del Justicia mayor dictaminaron que el envío del ejército era un contrafuego o sea, una contravención a las leyes del reino, lo que era una declaración abierta en contra del rey.

En Noviembre los ejércitos reales entraron en Aragón, lo que provocó que los nobles y el Justicia huyeran como delincuentes. Tras la ocupación de Zaragoza el Rey inició una fuerte represión y el inmediato encarcelamiento del Justicia Mayor (llamado Juan de Lanuza), quien fue decapitado públicamente, sin juicio previo.

Con Aragón invadido por las tropas castellanas, en 1592 fueron convocadas Cortes en Tarazona en las que se dictaminaron entre otros puntos, que el Justicia de Aragón podía ser revocado por el rey; que la unanimidad de brazo, necesaria para la aprobación de cualquier fuero, era sustituida por la mayoría; que el privilegio de manifestación se recortaba.

Su destierro duraría 20 años. Pasó en 1592 a Inglaterra donde estuvo hasta 1595 prestando servicios de espía a la reina de Inglaterra, y donde escribió, aparte de una copiosa correspondencia, su obra más famosa, las *Relaciones*. Regresó a Francia donde murió en 1611. Tras su muerte sus hijos promovieron un proceso de rehabilitación de la acusación de herejía, que les sería concedida en 1615, lo que confirma, como ha puesto de relieve García Cárcel, el carácter de farsa de la acción Inquisitorial.

Como conclusión, parece claro que

V. Conclusiones.

La política que siguió Felipe II en este caso era la única posible dentro de los postulados que inspiraban el poder de las nuevas monarquías. Los sucesos de Zaragoza de 1591-92, no significan otra cosa que la reacción de unas minorías que ven su causa definitivamente perdida. Las instituciones aragonesas (la Diputación, los fueros y el justicia Mayor como las más representativas) podían ser controladas por la monarquía, y de hecho lo fueron.

Se trata de una forma de resistencia frente a la imposición del poder absoluto que suponía en este caso la sustitución de los principios pactistas que habían presidido las relaciones monarquía-reino, por aquellos otros que llevaba consigo el nuevo régimen.

Pero la monarquía absoluta no surge como antagonista de los estamentos privilegiados, sino como instrumento de los mismos para asegurar su posición y su control sobre las masas campesinas. Es precisamente en este contexto donde encuentran la explicación completa la política aragonesa de los Austrias, y la reforma/recorte del pactismo.

La actuación de Felipe II en Aragón vino definida en primera instancia por su condición de monarca absoluto, pero su verdadero alcance y contenido estuvo determinado por la propia estructura social del reino.

En Aragón las limitaciones al poder real procedían de los privilegios detentados por la nobleza, pero sobre todo del entramado institucional y legal que los aragoneses habían creado. Mientras los privilegios nobiliarios hacían de cada señor un déspota de sus respectivos territorios (que quedaban fuera de la autoridad real), eran los fueros los que determinaban el carácter pactista y constitucional de la monarquía. En tales circunstancias, la imposición del poder absoluto pasaba forzosamente por el desmantelamiento del régimen foral y por la recuperación de aquellos privilegios nobiliarios que excluían a los señores del control del soberano.

La política de Felipe II chocó frontalmente con el pactismo, pero ni una sola de sus disposiciones parece atentar contra el estatus de la nobleza aragonesa, cuyo único objetivo fue lograr el continuismo.

Pero también en Castilla se había producido un proceso similar. Si bien allí las Cortes habían ya perdido para ese reinado todas sus atribuciones anteriores y habían quedado reducidas a una única cámara y compuestas de 36 diputados representantes de 18 ciudades elegidos por sorteo o rotación entre las oligarquías urbanas o de los magistrados. Había quedado ya eliminado el derecho a su consulta antes de emprender la creación de impuestos extraordinarios, y no podían limitar el en modo alguno el poder de la monarquía personal del rey. Felipe II minó la única prorrogativa que les quedaba en el siglo XVI: la de negar su aprobación a las revocaciones de leyes aprobadas por las Cortes anteriores: "si es necesario anularé sin las Cortes las leyes dadas por Cortes, legislaré por medio de edictos y

"aboliré las leyes por medio de edictos" (Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla, Vol. V.)

A pesar de esto en 1569 el Rey autorizó la publicación de la Nueva Recopilación, o leyes revisadas del reino, que incluían de hecho las leyes que expresamente se afirmaban vigentes los principales poderes de las Cortes en materia legislativa y financiera, pero la diferencia entre teoría y práctica era abismal.

Por su parte, Antonio Pérez es un personaje controvertido que ha sido presentado por la historiografía tradicional española exclusivamente como contrapunto de Felipe II y como principal muñidor de la leyenda negra, por su obra *Las Relaciones*, sin reparar en el papel que le asigna la historiografía extranjera, que convierte a la figura del secretario del rey en el símbolo de "la España que no pudo ser".

En cualquier caso, fue uno de los más importantes representantes del tacitismo, junto con Baltasar de Álamos, y desde el punto de vista literario ejerció una influencia directa en Corneille, Quevedo y Gracián. Los tacitistas, también llamados empiristas, fueron aquellos que, con una visión más o menos realista de los problemas del momento que les tocó vivir, trataron de aplicar soluciones prácticas para resolverlos.

Cuando se apunta la crisis de la monarquía española muchos se dirigen a la lectura de Tácito buscando enseñanzas que permitan superar tantos males en el gobierno de su país. Aunque A. Pérez no fue un hombre de letras, debe ser encuadrado en esta referencia, fundamentalmente por la adecuación de los problemas de una monarquía rodeada de dificultades.

Hay que referir el tacitismo (estudiado principalmente por Maravall, Tierno Galván, y García Marín) a la sensación de inestabilidad de las monarquías, incluyendo la de Felipe II, acosada por enemigos interiores y exteriores, por inquietudes populares, y por rebeldías.

El tacitismo se muestra como cauce de expresión de una conciencia de crisis planteada en este caso en torno a una serie de errores técnicos y conflictos de jurisdicción. Su significación contribuye a conducir al pensamiento del barroco hasta los albores de la Ilustración, y vino a representar un eficaz instrumento de modernización. A él se debe la aplicación de la idea de "experiencia" a la política, y también la tendencia a la secularización (aunque no elimina a la iglesia, la transforma en un instrumento de sometimiento ideológico de la monarquía absoluta).

Una Asamblea Constituyente para México.

(Consideraciones en torno a las relaciones entre ciencia, historia,
política y normativa constitucional, con especial referencia al caso de la
transición mexicana)^{*}

Michael NÚÑEZ TORRES
Rafael ESTRADA MICHEL^{**}

SUMARIO: I.- Un momento crucial para México; II.- Pertinencia de una Asamblea Constituyente mexicana; III.- Peligros que puede conllevar una Asamblea Constituyente según nos enseña el Derecho Comparado Iberoamericano; IV.- Nuestra propuesta.

“Pero si por ‘socialismo’ sólo podemos entender el conjunto de condiciones necesarias para formas de vida emancipadas, sobre las que han de empezar entendiéndose los implicados mismos, es fácil percatarse de que la auto organización democrática de una comunidad jurídica constituye el núcleo normativo también de ese proyecto”.

Jürgen HABERMAS. (Prefacio a *Facticidad y validez*)

“Sea, señores, tal la imagen de la Convención, que ya agitada por la elocuencia tumultuosa de las pasiones, tranquilizadas por las inspiraciones del genio, por la severidad del raciocinio, será siempre el terreno de la Libertad, donde se oiga defender todas las opiniones, discutir todos los principios, refutar todas las preocupaciones, ennoblecere todos los sentimientos y salir sólo triunfantes la razón y la verdad”.

Fermín TORO (discurso pronunciado al inaugurar las sesiones en la Convención Nacional de Valencia de 1858)

I.- UN MOMENTO CRUCIAL PARA MÉXICO

México ha despertado de su largo “letargo autoritario” (para utilizar la expresión del profesor Manuel Alcántara). Y son estos momentos –los que han venido siendo caracterizados como “de transición política”- los que permiten observar con mayor claridad la operación de la teoría y de la historia constitucional en un ámbito que, de ordinario, creemos reservado al frío y automatizado normativismo.

Son momentos en los que los conceptos científicos, que parecían enterrados por una serie de prácticas frecuentemente viciosas, adquieren innegable realidad (y suma utilidad en el terreno de la praxis). Soberanía, Estado democrático de Derecho, Parlamento, Pueblo... en fin, categorías todas que parecen extraídas de libros históricos para escolares se transforman en útiles herramientas discursivas y en indispensables objetos de estudio. Y es que lo peor de las tiranías, decía Borges, está en que fomentan la estupidez. Agregaríamos: y el olvido.

El presidente mexicano Vicente Fox, cuyo mandato deriva de las primeras elecciones presidenciales inobjetables en casi un siglo, ha llamado a realizar una “revisión

* Agradecemos sinceramente la dirección y las apreciaciones críticas formuladas por la Dra. Ángela Figueruelo durante la elaboración de la presente investigación.

** Investigadores del Área de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho Público General de la Universidad de Salamanca.

integral”¹ en la Constitución del país septentrional. Cabe preguntar qué es lo que quiere significarse con expresión semejante. No se trata, se nos aclara, de una reforma total, de una substitución del actual texto constitucional (bajo cuya operación pudo llevarse a buen puerto, con relativo éxito, la primera fase de la transición). Y punto. Más allá de esta “no totalidad” es poco lo que podemos saber. Ello obedece no solamente a la oscuridad de la expresión, sino a la operación de la poco sana tradición reformadora que, obedeciendo al fetichismo institucional-normativo típicamente hispanoamericano, ha convertido a la ley fundamental mexicana en objeto de muy frecuentes y variopintas reformas, subvirtiendo en gran medida su carácter superlegal. El 73% del articulado de la Constitución de Querétaro ha sufrido algún tipo de alteración desde su promulgación en el año de 1917. Los gobiernos del régimen de partido hegémónico (1929-2000) ejercieron, merced a las dóciles mayorías parlamentarias con que contaron -aunadas a la inoperancia de la participación local en la formación de la voluntad federal- con singular fruición las facultades que en la materia les confiere el artículo 135 de la propia Constitución. Durante el período presidencial de Miguel de la Madrid (1982-1988) se reformaron cincuenta y nueve artículos constitucionales. Correspondieron al mandato del presidente Ernesto Zedillo cincuenta y ocho. Si bien estos números contrastan con las modificaciones operadas durante los períodos de Emilio Portes Gil (1928-29, dos artículos reformados) y de Adolfo Ruiz Cortines (1952-58, también dos artículos), no lo hacen con las verificadas en tiempos de Luis Echeverría (1970-76, treinta y nueve) y Carlos Salinas (1988-1994, cincuenta y uno)². Cifras todas ellas que autorizan a replantear el camino que ha seguido el constitucionalismo mexicano, y a hacerlo no solamente desde el punto de vista reformador, sino (y quizás principalmente) desde el conceptual y teórico. En pocas palabras, parece llegado el caso de cuestionar con seriedad lo que ha venido siendo la actuación del Poder Constituyente “permanente”³ -que, por lo que se ve, ha emprendido más de una reforma “integral”- y determinar, a la luz de la Ciencia y de la Historia del Derecho Constitucional, si hacerlo operar de nueva cuenta es lo conveniente en el momento del despertar democrático mexicano.

Desde el punto de vista de la Ciencia y de la Historia, insistimos, pues sabemos muy bien lo que la norma previene al respecto y no quisiéramos entrar en el espinoso tema de los pretendidos “límites” a la acción del Poder Constituyente mismos que en el caso de México, al menos desde un punto de vista estrictamente legal, no existen⁴. El análisis que

¹ FOX, Vicente: “Discurso del Presidente de la República durante la ceremonia que encabezó con motivo del LXXXIV Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. México, 2 de febrero de 2001. Pág. N° 7

² Los datos estadísticos han sido extraídos de la investigación que, con el nombre de “La Constitución en la encrucijada de las reformas”, realizó Edgar EMETERIO para la revista *Vértigo. Análisis y pensamiento de México*. Año I, No. 1, 25 de marzo de 2001. Págs. Nos. 34 y 35.

³ Tal designación, que se corresponde con la de “Constituyente derivado” fue acuñada por el tratadista Felipe TENA RAMÍREZ desde las primeras ediciones de su *Derecho Constitucional Mexicano*; actualmente se halla en un proceso de revisión por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ha afirmado que “las entidades que intervienen en el proceso legislativo de una reforma constitucional, que en el ejercicio de sus atribuciones secuenciales integran el órgano revisor, son autoridades constituidas, en tanto que se ha determinado que tienen tal carácter las que dictan, promulgan, publican, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el acto reclamado”. Sentencia del Amparo promovido por Manuel Camacho Solís, 30 de agosto de 1996.

⁴ No pensamos tampoco, siguiendo a Carl SCHMITT (*Teoría de la Constitución*. Alianza Universidad Textos. Madrid: 1996) que el tema de la reforma de la Constitución sea el fundamental en la teoría de la misma.

pretendemos hacer se basa, más bien, en consideraciones de oportunidad política y de experiencia histórica. El artículo 135 constitucional (de clarísima raigambre angloamericana), que establece (para la reforma de cualquier parte del articulado de la Constitución mexicana) la necesidad de concurrencia del voto de las dos terceras partes de los legisladores presentes en el Congreso con el de la mayoría de las legislaturas de los Estados federados, ha de servirnos exclusivamente como referente necesario para la reflexión histórico-política que pretendemos llevar a cabo. En este sentido, y pensando que durante más de setenta años un mismo grupo dominó casi por entero las Cámaras del Congreso de la Unión y los Congresos de los Estados (aún hoy el mismo partido, ya como oposición a nivel federal, lo hace en dieciocho legislaturas⁵) nos preguntamos si el cauce señalado por el referido artículo fue el adecuado para la correcta expresión de la voluntad soberana que, por mandato expreso de la misma Constitución (artículo 39) corresponde “esencial y originariamente” (esto es, exclusivamente) al pueblo de México.

Intentar esbozar una teoría de la soberanía popular no es fácil. Habida cuenta de la multitud de explicaciones que al respecto se han sucedido durante el desarrollo del pensamiento filosófico jurídico y político, nos enfrentamos al problema de que, en países como el que nos ocupa, la pretendida operación del mismo o no se ha experimentado o ha traído consecuencias desalentadoras. Es difícil, por ejemplo, que un pueblo auténticamente soberano se condene a lustros de inacción política efectiva o permita que se hipoteque impunemente su futuro económico. Mas, en fin, si lo que se quiere es claridad conceptual (y operatividad política) no queda más que comenzar por los cimientos. La doctrina del Poder Constituyente soberano del pueblo podría servir, entonces, para opinar si es o no conveniente que a la reforma “integral” de la Constitución de 1917 que propone el presidente Fox se llegue por el juego legal que señala el antes mencionado artículo 135.

El “leviatán mexicano”⁶ no ha conocido límites (al menos en lo interno). Los conocieron los dioses mitológicos (pensemos en Zeus obligado a mantener la atroz promesa que causaría la muerte de Sémele, o en Febo incapaz de negarse, habiendo empeñado su palabra de honor, al fatal capricho de su hijo Faetón), el Dios de los judíos (comprometido en repetidas ocasiones a guardar la alianza con su pueblo) y hasta los emperadores y reyes cristianos (no en vano Juan Bodino, cuyo apellido se halla tan íntimamente ligado a la idea de soberanía, esbozó su teoría como parte de la lucha de un intelectual “tercer partido” opuesto tanto a las pretensiones papales como a las regias). El camino de la limitación, sin embargo, en ningún caso ha sido fácil. El poder no se resigna de buena gana a verse limitado.

Los Estados modernos, tras de diversas vicisitudes, han acabado por resignarse y aceptar sus límites, marcadamente en el caso de aquellos que condicionan su actuar frente a los individuos que los integran. En este sentido ha sido mucho más “soberano” (es decir, mucho más limitador del accionar de su gobierno) el pueblo francés de la Quinta República que el que disponía de la vida, de la Historia y del futuro de la humanidad en la aciaga

⁵ Cfr. Estudio citado en nota 1.

⁶ Acudimos a la gráfica expresión de David A. BRADING (*Orbe Indiano*. Fondo de Cultura Económica. México: 1998) que, si bien referida al Estado decimonónico, creemos aplicable también al México del siglo XX.

época del Terror revolucionario. Los derechos fundamentales son, así, auténticas expresiones de la soberanía popular. Si por “nación” no se entiende simple y llanamente el grupo de seres humanos que la forman, no existe tal cosa como una “soberanía nacional” y menos aun cuando quienes integran la “nación” no constituyen un conjunto de individuos soberanos (libres, si se prefiere) hallándose, por ende, impedidos para participar en la formación de la voluntad colectiva. La soberanía popular de la que hablamos –vigilante y limitadora de sus gobiernos- posee, en la Constitución, su cauce natural de expresión. Si la Constitución no proviene del pueblo es regulación antijurídica. La Constitución democrática, en cambio, es Derecho. Mejor: la Constitución es Derecho cuando es democrática. Todo lo demás, dígase lo que se quiera, conduce a arar en el mar.

“Constitución” es, así, límite que la soberanía del pueblo impone a la actividad del poder político. Elemental en demasía, sostengamos que esta idea no peca de reduccionista. Al fin y al cabo, sobre ella se ha construido Occidente en las dos centurias pasadas. México, por contraste, no ha podido implementarla en forma satisfactoria, siquiera medianamente. En sus escuelas se siguen explicando el contrato social y la antropomórfica legalidad soberana de Kelsen, pero el mexicano se encuentra imposibilitado de participar en la gran mayoría de las decisiones que, en teoría, deberían de tomarse por el ente soberano que conforma al lado de sus pares. ¿Situación semejante a la que padecen el resto de los pueblos occidentales? Sí y no. Sí, dado que parece claro que el ideal rousseauiano de obedecernos a nosotros mismos obedeciendo la ley que libremente nos otorgamos se halla cada día más distante. No, porque la mayoría de los pueblos que han optado por los sistemas constitucionales poseen, en la Constitución, una garantía de rigidez para sus decisiones soberanas. En mayor o menor medida han participado en la confección de sus textos fundamentales y, dado el carácter rígido de los mismos, poseen cierta confianza en que sus decisiones no se verán alteradas sin que se les consulte (a ellos o a sus descendientes). El caso mexicano, lo muestran con claridad las estadísticas, es sumamente distinto. Si bien el fundamentalismo antidinámico que impide, en razón de temores justificados o de tradicionalismos mal entendidos, adecuar el texto legal constitucional a la variación de las situaciones no puede considerarse benéfico, la falta de estabilidad en la letra de la norma suprema no parece arrojar resultados positivos para los pueblos. Se corre el grave riesgo de que el gobernante en turno utilice a la Constitución como plataforma para su programa político⁷ y de que se termine por perder el respeto debido a la norma básica que se convierte en una expresión más de la voluntad de la élite gobernante, variable según los dictados del capricho y, en consecuencia, ajena a cualquier consideración de esencialidad o trascendencia.⁸ Si a ello agregamos la poca participación efectiva que ha correspondido al pueblo mexicano en la elaboración y adaptación de su Constitución, el círculo vicioso se cierra.

⁷ En México, a pesar del sistema de partido único o hegemónico, el Presidente de la República en turno mostró siempre una considerable capacidad de autonomía al momento de formular su esquema gubernativo. Así, hallamos durante el siglo XX jefes de Estado pertenecientes a casi todas las categorías en que es posible dividir el espectro político, contando siempre con el apoyo incondicional de su partido, que en todos los casos era el mismo.

⁸ Sobre la crisis que respecta al Estado ha representado el existencialismo que se deriva de una certero análisis de la realidad voluntarista moderna *cfr.* GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*. Alianza Universidad Textos. Madrid: 2000).

Precisamente, la transición mexicana ha llegado, con el triunfo electoral y posterior ascenso al poder de Vicente Fox, a un momento crucial, en el que debe discutirse la mejor forma de realizar los cambios necesarios en las instituciones políticas, económicas y sociales mexicanas, muy especialmente en los órganos del poder público, para adecuarlos a las exigencias de un Estado Constitucional moderno, capaz de superar el déficit democrático o los visos de autoritarismo que la Constitución vigente contiene.

El nuevo siglo ha llegado a México con la esperanza de una nueva era, que para ser construida deberá contar con el apoyo de todas las instituciones sociales y de la sociedad civil, de manera tal que la única forma en que los cambios que se requieren pueden llevarse a cabo pasa por la creación de canales y de formas que garanticen la participación de todos los sectores de la vida política, social y económica mexicana. En el debate sobre el país que se quiere la ciudadanía debe tener, necesariamente, una participación de primer orden.

La actual Constitución de 1917 tiene, como hemos dicho antes, carencias democráticas irreconciliables con un Estado Constitucional moderno; se impone una nueva Constitución que contenga reglas de juego democráticas, conformes con las expectativas de la sociedad mexicana. Para la “revisión integral” a la Carta Fundamental de Querétaro se utilizaría el habitual mecanismo de reforma, esto es, el que prevé la misma Constitución y el cual ha sido utilizado en infinidad de ocasiones. El problema que subyace en esta posibilidad radica en que la redacción de lo que debería ser una nueva Carta Fundamental utilizando este mecanismo, supondría una negación al espíritu de participación que la actual transición proclama y que el propio Jefe de Estado declara compartir; y aunque constitucionalmente esta reforma sería válida podría conllevar problemas de legitimidad, por significar una reforma más de las muchas que hasta el presente ha sufrido la Constitución vigente.

El problema que hemos señalado debe su existencia a un choque de principios que ha sido estudiado por Pedro de Vega⁹: el principio democrático -que durante varias décadas había sido prácticamente inexistente en México- colisiona con el principio de supremacía y rigidez constitucional que supone que la revisión constitucional sólo puede operar siguiendo la fórmula diseñada en la Constitución vigente. El primer principio implica aceptar la teoría del poder constituyente como un fenómeno de hecho y que, en consecuencia, ha de ser explicado desde una perspectiva política; en cambio el principio de supremacía constitucional es una categoría jurídica a la vez que un presupuesto necesario para cualquier Estado de Derecho, ya que sirve para fundamentar la explicación del sistema de fuentes y por ende la validez del propio ordenamiento jurídico. Así pues, el *quid* del asunto está en tratar de cohonestar el poder constituyente que, al ser un fenómeno *de facto*, se presenta ilimitado (al menos en teoría) con el poder del constituyente permanente -el mismo órgano del poder constituido que cumple funciones constituyentes, toda vez que revisa la propia norma constitucional- que necesariamente tiene sus límites¹⁰.

⁹ Vid. DE VEGA, Pedro: *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*. Técnicos: Madrid, 1985.

¹⁰ Véase el excelente trabajo del profesor Juan Luis REQUEJO PAGÉS: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 1998. En este sentido el citado autor nos dice: "Con carácter general, los posibles límites al poder de reforma vienen dados por la

II.- PERTINENCIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE MEXICANA

Para tales efectos, la solución que creemos más viable radica en la convocatoria de una Asamblea Nacional Constitucional, con representantes electos directamente por el pueblo y con la misión de redactar un nuevo Texto Constitucional. La Asamblea Constitucional no tendría ninguna limitación por parte del poder constituido, pero tampoco podría tener injerencia en la dinámica de la vida política ordinaria, toda vez que ésta sería ejercida por los órganos del Poder Público federal, estatal y municipal con arreglo al orden constitucional vigente. No negamos que esta posibilidad presenta inconvenientes desde el punto de vista técnico, puesto que la figura no está contemplada constitucionalmente; además, requiere de una voluntad política tal que permita llegar a aceptar que la nueva Constitución sea el resultado de una Asamblea que trate de representar a todos los sectores de la vida social mexicana y no sólo a una élite política encerrada en una cúpula de cristal.

Con todo, los problemas e inconvenientes son superables, incluso sin menoscabo de los requisitos de la técnica constitucional. La implementación de una Asamblea Constitucional en México tiene que ser necesariamente muy cuidadosa para no caer en los graves errores que el Derecho Comparado Iberoamericano muestra y que han significado un profundo sentimiento de frustración para algunos países de nuestro continente.

¿Cómo asegurar la efectiva concurrencia popular en el momento soberano por excelencia, esto es, en el momento constitucional? El sentido común, en esto, tampoco pide imposibles. Se trata simplemente de reconocer que, en Derecho Político¹¹, la verdad es diálogo, es parlamento¹². El valor de la tolerancia (con su correlativo esencial, la ausencia de exclusión) garantiza el acercamiento a la voluntad de la mayor parte de los individuos que conforman la realidad estatal. Y en este proceso no debe despreciarse el valor jurídico y político que posee el consenso.

La historia constitucional mexicana es, por el contrario, la historia de la facción y de la sordera. La representación mexicana en el Constituyente de Cádiz, acaso la más brillante dentro del bloque americano, se topó con una mayoría excluyente (la de los liberales

Constitución misma objeto de revisión, por normas anteriores a ésta última y por normas postconstitucionales." Pág. No. 109.

¹¹ La expresión posee generalmente mala aceptación en el medio español, debido sin duda a que se la relaciona con la nomenclatura que, durante la dictadura del general Francisco Franco, se le dio a la asignatura que se ocupaba de las cuestiones del Estado en un marco carente de Constitución (*cfr.* TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Constitución: escritos de introducción histórica*. Marcial Pons. Madrid: 1996). Nosotros la empleamos no solamente por considerar que posee una raigambre mucho más antigua (hemos encontrado referencias a ella desde, por lo menos, los tiempos de la restauración canovista) sino porque nos parece útil al momento de dejar constancia de la innegable relación dialéctica que existe entre el Derecho Constitucional y la política, constancia que permite superar un normativismo exagerado que a fuerza de reduccionista deriva en inútil.

¹² *Cfr.* KRIELE, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado*. Gedisa. Buenos Aires: 1982. El diálogo resulta, en lo estrictamente jurídico, eficiente: "La reglas del procedimiento del parlamento garantizan que una modificación del derecho no se haga en forma espontánea, sino en un *proceso dialéctico* de confrontación de argumentos y contrargumentos. De ahí surge la probabilidad de que las modificaciones del derecho resulten en mejoras, y no en recaídas en la barbarie". *Ibid.* Pág. N°. 260.

peninsulares) que le impidió sacar a flote su proyecto de integrar a las castas en la vida pública de las Españas. Esta experiencia marcó sin duda la posterior confección de textos constitucionales en México. Llegada la Independencia (1821) el Primer Congreso Constituyente y el improvisado Emperador se enfrazaron en sórdida batalla cuyo resultado fue la no redacción de Constitución alguna y la victoria del bando republicano. El nuevo Constituyente, cuya cabeza sería uno de los diputados de 1812, Miguel Ramos Arizpe, se encargaría de imponer el dogma federal y de denostar no solamente a los centralistas, sino incluso a los federalistas moderados que pugnaban por evitar excesos en la imitación del modelo de los Estados Unidos. Idéntico proceso, aunque en sentido inverso, puede observarse en el Congreso que expediría, en 1836, las centralistas Siete Leyes Constitucionales. De las Bases Orgánicas de 1843 no puede predicarse nada mejor y, pasando por el frustrado Constituyente de 1842 y por la restauración federal de 1847, llegamos hastiados de monólogo a la Constitución de 1857. Todo envuelto en un permanente estado de zozobra, entre asonadas, motines y guerras civiles, sin que liberales y conservadores, monárquicos y republicanos, unitaristas y federalistas, pudieran avenirse en el seno de un Congreso incluyente y tolerante. Lo que representaba la victoria para un bando se traducía en derrota absoluta para el otro. La moderación y el justo medio (al igual que los diputados que pretendían representar ambos valores) se vieron sistemáticamente excluidos. Ocurrió así durante la guerra contra el Segundo Imperio y al restaurarse la República (1867). Ni qué decir del período dictatorial del general liberal Porfirio Díaz (1876-1910). Tras un breve espacio de diálogo abierto y tolerante (el de la democracia maderista, 1910-1913) “los Mexicanos” volvieron a hacer colisión y el Congreso que discutió en Querétaro la Constitución de 1917 no sólo excluyó a los sectores conservadores tradicionales (Iglesia, terratenientes, detentadores de capital) sino a todo tipo de reacción, entendiendo por tal –sin importar en absoluto el aspecto ideológico- a cualquier enemigo de la facción “constitucionalista” que triunfó en la Revolución.¹³ La situación -es evidente- no varió mucho al consolidarse los gobiernos monopartidistas del siglo XX.

Frente a esta realidad alienta descubrir que, en países de tradición semejante a la mexicana, la política de la exclusión ha conseguido revertirse, si bien no sin muchos trabajos. España, por ejemplo, basó la confección de su moderna Constitución en la búsqueda del consenso. Se legalizó al Partido Comunista (en la Ponencia constitucional laboró un destacado miembro del mismo) y se permitió intervenir en el proceso a los restos del franquismo, Movimiento Nacional y Falange incluidos. Ello sin contar a centristas e izquierdistas moderados¹⁴. El resultado: una Constitución técnicamente perfectible pero con una amplia base de aceptación, cuya ambigüedad característica ha posibilitado interpretaciones diferentes e incluso arriesgadas, siempre sobre la base de que la última palabra ha de corresponder a un Tribunal Constitucional bien cimentado en el reconocimiento de su *auctoritas*. La adaptación de las disposiciones del texto supremo a la

¹³ Cfr. ROSAS, Alejandro: “Los derrotados” en *Reforma*. México: 6 de febrero del 2001, Pág. Nº 2C. Para el desarrollo constitucional mexicano, cfr. GALEANA, Patricia (compiladora): *México y sus constituciones*. Fondo de Cultura Económica. México: 1999.

¹⁴ Hemos consultado los siguientes testimonios: SOLE TURA, Jordi: *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*. Alianza editorial. Madrid: 1985 (el autor fue el miembro de la Ponencia constitucional por el Partido Comunista); MORODO, Raúl: *La transición política*. Tecnos. Madrid: 1984; AJA, Eliseo: *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza editorial. Madrid: 1999.

realidad político-social de la península se ha operado sin necesidad de echar a andar un mecanismo de reforma que resulta, de suyo, bastante complicado. El consenso inicial ha permitido, de esta manera, una sana mutación constitucional. ¡Y pensar que las Cortes que, a la muerte del dictador, expedieron la Constitución, ni siquiera se reunieron originalmente con el carácter de constitucionales!

La situación en México, tras las elecciones generales del dos de julio del 2000, dista mucho de ser la adecuada para dejar de lado el consenso. A pocos analistas escapa el hecho de que existen amplias capas ideológicas que carecen de una representación parlamentaria más o menos proporcional a su importancia en influjo entre la población. Así, mientras que lo que llamamos partidos “de derechas”, en virtud de varios factores políticos¹⁵ (y no jurídicos, hay que insistir) se encuentran sobre-representados en los órganos legislativos (que, como hemos señalado, tan importante papel desempeñan en el funcionamiento del Poder reformador de la Constitución), las izquierdas (bien por influjo de una candidatura presidencial poco exitosa, bien por su carácter ajeno a la institucionalidad democrática) apenas han podido ocupar pequeños espacios de influencia en el ámbito parlamentario. No es difícil derivar de esta situación el hecho de que una “reforma integral” que partiera del procedimiento señalado en el artículo 135 tendría pocas posibilidades de proceder de un consenso lo suficientemente amplio. Del otro lado, la conformación de un órgano constituyente *ad hoc* traería consigo no solamente la ventaja de facilitar el diálogo tolerante entre fuerzas populares más eficazmente representadas (se convocaría, desde luego, a elecciones específicas en las que el grado de influencia de los factores anteriormente destacados tendería a ser menor), sino algunos otros beneficios adicionales. Por ejemplo, pienso en lo que significaría un procedimiento semejante en el necesario proceso de recomposición de los partidos políticos nacionales o en el ámbito de la inserción formal de los ejércitos clandestinos de reivindicación indígena –a quienes habría que asegurar representación en el Constituyente– a la nueva realidad democrática del país. Pocas circunstancias más favorables para observar la realidad comunicante que existe entre la Política y el Derecho¹⁶.

No parece deseable, desde ningún punto de vista, el caer en la concepción de la Constitución mexicana como programa político, aun cuando se trate del programa de varias agrupaciones políticas y no del de una sola. Resulta paradójico, sin embargo, que en México la temprana concepción de la Constitución como norma jurídica¹⁷ haya derivado,

¹⁵ Deben ser señalados, al respecto, el “efecto Fox” que llevó a multitud de votantes del candidato presidencial a apoyar las listas de candidatos a legisladores de los partidos que brindaron su apoyo al actual presidente (Acción Nacional y Verde Ecologista), así como el “voto duro” que todavía favoreció al entonces gobernante Partido Revolucionario Institucional.

¹⁶ Si aceptamos que el Derecho es algo más que coacción, tenemos que considerar la idea de que posee un componente de validez estrechamente vinculado al poder político, puesto que la norma jurídica busca cierta justificación que la haga aceptable frente a la mayoría de sus destinatarios. En este orden de ideas, el Derecho se justifica (y, por lo tanto, se hace aplicable) en la medida en que el poder político se justifique, es decir, en la medida en que se vincule efectivamente con la base social. Este proceso biunívoco bien puede caracterizarse como proceso de racionalización jurídica.

¹⁷ Las siete *Leyes Constitucionales* de 1836 preveían ya un sistema de control de la constitucionalidad encargado a un Supremo Poder Conservador. En 1847 se introdujo, a nivel federal, la figura del juicio de Amparo como juicio de garantía constitucional, todo lo cual prueba que desde fechas relativamente tempranas México pudo sustraerse del politicismo ajurídico constitucional que caracterizaba por entonces a Europa.

en la práctica, en un voluntarismo faccioso. Y es que la norma suprema, aunque tal, es norma y, como tal, ha sido vista en México como susceptible de ser reformada al gusto de la voluntad autocrática¹⁸. Por ello es que el vincularla a la Política (mejor: a las políticas, esto es, al pluralismo funcional) permite lograr un mínimo nivel de aceptación pública, nivel que, a querer o no, condiciona la validez y la aplicabilidad del ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. De otra forma (incluida, desde luego, la del Constituyente “permanente”) terminaremos por reincidir en la imposición y la simulación¹⁹ como cauces pretendidamente jurídico-“constitucionales”. Un positivismo voluntarista extremo acaba por llevar a interpretaciones dañosamente subjetivas. Además, los sectores que quedan fuera del proceso político tienden (Chiapas lo demuestra con bastante claridad) a cuestionar la validez del ordenamiento derivado de él. Es, pues, necesario (no solamente desde el punto de vista de la ética, sino desde el de la eficiencia política) hacer caso del consejo de Renán y proceder a “excluir toda exclusión”, recordando siempre que negociar implica tener presentes a todos los intereses en juego y que un auténtico espíritu de consenso busca soluciones lo suficientemente sutiles como para no afectar, en la medida de lo posible, a la mayor cantidad de intereses. La imposición no se justifica. Ni aun el que provenga de la mayoría la justifica: como admite Luz Marina Barreto, siguiendo el pensamiento de Rafael Caldera, “una Constitución no puede estar al servicio de una mayoría, por más grande que ésta sea. Una Constitución tiene que arreglárselas para no dejar fuera ni pisotear las concepciones del bien y la libertad de elección del último de los ciudadanos, sin descuidar a los que no han nacido todavía, ni a los infantes y minusválidos”²⁰.

Un Congreso Constituyente *ad hoc* permitiría, además, trasladar la discusión a foros más amplios que los conformados por las Cámaras del Congreso Federal y las legislaturas locales. La reforma sería discutida en ámbitos académicos y, por una vez, los juristas mexicanos sentirían que no cae sobre ellos la terminante sentencia de Kirchmann en el sentido de que la Ciencia que practican, debido precisamente a la contingencia de su objeto de estudio, se ha transformado en contingente. Ello aseguraría al nuevo texto constitucional, de paso, un mayor nivel técnico. En el mejor de los casos, los operadores políticos tradicionales podrían continuar con sus actividades habituales y ceder su lugar en las listas de candidatos al Congreso extraordinario a personas más calificadas que ellos en lo que respecta a la organización jurídico-política del Estado. Pero esto tal vez sería pedir demasiado.²¹

¹⁸ En la realidad mexicana (ajena a las buenas intenciones y a la letra de la ley), aplicando el concepto de decisión positivamente constitucional propuesto por Carl SCHMITT en su obra ya citada, parece claro que la práctica constitucional se ha decantado por el principio como titular de la soberanía, en lugar de hacer radicar ésta en el pueblo.

¹⁹ No hace mucho se hablaba así (y con justicia) del sistema político mexicano: “Un régimen presidencialista que recuerda más a las monarquías del antiguo régimen que a las repúblicas modernas, un país federal con un centralismo que envidiarían los países de mayor tradición jacobina, un régimen de derechas ultradominante que utiliza con tremendo desparpajo un radical vocabulario izquierdista, un sistema de partido único que se transforma en sistema de partido dominante pluralista, mediante regalo de escaños a diferentes partidos de la oposición”. LABOA, Juan María: “Las elecciones del primero de julio en Méjico”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época). Madrid: Enero-febrero 1980. Pág. N° 223.

²⁰ BARRETO, Luz Marina: “Despotismo e Ilustración”. En *Filosofar sobre la Constituyente*. Memorias del Seminario, marzo-julio 1999. Fondo Editorial Tropykos et al: Caracas, 1999. p.177.

²¹ A la vez que implicaría olvidarse de un sano realismo de corte weberiano: “Toda lucha entre partidos persigue no sólo un fin objetivo, sino también y ante todo el control sobre la distribución de los cargos... En

Virtud adicional del procedimiento consensuado es la estabilidad de sus productos. El poder es, por lo general, refractario a sujetarse a reglas continuas. El Derecho, siempre que le sea desfavorable, debe (en su concepto) cambiar. Frente a ello, la entidad popular soberana posee una oportunidad en la naturaleza intangible de su Constitución. Política, Historia y Ciencia jurídica vuelven a entrelazarse al llegar a este punto. Si bien resulta extrema la afirmación de Agustín de Argüelles, diputado a las Cortes de Cádiz, en el sentido de que “La Constitución realmente (sólo) debe contener lo que se ha de observar en todos los tiempos”²², no cabe duda (y el caso mexicano lo pone de manifiesto con singular claridad) que la permanencia relativa de los postulados constitucionales resulta sumamente efectiva para evitar que el voluntarismo de Estado degenera en arbitrariedad y en prurito reformador: “Es idea muy generalizada (Loewenstein, Hesse) que para mantener su prestigio e, incluso, su eficacia normativa, las Constituciones no deben reformarse con frecuencia”²³.

III.- PELIGROS QUE PUEDE CONLLEVAR UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE SEGÚN NOS ENSEÑA EL DERECHO COMPARADO IBEROAMERICANO

Aunque –es evidente- cada país posee características especiales que lo diferencian de los demás, el Derecho Constitucional Comparado nos permite sopesar paralelismos y contrastes, lo que puede servir para evitar los errores y aprovechar los aciertos cometidos en otras latitudes en situaciones análogas a las que tenemos. En este sentido varios son los ejemplos en Iberoamérica de países que han sido prolijos en recurrir al “Poder Constituyente” a través de Asambleas Constituyentes. En nuestro concepto los ejemplos muestran que los peligros que se presentan con mayor frecuencia son los siguientes:

PRIMER PELIGRO: El primer lugar común en el Derecho Comparado iberoamericano es el hecho, casi sin excepción, de que el proceso surge en razón de una ruptura del hilo constitucional, ya sea porque es el resultado de un proceso revolucionario, de una situación de facto o de la actuación personal, pero de dudosa constitucionalidad, del Jefe de Estado²⁴. Esto genera, a primera vista, una idea negativa de lo que puede significar el proceso constituyente, ya que la experiencia nos enseña que ha supuesto, muchas veces, el abandono de garantías constitucionales en sentido lato, como –sin ir más lejos- el propio principio de supremacía de la Norma Constitucional.

las antiguas colonias españolas, tanto con las ‘elecciones’ como con las llamadas ‘revoluciones’, de lo que se trata siempre es de los pesebres estatales, en los que los vencedores desean saciarse”. Max WEBER. *El político y el científico*. Introducción de Raymond Aron. Alianza Editorial (El libro de bolsillo, sección Humanidades). Madrid: 1986. pp. 100-101.

²² Diario de Sesiones de Cortes, 27-XI-1811 p. 2343 citado por Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA. *La constitución de 1812 y el primer liberalismo español*. Cátedra Fabrique Furio Ceriol. Facultad de Derecho. Valencia: 1978.

²³ DE VEGA, Pedro: *Op. Cit.* Pág. N°. 91.

²⁴ Véase COMBELLAS, Ricardo: “Asamblea Constituyente. Estudio Jurídico-Político”. En *Folletos para la Discusión* N° 18, COPRE, 1992. p. 17. Al analizar la posibilidad de que sea el Jefe del Estado quien convoque a la Asamblea Nacional Constituyente, manifiesta el citado autor su preocupación: “Este caso tiene el peligro que puede conducir a formas plebiscitarias de claro tinte autoritario, **dado que se conciba como medio de evadir los controles constitucionales en vigencia**” (el destacado es nuestro).

Las constituciones poseen en su propio ser mecanismos que hacen posible su reforma. Cuando éstos suponen un grado de complejidad mayor al que ordinariamente se tiene para la creación de leyes se dice que se está ante una Constitución rígida. Este es el caso de las Constituciones peruana, mexicana, colombiana y venezolana y de la mayoría de los textos fundamentales del mundo occidental. Con ello se salvaguarda el principio de la primacía del Texto Constitucional frente a los actos de los órganos de los poderes constituidos que pudiesen menoscabar su efectividad. Por esta razón quienes creemos en la vigencia del Derecho formal como sostén del Estado de Derecho no aceptamos la ruptura sin más del orden constitucional por vías de hecho.

El caso peruano es muy ilustrativo del peligro que estamos advirtiendo. Cierta día (5 de abril de 1992) el presidente Alberto Fujimori decide efectuar lo que la crónica periodística llamó un autogolpe de Estado, y acto seguido convoca a una Asamblea Constituyente que terminaría redactando una Constitución a la medida de las necesidades políticas de la facción gobernante, avalada por un referéndum que la dotó en ese momento de una legitimidad indiscutible. Lo propio sucedió en Venezuela: en 1945 un movimiento cívico-militar terminó con el Gobierno democrático del presidente Isaías Medina Angarita y, acto seguido, la Junta "Revolucionaria" de Gobierno convocó a una Asamblea Constituyente –legitimada democráticamente– que redactó una nueva Constitución al amparo de la cual goberaría el presidente Rómulo Gallegos por menos de un año, ya que su período constitucional se vio truncado por otro golpe de Estado tras del cual, por supuesto, se convocó otra "Constituyente". Cuestión muy distinta son los procesos constituyentes que se presentan después del derrocamiento de dictaduras militares y que se hallan por demás justificados en el hecho incontestable de que tenían que diseñar las instituciones democráticas, inexistentes en regímenes de fuerza (el caso español en 1978 es un buen ejemplo).

El hecho de que el líder carismático de turno que ocupa la presidencia de la República sea en reiteradas oportunidades el que convoque a una Asamblea Constituyente con posibilidades de revertir el orden político se explica por el fenómeno del caudillismo en América Latina, que halló una aparente explicación histórica²⁵ en el siglo pasado, pero que actualmente no posee ninguna justificación. De cualquier manera el caudillo o esa suerte de líder mesiánico sigue, aunque nos duela admitirlo, vigente en la sociología política latinoamericana del siglo XXI, en desmedro de lo que debería ser un régimen institucional. Muchos son los casos que el Derecho Comparado nos muestra en los que la iniciativa presidencial a este respecto va acompañada de una flagrante violación a la Constitución vigente y un duro golpe a la legitimidad de otras instituciones. El resultado es un fortalecimiento nocivo de la figura del Presidente en detrimento del Parlamento o de los órganos del Poder Judicial.

²⁵ Esta justificación histórica se la pretendieron dar los seguidores del positivismo sociológico de principios del siglo XX, fundándose en una visión pesimista que condenaba a Hispanoamérica a mantener la cohesión social gracias a la figura del caudillo, sin la posibilidad real de desarrollar un complejo institucional, conforme con el Estado de Derecho; en Venezuela véase VALLENILLA LANZ, Laureano: *Cesarismo Democrático*. Monte Ávila Editores: Caracas, 1993.

Es el caso del presidente venezolano Hugo Chávez Frías, quien convocó mediante un decreto a un referéndum para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, a través de una suerte de cuestionario que debía ser respondido “SÍ” o “NO”²⁶. En este proceso constituyente, en el cual se invocó hasta la saciedad al “pueblo” como titular de la soberanía, se vio desde el principio la clara intención del presidente de llevar el control de todo el proceso, pasando por alto las previsiones que la Constitución de 1961 al respecto establecía. Basta con mencionar, para demostrar lo anterior, la pregunta segunda del artículo Nº 3 del mencionado decreto, que rezaba así:

¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente? ²⁷

No creemos necesario hacer mayor comentario al respecto de esta pregunta, que por sí sola se explica (y explica muchas otras cosas). El decreto de convocatoria al referéndum tenía como principal fundamento, de conformidad con la exposición de motivos que lo acompañó, dos decisiones tomadas el 19 de enero de 1999 por la otrora Corte Suprema de Justicia, además del supuesto “compromiso moral y político con el pueblo venezolano” y la previsión del referendo en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en concordancia con el artículo 50 de la Constitución de 1961.

En Colombia, el presidente César Gaviria convocó a una Asamblea Nacional Constitucional a través de un decreto que invocaba el Estado de Sitio. El caso no puede, en principio, compararse con el venezolano, puesto que en Colombia el Ejecutivo actuó legitimado por todo un consenso nacional no sólo del cuerpo electoral sino de la gran mayoría de las instituciones del país; Sandra Morelli Rico afirma que “no habría podido el jefe del ejecutivo, cualquiera que fuera independientemente de su liderazgo popular, convocar un proceso de reforma a la Constitución o de sustitución total del texto hasta entonces existente. El consenso previo era indispensable, además, porque se iba a hacer uso de la institución del estado de sitio, institución generalmente concebida y utilizada para mermar la legalidad, las garantías ciudadanas y los espacios democráticos, esta vez para convocar una instancia extraconstitucional –la Asamblea Constituyente–, lo que hacía todo el proceso particularmente *sui generis* y complejo”²⁸.

Admitido lo anterior, es necesario profundizar en los paralelismos y contrastes existentes entre el caso venezolano y el caso colombiano. En ambos procesos los presidentes propulsaron la convocatoria a la Asamblea Constituyente. Pero mientras que el presidente Gaviria obtuvo por consenso un acuerdo entre partidos políticos para convocar por decreto, y en virtud del Estado de sitio, a la que en principio se debía llamar Asamblea

²⁶ Ver Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36,634 del 2 de febrero de 1999.

²⁷ Esta pregunta fue anulada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Venezuela en sentencia de 18-03-1999.

²⁸ MORELLI RICO, Sandra: “El Proceso Constituyente Colombiano de 1991: Tensión entre Legalidad Formal y Democracia”. En Revista *Política y Gobierno* Vol. 1, Nº 1999. Pág Nº 99

Constitucional, el presidente Chávez se apoyó en su aplastante triunfo electoral y en el inmenso respaldo popular, avasallando a las minorías y a las instituciones por igual; al final, y a pesar de los contrastes, ambos mandatarios incurrieron en actos que bien podríamos calificar de inconstitucionales, comenzando por emprender una reforma de la Constitución a través de mecanismos no previstos por el texto fundamental vigente. En cierta manera, desde el punto de vista político, los verdaderos “héroes” en estos procesos eran estos dos señores y no las instituciones sociales, como había sido el caso, por ejemplo, de la Constitución de Venezuela de 1961 o es el de la Constitución Española de 1978. Esto nos lleva al segundo peligro existente.

SEGUNDO PELIGRO: El debilitamiento institucional. Se trata de un problema que es necesario afrontar con sumo cuidado. El fortalecimiento de las instituciones debe ser un fin primordial a ser tomado en cuenta en cada una de las fases del proceso constituyente que se quiere para México. Ese fortalecimiento debe darse dentro de dos percepciones del concepto de institución que no por ser diferentes se deben entender como excluyentes; por una parte la idea de institución como entramado orgánico que cumple una función entendida como positiva para la sociedad y en donde cada individuo o cada elemento cumple un papel determinado. Por otro lado, la idea de institución que se refiere a un orden que la sociedad acepta como positivo, constituyéndose en un mecanismo de control social. Un ejemplo de la primera idea de institución serían los órganos constitucionales (Congreso Nacional, órgano judicial, órgano electoral, presidencia de la República) y de la segunda tendríamos al Derecho mismo, en este caso específico la Constitución como Norma Fundamental.²⁹

Se debe buscar, pues, una legitimación de las instituciones a través de un proceso constituyente que las armonice con las necesidades democráticas de la sociedad mexicana, pero sin menoscabo del orden constitucional vigente, el cual ha sido el fundamento jurídico con el que se ha podido llegar a este momento histórico. Esto se debe hacer respetando las reglas constitucionales vigentes y a la vez haciendo caso del clamor de participación de una sociedad madura para emprender los retos que la democracia plantea. En otras palabras: si el proceso constituyente se desarrolla dentro de cauces democráticos, pero con graves visos de inconstitucionalidad, aun cuando se realice en forma pacífica supondrá un serio desgaste institucional.

Regresemos al Derecho Comparado. En los casos de Colombia y Venezuela que hemos señalado los máximos Tribunales de Justicia de ambos países intervinieron en los debates que los inminentes procesos constituyentes suscitaron, con sentencias que pretendieron barnizar con una apariencia de constitucionalidad a los decretos que prescribían la convocatoria a las Asambleas Constituyentes. De esta forma se evitó, aparentemente, que el proceso que ya estaba en marcha se detuviera y se creara una crisis institucional. Pero podríamos decir que al final se deterioró, en el caso venezolano el

²⁹ Seguimos en gran parte la clasificación de las instituciones en instituciones-personas e instituciones-cosas del insigne profesor Maurice HARIOU: “La Theorie de L’Institution et de la fondation” en *Aux Sources du Droit*, Cahiers de la Nouvelle Journée. N° 23. París, 1933.

cimiento institucional -ya de por sí maltrecho en ese momento-, en el caso colombiano la seguridad jurídica y en ambos casos el principio de la primacía de la Constitución. En Colombia, la propia Morelli Rico reconoce que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de ese país declaró constitucional la convocatoria a la Asamblea Constituyente, cuando en realidad no lo era; pero al mismo tiempo considera que de esta manera se logró que dicho proceso constituyente fuera “*una fiesta de la democracia*”³⁰.

No se trata de pretender que la Jurisprudencia sea tan sólo “boca de la Ley”, como lo pretendió el Estado Liberal Burgués, porque muy por el contrario creemos en su función de garante activo de los derechos y del ordenamiento en general. Es incontestable, sin embargo, que la Jurisprudencia debe velar porque los valores institucionales salgan fortalecidos a través de la resolución del caso en cuestión, cohonestando los valores democráticos pero sin golpear las formas que la Constitución prevé. “*La interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento*”³¹.

Es harto conocido que ha sido la Suprema Corte de los Estados Unidos la que ha permitido, con reticencias y hasta con críticas exacerbadas muchas veces, la adaptación del texto fundamental de 1787 a los cambios que el tiempo va introduciendo en la vida social. Pero hay que estar atentos, porque si bien es verdad que la Suprema Corte ha actuado muchas veces con criterios políticos, a través de una jurisprudencia que ha permitido la adecuación de la Constitución al fenómeno de la relatividad de las instituciones, no es menos cierto que lo ha hecho para mantener la vocación de permanencia que el concepto de Constitución –como institución jurídica– lleva implícito, y entre otras cosas también porque su mecanismo de reforma no hubiese permitido tal transformación. Con razón dice Miguel Carbonell que “*la práctica jurisprudencial estadounidense, a la hora de interpretar la Constitución y sus enmiendas –con un activismo judicial que ha sido cuestionado más de una vez, ha permitido no sólo la supervivencia del texto (se trata de la Constitución más antigua y que todavía se mantiene vigente), sino la posibilidad de conservar un código relativamente actualizado y que, después de más de doscientos años de haber sido expedido, cuenta con poco menos de treinta enmiendas*”³².

En su polémica –lo admitimos– revisión judicial, el máximo tribunal de los Estados Unidos ha logrado un fortalecimiento de sus instituciones. Podríamos convenir, aunque con reservas, que en Colombia la Corte Suprema de Justicia tampoco tenía salida porque era un proceso que se veía imparable y todos los sectores de la vida pública eran conscientes de que debían emprender una reforma que remozara las instituciones en medio de unas circunstancias dantescas. Por eso se vio obligada a realizar todo un razonamiento, con una sentencia del 9 de octubre de 1990, que concluye en aceptar que para poder conseguir la paz era necesario aceptar la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990, sin importar su falta de correspondencia con la Constitución vigente. Pero el voto salvado que suscribieron 12 magistrados nos demuestran no sólo lo cerrado de la votación sino la

³⁰ MORELLI RICO, Sandra: *Op cit.* Pág N° 132-133

³¹ ZAGREBELSKI, Gustavo: *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón y Epílogo de Gregorio Peces-Barba. Editorial Trotta. Madrid, 1.995. Pág N° 133

³² CARBONELL, Miguel: *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 1998. Pág N° 244

diatriba entre la legitimidad democrática y el Principio de Primacía Constitucional. El voto salvado rescata la misión de guardián de la Constitución del Juez Constitucional y critica la sustentación de la sentencia en razones políticas.

Esta diatriba fue resuelta por el Máximo Tribunal venezolano, también con argumentos políticos, pero esta vez sin justificación, porque en este caso sí existían los canales constitucionales pertinentes y se obviaron deliberadamente. Las sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999 que sirvieron de fundamento para el comentado Decreto del presidente Chávez, interpretaron en forma acomodaticia y por lo tanto discutible, los artículos 4 y 50 de la Constitución venezolana de 1.961 y el artículo 181 de la Ley Orgánica sobre el Sufragio y sobre la Participación Política, lo que trajo consigo el debilitamiento del Poder Judicial y del entramado institucional en general, y el fortalecimiento de la figura de Hugo Chávez Frías.

No corresponde a este trabajo tratar de analizar la actuación de la extinta Corte Suprema de Justicia venezolana a través de sus dos sentencias de 1999 -calificadas como poco coherentes en su argumentación y en su claridad conceptual por el distinguido profesor italiano Alessandro Pace³³; pero si podemos destacar el peligro de tratar de hacer actos de magia, a través de sentencias que no pueden avalar procesos “democráticos” sin vulnerar a la Norma Fundamental, y aunque el Derecho es un medio y no un fin sirve como garante precisamente para evitar la anomia y garantizar un orden fundamental en países que pretendan tener un desarrollo posterior hacia un Estado Constitucional.

Sobre el caso venezolano sólo podemos decir que la Corte Suprema de Justicia, asumió unos conceptos equivocados al equiparar la soberanía popular contenida en el artículo 4 de la Constitución de Venezuela de 1961 con el ejercicio del Poder constituyente, consagrado en el Título X ejusdem³⁴; porque también consideró el Derecho de los ciudadanos a participar en una Asamblea Constituyente, a través de la figura del referéndum que preveía la Ley Orgánica citada, como consagrado en el artículo 50 de la Carta Fundamental que comentamos³⁵. Pace anota como la primera “inexactitud” de las sentencias esta identificación entre poder constituyente y soberanía popular reconocida en la Constitución, ya que “el primero es un poder de hecho e ilimitado; la segunda –en cuanto reconocida por la Constitución- se descompone en poderes jurídicos y derechos fundamentales, ambos esencialmente limitados”.³⁶ Es por esto que compartimos la conclusión de Rafalli Arismendi cuando dice que se ha creado un precedente que podría permitir “acudir, al poder soberano originario, con una frecuencia tal que propicie en el país

³³ PACE, Alessandro: “Muerte de una Constitución” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 19. Nº 57. Septiembre-diciembre 1999. Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago. Pág Nº 273

³⁴ El artículo 4 de la Constitución venezolana de 1961 rezaba así: “La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público.” Y el Título X de la misma Carta Fundamental establecía los mecanismos de enmienda y reforma constitucional.

³⁵ Artículo 50 de la Constitución venezolana de 1961: “La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella”.

³⁶ PACE, Alessandro: *Op. Cit.* Pág Nº 277

un estado de anarquía, ingobernabilidad, e inestabilidad”³⁷, lo cual nos lleva a pensar en el tercer peligro.

TERCER PELIGRO: Cuando la sociedad presiona reclamando cambios estructurales, el Derecho tiene que asumir su carácter de producto social. El hacer caso omiso de estos reclamos por parte del status quo puede traer como consecuencia lo que estamos describiendo. No olvidemos, por ejemplo, que el sistema institucional colombiano antes de 1991, por demás agostado, había frustrado en dos ocasiones los deseos de cambio de la sociedad colombiana, que pasaban por intentar reformar la Constitución.

Podemos llegar a la siguiente reflexión ¿por qué la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela pudo crear una forma distinta a la diseñada por el constituyente del 61, cuando en realidad no tenía competencia para ello, y no se permitió al Congreso que acelerara el mecanismo de Reforma Constitucional, a tenor del Título X? De esta manera no se habría vulnerado el artículo 250 de la Carta Fundamental de 1961, que establecía que la Constitución no perdería vigencia cuando su inobservancia fuera la consecuencia de la utilización de medios distintos a los previstos por ella, en cuyo caso todo ciudadano quedaba facultado a luchar para restablecer su vigencia.

De hecho en 1989, durante el gobierno del presidente Carlos Andrés Pérez, se constituyó la Comisión Bicameral de Revisión Constitucional del Congreso de la República, la cual entregó en 1992 un proyecto de Reforma que debía ser aprobado por el Congreso, pero que lamentablemente no llegó a buen puerto porque no hubo, principalmente, voluntad de los partidos políticos, demostración de una ceguera política imperdonable³⁸. Esta ceguera se manifiesta cuando no se perciben las transformaciones que la sociedad ha sufrido. Creemos que en el caso de México son más que evidentes y es la hora de que los partidos políticos asuman su responsabilidad y den un voto de confianza al pueblo mexicano. En los párrafos sucesivos procuraremos señalar un posible camino para ello.

IV.- NUESTRA PROPUESTA

Apelemos de nueva cuenta al Derecho Comparado. En 1992 la Comisión Bicameral para la Revisión de la Constitución de Venezuela, presidida por el entonces Senador Vitalicio Rafael Caldera, entregó un proyecto de reforma constitucional, que como ya dijimos, no logró nunca ser aprobado. Dicho proyecto recogía la posibilidad de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, “Que a juicio de la Comisión tendría el poder originario, en el caso de que el pueblo así lo decidiere. Se establece de esta manera un mecanismo para que sin romper la continuidad jurídica del Estado venezolano, se pueda llegar a decidir, si el pueblo así lo considera necesario, la renovación total de la Carta Fundamental y el funcionamiento y estructura de los Poderes Públicos”³⁹.

³⁷ RAFALLI ARISMENDI, Juan: “El Reconocimiento Judicial del Proceso Constituyente y sus Reformas”. En *Revista Política y Gobierno* Vol. 1, Nº 1.999. Pág Nº 27

³⁸ Vid. COMBELLAS, Ricardo: “El Proceso Constituyente venezolano” en *Revista América Latina Hoy*. Nº 21. Abril 1.999. Pág Nº 25

³⁹ *Proyecto de Reforma General de la Constitución de 1961 con exposición de motivos*. Comisión Bicameral para la Revisión de la Constitución. Caracas, marzo 1992. Pág. Nº 15. El destacado es nuestro.

Se trataba de una verdadera reforma constitucional democrática, puesto que era, a una vez, una apuesta por el pueblo como legitimado para convocar a la Asamblea Constituyente, y por la Constitución de 1961 que se encargaría de regularla según sus propios mecanismos. Es decir, que la Asamblea Nacional Constituyente aparecería como un nuevo mecanismo, distinto de los existentes desde 1961. Aunque el propio Presidente de la Comisión que redactó el Proyecto de Reforma no era partidario de la Asamblea Constituyente, por considerarla “la forma más típica de la democracia representativa y no participativa, porque el pueblo pone su destino total en manos de ochenta, cien o doscientas personas, para que ellos decidan la forma del Estado, la integración de las Comisiones, todo lo que se le pueda ocurrir, porque teóricamente el Poder constituyente es ilimitado.”⁴⁰, el Proyecto recogió la figura en cuestión, la cual ya había sido objeto de numerosos debates y ya estaba como una de las salidas democráticas a la crisis más señalada.

Esta vía no implicaba la ruptura del orden constitucional vigente, ni tampoco la negación del deseo de transformación que existía. No entendemos –dado que no lo explica, sólo lo menciona– el desacuerdo del Profesor Alessandro Pace, cuando considera esta posibilidad desacertada⁴¹. Se trataba de acudir al pueblo, con las reglas de juego que el mismo había impuesto (la Constitución de 1961 fue el ensayo democrático institucional más importante de la Historia Constitucional de Venezuela y uno de los más significativos de la Historia política del presente siglo en Iberoamérica), para replantear el Estado que se quería y que evidentemente era distinto al de hacía 40 años.

En el caso mexicano tenemos una Constitución que si bien no es conforme con las exigencias de la sociedad mexicana actual, en la última elección ha resultado, en nuestra opinión, relegitimada. México tiene ante sí esta posibilidad, puede crear y regular, mediante una reforma a la Constitución de 1917, la figura de la Asamblea Constitucional; si se sigue el procedimiento que prescribe la Carta Fundamental mexicana (que en la práctica ha resultado ser más sencillo de lo que se pudiese pensar) se crearía esta posibilidad de convocatoria, a través del sufragio. Nos ahorraríamos un pronunciamiento judicial con un basamento político, porque todo habría sido hecho conforme a la tesis del constituyente permanente. Sería una Asamblea Constitucional fruto del acuerdo institucional y de la participación popular, la combinación, nada fácil, de democracia representativa y democracia directa⁴².

⁴⁰ CALDERA, Rafael: “Conferencia Inaugural en el tercer Congreso venezolano de Derecho Constitucional”. Universidad de Carabobo, Valencia, Noviembre de 1993. Pág. Nº 46

⁴¹ PACE, Alessandro: *Op. Cit.* Pág Nº 280

⁴² La propuesta no debe entenderse como exclusiva o excluyente. Han surgido planteamientos distintos al nuestro con los que el principio democrático también queda salvaguardado. Es el caso de la propuesta de Miguel ERAÑA en el sentido de reformar el artículo 135 constitucional para exigir el requisito de la celebración de un referéndum que legitime la revisión integral del texto, siempre que se respete el límite material de la reforma que el propio autor ubica en el artículo 41 por lo que toca a las estipulaciones del pacto federal. Cfr. del autor precitado “La enjuiciabilidad material y formal de la Reforma constitucional en México”. *Memorias del IV Congreso de Derecho Constitucional*, México, D.F., febrero 2001.

¿Cuáles serían en México las características de esta Asamblea Constitucional? La pregunta resulta sumamente compleja, pero podemos adelantar algunas reflexiones para comenzar a dar puntos que sirvan al debate que, al respecto, se tendrá que dar:

En primer lugar, la Asamblea Constitucional que diseñe el Constituyente permanente podría ser convocada por el Presidente de la República, con la aprobación de las dos terceras partes de los miembros de ambas Cámaras del Congreso Federal. Evidentemente la participación del Congreso en esta fase poseería un valor más bien simbólico, puesto que, al votar la reforma por la vía del artículo 135 constitucional ya habrán concurrido las voluntades de los dos tercios de ambas Cámaras, así como de la mayoría de las legislaturas locales. No obstante, no carece de importancia que el proceso no sea visto como emanación exclusiva o concesión graciosa del Ejecutivo federal⁴³. Pensamos que el procedimiento electoral que se diseñe en México, a los efectos de esta convocatoria a la Asamblea Nacional Constitucional debe favorecer la pluralidad. Es decir que no bastará con que se llame a elecciones para que se elijan a unos “representantes”, sino que dicha fórmula electoral debe permitir que todos los sectores de la vida nacional tengan realmente la oportunidad de participar directa o indirectamente en el proceso constituyente. La representación proporcional de las minorías es indispensable, porque puede servir para que sectores de la sociedad preteridos en sus derechos, se sientan también partícipes del proceso. Nos reiteramos en la convicción de que la Constitución no debe servir para que se utilicen las mayorías circunstanciales en perjuicio de la pluralidad existente en México. Así las cosas, la Constitución nueva será el producto del consenso y no de una mayoría aplastante, de tal suerte que será la Constitución de todos los mexicanos.

Con respecto a la conformación que tendría esta Asamblea, creemos que debe ser unicameral, conformada por “Representantes” elegidos por sufragio y con los mismos requisitos que se necesitan para ser diputado. Todos los Estados de la Unión deberían tener por lo menos dos Representantes. Debe establecerse un sistema de incompatibilidades que impida que un funcionario público pueda ser elegido representante a la Asamblea Constitucional, a no ser que dimita de su cargo un mes antes de la convocatoria a esta elección extraordinaria.

Otro punto que puede resultar algo oscuro es el referido al carácter originario del poder de la Asamblea Nacional Constitucional. El Proyecto de Reforma venezolano, como se vio, sí lo declaró originario, aunque le puso límites –incluso temporales-. Lamentablemente la experiencia, con el manejo del término “originario” ha sido nefasta. En Colombia, por ejemplo, la Asamblea Constitucional se cambió el nombre por Constituyente, asumió un carácter pretendidamente originario y decidió eliminar al Congreso Nacional. Peor cosa sucedió en Venezuela, donde el caos y la inseguridad jurídica impuestos por una Asamblea Nacional Constituyente, dieron paso a una de las más grandes aberraciones que el Derecho

⁴³ Todo sin perjuicio de que, en el texto definitivo que emane de la labor de la Asamblea Constituyente, se agraven los extremos necesarios para realizar convocatorias semejantes, a fin de brindar estabilidad a la nueva Constitución.

Constitucional moderno ha conocido⁴⁴. Nosotros creemos que se debe tener extremo cuidado con el concepto, ya que está demostrado que despierta tentaciones totalitarias.

Esto significa que por “poder originario” se debería entender, por lo menos a nuestros efectos, la facultad de dictar una nueva Constitución sin estar sometida a ninguno de los órganos del poder constituido. Pero en ningún caso, se podría pensar en que la Asamblea Constitucional Mexicana no tendría limitación alguna. La propia reforma de la Constitución de Querétaro establecerá unas limitaciones que, como dijimos antes, regularían y limitarían a la Asamblea Constitucional. Dichas limitaciones podrían ser:

1.- Con respecto al fin de la Asamblea Nacional Constitucional.- Su finalidad es, únicamente, la de redactar un nuevo Texto Constitucional que sustituya a la actual Constitución, en razón de lo cual no puede, bajo ningún concepto inmiscuirse en la vida política ordinaria, para la cual ya se encuentran los órganos del Poder Público constituido, electos limpiamente y regidos por la Constitución de 1917. Queda claro que mientras no entre en vigencia la nueva Constitución seguirá rigiendo la Constitución de 1917. Por supuesto que no pretenderán los órganos del Poder constituido interferir tampoco en las labores de la Asamblea; al respecto la Reforma Constitucional debe establecer prohibiciones que impidan al Congreso o al Presidente su interferencia. La labor del Presidente debe ser netamente institucional en lo que al proceso constituyente se refiere, pero en ningún caso puede intervenir como parte en el mismo, ni en los comicios electorales para elegir a los representantes ni en la labor de la Asamblea, una vez elegida. Desde luego –sobra decirlo- el principio democrático-consensual debe quedar de manifiesto a través del sometimiento del texto que resulte de la labor de la Asamblea a la aprobación popular por la vía del referéndum.

2.- Con respecto al contenido de la nueva Carta Fundamental que van a redactar.- No sólo están los Tratados Internacionales suscritos válidamente por México⁴⁵, sino que también se deberá tomar en cuenta los valores que la actual Constitución posee. Piénsese, por ejemplo, en los Derechos Sociales, materia en la cual México ha sido pionero en el mundo o también en el tema de la no reelección, cuestión que forma parte de la historia constitucional mexicana y que constituye un freno, quiérase o no, a las pretensiones continuistas de los líderes carismáticos (no estamos totalmente seguros de que esto pueda ser un valor trascendental ya que hay opiniones muy respetables, que apuestan por la posibilidad de reelegir al Presidente). El tema de la forma de Estado resulta un tanto obvio, pero merece la

⁴⁴ En Venezuela, la Asamblea Nacional Constituyente intervino a todos los órganos del poder público, menos al Presidente Chávez, quien había puesto su cargo a su orden, pero que fue inmediatamente ratificado en el mismo. Bien dijo, el entonces miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, Allan R. BREWER-CARÍAS: “*La Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, en mi criterio, ha actuado al margen de los límites que le impuso la voluntad popular al aprobar su Estatuto, particularmente el contenido de su artículo 1º; al aprobar el Decreto de Reorganización de los Poderes Públicos y al aprobar el Decreto de Reorganización del Poder Judicial, decisiones en las cuales invariablemente he dejado constancia de mi voto negativo razonado*”. Ver BREWER-CARÍAS, Allan: “Debate Constituyente” . Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1.999. Pág. N° 76

⁴⁵ Este es el típico límite “supraconstitucional”, pero piénsese en las consecuencias de una Constitución, a cuyo tenor se hiciese inviable el Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos y con Canadá.

pena destacarlo; México es y seguirá siendo una República⁴⁶; es también un Estado Federal, ¿podría pensarse en un Estado fuertemente centralizado? Desde luego que no; en cuanto a la forma de Gobierno, sí es posible entablar un debate que afirme la necesidad de establecer un sistema parlamentario, o un sistema mixto, o quizás un sistema presidencial sometido a controles efectivos que hagan desaparecer las facultades metaconstitucionales del presidente de las que habla el profesor Jorge Carpizo y que en buena medida han desaparecido gracias a la operación del juego democrático.

3.- Límites Temporales.- La Asamblea Constitucional no puede perpetuarse, porque también traería una sensación de inseguridad jurídica y política, ante la incertidumbre de lo que pueda cambiar con la nueva Constitución. La duración de un año que la Comisión venezolana para la Reforma Constitucional establecía nos parece prudente.

Es sumamente importante que este proceso constituyente salga adelante, y si por un lado la nueva Constitución debería mantener la figura de la Asamblea Constitucional como mecanismo de reforma Constitucional, se deben tomar todas las precauciones para que sólo se pueda llegar a él en situaciones que resulten un tanto extremas. Por esto debe mantenerse la figura del constituyente permanente como medio idóneo para las reformas que no afecten al Texto en su conjunto, pero no para “incorporar intereses coyunturales o, simplemente, la visión particular que cada presidente ha tenido sobre las cuestiones que debe contener una Constitución”⁴⁷

Las instituciones sociales, y muy especialmente las instituciones jurídicas deben mantener una actualización que no destruya su vocación de permanencia. Esta característica de relatividad y de permanencia a la vez de la Constitución, la explica Rafael Caldera de la siguiente manera: “Absurdo sería pretender una Constitución eterna. Absurdo sería pretender encadenar el progreso o someter a la nación a una guerra civil cada vez que sea necesario transformar el texto constitucional. Doloroso sería, por otro lado, dar la impresión tan fundamental como la Constitución, sujeta al vaivén de los acontecimientos”⁴⁸

Hasta aquí lo escrito ha tenido por finalidad convencer de la conveniencia de partir de un Constituyente originario al momento de proceder a la “reforma integral” de la Constitución mexicana. Hay que reparar, sin embargo, en que no es el procedimiento de su creación lo que hace más o menos democrática a una Constitución. Su racionalidad y justificación material sólo puede provenir de su contenido (y no de un Constituyente *ad hoc*, ni de un Consejo de sabios, ni de la sujeción de su aprobación a un plebiscito o a un referéndum). Con todo, creemos que el contenido democrático de la Constitución posee posibilidades mucho mayores de aflorar en un ámbito que niega que la categoría fundamental de lo político se halle en la schmittiana determinación de la relación amigo-enemigo, esto es, en la exclusión del contrario, para dar prelación a la discusión tolerante y al acuerdo incluyente. En estas materias pareciera ser cierta aquella sentencia que reza

⁴⁶ Nadie concebiría en México instaurar una Monarquía, como si fue el caso de Brasil, donde a través de un referéndum se le consultó al pueblo tal posibilidad, pero con la diferencia de que en este país sí existió una experiencia monárquica efectiva con la Casa Braganza.

⁴⁷ CARBONELL, Miguel: Op. Cit. Pág. Nº 268

⁴⁸ CALDERA, Rafael: “Enmiendas y Reformas a la Constitución” en *Homenaje a Manuel García-Pelayo*. Tomo I. UCV. Caracas, 1.980. Pág. Nº 113

“origen es destino”, y una Constitución discutida y aprobada con base en un pluralismo que desde hace varios lustros es en México una realidad innegable bien puede transformarse en el ansiado marco que permita el adecuado desenvolvimiento del proceso político cotidiano. En la manera de discutirse los grandes temas de la organización constitucional mexicana va implicada buena parte del éxito de la propia organización.

De entre la multitud de temas que deberán ser analizados en detalle durante el proceso de reforma (sistematización y ampliación del régimen de derechos fundamentales, consolidación del Estado social democrático de Derecho, canalización y fiscalización eficiente del gasto social, jefatura del Estado, racionalización de la administración pública, fortalecimiento del Congreso, reelección de legisladores, operatividad del control de la constitucionalidad, funcionamiento eficaz y ejemplarizante del régimen de responsabilidades de los funcionarios públicos, introducción de la garantía de reserva de ley orgánica, liderazgo en el proceso de integración de Iberoamérica, principios de Derecho Internacional Privado, estados de excepción, y un largo etcétera) hemos elegido uno que, junto con sus ramificaciones, bien puede servir como eficaz ejemplo de la necesidad de consenso que conlleva el procedimiento reformista. Nos referimos al tema del federalismo funcional, cuyas implicaciones son tantas que no creemos que logre llegar a buen puerto a menos que la estrategia de consenso se respete. Y en este caso la dialéctica de la discusión tolerante se impone no solamente sobre los órganos federales sino (como ya se habrá adivinado) sobre los factores locales.

Con cierta amplitud se ha venido discutiendo acerca de la racionabilidad que comportaría una eventual transformación de los regímenes presidencialistas latinoamericanos en sistemas de corte parlamentario. La discusión es interesante y es verdad que no se ha llegado a conclusiones plenamente satisfactorias en ninguno de los dos bandos que la abordan.⁴⁹ Sin necesidad de entrar al debate, podemos delinejar algunas pautas generales que podrían transformarse en válidas estrategias *jurídico-políticas* de acción.

La propuesta de federalismo funcional pasa por consolidar a las fuerzas políticas locales, bien se trate de expresiones menores de las tendencias nacionales, bien de grupos estrictamente regionales que sostengan reivindicaciones y proyectos particulares. En tal estado de cosas los sujetos del consenso reformador se multiplican y la estrategia ha de buscar ser lo más abierta que se pueda. Algo que satisfaga a la mayor cantidad posible de intereses y que no caiga en el fetichismo reformista que transforma el texto literal buscando, con lujo de cinismo, su inoperancia en el terreno de las realidades.

Un elemental realismo político exige no aventurarse a intentar soluciones temerarias que, por exceso de candor, deriven en problemas mayores que aquellos que se pretende zanjar. Entender a la búsqueda de consenso en su sentido dinámico puede cimentar principios de solución más sólidos y eficaces. Así, el *principio dispositivo* ha permitido a

⁴⁹ También es verdad que la discusión sociológica que subyace detrás de este importante tema (y que responde a un cuestionamiento simple: ¿qué hacemos con el caudillo?) no se analiza con la frecuencia y profundidad que serían deseables, acaso por purismos normativo-metodológicos que poco ayudan a la comprensión cabal del problema.

las regiones españolas acceder a un cierto grado de autonomía siempre y cuando así lo deseen (al menos tal parece haber sido la intención del Constituyente de 1978). En este caso, el consenso dista mucho de agotarse en un instante fundacional único para extenderse en el tiempo: nada se impone, todo se decide por parte de los directamente interesados. Algo semejante podría ocurrir con el federalismo mexicano para conectarse, de paso, con la cuestión de la necesaria abolición de caciquismos y caudillajes. El artículo 116 de la Constitución mexicana impone a los Estados miembros de la Federación la obligación de organizarse bajo un régimen de corte republicano presidencialista, a imagen y semejanza del que rige a nivel federal. Con la peculiar preeminencia de los ejecutivos estatales, la organización local reproduce los rasgos caciques que priman a nivel central, con la característica especial de que los gobernadores locales, hasta hace poco tiempo miembros todos de una misma organización partidista nacional, han tendido a convertirse en subordinados del Ejecutivo de la Unión. En este, como en otros muchos casos, el presidencialismo mexicano ha alcanzado rasgos de auténtica patología.

Así es que caciquismo local, presidencialismo omnímodo y federalismo nominal son tres de las realidades con las que los políticos y los juristas mexicanos habrán de encararse a la hora de plantear una reforma al texto de Querétaro. De tales realidades, como de las otras que hallen y sepan interpretar, tendrán que derivar las soluciones normativas que consideren adecuadas y eficaces. Ninguna lo será si parte de la imposición, como hemos procurado demostrar. No alcanzará la necesaria adhesión ni entre las élites partidistas del centro ni entre las diversas fuerzas regionales. En cambio, ciertas reformas constitucionales podrían implicar a los factores políticos en la siempre precaria y continua construcción del consenso por el camino del acuerdo. Una propuesta práctica: reformar el artículo 116 para permitir que los Estados que así lo deseen se constituyan en regímenes parlamentarios de gobierno, a través del ejercicio de un derecho de disposición semejante al que existe para el caso de las autonomías españolas, sin perjuicio de que el gobierno federal conserve por el momento su corte presidencial.⁵⁰

La propuesta no es novedosa siquiera. La Historia da cuenta de sistemas federales en los que han convivido no sólo estados miembros de carácter presidencial con otros de orden parlamentario, sino incluso pequeñas repúblicas con monarquías.⁵¹ Sin mayor éxito, es cierto. Pero en el México actual la propuesta no deja de ser atractiva, en tanto que ofrece cauces novedosos al desarrollo institucional del proceso político y salida a problemas estructurales de ninguna manera desdeñables. Los estados más audaces o aquellos que consideren que su régimen democrático se halla en una fase más avanzada podrían atreverse, sin presión alguna, a ensayar la nueva forma de gobierno, generalmente más estable que la presidencial dado que permite la formación de gobiernos más duraderos y la consiguiente consolidación de los proyectos administrativos. Por su parte, los partidos políticos experimentarían, a no dudar, un importante aprendizaje en lo que se refiere a labores parlamentarias y de gobierno de tal forma que, con este parlamentarismo periférico

⁵⁰ Corte presidencial cuyo acotamiento en la norma y en la praxis urge se plantee con seriedad. Pero ello sería motivo de otro tipo de propuestas, también abarcables, desde luego, en el amplio espectro de una reforma “integral”.

⁵¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Op. Cit.* pp. 219 y 238, con especial referencias a los casos de la India y del II Reich alemán.

y gradual, se conculcaría uno de los mayores peligros que los enemigos del establecimiento de regímenes parlamentarios en América Latina han señalado: la inexistencia de un régimen plural y consolidado de partidos políticos. En lugar de festejar o llorar lo ocurrido el dos de julio del año pasado, las izquierdas y las derechas mexicanas podrían ocuparse en tareas más constructivas como, por ejemplo, la comprensión de la dinámica parlamentaria como fórmula para el acuerdo y la estabilidad de los gobiernos. Con el tiempo, el federalismo mexicano podría transformar sus estructuras⁵² y el principio dispositivo (principio que implica, como pocos, la disposición al diálogo tolerante y respetuoso) podría llegar a hacerse extensivo a la realidad de las regiones mexicanas, más auténtica que la de los frecuentemente artificiales estados federados y que, sin embargo (como ha denunciado el historiador Luis González y González) ha sido preterida en todos y cada uno de los textos fundamentales mexicanos. Piénsese por un momento en lo importante que resultaría para los municipios indígenas el poderse relacionar con otros municipios de su misma región y de características similares sin tener que preocuparse por la mediación de el o los gobiernos estatales en cuyas fronteras se encuentren ubicados por obra y gracia del voluntarismo estatal.

La propuesta aquí expuesta demuestra que nada en el Derecho Constitucional debe considerarse un compartimiento estanco. Lo que en principio parece afectar únicamente al ámbito de la descentralización del Estado produce efectos en el de la forma de gobierno de la República. Sucede como con la norma, la Política, la Ciencia y la Historia. Ninguna de ellas puede dejarse de lado si no quiere caerse en reduccionismos estériles que, tras de operar, llevan a la misma y secular desilusión. Tal vez haya llegado el momento de probar que el Estado moderno puede funcionar con cierta eficacia en zonas geográficas distintas de las tradicionales. Quizá no exista otra forma de probar la vocación universal del Derecho Constitucional.

⁵² Convertirse, verbigracia, en un federalismo de ejecución con un corte más bien germánico, modelo que parece más lógico que el del dualismo anglosajón (imitado desde 1824) en un país en el que los Códigos civiles y penales de los Estados miembros de la Federación responden casi siempre al mismo patrón que, de ordinario, es el del Código correspondiente a la capital de la República.

Sobre el significado de “*Ius*”-“Derecho”*

**Sara Correa
Profesora de la Universidad Estatal de Sao Paulo, Brasil.**

SUMARIO: 1.- Etimología de las palabras “*ius*” y “derecho”, 2. Concepción romana de “*ius*” como “*ars boni et aequi*”

1.- Etimología de las palabras “*ius*”.

La palabra *ius* de origen romano es traducida en la lengua portuguesa como “dereito”¹. El término *diritto*, sin embargo no proviene de *ius*, sino de *directum*, siendo éste el término que dio origen a las traducciones de *ius* en las lenguas modernas, por ejemplo: derecho, *droit*, *diritto*, *recht*, *right*, etc.

Ius, como denominación técnica de derecho, es una palabra de origen antiquísimo y de oscura etimología². Se afirma por otro lado, que la palabra “derecho” se remonta a los primeros siglos de la era cristiana³.

* Traducido del portugués por Socorro Moncayo Rodríguez, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V.

¹ Con relación al tema ahora desarrollado, más allá de la bibliografía citada a lo largo del trabajo, Cfr. La extensa lista de autores indicada por W. Cesarini Sforza, “Diritto” en Enciclopedia del Diritto, XII, Milano, 1964, pág. 630 y ss.

² P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 3^a edición revisada y aumentada, Milano, s/a, p. 7.

³ CESARINI SFORZA, *op. cit.*, p. 631.

Sebastián Cruz⁴, En un interesante escrito sobre la etimología de esas dos palabras, señala que en época muy remota, la idea de derecho era expresada a través de símbolos; el símbolo más antiguo habría sido la balanza con dos platos al mismo nivel y el fiel en medio, perfectamente empomado. La balanza continua el autor⁵, no era sin embargo, el único símbolo del derecho. Tanto para los griegos como para los romanos el derecho, en una época bastante remota (siglos XII y X a. C.), era Zeus –encarnación suprema de la justicia, dios que todo lo ve- sosteniendo la balanza. Posteriormente en tiempos de Homero, Zeus fue sustituido, como símbolo de la justicia por la diosa Themis. Esta figura austera digna y triste, sostenía una balanza, con los dos platos al mismo nivel, por tanto iguales, como para indicar e imponer a los hombres lo que Zeus le inspiraba de modo que, en un último análisis, derecho era lo que Zeus veía como igual ('ισοζ) y por consiguiente como ordenado, justo. Así, la diosa Themis era una encarnación secundaria del derecho, pues quedaba sujeta a la inspiración de Zeus. Finalmente, ya en tiempos de Hesiodo, surgió el símbolo que gozó de mayor popularidad: la diosa Diké hija de Zeus y de Themis. Esa diosa no solamente encarnaba, sino sobre todo administraba la justicia. En la mano derecha sostenía una espada y en la izquierda una balanza con los dos platos, pero sin el fiel en medio; y se mantenía de pie, con los ojos bien abiertos. Era con esa balanza que ella declaraba (por inspiración o bien por orden de Zeus), o mejor aún, decía –pues, decir en términos jurídicos es declarar con solemnidad- ser justo o tener derecho, cuando estuviesen iguales ('ισοζ, *isos*) los dos platos de la balanza⁶.

Los símbolos romanos tenían el miso origen y evolución de los griegos. Júpiter (*lovis*) correspondía a Zeus, expresión suprema del derecho; *Dione* correspondía a Themis; y *Iustitia* derivada de la unión de Júpiter con Dione, correspondía a Diké. La única diferencia era que, al contrario de Diké, *Iustitia* sostenía la balanza con las dos manos de pie y con los ojos vendados.

⁴ Véase sobre ese punto CRUZ, “*Ius Derectum Diremtum*” –*Direito (derecho, diritto, droit, direito, recht, etc...)*, Coimbra, 1974. Sobre el uso de la balanza como símbolo del derecho, el autor, citando Vigoroux (*Dictionnaire de la Bible*, I/I.405, París, 1895) anota que “ya en el viejo Egipto Osiris usaba la balanza de dos platos para pesar las almas; y en los libros del Antiguo Testamento, ella, con frecuencia, es presentada como instrumento que pesa las acciones de los hombres” (*op. cit.*, pág. 25).

⁵ CRUZ, *op. cit.*, pág. 26 y ss.

⁶ Idem, *op. cit.*, pp. 26 y 27

Se ratifica de éste modo que, tanto para los griegos como para los romanos, la balanza simbolizaba la estabilidad del derecho y de su igualdad frente a las partes contrarias⁷. Esas dos civilizaciones, sin embargo, concebían la justicia de manera diversa.

Los griegos afirmaban el origen divino de toda y cualquier manifestación de autoridad. Diké estaba siempre atenta en mantener el orden tanto de la naturaleza como del mundo humano⁸.

Los romanos, por otro lado, eran más escépticos que los griegos. Tenían su fe religiosa, pero “la voluntad creadora del mundo civil fue, para ellos, toda de los hombres y no, como para los griegos, de los dioses o del destino”⁹. Vuelto, por tanto, a la realidad práctica, los romanos desarrollaron una verdadera técnica jurídica, cuyos cultores -seres humanos- fueron llamados *iurisconsultos*.

De la balanza, como símbolo del derecho, se pasó a las palabras. Nos servimos, aquí una vez más, del pensamiento de Cruz¹⁰ para exponer la evolución y el uso de las palabras que designarán el derecho. Según éste autor, la primera palabra griega en ese sentido habría sido *Themistes* (algo impuesto u ordenado por Themis); enseguida habría surgido la palabra *dikaion* para manifestar la idea de derecho; y, por fin, la tercera palabra habría sido *ison* (es decir, que estuvieran los dos platos de la balanza en el mismo nivel).

De la misma manera, en el mundo romano, hubo también una evolución de las palabras latinas. La primera de ellas para designar el derecho fue *Ioves* (aquel que Júpiter ordena); la segunda fue *Ius* (*quod iustitia dicit*); y la tercera que dio origen a las palabras de las lenguas modernas, fue *directum*¹¹.

⁷ Idem, p. 48.

⁸ CESARINI SFORZA, *op. cit.*, p. 635, escribe que esa idea griega del origen divino de la justicia también es utilizada en obras literarias de los poetas griegos, y cita como ejemplo el famoso fragmento 114 de Heráclito: “se alimentan todas las leyes humanas de una sola, la divina; porque esta domina cuanto quiere y basta todo y sobre todo la victoria”.

⁹ CESARINI SFORZA, *op. cit.*, p. 636.

¹⁰ CRUZ, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

¹¹ Cfr. CRUZ, *op. cit.*, pp. 42 y ss. Hace una observación, en el sentido de la palabra originaria de derecho y de las demás lenguas modernas, habría sido *derectum* y no *directum*. Según el autor “*derectum*...era palabra muy antigua en el lenguaje latino corriente. Cuando, más tarde, surgió la forma *directum* (confundiéndose o

Nos interesa particularmente las dos últimas palabras de origen latino: *ius* y *directum*. Es necesario ser cautelosos, al afirmar que el *ius* de los romanos corresponde totalmente al derecho de los pueblos modernos, puesto que “en general el lenguaje útil en un determinado ambiente cultural no reproduce jamás exactamente aquel de ambientes diversos”¹².

La palabra *ius* en las fuentes romanas tiene significados diversos, más allá que simplemente “derecho”¹³.

Etimológicamente hablando, como ya fue señalado, es difícil precisar el origen de la palabra *ius*¹⁴. El primer libro del Digesto¹⁵ habla de *iustitia et iure* (de la justicia y del derecho), y Ulpiano¹⁶ jurista del siglo III d. C. en I Inst. D.1.1.1. pr., dice el término *ius* proviene de *iustitia*: “*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum...*”

Gran confusión generó esa definición de Ulpiano, ya que *iustitia* es la que deriva de *Ius* y no *ius* de *iustitia*¹⁷. Sin embargo, cuando, Ulipiano dice que *ius* es llamado de este

significando también *derectum*), entonces, *directum* fue considerada como forma erudita, y *derectum* forma vulgar o popular”.

¹² Cfr. CRUZ, *op. cit.*, p. 632, nota 3.

¹³ Sobre los diversos significados del *ius*, Cfr. F. GLUCK, *Commentario alle pandette*, Trad. Italiana de C. FERRINI, v. 1/3 y ss; Milano, s/a, I.; y A. BURDESE, “Sull concetto di iustitia nell Diritto Romano”, separata de los Annali di Storia del Diritto e Rassegna Internazionale, 1970-1973, p. 105 y notas; J. C. MOREIRA ÁLVAREZ, *Direito Romano*, 5^a ed.; v. 1/89, Río, 1983; M. VILLEY, *La formazione del Penseiro Giuridico Moderno*, como introducción de ese punto F. D'AGOSTINO, pp. 201 y ss. (desafortunadamente el material consultado no poseía indicación del lugar y dela fecha de publicación, siéndonos imposible obtener tales datos).

¹⁴ Cfr. CESARINI SFORZA, *op. cit.*, 637, nota 13.

¹⁵ Sobre la compilación del Digesto ordenada por Justiniano, emperador del Imperio Romano de Oriente (VI siglo d. C.), v. Entre otros, la voz “Digesto” del *Digesto Italiano*, v. IX, Turín, 1898-1901.

¹⁶ Sobre la vida de Ulpiano Cfr. La obra de G. GRIFO, “Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista”, en ANRW II/15, Berlín-Nueva York, p. 739. El autor observa que la fecha de nacimiento de Ulpiano oscila entre los 163 y 170 d. C., en tanto su muerte es colocada entre 223 y 228 d. C., Ulpiano fue el más famoso jurista de la época de los Severos, habiendo sido descrito como “eminente jurista, altísimo funcionario, tutor del joven emperador Alejandro, senador y como lo definen los viejos escritores, *imperii quasi collega*” (*op. cit.*, p. 738) Así casi todo el periodo de los Severos, pero particularmente con referencia al reinado de Alejandro Severo, los historiadores definían como “un bloque de trece años de poder...dominado por la prefectura de Ulpiano hasta el 228” (*op. cit.*, 764).

¹⁷ Cfr. GLÜCK, *op. cit.*, p. 2, nota 2, V., también, sobre la etimología de la palabra *ius* v. VON IHERING, *Geist des Römischen Recht*, Teil 1, 10^a ed. inalterada (reproducción de la 6^a ed., Lipsia, 1907) Darmstad, 1968, p. 218, nota 114, donde el autor dice que *ius* procede de la raíz sánscrita *ju*, “ligar”, de la cual derivan

modo por derivar de *iustitia* (*est autem a iustitia appelatum*), no se estaba refiriendo al origen etimológico de la palabra, sino siguiendo un método filosófico, “quiso dar como origen de la palabra *ius* aquella palabra, de la cual nació el concepto de cosa”¹⁸.

La palabra derecho deriva de *directum*¹⁹, es decir, manifiesta la idea de dirección (del verbo *dirigire*) y de aquello que es recto (*rectus, rectitudo*). Según Cornelutti, la palabra “derecho” es menos clara que la palabra *ius*, sin embargo ambas contienen una idea de vínculo, pues “no es la recta una línea que une dos puntos. Los puntos son los hombres; que forman el pueblo y la línea, precisamente el vínculo, que los tiene unidos en un solo conjunto”²⁰.

Para Cruz, *directum* (o *derectum* como el autor prefiere decir²¹), “es algo totalmente o que está totalmente recto, perfectamente no torcido”²².

En el pensamiento de Cesarini Sforza, *Directus* nace de la necesidad que los cristianos sintieron de encontrar un término que de mejor modo manifestase la idea de derecho como una actuación de la voluntad de dios en la voluntad del hombre. Necesidad ésta, a la que el término *ius* no satisfacía más. Así, la idea de *rectum* y de *rectitudo* manifiesta el nuevo fondo religioso adquirido por el derecho, con el nacimiento de la

también *jugum* (en alemán *ioch*), *jumentun, jungere*. F. CARNELUTI, *Arte del Derecho, (Seis meditaciones sobre el derecho)*, Trad. española, Buenos Aires, 1956, pp. 15 y ss., hablando sobre el tema, de manera muy filosófica concluye: los glotólogos hasta ahora no han descubierto el vínculo entre *ius* y *iungere*; sin embargo, no dudo de que la misma raíz de estas dos palabras se manifieste una de las más maravillosas instituciones del pensamiento humano. El *ius* une a los hombres como el *iugum* liga a los bueyes y como la armadura a los ladrillos” (*op. cit.*, p.16)

¹⁸ GLÜCK, *op. cit.*, Cfr., también, CRUZ, *op. cit.*, pp. 39 y ss., según el cual las palabras de Ulpiano en 1. *Inst. D. 1. 1. 1. pr.*, deben ser interpretadas en el sentido de origen genético de *ius* y no en el sentido de origen etimológico. Exactamente en ese sentido el comentario de la glosa (*Ius ad D. 1. 1. 1. pr.*): *ius est autem a iustitia, sicut a matre sua. Ergo fuit primo iustitia, quam ius* (el derecho proviene de la justicia, como de su madre, por tanto, la justicia existió primero que el derecho).

¹⁹ Sobre la etimología de la palabra derecho, Cfr. Los siguientes autores: CESARINI SFORZA, “*Ius*” y “*Directum*”. *Note sull’Origine Storica dell’ Idea di Diritto*, Bolonia, 1930; M. A. CASTEX, “Sentido de las denominaciones de lo jurídico”, sobretiro de la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 40, 1954, Buenos Aires, p. 427, F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 16; GRACIA-GALLO, “*Ius*” y “*Derecho*”, Madrid, 1961; CRUZ, *op. cit.*, pp. 42 y ss., y R. LIMONGI FRANCA, *Instituções di Direito Civil*, São Paulo, 1988, p. 5.

²⁰ Cfr. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 16.

²¹ V. Nota 11.

²² CRUZ, *op. cit.*, p. 44

doctrina cristiana a la cual influenció profundamente el concepto de derecho y justicia: “*rectitudo*” es la cualidad de estar conforme a la justicia divina”²³.

2. Concepción romana de “*ius*” como “*ars boni et aequi*”

Después de analizar el origen de la palabra que manifiesta la idea de derecho, es decir, la palabra *ius*, y de su posterior traducción como “derecho”, es necesario analizar lo que entendían los romanos por *ius*.

La primera distinción que debe hacerse es entre los conceptos *ius* y *fas*. *Ius* es la denominación técnica del derecho, bajo el aspecto exterior o positivo, *ius* es como una norma que se impone al operar, y requiere obediencia²⁴. *Fas* a decir de Ihering, era el derecho religioso, sagrado o revelado. La raíz sánscrita *bhā*, de la cual se acostumbra derivar esa palabra, significa “brillar”. De ahí provienen igualmente las palabras griegas *φαινειν* y *φαος*, “luz”, Afines a ellas son *φημι* y *fari*, de la raíz *bhash* (hablar). Etimológicamente se sitúa el *fas* en un contexto semejante, estando entre “brillar”, “mostrar” y “decir” (*dicere*). *Fas* era lo que brillaba, la luz, o una indicación de los dioses, un habla divino, como *fatum*²⁵. El *fas* correspondía al aspecto jurídico o normativo de la religión, tal como el derecho escolástico actual, tanto en materia privada como pública, en

²³ CESARINI SFORZA, voz “Diritto” cit., pp. 641 y ss. Aquí afirma el autor que el origen de la palabra “derecho” está precisamente en los principios de la era cristiana (v. Nota 3). CRUZ, *op. cit.*, p. 29, citando a D’ORS (*Una Introducción al Estudio del Derecho*, Madrid, 1963, p. 11), dice que *directum* significaría un derecho informado de principios cristianos, de moral, de piedad, de caridad, etc., *ius* continuaría significando un derecho rígido, intransigente, en una palabra, “un derecho pagano”.

²⁴ Cfr. BONFANTE, *op. cit.*, p. 17. Nótese que cuando nos referimos al *ius* como una elaboración técnica del derecho, trabajo principalmente de los jurisconsultos romanos, nos estamos refiriendo al periodo clásico, pues como oportunamente observa V. ARANGIO-RUÍZ, *Institución di Diritto Romano*, 14 ed., Nápoles, 1987, p. 2, “del antiguo *Ius Civile* que domina cerca del año 600 de Roma (del 150 a. A.) tenemos conocimiento casi que exclusivamente indirecto. Aquello que en este periodo predomina, y al cual se reserva más estrictamente el nombre de *ius*, es la costumbre, probablemente heredada, al menos en su estructura fundamental, de varios pueblos (latinos, sabinos, etruscos) donde fue constituida la primera población de la ciudad, y que posteriormente se desarrolló la propia Roma bajo el impulso de las necesidades prácticas y segundo formularios preparados, primero en el colegio de los pontífices, los cuales tuvieron originalmente el monopolio de la jurisprudencia, después preparados por juristas legos, que gozaron de fe pública”.

²⁵ Cfr. IHERING, *op. cit.*, p. 266, nota 164. Sobre la diferencia entre *ius* y *fas*, v., también, MOREIRA ÁLVEZ, *op. cit.*, pp. 90 y ss. y M. TALAMANCA, “I “mores ed il diritto” en *Lineamenti si Storia del Diritto Romano*, colección organizada por el mismo autor, Milán, 1989, pp. 30 y ss.

aquel que tenía connotación religiosa. Es necesaria esa distinción para que se pueda comprender el ámbito del *fas*, que de él propiamente surgía. No todo derecho tenía carácter religioso. La sustancia religiosa no penetraba, por así decirlo, en el organismo social entero, más Dios y los hombres, la religión y el estado ya separados, se conservaban dentro de los límites propios. El *ius* era una regla humana, por ello alterable, plástica. Su fuerza vinculante estaba en el consenso general del pueblo y su inobservancia lesionaba apenas intereses humanos. El *fas* al contrario, se basaba en la voluntad de los dioses por eso era inmutable, ya que a los dioses no les gustan las novedades. Su trasgresión constituía una ofensa a los dioses.

Con el *fas* el derecho romano miraba, por así decirlo, para el Oriente; como el *ius* para el Occidente. Aquella era su fase estable, ésta la progresista²⁶.

Ulpiano, en el primer fragmento del Digesto, después de preocuparse con el problema del origen de la palabra *ius* (I *Inst.*, D. 1. 1. 1. pr.), se ocupó de definirlo.

Para ello recurrió a la “elegante” definición de Publio Juvencio Celso (jurista del siglo II d. C.,²⁷ por tanto, casi un siglo antes de Ulpiano): *ut eleganter Celsus definit, ius est*

²⁶ Cfr. IHERING, *op. cit.*, pp. 266 y 267.

²⁷ Sobre la vida del jurista Celso, Cfr. M. BRUTTI, “I juristi del II y del III secolo d. C.”, en *Lineamenti* cit. P. 445, cuyo sucinto fragmento nos tomamos la libertad de transcribir íntegramente para mayor información:

“Publio Giuvenzo Celso, pretor en el 106 y 107 y cónsul dos veces, cuya segunda vez fue en el 129, forma parte también del consejo de Adriano, pero muere antes que el emperador. Jurista de gran independencia intelectual, el último de los exponentes de la escuela de los proculeyanos recordados por Pomponio en D. 1. 2. 2. 53., de una rapidez para la polémica con los autores más antiguos como los contemporáneos. En los debates en los cuales interviene emplea a menudo, para sostener sus tesis y remover aquellas de los adversarios, el procedimiento argumentativo de la *deductio ad absurdum*. Podemos relevar como las singulares elecciones interpretativas de Celso obedecen de vez en vez a la valoración del caso concreto. El razonamiento parece adherirse plenamente a la peculiaridad casuística y es difícil encontrar también en materias afines una visión unitaria, que se centre en categorías constantes. Pero Celso afirma, precisamente para reforzar esta flexibilidad de la interpretación, reivindicando así también la libertad del jurista en el trabajo teórico, que *ius est ars boni et equi*(D. 1. 1. 1. pr.). Es una idea formalista de la ciencia conectada al nuevo valor que la práctica de los casos asume en el II siglo.

Celso escribe treinta y nueve libros, *Libri digestorum*, en los cuales están recogidas soluciones a problemas de orden teórico, siempre formulados imaginando casos controversiales (*quaestiones*), y junto a ellas verdaderos y propias respuestas. Los primeros veintisiete libros siguen el orden del Edicto. En la parte restante vienen tratados algunos textos legislativos, de las XII Tablas a la *Lex Cincia*, a la *Lex Iulia et Papia*, con particular interés por su aplicación práctica”.

ars boni et aequi. Conviene entender, sin embargo, en que sentido el *ius* es para Celso “el arte de lo bueno y de lo justo”.

Según Glück²⁸, el significado de *ius* en la definición Celsiana (así como en el título primero del Digesto de *iustitia et iure*) corresponde a jurisprudencia, o sea la actividad desarrollada primero por los pontífices y más tarde por los juristas legos, intérpretes creadores del *ius*.²⁹ Probablemente esa interpretación de Glück habría surgido del análisis del fragmento siguiente, Ulp. 1. *Inst.* D. 1. 1. 1.: “*Cuius merito quis nos sacerdotes appelle: iutitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ad illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi falor phisophilam, non simultanam affectantes*”³⁰.

En este fragmento, Ulpiano dice que, como consecuencia de la definición de *ius* como *ars boni et aequi*, los jurisconsultos romanos (y se coloca entre ellos, ya que usa un discurso en primera persona) podían ser llamados sacerdotes, pues rendían culto a la justicia y profesaban el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito.

En este sentido, y también como lo relata Moreira Álvez³¹, el pensamiento de Biondi, “que ve en la definición de Celso la exacta conceptualización de lo que esencialmente era el derecho para el jurisconsulto romano: el arte de lo bueno y de lo justo. Para los romanos, no existe separación entre la teoría y la práctica, pues toda actividad en el campo jurídico tiene siempre a la vista la actuación de la justicia. El objetivo principal del derecho

²⁸ Cfr. GLÜCK, *op. cit.*, p. 10. FERRINI, en una nota a la traducción de la obra de Glück (loc. cit., nota “b”), dice que esa famosa definición celsiana se refiere no solamente a la ciencia, sino también a la administración de la justicia.

²⁹ V. nota 24.

³⁰ “Por cuyo motivo alguien llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y lo equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdad filosófica , no la aparente”.

³¹ MOREIRA ÁLVEZ, *op. cit.*, p. 92.

es dirimir los conflictos de interés para la aplicación práctica de la justicia, es sugerida al jurisconsulto por la conciencia social de la época”³².

Con razón Ulpiano (1 reg., D. 1. 1. 10.2.) define la jurisprudencia como el conocimiento de las cosas divinas y humanas la ciencia de lo justo y lo injusto (*Iurisprudentia est divinarum atque divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*).

Pasando a otro importante fragmento de Ulpiano (1 reg., D. 1. 1. 10. pr. = I. 1. 1. pr.), nos encontramos con el también famoso concepto de “justicia”: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*³³ que se traduce en los tres preceptos del derecho (δ, h. T.): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (vivir honestamente, no lesionar al prójimo,³⁴ dar a cada uno lo que es suyo).

Así, en este fragmento la idea de *ius* está directamente ligada a la idea de *iustitia*.³⁵ Y Ulpiano la define según los principios estoicos. Es la voluntad constante y perpetua de atribuir a cada uno su derecho. Atribuir a cada uno su derecho significa dar a cada uno “la justa parte que le corresponde”; ni más, ni menos. El concepto de justicia Ulpianeo se distingue, pues, de aquél predicado por la moderna doctrina socialista, que pretende tratar a todos igualmente, sin distinción.

Cesarini Sforza observa que el concepto de justicia, en el sentido romano debe ser apreciado como igualdad entre individuos pertenecientes a la misma clase.

³² Cfr. También, CESARINI SFORZA, “Il diritto come arte”, en *Vecchie e nuove Pagine di Filosofía, Storia e Diritto*, I (Revista Italiana per le Scienze Giuridiche, 1949), Milán, 1967, p. 99, donde comenta el pensamiento de Carmelutti en su citada obra *Arte del derecho* (v. nota 17), sobre el sentido de “arte” en la definición de Celso (Ulp. I. Inst., D. 1. 1. 1. pr.)

³³ Cfr. Cic., *de inv.* 2. 53. 160.

³⁴ Sobre el segundo precepto de derecho v. el comentario de la Glosa (*Laedere ad* D. 1. 1. 10. 1.) Cfr. también CESARINI SFORZA, “Alterum non laedere”, en *Vecchie e Nuove Pagine di Filosofía, Storia e Diritto*, II (Voz de la Enciclopedia del Derecho, II, Milán, 1958, pp. 96 y ss.), Milán, 1967, pp. 3 y ss., según el cual el precepto *alterum non laedere* tendría un sentido amplio, o sea, no lesionar al prójimo en todos los sentidos, inclusive en el sentido patrimonial. Tal interpretación deriva de la concepción económica del derecho, que modernamente se sobrepone al concepto moral-religioso. Así, el concepto de *alterum non laedere* estaría dirigido hoy en día no tanto a la persona humana como a sus valores ideales, pero principalmente a los “bienes”.

³⁵ Cfr. GLÜCK, *op. cit.*, p. 6., CESARINI SFORZA, voz “Diritto” cit., p. 639; y BURDESE, *op. cit.*, p. 108.

Así, el tratamiento igual a sujetos desiguales, pertenecientes a clases diversas, es injusto, tanto como en el tratamiento desigual de sujetos iguales, pertenecientes a la misma clase.³⁶ Tratar, pues, a todos igualmente, sin distinción, no es aplicar la justicia; es pues, al contrario, según el concepto de Ulpiano, un tratamiento injusto.

Finalmente, queda por señalar, que el concepto moderno de justicia corresponde al concepto de aquello que los romanos de la época clásica concebían como *aequitas*.

Aequitas,³⁷ deriva del pensamiento aristotélico, es la adecuación de la norma al caso concreto. Pero no es suficiente que el juez al juzgar, adapte la norma positiva al caso concreto. Se trata de ver si la norma se ajusta al sentimiento exacto de justicia del momento y del ambiente histórico en el que es aplicada. De este modo la *Aequitas* es creadora de nuevas fuentes de producción del derecho, ya que ajusta las viejas normas rígidas del *ius* a las necesidades de los nuevos tiempos. Se traduce, pues, en *ius praetorium* nacido de la actividad jurisprudencial del pretor.³⁸ La idea de *aequitas*, por tanto, se liga originariamente a esa actividad, o sea la creación de nuevas fuentes de producción del derecho.

Sólo más tarde viene relacionada a la idea de justicia, es entonces cuando la actividad de los aplicadores de la justicia viene definida como *ars boni et aequi* (Ulp. I. Inst., D. 1. 1. 1. pr.).

Concluyendo: la idea de derecho siempre existió en la mente humana, desde época remotísima. Esa idea se exteriorizó de diversas maneras: a través de símbolos, dioses y palabras. Cada una de esas formas poseía connotación diversa. Cada una de ellas enuncia el concepto de derecho en un momento histórico, propio de cada contexto cultural.

³⁶ CESARINI SFORZA, “Il problema della giustizia” en *Vecchie e Nuove Pagine di Filosofia, Storia e Diritto*, I (=Rivista di Filosofia del Diritto, 1961, fascículo 1), Milán, 1967, p. 178.

³⁷ Sobre el concepto de *aequitas*, Cfr. BURDESE, *op. cit.*, pp. 109 y ss., MOREIRA ALVEZ, *op. cit.*, pp. 92 y ss., LIMONGI FRANCA, *op. cit.*, pp. 40 y ss.; y P. KRÜGER, *Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano*, Trad. española, Madrid, s/d, pp. 115 y ss.

³⁸ BURDESE, *op. cit.*, p. 109.

Artículos

Federalismo Mexicano y Ley de Derechos y Cultura Indígenas.

Ignacio Altamirano Marín. *

1. Supremacía Constitucional. 2. Federalismo. 3. Proceso Legislativo Federal. 4. Iniciativa de Reforma Constitucional. Conclusión. Bibliografía.

1. Supremacía Constitucional

En el concepto kelseniano del orden jurídico, la Constitución de un Estado, en atención a su importancia, es la cúspide de una pirámide legal. En efecto, si reconocemos y entendemos que por encima de la Carta Magna no existe ni puede existir disposición legal alguna, podemos estar de acuerdo con el distinguido jurista. Por otra parte, si observamos cuidadosamente, hay otro símil que es aplicable al orden jurídico normativo estatal; es decir, si toda ley o reglamento nace de la Constitución, sin que pueda contravenir sus principios, entonces es la base, el fundamento sobre el que descansa todo el edificio jurídico y, en tanto que piedra angular de un Estado de derecho, no es posible modificarla sin que, forzosa y necesariamente, se vea afectada la estructura entera del derecho positivo y vigente.

Lo anterior de ninguna manera debe entenderse en el sentido de que no es posible, bajo ninguna circunstancia, modificar la Constitución. Por otra parte, es bien sabido que existen diferentes tipos de Constitución, que son clasificadas como rígidas, flexibles o semiflexibles, en atención a lo sencillo o complicado que resulta reformarlas. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos puede ser considerada como de tipo flexible, como se advierte del análisis del artículo 135, que comienza diciendo que la misma puede ser adicionada o reformada. Esto, desde luego, tomando en consideración que existe todo un procedimiento legislativo que se ha de seguir, a fin de que las adiciones o reformas propuestas sean válidas, tema del que nos ocuparemos más adelante.

En suma, podemos decir que una Constitución es el fundamento legal de un Estado, de la cual emana toda legislación secundaria, misma que, en ningún instante, debe contrariar el sentido de los principios que aquella recoge y, en tal virtud, es posible decir que el edificio

* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

jurídico estatal descansa en la Carta Magna, que por ello deviene entonces en un documento jurídico básico, fuente de toda legitimidad y legalidad.

2. Federalismo

Uno de los principios constitucionales básicos, a los que nos referimos con antelación, tiene que ver con la composición y el tipo de estructura del gobierno estatal. Así, encontramos que hay Estados confederados, federales, asociados, bajo protectorado, etcétera. El nuestro, al tenor del artículo 40 de la Constitución, es una República, representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de nuestra ley fundamental.

La tradición federalista mexicana no es, en modo alguno, como a menudo se ha dicho, una mera copia del sistema norteamericano. Por el contrario, como la historia muestra, el movimiento hacia el federalismo mexicano tiene orígenes propios. En efecto, el 24 de septiembre de 1810 se inauguraron en España las Cortes de Cádiz, a las que acudieron representantes de todo el imperio español. Los diputados americanos propusieron el establecimiento de juntas o asambleas provinciales semejantes a las que existían en España desde el inicio de la guerra contra los invasores franceses, a fin de combatir el despotismo imperante en las colonias. Entre los diputados, que signaron la propuesta se encontraban los mexicanos Miguel Guridi y Alcocer, Miguel González Lastiri, Antonio Joaquín Pérez, Joaquín Belle Cisneros, José Miguel de Gordoa, Octavio Obregón, José Eduardo de Cárdenas y Miguel Ramos Arizpe.¹

Las ideas de este último pueden señalarse con toda seguridad como antecedentes del federalismo en nuestro país. En efecto, después de un acucioso análisis de las condiciones de las Provincias Internas de Oriente (Coahuila, Nuevo León, Nuevo Santander y Texas), Miguel Ramos Arizpe concluye:

(...) de todo lo anterior se demuestra que los vicios de las provincias internas de Oriente consisten principalmente en no tener en su interior un gobierno superior y común, así como para lo puramente gubernativo como para lo judicial, pues los jefes superiores y reales audiencias residen fuera a mucha distancia. Es pues, de absoluta necesidad, si se ha de remediar tamaño mal, establecer dentro de ellas un gobierno común tanto para lo ejecutivo como para lo judicial.²

¹ Vid. Ignacio Altamirano Marín, *El Federalismo y la Constitución de 1917*, Cámara de Diputados del Estado de Veracruz, Xalapa, Veracruz, 1997, p. 15.

² José Gamas Torruco, *El Federalismo Mexicano*, Melo, México, 1975, p. 28.

Más adelante, el 22 de octubre de 1814, se expidió la Constitución de Apatzingán, cuyo artículo 42 establece que:

Mientras se haga una demarcación exacta de esta América Mexicana, y de cada una de las provincias que la componen, se reputarán bajo este nombre y dentro de los mismos términos que hasta hoy se han reconocido, las siguientes: México, Puebla, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Oaxaca, Tecpan, Michoacán, Querétaro, Guadalaxara, Guanaxuato, Potosí, Zacatecas, Durango, Sonora, Coahuila y Nuevo Reyno de León.³

Diez años más tarde, en el Acta Constitutiva de 1824, bajo el apartado “Forma de Gobierno y Religión”, el Soberano Congreso Mexicano, en los artículos 40 y 60 establece lo siguiente:

Art.- 40.- La nación adopta para su gobierno interior la forma de república representativa, popular, federal.

Art. 60.- Sus partes integrantes son estados independientes, libres y soberanos en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior, según se detalla en esta acta, y en la constitución general.⁴

En el Congreso Constituyente, del que emanó la Constitución de 1857, también se contempló la idea del federalismo. Por ejemplo, en la sesión del 9 de septiembre de 1856, después de discutirse el artículo 46 del proyecto relativo, la Comisión encargada dividió el numeral en dos partes, de las cuales, la primera decía:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República democrática, federativa, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.⁵

³ Ignacio Altamirano Marín, Op. Cit., p. 19.

⁴ Op. Cit., p 25.

⁵ Op. Cit., p. 26.

Esta propuesta fue aprobada por unanimidad, como también lo fue el artículo 47, que señalaba:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión en los casos de su competencia y por los de los Estados por lo que toca a su régimen interior, en los términos que respectivamente establece esta Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir a las estipulaciones del pacto federal.⁶

De lo anterior podemos colegir que el federalismo fue el anhelo de los legisladores del siglo XIX y, producto de ello fue, si recordamos, la mayoría de las luchas internas de aquella época, que se dieron entre los partidarios del centralismo y los adeptos de la república federal.

Por otra parte, en el siglo XX, al interior del Congreso Constituyente de Querétaro (1916-1917), el principio federalista no fue motivo de controversia. El proyecto presentado por la comisión respectiva el 26 de diciembre de 1916, acerca de los actuales artículos 40 y 41 de nuestra Constitución, fue aprobado, centrándose el debate, no en el federalismo, sino acerca de la pertinencia de incluir en estos preceptos, las bases del municipio libre, optándose por crear, por separado, el artículo 115 constitucional.

De lo hasta ahora tratado, podemos concluir que el federalismo en México responde a las circunstancias y necesidades internas de nuestra nación, que de ningún modo puede considerarse como el intento de copiar mecánicamente el modelo norteamericano, aunque no negamos que las ideas políticas venidas de aquel país tuvieron su grado de influencia en el nuestro, aunque no en la medida que muchas veces se ha pretendido. En resumen, el federalismo mexicano responde más bien a la idea que expresa el autor italiano Giuseppe de Vergotini, cuando dice que en el Estado Federal:

(...) se reparte el poder político entre dos grupos de entidades: el Estado Federal y los Estados miembros del mismo que se definen variadamente Estados, provincias, países (lander), cantones. Estas entidades deberán ser, en teoría, libres para adoptar sus propias decisiones sobre la orientación política en su correspondiente ámbito de competencia (...).⁷

Además, las circunstancias actuales han impuesto nuevos retos al federalismo mexicano y una forma de fortalecerlo es el reconocimiento expreso y no sólo en actitud declarativa, ni oficialista, de las comunidades indígenas.

⁶ Op. Cit., pp. 26, 27.

⁷. Giuseppe De Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1985, pp. 265, 266.

Por el contrario, el reconocimiento a las etnias asentadas en los distintos puntos de la geografía nacional en sus derechos, en su libertad, en sus tradiciones culturales, a la par que hace vigente el federalismo mexicano robustece a la nación, ya que fortaleciendo una parte se fortalece al todo y reconociendo a unos podemos reconocer a muchos, hasta encontrar nuestra propia identidad nacional.

Un acto legítimo de soberanía es el reconocimiento de las comunidades indígenas en toda su plenitud existencial, en sus características pluriétnicas, en la riqueza de su cultura y de sus tradiciones. Por ello, hacer efectivo el artículo 40 de la Constitución de la República será el respetar la autonomía, la personalidad jurídica y la existencia de comunidades enteras con derechos y cultura indígenas diferentes y, en consecuencia, significará también respetar la soberanía de los Estados.

3. Proceso Legislativo Federal

El proceso legislativo que se sigue en México para reformar o adicionar la Constitución, atiende a la naturaleza jurídica de Estado federal de nuestro país. En efecto, el artículo 135 de la Carta Magna indica que puede ser adicionada o reformada, y para que operen dichas reformas o las adiciones tengan validez, es necesario que, en primer lugar, el Congreso de la Unión las apruebe por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes. No obstante, puesto que se trata de reformas al texto jurídico fundamental, que rige para toda la Unión, el Constituyente consideró que no era suficiente que fuera el Congreso Federal el que aprobara las modificaciones, sino que, para que las mismas tuvieran plena legitimación y legitimidad, sería necesario que las legislaturas de los Estados miembros de la Federación interviniesen, votando como consideraran conveniente la propuesta de reforma constitucional. Así, el artículo 135 en comento añade que las reformas o adiciones deben ser aprobadas por la mayoría de las legislaturas del país y serán el Congreso de la Unión, o la Comisión Permanente, en su caso, quienes harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de que aquellas han sido aprobadas. Desde luego, las Constituciones y la legislación de cada Estado, fijan los requisitos de validez de las votaciones al interior de las legislaturas locales.

Esta actividad legislativa es lo que la doctrina llama Constituyente Permanente, lo cual quiere decir que el pueblo, a través de sus representantes populares, en los dos órdenes de gobierno, tanto federal como estatal, ejerce su derecho a darse las normas que, como Unión, quiere que rijan su presente y marquen el camino que el Estado Mexicano debe seguir en el futuro.

4. Iniciativa de Reforma Constitucional

El veintiocho de abril de este año, la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión remitió a las legislaturas de los Estados la Minuta con Proyecto de Decreto por el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1°, se reforma el artículo 2°, se deroga el párrafo primero del artículo 4°, se adiciona un sexto párrafo al artículo 18 y un

último párrafo a la fracción tercera del artículo 115, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las reformas y adiciones propuestas son, en esencia, como siguen:

El primer párrafo del nuevo artículo 1º no sufre alteración; el segundo párrafo que se le adiciona contiene el texto del anterior artículo 2º, que prohíbe la esclavitud y garantiza la libertad y protección de la ley a todos aquellos esclavos extranjeros que entren a territorio nacional. El tercer párrafo es novedoso y contiene la prohibición expresa de la discriminación de todo tipo por razón del origen étnico o nacional, por razón de género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En el artículo 2º encontramos ahora el texto del anterior artículo 4, aparte de nuevos conceptos, en dos apartados, A y B, que lo hacen el numeral más extenso de la reforma constitucional. Comienza el actual artículo 2 constitucional con la importante declaración de que la Nación Mexicana es única e indivisible, abordando de entrada el controvertido tema de las autonomías que los pueblos indígenas invocan, reafirmando en este texto jurídico fundamental lo que la historia ha sancionado, o sea, el sentido de que México es uno solo en su origen, en su devenir como pueblo independiente y en su principal elemento de Estado, que es la nación. No obstante lo anterior, y atendiendo a los nuevos tiempos que se viven, el segundo párrafo de este artículo reconoce que nuestra Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, descendientes de las poblaciones que habitaban el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Los párrafos tercero y cuarto definen lo que legalmente debe ser el criterio para determinar a quienes se aplican estas disposiciones en materia de pueblos indígenas, que es la conciencia de identidad, y cuáles pueden ser consideradas comunidades integrantes de un pueblo indígena. El quinto párrafo reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, mismo que se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional, imponiendo la obligación a los Estados de la Federación de reconocer a los pueblos y comunidades indígenas en sus respectivas constituciones y leyes, con base además en criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

El apartado A reconoce y garantiza además la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, y establece en ocho fracciones el alcance que la misma tiene dentro del orden constitucional, es decir, se les otorga autonomía para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; para aplicar sus propios sistemas normativos en la resolución de conflictos, siempre dentro de los lineamientos de la Constitución; para elegir según sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales a sus autoridades y representantes; para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y demás elementos que constituyan su cultura e identidad; para acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, excepto los que se consideran áreas estratégicas; para elegir en los municipios con población indígena, representantes ante los Ayuntamientos; para acceder plenamente a la

jurisdicción del Estado, tomando en cuenta sus costumbres y especificidades culturales en los juicios y procedimientos en que sean parte, de manera individual o colectiva.

En el apartado B, se establece la obligación de la Federación, los Estados y los Municipios de promover la igualdad de oportunidades d los indígenas y eliminar todo tipo de prácticas discriminatorias, de establecer las instituciones y determinar las políticas que garanticen la vigencia de sus derechos y su desarrollo integral, mismas que se han de diseñar y operar con la participación de los pueblos indígenas. Igualmente, se sientan las bases para abatir las carencias y rezagos de las comunidades indígenas, al instituir obligaciones a las autoridades antes mencionadas en nueve fracciones, bajo los rubros de impulso al desarrollo regional en las zonas indígenas, a fin de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos; garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural; asegurar el acceso efectivo a la salud, ampliando la cobertura del sistema nacional, al tiempo que se aprovecha la medicina tradicional y se fomenta la nutrición, especialmente en la población infantil; mejorar las condiciones de vida de las comunidades con acciones que hagan posible el acceso al financiamiento público y privado para construcción y mejoramiento de vivienda y cobertura de servicios sociales básicos; propiciar que las mujeres indígenas se incorporen al desarrollo; extender la red de comunicaciones a fin de integrar a las comunidades, y establecer las condiciones necesarias que permitan a estas y a los pueblos indígenas adquirir, operar y administrar medios de comunicación de acuerdo con la ley; también se deben apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas por medio de acciones que tiendan a alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos; establecer políticas sociales para proteger a los migrantes y a sus familias, que pertenezcan a los pueblos indígenas, tanto en el país como en el extranjero; por último, existe obligación de los tres órdenes de gobierno para consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, así como en los correspondientes Planes estatales y municipales y, de ser procedente, incorporar a los mismos las recomendaciones y las propuestas que aquellos emitan al respecto. En el penúltimo párrafo de éste artículo 2°, se precisa que, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las autoridades aquí mencionadas, se deben establecer las partidas específicas a los rubros mencionados, en los presupuestos de egresos, debiendo también establecerse las formas y los procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas. Una disposición muy acertada, por cuanto abre la posibilidad de proteger y garantizar sus derechos a otros pueblos que forman parte de nuestra nación y la enriquecen, es la que contempla el último párrafo del artículo en comento, al establecer que “sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquellos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley”.

En el caso del artículo 4, se derogó su primer párrafo. Al artículo 18 se le agregó un párrafo, en virtud del cual los sentenciados, según los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de que se logre su reintegración a la comunidad como una forma de readaptación

social (Considero que este beneficio alcanza a los indígenas, que conforman uno de los grupos más vulnerables de la sociedad).

Por último, se adicionó la fracción III del artículo 115 con un último párrafo, que posibilita a las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.

Como es natural, la iniciativa que hemos reseñado ha suscitado voces en pro y en contra, ya que mientras hay quien la califica de avanzada, algunos sectores de la sociedad, la consideran insuficiente. Por nuestra parte, consideramos que se trata de un primer paso hacia un replanteamiento del Estado Mexicano ante las nuevas circunstancias que vivimos, por lo que, gradualmente, las mejoras constitucionales repercutirán en la vida social y, en consecuencia, la sociedad civil y las autoridades, con el quehacer diario, enriquecerán el texto de la Constitución, mirando siempre por el bien común de los gobernados.

Conclusiones

A manera de conclusión, podemos decir, en primer lugar, que México es un país de tradición federalista, lo cual no debe confundirse como una simple imitación extralógica de las instituciones y sistemas jurídico-políticos de otros pueblos. Por el contrario, nuestro federalismo ha respondido a las necesidades y circunstancias que a lo largo de la historia se han presentado en nuestro país.

En las circunstancias y tiempos actuales, se plantea un nuevo reto a la sociedad y al Estado Mexicano. Por una parte, es obligado conservar la unidad de la Nación y de la Federación y, por la otra, reconocer y respetar los derechos y la autonomía de los pueblos indígenas. Es claro que las respuestas exactas para tal disyuntiva no se han dado del todo, pero también es evidente que, hasta ahora, se ha encontrado una fórmula, perfectible desde luego, que permite conciliar los extremos planteados, en aras de obtener un punto de equilibrio que satisfaga a los grupos étnicos en cuestión.

Con las reformas y adiciones a la Constitución que hemos estudiado en el apartado 4 de este trabajo, el Constituyente Permanente ha determinado que lo mejor para el país en materia de derechos y cultura indígenas es que, dentro de un marco de respeto al federalismo, donde cada Estado es soberano en todo lo concerniente a su régimen interior, pero que reconoce al mismo tiempo la supremacía constitucional, que establece la unidad e indivisibilidad de la nación, se tracen las bases del reconocimiento de una realidad social que, por años, se había postergado por una u otra razón.

Por lo asentado con anterioridad, que pueden ser reflexiones discutibles, estamos seguros de que la reforma constitucional en estudio, conocida popularmente como ley indígena, es un factor de progreso y de libertades para México, que fortalece la idea de nación que anima a nuestra Carta Magna, y que permitirá el avance en beneficio de todos y cada uno de los grupos sociales que conforman a este país.

Bibliografía

ALESSIO ROBLES, Vito, *Los Discursos, Memorias e Informes de Miguel Ramos Arizpe*, Biblioteca de Estudios Universitarios, UNAM, México, 1942.

ALTAMIRANO MARÍN, Ignacio, *El Federalismo y la Constitución de 1917*, Cámara de Diputados del Estado de Veracruz, Xalapa, Veracruz, 1997.

CALVILLO, Manuel y otros. *La República Federal Mexicana, Gestación y Nacimiento*, v. II, Novaro, México, 1974.

CÁMARA DE DIPUTADOS, *Derechos del pueblo mexicano, antecedentes, origen y evolución del articulado constitucional*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1985.

GAMAS TORRUZO, José, *El Federalismo Mexicano*, Melo, México, 1975.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, (Espasa Calpe, Madrid, 1985).

Democracia y reforma de estado. *El Plebiscito como instrumento de la democracia participativa en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave.*

Dr. José Lorenzo Alvarez Montero*

SUMARIO: 1. Dos paradigmas de la democracia, 2. Recuperación de la democracia directa. Los momentos democráticos, 3. Democracia y reforma de Estado, 4. Instituciones de la democracia directa, 5. El plebiscito, 6. Extrávios y confusiones del plebiscito, 7. El plebiscito que proponemos, 8. La Constitución 2000 del Estado de Veracruz-Llave y el plebiscito, 9. La ley de plebiscito, Conclusión y propuestas.

El presente artículo aborda la temática y problemática de la reforma de Estado desde la perspectiva democrática, sosteniendo que para que dicha reforma responda a los intereses y necesidades de la sociedad, debe llevarse a cabo, con la participación directa de los ciudadanos a través del plebiscito en el sentido en que está consagrado en la Constitución Política del estado libre y soberano de Veracruz-Llave.

1. Dos paradigmas de la democracia.

La incorporación de la participación política de los ciudadanos en el constitucionalismo se ha construido alrededor de dos paradigmas: el modelo de Juan Jacobo Rousseau, esbozado en El Contrato Social y el modelo de Montesquieu descrito en El Espíritu de las leyes. Aquél puede calificarse como el padre de la democracia directa, éste el de la democracia representativa. Ambos fueron referencia obligada para los convencionistas franceses de 1789.

En el Libro Segundo, Capítulo II, del Espíritu de las leyes Montesquieu desarrolla su teoría de la democracia representativa por considerar, por un lado, la incapacidad del pueblo para tomar personalmente decisiones de carácter político y, por el otro, “el pueblo es admirable por escoger los hombres a quien debe confiar parte de su autoridad. Le bastan para escogerlos, cosas que no puede ignorar, hechos que se ven y que se tocan”¹

Sobre este último aspecto, el maestro León Duguit diría a principios del siglo XX en su Tratado de Derecho Constitucional: “Es probable que si Montesquieu hubiera vivido a principios del siglo XX no habría podido escribir esa frase, pues habría visto que el pueblo no sabe en absoluto escoger a los más idóneos y que en su elección se decide con

*Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Catedrático de derecho constitucional, garantías y amparo de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

¹ Montesquieu; Del Espíritu de las leyes, octava edición, Edit. Porrúa, México, 1990, p. 8 y ss.

frecuencia por consideraciones totalmente externas a la verdadera capacidad de los que solicitan sus votos”²

Así, Montesquieu propone la participación política mediatizada del pueblo en las tareas de gobierno a través de sus representantes.

Juan Jacobo Rousseau por su parte, propone la participación directa del pueblo en los asuntos políticos al afirmar: “la soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa; es una o es otra. Los diputados del pueblo, pues, no son ni pueden ser sus representantes, son únicamente sus comisarios y no pueden resolver nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no ratifica, es nula³. Agregando: “La idea de los representantes es moderna; nos viene del gobierno feudal, bajo cuyo sistema la especie humana se degrada y el hombre se deshonra. En las antiguas repúblicas, y aun en las monarquías, jamás el pueblo tuvo representantes. Es muy singular que en Roma, en donde los tribunos eran tan sagrados, no hubiesen siquiera imaginado que podían usurpar las funciones del pueblo, y que en medio de una tan grande multitud, no hubieran jamás intentado prescindir de un solo plebiscito”⁴.

Ambas posturas fueron recogidas por dos destacados constructores del nuevo régimen francés, Emmanuel Sieyes y el marqués de Condorcet. Doctrinas que se compactaron en la idea y experiencia de que los representantes redactaban la constitución y al pueblo correspondía aprobarla.

2. Recuperación de la democracia directa. Los momentos democráticos.

A la luz de esta última postura y ante la crítica y el desprestigio de la democracia representativa, se han venido incorporando un conjunto de instituciones de la democracia directa que tiende a superar las deficiencias de aquella, ampliando los escenarios de la participación política de los ciudadanos.

El distinguido jurista vienes Hans Kelsen, señala que los llamados derechos políticos, comúnmente son definidos como los que dan a su poseedor la facultad de intervenir en la formación de la voluntad del Estado,⁵ es decir, aquellos que conceden al titular una participación en la formación de la voluntad estatal.⁶

Por nuestra parte, consideramos que dichos derechos comprenden la participación ciudadana en cuatro momentos democráticos: 1. Integración de los Poderes Públicos, 2. Formación de la voluntad general, 3. Ejecución de dicha voluntad y 4. Vigilancia y supervisión del cumplimiento de la ejecución de la voluntad por parte de los titulares de la función pública.

El estudio, análisis y explicación de la participación ciudadana o popular en los procesos de elección de los integrantes de los poderes públicos, en la formación y ejecución de la voluntad estatal ó política cuya finalidad es influir en la vida pública,⁷ corresponde en

² Duguit, León; Tratado de Derecho Constitucional, París, 1923, tomo II, p. 480.

³ Rousseau, Juan Jacobo; El Contrato Social, Edit. Porrúa, México, 1969, p. 51.

⁴ Idem.

⁵ Kelsen, Hans; Teoría General del Derecho y del Estado, UNAM, México, 1979, p. 279 yss.

⁶ Kelsen, Hans; Teoría General del Estado, Edit. Nacional, México, 1973, p. 199 y ss.

⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Capel, Diccionario Electoral, Costa Rica, 1989, p. 613 y ss.

primer término a la ciencia política. Al derecho constitucional y a la legislación secundaria toca institucionalizar dicha participación al través de los medios y procedimientos democráticos correspondientes, así como lo que se refiere a la responsabilidad de los servidores públicos.

El primer momento democrático, es decir, la participación política referente a la elección de los representantes populares, ha sido la más estudiada, regulada y común en las democracias representativas. Sin embargo, los restantes momentos democráticos no han tenido en dichas democracias la atención que merece.

En aquellos países de democracia limitada o incipiente, a los que podemos calificar como seudodemocráticos, la participación política se reduce a poder votar y ser votado, es decir, a participar en los procesos electorales por medio de las cuales se designan a los integrantes de los poderes legislativo y ejecutivo. La instantaneidad democrática se disuelve en el hecho de votar.

3. Democracia y reforma de Estado

La democracia como forma de participación adquiere una relevancia trascendente en el proceso de reforma de estado a que ha convocado el gobierno de la República.

Efectivamente un elemento fundamental para la reconstrucción del Estado mexicano es la democracia, entendida ésta, como un amplio proceso de participación debatiendo los temas fundamentales de la reforma de estado y manifestando la voluntad ciudadana sobre las medidas constitucionales, legislativas y administrativas que se pretendan incluir en dicha reforma. Recordamos aquí a Umberto Cerroni que al tratar sobre las reglas y valores de la democracia señala la **regla del consenso** que puede formularse del siguiente modo: “todo puede hacerse si se obtiene el consenso del pueblo; nada puede hacerse si no existe este consenso”.⁸

Alain Touraine en su obra *¿Qué es la democracia?* señala que ésta se impone como forma normal de organización política de una modernidad. Agregando que existen tres modelos de democracia: La primera cuyo objetivo es la limitación del poder del Estado mediante la ley y el reconocimiento de los derechos fundamentales; La segunda que otorga mayor importancia a la ciudadanía, a la Constitución, a las ideas morales y religiosas y; Tercera la que insiste en la representatividad de la sociedad a favor de los gobernantes⁹

Por su parte Juan J. Linz en “La quiebra de las democracias sostiene que el reequilibrio de una democracia tras una crisis es un proceso político con la misma o más legitimidad democrática, eficiencia y efectividad”¹⁰

Así, la democracia como forma de gobierno, es una categoría política en constante evolución, adaptación y perfeccionamiento. Esta flexibilidad ha generado su enriquecimiento con elementos que permiten responder a requerimientos sociales concretos, determinados en el tiempo y el espacio.

⁸ CERRONI, Umberto; “Reglas y Valores en la Democracia”, Alianza Editorial Mexicana, México, 1995, p.216.

⁹ TOURAINE, Alain; “¿Qué es la democracia?”. 2da. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 46 y ss.

¹⁰LINZ Juan J; “La quiebra de las democracias”, ”, Alianza Editorial Mexicana, México, 1990, p. 155 y ss.

La permanencia de la democracia, precisamente responde a la posibilidad de acomodarse a las distintas sociedades y a sus transformaciones permanentes adecuándose a los tiempos. En su tránsito cronológico y geográfico, la democracia ha superado las limitaciones censistas de la Francia revolucionaria, de la aristocracia económica y la discriminación del color en Norteamérica, para ampliar su proyección a principios del nuevo milenio, permitiendo la participación cada vez más creciente de gobernados.

El enriquecimiento de la vida política por medio de la participación democrática, la ampliación y creación de espacios ciudadanos y nuevas formas o instituciones democráticas, garantizan la fortaleza del régimen que las propicia, crea, alienta o construye.

Al amparo de esta concepción, México es un Estado que concibe a la democracia como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, político, social y cultural del pueblo.

Este proyecto para la vida de los mexicanos, se relaciona y asegura con lo que la propia constitución federal consagra, al prescribir, que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, el cual podrá alterar o modificar la forma de gobierno.

En otras palabras, nuestro proyecto de vida individual y social, plasmado en Ley fundamental consagra una concepción de democracia que permite su evolución y perfeccionamiento tendiente a mejorar las condiciones de vida en general de toda la población.

Dentro de los elementos de esta amplia proyección de la democracia, encontramos la participación de los mexicanos en la vida política del país.

La flexibilidad de nuestro sistema, ha permitido ensanchar y fortalecer sus fundamentos democráticos, incorporando el voto de la mujer, disminuyendo la edad para adquisición de la ciudadanía y para poder ser elegido, en consecuencia, mayor número de personas con derecho de votar y ser votado, propiciando la creación de partidos que reflejen las diversas ideologías, el proceso permanente de revisión y actualización de la legislación electoral para dar transparencia a las elecciones, y definitividad a las diversas etapas del proceso electoral, la creación del Tribunal Federal Electoral y en general, la expedición y, difusión de una legislación electoral más completa que dé certeza y legitimidad a la integración de los poderes públicos, culminando en el 2000 con la alternancia del titular del poder ejecutivo federal, al ocupar dicho cargo un candidato de un partido de oposición.

Con la concepción democrática que hemos señalado, y la necesidad de transformación del México moderno en el nuevo milenio, la renovada relación Estado-Sociedad Civil requiere, otros espacios de participación ciudadana, que permitan mostrar apertura y reacomodo para una comunidad más interesada en participar en las soluciones a los grandes problemas políticos, económicos y sociales que vive el país y que reclama el interés de todos los mexicanos.

Para asegurar la apertura de este nuevo espacio democrático y sin pensar que sean las únicas alternativas, se propone la incorporación legal y constitucional de tres instituciones propias de la democracia: la iniciativa popular ,el referéndum y el plebiscito, las cuales deben ocupar un lugar destacado en la reforma de estado a la que hoy se nos convoca.

La primera permitirá a los ciudadanos, bajo ciertos requisitos, presentar propuestas legislativas y administrativas que necesariamente deberán ser estudiadas y dictaminadas. La

iniciativa popular no constituye otra cosa, que una proyección lógica, normal y propia del derecho de petición.

El referéndum, por su parte, dará oportunidad a los ciudadanos, cada vez más preocupados por el destino del país, de participar en la aprobación de proyectos y legislación de gran importancia, por sus repercusiones nacionales o por su duración en el tiempo.

El plebiscito hará partícipes, a la vez que responsables, en las medidas administrativas que se generen en el poder ejecutivo.

Desde nuestra perspectiva, iniciativa popular, referéndum y plebiscito permitirán, conocer directamente la voluntad de los gobernados, sin necesidad de intermediarios o voceros, muchas veces desautorizados y falseadores de dicha voluntad, así como fortalecer y legitimar las decisiones del gobierno.

Intentando una aproximación a la expresión reforma de estado, podemos afirmar que desde el punto de vista etimológico reformar implica, modificar, alterar, corregir, enmendar, perfeccionar.

La connotación “Estado” no es una noción que pueda ser dilucidada de manera simplista en unas cuantas líneas y minutos. Sin embargo, solamente para orientar el sentido de la propuesta que formulo, acudo a dos conceptos preponderantes en la doctrina.

El primero, de dimensión totalizadora, considera al Estado como una entidad integrada por elementos que lo identifican como son población, territorio, autoridades públicas, orden jurídico y fines.

Atendiendo a esta idea, la llamada reforma del Estado implicará la modificación, alteración o transformación de todos sus elementos o de algunos de ellos de manera sustancial.

El segundo, con un sentido restrictivo, concibe al Estado como gobierno que ejerce el poder público de conformidad con el orden jurídico establecido y, diferenciado de la sociedad civil.

De acuerdo con lo anterior, la “Reforma del Estado” promovería cambios en la estructura, funcionamiento y atribuciones de los poderes públicos y en sus relaciones con la sociedad civil.

Para efectos de la propuesta, admitimos esta segunda connotación de Estado de modo que concebimos **la reforma de estado como el proceso permanente y democrático de revisión y evaluación de las funciones de los poderes públicos para adecuar su estructura y funcionamiento al logro de la justicia, el bien común público y la seguridad jurídica, promoviendo en los gobernantes y gobernados conductas que tiendan al cumplimiento de la ley, la solidaridad, la honestidad, la responsabilidad, el respeto a los derechos de los demás y la participación para la consolidación de la democracia.**

Circunscritos a la connotación aceptada, puede afirmarse que desde 1982, en México comenzó la llamada Reforma del Estado que vino a sustituir el proceso de reforma administrativa iniciada años antes, y que ha consistido en cambiar el rol del gobierno en la sociedad, reduciendo su intervención en la vida económica, trasladando esta responsabilidad a los grupos empresariales por medio de la venta de empresas paraestatales, liquidación de fideicomisos, permitiendo o aumentando la inversión privada en las ahora

reducidas entidades que integran la administración pública descentralizada. En otras palabras la reforma de Estado en nuestro país modificó las fronteras entre lo público y lo privado, en detrimento de aquel y en beneficio de éste.

Este nuevo escenario afecta de manera cualitativa y cuantitativa los alcances y efectos de la democracia, al sustraer de las atribuciones de los órganos del Estado una serie de servicios públicos en beneficio de la comunidad y que podían ser exigidos a los servidores electos popularmente o designados por éstos y por cuyo incumplimiento o mal servicio podrían ser sancionados con los votos de castigo en la subsecuente elección o sostenidos en juicio de responsabilidades.

Al pasar estos servicios a la iniciativa privada nacional y extranjera, el poder de la democracia se reduce, pues los dirigentes o líderes de las empresas nacionales y trasnacionales ni se conocen, ni se participa en su designación, ni existen conductos de comunicación para presentarles quejas o formularles denuncias sobre la mala o pésima prestación de los multicitados servicios.

A partir de 1994, la reforma se proyecta en la reestructuración de los órganos del poder público especialmente en el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Seguridad Pública y en los procesos electorales.

En conclusión, la reforma de estado que en México se ha realizado, se fundamentó exclusivamente en el liberalismo económico, y ha sido en detrimento de la democracia y a favor del autoritarismo.

La reforma de Estado que se plantea en la actualidad debe tomar en consideración los elementos externos de la globalización, universalización, mundialización o trasnacionalización como indistintamente se le llama¹¹ a los efectos del pensamientos único y los factores internos, sin perder de vista la nueva constitucionalidad surgida de la efectiva aplicación de la Constitución en las relaciones entre los poderes federales, entre éstos y los de los estados y los municipios, debido a la alternancia en el poder público en esos diferentes niveles de gobierno por parte de los partidos políticos.

Frente al fenómeno externo de la trasnacionalización, que no podemos ni debemos ignorar, debe levantarse lo propio para fortalecer lo interior. La reforma de Estado que hoy se proclama debe ser auténticamente democrática. En este proceso estará la fuerza de la transformación.

No debe olvidarse, como lo señala Charles E. Lindblom que existe una influencia decisiva entre la democracia y el mercado que al proclamar las libertades políticas, ocupacional y de las ideas fomenta con mayor interés la libre elección del consumidor.¹² Así mismo, la sentencia de Alain Touraine en el sentido de que la democracia se debilita si esta sometida al mercado.¹³

4.- Instituciones de la democracia directa.

¹¹ GONZALEZ de la Vega, Rene: "Las Grandes Tendencias de la Criminalidad en el siglo XXI y las respuestas planteadas por el penalismo actual" Criminalia , núm. 3, año LXVI, septiembre-diciembre, 2000, p. 235 y ss.

¹² LINDBLOM, Charles E. "Democracia y sistema de mercado"; Fondo de Cultura Económica, México, 1999. p. 184 y ss.

¹³ Op Cit. p. 15 y ss.

Los países de mayor cultura política y poder democrático, han incorporado a sus prácticas democráticas y a su legislación, además de procesos electorales con amplia base democrática, otras instituciones de participación política, que permiten a los ciudadanos ser actores en los procesos de formación y ejecución de la voluntad del Estado, así como en la vigilancia y supervisión del debido ejercicio del poder público.

Estas instituciones democráticas son: la iniciativa popular, el referéndum, el plebiscito, el voto popular y la revocación del mandato.

Todas estas instituciones son de gran relevancia para la vida política de un país, sin embargo solo habremos de referir al plebiscito como institución novedosa en la democracia mexicana y específicamente en el Estado de Veracruz.

5. El plebiscito.

De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española¹⁴, el término “plebiscito” proviene del latín *plebiscitum*, que era la ley que la plebe de Roma establecía separadamente de las clases superiores de la república a propuesta del *tribuno plebis*. Por algún tiempo solo obligó a los plebeyos, después fue obligatoria para todo el pueblo.

Así, los plebiscitos figuran entre las fuentes del derecho romano. Fueron entendidos como las decisiones votadas por la plebe en los concilio plebis sobre la proposición de un tribuno.

Sexto Pompeyo Festo, en su glosario titulado “*significationis verborum*”¹⁵ refiriéndose al plebiscito, dice *scita plebis appellantur ea, quae plebs sivo suffragio, sine patribus iussit, plebeio magistratu rogate*, es decir, plebiscito es la disposición dictada por el pueblo, reunido por tribus, en asamblea, a propuesta de un tribuno.¹⁶

De este modo puede afirmarse que el plebiscito tiene su origen remoto en la concesión que los patricios romanos hicieran a la plebe para que designaran dos magistrados, protectores de sus intereses, llamados *tribuni plebis*, inviolables en su opinión y con derecho de veto que podrán ejercer contra las decisiones de los cónsules y del Senado. Estos tribunos tomaron la costumbre de reunir a la plebe en asambleas, en donde deliberaban y votaban resoluciones, llamadas plebiscitos que solo tenían fuerza obligatoria para ella misma.

Posteriormente y a pesar de la oposición de los patricios en la antigua Roma, la Lex Valeria Horactia (287 a de C.), prescribió su obligatoriedad; la Lex Publilia (415) obligó al Senado a sancionarlos, adquiriendo así, como lo señaló Aulo Gelio, el mismo valor que las leyes¹⁷.

Dichas disposiciones se diferenciaban de las leyes en que éstas debían de tener la aquiescencia del Senado a propuesta del Magistrado que los presentaba, y después de la

¹⁴ Real Academia Española; Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, Madrid, 1990, p. 1038.

¹⁵ Diccionario del Mundo Clásico, tomo I, Editorial Labor, Barcelona, 1954, pp. 703-704.

¹⁶ Diccionario del Mundo Clásico, tomo II, editorial Labor, Barcelona , 1954, p. 1328.

¹⁷ Petit Eugéne; Tratado elemental de Derecho Romano, novena edición, Editorial Nacional, México, 1924, pp. 22, 23, 40,

y 47

conveniente publicidad y discusión tenían que ser aceptadas por la asamblea del pueblo. Una vez aprobadas obligaban a todos a su cumplimiento

Por último la Lex Hortensia (468) dió fuerza obligatoria general a los plebiscitos, es decir, que sometía a todos los ordenes del Estado y para su obligatoriedad no requería la sanción del Senado.¹⁸

Pero el plebiscito hizo camino abriéndose paso no sin resistencias, críticas y enfrentamientos políticos. El poder creciente del pueblo fue dando cada vez un valor mayor a los plebiscitos.

6. Extravíos y confusiones del plebiscito.

Las convulsiones sociales y políticas producidas en Roma durante el siglo I a.C., hicieron que llegaran al poder supremo jefes militares de prestigio como Mario, Sila, Pompeyo y Cesar, quienes para justificar su ascenso presentaron a plebiscito leyes de investidura.

La teoría de la voluntad general formulada por Juan Jacobo Rousseau, como expresión de la soberanía popular fue utilizada por Napoleón Bonaparte, a través de la técnica moderna del plebiscito. Efectivamente, en Francia a fines del siglo XVIII y mediados del XIX, la institución fue utilizada tanto por Napoleón Bonaparte como por su sobrino Napoleón III para transformar la forma de gobierno y ampliar sus períodos de gobierno y sus poderes.¹⁹

Napoleón Bonaparte convocó a 4 plebiscitos: en diciembre de 1799 se somete a la aprobación popular la Constitución del año VIII en cuyo artículo 39 se dispone: "El gobierno es confiado a tres cónsules nombrados por diez años e indefinidamente reelegibles. La Constitución nombra primer cónsul al ciudadano Bonaparte".

El 4 de agosto de 1802, en que se somete a aprobación un Senado consulto con una serie de reformas constitucionales destacando en él la siguiente pregunta, ¿Napoleón Bonaparte, será t-il cónsul á vie?; el 18 de mayo de 1804 se produce el tercer plebiscito proponiendo el tránsito de la república al imperio, de Napoleón primer Cónsul a Napoleón Emperador y, el cuarto plebiscito, realizado en 1815, para someter a voto popular el acta adicional, elaborada por Benjamín Constant, para establecer la monarquía constitucional.

Luis Napoleón convocó en 3 ocasiones a plebiscito: En diciembre de 1850 para ser autorizado a redactar una nueva constitución. En diciembre de 1852 para aprobar el restablecimiento del imperio y, en mayo de 1870 para aprobar el establecimiento del denominado Imperio Parlamentario.

Los resultados de estos siete plebiscitos fueron abrumadoramente afirmativos, pero con un alto porcentaje de abstencionismo.

Arraigada la institución en Francia, en 1827 el Dictionnaire dosique de la langue française, cita por primera ocasión la voz plebiscite en su sentido etimológico-histórico. Posteriormente, el diccionario Littré de 1869 define el término plebiscite, como resolución sometida a la aprobación del pueblo.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Mayer, J.P; Trayectoria del Pensamiento Político, F.C.E., México, 1976, pp. 172 yss.

Durante el siglo XX el plebiscito fue utilizado para decidir cuestiones territoriales. Efectivamente, a la conclusión de la primera guerra mundial, con la bandera de la autodeterminación de los pueblos proclamada en el Tratado de Paz de París, se convocó en varias ocasiones a fin de resolver problemas de minorías de población étnicas o lingüísticas, consultando si deseaban mantener su actual nacionalidad, unirse a un estado considerado más consanguíneo o convertirse en una unidad política independiente, como fueron los casos de Silesia Alta en Corintia y en el Valle del Sarre (1935). En 1938 se convocó para anexar Austria a Alemania.²⁰

Después de la segunda guerra mundial se convocaron plebiscito en Malta en (1956), Cachemira, Egipto, y Siria en 1958. El plebiscito sirvió para crear la República Árabe Unida.

Como puede observarse, el plebiscito se ha utilizado para una variedad de actos de participación del pueblo en el proceso del poder del estado. Así, ha servido para alcanzar nuevos derechos y lograr cierta igualdad (Roma), para decidir la forma de gobierno o estado, (Francia) para prorrogar los mandatos públicos, (Francia) para resolver cuestiones territoriales, (Alemania, Italia) para legalizar conquistas de anexiones territoriales, como en el caso de los países bálticos a la Unión Soviética (1939) para ejercer la autodeterminación nacional, como la construcción de la unidad italiana, y la República Árabe Unida.²¹

A pesar de que el plebiscito puede considerarse como una manifestación archidemocrática de la voluntad popular, ha producido cierta desconfianza por haber sido utilizado con frecuencia por regímenes autocráticos o autoritarios. Sin embargo, ello no significa que la institución en sí misma sea negativa sino que han pervertido su utilización.

También es necesario precisar que algunos tratadistas como por ejemplo Antonio Torres del Moral²² y Carl J. Friedrich,²³ entre otros, asimilan el plebiscito al referéndum.

7. El plebiscito que proponemos.

El actual significado del plebiscito refiere la consulta directa a los ciudadanos para que manifiesten su voluntad sobre medidas políticas o administrativas de gran relevancia que el poder público pretende realizar, así como para establecer o reformar las discusiones políticas fundamentales del Estado. Los resultados del plebiscito son obligatorios para las autoridades.

El plebiscito, por su origen y desarrollo puede conceptualizarse como una institución que abre espacios al pueblo para poder manifestar su voluntad soberana de como quiere vivir política, social, cultural y económicamente²⁴. Representa, como proceso democrático, un avance de la sociedad civil, que le permite influir, decidiendo, sobre las decisiones políticas y las medidas administrativas del gobierno.

²⁰ Loewenstein, Karl; Teoría de la Constitución , colección démos, ediciones Ariel, Barcelona, 1965, pp. 331-333.

²¹ Carl J. Friedrich; Teoría y Realidad de la organización Democrática, Fondo de Cultura Económica. México, 1946, p. 517 y ss.

²² Introducción al Derecho Constitucional, Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 2001.

²³ Carl J. Friedrich; Teoría y Realidad de la organización Democrática, Fondo de Cultura Económica. México, 1946, p. 537 y ss.

²⁴ Diccionario Electoral: p. 667 y ss.

En resumen, el plebiscito es una institución, con principios y procedimientos que responde a una concepción de la democracia no solo formal o política sino material o substancial promoviendo una mejor forma de vida²⁵.

En nuestro país, a pesar de los esfuerzos de algunos académicos y políticos, por incorporar en la Constitución federal ó en las leyes derivadas, instituciones propias de la democracia participativa, entre ellas el plebiscito, podemos afirmar, en términos generales, que la participación política de los mexicanos se reduce a los procesos de elección de sus gobernantes.

En atención a lo anterior pensamos que el plebiscito debe ser incorporado a la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos para resolver sobre las decisiones políticas fundamentales que cualquier gobierno quiera tomar.

8. La Constitución 2000 del Estado de Veracruz-Llave y el plebiscito.

Con motivo de la reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave de 1917, cuyo texto había experimentado multitud de reformas y adiciones lo que había provocado contradicciones, lagunas y por otro lado, anacronismos y obsoletencias, se incorporaron tres instituciones de la democracia participativa como son: la Iniciativa Popular, el Referéndum y el Plebiscito. Dicha reforma se realizó, en el marco de los artículos 40, 41, 116, 117, 118, 121 y 124, entre otros, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Efectivamente, en el alcance a la Gaceta Oficial número 24 del 3 de febrero del año 2000, se publicó la reforma integral a la Constitución Política del Estado, que conforme al artículo primero transitorio entró en vigor al siguiente día, es decir, el 4 de febrero.

Así, en el artículo 2 de la nueva Constitución se dispone: “**La soberanía reside en el pueblo**, el que la ejerce por medio de los Poderes del Estado ó **directamente a través de las formas de participación que esta Constitución determine**”. Y ¿cuáles son esas formas por las que el pueblo directamente ejerce su soberanía en el Estado de Veracruz?

La respuesta a la pregunta anterior, la encontramos en los artículos 15 (derecho de los ciudadanos), fracción I, “Votar y ser votado en las elecciones estatales y municipales, y participar en los procesos de **plebiscito**, referendo e iniciativa popular”; 16 (obligaciones de los ciudadanos) fracción I., “Votar en las elecciones estatales y municipales, **plebiscitos** y referendos”; artículo 17, párrafo tercero, “La ley regulará los procedimientos participativos de referendo o **plebiscito**. En el ámbito estatal, los procedimientos de **plebiscito** y referendo tendrán como base el proceso legislativo y en el ámbito municipal el procedimiento tendrá como base el procedimiento edilicio del Cabildo”; 34, “El derecho de iniciar leyes o decretos compete”, fracción VII; “A los ciudadanos del Estado, mediante iniciativa popular, en los términos que establezca la ley”; 49 “Son atribuciones del Gobernador del Estado”: fracción XI; “Convocar, en los términos que establezcan esta Constitución y la ley, a referendo o **plebiscito**, cuyos resultados serán obligatorios para las autoridades del Estado”; 66 (párrafo tercero) “Las autoridades estatales y municipales están obligadas a coadyuvar en todo aquello que les sea requerido por el Instituto o la Sala

²⁵ Puertas Gómez, Gerardo; “Democracia e Instituciones de Democracia semidirecta, una aproximación teórico conceptual” Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, núm. 11, México, 1998, p 71 y ss.

Electoral. Los servicios notariales que cualquiera de estos organismos soliciten con motivo de los procesos electorales, **plebiscitarios** o de referendo, serán gratuitos”; 67, (Instituto Electoral Veracruzano) “fracción I, “La organización, desarrollo y vigilancia de las elecciones, **plebiscitos** y referendos la realizará el Instituto Electoral Veracruzano, conforme a las siguientes bases”; 71 (Facultades del ayuntamiento)” fracción XVI; “Convocar, en los términos que establezcan esta Constitución y la ley, a referendo o **plebiscito**, cuyos resultados serán obligatorios para las autoridades competentes”; y 84 (párrafo tercero) “Para la reforma o derogación total de las disposiciones contenidas en esta Constitución, será obligatorio el referendo que señala el artículo 17 de esta Constitución”.

9. La ley de plebiscito.

Las disposiciones constitucionales reseñadas son reglamentadas por la ley número 76, de Referendo, **Plebiscito** e Iniciativa Popular, publicada en la Gaceta oficial número 209 del 19 de octubre del 2000.

De acuerdo a la ley antes mencionada, el plebiscito en Veracruz tiene las siguientes características:

- a) Obliga a los ciudadanos a participar en el proceso de consulta. Es decir, si bien es derecho de los ciudadanos votar en los plebiscitos, también constituye una obligación de acuerdo al artículo 2.
- b) Es estatal o municipal, o sea, puede convocarse por las autoridades estatales sobre aspectos de ese interés, o por las autoridades municipales, circunscribiéndose a los problemas o decisiones de ese nivel, según lo dispone el artículo 3.
- c) Los resultados del plebiscito representan la voluntad mayoritaria de los votantes de conformidad con el artículo 5 y,
- d) Dichos resultados serán de observancia obligatoria para las autoridades que hayan convocado, es decir, estatales o municipales, con fundamento en el artículo 6.

El Plebiscito contenido en la Constitución vigente de Veracruz y regulado en la citada ley, respondió a la concepción de dotar a los veracruzanos de un instrumento que les permitiera manifestar su opinión sobre las consultas que en materia política y administrativa formulará el gobierno, teniendo en cuenta la búsqueda de acciones gubernamentales que propicien la seguridad jurídica, el bien común y la justicia.

Conclusión y propuestas

En el mundo actual, dominado por la ciencia y su aplicación tecnológica, multicomunicado, con la expansión y control por parte de los mercados internacionales y ante una economía deshumanizado y cruel que no solo ignora sino condena a las amplias capas de las sociedades, solo la democracia participativa y deliberativo puede reivindicar los valores sociales de justicia, y bienestar común público. Por ello, considero oportuno señalar que dentro del proceso de reforma del estado mexicano que el gobierno de la república pretende impulsar, resalta indispensable ampliar los espacios democráticos brindando a los ciudadanos la oportunidad de participar directamente en la transformación

del país y de su Constitución general, para lo cual es indispensable incorporar las figuras de la iniciativa popular, el referéndum y el plebiscito.

El pensamiento criminológico

Rebeca Elizabeth Contreras López*

Sumario: Introducción. 1. Los precursores. 2. Influencia del positivismo en el pensamiento criminológico: 2.1 Positivismo criminológico. 2.2 Positivismo jurídico. 3. Tendencias posteriores: 3.1 Funcionalismo. 3.2 Interaccionismo simbólico. 3.3 El pensamiento marxista y la Criminología crítica. Conclusiones. Bibliografía.

En este artículo se realizan algunas reflexiones sobre las tendencias que ha seguido el pensamiento criminológico, desde el positivismo hasta las nuevas posturas que llevan a una visión crítica de la criminalidad. Se pone énfasis en la necesidad de vincular a la ciencia criminológica con el derecho penal y la política criminal para acceder a una posibilidad más eficaz de combate al delito y prevención del mismo. Que en, un primer momento, fueron guiados por la filosofía positivista del pensamiento ilustrado, que derivó en posturas positivistas tanto criminológicas como jurídicas.

En las tendencias contemporáneas del pensamiento criminológico llaman la atención los planteamientos del funcionalismo, el interaccionismo simbólico y el pensamiento marxista que permite desarrollar la Criminología crítica como una reconstrucción de la realidad social del delito.

Introducción

Una preocupación latente para quienes nos dedicamos a la investigación jurídico criminológica es la relación que existe entre la criminología, el derecho penal y la política criminal; ya que de su interacción dinámica y creativa podemos obtener respuestas que nos permitan explicar y enfrentar el problema de la criminalidad. Un fenómeno que ya no es regional o interno, sino global y en el que cada día encontramos nuevos retos y preguntas, aún sin respuesta.

Esta preocupación tiene un inicio sumamente complejo, que se refiere a que el pensamiento criminológico aún no se incorpora a la curricula de nuestras Universidades¹, en las cuales la formación de los estudiantes es estrictamente (o preferentemente) dogmático-jurídica y aunque existen esfuerzos individuales que cada profesor realiza al interior del aula, aún no se ha adoptado la formación criminológica como parte de los programas oficiales de estudio. De ahí que, llama la atención que el profesor alemán Günther Kaiser en su *Introducción a la criminología*, publicada en los inicios de los setentas, afirmaba que “La Criminología y el Derecho penal se hallan hoy firmemente establecidas como disciplinas autónomas en el ámbito científico de la Universidad”². Ello no es así en nuestra región del mundo y tenemos que realizar un esfuerzo extraordinario para caminar en ese sentido.

El propio Kaiser nos ayuda a delimitar los campos de aplicación de las disciplinas ya señaladas, al afirmar:

Hace tiempo que es usual separar el Derecho Penal y la Criminología con los conceptos de ciencia jurídica y no jurídica, normativa y empírica. La ciencia del Derecho penal trata

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana e investigadora nacional, nivel I.

¹ Me refiero a la región de Veracruz.

² Günther Kaiser. *Introducción a la criminología*, tr. J.A. Rodríguez Nuñez, 7^a. ed, Dykinson, Madrid, 1988, p. 51.

sobre todo del pensamiento decisario, la interpretación y análisis teórico estructural del delito, así como de los presupuestos procesales y de las vías jurídico formales para la persecución del delito. Por el contrario, compete a la Criminología el análisis, despojado hasta donde sea posible de valoraciones, de las circunstancias y formas reales de aparición relacionadas con lo que concierne a génesis, desarrollo y control del delito...³

Los puntos de partida son comunes, aunque difieren en los planteamientos y métodos de análisis y su conjugación permite acceder al control racional y eficiente de la criminalidad, que es tarea reservada a la Política criminal⁴. La cual, como *ciencia*, “pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias, tácticas y medios de sanción social para conseguir un control óptimo del delito”⁵ y, como disciplina *práctica* es la actividad estatal que se dirige al control del delito y forma parte de la política general del Estado.⁶

Ahora bien, nuestro interés ahora es describir cómo el pensamiento criminológico se ha modificado en diferentes vertientes que tienen que ver, sobre todo con la concepción misma de la conducta criminal y la naturaleza humana y el papel que el Estado juega en el control de las conductas delictivas.

1. Los precursores

Desde el siglo XIII encontramos los primeros aportes al pensamiento criminológico, sobre todo por los adelantos de la medicina forense, sin embargo:

Ulteriores impulsos los suministran los *estudios político criminales* de MONTESQUIEU (1721) y BECCARIA (1764), así como las *colecciones de casos* de PITAVAL (1734) y VON FEUERBACH (1808, 1828). Además hay que tener en cuenta las observaciones y aspiraciones de reforma de HOWARD respecto al sistema penitenciario (1774). A esto corresponde el que en Alemania, a fines del siglo XVIII, se haga sentir un fuerte movimiento en contra de los orfanatos y del internamiento en instituciones de jóvenes necesitados de asistencia, y a favor de la educación en la familia. En aquella *disputa sobre los orfanatos*, los críticos censuraban las malas condiciones higiénicas existentes en los establecimientos y otras deficiencias. Por fin hay que destacar los *Principios de higiene social* (FRANK, 1779) y los *Análisis de las estadísticas morales* de GUERRY (1833) y QUETELET (1835). Desde 1808 conocemos la palabra “Psiquiatría”. El primer tratado en lengua alemana de *Ciencia penitenciaria* fue publicado en 1828 por el médico de prisiones JULIUS. La llamada Criminología socialista comienza su desarrollo con el libro de ENGELS sobre “La situación de la clase trabajadora en Inglaterra” (1845).⁷

La nota sustancial de los primeros estudios del hombre criminal es el enfoque metodológico-sistemático del positivismo, que se fue transformando desde el Renacimiento hasta el siglo XIX. Y que tiene otro modo de entender la realidad y, por ende, una nueva construcción del delito.

Para el siglo XIX el conocimiento científico de los fenómenos sociales se va cimentando, sólo que por la influencia de Augusto Comte (1798-1857) “se aplica a los

³ *Idem*

⁴ Cfr. Moisés Moreno Hernández, *Política criminal y reforma penal*, CEPOLCRIM, *ius poenale*, México, 1999, 489 p.

⁵ Kaiser, op. cit. p. 53.

⁶ Cfr. Ignacio Berdugo Gómez. *Et al. Lecciones de Derecho penal*, (parte general), Praxis, Barcelona, 1996, 370 p.

⁷ Kaiser, op. cit. p. 42.

fenómenos sociales el método desarrollado para el conocimiento de los fenómenos naturales”⁸.

La filosofía positivista⁹ se caracteriza por su búsqueda de certeza y objetividad, parte de la observación de lo *real*.

Algunas de las características principales de este método son:

- *Existencia de leyes sociales, ya que la ciencia se compone de leyes, no de hechos.*
- *La previsión racional, que consiste en deducir lo que será el fenómeno en estudio, el cual se encuentra sometido a leyes inmutables.*
- *Observación de los hechos, que es la única base sólida de conocimiento de la realidad social.*
- *El conocimiento adquirido en la observación será objetivo y relativo.*
- *Neutralidad científica, ya que el observador debe mantenerse neutro en su relación con el objeto de estudio.*
- *Especificidad de los hechos sociales (objeto de estudio del observador), que implica la existencia de una norma única de comportamiento a la que todos están sujetos y, a la vez, todos apoyan.*
- *El método se centra en la totalidad de los fenómenos sociales, cuyo factor humano asegura la homogeneidad.*
- *Dogma de la causalidad, que significa que existe una inevitable relación causal de los fenómenos.*

Posteriormente, han sido muchas las objeciones hacia el pensamiento positivista, una de las principales es su pretensión de universalidad, la posibilidad absoluta de conocimiento: un conocimiento total, verdadero, neutral, objetivo. Que, sin duda, en su momento tuvo una influencia notable en las explicaciones jurídico criminológicas del delito y su autor.

2. Influencia del positivismo en el pensamiento criminológico

2.1 Positivismo criminológico

Con el desarrollo del capitalismo manufacturero y la consolidación de la sociedad industrial¹⁰, el positivismo es el mecanismo legitimador del nuevo orden político y social; así la *ciencia* (el nuevo Dios de la humanidad) viene a completar los vacíos que aún quedaban en la revolución industrial.

En este contexto, el análisis de la delincuencia da un sesgo peligroso, al asimilar la criminalidad a todos los brotes de descontento y agitación social. El delincuente “es el individuo que dificulta el nuevo orden burgués, que por su situación social supone un ataque a las normas sociales”¹¹. De esta manera, con los aportes de la antropología criminal, surge la Criminología o ciencia criminal,

En ella el estudio del delincuente lo apartará cada vez más de la sociedad normal: el hombre delincuente es para esta teoría científica y toda la corriente biológica y psiquiátrica que le sigue, no sólo un individuo distinto al normal porque ha atacado una norma, sino que

⁸ Teresa Miralles, *Métodos y técnicas de la criminología*, INACIPE, México, 1982, p. 57.

⁹ *Ibid*, p.p. 57 a 59. También, Cfr. Durkheim, E. *Las reglas del método sociológico*, México, 1990, 111p.

¹⁰ Cfr. Michael Tigar E. Y Madeline Levy R., *El Derecho y el ascenso del capitalismo*, tr. Nicolás Grab, México, siglo XXI, 1988, 306 p.

¹¹ Miralles, op. cit. p. 62.

es singular su idiosincrasia y se encuentra en la inferioridad no sólo moral sino también biológica.¹²

La teoría del criminal nato es desarrollada por Lombroso (1835-1909) y la de los sustitutos penales por Ferri (1856-1929), cuyas propuestas fueron sumamente influyentes en el pensamiento criminológico de la época. Al aceptar la existencia de un criminal nato, la única posibilidad que le quedaba a la reacción estatal frente al hecho punible era la segregación o la exterminación.

Naturalmente, al principio, a la teoría del criminal nato de LOMBROSO se contraponen los criterios sociológico-criminales de los franceses LACASSAGNE, TARDE (1882) y DURKHEIM (1895), así como del holandés BONGER. LOMBROSO piensa que el delincuente pertenece a una raza humana especial, residuo atávico de anteriores estudios en la evolución o recaída en ellos. De sus series de investigación dedujo que el criminal nato, en general, tenía orejas deformes, abundancia de pelo negro, crespo, barba rala, ojos oblicuos, cráneo pequeño, grandes pómulos y mandíbulas y frente huidiza...¹³

Estos planteamientos se fueron atemperando y, por supuesto, desechando; sin embargo, no cabe duda que estos primeros acercamientos a la explicación del *hombre criminal*, contribuyeron a la discriminación y prejuicio en contra de los involucrados en un hecho delictivo que, todavía a la fecha se sigue sufriendo, sobre todo en los ámbitos de la práctica ministerial y judicial.

2.2 Positivismo jurídico

En este mismo contexto, los primeros estudios de derecho penal nos conducen a autores clásicos como César de Bonessana, marques de Beccaria y Francisco Carrara que, en la escuela italiana, realizaron grandes avances en la sistematización del Derecho penal¹⁴.

Los estudiosos del derecho penal incorporan la filosofía y el método positivista a sus análisis; resultado de ello es el inicial desarrollo de la teoría causalista en la explicación dogmática del delito¹⁵.

Sin embargo, en el ámbito del pensamiento criminológico, los juristas empezaron a realizar esfuerzos importantes por encontrar una síntesis jurídico criminológica, entrelazando los avances de la criminología con el análisis jurídico del delito. Encontramos así que juristas como Ferri (1896) en Italia y Von Liszt (1898) en Alemania, intentaron reunir y ordenar los aspectos particulares desde un punto de vista ecléctico y pluridimensional.

Von Liszt, por ejemplo, propuso la teoría de la unión, en la cual el delito se presenta como producto de la índole del autor al momento de cometer el hecho y, al mismo tiempo, también es resultado de las condiciones externas que, en ese momento,

¹² Ibid, p. 63. Para un excelente análisis crítico de este pensamiento consultar la obra de Michel Foucault, *Vigilar y castigar (nacimiento de la prisión)*, tr. A. Garzón, 19 ed, siglo XXI, México, 1991, 314 p.

¹³ Kaiser, op. cit. p. 43.

¹⁴ Cfr. Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, (Livorno, 1764), CNDH, 2^a. ed, México, 110 p. Además, Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, 10 Tomos, 3^a. ed, Tr. Ortega y Guerrero, Temis, Bogotá, 1988.

¹⁵ Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos, *La causalidad en el delito*, 3^a. ed, Porrúa, México, 1989, 181 p.

le rodean. Este concepto fue aceptado por la Unión internacional de Derecho penal fundada por el belga Prins, el holandés Van Hamel y, el propio Von Liszt, en 1889.¹⁶

Se fue abriendo el camino para las propuestas más actuales de incorporar el análisis dogmático junto al criminológico en las propuestas y acciones de la política criminal contemporánea¹⁷.

3. Tendencias posteriores

Es importante considerar que al pensamiento criminológico tradicional le interesa fundamentalmente la persona del delincuente; sin embargo, en el nuevo modelo de ciencia criminológica el énfasis se pone en la víctima y el análisis del control social del comportamiento desviado. Ello constituye un nuevo paradigma: el paradigma del control¹⁸. Desde esta perspectiva fueron diversos los caminos que siguieron las tendencias posteriores del pensamiento criminológico, algunas de las cuales señalaremos a continuación.

3.1 Funcionalismo

Un precursor importante fue Durkheim (1858-1917) que utiliza el concepto de anomia como un estado de falta de normas (*El suicidio*, 1897), que aparece porque la división del trabajo no permite contactos eficaces entre los miembros de la sociedad, ni regulaciones adecuadas de las relaciones sociales.

Posteriormente Merton (1938) desarrolla este concepto de anomia en una teoría estructural funcionalista del delito. (“Estructura social y anomia”) Señala que la anomia aparece cuando existe discrepancia entre las normas y metas culturales con las capacidades sociales estructuradas por los miembros de la sociedad y en esa tensión encontramos ese estado de falta de normas, que impide alcanzar las metas de la sociedad. Su planteamiento se elabora respecto de los problemas de las grandes ciudades industrializadas¹⁹.

Cloward (1959) en “medios ilegítimos, anomia y conducta desviada”, articula el concepto de anomia con el de transmisión cultural y asociación diferencial de Sutherland, con lo que presupone que existen oportunidades diferenciales para acceder a los medios legítimos, por ello, es importante la posibilidad de aprendizaje para adquirir valores y habilidades. Cohen (precursor del interaccionismo), por su parte critica la teoría de la anomia porque es individualista y olvida los procesos de interacción social²⁰.

En 1964, Merton retoma la crítica y distingue en la anomia un concepto sociológico, referido al sistema social y un concepto psicológico, propio del individuo. La conducta desviada es una disfunción, ya que lo funcional, para este autor, es aquello que contribuye al mantenimiento del orden social para conservar la estabilidad y continuidad de la sociedad²¹.

¹⁶ Kaiser, op. cit. p.p. 43-44

¹⁷ Cfr. Claus Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, tr. F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, 81 p.

¹⁸ Cfr. Antonio García- Pablos de Molina., *Manual de Criminología*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, 738 p.

¹⁹ Miralles, op. cit. p. 67.

²⁰ Ibid p.p. 68, 69.

²¹ Cfr. Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español*, Ariel, Barcelona, 1984, p.

En el funcionalismo se reemplaza el concepto positivista de causalidad por el de función, que se encuentra conectado al criterio de utilidad del sistema, que no sólo es económico, sino también social. En esta primera visión del funcionalismo, la teoría tiene un carácter ahistórico y fragmentado que da por sentado similitudes, poco probables, en diferentes momentos. Se plantea, además, una neutralidad en la relación del sujeto y objeto, que está determinada por la habilidad técnica del sujeto cognosciente, que pone en entredicho la actitud reflexiva respecto al objeto.

3.2 Interaccionismo simbólico

El interaccionismo simbólico como, en su momento puso de manifiesto Cohen, toma en cuenta la relación de influencia recíproca que existe entre el individuo y su ambiente. En este contexto la comunicación es fundamental, ya que la interacción se realiza a través del lenguaje en un intercambio permanente de significados y símbolos. Para Mead (1972) el individuo está concientemente capacitado para adaptarse al proceso de interacción y transformar el resultado²².

El interaccionismo ha proporcionado tres direcciones en el enfoque de la Criminología para la explicación de las conductas desviadas:

- La teoría del *etiquetamiento* en donde juega un papel fundamental la reacción social o la manera de reaccionar, por parte del grupo social, frente a un comportamiento que no necesariamente es delictivo.
- El estudio del *estereotipo* del delincuente, en el cual la interrelación se da de la sociedad hacia el individuo, aunque éste se presenta como incapaz de reaccionar frente a esa toma de posición de la propia sociedad. Las variables fundamentales se refieren a los procesos que permiten designar al procesado y a los efectos de la futura condena. Aquí aparece la llamada *estigmatización*.
- Otro enfoque es el de la *etnometodología* que trata de explicar la construcción social de la realidad desde la perspectiva individual de la vida cotidiana del sujeto, frente a sus múltiples interacciones; aquí es un instrumento fundamental la observación participante.

3.3 El pensamiento marxista y la criminología crítica

El pensamiento marxista, con una visión crítica y global, incorpora nuevas explicaciones de los fenómenos sociales. El método dialéctico es el que permite esa explicación sociológica que conlleva una actitud empírica y deductiva que se asume frente a una realidad en movimiento.

En la década de los setenta aparece la teoría radical de la Criminología, que entiende que el potencial humano en una sociedad tiene una naturaleza ilimitada²³. El criminólogo crítico es, ahora, un activista que realiza una práctica política en favor de los marginados y en contra del orden establecido.

Los ámbitos de investigación y teorías críticas son²⁴:

²² Miralles, *op.cit.* P. 71 y ss.

²³ Cfr. Taylor, Walton y Young, *Criminología Crítica*, Tr. Nicolás Grab, siglo XXI, México, 1985, 300 p.

²⁴ Miralles, *op. cit.* p.p. 85 a 87.

1. Se plantea el estudio de la actividad delictiva de los que crean las leyes.
2. La posibilidad de una crítica material de la distribución de riqueza.
3. Aparece el estudio de las estadísticas delictivas que permiten analizar la naturaleza clasista del delito.
4. Como un aspecto importante se insiste en el estudio de la ideología del control social, en donde son variables básicas el estudio de los medios de comunicación y la reacción de la sociedad ante la delincuencia simbólica y la legitimación de un control represor²⁵.
5. Análisis de la norma legal que crea el delito, cuestionando su aceptación, elaboración y función.

La virtud de la Criminología crítica es su perspectiva histórica y dialéctica, ya que examina la posición del hombre en la sociedad proponiendo un análisis específico para cada momento histórico.

Conclusión

1. Existe una vinculación importante entre el Derecho penal, la Criminología y la Política criminal que debe ser fortalecida a partir de una visión conjunta del fenómeno criminal.
2. Es indispensable que en los planes y programas universitarios se incorpore el estudio de la Criminología y la Política criminal como materias obligatorias que sean ofrecidas con un enfoque teórico práctico de solución de conflictos y planteamiento de estrategias que permitan enfrentar la criminalidad.
3. En la evolución del pensamiento criminológico han existido diversas posturas teóricas, e ideológicas, que han contribuido al desarrollo científico del mismo y que, en su momento, fueron factor fundamental para la explicación de la conducta desviada.

²⁵ Cfr. Alessandro Baratta, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal “, *Derecho penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. VII, No. 24, 1984, p.p. 67-95.

Fuentes:

- BARATTA, Alessandro. "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal ", *Derecho penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. VII, No. 24, 1984, p.p. 67-95.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, (Livorno, 1764), CNDH, 2^a. ed, México, 110 p.
- BERDUGO GÓMEZ, Ignacio. *Et al. Lecciones de Derecho penal*, (parte general), Praxis, Barcelona, 1996, 370 p.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español*, Ariel, Barcelona, 1984.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, 10 Tomos, 3^a. ed, Tr. Ortega y Guerrero, Temis, Bogotá, 1988.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar (nacimiento de la prisión)*, tr. A. Garzón, 19 ed, siglo XXI, México, 1991, 314 p.
- GARCÍA- PABLOS de Molina, Antonio. *Manual de Criminología*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, 738 p.
- KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*, tr. J.A. Rodríguez Nuñez, 7^a. ed, Dykinson, Madrid, 1988,
- MIRALLES, Teresa. *Métodos y técnicas de la criminología*, INACIPE, México, 1982.
- DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*, México, 1990, 111p.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moises. *Política criminal y reforma penal*, CEPOLCRIM, *ius poenale*, México, 1999, 489 p.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *La causalidad en el delito*, 3^a. ed, Porrúa, México, 1989, 181 p.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*, tr. F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, 81 p.
- TAYLOR, WALTON y YOUNG, *Criminología Crítica*, Tr. Nicolás Grab, siglo XXI, México, 1985, 300 p.
- TIGAR E. Michael y LEVY R. Madeline, *El Derecho y el ascenso del capitalismo*, tr. Nicolás Grab, México, siglo XXI, 1988, 306 p.

**COMENTARIOS SOBRE LA LEY No. 102
DE ASISTENCIA SOCIAL Y PROTECCIÓN
DE NIÑOS Y NIÑAS DEL ESTADO DE VERACRUZ**

Por Ana Gamboa de Trejo*

Como un avance significativo dentro del derecho infantojuvenil, la Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas, sitúa al Estado de Veracruz como pionero en la atención especial que requiere esta parte de la sociedad.

El documento es el resultado de una intensa consulta llevada a cabo dentro del Foro Estatal sobre Legislación Infantojuvenil. En él participaron con más de cien ponencias integrantes de organismos gubernamentales y no gubernamentales, sus propuestas sirvieron para dar forma y contenido al documento jurídico.

La ley toma en cuenta a la población infantojuvenil en su conjunto, a diferencia de la antigua legislación de Consejos Tutelares, documento interesado solamente en el aspecto delincuencial, dejando de lado una serie de factores que atañen a los niños y los jóvenes y que deben ser atendidos. Este nuevo ordenamiento, pone énfasis en la asistencia social y protección de los derechos de las niñas y los niños. La salvaguarda de estos derechos, están plenamente establecidos en el documento, al tener como fundamento rector la Convención Internacional de los Derechos de los Niños.

La ley consta de cuatro títulos, divididos en capítulos, de acuerdo a la sistemática jurídica mexicana.

En el primer título, se aborda todo lo relativo a las disposiciones generales. En esta parte, se advierte la intención del legislador: poner atención en la asistencia social y proteger los derechos de los niños y las niñas de Veracruz, además de sustentar una política social integral.

En el segundo título, se habla de la asistencia social que el Estado proporcionará a los niños y las niñas, poniendo atención principal hacia todos aquellos niños, que viven en zonas marginadas, tanto urbanas como rurales; así como a los que se encuentran en

* Dra. en Derecho Público. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

regiones indígenas. Involucrando para ello, a los diferentes sectores que han mostrado interés sobre el bienestar de la niñez. Dentro de este mismo apartado, la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, juega un papel importante, de igual forma la Secretaría de Educación. Sobre esta última, la ley sienta un precedente, en el sentido de proteger a los niños sobre el maltrato físico y psicológico de que algunas veces son objeto por parte de los profesores. También, se trata de evitar a través del ordenamiento jurídico, la discriminación de aquellos niños que sufren alguna discapacidad.

El documento sienta las bases para alternar hacia una nueva cultura, en ella, el respeto a los derechos humanos de los niños se hace evidente. La tendencia preventiva que la sustenta, permite advertir que a través del deporte y la difusión de la cultura, la población infantil puede optar por otras vías que les den la oportunidad de experimentar acciones positivas, que le nutran el espíritu y ejerciten sus capacidades físicas.

En el título tercero, se crean los organismos que tendrán a su cargo la tarea de promover una nueva visión sobre el trato que se le debe dar al niño, la niña o el joven. Para el caso, se crea el Sistema de Asistencia y Protección de Niños y Niñas, cuya responsabilidad recae principalmente sobre el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia así como la Procuraduría de la Defensa del Menor, la Familia y el Indígena y los Centros de Observación y Tratamiento de Niños y Niñas en Conflicto con la Ley Penal.

La asistencia social es abarcativa en la ley. En ella, se contemplan los niños abandonados, desamparados, desnutridos, maltratados, los que han sufrido algún abuso sexual o son utilizados para actividades pornográficas y de prostitución, los que han infringido la ley penal, los indígenas, los niños de la calle y en la calle, los que tienen problemas de alcoholismo y drogadicción, los que han sido víctima de algún delito, los discapacitados y todos aquellos que soliciten atención de este organismo.

Como una instancia importante para la ejecución y aplicación de esta disposición jurídica, se crea el Consejo Estatal de Asistencia Social y Protección de niños y niñas, el cual se encargará de coordinar, planear y supervisar el buen cumplimiento de todas y cada una de las acciones que se implementen a favor de los mismos.

Este Consejo, estará integrado por el Gobernador del Estado quien será el que lo presida, la Presidenta de la Junta de Gobierno del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, el Secretario de Gobierno, el Secretario de Salud, el Secretario de Educación y Cultura, el Procurador General de Justicia, el Director General del sistema para el Desarrollo Integral de la Familia y el Secretario Ejecutivo; quien será nombrado por el Gobernador y representará al Consejo en todas las facultades que establezca la ley.

De igual forma, se crea la Unidad de Atención al Público, en donde se recibirán las sugerencias, quejas y denuncias que cualquier persona podrá formular acerca de los servicios de asistencia social y protección de las niñas y los niños.

Y como parte de una política descentralizada, en cada uno de los municipios de la entidad veracruzana se implementarán los Consejos Municipales de Asistencia Social, cuya estructura será similar a la del Consejo Estatal.

Las acciones tendiente a proteger a los niños del Estado de Veracruz por parte de la Procuraduría de la Defensa del Menor, la Familia y el Indígena guarda singular importancia, ya que se constituye en un organismo que como su nombre lo indica, intervendrá en todos los asuntos que competan a los niños y sus familiares, siempre con la idea de salvaguardar sus derechos.

En el caso de los niños en conflicto con la ley penal, se tiene un importante avance. Dentro de este renglón, se trató de eliminar el concepto de “menor infractor”, para no chocar con las recomendaciones de la Convención, en el sentido de que el adjetivo “menor”tiene una connotación de minusvalía, y en cuanto al de “infractor”, se intentó que poco a poco, la sociedad vaya asimilando que la comisión de una infracción no es sinónimo obligado de delito, si entendemos que un niño puede cometer una infracción en su casa o en la escuela, que sólo amerite una llamada de atención de los adultos sin necesidad de ir a un centro de internamiento.

Tratándose de niños que cometan un delito, la ley es enfática, en el sentido de estar pendiente a través de la creación de la figura del Supervisor, quien se encargará de cuidar que no se vulnere la dignidad de los niños y las niñas en los centros de internamiento.

En la Ley de Adaptación Social y en el renglón específico sobre los niños en conflicto con la ley penal, se aprovecha la figura de los Centros de Observación y

Adaptación Social, dándole su verdadero significado e importancia, además, de procurar en un tiempo razonable establecer estos Centros en todos los municipios o en su caso en las principales cabeceras municipales, cuya tarea principal será la de recalcar la idea de evitar la represión e impulsar la prevención.

En síntesis, la Ley de Asistencia Social y Protección de niños y niñas, es un documento que contiene un impulso importante en cuanto al derecho de los niños, las niñas y los jóvenes se refiere. Con esta disposición jurídica, una vez más, el Estado de Veracruz se pone a la vanguardia en cuanto hace al derecho infantojuvenil; de hecho, se está hablando de la primera ley de este tipo en la República Mexicana. Cabe decir, que el documento que ahora comentamos, entró en vigor el ocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

El diablo en Méjico: Derechos Humanos y Estado de Derecho en el siglo XIX mexicano.

Introducción

Tras la independencia de España y con la emisión de su primera Constitución política tiene lugar a comienzos del siglo XIX la fundación del Estado nacional mexicano. Entonces se consagró la primera generación de derechos humanos, fruto del liberalismo político del siglo XVIII, instaurándose desde las primeras y subsiguientes constituciones mexicanas, esto es, en las leyes fundamentales del siglo XIX. En esta generación están situados los tradicionales derechos individuales, los derechos civiles y derechos políticos de los ciudadanos que exigían al Estado fundamentalmente una actividad de no hacer y de respeto a fin de que el orden constitucional establecido preservara y garantizara a los gobernados su derecho a la vida, la libertad, la seguridad; derecho de igualdad ante la ley, el debido proceso y el recurso efectivo; derechos de conciencia (libertad de pensamiento, expresión y religión); derechos de propiedad; libertad de circulación, reunión y asociación, inviolabilidad de la vida privada, familia, domicilio y correspondencia, derecho a una nacionalidad, a participar en los asuntos políticos, a votar y ser elegido en elecciones periódicas.¹

La recepción del Derecho en México

Tras tres siglos de dominación española y con la promulgación de la primera Constitución política en 1824 el incipiente Estado mexicano estableció de acuerdo al programa de la ilustración en correspondencia al siglo liberal mexicano: a) la soberanía nacional y una exigua declarativa constitucional sobre Derechos humanos, b) la división de poderes y la forma federal de gobierno, c) pero no, la defensa de la Constitución y el control constitucional como pilares del primer proyecto de Nación. Sin embargo, las constituciones mexicanas rechazaron la forma monárquica, pronunciándose por la forma republicana y desde la Constitución de 1824 sentaron el principio de la responsabilidad, para todas las autoridades, incluido el presidente de la República. ¿Qué decía el Constituyente del 24 al momento de aprobarse este principio? :

“¿...qué quiere decir igualdad ante la ley? La obligación de responder a todos los cargos que se le hagan.

¹ Fix-Zamudio, H. y Valencia, Salvador: DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y COMPARADO. Ed. Porrúa.. México. 1999.

“y enhorabuena, que el presidente mexicano sufra un rigurosísimo juicio de residencia al término de su encargo”²

Pese a la falta de textos políticos,³ las principales corrientes del pensamiento político se habían infiltrado por la Constitución española de 1812, luego difundida por la Revolución de Independencia, por quiénes habían estado en las Cortes de Cádiz en calidad de diputados indianos y sabían que “*Mientras la Inquisición de Méjico condenaba en 1810 la doctrina de la Soberanía del pueblo como una herejía. Las Cortes españolas consagraban este principio como la base del nuevo sistema social*”⁴ demostrando así la tardanza en el traspaso intercontinental de las ideas: En el momento que se implantaron las instituciones políticas liberales en México, por efectos de la Constitución del 24, en Europa el liberalismo iba tras su ocaso.

El paso del orden colonial al Estado liberal entrañaba enormes dificultades que impidieron durante varias décadas la formación estatal. Por una parte la política ruda se desenvolvía en el marco de un compromiso restringido a las élites; en cambio la transacción política entre fuerzas opuestas llenó el escenario. Se trataba de amalgamar elementos refractarios, según palabras de Mora; es decir, que se practicaba una políticas de contemplaciones originada por el temor de la participación popular durante el movimiento de independencia. El olvido y el desprecio de las llamadas “clases peligrosas” frenaban la posibilidad de fundar el Estado-nación. Un segundo impedimento era la fragmentación y progresiva militarización del poder que obstaculizaba la centralización de éste. Se buscaba fortalecer el Estado, pero éste carecía de los recursos financieros y legales y era incapaz de extender su presencia ante la enorme dispersión regional que suponía la territorialidad, heredad de la Nueva España. Otro factor de la flaqueza estatal en este periodo lo confirma la constante penuria de la Hacienda pública. Este estado, en permanente bancarrota explica el establecimiento de vínculos de dependencia financiera de los gobiernos en turno con los sectores enriquecidos después del proceso emancipador. La ruina económica del incipiente aparato político no sólo afectaba al poder central, también alcanzaba a los poderes regionales que después de todo presentaban las mismas debilidades. Este a su vez, constituido con grandes dificultades habría de consolidarse entre guerras, revueltas, efímeros periodos de paz entre asonadas a lo largo de todo el siglo. Ahí encontramos la figura de un estado en cierres, entre la opulencia y el refinamiento de los Habsburgo, los estragos de la guerra civil entre liberales y conservadores que se disputaban y se sucedían en el poder que obtenían y administraban como trofeo de las incessantes escaramuzas que protagonizaban las regiones sublevadas contra el centro detentador del poder.⁵

Y en esta sociedad ¿quiénes eran estos aspirantes a la titularidad de aquellos derechos preconizados por la ilustración y sus publicistas los liberales mexicanos?,

² Barragán José: El juicio de Responsabilidades en la Constitución de 1824. UNAM. México.

³ Que poco llegaban a la Nueva España y menos los traducidos al castellano –aunque el pueblo era casi en su totalidad analfabeto y los pocos integrantes de la clase ilustrada ignoraban los idiomas extranjeros.

⁴ Zavala, Lorenzo de: ENSAYO HISTORICO DE LAS REVOLUCIONES EN MÉXICO (desde 1808 hasta 1830), t. primero.

⁵ De la Garza, Luis Alberto: EVOLUCION DEL ESTADO MEXICANO (1810-1910) Ed. El Caballito.. México.1986.

Nutridos en las lecturas tropicales, bajo el clima de la guerra y la guía de Tocqueville y su Democracia en América, los mexicanos librepensadores liberales decimonónicos rediviven el fantasma de Hamilton-Madison y los incansables debates del Federalista. Han puesto de pie a Hobbes, a Locke. Han levantado de sus tumbas a Rousseau y Montesquieu.⁶ Han desempolvado la Constitución Española de 1812⁷ ¿Quiénes fueron estos liberales mexicanos, ora diputados ante las cortes de Cádiz, ora perseguidos y exiliados, después vueltos al poder, convertidos en constituyentes, redactores de los distintos textos constitucionales del siglo XIX? En pleno oscurantismo fundaron periódicos, ejercieron la libertad de conciencia, de escribir y publicar todo aquello que denunciaba la corrupción de los poderes públicos, y cuando lo requirieron los tiempos, cambiaron la pluma, la imprenta, las curules, el rol de esposa por el oficio de las armas que ejercieron frente a las invasiones externas o como protagonista de la incesante lucha entre realistas e independentistas, entre conservadores y liberales. Estas oligarquías criollas novo hispanas se habían nutrido con los postulados racionalistas del siglo de las luces y conocían de cerca el modelo de codificación francesa, habían participado en la elaboración de la Constitución de Cádiz.

Las ideas racionalistas destilaban en todos los ámbitos de la vida social; en el campo jurídico, una vez reconocidos los derechos naturales del hombre en las leyes fundamentales, su regulación pormenorizada dió origen a otros cuerpos jurídicos a fin de garantizar tales derechos y establecer las reglas jurídicas a que habrían someterse los ciudadanos. Materia por materia se fueron relegando las concepciones del antiguo régimen: frente a la igualdad ante la ley, se debieron proscribir los fueros, derogando la legislación protectora de ciertos sectores de la sociedad. Asimismo, en adelante se buscaría el libre comercio, la unidad de jurisdicción, la laicización de la vida social, la abolición de las penas infamantes y muchas otras cuestiones. La tarea no era fácil ya que el reconocimiento de los derechos naturales del individuo extendía su campo de influencia a todas las ramas del derecho.

Por otra parte, la sujeción del Estado al Derecho y la delimitación de la esfera de éste frente a los derechos individuales de los ciudadanos, sólo podía al lograrse una vez que se definiera cómo iba a ser el Estado. Esta tarea fue la preocupación fundamental del siglo XIX, y aunque las comisiones para codificar el derecho se convocaron una y otra vez, sin un Estado estable y medianamente unificado era imposible que se lograra consolidar el proceso de codificación.

De ahí que en esta etapa los códigos que llegaron a promulgarse, tuvieran una vida efímera. A pesar de que la mayoría de los textos constitucionales consagraban de diversa

⁶ Filangieri, Vatell, Mirabeau, Banjamín Constant, Bossuet, Raynal, Voltaire, Maquiavelo, Destutt de Tracy, Blanco White, Pradt; pero sobretodo Bentham, Montesquieu, y más que ningún otro, Rousseau, son los nombres que se citan en las dos primeras asambleas constituyentes del México Independiente. También Hobbes, Spinoza, Pufendorf y Locke, integran el pensamiento del Constituyente del 24. Rabasa O. Emilio: EL PENSAMIENTO POLÍTICO DEL Constituyente De 1824. UNAM. México. 1986

⁷ En efecto, esta Constitución fue declarada subsistente en México por el Plan de Iguala de 1812, y fue tomada como primera Constitución por los estados internos de Jalisco, Zacatecas, Oaxaca, Veracruz y San Luis Potosí. Barragán José: LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO. Universidad de Guadalajara.1994.

manera los derechos del hombre y del ciudadano hasta la restauración de la República se reunieron las condiciones necesarias para la consolidación de la labor codificadora emprendida varios lustros atrás.

Los códigos del Siglo XIX, tantos los que se quedaron en proyecto como los que lograron promulgarse, reflejan con claridad la penetración de “las luces de la razón” y los postulados del liberalismo. Pero la admisión de unos y otros, llevaba aparejada la creación de nuevas instituciones y la supresión de aquéllas que no se adaptaban a los tiempos que corrían.⁸

Constitucionalidad, derechos y garantías.⁹

En este periodo se promulgaron por lo menos cinco cartas constitucionales todas de carácter federal, excepto en el periodo de 1835-46 que instauró en la brevedad de una década un régimen conservador y unitario que oponía la monarquía al régimen liberal planteado en las constituciones precedentes. No duraría. En 1857, tras perder la guerra frente a Estados Unidos de Norteamérica, el Estado mexicano hizo cesión de su soberanía en casi la mitad de su territorio, y otro constituyente restablecía el federalismo al dictado de otra Constitución que postulaba por primera vez con medida coherencia los principios liberales de los nuevos estados. Más no duró. Nuevamente, tras aceptar la corona y asumir el gobierno en México, Maximiliano de Habsburgo, en 1864, decretó el Estatuto del Imperio Mexicano proclamando la monarquía y a su titular el emperador, como forma de gobierno para la Nación. Pero en 1867 la aventura imperial terminó en tragedia, engullida por las luchas intestinas del monstruo mexicano: ante el pelotón de fusilamiento se desvanecía el Imperio, restaurándose de inmediato el orden constitucional establecido por la Constitución de 1857.

En palabras de María del Refugio González

“Tras la emancipación, las posibilidades políticas por las que se buscó constituir a la Nación fueron varias; pero se optó por una Monarquía Constitucional, representativa, hereditaria, denominada Imperio Mexicano, con Agustín de Iturbide a la cabeza. El fracaso del proyecto llevó a que se generalizara la idea de formar una república federal o central. Esto no significó el abandono de las ideas monárquicas; pero las propuestas que se hicieron en ese sentido no prosperaron, hasta la instauración del segundo Imperio. Tras la muerte del emperador se restaura la República bajo el signo del Federalismo, en adelante el país no se apartaría de esta senda, a pesar de que los rasgos centralistas estuvieran presentes en todos los ámbitos.”¹⁰

⁸ González, Ma. Del –Refugio: HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO. Ed. McGraw Hill-UNAM. Mexico. 1997.

⁹ Para el estudio de los textos constitucionales mexicanos en Felipe Tena Ramírez: LEYES FUNDAMENTALES DE MEXICO, 1808-1982. Ed. Porrúa. México. 1982. y Fix-Zamudio: DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO- Ed. Porrúa, M

¹⁰ González, Ma. Del –Refugio: Ob. Cit.

Si comparamos la vigencia de estas Constituciones decimonónicas, de corte liberal con las primeras constituciones escritas en los tiempos modernos, veremos que coinciden en incluir una declaración de derechos, siendo su parte principal, la enunciativa de su estructura de gobierno. En Filadelfia, tanto Madison como Hamilton se opusieron a que se incluyese una declaración de derechos en la Constitución, con el argumento de que “los derechos no se protegen con declaraciones, sino con las propias estructuras del gobierno constitucional”. No obstante, se le incluyó en la Constitución Federal de los Estados Unidos bajo la forma de sus primeras 10 enmiendas en 1791. Y sucesivamente, bajo la égida de las diferentes declaraciones francesas de los derechos del hombre y de los ciudadanos, las declaraciones de derechos se abrieron camino hasta ser parte de las constituciones de los siglos XIX y XX, en el que encuadra históricamente las Constituciones mexicanas de 1824 y especialmente la 1857 que como veremos no solo amplió su catálogo de derechos sino que dispuso plenas garantías para exigirlos en vía jurisdiccional. Veamos:

Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz en 1812 y en la Nueva España en 30 de septiembre del mismo año; fue abolida parcialmente poco después, y restablecida parcialmente en 1813. Al año siguiente se restableció el Absolutismo y en el año de 1820 fue nuevamente establecida. La forma de gobierno que proponía era la Monarquía moderada y hereditaria. El poder estaría dividido entre el rey y las Cortes, las cuales representaban a la Nación, el rey, y distintos tribunales, a la cabeza de los cuales se hallaba el Supremo Tribunal de Justicia. Solo consagraba expresamente el respeto a la propiedad privada; dejaba a salvo los derechos de eclesiásticos y militares para gozar “el fuero de su estado”. Prescribía la religión católica, prohibiendo el ejercicio de cualquier otra. Esta Constitución fue declarada subsistente en México por el Plan de Iguala de 1812, y fue tomada como primera Constitución por los estados internos de Jalisco, Zacatecas, Oaxaca, Veracruz y San Luis Potosí.

Los *Sentimientos de la Nación* de José Ma. Morelos y Pavón en 1813, garantizaban la igualdad ante la ley, la igualdad social, la propiedad privada y la seguridad del domicilio.

El *Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana*, expedido en 1814 por el Congreso de Apantzingán, contenía en los capítulos IV y V de su título 1 una extensa y detallada lista de los derechos del hombre. Establecía la división de poderes, el Supremo Congreso habría de ser el representante de la Soberanía del pueblo. La administración de justicia estaría a cargo de un Tribunal de Justicia, juzgados inferiores y el Tribunal de Residencia; los derechos del hombre en el cuerpo social –igualdad, seguridad, propiedad y libertad–: el principio de soberanía; la sujeción del cuerpo social a la ley y por ser la manifestación de la voluntad general y la igualdad de los hombres ante aquélla; dejaba insubsistente el fuero eclesiástico, pero los jueces serían nombrados por el Supremo Gobierno. Prescribía que “la religión católica, apostólica y romana es la única que se debe profesar en el Estado.”

Bases Constitucionales aceptadas por el Segundo Congreso Mexicano en febrero de 1822. Adopta como forma de gobierno la monarquía moderada constitucional con la denominación de Imperio Mexicano. Establecía la división de poderes representados por

el Congreso, la Regencia y los Tribunales. Se prescribió la igualdad de derechos civiles de todos los habitantes libres del Imperio.

Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano. Expedido en 1822. Adopta como forma de gobierno la Monarquía constitucional, representativa y hereditaria. División de poderes, representados por la Junta Nacional Constituyente, el Emperador y cinco ministros, la Regencia y el Consejo de Estado; el Supremo Tribunal de Justicia y tribunales de primera y segunda instancia. Consagraba la inviolabilidad del domicilio y de la propiedad; la libertad personal, de pensamiento, manifestación y prensa, aunque con censura previa en algunas materias; en lo social mantenía las “diferentes clases del estado”; conservaba el fuero eclesiástico e imponía la prohibición de profesar otra religión que no fuera la católica.

Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana. Expedida en 1823. Se adopta como forma de gobierno la república representativa y federal. El poder estaría dividido en Legislativo o Congreso Nacional, y Ejecutivo a cargo de tres individuos. Nada dice del Judicial, pero se señalan las reglas y los órganos para la Administración de justicia con un Tribunal Supremo a la cabeza. Establece los derechos y deberes de los ciudadanos. Los primeros serían: libertad de pensar, hablar, escribir, imprimir y “todo aquello que no ofenda los derechos de otros”, el de propiedad y el de “no haber por ley sino aquella que fuese acordada por el Congreso de sus representantes”. Los deberes serían: profesar la religión católica, apostólica y romana, respetar a las autoridades, no ofender a sus semejantes y cooperar al bien general de la Nación.

En cambio, el *Acta Constitutiva de la Federación* de 1824, contenía escasas prevenciones referentes a las garantías individuales. Se adopta como forma de gobierno la República Representativa, popular y federal. División de poderes. El Judicial está confiado por una Corte Suprema de Justicia y los tribunales que se establecerían en cada estado. No contenía nada respecto a las garantías individuales. Los estados serían libres y soberanos y repetirían la división de poderes en el ámbito local. Religión oficial, la católica, prohibiéndose el ejercicio de cualquier otra. Nada dice del fuero eclesiástico.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824. República representativa, popular y federal. División de poderes. Judicial: integrado por una Corte Suprema de Justicia, Tribunales de circuito y Juzgados de circuito. No contenía ninguna referencia a las garantías individuales, pero algunos de los estados libres y soberanos, elaboraron a su amparo, constituciones locales en las que se consagraban dichas libertades. Prescribía la religión católica, apostólica y romana, prohibiéndose el ejercicio de cualquier otra.

Las bases constitucionales de 1835 establecieron la República representativa y popular, pero omitieron prácticamente garantizar los derechos del hombre; la división de poderes; el Judicial está integrado por una Corte Suprema de Justicia y por los tribunales y jueces que estableciera la ley constitucional. No se consagraron las garantías individuales. Religión católica, se prohíbe el ejercicio de cualquier otra.

La primera de las *Siete Leyes constitucionales de 1836*, que instituyeron la República centralista, si garantizaban expresamente la libertad personal, la propiedad privada, la seguridad del domicilio, garantía de legalidad, la aplicación de leyes y la intervención de tribunales competentes, introdujo la figura del reclamo para defender la propiedad ante los tribunales superiores, consagró la libertad de tránsito internacional y la de imprenta. Siendo este texto constitucional el que encaró por primera vez el problema de la defensa de la Constitución y pretendió resolverlo mediante el establecimiento de un órgano político llamado Supremo Poder Conservador, quien podía declarar nulos los actos de los tres poderes y sólo respondía “ante Dios y la opinión pública”. El poder judicial se ejercía por una Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de los departamentos, los de hacienda y los juzgados de primera instancia. De las obligaciones de los mexicanos eran profesar la religión católica, observar la Constitución y sus leyes y obedecer a sus autoridades. Por otra parte restringía la capacidad para ser ciudadano, ya que no lo eran los sirvientes domésticos, los menores, los analfabetas y los que no tuvieran una renta de cien pesos anuales. Subsiste el fuero eclesiástico y militar.

Esta lista de garantías individuales fue repetida en el artículo 9 del *Proyecto de Reformas*, también centralista, de 1839, con los aditamentos relativos a los derechos de los procesados y a la legalidad de las sentencias judiciales.

En términos similares fueron redactados las *Bases para la Organización Política de la República Mexicana de 1843*. adopta como forma de gobierno la república representativa y popular. Al igual que las leyes constitucionales, incluyen los derechos y obligaciones de los mexicanos y agregan los de los ciudadanos mexicanos; proscriben la esclavitud, consagran la garantía de legalidad, la libertad de opinión, prensa y de circulación y la inviolabilidad de la propiedad. Asimismo señala como derechos del ciudadano votar y ser nombrado para los cargos de elección, aunque condiciona la ciudadanía al ingreso anual de 200 pesos. División de poderes. Judicial: se ejerce por una Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de los departamentos, los de hacienda y los juzgados de primera instancia. En los departamentos habría tribunales superiores de justicia y jueces inferiores. Habría un poder electoral. La nación profesaría la religión católica, con exclusión de cualquier otra.

El *Acta de Reforma de 1847*, estableció que es derecho de los ciudadanos votar y consignaba el derecho de petición, el de reunión para discutir los asuntos públicos y las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad. Mediante esta Acta de Reformas (a la Constitución de 1824) se introduce el Amparo contra actos de los poderes legislativo y ejecutivo, tanto de la Federación como de los estados, ciñendo a los tribunales a pronunciarse exclusivamente sobre el caso particular (fórmula Otero); de esta manera se organizó la defensa de los derechos individuales y por mantener dentro de su jurisdicción respectiva a la Federación y a los estados, instituyendo para el primer objeto el procedimiento judicial, y para el segundo, el control político. Este precedente, permitirá posteriormente al Constituyente de 1857 extender el control judicial ideado para las garantías individuales, a los casos de invasión de jurisdicción tal y como lo tenía previsto el Acta, de esta manera desapareció del derecho constitucional nacional el llamado control político, para ser reemplazado íntegramente por el judicial, a cuyo

conocimiento quedaron sometidas las violaciones a las garantías individuales y las invasiones de la esfera federal en la local y viceversa.

El Estatuto Orgánico Provisional de 1856 listó en sus artículos del 30 al 77 las garantías de igualdad, libertad de tránsito, de expresión y de imprenta, de la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio, de enseñanza, de seguridad jurídica en lo referente a la libertad personal y a los derechos de los detenidos y de los procesados, de trabajo y de la propiedad, etcétera. De acuerdo al plan de Ayutla, reformado en Acapulco, la república sería representativa y popular. No se toca el tema de la religión. División de poderes. Judicial: será desempeñado por una Suprema corte de Justicia y los tribunales de circuito y jueces de distrito establecidos en la ley de 23 de noviembre de 1953, además le señalaba a la Corte la facultad de conocer, bajo ciertas condiciones, de las diferencias que surgieran entre los estados de la Federación, o entre estos y los particulares, y dirimir las competencias que se suscitaran entre los tribunales generales, o entre estos y los estados, o entre los de un estado y otro.

Así lo repitió el *proyecto para la Constitución de 1856*, que por primera vez consignó el derecho de portar armas.

La Constitución de 1857. Se adopta como forma de gobierno la República representativa, democrática, popular y federal; consignó los derechos del hombre en forma similar a la vigente de 1917, pero sin los detalles, las modalidades ni las tendencias sociales de esta última..

Esta Constitución de 1857 expuso su criterio básico en su artículo 1ro., en el sentido de reconocer que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales: la igualdad, inviolabilidad de la propiedad privada, seguridad, libertad de asociación, de prensa, de pensamiento, de circulación de enseñanza, de ocupación; el derecho de petición; la garantía de legalidad; suprime las jurisdicciones privativas y los tribunales especiales; mantiene el fuero de guerra para delitos y faltas relacionadas con la disciplina militar; abole los trabajos personales, prohíbe a las corporaciones civiles y eclesiásticas adquirir propiedad más allá de lo estrictamente necesario. Deposita la Soberanía nacional en el pueblo; prescribe que los estados de la Federación serán libres y soberanos. División de Poderes. Judicial: una Suprema Corte de Justicia y tribunales de circuito y de distrito. Fija la competencia de los tribunales federales recogiendo la preceptiva de los textos constitucionales anteriores sobre el amparo y abre la posibilidad de que conozcan de la violación de las garantías individuales. Al no consagrarse la obligación de profesar la religión católica, admite la tolerancia religiosa, aunque la Constitución se expida “en el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano.

Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865. La forma de gobierno proclamada por la Nación y aceptada por el Emperador sería la monarquía moderada, hereditaria con un príncipe católico. Se establecen tribunales de acuerdo a la ley, un tribunal de cuentas; comisarios imperiales y visitadores, prefecturas y subprefecturas de distinto tipo. También consagró en sus artículos 58 a 77 un catálogo de garantías individuales que comprendía las básicas de igualdad, libertad, seguridad personal,

propiedad, libertad de cultos, libertad de imprenta, requisitos para la aprehensión, irretroactividad de la ley, inviolabilidad del domicilio, y derechos del procesado.

Los instrumentos procesales del S.XIX

Un pilar de la defensa de la Constitución lo integra la llamada justicia constitucional, en la cual se examinan las “garantías constitucionales” que de acuerdo a Fix Zamudio “son aquéllas que se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con objeto de restaurarlo. Deben considerarse como instrumentos predominantemente de carácter procesal, con funciones de carácter reparador”. En nuestra tradición constitucionalista fue el legislador mexicano decimonónico quien advirtió muy pronto, tal y como lo plasmó en el acta de Reformas de 1847, que la determinación y consagración de los derechos humanos no era suficiente para su respeto, por lo que el concepto inició una evolución por medio del cual se transformó de manera paulatina para llegar a su caracterización contemporánea. En México la Constitución de 1857 consideró como sinónimos, de acuerdo a la terminología tradicional de origen francés, a los derechos del hombre y a las garantías individuales. Todavía la Constitución de 1917 emplea la terminología tradicional de origen francés.

Es de explorado derecho –en palabras de H.Fix-Zamudio- que lo que caracteriza el régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia, y que en el terreno de la vigencia, la acción procesal es el elemento que en muchos casos puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer, la vía para demandar su amparo. En consecuencia, emplearé una clasificación propuesta por el autor, para caracterizar los instrumentos procesales de los derechos humanos de la legislación mexicana decimonónica, los que para efecto de este ensayo dividiremos en indirectos, complementarios y específicos. A saber:

Principio de legalidad o Remedios procesales indirectos, aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales. De este modo cuando un particular defiende sus derechos constitucionales en cualquier proceso pudiendo encuadrar en este sector al proceso ordinario (civil, penal, laboral, administrativo etcétera), el juez aunque aplica disposiciones legales secundarias, debe interpretarla de acuerdo con los textos constitucionales, tarea esta que se califica como control constitucional mediante interpretación constitucional. Lo anterior se puede colegir con el pensamiento del primer constituyente de 1824:

“No puede haber libertad civil, ni libertad personal, mientras ambas no pendan única y exclusivamente de la ley, y jamás de la voluntad del hombre”¹¹

Dicho principio de legalidad, desde otro punto de vista, implica la idea de igualdad ante la ley. Con ello se prohíben los privilegios, o las leyes o fueros especiales. La ley será igual para todos y se puede decir que con ello da inicio la implantación del

¹¹ Estas palabras del mexicano Ramos Arizpe fueron pronunciadas durante la sesión del día 30 de diciembre de 1812 Véase: Barragán, José, TEMAS DEL LIBERALISMO GADITANO. UNAM. México.

estado de derecho, pues en consecuencia última el principio de legalidad, es ante todo, el reconocimiento, la defensa y protección de los derechos humanos.

Principio de responsabilidad consumada, v. gr, el juicio de responsabilidad de los funcionarios por infringir la Constitución, por violación de la *Responsabilidad o Instrumentos complementarios*: que si bien no han sido estructurados para proteger los derechos humanos, se utilizan para sancionar la violación de los mismo, cuando la misma ha garantías individuales, así como la responsabilidad económica del Estado y sus servidores; cuando su actividad ha ocasionado daños y perjuicios al afectar derechos fundamentales.

Como señalé, las constituciones mexicanas rechazaron la forma monárquica a favor de la República, asentando desde la primera constitución del 24 el principio de responsabilidad, comenzando por el titular del poder ejecutivo y todas las autoridades quienes deberán responder a los cargos que se les imputen, por violación al principio de legalidad y por violaciones a las garantías individuales.¹²

Medios procesales específicos: aquellos que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales, de manera directa y generalmente con efectos reparadores, ya que no es suficiente la sanción de tales violaciones, requiriéndose la restitución al afectado en el goce de sus derechos infringidos, como es el caso del juicio de Amparo en México.¹³

epílogo:

La restauración de la República en 1867 dio, finalmente la victoria a los liberales el precio que se había pagado por tantos años de guerra era alto porque la vida social y económica estaban desarticuladas, pero el objetivo de desmantelar la base de las instituciones heredadas de la época colonial se había conseguido. La restauración de la República Federal y el abandono de las propuestas monárquicas significó el triunfo del liberalismo. Pronto se vería que la implantación del ideario de este signo dejaría fuera del proyecto nacional a las corporaciones, entre ellas, a las comunidades indígenas. Sin embargo, en el proceso se fueron incorporando nuevos grupos al poder político y económico. El sistema federal propuesto en la Constitución de 1824 como única opción política ante la amenaza de separación de las regiones más ricas y desarrolladas logró implantarse, pero su instrumentación sólo fue posible fortaleciendo el poder de la Federación en detrimento de los poderes locales. El Estado nacional en un país con las características que se le han señalado al México del siglo XIX, sólo resultó posible con perfiles autoritarios.

¹² Véase en Barragán, José: El juicio de responsabilidades en la Constitución de 1824, ya citado.

¹³ Fix Zamudio: 20 años de evolución de los D.H. Inst.Inv.Jurid. UNAM. México 1974.

EL DERECHO ¿INSUFICIENTE ANTE LA PROTECCIÓN DE LA JUVENTUD Y DE LA INFANCIA EN INTERNET?

Luz del Carmen Martí Capitanachi*

SUMARIO: Introducción. I.¿ Regulación jurídica nacional o supranacional del internet? II. Instrumentos internacionales que protegen a la juventud y la infancia en internet. III. El papel de la familia y la escuela como coadyuvantes del orden jurídico. Conclusión.

Introducción.

Para nadie es ajeno que las nuevas tecnologías, y en especial el internet, en la llamada era de la sociedad de la información, constituyen una de las mayores posibilidades con las que se cuenta actualmente para la adquisición de nuevos conocimientos, contactos personales interactivos como el correo electrónico o el chat, el comercio electrónico, la diversión, los grupos de discusión y en un futuro no muy lejano, posibilidades ilimitadas en educación e investigación, si pensamos en las aplicaciones del internet 2, cuya misión es la de facilitar y coordinar el desarrollo, despliegue, operación y transferencia de tecnología, en las redes avanzadas de aplicación y servicio, ahora en el territorio de los Estados Unidos, que ostentan el liderazgo en investigación y educación superior, acelerando su disponibilidad a través del Internet.¹

Sin embargo, al lado de las infinitas posibilidades benéficas que la red de redes ofrece, coexisten algunos usos abusivos, inseguros, peligrosos o incluso delictivos que nos plantean nuevos retos a los juristas, acerca de los cuales es posible distinguir dos posturas respecto a las diferentes alternativas para su regulación, de acuerdo a la perspectiva en la que nos coloquemos, las que abordaré en el primer apartado. Una, la de quienes sostienen que las instituciones jurídicas preestablecidas constituyen un marco jurídico adecuado para hacerles frente; la otra, la de aquellos que sostienen que dada la naturaleza de esta nueva tecnología, es necesario un nuevo orden jurídico, apoyado por instrumentos internacionales.

En el segundo apartado mencionaré los instrumentos en que se contienen las medidas que se han tomado en los Estados Unidos y en la Unión Europea sobre contenidos ilícitos y nocivos en la red, que protegen a los menores y adolescentes del impacto que estos contenidos pueden tener en su formación, dado que su influencia se considera perjudicial debido a su grado de madurez y estructura mental.

Posteriormente me referiré al papel que deberá jugar la familia principalmente, y los maestros, frente al desafío de esta avalancha de información y a veces de desinformación en que se puede llegar a convertir internet, en tanto el Derecho como tal es incapaz de afrontar todos los retos que éste le plantea.

Por último, mencionaré algunas soluciones alternativas.

* Investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.V.

¹ Para los usos del Internet 2 en Estados Unidos y nuestro país, consultar la página <http://www.ciberhabitat.com/universidad/internet2/internet2.htm>

I.¿Regulación jurídica nacional o supranacional del internet?

De acuerdo con el investigador mexicano Raúl Trejo Delarbre:

Cada vez que surge o se desarrolla un nuevo espacio de relación entre los individuos o una nueva actividad humana, el espíritu reglamentista de algunos abogados conduce al intento para dotarlo de nuevas pautas jurídicas. Desde luego, la existencia de normas es uno de los rasgos de una sociedad civilizada. Internet, que se debe a uno de los desarrollos tecnológicos más intensos en los últimos veinte años, no podría estar al margen de ese rasgo de civilización que son las reglas. Pero, en muchos casos, antes de imaginar nuevas normas es pertinente revisar si no es más sencillo actualizar, para este espacio peculiar, las que ya tenemos.²

En principio estamos de acuerdo con su postura, ya que en determinadas circunstancias, las legislaciones nacionales podrían hacer frente a problemas derivados del mal uso del internet. En el caso de México, los derivados del correo electrónico aplicando las reglas de la inviolabilidad de la correspondencia previstas en el artículo 16³ nuestra Constitución General de la República. Por otra parte, las libertades de expresión y de información están protegidas de igual manera en los artículos 6 y 7 del mismo ordenamiento. La propiedad intelectual y el comercio electrónico, así como las conductas delictivas que atentan en su contra, encuentran en la Ley Federal de Derechos de Autor, el Código Civil del Distrito Federal, el Código de Comercio, la Ley de Protección al Consumidor y el Código Penal Federal respectivamente, su regulación y protección jurídica.⁴

Sin embargo, el problema es mucho más complejo, si se considera que el internet es un medio de comunicación versátil que permite simultáneamente varios tipos de comunicación: de uno a uno (como los medios tradicionales: el teléfono) a través del correo electrónico, de uno a muchos, a través de los páginas www o los boletines de noticias, o de muchos a muchos como en el chat o los grupos de discusión en la red.

Los medios tradicionales de comunicación como la prensa escrita, el radio o la televisión, permiten una mejor regulación jurídica, ya que en ellos el llamado “punto inteligente” es fácilmente identificable, a diferencia del internet, como lo explica la destacada constitucionalista Marisa Fernández Esteban:

En primer lugar, los modelos tradicionales aplicables a los medios de comunicación de masas están pensados para comunicaciones unidireccionales desde un punto que controla la información o <<inteligente>> a muchos puntos <<pasivos>>. El emisor inteligente comunica a los múltiples receptores pasivos la información. En palabras de N. Negroponte, el centro inteligente <<arroja>> información y entretenimiento al público. Por el contrario, gracias a la digitalización e internet, la información <<a la carta>> se va imponiendo....la comunicación es cada vez más un proceso interactivo a través de una información bi o

² Raúl Trejo Delarbre, “Derecho, delitos y libertades en internet”, en *Derecho a la información y derechos humanos, Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2000, pág. 388.

³ “Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas”.

⁴ Sobre estos temas ver Marcia Muñoz de Alba Medrano, “ ¡¿La vida en línea?!”, en *Derecho a la información y derechos humanos, Estudios en Homenaje al maestro Mario de la Cueva*, pág.356 y siguientes.

multi-direccional controlado por el receptor de los medios de comunicación, por el usuario consumidor.⁵

En efecto, mientras que en los medios de comunicación tradicionales, es posible acudir a la opinión del comentarista, del articulista, del editor del periódico, o del gerente de noticias, respecto de alguna información lesiva o incorrecta, en la superautopista de la información o internet, no hay un “punto inteligente” del que parte la información, ya que se puede ser receptor y emisor al mismo tiempo, cualquier usuario de la red puede publicar información o acceder a ella prácticamente desde cualquier punto del mundo, con sólo tener una computadora conectada a la red. Otra característica mencionada por la constitucionalista es que la información viaja instantáneamente sin conocer fronteras y virtualmente sin costo, por lo que se genera un problema de identificación del emisor de la misma.

Esta peculiaridad del internet se refleja en el problema de la atribución de responsabilidad por los contenidos vertidos en el mismo, tanto por el autor de la información como por el proveedor de acceso.

En los modelos tradicionales bidireccionales entre dos puntos, o entre un punto y múltiples receptores, la atribución de responsabilidad de la información transmitida es simple. En el caso del teléfono, la compañía que ofrece el servicio queda al margen de la responsabilidad de la información transmitida al no tener control sobre ésta.....En el caso de los sistemas unidireccionales tradicionales, en los que la información circula desde un punto inteligente a muchos puntos pasivos, como son la prensa o la radio, la atribución de responsabilidad al periodista que vierte la información y la responsabilidad solidaria de la redacción del periódico o el emisor de la información parece una atribución natural de responsabilidad, ya que éstos sí tienen un control efectivo sobre la información.⁶

Como arriba mencioné, esto no es posible en internet, por su estructura, en la que millones de usuarios se conectan interactivamente; un caso que resulta muy ilustrativo nos lo proporcionó el año pasado el atentado a las torres gemelas de la ciudad de Nueva York, alrededor de lo cual se generó toda clase de información, bromas y profecías que rebasaron las fronteras de los países.

Esta característica sui géneris de este medio de comunicación, en donde la información se intercambia en el llamado ciberespacio, hace que algunos autores consideren rebasada la legislación nacional, y que por lo tanto la red de redes escapa a la soberanía de los Estados, planteando problemas tales como cuál es la legislación aplicable en los casos de delitos cometidos a través de la red, violaciones de la intimidad, estafas, daños a la propiedad intelectual, por citar algunos. Aunque esta problemática rebasa los límites de este artículo, en principio me inclino a adherirme a la posición sostenida por el tratadista español Luis Escobar de la Serna, quien afirma :

Así pues, la alternativa más deseable se decanta por la regulación mediante normas jurídicas de los Estados nacionales de acuerdo con sus respectivos sistemas legales. Particularmente en los países democráticos, no existe fundamento alguno para que la información de Internet no quede sometida a las mismas normas que son aplicables en cada país a la transmisión de información escrita o emitida en los medios de comunicación

⁵ María Luisa Fernández Esteban, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, 1998, pag. 89.

⁶ Op. Cit., pág. 95

habituales. En suma, la singularidad de su soporte técnico no puede hacer de Internet una parcela inmune al ámbito de aplicación del Derecho o del sometimiento a la ley.⁷

Sin embargo, existen multitud de cuestiones muy específicas en relación al internet, en que se encuentren involucrados varios Estados, en las que por la naturaleza de la materia, como podría ser la propiedad intelectual, la protección de datos personales, los llamados “puertos seguros” para transacciones comerciales, o en su caso, delitos cometidos en un país con incidencia en otro, en donde se aprovechan legislaciones más benignas u omisas, que se plantean por la doctrina, de modo casi unánime, soluciones supranacionales, con base a acuerdos internacionales y con la posibilidad de supervisión por parte de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, entre otros.

El caso específico que interesa para los efectos de este artículo, es el de contenidos nocivos o ilícitos que llegan a los usuarios de la red, en particular a los niños y los adolescentes, desde otros países, en los cuales los estándares de lo que se considera material pornográfico, son diferentes a los aceptados en México, lo cual es además comprensible, por las naturales diferencias culturales entre los diversos países. Referirme a ese tema me lleva al contenido del siguiente apartado.

II. Instrumentos internacionales que protegen a la juventud y la infancia en internet.

Es en los Estados Unidos, y en los países de la Unión Europea, donde se advierte la preocupación más definida sobre la protección a la niñez y la juventud frente a los contenidos ilícitos y nocivos a que es posible acceder en el internet.

En efecto, mientras que en los medios de comunicación tradicionales, como es el caso de la prensa escrita, es posible, por medio de los ordenamientos nacionales, regular el lugar en que se muestren a la venta publicaciones cuyo contenido sea nocivo, o bien se opte por ponerlas en envolturas que impidan que un menor las hojee en los puestos de periódicos, y en la televisión, al menos la abierta o no codificada, se pueden establecer controles de horario, para etiquetar contenidos, bajo la supervisión de los padres, el internet ha venido a constituir un riesgo potenciado en cuanto a este tipo de información, a veces no necesariamente obscena, pero sin duda inoportuna para la edad de los receptores.

Nuevamente debo referirme a la naturaleza de la superautopista de la información o red de redes, la cual como una inmensa telaraña hace posibles comunicaciones interactivas, propiciando el principal obstáculo en cuanto a reglamentación se refiere: el desconocimiento del emisor de los contenidos, y la frecuente falta de identidad de los que proporcionan los contenidos ilícitos o nocivos en la red, trae como condición necesaria que cualquiera que desee acceder a ellos, incluidos los niños o los jóvenes, es indispensable teclear la dirección correspondiente, estableciéndose así una diferencia importante con la televisión o los otros medios a los que se clasifica como invasivos, en tanto que el menor está frente al televisor o la radio y no puede evitar ver u oír los contenidos que pueden serle perjudiciales.

Esta característica del internet no ha impedido los esfuerzos, hasta ahora bastante desalentadores de países como Estados Unidos, que mediante la Congress Decency Act I (1996), promovida por el senador James Exon, en su propuesta de nueva Ley de Telecomunicaciones de este país, de establecer penas de prisión para quien usase un

⁷ Luis Escobar de la Serna, *Derecho de la Información*, 1998, pág. 519.

discurso “indecente”, que pudiera ser visto por menores. Algunos grupos de usuarios y defensores de la libertad de expresión en internet interpusieron recursos legales, hasta que finalmente el Tribunal Supremo de ese país en junio de 1997 resolvió que el internet no es asimilable a la radiodifusión, por las razones explicadas líneas arriba, ya que no se considera un medio invasivo, sino que el usuario busca la información. Entre otras razones para considerar inconstitucional esta acta, se manejó que es la propia comunidad la que determina qué es o no discurso indecente, y que existen otros medios menos perjudiciales que la restricción a la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda a la Constitución norteamericana, como lo son los filtros que los usuarios o los proveedores de internet pueden utilizar para clasificar la información ilícita o nociva.

Consideró el Tribunal Supremo asimismo, que dadas las ilimitadas y benéficas facilidades que el internet ofrece a los usuarios, es un poderoso medio de democratización de la generación de la información, por la circunstancia de que millones de usuarios pueden emitirla en todo el mundo, evitando su concentración en los medios tradicionales y contribuyendo al pluralismo de las sociedades democráticas.

También se puede mencionar la Safe Schools Internet Act, aprobada en julio de 1998 en Estados Unidos, que obliga a las escuelas y bibliotecas públicas a instalar programas-filtro, que sin embargo ha sido a su vez impugnada por adultos que han protestado de que en algunas bibliotecas no se tenga acceso a ese material.

Por último, la Child On-Line Protection Act, aprobada en octubre de 1998, también conocida como la Congress Decency Act II, que prohibía el material indecente en páginas comerciales, fue asimismo declarada inconstitucional en junio del año 2000, aduciendo el mismo criterio del estándar de la comunidad para el manejo de estos materiales, es decir, que sea la misma sociedad la que vigile las pautas de lo que culturalmente se considere indecente o nocivo.

Para el caso de la Unión Europea, seguiré las explicaciones de la Doctora Fernández Esteban:

Podemos distinguir dos tipos de contenidos peligrosos en Internet para los menores: contenido ilícito y contenido nocivo en Internet. Esta distinción ha sido introducida por el Informe de la Comisión Europea, *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información*. Estos dos grupos de contenidos plantean cuestiones radicalmente distintas. El contenido ilícito es aquel que es constitutivo de delito por sí mismo (p. ej., apología del terrorismo, incitación a la rebelión y al desorden, publicación de secretos militares y delitos contra los derechos de autor).....Por lo que se refiere al contenido nocivo (entre otros la pornografía) es preciso considerar que ciertos tipos de información pueden constituir una ofensa a los valores o sentimientos de otras personas. Lo que se considera nocivo depende de diferencias culturales....Una conclusión general a la que llega la doctrina es que no ha de tomarse ninguna medida de regulación orientada a la protección de menores que prohíba incondicionalmente la utilización de internet para la distribución de material que es de libre disposición en otros medios, a pesar de la tendencia en varios países a la incorporación de nuevas limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión en internet.⁸

El contenido ilícito, por lo general se resuelve en la legislación nacional que para esta materia se encuentra vigente en los diversos países que componen la Unión Europea, pero en el caso de que involucre varios países o delitos más sofisticados se ha elaborado el proyecto de Convenio del Consejo de Europa sobre delincuencia en el ciberespacio en

⁸ María Luisa Fernández Esteban, op. cit. pág. 97

octubre del 2000. En cuanto al contenido nocivo, se está a la legislación de la materia ya sea en la prensa, o en los medios audiovisuales de cada país.

Hasta aquí los intentos internacionales para regular esta materia. Hasta ahora, la regulación jurídica del internet ha resultado insuficiente para resolver el problema planteado, dada la dificultad en la asignación de responsabilidad sobre estos contenidos.

III. El papel de la familia y la escuela como coadyuvantes del orden jurídico.

La preocupación plasmada en el título de este trabajo, surge a raíz de una serie de artículos periodísticos en que se cuestiona al Derecho su incapacidad para resolver el problema de los cibercafés o lugares en los cuales se renta por hora una computadora, al que tampoco es ajeno el problema de la computadora doméstica que no posea filtros adecuados de la información nociva o ilícita, principalmente la pornográfica.

En el fondo, el problema que subyace es el del papel cada vez más omiso que la familia desempeña en México en el momento actual, y que explico en palabras de Fernando Savater: "...este protagonismo para bien o mal de la familia en la socialización primaria de los individuos atraviesa un indudable eclipse en la mayoría de los países, lo que constituye un serio problema para la escuela y los maestros"⁹

En el caso del que me ocupo este eclipse familiar se refleja en la desinformación de los padres acerca del internet, su estructura, y la comodidad de pedirle al Estado que lo regule, para así desentenderse del verdadero problema que es la formación que los menores, en su caso, niños o adolescentes, deben recibir en primera instancia de sus padres y en segunda de sus maestros:

El maestro antes podía jugar con la curiosidad de los alumnos, deseosos de llegar a penetrar en misterios aún les estaban vedados y dispuestos para ello a pagar el peaje de saberes instrumentales de adquisición a menudo trabajosa. Pero ahora los niños llegan ya hartos de mil noticias y visiones variopintas que no les ha costado adquirir...;que han recibido hasta sin querer! El maestro tiene que ayudarles a organizar esa información, combatirla en parte y brindarles herramientas cognoscitivas para hacerla provechosa o por lo menos no dañina.¹⁰

Aceptando que proporcionalmente la mayor parte de la información accesible en la red es beneficiosa, no se puede dejar de lado la posibilidad de obtener datos sobre cómo elaborar una bomba, comprar un arma o tener acceso a material informativo sobre sexualidad, que por el grado de madurez o de desarrollo pueda ser inadecuado para nuestros hijos.

Los proveedores de acceso a internet, que en nuestro país son básicamente el teléfono, el sistema de cable, América On Line, Terra, etc., pueden ser requeridos, en base a la legislación que les autorice el servicio, a proporcionar a los padres, suficiente información de los diferentes sistemas de filtrado que existen, las posibilidades de restricción para menores, para los casos de computadoras domésticas, y en el caso de las que están ubicadas en las escuelas o en las bibliotecas, a las que acceden menores, deben ser los maestros los que estén pendientes de los contenidos consultados.

El caso de los cibercafés o renta de computadoras, debe ser regulado expresamente por la legislación mexicana, pues al obtener los permisos correspondientes, se pueden

⁹ Fernando Savater, *El valor de educar*, 1997, pág. 65.

¹⁰ Op. cit. pág. 80.

introducir restricciones para que algunas de las computadoras queden para uso exclusivo de menores, distintas de las de los adultos.

Aún después de que la legislación mexicana incluyera estas disposiciones, la naturaleza misma del internet relativiza cualquier medida protectora, por las razones que antes he señalado: al final de cuentas no es posible localizar al emisor de la información, a menos que sea delictiva, y de tal magnitud que las autoridades de ese país procedan a su localización, así como la circunstancia de que existen países en los cuales es posible que la conducta no esté tipificada como ilícita y que alojen al emisor de la información.

Aún cuando algunos autores hablan sobre la ética en internet, e incluso mencionan un Código deontológico de Internet¹¹, lo cierto es que el sentimiento de pertenencia a una comunidad, o simples reglas de etiqueta no impiden su uso indebido.

Puede por ello presentarse la situación de que el menor o el joven no llegue voluntariamente a la pornografía u otros materiales nocivos, sino que se le presente al instalar en su equipo de cómputo programas que se ofrecen en forma gratuita sin la suficiente especificación de su contenido.

De acuerdo a la maestra Rosalba Gámez Alatorre:

En cuanto a las bondades y riesgos del internet, aprecio una situación bipolar: por un lado surgió abierto, es decir, para cualquier persona, y es excelente por sus cuestiones informativas, pero a la vez, contiene mucha pornografía, violencia. Se requiere control familiar para cuidar a los niños y a los adolescentes, pues, por ejemplo, la penetración de las sectas es criticable por sus métodos y formas para enganchar a los jóvenes. Por internet se puede pedir un arma o elaborar una bomba. También aparece el peligro de los pedófilos con sus páginas dirigidas a niños. Por ello se requiere mucho control y comunicación de los padres.¹²

Es por todo lo anterior que sostengo, que entre los principales problemas que enfrenta el Derecho frente a la red es que si bien es un importante vehículo para homogeneizar las oportunidades para todos de acceso a la educación, a las bibliotecas y maestros en todo el mundo, coexisten en el internet peligros a los cuales el orden jurídico está incapacitado para solucionar o prevenir. Esto no es privativo de México, y los que comparten nuestras inquietudes han planteado algunas alternativas de solución en otros países.

Conclusión.

El Derecho tiene ante sí el reto de regular las nuevas tecnologías de la información, cuyos avances sobrepasan, con mucho su capacidad normativa.

Nuestro ordenamiento legal se ha rezagado en materia de internet, ya que sólo posee soluciones para los medios llamados tradicionales de información, por lo que la experiencia de otros países en la materia nos debe servir de ejemplo para complementar dicha regulación.

Introducir dentro de la reglamentación de los proveedores de acceso a los servicios de la red obligaciones de informar sobre los filtros, o diseñar programas que ya los contengan, ayudaría a los padres y maestros a disminuir los peligros de acceso a información no deseada para niños y adolescentes en proceso de formación.

¹¹ Luis Escobar de la Serna, op. cit, págs. 522 y 523

¹² Rosalba Gámez Alatorre, Diario Excélsior, jueves 24 de mayo de 2001, pág. 12-A.

El orden jurídico mexicano, es incapaz de prevenir, dada la naturaleza de las nuevas tecnologías de la información, por sí solo, el impacto de los contenidos nocivos e ilícitos a que es posible acceder en internet por los menores, por ello sostengo, que el papel de la familia, de la escuela, los amigos y de la sociedad misma, es un coadyuvante indispensable en la formación de niños y jóvenes.

En la Unión Europea, a partir de febrero de 1999, se ha elaborado un Plan de acción para promover el uso seguro de internet que incluye cuatro líneas básicas de acción: a) filtrado de la información, a través de la compra de software; b) autorregulación que consiste en códigos de conducta promovidos entre los proveedores de acceso, que no provengan del Estado para responsabilizarse de los contenidos; c) líneas de denuncia, para el caso de que los contenidos sean delictivos, como en el caso de los pederastas, o los que han sido condenados por golpeadores, redes de prostitución infantil, apología de un delito, incitación al terrorismo, por ejemplo, que funcionan con línea directa a la policía de esos países, y sobre todo, d) sensibilización de los usuarios, consistente en organizar campañas en las escuelas y en los puntos de venta de las computadoras de las ventajas y desventajas de la autopista de la información.

Algunas de estas líneas de acción adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico, complementadas con la supervisión de padres y maestros disminuirían los peligros que, como toda gran obra humana, posee la autopista de la información.

BIBLIOGRAFÍA:

- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, *Derecho de la Información*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Monografía, Ciencias Jurídicas, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Alba, “¡¿La vida en línea!?", en *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica # 37, México, 2000.
- TREJO DELARBRE, Raúl, “Derechos, delitos y libertades en Internet”, en *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coordinadores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica # 37, México, 2000.
- SAVATER, Fernando, *El valor de educar*, Instituto de Estudios Educativos y Sindicales de América, Colección “Diez para los maestros”, México, 1997.

La Deontología Jurídica.

Maestra Marta Silvia Moreno Luce.*

SUMARIO: Introducción. 1. Ética y Moral. 2. Deontología. 3. Concepto de profesión. 4. Deontología Jurídica (Los deberes específicos). 5. Deontología de la investigación. 6. Deontología del Maestro.

En este artículo se presenta un panorama general de los conceptos de ética, moral, ética profesional y deontología jurídica, clarificándolos y distinguiéndolos. Se enfoca hacia la Deontología Jurídica, que es la base fundamental para la práctica de la profesión de abogado en todas sus modalidades. Nadie que ostente el título de Licenciado en Derecho debe ignorar los deberes específicos del ejercicio profesional, como juez, notario, litigante, agente del ministerio público, funcionario, investigador o docente.

Introducción.

Las modas suelen formar parte de la vida académica, así, la Ética Profesional es tema obligado en la mayoría de los eventos académicos como ciclos de Conferencias, Diplomados, presentaciones de libros y Congresos, entre otros. Por lo que consideramos pertinente hacer algunas acotaciones y precisar ideas respecto a los términos Ética, Moral y Deontología, porque suelen aparecer no muy claros en algunos de los autores que abordan estos temas, siendo considerados en muchas ocasiones como sinónimos, no obstante que desde el punto de vista de la filosofía, cada una tiene una connotación específica.

1. Ética y Moral.

La ética es una disciplina que forma parte de la filosofía y tiene como una de sus tareas la reflexión sobre la particularidad del ser humano de autolimitarse, a pesar de la libertad absoluta de decisión para actuar de acuerdo a lo que nuestra propia conciencia nos indica, dando origen a la moral.

La ética estudia los actos humanos libres, voluntarios e imputables al hombre, trata de aclarar ante todo que es la moral, “también se propone saber para qué se produce el acto moral. La ética a diferencia de la moral, tiene que ocuparse de lo moral en su especificidad, sin limitarse a una moral determinada, tiene que dar una razón del porqué de la moral.

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana.

Como reflexión filosófica se ve obligada a justificar teóricamente por qué hay moral y debe haberla, o bien confesar que no hay razón alguna para que la haya”¹

La moral es el conjunto de normas creadas por el hombre como el medio para la realización del bien. “El sentido moral existe en todo hombre normal, incluso en el delincuente, pertenece, como la capacidad para la lógica y la matemática, a la esencia misma del ser humano. Pues en última instancia no es sino una forma especial del pensar, si por pensar entendemos la *captación consciente* de significaciones y conexiones significativas”²

La intención de diferenciar la moral de la ética no es por razones etimológicas, ni por el uso indiferenciado de ambos términos, sino por imperativos lógicos, es decir, porque configuran dos niveles distintos de pensamiento, uno, la moral, es parte de la conducta humana y la otra es la disciplina que reflexiona sobre esa conducta. En el lenguaje común, el uso de esos vocablos es indistinto, se utilizan inclusive como sinónimos ya que etimológicamente provienen de palabras con el mismo significado, en latín *mor* *mores* que significa costumbre y en griego *Ethos*, también significa costumbre. Aristóteles, el creador de la disciplina y de la palabra ética, no conocía, por supuesto, la palabra moral, por esa razón hablaba de ética indistintamente para referirse a la conducta humana en relación con el bien y a la ciencia que la estudiaba, pero actualmente, desde un punto de vista riguroso, debemos distinguirlos conceptualmente, una es la moral que consiste en la conducta humana en relación con el bien y otra la ética o filosofía moral.

De acuerdo con Adela Cortina, “Investigar el fundamento de la moral, es la tarea de la ética, que debe cubrir las siguientes etapas: 1. Determinar si “lo moral” es una dimensión humana irreductible a las restantes por poseer caracteres específicos. 2. Elaborar las categorías necesarias para concebir semejantes características. 3. Hacer inteligibles estas características proponiendo la razón de que las haya. El cumplimiento de esta tarea tiene por resultado la respuesta a la pregunta ¿es razonable que haya moral?”³ Si la respuesta es afirmativa en el plano individual, entonces cabe también formular la pregunta por la moral profesional, es decir, la de aquellas personas que realizan una función específica dentro de

¹ Adela Cortina, *Ética Mínima*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.p. 30-31.

² Hans Driesch, *El hombre y el mundo*, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, México, 1971, p. 99.

³ Adela Cortina ,op. Cit. p. 36.

la sociedad que tiene como finalidad el bien de todos como lo es la justicia, la salud, la vivienda, etc.

2. Deontología.

La Deontología es el estudio de los deberes, referidos principalmente a la actividad profesional, por lo que existe la Deontología del Médico, del ingeniero, del abogado. En este caso nos concretaremos a mencionar algunos puntos sobre la deontología jurídica, en virtud de que la moral profesional es una aplicación de la Moral general a la profesión, o dicho mas correctamente, al profesional. De acuerdo al filósofo español Antonio Peinador. “No han de ser ni pueden ser distintos los principios que ríjan la vida moral del profesional en cuanto tal, de los que han de regir la vida de cualquier mortal, puesto que la Moral, como la Verdad, no puede ser mas que una”⁴

3. Concepto de profesión.

Consideramos oportuno, antes de entrar al tema de la deontología jurídica, mencionar algunas definiciones de profesión como la del Doctor Aquiles Meléndez, quien afirma que la Profesión es una capacidad cualificada, requerida por el bien común, con peculiares posibilidades económico-sociales. Analizado el propio autor su definición sostiene que: A) *Capacidad*. No implica propiamente la actividad, sino el conocimiento, así por ejemplo, “el profesionista puede estar jubilado o sin trabajo, sin perder en nada su carácter”⁵ B) *Cualificada*. Significa que se tiene una preparación científica y humanística producto de estudios universitarios. C) *Requerida por el bien común*. La profesión sirve para la realización del bien común, que consiste en las mínimas condiciones de bienestar o perfección, individual y colectivo. D) *Con peculiares posibilidades*. “En el desarrollo y evolución del mundo contemporáneo, la principal fuerza impulsora es la actividad y organización profesional. El impulso característico del género humano exacerbado angustiosamente por nuestras generaciones, cuenta como la única seria posibilidad de realizarse y tonificarse naturalmente con la intervención decidida y definitiva de los

⁴ Antonio Peinador, *Moral Profesional*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1962, p. 4.

⁵ Aquiles Meléndez, *Etica Profesional*, Herrero Hermanos, Sucs., S.A. Editores, 1965, p. 20.

profesionistas en todos los ordenes de la vida institucional”⁶ E) *Económico-Sociales*. El profesionista se beneficia e influye en los dos órdenes.

Para el pensador cristiano Antonio Peinador, la profesión es una ocupación del hombre con un fin concreto definiéndola como “la aplicación ordenada y racional de parte de la actividad del hombre al conseguimiento de cualquiera de los fines inmediatos y fundamentales de la vida humana”⁷

La profesión representa un servicio para los demás, consiste en el empleo de las propias facultades, de las aptitudes congénitas o adquiridas en provecho del prójimo. La profesión sirve al individuo y al mismo tiempo beneficia a la sociedad.

El concepto de profesión nos conduce al de profesional, considerándose como la exigencia de la profesión en el orden de las realidades humanas y jurídicas. “En este sentido hablamos de derechos y deberes profesionales, de actitudes profesionales, de relaciones, en una palabra, de vida profesional, lo profesional es el hombre ejerciendo una profesión.”⁸

La moral profesional implica hablar de los deberes profesionales los cuales podemos dividir en deberes generales de toda profesión y los deberes particulares o específicos de cada actividad profesional, asimismo podemos clasificarlos también en deberes impuestos por la ciencia y deberes impuestos por la conciencia. El profesionista tiene dos clases de deberes, los de su calidad como ser humano y los propios de su actividad profesional, por lo que se encuentra doblemente comprometido con el bien, siendo común, encontrar personas que son escrupulosos en el cumplimiento de sus deberes religiosos y familiares y al mismo tiempo son totalmente negativos en lo relativo a su profesión. La profesión no debe ser un área neutra para la conciencia, por el contrario la potencializa e intensifica.

4. Deontología Jurídica (Los deberes específicos).

La deontología jurídica (deberes morales del abogado), considera como la principal obligación moral del jurista, en cualquiera de sus facetas, tener el conocimiento y la capacidad para ejercerla, para ello es indispensable tener “un buen conocimiento de la ley,

⁶ Ibidem, p. 21

⁷ Antonio Peinador, Op. Cit. P. 6.

⁸ Rafael Gómez Pérez, *Deontología Jurídica*, Colección Jurídica, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1991, p. 114.

de la jurisprudencia y de la práctica de los tribunales”⁹ a lo cual añadiríamos, el deber de actualizarse constantemente en los aspectos doctrinales.

En cuanto a los deberes específicos del abogado varían de acuerdo a la actividad que se realiza, por ejemplo una de las mas importantes es la función de juzgar, a pesar del tiempo y de los avances teóricos que han acontecido en la ciencia del derecho, sigue funcionando de forma primitiva. Es verdad, que la vida social en si misma es conflictiva, cada vez mas violenta, con manifestaciones de poder en todos los ámbitos, en los que cada quien pretende obtener el mayor beneficio para sus fines lícitos o ilícitos. En un ambiente de esa naturaleza, es mas complicado definir cuales son los deberes de los que ejercen la profesión de abogado, en un mundo que clama por la realización de la justicia.

Del análisis deontológico de la conducta debida en los diferentes aspectos en que puede realizarse la profesión de abogado, es primordial la del juez. ¿Cuáles son los principales deberes morales del juez? Su principal deber es la imparcialidad sin la cual es difícil la administración de justicia. La imparcialidad se consigue con determinados factores por ejemplo es incompatible con el desempeño de cargos políticos, o estar inmerso en una serie de intereses económicos o comerciales que afecten su función. Legalmente cuenta con los medios para defender su imparcialidad, por ejemplo, la abstención o la recusación, para aquellos casos en que el juez está unido por relaciones de parentesco o amistad o enemistad manifiesta con alguna de las partes, en estos casos surge el deber moral y la obligación jurídica de abstenerse de juzgar así como, en los casos en que por razones personales puede renunciar, jubilarse, pedir licencia o su traslado sin que por ello haya ninguna implicación deontológica.

En cuanto a su resolución ante un problema que lo pone ante un dilema moral, las opciones son fallar en contra de la propia conciencia o a favor de ella pero sin argumentos o valiéndose de argumentos falaces. “En resumidas cuentas, pues, la disyuntiva del juez estribará en decirse a sí mismo que “la ley es la ley” y no darle mas vueltas o ver en ésta un instrumento para “hacer justicia”, lo que quiere decir hacer aquello que cree justo en conciencia”¹⁰

⁹ Ibidem, p. 162

¹⁰ Rodolfo Vázquez (compilador), *Derecho y Moral*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1998, p. 204.

“La gravedad y la importancia de la función judicial se advierten de un modo gráfico en la fuerza que adquiere una sentencia firme. Sobre la cosa juzgada no se puede volver. El juez tiene por tanto la capacidad de transformar lo ambiguo en jurídicamente definitivo”¹¹

El Notario tiene sus deberes específicos como es el de proceder con absoluto apego a la verdad, sin certificar datos falsos y guardando el secreto profesional. “Cuando se habla de la verdad en la profesión notarial se quiere decir que el notario no puede mentir, que no puede autorizar la mentira presentada por el cliente, si el notario sabe que es efectivamente una mentira”¹² El deber moral de no mentir es parte de la deontología del notario, aún cuando la verdad interesa más al cliente porque de ella depende la firmeza del acto jurídico.

El Ministerio Público, tiene como principal deber, el de la investigación imparcial con absoluto apego a la verdad, moralmente no debe acentuarse su actuación como figura eminentemente punitiva, sino como colaborador estricto de la justicia a través de una investigación seria de los hechos, respetando primordialmente el principio de inocencia.

“El Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción penal apenes llegue a conocimiento de que existen indicios de delito”¹³ El Ministerio Público se encuentra frecuentemente ante dilemas morales, cuando por determinados tipos de delitos se ve presionado por la opinión pública y por los medios de comunicación para actuar parcialmente tratando de configurar pruebas que no existen, con testigos falsos, etc. También es frecuente que se presenten casos con repercusiones políticas, y el más frecuente es el de los casos en que los propios superiores le obligan a actuar en contra de su deber moral. Al Fiscal se le presentan situaciones especiales en las cuales está exento de seguir cierto comportamiento deontológico, como cuando sufre amenazas para él o su familia por parte de narcotraficantes, terroristas o grupos fuertes de interés.

El litigante es quien presenta mayores complicaciones morales en el desempeño de la profesión, sus deberes morales específicos. Rafael Gómez Pérez, hace la distinción entre el abogado designado de oficio y el elegido por el cliente, en este caso se “acude a él buscando *seguridad, competencia y honradez profesional*. Quiere decir esto que, además

¹¹ Rafael Gómez Pérez, op. Cit. P 113

¹² Ibidem, p. 141.

¹³ Ibidem, p. 130.

de los elementos contractuales (de un contrato de prestación de obra), cuentan las dimensiones éticas”¹⁴

Siguiendo al mismo autor, se considera como principales deberes generales del abogado en relación a sus clientes los siguientes: el deber de conocimiento, refiriéndose a la relación cliente-abogado. Al aceptar un caso surge el deber de fidelidad con el cliente guardando absolutamente el secreto profesional, negándose a proporcionar cualquier tipo de información perjudicial para el mismo, a la parte contraria. El deber de igualdad de trato consiste en el deber moral de tratar a todos los clientes por igual sin distinciones por su rango o posición económica.

5 Deontología del Investigador.

La profesión de abogado se ha diversificado en diferentes actividades a las tradicionales consideradas anteriormente como las propias de la abogacía como profesión liberal. Actualmente ocupa un lugar muy importante entre las posibilidades del abogado, el dedicarse a la investigación. Las Universidades e Institutos, dedican gran parte de su presupuesto a promover la investigación científica, por lo cual consideramos conveniente mencionar algunos de los deberes profesionales de la investigación. Siguiendo al multicitado filósofo español Antonio Peinador, de la Universidad Pontificia de Salamanca, quien propone como deberes específicos los señalados para todo profesional como la vocación, o aptitud, la preparación concienzuda y el desinterés o entrega al servicio profesional, otros deberes propios del investigador como: *a) El deber de proceder a la investigación por puro amor a la verdad. c) “Deber de la sinceridad en la aportación de los resultados obtenidos. d) Deber de respetar el derecho ajeno a la investigación y al dominio o propiedad de los frutos de su trabajo.”*¹⁵

El autor que comentamos considera que en este ámbito, el hombre tiene derecho estricto al fruto de su trabajo. “Hay robos literarios o científicos reprobables por la misma ley natural, en cuanto atentados contra la propiedad intelectual, aun independientemente de la prohibición positiva de la ley”¹⁶

Umberto Eco explica en su famoso obra *Como se hace una tesis*, la diferencia entre citar a un autor, la paráfrasis y el plagio. “La paráfrasis resulta del entendimiento absoluto

¹⁴ Ibidem, p. 168.

¹⁵ Antonio Peinador, op. Cit. P. 416.

¹⁶ Ibidem, p. 417

de una idea de un autor, la cual mencionamos con nuestras propias palabras, dando por supuesto el crédito al autor de la idea. La cita es cuando se transcribe textualmente a un autor, copiándolo íntegramente, poniendo el texto entrecomillado haciendo mención de la cita correctamente, de acuerdo a las técnicas de investigación. Por el contrario, el plagio es una cita sin comillas”¹⁷ el cual tiene consecuencias jurídicas establecidas en las Leyes sobre Derechos de autor y ante todo, es una absoluta violación a la deontología del investigador.

Tenemos un ejemplo de lo anterior, es decir, de una violación al deber moral de respetar la propiedad intelectual de un investigador en el caso de relatado por el Maestro Raúl Rojas Soriano en su obra “*Trabajo intelectual e investigación de un plagio*” en el cual se analiza el plagio de los profesores, que presentan trabajos elaborados para concursos de oposición, artículos, libros, tesis de licenciatura, de maestría o aún de doctorado, el cual el autor citado sostiene que el plagio se presenta de dos formas: abierto (burdo) y encubierto (sofisticado).¹⁸

El maestro Rojas Soriano cita el caso de la denuncia de un profesor de la UNAM por el plagio de su tesis profesional por parte de otro académico, para elaborar su tesis doctoral. “El denunciante señala que, ‘ las nuevas políticas académicas de exigir al personal docente y de investigación que tenga estudios de posgrado, está propiciando el llamado ‘robo intelectual’, para poder acceder en forma rápida a los estímulos y apoyos, tanto en la UNAM como en otras instituciones’.”¹⁹

Situación ésta no privativa de la UNAM, sino de la mayoría de las instituciones educativas siendo los motivos lograr una plaza, obtener premios de productividad, un grado académico o bien publicar gran cantidad de supuestos productos de investigación, muchas veces simples transcripciones o leyes -entre los licenciados o doctores en derecho- actualizándose lo que llaman trasladar huesos de un cementerio a otro, en un pretendido intento de identificar numero con calidad.

5. Deontología del Maestro.

Los Abogados litigantes, notarios, investigadores, integrantes del Poder Judicial y funcionarios públicos, suelen ser además Catedráticos de las distintas Facultades de

¹⁷ Humberto Eco, *Como se hace una tesis*, Editorial Gedisa, 6^a. Edición, México, 1977, p. 199.

¹⁸ Raúl Rojas Soriano, *Trabajo intelectual e investigación de un plagio*, Plaza Valdez Editores, México, 1997, p. 69

¹⁹ Sonia Morales, citada por Rojas Soriano, Op. Cit. p. 70

Derecho, por lo que también tienen deberes morales que acatar, entre los que se destaca el de: 1. Investigar la verdad, 2. Reconocer la verdad y 3. *Enseñar esa verdad*. Su principal deber es evitar la ignorancia. “No es ignorante el que no sabe, sino el que no sabe lo que pudiera y debiera saber”²⁰

El Docente tiene el deber de estar actualizado en la materia que imparte, ser totalmente responsable en cuanto a honestidad, puntualidad y reconocimiento de la verdad, puesto que no solo transmite conocimientos, sino que es un ejemplo vivo para el futuro abogado, por lo que tiene gran parte de la responsabilidad moral de las generaciones a las que contribuyó a formar

Para concluir, queremos insistir en que el conocimiento de los deberes propios de cada actividad profesional es tan importante como la actualización científica, para el desarrollo pleno de una profesión y para que cumpla su cometido de coadyuvar a la realización del bien común, porque de lo contrario, nos encontramos con profesionistas deshumanizados cuyas únicas metas son económicas o políticas, olvidando que el hecho de haber adquirido determinados conocimientos en una Universidad, les obliga a procurar el bienestar de la sociedad que contribuyó a su formación.

²⁰ Antonio Peinador, Op. Cit. p. 396.

BIBLIOGRAFÍA:

- CORTINA, Adela, *Ética Mínima*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- DRIESCH, Hans, *El hombre y el mundo*, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, México, 1971.
- ECO, Humberto, *Como se hace una tesis*, Ed. Gedisa, México, 6^a. Edición, 1977.
- GOMEZ PEREZ, Rafael. *Deontología Jurídica*, Colección Jurídica, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1991.
- MELÉNDEZ, Aquiles, *Ética Profesional*, Herrero Hnos. Sucs, S.A. Editores, México, 1965.
- PEINADOR, Antonio, *Moral Profesional*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1962.
- ROJAS SORIANO, Raúl, *Trabajo intelectual e investigación de un plagio*. Plaza y Valdez, Editores, México, 1997.
- VILLALPANDO, José Manuel, *Manual Moderno de Ética*, Editorial Porrúa, México, 1984.

Reseñas

KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos.* (Trad. De Daniel Bonilla), Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Barcelona, Ed. Gedisa, 2001, 205 pp.l

Maestra Ma. del Pilar Espinosa Torres^{*}.

El presente es un intento de aproximación a la propuesta teórica del análisis cultural del derecho de Paul Kahn; en particular a su concepción del Estado de derecho. El autor parte del supuesto fracaso del proyecto analítico en la investigación jurídica contemporánea en Estados Unidos. El proyecto en cuestión colapsó la distinción entre el sujeto que estudia el derecho y la práctica legal que es el objeto de su estudio. Para Kahn la nueva perspectiva jurídica debería ser crítica, a partir de un *a priori* histórico, incidiendo en el significado que las formas culturales tienen para el individuo que participa en una comunidad de creencias. El resultado es realmente impresionante.

Paul Kahn es catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad Yale y un reputado constitucionalista que ha asesorado diversos proyectos de importancia en las últimas décadas del siglo XX en varios continentes. Es autor, aparte de esta obra, de estudios sobre resoluciones de los tribunales de su país como *Marbury Vs. Madison, and the construction of América* y de *Legitimacy and history: self government in american constitucional theory*. Reconocemos nuestro desconocimiento de su obra completa, sin embargo *El análisis cultural del derecho*, se revela como un tesoro para todos aquellos que sentimos una inquietud profunda sobre nuestra disciplina. El libro está integrado por tres capítulos apoyados por una extenso, completo y actualizado aparato crítico. No obstante referirse a la situación imperante en los Estados Unidos de Norteamérica, creemos que muchos aspectos son aplicables a nuestro país. Sobre todo nos hace reflexionar en cada renglón. No hay párrafo de más, cualquier parte que se abra, atrapa, hace reflexionar y podría ser inicio de un tratamiento profundo. La claridad de exposición denota el dominio de los temas tratados. Sin embargo es una temática compleja que requiere un primer nivel de comprensión. En esta ocasión nosotros nos referimos principalmente al capítulo “Imaginando el Estado de derecho” dejando al autor traducido hablar por sí mismo, sin embargo la labor hermenéutica es siempre responsabilidad. Por otra parte, la importancia capital del tema y el prestigio del autor en Estados Unidos no requieren mayor referencia. En México sería deseable una mayor difusión e interés. Eso pretendemos.

Paul Kahn realiza un trabajo transdisciplinario: filosofía, historia, antropología, psicología, ciencia política, teoría literaria y teoría de la religión. Inicia con el estudio de la

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Veracruzana.

tradición socrático-platónica de libre investigación en una cultura de la práctica jurídica. Entiende que si despojamos a la filosofía de sus ambiciones platónicas, podemos encontrar en Sócrates un modelo de investigación en una vida, -la suya- que permanece inserta en el derecho. El diálogo socrático es una suspensión temporal de las creencias de un modo tal que las normas y actividades ordinarias del orden político pueden ser sometidas a un examen crítico. Desde el inicio las cosas son así. La pregunta inicial en la mayéutica está diseñada para producir un choque que se experimenta como ausencia de discurso. El interlocutor no puede dar cuenta de su práctica ordinaria o de su creencia. Este choque establece la distancia entre la investigación y la práctica; sujeto y objeto. La investigación se mueve así en una dirección tangencial a la práctica discursiva que se somete a cuestionamiento. La práctica del investigador se suspende mientras la investigación ocurre. Al suspenderse la creencia, reconocemos una nueva forma de práctica que es la actividad del filósofo en si misma. La práctica descansa sobre la capacidad del sujeto de trascender cada contexto y por tanto de examinar las condiciones de creencia que hacen posible nuestras actividades y normas ordinarias, el *a priori* de la práctica. El diálogo así producido no tiene fin, no es la materialización progresiva de una verdad particular, sino una forma crítica de estar en el mundo, un imaginar las creencias que hacen posible nuestra práctica. (p.p. 49,50)

En consecuencia y siguiendo el modelo de la libre investigación, el primer paso, nos dice Kahn, para una nueva disciplina de los estudios jurídicos es poner entre paréntesis cualquier pretensión de verdad sobre el derecho. Este abstenerse, retirarse, permite a la investigación seguir su propia dirección. De este modo se convierte en un nuevo modelo de libertad, que se apoya en sus propias normas definitorias de razón y voluntad. La razón, ahora, no es más una forma de deducción desde sus primeros principios, sino una investigación con final abierto en la que cada proposición esta sujeta todavía a otra pregunta. Técnicamente toda forma dialéctica de argumentación desplaza a las formas deductivas. En la primera ningún principio es suficiente para apoyar una deducción, se avanza al buscar el fundamento de cada proposición, pero no hay un fundamento último para el todo. Por su parte la voluntad no es más el consentimiento a unas instituciones dotándolas de sentido, sino el compromiso de mantener la suspensión de las creencias. La antropología cultural adelantó este tipo de investigación: suspende las creencias ordinarias y sus compromisos normativos, de modo que aborda cada proposición ofrecida por sus informantes con otra pregunta. (pp. 50,51)

Esta concepción del discurso conecta el modelo filosófico con la empresa moderna de pensamiento crítico que se inició con Emmanuel Kant. Para él, recuerda Kahn, la tarea de la filosofía es determinar los límites de la razón. Para ello se requiere explorar las condiciones conceptuales dentro de las cuales el conocimiento, la acción y la esperanza son posibles. Se puede conocer solo lo que cae dentro de este aparato conceptual, sus productos. La tarea será, pues, delimitar cuáles son las condiciones conceptuales y las estructuras de la imaginación que llevan a experimentar y hacen posible un mundo de acontecimientos con significado. (p. 51)

La empresa que se propone por el autor, como ya señalamos, no se limita a la filosofía, una disciplina crítica del derecho necesitará fundarse igualmente en el trabajo de otras disciplinas. Por ello recurre a autores como Clifford Geertz y Michel Foucault,

quienes han hecho hincapié en la especificidad histórica de las prácticas sociales. Cada una de las prácticas tiene por eso que comenzar con un proceso denso de descripción. Los autores citados se alejan de los argumentos sobre una verdad independiente del sujeto que conoce; buscan, en cambio, elaborar una estructura de las posibilidades de la imaginación dentro de las cuales aparece un mundo de significado social. Tales prácticas son semejantes a los juegos, en tanto tienen reglas y formas de comportamiento, que son el producto de la historia de la comunidad. Desde fuera, las prácticas sociales parecen secuencias de acontecimientos que se explican sin referencia a los significados que tienen para los sujetos participantes. En esta nueva perspectiva, en cambio, se tiene la capacidad de situarse al interior de la práctica social para entenderla, retirando cualquier compromiso con la práctica mientras se desarrolla la investigación. No se evalúan las creencias frente a una verdad separada. La filosofía y la antropología se convierten en investigaciones entrecruzadas y el *a priori* de Kant se transforma en un conjunto de significados contingentes e históricamente determinados. El *a priori* es histórico.(p. 51)

Para Kahn el Estado de derecho es una práctica social. Una forma de ser en el mundo. Una práctica social no es solamente un conjunto de acciones prescritas conforme a las reglas del juego. Básicamente es la forma de comprender al yo y a los otros, que hace significativas estas acciones. No se puede separar, según la concepción del autor, acción y creencias cuando describimos una práctica social. Cada acción descansa en un grupo de creencias; cada creencia hace posible un rango de acciones. Pueden surgir diferencias sobre el significado de una acción y sobre la acción requerida por una creencia, pero el objetivo de la investigación no es la “correcta” resolución de tales cuestiones. (p. 53) La pregunta central de una disciplina cultural del derecho es: ¿Cuáles son las condiciones conceptuales que hacen posible la práctica que conocemos como el Estado de derecho? Lo que se busca en todo caso, es entender las formas de comprensión que hacen posible el abanico de comportamientos que conocemos por tal concepto. El estudio del Estado de derecho como práctica cultural puede proceder en varios niveles de generalidad. Un plan de investigación debe empezar, no obstante, por lo más general, moviéndose a lo específico sólo cuando se halla concluido lo general de las prácticas y las creencias jurídicas.. Se necesita investigar primero la forma del espacio y el tiempo jurídico antes de pasar a las formas particulares del espacio y el tiempo. Por ejemplo, el límite nacional o el funcionamiento del stare decisis, (la línea de los precedentes jurídicos). La investigación tiene que permanecer ligada a ejemplos particulares: un sujeto único que actúa en un espacio y un tiempo jurídico también únicos. Las generalizaciones pueden aparecer en la práctica, pero no como principios primeros desde los cuales los significados pueden ser deducidos. (p.55)

En cuanto al resultado de la investigación aclara Kahn una serie de presupuestos. La disciplina no busca decirle a nadie como vivir la vida bajo el Estado de derecho o si uno quisiera debiera vivir esa vida.(p. 55) En el menor de los casos, la investigación puede aclarar un conjunto de prácticas y las creencias que envuelve. Los individuos tienen siempre que aplicar normas morales y políticas a su propia práctica. Tampoco puede la investigación reivindicar verdades empíricas o normativas incondicionadas. Por ejemplo, no puede apelar a una libertad incondicionada de pensamiento; por el contrario, es un producto de la imaginación. La influencia de Foucault es evidente, al citar su expresión “nunca he escrito otra cosa, sino ficciones” (nota de p. 57). El objetivo de la investigación cultural del derecho es lograr una representación de los significados en juego en la práctica

social. Se toman las construcciones sociales como dadas para explicar sus condiciones conceptuales e históricas. Las exigencias que el Estado de derecho nos presenta no son producto de su verdad, ¡sino de nuestra imaginación!. La manera como imaginamos sus significados y nuestro fracaso en imaginar alternativas. (p. 57)

La nueva disciplina, pues, debe empezar donde Kant comenzó su esfuerzo original de una filosofía crítica, con el tiempo y el espacio, denominando a esta rama de su estudio, como estética. Según Kahn, necesitamos ahora una estética jurídica, esto es, un estudio del tiempo y el espacio dentro de la experiencia jurídica, que hace posible las creencias y las prácticas del Estado de derecho. Este es una organización de instituciones, prácticas, personas y objetos dentro del proyecto histórico y espacial presente que es el estado. El tiempo del estado es su historia; su espacio, su territorio. El estado no aparece en un momento particular del tiempo cronológico, aparece a partir de una reconcepción del pasado y el futuro. Lo mismo es verdad del territorio del estado, el estado crea el límite que luego es percibido como constitutivo de su existencia. (p. 59) La estética jurídica tiene un doble carácter, descriptiva y crítica, una dimensión vertical y otra horizontal. En otras palabras, una genealogía y una arquitectura jurídicas. La ambición de la genealogía es mostrar como la naturaleza de la creencia en el Estado de derecho emerge de largas tradiciones en la cultura occidental, particularmente en la experiencia del estado. Las interpretaciones modernas del estado son el producto de dos transiciones culturales fundamentales: el paso de una interpretación religiosa a otra secular del orden político, y desde una interpretación monárquica de la soberanía a la soberanía popular. Todas las concepciones útiles en este estudio pasan a través de esta doble transición. Citando a Carl Schmitt, en *La teología política*, dice: "...todos los conceptos significativos de la moderna teoría del estado son conceptos teológicos secularizados..." (nota de p. 60). Esa transición no es completa, los conceptos mantienen significados derivados de su pasado y la genealogía jurídica busca desenterrar estos remanentes de modo que es preciso rastrear el curso histórico, siempre contingente, por el cual, estas creencias se volvieron nuestras.

El tiempo y el espacio tienen su propia historia, pero la genealogía es sólo la mitad de una aproximación cultural al Estado de derecho. La historia aporta los materiales para la imaginación, pero estas concepciones deben articularse entre sí y con otras contemporáneas. No estamos sujetos, dice Kahn, a una repetición sin final. La perspectiva genealógica tiene que completarse con una descripción de la forma de la experiencia dentro de la práctica social contemporánea del Estado de derecho. Esta es la tarea de la arquitectura legal, que describe la forma en que las distintas concepciones jurídicas se derivan y se distinguen de otras creencias y prácticas que funcionan en la comunidad política. (p. 60) (¿genealogía y arquitectura, similares a la arqueología y genealogía de Foucault?) Todo el derecho existe en una condición de simultaneidad. No es la simultaneidad de una prueba matemática. El argumento jurídico no se mueve siguiendo un proceso de desarrollo cronológico o a través de la lógica formal. En cambio construye analogías, y a través de ellas, el momento presente se liga a cualquier otro momento en el Estado de Derecho. El pasado no es siempre causa del presente, frecuentemente, una decisión presente determina el significado de una pasada, por esto, bajo el Estado de derecho no nos estamos moviendo sin ambigüedad hacia un futuro mejor. El progreso no es un hecho en la vida de una comunidad, sino una creencia sobre el significado de esta historia. (p. 143) Con el espacio ocurre otro tanto: lo que descubriremos no es una verdad

única sobre la propiedad o la jurisdicción. El espacio del derecho no es una cosa en el mundo sobre la que podamos estar bien o mal. Es un conjunto de significados desplegados y mantenidos en un discurso histórico particular, que se despliega para defender reclamos particulares sobre esa propiedad o la jurisdicción. (p. 91)

El tiempo y el espacio hacen posible el acontecimiento como un objeto de percepción jurídica. Pero no basta, un análisis cultural del Estado de derecho tiene que continuar la estética con una investigación del acontecimiento que ocupa esa estructura espacial. Kant creyó que había una única forma del tiempo y el espacio y un único patrón causal de los acontecimientos. Pensó que había un mundo común dentro del cual los acontecimientos ocurrían, el mundo de la ciencia newtoniana.(p. 91) A partir de esto, el análisis cultural del derecho, en cambio, empieza con el reconocimiento de que hay mundos de experiencia rivales y que debido a esta diversidad en competencia de las formas de comprender, cada forma cultural debe ser analizada desde una perspectiva de poder, entendido este como la capacidad de excluir o dominar formas rivales de comprender el acontecimiento. (p. 92) Esta competencia entre formas de percepción política se lleva a cabo en la retórica política de la comunidad, así como en la imaginación de cada ciudadano. (p. 94). Los jueces, nos ejemplifica Kahn, se acusan constantemente entre sí de fallar en la aplicación de la ley y de imponer en cambio sus propias reglas sobre la comunidad política. Esta fractura entre el Estado de derecho y el gobierno de los hombres no es una frontera estable, sino un recurso argumentativo disponible para cualquier lado de la controversia. Pero, continúa el autor, el Estado de derecho no es sólo una cuestión de toma de decisiones judiciales, aunque la percepción del juez sobre un hecho es, en cualquier caso, una instancia paradigmática del funcionamiento de la imaginación jurídica. La decisión judicial describe el mundo que aparece en y a través de las categoría de la imaginación jurídica. Este mundo no es el de la acción política con su concentración en acciones particulares y en circunstancias que se evalúan contra normas ideales. Con todo, nada de lo que pasa en nuestra vida política está mas allá del derecho. Podemos preguntar sobre la legalidad de cualquier hecho, pero cada hecho puede ser fácilmente visto, en cambio, desde la perspectiva de la acción, no hay respuesta correcta a la pregunta de si el significado de un hecho yace en su posibilidad o en su realidad. Esta es otra de las líneas de fractura sobre las que se organiza el debate político. (p. 100)

El análisis cultural del derecho tiene que investigar, por tanto, la manera en que la imaginación jurídica desplaza la acción de la percepción política. Esta exclusión es difícilmente definitiva, pero expresa el poder de lo jurídico y determina el límite del territorio del derecho. El Estado de derecho es un producto de la imaginación antes de serlo de decisiones legislativas o judiciales. (p. 101) Existen tres formas imaginativas: La primera forma es la metonimia, en ella imaginamos el derecho como una acción subsecuente. La retórica jurídica habla constantemente de “poner nuestras diferencias atrás”, antes de que el derecho comience: antes de la promulgación de una regla legal, los acontecimientos políticos son de una calidad diferente. La política no puede interferir en el Estado de derecho. Si lo hace, el derecho se convierte simplemente en la forma, sin la substancia. (p. 101) Cuando la sucesión temporal no excluye totalmente la percepción de la acción política en el derecho actual, la imaginación jurídica puede girar hacia el despliegue de la sinédoque. En ella la relación del derecho con la acción es concebida espacialmente. El derecho define el campo completo de la política, proveyendo un espacio protegido, pero

acotado al interior del cual la acción continúa. La acción política se convierte en discrecionalidad. Este es un tropo jurisdiccional; mantiene la jurisdicción por encima de la acción. En la primera estrategia, el derecho suprime la percepción de la acción, entendiéndola como terminada. En la segunda, suprime la acción limitando el espacio en donde puede aparecer. El derecho no es más el producto de la acción. Mas bien, la acción se ha convertido en un producto del derecho: la propiedad y el contrato, por ejemplo, pueden ser imaginados como dominios de la discrecionalidad legalmente constituidos. Finalmente, el derecho puede suprimir la aparición de la acción apelando al tropo de la ironía. El control de la constitucionalidad es la materialización, concluye Khan en esta parte, de la ironía al interior del sistema jurídico y nunca se puede estar seguros de si algún argumento de derecho terminará siendo meramente irónico. . (p. 104)

En todo caso, el contraste de la acción política con el Estado de derecho, explicará después, no es una distinción inevitable ni necesaria. Las instituciones representativas pueden reclamar para sí las virtudes del derecho y, tal vez, mas sorpresivamente, los tribunales en ocasiones reclaman para sí las virtudes de la acción política. (p. 137)

Un último punto que nos parece importante son las referencias al sujeto del análisis cultural. Se destaca que debe tenerse en cuenta que el objeto de la investigación cultural no es el individuo particular. El sujeto del análisis, es el “nosotros” que aparece en la Declaración de Independencia y en la Constitución de los Estados Unidos, el mismo nosotros que cree y mantiene al Estado de derecho como una práctica cultural en desarrollo. (p. 151) Al dirigir la investigación en este sentido, el análisis cultural no gira hacia una cosa que ocupa un espacio y un tiempo particulares. El Estado de derecho existe, no como un atributo de un sujeto transhistórico sino como una distribución de poder que funciona para mantener las condiciones de creencia constitutivas de la unidad de la nación, percibida como una unidad particular. La ignorancia de la historia en el enfoque analítico impide describir las posibilidades cambiantes dentro del argumento jurídico que pudo haber contenido a cualquier individuo y reduce la perspectiva analítica a la hipótesis del diseño racional del Estado de derecho. (p. 152)

En conclusión, -como lo recalcó páginas antes- , el Estado de derecho no es el producto de un discurso racional. No podemos contemplarnos razonando en un mundo de percepción. No somos ciudadanos de la República del derecho en virtud de una elección deliberada, como si primero estuviéramos parados en un estado de naturaleza y después colectivamente decidíramos establecer el mundo del derecho. Primero nos encontramos a nosotros mismos en el mundo del derecho, éste estructura nuestra comprensión del espacio y del tiempo, del yo y de la comunidad. Razonamos dentro de este mundo, pero no sobre él. Eso hace toda la diferencia. (p. 117).

En el primer capítulo del libro se planteó el estado actual de la investigación jurídica en los Estados Unidos, señalando la tendencia preponderante hacia la reforma. Como podemos constatar en esta reseña, no hay algo que mejorar, sólo comprender, explicar. En el capítulo tercero explica las ocho reglas metodológicas para conseguir el objetivo del análisis cultural del derecho. Un enfoque diferente a los estudios dogmáticos y reduccionistas que se nos antoja poder intentar dentro de la investigación jurídica en México, según el modelo propuesto por Paul Khan.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación*, editado por Centro de Estudios Constitucionales, 1989, España, 346 pp.

Ana Lilia Ulloa Cuéllar *

Se trata de un libro de filosofía del derecho y en particular de lógica jurídica. En esta obra Robert Alexy presenta la tesis de que la argumentación jurídica, es un caso especial del discurso práctico general. Para esto, Alexy parte de la Teoría del Discurso Racional de Jürgen Habermas. Su objetivo fundamental es el cómo fundamentar las decisiones jurídicas. El autor divide el texto en tres grandes secciones precedidas de una introducción general. La sección A que trata sobre algunas teorías del discurso práctico, la sección B, que presenta un bosquejo de una teoría del discurso práctico racional general y la sección C, donde desarrolla una teoría de la argumentación jurídica. Al término de esta tercera sección el libro incluye un postfacio que consiste en una defensa de la tesis de Alexy, frente a las críticas más significativas de que ha sido objeto. El núcleo fundamental del libro se encuentra en la tercera sección C en donde se presenta al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general. En esta sección, Alexy desarrolla en detalle su teoría de la argumentación jurídica. Para esto, presenta toda una serie de rasgos fundamentales de la argumentación jurídica iniciando con el análisis de la justificación interna, para pasar luego al de la justificación externa. Aborda la temática de la argumentación empírica y la diferencia de ésta respecto a la argumentación dogmática. Trabaja también sobre el uso de los precedentes, así como el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico. Esta tercera sección termina con un apartado sobre el discurso jurídico y el discurso práctico general, en donde se presenta la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general. Este último apartado analiza también los límites y la necesidad de la teoría del discurso jurídico-racional.

En virtud de que la teoría de la argumentación jurídica , se presenta como un caso especial del discurso práctico general, el autor analiza, en una primera sección varias teorías del discurso práctico general, de las que cabe destacar la teoría consensual de la verdad de Habermas, la teoría de la argumentación de Chaim Perelman, así como varias propuestas del discurso práctico en la ética analítica. Por su parte, la segunda sección B está dedicada a la construcción de una teoría del discurso práctico racional que supere muchas de las limitaciones de las teorías del discurso antes analizadas. En esta sección B Robert Alexy presenta cuatro diferentes tipos de fundamentación de las reglas del discurso, a saber: la fundamentación técnica, la fundamentación empírica, la fundamentación definitoria y la fundamentación pragmático- trascendental.

Posteriormente, trabaja cinco reglas del discurso práctico general: las reglas fundamentales, las reglas de razón, las reglas sobre la carga de la argumentación, las reglas de fundamentación y las reglas de transición. Esta sección finaliza con un apartado sobre los límites del discurso práctico general.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

En este texto Alexy sostiene que son necesarias las valoraciones en el derecho pero está consciente de la complejidad de preguntas como: “¿Dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones?”, “¿cómo actúan estas valoraciones en los argumentos calificados como <<específicamente jurídicos>>?”, “¿son razonablemente fundamentables tales valoraciones?” La obra se presenta como una respuesta a estas preguntas iusfilosóficas.

Desde la introducción, Alexy afirma que lo “... que tienen en común los discursos jurídicos con el discurso práctico general consiste en que en ambas formas del discurso se trata de la corrección de enunciados normativos. [...] En el discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras. Entre éstas, se deben mencionar especialmente la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como _lo que no concierne, sin embargo, al discurso científico-jurídico_ las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal.”¹

En cuanto al núcleo de la teoría general del discurso práctico desarrollado en la sección B, éste está formado por cinco grupos de un total de veintidós reglas explícitamente formuladas, así como una tabla de seis formas de argumentos, dando lugar a algo que puede ser llamado código de la razón práctica. De todas estas reglas cuatro son fundamentales, las cuales enuncian que:

1. Ningún hablante puede contradecirse.
2. Todo hablante sólo puede afirmar solamente aquello que él mismo cree.
3. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.
4. Distintos hablantes no pueden emplear la misma expresión con distintos significados.²

Como ha señalado Alexy estas reglas y formas no son “...axiomas de los que se puedan deducir determinados enunciados normativos, sino [...] un grupo de reglas y formas, con *status lógico* completamente diferente, y cuya adopción debe ser suficiente para que el resultado fundamentado en la argumentación pueda plantear la pretensión de corrección. Estas reglas no determinan, de ninguna manera, el resultado de la argumentación en todos los casos, sino que excluyen de la clase de los enunciados normativos posibles algunos (como discursivamente imposibles), y, por ello, imponen los opuestos a éstos (como discursivamente necesarios).”³

Se establece una distinción entre racionalidad y certeza absoluta “el cumplimiento de [esas reglas del discurso no implica] [...] la certeza definitiva de todo resultado, pero sin embargo caracteriza este resultado como racional. [...] En esto consiste la idea fundamental de la teoría del discurso práctico racional. Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico [...] puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente.”⁴

¹ p. 35-36

² p. 185

³ p. 36-37

⁴ p. 177

Pero las reglas “...son de enorme importancia como explicación de la pretensión de corrección, como criterio de la corrección de enunciados normativos, como instrumento de crítica de fundamentaciones no racionales, y también como precisión de un ideal al que se aspira.”⁵

De manera que como el propio Alexy señala tan solo esto acredita “... a la teoría del discurso como una empresa interesante para la teoría del Derecho.”⁶

Conceptos fundamentales para la jurisprudencia como el de ”justo” aparecen en el escenario de la teoría del discurso ya que “[una] norma o un mandato singular, que satisfagan los criterios determinados por las reglas del discurso, pueden ser calificados de <<justos>>.”⁷

Para el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica expuesta en la sección C, Alexy adopta la tesis de la integración la cual afirma “... que el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles con el de los argumentos prácticos generales.”⁸

Aquí Alexy establece la diferencia entre el discurso jurídico y el discurso práctico señalando que “[en] las disputas jurídicas no se someten todas las cuestiones a discusión.”⁹ En el caso particular de los debates ante los tribunales por ejemplo, el proceso de la argumentación está limitado temporalmente y está delimitado por medio de las reglas procesales. Y con frecuencia, [señala Alexy] “...no se trata de que la sentencia sea correcta o justa para las partes, sino ventajosa.”¹⁰

Sin embargo esto hace que “...las debilidades del discurso práctico general se suavizan ciertamente de forma considerable en el discurso jurídico...”¹¹

En cuanto al discurso jurídico Alexy propone dos formas y cinco reglas para la justificación interna, respecto a la justificación externa, la cual consiste en la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna , ésta contiene seis grupos de reglas y formas que remiten a: (1)la interpretación, (2)la argumentación dogmática, (3)el uso de los precedentes, (4) la argumentación práctica general, (5)argumentación empírica y (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos.

Estas reglas al igual que en el discurso práctico no implican seguridad, pero como señala Alexy, “[no] es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la Jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas. En este trabajo se ha tratado de poner de manifiesto tales condiciones, criterios y reglas. Y su presentación sistemática puede verse como una explicación del concepto de argumentación jurídica racional.”¹²

Por todo lo anterior, considero que *La teoría de la argumentación jurídica* es ya hoy todo un clásico de la literatura jurídica y que ningún teórico o filósofo del derecho debe estar ajeno a su lectura y análisis.

⁵ p. 37-38

⁶ p. 38

⁷ p. 38

⁸ p. 39

⁹ p. 206

¹⁰ p. 206

¹¹ p. 278

¹² p. 278

Noticias Legislativas

NOTICIAS LEGISLATIVAS. Decreto número 37, que reforma el artículo 196 del Código Penal para el Estado de Veracruz, Gaceta Oficial Xalapa, Veracruz, 7 de diciembre de 2001.

Maestra. María del Pilar Espinosa Torres*

En esta reforma, última promulgada a nuestro ordenamiento sustantivo penal, se modifica el artículo 196, estableciendo otra excepción a la regla de requerirse petición del legitimado para el delito de daños. La primera se refiere a daños ocasionados en accidentes de tránsito, si el chofer estuviere en estado de ebriedad o drogado o se diere a la fuga sin auxiliar a la víctima. Ambas son excepciones a la excepción, ya que recordamos que en la ley penal la regla general es el requisito de persecución de oficio, salvo aquellos casos en que se establece la querella. Con una nueva redacción del numeral, se adiciona ahora como fracción II, una disposición expresa para actuar de oficio, que a la letra dice: "...II. Cuando se causen daños a bardas o fachadas de inmuebles del dominio público o de propiedad particular, mediante pintas consistentes en dibujos, símbolos o textos, salvo que se cuente con el consentimiento de quien deba otorgarlo". Se tipifica así casuísticamente el difundido Graffiti, polémica manifestación, para unos de arte, para otros de daños como hipótesis de este tipo penal, cuya sanción según el artículo 194 va de tres meses a siete años de prisión y multa hasta de cien veces el salario. Se puede aumentar la prisión hasta diez años y la multa hasta quinientas veces el salario, "si el daño recae en bienes de valor científico, artístico, cultural o de utilidad pública", esto según el artículo 195.

El sábado 21 de abril de 2001 se celebró la primera Expo Graffiti en el Distrito Federal. Fueron 120 dibujantes quienes expusieron diversas creaciones como parte del Festival Jóvenes en el deportivo "Chavos Banda" de Ixtapalapa.

¿Qué es el graffiti?. Una forma de expresión cultural urbana muy extendida entre los jóvenes. La versión mas difundida es que surgió en Nueva York, cuando una persona en los años setentas escribió su nombre por la ciudad.¹ Se extiende desde entonces por todos los países y ciudades, siendo mas o menos clandestina ya que frecuentemente representa daños, no creación artística, en paredes y puertas particulares. La brevedad de tiempo del que generalmente dispone el autor lo hace garabatear con pintura en spray iniciales o nombres, a veces sólo cruces o signos ininteligibles. En la ciudad de México, en el evento citado se pintaron murales durante 6 horas, en Jalapa vemos rayones ya sea con aerosol o crayones y excepcionalmente una pintura más elaborada.

Según declaración de Enrique Pérez Correa, el graffiti es una forma de denuncia juvenil, estética, a través de la cual su autor se reafirma como individuo y miembro de un grupo marginal proveniente de zonas populares.²

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Veracruzana.

¹ Salvador Macias Payen. "Colorido, ingenio y destreza en la Expo Graffiti, con 120 dibujantes". *Excelsior*, domingo 22 de abril de 2001, p. 20-A.

² Idem.

En nuestra ciudad, han sido detenidos jóvenes en fraccionamientos residenciales, a los que se les conmina por parte de la autoridad a reparar los daños causados. Esto es posible por ser del mismo nivel económico, pero desgraciadamente la mayoría de las veces no es posible sorprender al autor (es) o bien no tienen los recursos para reparar el daño. Ni que decir que muchas denuncias no prosperan cuando se llegan a interponer.³ Lo anterior indica otra significación a lo reseñado en el Distrito Federal. ¿Es aquí mera imitación? ¿Los graffiteros del centro de nuestra ciudad lo hacen por afán de dañar o por deseo de expresarse?

Caso excepcional fue la detención de dos adultos sorprendidos en esta ciudad, en flagrancia pintando con plumón mamparas de una empresa publicitaria. Se trataba de un líder de los ahorradores de la Caja Popular de Veracruz. La DGSPE acudió a una llamada de denuncia en la madrugada del 13 de diciembre de 2000, deteniendo y trasladando a los sorprendidos a la agencia del Ministerio Público⁴. Obviamente no se trataba de jóvenes queriendo hacer uso de su derecho de expresión.

A todos nos molesta encontrar rayones en nuestras bardas o puertas, sobre todo cuando se acaba de pintar. Al ver la noticia sobre la manera en la cual las autoridades del Distrito Federal pretendieron conceder a los jóvenes un espacio para sus pintas, pensamos si en esta ciudad la autoridad municipal podría organizar un evento similar al de la capital del país, en donde los jóvenes desahoguen sus inquietudes y no propicien la destrucción y daños en las fachadas. Con agrado nos enteramos del programa municipal a cargo de la Dirección de Asuntos de la Juventud, organizando la Primera Jornada Cultural del Graffiti para abrir espacios de expresión a los jóvenes de Jalapa. El proyecto es responsabilidad del sociólogo Ulises Martínez y la antropóloga Lizbeth Loyo, como parte del protocolo de elaboración de tesis de estudiantes de la segunda carrera. Durante tres sábados se reunieron varios graffiteros en lugares seleccionados previamente y se dedicaron a pintar bardas. La primera sesión tuvo lugar el día 19 de mayo del año pasado, con la participación de 70 jóvenes quienes realizaron sus obras en una propiedad de una empresa vendedora de llantas. Los sábados 26 de mayo, 2 y 9 de junio se reunieron en la Escuela Primaria Martínes del 28 de Agosto, Fidencio Ocaña, en el Centro de Integración Juvenil, Avenida Acueducto y Ruiz Cortines y en la Dirección de Asuntos de la Juventud, 20 de noviembre, lugar en donde con autorización se dedicaron a plasmar sus obras..⁵

Resulta interesante constatar el surgimiento y evolución de una manifestación como es el graffiti, plural de grafito, palabra italiana cuyo significado es todo dibujo realizado en una pared u otra superficie, usualmente a la vista del público. En los años ochentas se da una explosión de lo que había ido madurando en paredes de baños públicos, vagones de tren, camiones, billetes, casi siempre expresiones irreverentes o dibujos obscenos, invadiendo después las paredes, antes protectoras de la intimidad, límites de la propiedad privada, convertidas después en foro de expresión. Pero ¿expresión de qué? ¿de quienes?

³ Entrevista con propietarios afectados por graffiti en sus bardas.

⁴ Diario *Política*, “A Revolución 11, Alberto Loret de Mola, “Expone duda... (envía boletín de DGSPE) 22 de mayo de 2001

⁵ Diario *Política*. Miércoles 23 de mayo de 2001, p. 12.

Algunos dicen que el graffiti se originó en Pompeya, con inscripciones paganas y obscenas en los alrededores de las ricas mansiones romanas de los primeros siglos, o cuando los primeros cristianos dibujaban un pez para identificarse como miembros de la nueva fe. En la segunda mitad del siglo pasado aparecen otras manifestaciones: Saigón, 1962, París, 1968, Argentina, después del golpe y represión militar, Nicaragua con la guerrilla. En París después del 68 se traduce como manifestación de protesta, voz para la inconformidad ante la opresión y represión, combate de lo nuevo contra lo viejo, decir lo indecible por otros medios. Lo mismo sucede en Argentina. Fue el canal para promover la reflexión, una estrategia de desocultamiento del supuesto orden social. Frases, metáforas, canciones se grababan con aerosol, las más de las veces furtivamente y en la noche casi siempre por jóvenes graffiteros y rockeros, quienes presurosos realizaban sus pintas y huían ante la persecución policial.⁶

En estos casos es una protesta ante la represión, ante la inercia gubernamental, ante las leyes impuestas, pero también se encuentran críticas de la vida cotidiana familiar, inconformidad ante lo absurdo, triste o difícil de la vida juvenil, o bien exaltación temprana de lo sexual y hasta mensajes de amor. Dicen los autores entrevistados: “si alguien lee y sonríe ante el muchas veces humor negro nos sentiremos mejor”. Por supuesto que el graffiti despierta reacciones tanto de simpatía como de rechazo. Cantantes famosos como Silvio Rodríguez o Joan Manuel Serrat se inspiran en este fenómeno para hacer algunos poemas y canciones. Otras personas y grupos protestan, se organizan y piden se persiga y castigue a los autores.⁷

En México observamos esta manifestación en la mayoría de las ciudades, protesta también en el 68 y 70, en la huelga estudiantil de 1997 fue detenido un ya no tan joven alumno por pintar un muro de Siqueiros de la UNAM, pero en general son rayones, firmas y contraseñas, Taggs que no llegan a lo que se llama Throw ups, nombre de dos o tres letras formando una unidad redondeada.⁸ Pocos simpatizantes hay para quienes no dejan pared limpia, no mensajes, no protesta. ¿de que se trata? Deseo de molestar o grito de angustia, Tal vez sólo expresan un lamento: “¡escúchenme... pero no se que decir!.”

Desde antes de la reforma podía detenerse a los sorprendidos realizando pintas, sin embargo en ocasiones les tenían que dejar libres por faltar el requisito de la querella, ahora se seguirá de oficio, debiendo presentarse por supuesto el propietario de la pared o puerta dañada. Sólo esperamos no se abuse de esta figura y los jóvenes verdaderamente deseosos de expresarse logren encontrar un espacio para sus inquietudes.

⁶ Ramón MAZZILLI, <http://www.File:A.Graffiti.htm>. También [graffnet.org](http://www.graffnet.org)

⁷ idem.

⁸ Enciclopedia Encarta 2000.1