

Curso de Técnica Jurídica.  
Sesión del 17 de julio de 2002  
(Clase 1/6)

Expositor: Dr. José María Serna de la Garza  
investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,  
miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT

Derecho y Constitución.

El objetivo principal es entender el concepto de estado de derecho y tratar de vincularlo con el concepto de constitución. Si se habla de estado de derecho se tiene que hablar de qué es derecho, llegando a una definición de lo que es el estado.

Los estados como los conocemos en la actualidad no han existido siempre, el tipo de organización política que llamamos estado-nación o estado-nacional, empieza a surgir a finales de la Edad Media en algunos países europeos, se crea un modelo de organización política que después algunos autores le llaman estado, y luego ese modelo de organización política se extiende al resto del mundo.

En la actualidad, estamos hablando de una comunidad internacional de estados nacionales, que tiene un cierto tipo de características, que significan un tipo específico de organización política que no ha existido siempre.

El Estado Mexicano, surge también en un momento preciso a través de un proceso similar, aunque no igual al proceso del surgimiento de los estados nacionales en Europa.

La idea de separación de poderes, la idea del principio de legalidad o de supremacía de la ley, la idea de democracia y la idea de soberanía popular, son las cuatro grandes vertientes o ideas que provienen del liberalismo y que se incorporan al concepto de estado de derecho, para darle esa acepción que es la que se maneja en la actualidad del estado liberal de derecho.

El liberalismo político no económico, el cual significa una cosa distinta, es el que le inyecta el concepto de estado de derecho.

El concepto de división de poderes tal como lo entendió Montesquieu no es el concepto de división de poderes como se maneja en la actualidad, en la actualidad se habla más que de división o separación de poderes, se tiende a hablar de colaboración en el ejercicio de las funciones del Estado, ha habido una reformulación de aquel principio original de Montesquieu que era lo que se conocía con el nombre de la separación de poderes.

¿Qué es el Derecho? Hay tantas definiciones como autores, no es un concepto que haya sido definido de una manera aceptada por todos, en parte esa dificultad para definir al derecho proviene de que se trata de una palabra, hasta cierto punto ambigua, ambigua en el sentido de que no siempre cuando se emplea la palabra derecho se está hablando de la misma cosa.

Cuando se dice derecho mexicano, contempla la institución de la tutela, ahí estoy hablando del derecho en el sentido de lo que los filósofos o los teóricos del derecho denominan derecho objetivo, derecho como un sistema de normas.

Cuando nos referimos al derecho como un sistema de normas aplicable en un territorio determinado, ahí estamos hablando, también del derecho en sentido del derecho objetivo.

Cosa distinta a cuando se dice tengo derecho a transitar por las calles, ahí se refiere al derecho no como un sistema de normas aplicables en un territorio determinado, sino que se habla de una facultad, una atribución que se tiene, a eso le llaman los teóricos del derecho, derecho en sentido de derecho subjetivo.

El derecho es una realidad normativa, compuesta por normas, el problema de la definición del derecho tiene que ver con la definición de qué tipo de normas es de las que estamos hablando cuando hablamos de derecho. La variedad deriva de que los autores no se han puesto de acuerdo cuál es la característica esencial de esas normas que llamamos "normas jurídicas" y que son las que forman parte del derecho.

¿Cuál es la característica principal del derecho? Algunos autores señalan que es la coactividad, y otros afirman que existen normas que son parte del derecho y que no tienen o no están respaldadas por la coactividad; Si nada más entendiéramos que derecho es una norma apoyada por la coacción, tendríamos que concluir que esto no es derecho, porque hay normas jurídicas que no están apoyadas en la coacción. Otros autores señalan que "derecho son normas que son expedidas por una autoridad pública" y al contrargumentar esto añaden a que hay países como Inglaterra, que hay sistemas consuetudinarios respecto a donde muchas normas provienen no de que hayan sido expedidas por una autoridad, sino que provienen de una costumbre. Algunos dicen " la esencia es de que se trata de normas generales", pero otros aludiendo a la generalidad de la ley, como si la ley fuera la única fuente del derecho, y los críticos responden que hay normas jurídicas que no son normas generales sino que son normas particulares, como las sentencias de los jueces, la jurisprudencia que tradicionalmente se han considerado como fuente del derecho.

Hablaremos de tres grandes escuelas que han tratado de definir al derecho, y tomaremos como punto de partida una de esas grandes escuelas para avanzar en la aclaración de lo que es el derecho; jus naturalismo, jus positivismo y el realismo jurídico.

La escuela jus naturalista, también llamada escuela del derecho natural, propone que existen ciertos valores universales acerca de lo que es la justicia, lo que es ético, lo que es bueno y lo que es malo. Parte de la existencia de unos valores éticos o morales que tiene validez universal, de tal forma que derecho son solamente aquellas normas jurídicas que coinciden con esos criterios universales de justicia y de ética. Y solamente podría calificarse como derecho, aquellas normas que se acerquen o que coincidan con esos criterios de moralidad universal.

Algunas versiones del jus naturalismo son de corte teológico, por ejemplo las que proviene de la Edad Media, de autores como Santo Tomas de Aquino, para quién el que proporciona esos valores de justicia y de bondad universales es Dios, es la palabra divina la que dice qué es lo bueno y qué es lo malo, que es lo justo y que es lo injusto, será derecho o calificará como derecho solamente aquello que se acerca a

esos criterios de moralidad provenientes, en el caso del jus naturalismo teológico, provenientes de la palabra de Dios.

Hay otras vertientes que no son teológicas, como las racionalistas, que son laicas y proponen que esos criterios de justicia y de ética provienen, no de Dios, sino de la razón humana, "no mataras a tu prójimo" es un principio autoevidente en el que se puede llegar a través de la razón.

Otra vertiente es la de corte histórico, estas versiones dicen que se puede ir viendo que hay ciertos principios que siempre son válidos en todas las sociedades.

El grave problema del ius naturalismo tiene que ver con el problema del subjetivismo. Para algunos ciertas cosas serán justas, otras serán injustas, otras cosas serán buenas, otras serán malas. Por ejemplo para John Looke, la propiedad privada era justa, era algo natural, pero para otros autores como Platón, decía " lo que es natural en una sociedad no es la propiedad privada, no es la propiedad individual sino la propiedad colectiva, la propiedad comunal". Se pierde la certeza en el Derecho si nos atenemos a todas las consecuencias que provienen de esta forma de entender el Derecho.

La otra escuela es la ius positivista o la escuela del derecho positivo. Una versión de esta escuela calificada como racional, dice que no existen criterios universales de justicia y de ética y de moralidad, Para esta escuela Derecho es una norma expedida por una autoridad y que puede ser aplicada coactivamente, independientemente del contenido moral de la norma. En esta versión radical Derecho serán las normas expedidas por el Parlamento Ingles, como las normas expedidas por Hitler o por el general Franco, que es una autoridad que expide una norma y que es aplicada coactivamente.

Para esta escuela cualquier norma que pueda ser apoyada coactivamente por alguna autoridad, es una norma jurídica.

Hay versiones moderadas que consideran que la conexión entre esos valores universales y las normas jurídicas puede o no darse, a veces si se da y a veces no se da.

El positivismo moderado dice que puede no darse la vinculación necesaria entre criterios de moralidad y de justicia y normas jurídicas. Cuando si se da esa vinculación, entonces estamos ante un Derecho justo o ante un Derecho bueno, un Derecho con contenido moral. Cuando no se da, entonces estamos ante un Derecho injusto, estamos ante un Derecho poco ético o un Derecho no moral, y por lo tanto hay la posibilidad de hacer una crítica a ese Derecho.

El grave riesgo del positivismo, en la versión radical, si despojamos de todo contenido moral al Derecho, entonces cualquier norma puede ser considerada como una norma jurídica que debe ser obedecida por los ciudadanos.

La escuela del realismo jurídico, dice "el derecho no son o no proviene de normas morales, no proviene de criterios universales de justicia, el derecho no son normas aplicadas coactivamente, el derecho es una creación permanente del juez", para esta escuela el derecho son las normas producidas por los jueces, cuando resuelven casos concretos.

Esta escuela proviene de los países anglosajones, en donde los jueces tiene un papel muchísimo más importante en la producción del Derecho, de cómo ocurre en nuestra propia tradición jurídica. Tiene gran poder de interpretar y a veces de modificar el sentido de las leyes expedidas por el Congreso, con una gran libertad y con una gran discrecionalidad, a través de sus sentencias. La crítica también es obvia ¿dónde quedan todas las normas de organización? Las leyes que tiene que ver con la organización de la administración pública, las llamadas normas de organización, o pregúntele a los jueces de donde proviene las competencias y los poderes y las atribuciones de los jueces que resuelven casos, provienen de normas de organización, son normas jurídicas que forman parte del derecho y que les dan atribuciones a ciertas personas, les dan una investidura como órganos del Estado, para que cumplan una función del Estado, que es la función jurisdiccional. Cada escuela tiene sus propias

críticas y los teóricos del derecho están enfrascados en la discusión ¿qué es el derecho?

Para nuestro estudio adoptaremos un enfoque positivista, para partir y construir el puente entre estado y derecho.

Haciendo énfasis en el sentido de que el legislador, va a tomar al derecho no como un fin en sí mismo, sino como el medio para la realización de un fin. Una vez que esté elaborada la ley, en la interpretación pues si tendríamos que llegar a ese sentido, para dar certeza jurídica a tomar la ley en los términos que está elaborando, y no decir que por no ser justa no se cumple. Se supone que el legislador al momento de haber elaborado la ley habrá buscado esos valores.

Cuando hablamos de derecho hay que hablar tanto en el momento de elaboración como en el momento de aplicación hay que hablar de criterios morales.

Pero para efectos de construir el puente entre el derecho y Estado es útil el partir de una visión positivista moderada, olvidarnos un poco por el momento de la vinculación entre moral y normas jurídicas y concentrarnos en tratar de construir ese puente entre derecho y Estado. ( Norberto Bobbio, "Teoría General del Derecho" Carlos Silvino "Introducción al análisis del Derecho")

El derecho es una realidad normativa, cuando hablamos de derecho estamos hablando de algo que es normativo, algo que tiene que ver con normas.

Las normas para Norberto Bobbio, son proposiciones que tiene como fin influir en el comportamiento de los individuos para dirigir su acción hacia ciertos objetivos.

Hay diversas realidades normativas, la realidad normativa religiosa, está inmersa en normativas éticas o morales, para los que tiene cierta forma de conducta ética y moral, son realidad normativas que provienen de la costumbre y la convivencia, las convenciones sociales, como sentarse a la mesa, donde poner los brazos, esas son realidades normativas que no son religiosas, que no son jurídicas, que no son

estrictamente éticas o morales, sino que se les conoce con el nombre de convenciones o convencionalismos sociales, que son normas sociales.

¿Qué distingue al derecho de las otras normas que rigen nuestra vida en sociedad? Kelsen propuso que lo que distingue a la realidad normativa que llamamos derecho, de otras realidades normativas, es una estructura lógica formal de las normas jurídicas, "las normas jurídicas tiene una cierta estructura interna, una cierta estructura lógica formal, que se puede resumir a través de una fórmula lógico formal". Y tiene la siguiente fórmula, si es A debe ser B, si cometes un homicidio, debes de sufrir una pena de 40 años de cárcel.

Se le hace la crítica a Kelsen de que existen otras realidades normativas en donde también se da esa estructura jurídico formal, esa estructura de que si es A debe ser B, si eres malo en la tierra debes de ir al infierno, en el caso de la religión católica.

Una respuesta a esa pregunta de que es lo que distingue al derecho de otras realidades normativas, es la que dice, que lo que distingue es el tipo de respuesta a la violación de una norma jurídica. Es decir existen diversos tipos de sanción, eso que hasta ahora se llama respuesta ante la violación de una norma, no es otra cosa que la sanción. Los sistemas normativos diversos que existen en la realidad del ser humano establecen distintos tipos de sanción.

Por ejemplo las normas morales, es una sanción interna, sanción que deriva de la propia capacidad que se tenga para sentirse culpable de que se incumplió con una norma moral.

El problema de eficacia de las sanciones morales es que la vida en sociedad no puede basarse nada más en sanciones morales.

Respecto a las normas sociales, el tipo de respuesta que se da ante una violación de una norma social, se puede derivar en diversos tipos y todo depende por supuesto del tipo de violación de conducta violatoria, por ejemplo ante una ofensa a un ídolo, se podría responder con una exclusión del grupo por un tiempo determinado, un destierro de la persona en cuestión, con una golpiza, o un linchamiento, el problema con las

sanciones sociales es que no hay certeza en cuanto a qué tipo de sanción es la que va a provenir ante una violación de una norma social. A veces dependiendo del estado de ánimo del grupo podrá reunir una sanción muy tenue o muy visceral.

El problema de las sanciones de las normas sociales, es un problema de certeza, es el problema de que no hay una medida bien definida de cuál va a ser exactamente la sanción, cuál va a ser la respuesta.

El tipo de sanción que proviene a partir de una violación de las normas jurídicas, ahí está la diferencia del derecho en relación con otras realidades normativas, porque en cuanto a la sanción de las normas jurídicas incumplidas o violadas, no estamos ante la presencia de una situación como la que se da en las normas morales en donde todo depende de ti.

En el caso de las normas jurídicas, en principio existe la posibilidad de que alguien externo a ti venga y te aplique una sanción.

En comparación con las normas sociales, la medida de la sanción, el monto de la sanción y la definición de quién te va a aplicar la sanción está definido y está regulado por ciertas reglas que institucionalizan la sanción.

Esa certeza en cuanto a quien te va a aplicar la sanción en caso de que violes una norma jurídica, cuál va a ser la medida de la sanción en caso de que incumplas una norma jurídica, esa definición de un agente externo que independientemente de que te sientas culpable o no o independientemente de que tengas esa capacidad o no de sentirte culpable, te va a aplicar o te debiera aplicar una sanción, eso es lo que distingue al derecho de otras realidades normativas.

En el Derecho existe una sanción institucionalizada, esa institucionalización de la sanción no se da en las normas morales y no se da en los convencionalismos sociales, existen algunos órganos que tienen esas capacidades de definir qué conductas son las que debes seguir y si no la sigues, esos alguien o esos quienes tiene la facultad para aplicarte una sanción siguiendo un cierto procedimiento y en una cierta medida.

Casi siempre, depende mucho también de qué tipo de posición teórica se adopte, pero casi siempre que empieza uno a tratar de definir lo que es el Derecho, va llegando uno a nociones que tiene que ver con esa idea o esa noción general que tiene que ver no tanto ya con el derecho como realidad normativa, sino con el Estado, como órganos que son capaces de producir normas y no nada más de producirlas, sino de aplicarlas.

Empezamos hablando del Derecho y llegamos a cierta noción de lo que es el Estado a través de esta idea de la sanción institucionalizada, como el elemento que distingue al Derecho de otras realidades normativas.

¿Por qué empezó la sociedad mexicana a obedecer ese sistema jurídico nacido en 1917? Pues porque había unos grupos que estaban dispuestos a aplicar el nuevo orden a través de la fuerza, pero no nada más por eso, había un cierto principio ya de legitimidad del nuevo orden jurídico, del nuevo orden constitucional. Si hubiera sido nada más por la fuerza no hubiera durado mucho, ningún régimen de fuerza puede durar muchos años.

Cuando hablamos de Estado, hablamos de la capacidad coactiva de ciertos órganos que es la fuerza, la fuerza física, pero no nada más la fuerza física es lo que sostiene al Estado sino también la legitimidad.

Esta es otra vía alternativa para construir ese puente entre el concepto de derecho y el concepto de Estado.

¿Qué es el Estado? En términos coloquiales podríamos tratar de responder esta pregunta, "Estado es la suma de territorio, población y gobierno"

El Estado es un tipo de organización política y si organización son normas, entonces el Estado tiene que ser en principio o la definición de Estado tiene que referirse en principio a un conjunto de normas, pero no a cualquier tipo de normas, no a cualquier tipo de realidad normativa, son normas de carácter jurídico. Son normas en donde existe la posibilidad de que si no se cumple con ellas, venga un órgano o un actor

específico definido por el propio sistema normativo que tiene la capacidad coactiva de aplicártela. Estamos hablando de normas de coacción.

Porque al Derecho es tradicionalmente se le ha considerado como conjuntos de normas en donde muchas de ellas, no todas, porque no es así en la realidad de los sistemas jurídicos que llamamos derecho, no todas, pero sí muchas de ellas están apoyadas por la posibilidad de la coacción, en donde además no existe una dispersión en cuanto a quiénes son los que te pueden aplicar esas sanciones coactivas.

La coacción solamente son ciertos órganos, son ciertos sujetos los que tiene esa capacidad.

Cuando surge una organización política compuesta por normas que pueden ser aplicadas coactivamente y en donde ha habido una centralización en cuanto a quiénes son los sujetos que tiene la capacidad para aplicar esas sanciones coactivas, en ese momento es cuando decimos que surge el Estado Moderno, este proceso surgió por primera vez en la historia de la humanidad, alrededor del siglo XVI, quizá desde el siglo XV es cuando se van consolidando esos tipos de organización política que hoy llamamos Estados Nacionales, que no existían antes de que se diera este proceso centralizador.



**Curso de Técnica Legislativa**  
**19 de junio de 2002**  
**(Clase 2/6)**

Terminamos nuestra sesión pasada haciendo alusión al proceso histórico de formación de los Estados modernos. Dijimos que aparte de estas cuestiones conceptuales que revisamos en la sesión anterior, además de esa discusión conceptual y teórica, existe también una realidad histórica, un proceso histórico real de formación de los Estados modernos, en donde también se puede ver no tanto a nivel conceptual, sino histórico, cómo esos conceptos de Estado y de Derecho están íntimamente vinculados.

Mencionamos que era útil acercarse a ese proceso de formación histórica de los Estados modernos, porque también puede ayudarnos a entender cómo se formó nuestro Estado nacional.

Incluso expresamos que el proceso de formación del Estado mexicano no fue exactamente igual al correspondiente a los primeros Estados nacionales que aparecieron en el mundo: los europeos, pero que sí había algunos puntos de contacto en los procesos de formación de aquellos Estados y del nuestro, y vamos a tratar de discutir en esta sesión cuáles son o cuáles podrían ser esos puntos de contacto.

Primero habría que hablar de cómo se formaron los Estados modernos y del papel que jugó o cómo aparece el Derecho dentro de ese proceso de formación. Éste no duró unos cuantos años, sino varios siglos, incluso hay algunos autores que señalan como el punto de inicio de formación de los Estados modernos el siglo XIII.

Hay algunos que se van hasta ese siglo para tratar de encontrar los gérmenes del inicio de formación de los Estados modernos en Europa, que fueron los primeros Estados como organización política, tal y como los entendemos en la actualidad.

Los primeros Estados nacionales que surgieron fueron Inglaterra, Francia y en cierta forma España. No así en el caso de estados como Alemania o Italia, cuyos procesos de formación fueron mucho más tardíos. En el caso de Alemania, la unificación de su Estado fue hasta bien entrado el siglo XIX, y la unificación italiana también se dio en

ese mismo siglo con Giuseppe Garibaldi. Sin embargo, en el caso de los otros Estados –Inglaterra, Francia y España-, si bien el proceso de formación empieza o puede trazarse desde el siglo XIII, es en el siglo XVI cuando ya estamos hablando de Estados plenamente consolidados.

Mencionamos que el proceso de formación de los Estados modernos se caracterizó por la progresiva centralización del poder en una sola institución: el Estado, adoptando un término genérico para señalar a esa gran institución, que es la más compleja que ha creado el hombre.

Para entender este proceso centralizador del poder, quizás habría que referirse primero a la situación previa a la formación de los Estados nacionales. Si esta formación requirió de la progresiva centralización del poder en torno a una sola institución, en torno a una sola estructura de órganos, que ahora llamamos órganos del Estado, ¿qué existía antes de que se diera esa centralización? Lo contrario de ella: la dispersión. Había una dispersión en el ejercicio del poder.

Estamos hablando del final de la Edad Media, y existía una dispersión del poder. ¿Quiénes ejercía el poder dentro de un mismo territorio?, ¿Nada más las instituciones estatales?, ¿Solamente la estructura de órganos que ahora llamaríamos órganos estatales? No, no era ese el caso, ¿quiénes podían cobrar impuestos?, ¿Quiénes podían imponer penas, digamos, en el territorio de Inglaterra o en el de lo que ahora es Francia?, ¿Una sola estructura de órganos? No era así, había una dispersión. Había, por un lado, la autoridad real que tenía a su estructura de funcionarios, su burocracia, su ejército, sus tribunales; pero al lado de esa estructura de poder del rey había otras que compartían el poder, y que lo ejercían, y la autoridad pública en el mismo territorio.

Estamos hablando de los señores feudales, es decir, de los condes, los vizcondes, los marqueses, toda esta pléyade de nobles, tanto laicos como religiosos, que tenían sus funcionarios, sus burocracias, sus cobradores de impuestos, tenían la capacidad de decretar sus propios impuestos, sus propios tribunales, sus propias leyes.

Y no nada más existía esa estructura de los nobles, sino que existían las incipientes ciudades que se fueron formando en estos reinos, que también tenían la capacidad de

establecer sus propias reglas, de tener sus propios tribunales, de cobrar sus propios impuestos, de tener sus propias policías, dentro de su jurisdicción.

Pero también existían la Iglesia, los abades, los obispos, los arzobispos, que tenían la capacidad para expedir sus propias normas, su fuerza coactiva para aplicarlas; tenían capacidad de cobrar impuestos –el famoso diezmo, entre otros-, y tenían sus propios ejércitos.

En fin, estamos hablando de un escenario donde hay muchas instancias, hay una dispersión de la autoridad pública. Dicho esto, entonces sí ya podemos entender cómo la formación de los Estados modernos implicó la progresiva centralización del poder en torno a una sola instancia: la instancia real, o sea, el rey.

En la formación de los estados modernos en Francia, Inglaterra, España, y posteriormente en Alemania e Italia, significó la progresiva expropiación que hicieron los reyes de todos esos poderes de administración, de justicia, de cobro de impuestos, de policía, que antes estaban dispersos en muchas otras instancias.

Max Weber, un sociólogo alemán, se refiere a este proceso de centralización en los siguientes términos: “Lo que se dio en Europa o en algunos países europeos en aquellos años, fue la expropiación de los medios de administración”. El rey expropió los medios de administración quitándoselos, expropiándoselos a esas fuerzas dispersas que mencionamos antes: a los nobles, a los señores feudales, a los abades, a los obispos, a las ciudades. De tal forma, que llegó un momento en que ya no existían más que los tribunales del rey, la burocracia del rey, los impuestos del rey; y no había otras instancias de autoridad pública, más que las dependientes del poder real.

Eso significó la formación de los Estados modernos, que en una primera instancia llevó al absolutismo, a la etapa de la historia de los Estados modernos, conocida como el absolutismo de los reyes.

Acuérdense de nombres como Luis XIV, de los monarcas ingleses como Jacobo I y Jacobo II, que fueron contra los que se sublevó posteriormente el Parlamento o el pueblo inglés. Recuerden también a la monarquía española y la dinastía aquella de los

Reyes Católicos y de Felipe II, y a todos estos reyes absolutistas que también fueron los que centralizaron toda la autoridad pública en torno a ellos mismos.

Ese proceso centralizador de los poderes, que barrió con toda la otra estructura de autoridad pública que existía en esos reinos, llevó directamente al absolutismo. ¿Qué pasó después en esos países? Vinieron revoluciones, vinieron movimientos que trataron de limitar el ejercicio del poder real, pero que no llevaron de nuevo a una situación de dispersión del poder, sino a la limitación del ejercicio de éste por parte del rey.

Lo anterior llevó a la creación de monarquías constitucionales que conservaron la centralización del ejercicio de la autoridad pública. Esas monarquías constitucionales y posteriormente las democracias que surgieron en esos países, llevaron no a un regreso a la dispersión como existía antes, sino que conservaron la centralización, en el sentido de que solamente había un ejército, una estructura de policía, una institución capaz de expedir leyes, entre ellas las primeras, las más importantes: Las de cobrar impuestos. Esa institución que centralizó el ejercicio de la autoridad pública, es a la que llamamos Estado, y es la única capaz de expedir normas jurídicas, es decir, que pueden ser aplicadas a través del ejercicio de la coacción. El Estado es esa institución que fue centralizando progresivamente el ejercicio de todas las funciones públicas.

¿Cómo se formó el Estado mexicano? En la Nueva España se dio una gran centralización del poder; esa centralización que caracterizó la formación del estado español en Europa, de alguna manera se dio también aquí, en la Nueva España.

De hecho, hay autores que dicen que se dio todavía más ese proceso centralizador aquí en la Nueva España, de lo que se dio en España, y lo afirman porque en la Metrópoli a pesar del proceso centralizador, las provincias españolas –y eso existe todavía en la actualidad en España- siempre resistieron muchísimo este proceso.

A pesar de la gran descentralización que se dio en España ya bien entrados los siglos XVI, XVII y XVIII, las ciudades o las provincias españolas todavía conservaban los llamados fueros, es decir, los derechos y las prerrogativas que tenían de manera ancestral cada reino, cada ciudad y cada feudo. Esas ciudades, esos feudos, esas distintas regiones de España resistieron a más no poder el proceso centralizador, que de todas maneras se dio, aunque siempre hubo una gran tensión.

El punto de equilibrio a que llegaron los reyes españoles con las provincias, fue seguirles reconociendo ciertos fueros a las distintas regiones de España. Quizás algunos de ustedes –sobre todo los que estudiaron Derecho- se acuerden del fuero juzgo, que es una de las leyes medievales surgidas en algún reino español.

El fuero juzgo es un ejemplo de esos fueros ancestrales que eran el derecho de algunas de las regiones españolas, que le antepusieron a los reyes españoles como manifestación de esa resistencia al proceso centralizador. Pero en la Nueva España no había esos focos de resistencia local, sino comunidades indígenas que fueron arrasadas, sometidas, lo cual permitió que el proceso centralizador que se dio en la Nueva España, en la Colonia, todo en torno a la figura del virrey basado en la Ciudad de México, fuera todavía más fuerte que el de España, por las circunstancias y las condiciones que imperaron en la Nueva España, en donde no había esos focos de resistencia local, que sí existían en España.

En la segunda década del siglo XIX se empieza a romper el orden colonial, se empieza a dar ya no en Nueva España, sino en México, una gran dispersión de las fuerzas políticas, de un país basto que primero estaba organizado bajo un régimen centralizado, que era el virreinal, pero que al romperse, al dejar de existir la autoridad virreinal, se da precisamente la gran dispersión de fuerzas centrífugas que se negaban en un inicio a regresar a un sistema centralizado, como el que había existido durante la Colonia.

No es casualidad, o no resulta extraño, que de inmediato se haya propuesto la fórmula federal como el mecanismo para reorganizar, para reagrupar a esas fuerzas políticas locales que se habían dispersado con la ruptura del régimen virreinal.

¿Qué pasó en 1821, 1822 y 1823? Termina el experimento imperial de Iturbide y llega el momento en que tienen que decidir los representantes de las distintas regiones del país, qué nueva forma iba a adoptar el Estado Mexicano. No optaron por repetir el régimen centralizado de la Colonia, sino por una fórmula federal en donde se admitía la diversidad, pero conformando una misma unidad. Ése fue el arreglo de los constituyentes de 1823 y 1824, recuerden ustedes que la primera Constitución del Estado Mexicano data precisamente de 1824.

Después, a pesar de ese arreglo federal, continuó existiendo una gran dispersión de fuerzas; era un país nuevo, con autoridades políticas nuevas, que de repente se encontraban con una estructura federal que les permitía una gran autonomía en cuanto al manejo de sus regímenes interiores, en un país que estaba poco comunicado, en un país donde la Capital, el centro, el poder central o el poder federal no tenía capacidad para llegar a cada una de las provincias o a cada una de las entidades federativas.

A partir de 1824 se dio una continuación de la dispersión de la autoridad política en el territorio nacional, que en algunos casos llevó a la segregación de la República. De repente se empiezan a desprender partes de lo que antes había sido la Nueva España: se desprende la Capitanía General de Guatemala, Chiapas se fue por una temporada a Guatemala, y después regresó a través de un plebiscito que se hizo en el siglo XIX, y empiezan las presiones en toda la parte norte del territorio.

¿Cuándo se da la consolidación del Estado Mexicano como una forma de contrarrestar todas esas tendencias centrífugas que se empezaron a dar desde el inicio de la formación del Estado en México? La forma en que se dio esa consolidación fue precisamente también a través de la centralización del poder en torno a la instancia central, a la instancia federal.

Lo que en los países europeos se dio a través de la centralización del poder, en torno a la figura del rey. En México, la consolidación de nuestro Estado se dio a través de la centralización del poder en torno al Presidente en turno de la República; muchos lo intentaron y fallaron, Santa Anna lo intentó y falló en ese intento centralizador, quizás por las circunstancias del país, y quizás por las características personales del propio Santa Anna.

Pero Juárez sí pudo ejercer ese poder centralizado. Gobernó con facultades extraordinarias, de manera casi inconstitucional, y sometió a gobernadores y caudillos de los Estados. En sus últimos años de ejercicio de poder, Juárez no podía hacer otra cosa para consolidar al Estado Mexicano; para pacificarlo tenía que centralizar el poder.

Muere Juárez y viene Lerdo, que dura un cuatrienio en el poder. Viene el golpe de Estado y entonces viene un dictador que termina de consolidar al Estado Mexicano;

consolidarlo en el sentido de que lo unifica, sometiendo a todas esas instancias de poder local, que tendían a la descentralización e incluso a la secesión del territorio nacional.

Esas tendencias centrífugas que existían en México fueron sometidas por un dictador: el General Porfirio Díaz. Por eso hay muchos autores que dicen que quien consolidó al Estado Nacional Mexicano fue el Presidente Díaz, ¿a costa de qué? Igual que en el caso de los reyes absolutos europeos, del absolutismo.

Estamos hablando no de un presidente democrático, sino de un dictador que utilizó los medios que emplean los dictadores, para unificar y consolidar el poder, tal y como lo hicieron, o de manera similar a como lo hicieron los reyes absolutos europeos.

Juárez no tuvo tiempo, ya era un hombre grande y finalmente falleció, relativamente pronto. Pasó toda su vida luchando contra dictadores, contra Santa Anna, contra la invasión francesa; de repente se reinstaura la República en 1867 y le toca un solo cuatrienio de Presidente, pero son cuatro años en donde había que reconstruir a la nación: no había tesoro nacional, no había estructura de autoridad federal que llegara a toda la República. Juárez trata de hacer y no lo logra, porque no tenía los elementos, y ni siquiera la fuerza física, porque ya estaba en sus últimos años, como la historia se encargó de demostrarlo, y murió en 1872. Es decir, la República se reinstaura en 1867, y en 1872 muere Juárez.

No pudo unificar en un Estado Nacional a todo el país, aunque sí hay visos, hay muestras en su forma de actuar durante los cuatro años que le tocó ser Presidente, en donde recurrió a mecanismos que incluso podrían calificar como el de un dictador, es decir, inconstitucionales, para tratar de pacificar al país.

No por hablar mal de Juárez, sino hablando de manera realista, él no podía actuar de otra manera, porque no hablamos de un país democrático consolidado, sino de uno que venía de una serie de guerras, de anarquismo y de dispersión de fuerzas, y para controlarlo, para unificarlo, había que recurrir a medidas como facultades extraordinarias -que Juárez utilizó frecuentemente, incluso sin contar con autorización del Congreso-, como mandar el Ejército Federal para pacificar a gobernadores que se estaban sublevando en Jalisco, en Coahuila o en Chihuahua.

Esto ya no lo vimos tan claro, porque Juárez murió en 1872, pero quien sí lo hizo, quien sí tuvo la capacidad, quien sí tenía la juventud y el control militar, era Porfirio Díaz.

Si lo viéramos desde el punto de vista del siglo XIX, a la mejor consideraríamos a Díaz el gran consolidador del Estado Mexicano. Es cierto que llevó a un absolutismo y a una dictadura, pero ¿habría habido otra forma? Creo que no había una forma democrática de consolidar al país.

Si lo vemos desde el punto de vista de la Revolución, entonces sí vemos satanizado al dictador Porfirio Díaz. ¿Qué hubiera pasado si Díaz hubiera muerto en 1908, por ejemplo?, ¿Cómo lo consideraríamos ahora si hubiera muerto en 1900 ó en 1905?, ¿Sería el satán de nuestra historia, como muchos lo siguen considerando? O a la mejor tendríamos una visión más equilibrada acerca del papel que jugó en nuestra historia. Mi impresión es que si hubiera muerto en 1908 o si hubiera aceptado el resultado de las elecciones de 1910, Díaz hubiera pasado como un gran prócer de nuestra historia nacional.

Uno fue el proceso centralizador, tratando de contrarrestar todas esas fuerzas centrífugas ubicadas en las provincias. El otro proceso centralizador que tuvo que ver con la formación y consolidación del Estado Mexicano es la lucha contra la Iglesia, y aquí tal vez podemos utilizar los términos de Max Weber para interpretar esa lucha en el México del siglo XIX, como el intento que hizo el Estado para expropiarle a la Iglesia los medios de administración; de expropiarle la capacidad de dictar normas jurídicas, pues las tenía en términos de impuestos y de materias relacionadas con el Derecho Civil.

Muchas áreas del Derecho Familiar estaban reguladas no por las normas del Estado, sino por las de la Iglesia, por el Derecho Canónico. Muchos aspectos de la vida civil, de las personas, estaban regulados no por las normas del Estado, sino por las de la Iglesia. Piensen en todas las funciones del Registro Civil: una de las Leyes de Reforma fue el establecimiento y la creación del Registro Civil, ¿qué significó esto? Expropiarle a la Iglesia la capacidad para registrar quién nacía, quién se casaba y quién moría.

Otra de las Leyes de Reforma implicó la expropiación que el Estado le hizo a la Iglesia en materia de administración de cementerios. Otra, significó la expropiación de la capacidad de establecer tributos y de tener tribunales, es decir, si ustedes leen las Leyes de Reforma y ven la lucha entre Iglesia y Estado en el México del siglo XIX, pueden verla como un proceso a través del cual el Estado le expropió a la Iglesia esos medios de administración. Que la Iglesia ya no tenga sus propios impuestos, que no tenga su propio Derecho, como normas jurídicas aplicables coactivamente, ni sus propios tribunales con jurisdicción especial, no solamente sobre los miembros del Clero, sino también sobre porciones de la vida civil de las personas. Esta lucha también fue parte de esa centralización que eventualmente llevó a la consolidación del Estado Mexicano.

Quizá nuestro proceso de formación como Estado independiente no fue igual al que se dio en los países europeos, pero hay alguna similitud, algunos puntos de contacto entre la experiencia europea y la nacional.

La Iglesia era el único banquero interno que existía en el país, era el único educador, la única institución que impartía educación: no había educación pública -instrucción pública, como se le llamó después-; era la única institución que proveía servicios de salud: todos los hospitales eran sostenidos por la Iglesia, y era el principal propietario del país, y gran parte de esas propiedades se consideraba como en manos muertas; es decir, no tenía una utilización productiva, sino que simplemente era una reserva territorial, patrimonial, de la Iglesia.

Si se ve así, todas las funciones que ya mencionábamos de administración de cementerios, de Registro Civil, en cierta forma de control sobre la población- por lo menos de registro en relación con la población-, podríamos decir que la Iglesia era un Estado dentro del Estado.

El Estado Mexicano no podía surgir, no podía consolidarse si permitía la existencia de ese Estado muy fuerte dentro de un Estado laico, civil, muy débil. Para surgir, el Estado tenía que romper con esa estructura, y finalmente así sucedió, la Iglesia siguió conservando gran poder, pero nunca recuperó el que tuvo durante la Colonia, ni el que tuvo durante buena parte del siglo XIX.

Después de toda esta discusión podemos tratar de hacer una síntesis de una primera forma en que se vinculan el Derecho y el Estado. Ya mostramos cómo se vinculan estos dos conceptos, a través de la construcción de estos puentes, pero quizás para sintetizarlo podríamos decir que cuando hablamos de Estado hasta este punto de la explicación, estamos hablando de una institución en donde el poder se ejerce a través del Derecho.

¿Cómo ejercían el poder los monarcas absolutos?, ¿Cómo ejercía el poder Porfirio Díaz? A través del uso del Derecho. No era un poder autócrata, había un manejo de leyes, había un congreso que aprobaba leyes, las cuales integraban todo un orden jurídico, un sistema jurídico que llamamos bajo el término genérico de Derecho, y el poder se ejercía así. Sabemos que con un contenido autoritario y con un contenido unipersonal, dado el control que tenía el presidente Díaz en México, y dado el control que en Europa tenían también los monarcas absolutos.

Pero no deja de ser cierto que a pesar de ese absolutismo, de ese carácter ilimitado en el ejercicio del poder que tenían los monarcas europeos o un dictador como Porfirio Díaz en nuestro país, sigue siendo válido decir que el poder en esos Estados se organizaba y se ejercía a través del Derecho.

Y la pregunta que se impone entonces tratar de contestar, es qué significa el término de Estado de Derecho. Si ya vimos que Estado y Derecho se pueden vincular de cierta forma, tal y como lo vimos en el desarrollo previo que hicimos, en estos puentes que construimos, y sabemos que en un Estado como los estados autoritarios, los estados absolutos o como la etapa de la dictadura porfirista en nuestro país, hay una vinculación ya entre Estado y Derecho, ¿qué significa entonces esa otra vinculación entre esos dos conceptos, cuando hablamos de Estado de Derecho?

A continuación vamos a tratar de construir qué significa el Estado de Derecho, y para hablar de ello, tenemos que empezar a analizar otro concepto, otra idea, que tiene que ver con el liberalismo político.

A la mejor hasta lo podríamos ver de manera más gráfica a través de una fórmula. Tenemos una primera forma de vinculación entre Estado y Derecho. Resumiendo toda la explicación previa que dimos anteriormente, dijimos que en esa primera vinculación estamos hablando de que el poder se organiza y se ejerce a través del Derecho.

Pero esa vinculación corresponde a la idea del Derecho, más bien equivaldría a un término que no suele utilizarse, que no se emplea, pero que para efectos de esta clase a la mejor podríamos utilizarlo. Esta primera acepción o esta primera vinculación podría acercarse a la noción de Estado con Derecho, pero esta idea no corresponde a la idea de Estado de Derecho.

Ésta requiere sumarle a esta primera acepción otras ideas, ¿qué ideas hay que sumarle para que hablemos no ya de Estado con Derecho, sino de Estado de Derecho? Los elementos que provienen del liberalismo, del liberalismo político, no del económico.

¿Qué es liberalismo y qué distingue al liberalismo político del económico? Es importante hacer la distinción, porque no es lo mismo hablar del liberalismo económico que del liberalismo político, que es el componente principal del Estado de Derecho moderno.

El liberalismo político significa límites al ejercicio del poder en aras de garantizar los derechos fundamentales de las personas. El liberalismo es una corriente ideológico-política que propone precisamente estas ideas.

El liberalismo económico no es lo mismo que el político; se refiere a una norma de organizar el mundo de lo económico, basado no en la intervención del Estado, sino en las libres fuerzas del mercado. Que los precios, que los servicios, que los bienes, que los productos sean definidos conforme a las libres leyes del mercado.

¿Puede combinarse en un mismo Estado la existencia de un régimen liberal económico, pero que no sea liberal político? Chile es un caso típico. Ahí no había liberalismo político; no había límites al ejercicio del poder, no había respeto a los derechos fundamentales de las personas; no había división del poder ni todos los otros elementos del liberalismo, que vamos a analizar a continuación, pero había un régimen de liberalismo económico, que dictaba qué se producía y qué se consumía. El nivel general de precios. No era la autoridad pública, sino que se dejó todo a las libres fuerzas del mercado, y como las transnacionales eran fuertes, ellas llevaban la pauta.

Esto nada más como un ejemplo que permite ver cómo liberalismo económico y liberalismo político son cosas distintas, que no necesariamente tienen que estar siempre presentes de manera simultánea.

¿Qué es entonces el liberalismo, o cuáles son sus elementos? Tenemos que verlos porque el Estado de Derecho en su concepción actual es el Estado Liberal de Derecho. Aunque no se suele utilizar la palabra liberal cuando se habla del Estado de Derecho, en realidad se trata del Estado Liberal.

Podríamos resumir esos cuatro elementos del Estado de Derecho en los siguientes puntos: el primero es el de los derechos fundamentales o derechos del hombre, la existencia o el reconocimiento de la existencia de ciertos derechos fundamentales de las personas, de los hombres y de las mujeres.

El segundo elemento es el del principio de la división de poderes. El tercero es la idea de la supremacía de la ley, y el cuarto, el de la democracia. También podemos referirnos a este cuarto elemento como la soberanía popular, esta idea de que todo poder público dimana del pueblo, el principio democrático.

Antes de tratar de dilucidar de dónde surgen estas ideas, vamos a tratar de hacer una aproximación general al liberalismo, y luego vamos a tratar de respondernos de dónde surge la idea de los derechos fundamentales.

No siempre ha existido, surge, va surgiendo a través de las opiniones de ciertos autores. ¿De dónde surge la idea de la división de poderes?, ¿Existió siempre? No. Hay un momento en que surgen ideas, surgen autores que empiezan a llevar hacia la idea de la división de poderes, y lo mismo la idea de la supremacía de la ley, y la idea de la soberanía popular o de la democracia. A continuación veremos de dónde surgen esas ideas, pero antes hay que dar por lo menos una aproximación general al liberalismo, y en ésta quizá debiéramos enfatizar que el presupuesto básico del liberalismo es el punto número uno, que consiste en el reconocimiento de que las personas tienen ciertos derechos fundamentales: Es el presupuesto filosófico básico.

En función de ese reconocimiento de derechos fundamentales se dan todos los otros elementos que son una especie de garantías que permiten asegurar el respeto a los derechos fundamentales. La división del poder, la supremacía de la ley, el principio de

la soberanía popular, tienen como objeto el garantizar que se respeten los derechos fundamentales de las personas. Ése es el punto básico del liberalismo y a partir de ahí se desprenden todos los otros elementos.

El liberalismo se caracteriza por considerar que el poder político debe estar limitado. Ésa quizás es la palabra clave, deben existir límites en el ejercicio del poder político, para garantizar el respeto a los derechos fundamentales. ¿Cuáles son esos límites? Son muchos, y de manera clara, la división del poder, el principio de la supremacía de la ley o el principio de legalidad, son límites. Los procesos democráticos para elegir gobernantes tienen que ver también con el establecimiento de límites, de controles sobre quienes ejercen el poder.

La idea básica del liberalismo es la del límite, la existencia de un Estado limitado en el ejercicio del poder, en aras de la protección de ese presupuesto filosófico básico que son los derechos fundamentales de las personas. Estamos hablando de ciertos elementos de liberalismo que tratan de garantizar el respeto a los derechos fundamentales; cómo garantizar que efectivamente esos instrumentos o esos elementos cumplan con la función que tienen asignada, que cumplan con el objetivo que supuestamente les corresponde.

Aquí es donde tenemos que meter otra idea que después vamos a recibir con más cuidado: la de la constitución. La forma de garantizar la eficacia de esos instrumentos en aras de la protección de los derechos fundamentales es constitucionalizándolos. Es decir, incorporando estos principios en ciertos documentos que también forman parte de esa tradición jurídica o política, creada en Europa y luego transportada a muchos otros países del mundo, que conocemos con el nombre de constitución.

Estos principios de la ideología política del liberalismo tuvieron que constitucionalizarse para hacerlos eficaces, y se les dotó de mecanismos jurídicos para hacerlos operantes en la realidad de los Estados, por eso es que cuando hablamos de liberalismo y constitucionalismo estamos hablando prácticamente de lo mismo.

Si hablamos del liberalismo estamos hablando de una perspectiva de la teoría política, o de la ideología o la filosofía política. Cuando hablamos de constitucionalismo estamos hablando desde una perspectiva jurídica, pero el contenido básico de ambos

términos es el mismo: derechos fundamentales, división de poder, supremacía de la ley, democracia.

Por último, en esta primera aproximación general al liberalismo, hay que mencionar otra característica típica de éste, que menciona Norberto Bobbio (*sic*). Que nos habla de la característica que él denomina “elogio de la variedad”, la cual tiene que ver con la consideración de que el debate, la discrepancia y la competencia son aspectos positivos, y no negativos, de la vida social y política.

¿Cómo consideran un régimen autocrático o un régimen dictatorial o uno no liberal a estas variedades? Como algo negativo. El debate, la discusión, la diferencia de opiniones es algo negativo para la vida social, desde la perspectiva de un régimen no liberal o desde el punto de vista de un régimen dictatorial o autoritario.

Bobbio (*sic*) propone exactamente lo contrario: “En un sistema o en un régimen de corte liberal o dentro de la concepción del liberalismo, la variedad de opiniones, el debate, el contraste, la competencia, son aspectos positivos y no negativos”. Añade: “En la concepción del liberalismo, la mejor forma de encontrar la verdad es a través del debate público, no a través de la decisión de un burócrata ni de la decisión del presidente o del dictador en turno; la mejor forma de encontrar la verdad, desde el punto de vista de la ideología política del liberalismo, es a través del debate público. La mejor forma de encontrar a los mejores gobernantes es a través de la competencia entre quienes aspiran a ocupar un cargo público”.

Vean cómo en la concepción de liberalismo estas variedades, estas discrepancias, estas competencias que se dan típicamente en los sistemas democráticos liberales son consideradas como aspectos positivos de la vida social, tanto para encontrar la verdad, como para definir quiénes son los mejores gobernantes; concepción muy distinta a la que se da en regímenes no liberales.

Podríamos definir esta idea del elogio de la variedad como una característica importante del liberalismo, utilizando una palabra que de manera más simple nos lleve a esa idea que estamos manejando, que es el término de pluralismo. En elogio de la variedad no es sino el pluralismo, que es también una característica típica de los regímenes liberales.

Ya conocemos los derechos fundamentales, quién no ha oído hablar del principio de separación de poderes y de la supremacía de la ley; quién no ha oído o discutido o participado en procesos democráticos; quién no ha oído de la soberanía popular. Pero ¿de dónde vienen esos conceptos?, ¿Quién los creó?, ¿Cómo es que de repente aparecen en los Estados modernos? Eso vamos a tratar de contestar a continuación.

¿De dónde viene la idea de los derechos fundamentales? Difícilmente podemos hablar de un solo autor que es el origen de cada uno de estos principios, pero sí hay autores fundamentales, autores paradigmáticos, para referirse a cada uno de estos elementos.

El filósofo principal que habló de los derechos fundamentales fue John Locke; La idea moderna, liberal, de los derechos fundamentales, surge de este filósofo. La idea de la división o separación de poderes es de un sociólogo, politólogo, francés llamado Montesquieu. Las ideas de la supremacía de la ley y de la soberanía popular, surgen de un intelectual francés llamado Jean Jacques Rousseau.

De esa manera podemos decir que éstas son las fuentes filosóficas de los elementos que forman parte del liberalismo político; sus fuentes intelectuales son personas como Locke, Montesquieu y Rousseau.

Ellos no son los únicos, pero sí los fundamentales. No vamos a hablar de todos los autores que fueron definiendo y puliendo con sus contribuciones estos cuatro elementos; vamos a hacer referencia únicamente a estos autores fundamentales, de manera muy breve, por supuesto.

Sus esquemas son mucho más complejos de lo que revisaremos en esta clase, tendremos aquí simplemente un acercamiento muy rápido a los esquemas filosóficos de estos autores que llevaron a las ideas de derechos fundamentales, división de poderes, soberanía popular y supremacía de la ley.

Hay que hacer una aclaración previa: otro autor al que tenemos que hacer referencia, aparte de estos tres, porque de alguna forma estos tres autores escriben sus obras para contradecir lo que dijo ese otro autor que a continuación mencionaré.

Es decir, es el interlocutor contrario de personas como Locke, Montesquieu y Rousseau; es otro autor inglés que escribió una obra en donde justificaba no el

liberalismo, sino lo contrario: el régimen autoritario o el régimen absolutista de los reyes: Thomas Hobbes.

Hobbes escribe una obra fundamental que se llama *El Leviatán*, que no es otra cosa sino la justificación del Estado absolutista, del Estado centralizador, expropiador de aquellos poderes que mencionamos al inicio de la clase, que inicialmente estaban dispersos y que luego fueron concentrados como una condición para conformar los estados nacionales.

El gran teórico de ese proceso centralizador que llevó a los Estados absolutos, es Thomas Hobbes. El Leviatán es un monstruo y dice Hobbes: "El Estado que surge de ese proceso centralizador es como un monstruo", y utiliza la figura mítica del Leviatán para referirse a ese monstruo.

Estos otros autores surgen o escriben para contradecir la justificación del Estado autoritario que había escrito Thomas Hobbes.

Se me estaba pasando aludir a un concepto en el que se resume todo ese proceso centralizador del que hablamos cuando describimos los procesos de formación de los Estados modernos: el concepto de soberanía.

¿Cuál es el origen etimológico de la palabra soberanía? Es un concepto que nace cuando están formándose los Estados absolutos modernos, y significa, etimológicamente hablando: sobre todos, super. Soberanía viene de la raíz latina *super*, y *omnia* que significa "por encima de todos".

Cuando los reyes están centralizando esos poderes de los que hablamos hace rato, estaban tratando de ponerse por encima de todos, y en el momento en que lo logran es cuando ya podemos hablar de reyes que son soberanos, es decir, reyes que están por encima de todos.

¿Quiénes son todos? Pues todos esos poderes que estaban dispersos y que tenían jurisdicción, ejércitos, tribunales e impuestos. Cuando el rey centraliza todos esos poderes de administración y de producción del Derecho es cuando se coloca por encima de todos, y es cuando ya se habla de reyes soberanos.

En ese momento se consideraba que quien era soberano era el rey; él fue quien centralizó los poderes, quien expropió todos esos poderes de administración y de jurisdicción, él era el que estaba por encima de todos.

Pero luego vienen las revoluciones democráticas y luego, con éstas, ¿quién se consideró que estaba por encima de todos? No era el rey, sino el pueblo, es el principio de soberanía popular. Ésa es la secuencia histórica del concepto de soberanía que originalmente significó eso: un poder que estaba por encima de todos, ¿cómo? Pues porque les expropió a todos los otros poderes sus facultades, sus atribuciones, sus capacidades.

Dentro de un territorio determinado hay un poder soberano. Primero el rey, luego el pueblo, en la concepción democrática que rige en la mayoría de los Estados en la actualidad.

El proceso de formación del Estado moderno vino acompañado del surgimiento de este concepto de soberanía, un concepto que por cierto surge en una circunstancia histórica dada, determinada, para explicar un proceso real que estaba ocurriendo, ese proceso centralizador y que en tiempos actuales es asediado por otros procesos que están ocurriendo en la realidad práctica de los Estados nacionales.

Algunos autores hablan incluso de la crisis del concepto tradicional de soberanía. Una crisis caracterizada por fenómenos que han ido surgiendo y que por lo menos han relativizado esta idea de que en un territorio determinado hay solamente una instancia que expide normas jurídicas, que aplica normas jurídicas, como es el caso de las experiencias en las organizaciones supranacionales que son tan importantes en algunas regiones del mundo. Piensen en la Unión Europea, formada por Estados nacionales que tradicionalmente han considerado que, dentro de sus propios territorios, hay un solo poder soberano que dimana del pueblo.

Pero de repente empiezan a transferir facultades a instituciones supranacionales que tienen ya la capacidad de dictar normas jurídicas aplicables en el territorio de todos los miembros de la Unión Europea y que no provienen de las instancias que fueron elegidas a través de los procesos democráticos internos, sino de instancias que han sido designadas a través de otros procedimientos para conformar esas instituciones supranacionales.

Ahí ¿dónde queda el concepto tradicional de soberanía? Si vemos algunos fenómenos de la actualidad, sobre todo los que tienen que ver con la llamada globalización, vamos a ver que por lo menos habría que relativizar el concepto de soberanía.

O qué habría que hacer, ¿quedarnos con el concepto tradicional de soberanía? Decir: “No, en este territorio solamente una instancia y puntos; aquí nadie decide nada fuera de las instancias internas”. ¿Quedarnos con el concepto tradicional de soberanía? Que si se fijan ustedes es un concepto del siglo XVI; quien viene a afinar ese concepto tradicional de soberanía es Juan Bodino (*sic*), un autor francés del siglo XVI.

Ese concepto tradicional de soberanía que surgió para justificar el surgimiento de aquellos Estados nacionales para responder a necesidades muy propias del siglo XVI y que luego vino permeando y llegando a los Estados nacionales actuales. ¿Debemos conservarlo, entenderlo y aplicarlo como se creó en el siglo XVI para responder a necesidades de ese siglo, o debemos reinterpretarlo y reformularlo, para responder a las necesidades del siglo XXI?

No podemos aferrarnos a un concepto que ha sido muy importante, y que sigue siéndolo, pero que finalmente fue creado para responder a necesidades del siglo XVI.

No creo que tenga que relativizarse o reformularse de manera igual para cada área. Yo me imagino, por ejemplo, el debate sobre los derechos humanos. ¿Debe o no permitirse la vigilancia de instancias interamericanas –así se llama la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos-?, ¿Debe o no permitirse la intromisión o la vigilancia de estos organismos en asuntos internos de México que tienen que ver con la protección de los derechos humanos?

Si nos atenemos al concepto tradicional de soberanía, tenemos que decir que no deben entrometerse, porque éstos son asuntos internos, y corresponde a las autoridades soberanas de este país el conocer de este tipo de violaciones; pero resulta que quienes violan los derechos humanos en este país son las autoridades públicas, principalmente. Entonces, ¿qué significa el quedarnos con el concepto tradicional de soberanía? Significa desproteger a las víctimas de violaciones de derechos humanos en este país.

En el área de derechos humanos –yo sé que todo esto es discutible- pero mi opinión es que sí debe permitirse el que organismos reconocidos, como éstos, tengan facultades para llevar a cabo sus procedimientos que tienen que ver con la protección de los derechos humanos de los mexicanos.

Por muchos años la opinión del gobierno mexicano consistió en decir: “Aquí no entra nadie, porque aquí somos soberanos, y aquí no vigila nadie”. Ya no es ésa la opinión del gobierno. La opinión oficial, desde el régimen de Zedillo es que ya se permite esa intervención, ya se ratificó la Convención relativa al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el área de derechos humanos yo diría que sí amerita relativizar ese concepto tradicional de soberanía y permitir que instancias regionales, como las que acabamos de mencionar, ejerzan facultades en esa materia.

Aquí curiosamente, por muchos años, los únicos países que no habían ratificado esa Convención fueron Brasil, México y Estados Unidos. Actualmente el único país del continente americano que no ha ratificado esa Convención son los Estados Unidos, que se niegan rotundamente a reconocer jurisdicción de tribunales internacionales en asuntos internos.

Yo le he preguntado a norteamericanos el por qué de esta reticencia a aceptar jurisdicciones internacionales. En los años por venir está muy claro que la posición de los dos partidos predominantes en Estados Unidos es de no aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y ahora están solos en el sentido de que no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

Habría que preguntarle a los políticos, yo les decía –un poco para tratar de llevarlos a la respuesta-: “¿qué no hay violaciones de los derechos humanos en los Estados Unidos, y por eso consideran ustedes que no es necesario someterse a una jurisdicción de ese tipo?” Como que lo pensaban. ¿Hay violación de derechos humanos o no? Por supuesto que hay.

Lo que pasa es que no se dan las violaciones de derechos humanos que tienden a haber en nuestros países. No es tanto que el ejército llegue y se meta a una

comunidad de Texas y que arrase con todo, pero sí se dan otras situaciones que cabrían perfectamente en el catálogo de derechos humanos del Sistema Interamericano y que podrían dar pie a los procedimientos de protección que implica la participación de la Comisión de Derechos Humanos, primero, y de la Corte Interamericana, posteriormente.

Yo les preguntaba si, por ejemplo, en sus cárceles, en sus orfanatorios, en sus escuelas, en sus hospitales, no hay violación de derechos humanos. Toda esa gama de violaciones que provienen de autoridades públicas, pero que no provienen tanto del ejército, sino de otras instituciones públicas.

De entrada se dan cuenta de que sí hay problemas de derechos humanos en nuestro país. La razón de que no entran al sistema interamericano no puede ser que no existen violaciones de derechos humanos en su país. Tiene que haber otra razón, ¿cuál será?

En el fondo tiene que haber la misma razón que existía en México y en Brasil para no aceptar la jurisdicción, que es el miedo a que te sorprendan y te juzguen por haber violado derechos humanos. Ellos están muy conscientes de que hay actores norteamericanos que violan derechos humanos y es a ellos a quienes quieren proteger, y quizás quieren proteger más a los violadores internacionales de derechos humanos, por eso tanto la reticencia a aceptar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Por ejemplo, imagínense ustedes que se aceptara la jurisdicción por parte de Estados Unidos, y a ver, tráiganse a Henry Kissinger, lo vamos a juzgar por crímenes de guerra, por todo lo que ordenó cuando estuvo al frente del Departamento de Estado durante la Guerra de Vietnam. A ese tipo de gente es a la que están protegiendo. Esto en el área de derechos humanos.

No es que la Comisión investigue todos los casos de violación de derechos humanos en América Latina. Si ven los procedimientos, hay muchísimos filtros en esas reglas de procedimiento, que hacen que solamente un número ínfimo de casos llegue al conocimiento y sea investigado por las instancias del Sistema Interamericano. Entonces, el ratificar esa Convención no significa que ahora sí todo va a ser conocido por estas instancias. Realmente no sé, de los cien casos que se denuncian ante la

Comisión llegarán al año diez, cuando mucho, no sé de los números exactamente, pero sí hay muchos filtros que impiden una generalización en el uso de estos instrumentos.

En el área del petróleo tiene que ponderarse cuáles son las necesidades del país en términos de qué tipo de industria petrolera necesitamos para este siglo. Ponderarse eso con el control que debe tener la nación sobre un bien estratégico como éste.

Ahí la difusión tendrá que irse afinando. Debe haber control del Estado sobre el petróleo. ¿Qué tipo de control? El único que hay es el ser propietario único y absoluto de los hidrocarburos en nuestro país, o el único tipo de control y regulación que puede haber es el excluir a la participación privada de la industria petrolera. Ahí que habrá que ir viendo de qué manera puede seguir controlando el Estado a esta actividad o a este bien estratégico, pero por las realidades de la economía y de la situación financiera del país y de las necesidades de inversión de la industria petrolera, permitir de alguna manera la participación de inversión privada, controlando el gobierno, y asegurándose del control final y de la regulación final de todo el sector, sin que eso implique que ese control se dé única y exclusivamente a través de la propiedad. Aparte de la propiedad exclusiva puede haber otras formas, otros mecanismos de regulación, de control alternativos: hay facultades de inspección, hay facultades de otorgar y de revocar licencias; de dar y de quitar concesiones si no se cumple con ciertos requisitos.

Veamos un poco cuál es el régimen de los minerales que no son hidrocarburos y de los que no son radioactivos, y a la mejor por ahí podemos encontrar una fórmula, algún tipo de régimen que permita abrir un poco la participación del sector privado en las cuestiones petroleras, sin que el Estado se deje de reservar el control y la regulación última de ese sector. Creo que por ahí puede encontrarse un camino intermedio entre el régimen actual que ya permite, por cierto, la inversión privada. En Playa del Carmen los pozos petroleros están llenos de texanos, es decir que ya hay inversión privada, ya lo permite la Ley Reglamentaria del 27 constitucional en el ramo de petróleo, ya permite contratos de servicios y participación privada en ciertos segmentos de la industria. El debate no es si debe darse o no, ya se da. En la de participación privada, el debate es permitir más o menos, y qué tipo de control es el que debe de reservarse la nación.

Es cosa de ir viendo sector por sector. ¿Evolucionará algún día el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en una especie de unión europea que implique la transferencia de facultades a órganos supranacionales?

En los próximos 30 ó 40 años no veo que eso vaya a suceder. Es un Tratado de Libre Comercio, y México ya suscribió otro con la Unión Europea, y quiere suscribir otro con Japón, y ya tiene uno con Chile y con Costa Rica, y quiere tenerlo con quien se pueda, pero a nivel Tratado de Libre Comercio, que no implica la conformación de una unidad o de un órgano supranacional que empiece a dictar normas en materia laboral, en materia de regulación de la inversión extranjera y en materia de servicios financieros, que a la manera de la Unión Europea, entra en conflicto con ese concepto tradicional de soberanía del que empezamos a hablar hace rato.

Si algún día se forma una unión americana o una unión latinoamericana, conformando este tipo de órganos como los que existen en Europa, entonces ahí sí habrá que transferir ciertas facultades a esos órganos, pero por lo que veo que va a ser el futuro de estos tratados de libre comercio en los próximos treinta años, no creo que estemos avanzando hacia una unión de este tipo.

En general sí podemos decir que el mundo actual -y eso para resolver nuestras propias necesidades- plantea por lo menos reformular de alguna forma el concepto tradicional de soberanía, porque ya los países no pueden resolver sus problemas ellos solos cerrando sus fronteras. Hay una gran interdependencia, y forzosamente para resolver ciertos problemas deben interactuar con otros países y permitir esos flujos que vienen de la llamada "globalización" ¿Significa esto desaparecer el concepto de soberanía? No, sino reformularlo de alguna manera, ¿cómo? En esa discusión estamos. Piensen no nada más en presiones externas, sino en presiones internas. Con "presiones", me refiero sobre el concepto tradicional de soberanía. Toda esta discusión sobre la cuestión indígena que plantea el establecimiento de áreas de autonomía en donde existan instancias internas indígenas que resuelvan sus conflictos conforme a sus propias leyes, que impliquen la vigencia no tanto de un orden jurídico nacional, sino de los órdenes jurídicos propios de las comunidades indígenas. No plantea esto que se da en México, pero que también se da en muchos otros países que tienen comunidades o pueblos indígenas; no plantea tampoco la necesidad de reformular ese concepto tradicional de soberanía que nos decía que dentro de un territorio solamente una instancia produce un orden jurídico, solamente una lo aplica y

tiene funcionarios que lo aplican. ¿Esto no como que ha obligado al replanteamiento de ese concepto tradicional de soberanía? Sí, ha habido que ajustar ese concepto tradicional a la necesidad de resolver los problemas de diez o quince millones de mexicanos que tienen una circunstancia especial y distinta al resto de la sociedad nacional.

Dice ahora el nuevo Artículo 2º de la Constitución, que a los pueblos indígenas se les reconoce el derecho a la libre determinación dentro del régimen constitucional o dentro de la unidad nacional. El nuevo texto del Artículo 2º constitucional establece la reforma en materia indígena, y no va a hablar del derecho a la libre determinación, implica un conflicto o por lo menos una tensión con la idea de que el pueblo mexicano –que es el soberano- tiene el derecho a la libre determinación del pueblo y del Estado mexicano.

No hablar de pueblos indígenas como lo hace este Artículo 2º, entra en cierta tensión con el concepto de Pueblo, que está consagrado en el Artículo 39 de nuestra Constitución, que dice: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo”. Pero el Artículo 2º también habla de pueblo, de ciertos pueblos que son los indígenas; además se les reconoce el derecho a la libre determinación dentro de la unidad nacional. No hay una tensión entre ese concepto de pueblo del 39 constitucional y el de pueblo o pueblos establecido en el 2º. ¿Significan lo mismo, o cuál es la diferencia entre estos dos conceptos? Ésa es una discusión interesante que no es sino una manifestación de cómo también a nivel interno, por toda esta discusión de los pueblos indígenas hay una tensión con ese concepto tradicional de soberanía, que es el establecido en el artículo 39 de nuestra Constitución.

¿Recuerdan que antes de la Convención de la OIT, número 169, acerca de los derechos indígenas había una previa que era la 107, la cual establecía un estándar internacional en materia de derechos de las poblaciones indígenas? A partir de esa Convención 107, una de las grandes luchas de las organizaciones indígenas a nivel mundial fue el tratar de cambiarle el nombre a la Convención, no nada más el contenido, sino tratar de ser reconocidos ellos no como poblaciones indígenas, sino como pueblos indígenas, tal y como aparece ya en la Convención 169 de la OIT. ¿Es casual este cambio de terminología o por qué querrían las organizaciones indígenas cambiar de un término al otro? Para ponerlo más simple: ¿hay alguna distinción entre hablar de población y hablar de pueblo?, ¿Cuál será la diferencia? “Población” es un término demográfico que hace referencia a un grupo de personas que viven en un

territorio determinado, y “pueblo” tiene una connotación política, de derechos políticos, y está vinculado incluso en instrumentos internacionales, a la idea de la libre determinación.

Dice la Carta de Naciones Unidas, uno de estos documentos internacionales fundamentales, que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación, y a regirse por sus propias leyes, por sus propias autoridades. No dice “todas las poblaciones”, sino “todos los pueblos”. Entonces, cuando se habla de pueblos estamos hablando de derechos políticos; hablando de derechos políticos tiene una connotación política hablar de pueblo.

Vean por ejemplo cómo empieza la Declaración de Independencia de Estados Unidos. Nos dice “Nosotros, la población de los Estados Unidos declaramos la Independencia del Reino Británico”, dice “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, declaramos la Independencia”. Otra vez aparece la palabra pueblo con una connotación política, de derechos políticos de autodeterminación.

El ser reconocidos como pueblos y no como poblaciones indígenas ya está consagrado en la Convención 169 de la OIT, pero hay una cláusula que dice que “El término de pueblo utilizado en la presente Convención no tendrá la connotación que se le da a dicho término en otros instrumentos internacionales”. Quiere decir que a pesar de que efectivamente la Convención 169 reconoce a las poblaciones indígenas no ya como poblaciones, sino como pueblos indígenas, hace la aclaración de que el término de pueblo no se ha de entender como se le entiende en otros instrumentos internacionales: como que tienen derecho a la libre determinación.

Es decir, esta Convención no está reconociendo el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, a pesar de que cedió y avanzó cediendo a la demanda de las organizaciones indígenas, en el sentido de ser reconocidas como pueblos.

Entonces, esta norma internacional que establece algo así como el estándar internacional en materia de derechos indígenas, no les da a los mismos el derecho a la libre determinación por esa cláusula, y ¿qué ocurre con nuestra Constitución?, que sí les da ese derecho a los pueblos indígenas, dentro de la unidad nacional. En su Artículo 2º reformada, nuestra Constitución fue más allá de la norma o del estándar

internacional en materia de derechos indígenas. Algunos lo ven como algo criticable, y otros, como un avance.

Toda esa discusión que ha tenido que ver con la reforma en materia indígena, es el centro, a veces de manera explícita y a veces implícita, ha estado la discusión acerca de ese concepto tradicional de soberanía.

No está terminado el debate sobre la cuestión indígena, todavía hay para rato. Ahorita está la Corte conociendo de la posible inconstitucionalidad de la reforma constitucional.

Atendiendo al libro de Fukuyama, *El fin de la historia*, habría la necesidad de ir incluyendo a las minorías y a los grupos indígenas dentro del arreglo nacional. Yo coincidiría con él, y lo estamos haciendo en México, estamos discutiendo cómo incluir a estas minorías que han estado excluidas históricamente del gran arreglo nacional mestizo, por llamarlo de alguna forma, cómo incluirlas en la vida nacional.

En algún momento de nuestra historia la solución de cómo incluirlas fue olvidarse de ellas: "todos somos mexicanos, existe un orden jurídico nacional que es aplicable a todos, indistintamente de cuál sea su origen étnico". Ésa fue la solución de los liberales mexicanos del siglo XIX.

Viene la Revolución y empieza a cambiar un poco la situación. Se reconoce a los indígenas y a algunos de sus derechos, pero no en tanto indígenas, sino en tanto campesinos, y se reconoce a los ejidos, a las comunidades agrarias y se les reconoce una serie de derechos en materia agraria, pero no en su calidad de indígenas, sino en su calidad de campesinos. Eso no fue tampoco una buena solución, permanecían como no reconocidos en cuanto a sus sistemas jurídicos internos y a sus sistemas de asignación de autoridades, y en cuanto a sus formas de arreglar sus conflictos internos. Eso no estaba reconocido, y en ello estamos ahorita. ¿Cómo incorporar a estas minorías en la vida nacional, pero reconociendo el hecho de que son diferentes?

La reforma constitucional actual apunta en ese sentido. Yo la veo como un avance importante, pero todavía hay gente que no está de acuerdo con ella, todavía querían más. Ahí está la discusión.

En el caso de México es muy claro que estamos tratando de encontrar un nuevo arreglo que incorpore de una forma distinta a como lo veníamos haciendo en los últimos 200 años, a estas comunidades en la gran comunidad nacional. Otros países están haciendo lo mismo.

La cuestión indígena es una materia que está siendo discutida en muchos países, no es exclusiva de México. Ustedes ven las reformas constitucionales de muchos países latinoamericanos que vinieron después de sus transiciones de regímenes dictatoriales a regímenes civiles. La Constitución de Brasil, por ejemplo, de 1988, o la Constitución Peruana, o la Colombiana, todas incluyen ya derechos constitucionales de las comunidades indígenas, y es una discusión también en Australia, con esa comunidad aborigen tan grande, y en Nueva Zelanda, en Canadá, en Finlandia, es una discusión que está en la mesa de debate internacional.

Tengo un colega del Instituto, que es especialista en Derecho Indígena, el doctor Ordoñez Cifuentes, que es guatemalteco, naturalizado mexicano. Lo acaban de invitar a Finlandia para que explique cómo está la cuestión de los derechos indígenas en México, porque allá tienen una comunidad aborigen vinculada con los lapones, y quieren ver cómo se está pretendiendo resolver eso en México.



Curso de Técnica Jurídica  
Sesión del 21 de junio de 2002  
(Clase 3/6)

Los cuatro pilares del Estado de Derecho son los derechos fundamentales del hombre o del ser humano; el principio de la separación de poderes; el principio de la supremacía de la ley; y la idea o el principio democrático, que también puede identificarse con el principio de la soberanía popular.

Es posible identificar ciertos autores fundamentales, que son los que de una manera sistemática y coherente, propusieron esas cuatro ideas.

La idea de los derechos fundamentales surge a partir de la teoría política de John Locke; la teoría o principio de la separación de poderes surge de un autor francés que es Montesquieu; la doctrina o la idea acerca de la supremacía de la ley y de la soberanía popular surge de otro autor francés Juan Jacobo Rousseau.

En la siguiente sección trataremos de aproximarnos de manera superficial al pensamiento de estos tres autores, y un cuarto autor es el gran justificador de la autoridad monárquica absoluta, que es Thomas Hobbes, que no es liberal.

Para entender el esquema de los tres autores liberales, es necesario hacer referencia previa al esquema de Thomas Hobbes.

La obra principal de Thomas Hobbes y donde se encuentra buena parte de la teoría política es el Leviatán, Hobbes parte de una dicotomía esencial entre dos formas de entender la vida humana, compuesta por el estado de naturaleza y la sociedad civil. Para él hablar de sociedad civil en aquel siglo XVII, significaba hablar del Estado, la dicotomía real es entre estado de naturaleza y Estado, en realidad la palabra estado fue acuñada por Maquiavelo.

Hobbes acerca de la forma en que está organizada la sociedad y la forma en que se van organizando las sociedades hasta llegar a una forma tan sofisticada como lo es el Estado, "al inicio de las sociedades los hombres no tenían una organización política que implicara la existencia de una autoridad, por encima de ellos, los hombres vivían

en un estado de naturaleza donde cada quién podía hacer lo que quisiera y en donde dada esa situación, la realidad era una lucha de todos contra todos" Hobbes en su frase "el hombre es el lobo del hombre" se refiere a la situación del hombre bajo el estado de naturaleza en donde no existe una autoridad política que establezca un orden.

Al no existir una autoridad no existe el derecho, no existe una garantía de los derechos de cada uno de los miembros de esa sociedad, ese estado de naturaleza, produce una situación de guerra de todos contra todos, y es a través de un pacto, un pacto de todos por el cual se le transfieren los derechos de cada uno a una instancia superior para que esa instancia superior sea capaz de aplicar un orden en la comunidad, hablando de las teorías llamadas contractualistas acerca del origen del estado, en el esquema de Hobbes esa transferencia de derechos, tiene que ser total, todos los derechos de los miembros de la comunidad son transferidos a esa instancia superior para que tenga toda la capacidad para imponer un orden a la sociedad, Que justifica esa centralización absoluta del poder en manos del monarca.

Para Hobbes el soberano es una persona única cuya voluntad, en virtud de los pactos contraídos recíprocamente por muchos individuos, debe considerarse como la voluntad de todos estos individuos por lo cual puede servirse de las fuerzas y de los bienes de los individuos para la paz y la defensa comunes, en tal forma que una vez que hubiese transferencia el soberano puede servirse de las fuerzas y de los bienes de todos los individuos para la paz y la defensa común, esa es la justificación del poder absoluto de los reyes, a través de esa transferencia total de derechos.

Básicamente ese es el esquema de Hobbes, es un sistema muy poderoso que ha influido toda la teoría política desde entonces hasta la actualidad. A pesar de haberse distanciado esos tientes absolutistas, todavía la Teoría del Estado Moderno pueden encontrarse conceptos que son exactamente iguales a los que manejaba Hobbes.

Hay una teoría del estado por ejemplo la más moderna que se maneja por lo menos en México de un autor alemán que habla de una situación de estado de naturaleza y afirma que para salir de una situación de estado de naturaleza tiene que haber un gran acuerdo para constituir el Estado. No nada más constituir el Estado transfiriendo todos los derechos, sino también establecer límites al ejercicio del poder del Estado.

El Estado es un artificio, es un artefacto, que surge no de manera natural en las sociedades humanas, lo natural en la vida en sociedad es la agresión de unos contra otros, es la competencia, a veces la envidia, para salir de esa situación natural, se tiene que crear, no de manera natural, sino de manera artificial una estructura de autoridad que imponga un orden y haga posible la vida en sociedad. Hay autores dicen que el Estado no nada más es un producto artificial, sino que es una obra de arte.

Frente a ese esquema de justicia el poder autoritario o absoluto de los reyes, es como surgen los esquemas teóricos que van dando forma a las ideas, pilares del estado de derecho.

John Locke, parte también de una dicotomía, de la misma dicotomía de la que parte Hobbes, entre el estado de naturaleza y la sociedad civil, que otra vez significa Estado. La gran diferencia de John Locke en relación con Hobbes, es que para salir del estado de naturaleza si se tiene que dar un pacto a través del cual se transfieran derechos de los súbditos hacia una autoridad que se establece, la gran diferencia es que para Locke hay ciertos derechos que no se pueden transferir, que son inalienables, intransferibles, inherentes a la persona humana, son los derechos que tiene la persona humana por el sólo hecho de ser persona humana.

Si hay una transferencia de derechos pero solamente aquellos que son necesarios para establecer un sistema de justicia y un sistema de policía que sirva para garantizar los derechos inherentes de las personas.

La transferencia no es total ni absoluta, sino que es parcial y relativa, John Locke es uno de los autores que sientan las bases de ese primer gran fundamento del Estado de derecho que es la idea de los derechos fundamentales.

Montesquieu, es otro autor que suele identificarse con el principio de la separación de poderes, su libro El Espíritu de las Leyes, es un poco desordenado, no es tan sólido como el Leviatán que es de una solidez y consistencia lógica impresionante.

Montesquieu no es un filósofo más bien un sociólogo político que se dedicó a hacer una serie de observaciones agudas acerca de cómo estaban organizadas las

sociedades distintas de su tiempo, y explicar porqué los gobiernos funcionan como funcionan en las distintas sociedades, es una especie de estudio comparativo, él trata de explicar porque se dan diferencias en las formas en que se gobiernan las distintas sociedades.

Montesquieu dice que las condiciones históricas, geográficas, culturales, económicas, de un pueblo de una sociedad son las que explican su forma de gobierno, su objetivo fundamental es el tratar de encontrar cuáles son las condiciones bajo las cuales se puede garantizar un régimen de libertades, para los súbditos de un reino, es tratar de ver cómo es que se puede garantizar un régimen de libertades.

Esa transferencia de derechos, esa gran centralización de poder, si se dio en algún lugar de manera radical, fue en Francia, en parte, por esa gran centralización es que fueron en Francia, en donde vino la gran explosión, que fue la Revolución Francesa.

No se dio una explosión social como en otros países monárquicos, por que la centralización y la concentración de poder y todo el rencor que genera esa situación que produjo y dio lugar a la revolución en Francia.

Lo que propuso es cómo podría garantizar el regreso del régimen de libertades, al respeto de los derechos fundamentales, a través del principio de separación de poderes.

La existencia de un régimen de libertades, no depende tanto de una moralidad cívica superior sino de una organización adecuada del Estado, de una organización adecuada de los poderes públicos, de eso depende la existencia de un régimen de libertades. Esa organización adecuada la división, la distribución del poder entre varios órganos, dividir al poder para que el poder controle al poder.

Para garantizar el respeto a las libertades y a los derechos fundamentales del hombre, creyó ver en las instituciones constitucionales inglesas, una separación de poderes, y a partir de lo que él creyó ver en la organización constitucional inglesa, fue como desarrolló su idea teórica del principio de la separación de poderes.

En lugar de eso en la Inglaterra de aquel tiempo y todavía en la actualidad existía, y existe, una gran interrelación, a veces un empalme entre las distintas autoridades, entre los distintos órganos.

Montesquieu, proporcionó esta idea importante del constitucionalismo moderno que es la separación de poderes, no tan tajante como fue originalmente planteada porque finalmente existe gran colaboración y coordinación entre los poderes, pero sí podríamos decir que en sistemas presidenciales como el mexicano o como el de Estados Unidos, existe un Presidente, que se mantiene como tal, independientemente de que exista o no una mayoría parlamentaria que sostenga y de manera independiente existe también una estructura judicial que goza o debe gozar de independencia para ejercer funciones.

Juan Jacobo Rosseau, es una fuente filosófica o la fuente intelectual de la idea de la supremacía de la ley y de la idea de la soberanía popular, que está vinculado con la idea de la democracia. Es una fuente impresionante de muchas ideas que forma parte de la cultura occidental de la actualidad. Se diferencia de los otros autores en el sentido de que él no parte de una dicotomía, sino de una tricotomía para explicarse el desarrollo de las sociedades humanas en donde hay tres momentos en la historia o en la evolución de la humanidad.

Un primer momento es el estado de naturaleza, es una situación positiva, para él hay un estado de naturaleza que es el origen de la evolución de las sociedades humanas, pero no es una situación negativa, es una situación de relativo aislamiento de los seres humanos unos, en relación con otros, con contactos ocasionales.

Esos contactos ocasionales que antes eran esporádicos se van convirtiendo en contactos, comunes, periódicos, generando otro tipo de relaciones sociales que poco a poco van llevando a hacer más complejas las interrelaciones humanas, al hacerse más complejas las interacciones humanas y ante la escasez de bienes en relación con el crecimiento de la población, " se va generando la división del trabajo y la especialización, en la realización de ciertas funciones dentro del grupo social, empieza a surgir lo que no existía en el estado de naturaleza original y positivo, empieza a surgir la desigualdad, entre los hombres, y es cuando empieza también a darse la situación de guerra y violencia de unos contra otros. Un ejemplo interesante es el libro

"La sociedad abierta y sus enemigos" de Carl Popper. La sociedad abierta es la sociedad plural, que admite como algo positivo el debate, la confrontación de ideas, la diferencia de opiniones, la discrepancia. Casi la mitad de este libro es un análisis del pensamiento político de Platón, lo que pasa es que Platón sentó las bases ideológicas y filosóficas que luego fueron la base del pensamiento totalitario del mundo moderno y contemporáneo, luego paso a autores como Marx, que fue el origen y sobre todo como se interpreto, para construir los socialismos reales que eran eminentemente totalitarios.

Retomando a Juan Jacobo Rosseau, hay un primer estado de naturaleza cuya armonía se rompe en el momento en que surge la desigualdad, surgiendo la guerra de todos contra todos, ¿Cómo terminar con esa situación de guerra de todos contra todos? La siguiente etapa de la evolución de la sociedad lo que se da es un pacto, no de todos los miembros de la sociedad, sino que es un pacto de los propietarios. Pactan la conformación de un estado, de una autoridad pública que imponga un orden, pero que imponga un orden no que beneficie a todos los miembros de la comunidad por igual sino que imponga un orden y perpetúe el estado de desigualdad.

A este segundo estado de la humanidad o historia de las sociedades, Rosseau le llama sociedad civil corrupta. Ese pacto es un pacto ilegítimo que establece un Estado corrupto, establece un estado corrupto porque beneficia solamente a una porción de la sociedad y no beneficia o deja sin beneficio al resto de la población. ¿Cómo salir de esa sociedad civil corrupta o Estado corrupto? Aquí es en donde viene la tercera parte de la tricotomía, se requiere de un nuevo pacto, pero uno nuevo que no sea un pacto entre propietarios, sino que sea un pacto de todos, por el cual todos acuerden establecer una autoridad pública que beneficie a todos y que sea expresión de la voluntad de todo. Es lo que Rosseau denomina el Contrato Social, para construir la República, lo que propone es una forma de ejercicio de la autoridad en la que todos participen, un pacto no de unos cuantos, sino un pacto al que se llega a través de la participación de todos, en las decisiones públicas reuniéndose periódicamente en asamblea para tal efecto. Llega a decir que él está muy consciente de él esquema hasta cierto punto utópico o ideal que estaba proponiendo, solamente podría funcionar en comunidades muy pequeñas, en ciudades Estado. Lo importante es que la autoridad pública y las decisiones públicas se adoptan a través de la participación de

todos y es como surge una voluntad general, que se ubica por encima de cada uno de los individuos en particular que representa la voluntad de todos.

La expresión material o la expresión práctica de esa voluntad general no es otra cosa que la ley, la voluntad común de todos y cada uno de los individuos que componen a la sociedad, es suprema lo cual significa que la Ley también es suprema porque es la voluntad general, su expresión material es precisamente la Ley. En última instancia es del principio de supremacía de la ley en el sentido que es la fuente suprema, no nada más está en Rosseau el origen o el germen de esta idea de la supremacía de la ley, sino que también está el germen del principio de la soberanía popular.

Cuando él está hablando de que la autoridad y las decisiones públicas tiene que conformarse a través de la participación de todos, ya está hablando del Principio Democrático, está hablando de que lo que justifica la autoridad pública es la participación de todos. El principio de Soberanía Popular es la base del Principio Democrático en los sistemas constitucionales modernos.

Esos son a grandes rasgos los esquemas de la teoría Política de lo que surgen los cuatro pilares del Estado de Derecho.

El libro de Georges Sabine (sic) titulado "La Historia de la Teoría Política" del Fondo de Cultura Económica nos da una lista de lo que él considera que son las ideas que están en la base de la civilización accidental liberal de la actualidad.

La primera idea, es el valor de la persona en lo individual, parte de la concepción liberal, es de que la persona humana como individuo tiene un valor que hay que proteger, cita a Kant filósofo alemán que decía "los individuos son fines y no medios" una idea típica liberal.

La Segunda idea es "la distinción entre la sociedad y el Estado" son cosas distintas, eso es una idea contraria a los regímenes totalitarios, los que no consideran a la persona humana como un valor el primer valor para ellos es el Estado y la persona humana en lo individual está subordinada a los intereses del Estado.

Otra distinción en la concepción totalitaria es que no hay nada fuera del Estado, la sociedad está encapsulada dentro del Estado, mientras que la idea liberal es que una cosa es la sociedad y otra el Estado.

Otra idea es la de los límites, no nada más son distintas la sociedad, del Estado sino que el Estado, los poderes públicos están limitados en el Ejercicio del Poder, hay un límite en el ejercicio del Poder. Esos límites están definidos por los procesos legales y por las garantías constitucionales.

Tiene que haber garantías constitucionales, para que el respeto a los derechos humanos se dé, para que pueda organizarse el principio de la separación de poderes, para que se respete el principio de la supremacía de la ley, y para que se respete el principio democrático.

Si no está en las constituciones, esas ideas permanecerían en los libros de la teoría política.

Otro elemento es que el Estado Liberal de Derecho admite la existencia de centros independientes de poder y de influencia, haciendo referencia al pluralismo, partidos políticos, sindicatos, asociaciones políticas de diversos tipos, organizaciones empresariales, todas ellas ejerciendo poder e influencia en una sociedad. El estado no liberal no admite la existencia de centros distintos e independientes de poder e influencia.

Como se gobierna en un Estado Liberal, es el siguiente punto, el gobernar es una cuestión que se da a través de la consulta continua, la discusión y la negociación. No como en los estados totalitarios, en donde es la decisión de una persona o de un grupo político.

Otro punto es la discusión abierta que tiene que ver en un régimen de libertades. Que garantice la libertad de opinión, la libertad de manifestación de las ideas, la libertad de reunión, la libertad de prensa o de imprenta y la existencia de una discusión abierta como la mejor forma de comprobar una idea sometiéndola a la discusión abierta.

Bobbio llamaba el elogio a la variedad y Sabigne lo pone en términos de que el conflicto de intereses, la competencia, la discusión es algo positivo, en los regímenes totalitarios sucede exactamente lo contrario.

El siguiente punto es una cuestión interesante, el estado de derecho o en el estado liberal de derecho el poder no deja de ser poder, aún caracterizado por la negociación, la discusión, el debate, el contraste, la discrepancia, aún en el estado de derecho llega el momento del ejercicio del poder, en el sentido de que se toma una decisión generalmente a través de la regla mayoritaria, una decisión que se convierte muy probablemente en una ley y una ley que es aplicada o es aplicable coactivamente por los órganos encargados de aplicar las leyes.

El momento de la aplicación coactiva, el poder es moral, tiene una cualidad moralmente distinta, cuando es producto de una negociación, una discusión abierta en un régimen de libertades a cuando se da en una situación de un régimen totalitario o autoritario en donde no se da la oportunidad de la discrepancia, del debate, de la negociación y de la diferencia de opiniones. Estamos hablando de la legitimación de las decisiones públicas que han de aplicarse al resto de la población. No existe esa legitimidad democrática si la decisión es producto de una sola persona o de un grupo que desde sus oficinas impone una decisión a la sociedad.

La forma privilegiada de obtener legitimidad de ese régimen fue, por ejemplo la satisfacción parcial, progresiva de ciertos intereses de grupos sociales, un caso muy claro es la reforma agraria.

En México hubo un programa de reforma agraria que duró muchos años, que iba satisfaciendo demandas y necesidades de la población campesina, y luego, los campesinos durante muchos años, y todavía hoy, fueron el sector del voto duro o formaron parte del voto duro a favor del Partido Revolucionario Institucional. Aunque después no hubiera más apoyos, no nada más la tierra, sino que se les permitiera elevar sus niveles de vida como campesinos, eso fue un defecto del programa de la reforma agraria y en general un defecto del modelo de desarrollo que siguió México.

La legitimidad tiene mucho que ver y el régimen anterior que tuvimos no carecería de fuentes de legitimidad, las tenía, pero una legitimidad más vinculada a la provisión de

beneficios concretos a sectores de la población no ajeno a un sistema clientelar que durante muchos años fue el sostén de ese arreglo, que carecía de un fuerte apoyo popular y que fue perdiéndose a lo largo de los años en donde fue creciendo esa otra fuente de legitimidad, que son los procesos electorales limpios, transparentes, confiables.

De las últimas ideas de Sabine, una de ellas es el respeto que la mayoría debe tener hacia la minoría, no implica que la mayoría tenga poderes omnímodos, la mayoría tiene que respetar los derechos de la minoría a expresarse, los derechos de la minoría a organizarse y manifestarse y a participar en los procesos políticos y en sus derechos de aspirar en convertirse en una mayoría.

Por último la existencia de un Estado Liberal, de derecho requiere de un cierto tipo de comunidad, en donde exista preocupación por el interés público, en donde la gente tenga un interés por las cosas públicas, donde haya una población con un cierto nivel de educación y una comunidad que haya desarrollado experiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado Liberal de Derecho.

México tiene un Estado de Derecho desde 1824, tenemos una Constitución que estableció el principio de la separación de poderes, que se guía por el principio de la soberanía popular, establece un régimen, un sistema democrático, el principio de supremacía de la ley, desde 1824 está ya en germen el respeto a los derechos humanos pero realmente no, teníamos el modelo pero la realidad del país es muy distinta. Para que funcionen esas instituciones formales del estado de derecho, tiene que haber un cierto tipo de sociedad con características como las que menciona Sabine.

Estamos en el proceso de ir cambiando la mentalidad, la cultura, la experiencia, y la educación de los mexicanos, para que se de una coincidencia que permita que esas instituciones formales del estado de derecho puedan funcionar en la realidad.

El Estado de Derecho finalmente es un modelo, y las realidades prácticas de los países o de los distintos estados se pueden acercar o alejar más de ese modelo. Difícilmente encontraremos un país donde exista una coincidencia plena y absoluta, y un respeto entre lo que sucede en la realidad y lo que se da a nivel del modelo.

Las constituciones son la expresión jurídica de las ideas que provienen del liberalismo político, la forma en que se ha tratado de garantizar, que esas ideas de liberalismo político tengan una aplicación en la vida práctica y real de los estados, es incorporando esas ideas a normas con una jerarquía especial, llamadas constituciones y aplicables jurídicamente, incluso coactivamente en los territorios de los estados.

Antes de tratar de definir lo que son las constituciones y el constitucionalismo se tiene que hablar de un concepto previo "poder".

El inglés Steven Lukes nos habla de tres dimensiones del poder, puede ser entendido como la capacidad que un agente A tiene para hacer que otro agente B realice una conducta aún en contra de su voluntad, conducta que no hubiere realizado por sí mismo. Una segunda dimensión es la capacidad que un agente denominado A tiene para bloquear los problemas que tiene que resolverse a través de una decisión pública. Y una tercera acepción de poder es la capacidad que un agente tiene para hacer que un agente B realice una conducta en beneficio de A, pero sin que A tenga que obligarlo a hacerlo.

El poder se ejerce no sobre todo a través de los aparatos coactivos, los aparatos, las cárceles, los jueces, las policías, el ejército, etc.

En la Italia moderna, ese poder se ejerce a través de ciertos ideólogos, se ejerce a través del sistema educativo, de la iglesia, de los medios de comunicación como la prensa, no puede ser una confrontación directa abierta y violenta contra el Estado sino que tiene que ser una lucha que se dé en el terreno de los aparatos ideológicos de control

Lo que tenían que hacer es crear un sistema educativo, en el sentido de que se favoreciera el espíritu socialista y el espíritu comunista.

Vistas estas tres dimensiones del poder, tenemos que preguntarnos que tipo de poder es el que le interesa al constitucionalismo. El que le interesa es el poder político, podríamos definir al poder político para distinguirlo del poder social, tenemos que vincular la noción del poder a la institución estatal, de tal forma que podemos decir que

poder político es aquel poder que se ejerce en nombre de la institución que dentro de un territorio determinado ejerce el monopolio de la fuerza legítima.

Entonces cuando hablamos de poder político tenemos que hablar de aquel poder que se ejerce en nombre de esa institución, que dentro de un territorio determinado reclama para sí el ejercicio de la fuerza legítima, o en nombre de esa institución que llamamos Estado.



Curso de Técnica Jurídica  
Sesión del 24 de junio de 2002  
Clase (4/6)

Hablar de constitucionalismo es hablar casi exactamente de lo mismo que el liberalismo político, nada más que con una vertiente jurídica, estamos hablando de una expresión jurídica de esos principios, como son la separación de poderes, los derechos fundamentales, la supremacía de la ley y la soberanía popular. El objeto principal del derecho constitucional y de las constituciones es el poder, es decir lo que tratan de regular, de limitar, de acotar y encausar es el ejercicio del poder.

El poder político es el que ejercen ciertos órganos en nombre del Estado, o el que ejercen sencillamente otras personas en nombre del Estado, ese poder estatal es el que le interesa regular al derecho constitucional.

Esa vinculación tan estrecha entre poder y derecho constitucional, o poder y constituciones se puede ver en las definiciones mismas del derecho constitucional.

Una de ellas la de Maurice Hauriou, señala " Es el ordenamiento que trata de estructurar racionalmente al poder para lograr un equilibrio entre la libertad y el orden" de manera explícita habla de noción de poder, de lo que trata de regular y que es lo que trata de hacer el derecho constitucional, que es de estructurar racionalmente al poder para lograr un equilibrio entre la libertad y el orden.

Andrew Houreau, tiene otra definición de Derecho Constitucional, dice "Derecho Constitucional es el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos" estos fenómenos son los fenómenos del poder.

Jorge Madrazo, señala que el "Derecho Constitucional es la disciplina que estudia el sistema de normas jurídicas, su aplicación y su interacción con la realidad, relativas a la organización, distribución y límites del poder político del Estado y de las normas que estatuyen los derechos individuales y sociales de los gobernados".

En todas o en casi todas las definiciones que se pueden ver en la literatura especializada acerca de lo que es el Derecho Constitucional se ve de alguna manera reflejado el intento por racionalizar, estructurar, limitar y encauzar al poder.

El constitucionalismo es una palabra frecuentemente utilizada, que podría ser definida como una corriente política ideológica, o político - ideológica cuyo objeto principal fue controlar o imponer límites al ejercicio del poder político, a través de ciertos textos normativos llamados constituciones en los que se establecerían precisamente esos límites al ejercicio del poder político.

El constitucionalismo surge exactamente en la misma época en que surge el liberalismo político, cuando hablamos de constitucionalismo estamos hablando de la vertiente jurídica del liberalismo político.

Surge en Europa en los siglos XVII y XVIII, es cuando se van fraguando estas ideas que luego adquieren gran sistemática y coherencia lógica. El objetivo del constitucionalismo fue el mismo del liberalismo político, limitar el ejercicio del poder por parte de los monarcas absolutos.

Carl Loweinstain, trata de dilucidar qué es lo que se encuentra detrás del concepto de constitucionalismo, aparte de los elementos del liberalismo político. Dice " Detrás del constitucionalismo está el movimiento intelectual que se llamó ilustración europea.

Este movimiento, surgido sobre todo en países como Francia, trató de poner a la razón humana como la única forma de explicarse la realidad, como la única forma de organizar a la sociedad, o el único instrumento para conocer y explicarse la realidad, ese fue el movimiento filosófico o intelectual, de la Revolución Francesa.

Todos ellos formaron parte de esa gran obra racional que fue la enciclopedia o los enciclopedistas franceses formaron parte de la ilustración francesa.

El movimiento de la Enciclopedia antes de la Revolución Francesa fue una reunión de todos o de un buen número de los intelectuales racionalistas franceses de la época de la ilustración que trataron de dar explicaciones racionales a un buen número de

conceptos fundamentales de la sociedad francesa de ese tiempo incluidos, Diderot, Dalambert, Rosseau, etc.

La idea de la ilustración francesa es reconocer que el único instrumento válido para explicarse la realidad, el mundo y para organizar a la sociedad era la razón. Antes de este movimiento había otros instrumentos no racionales que se utilizaban para explicarse la realidad y para organizar a la sociedad.

Los elementos no racionales eran los que provenían de la religión, la fe, la revelación, eran elementos que se reconocían como elementos válidos para explicarse el mundo y para organizar a la sociedad, las creencias religiosas, las costumbres religiosas, la palabra divina o las interpretaciones que había dado la palabra divina, las ideas acerca del origen del universo, que no provenían de la razón, sino de la teología, de la fe religiosa, de la revelación religiosa.

Los racionalistas o la ilustración francesa dijo "no, a todos estos instrumentos, solamente la razón", Lowenstein en su interesante reflexión sobre los fundamentos del constitucionalismo, dice, que la razón en aquella época, empezó a aplicarse para explicar la realidad, para explicar sobre todo en una primera instancia, los fenómenos naturales. Hay un instrumento para conocer el universo, a la naturaleza y que es la razón.

Los autores empiezan a dar una explicación identificando los mecanismos que regulan los fenómenos naturales hablamos de un mecanismo como un segundo componente del movimiento de la ilustración francesa, aplicar la razón para identificar los mecanismos que gobiernan a los fenómenos del universo y de la naturaleza.

Se empiezan a dar estos grandes descubrimientos en el ámbito de las ciencias naturales y los científicos sociales de la época tratan de aplicar ese mismo instrumento la razón - para identificar cuáles son los mejores mecanismos para organizar a las sociedades y sus gobiernos.

Hubo una especie de traslado, una especie de transferencia del pensamiento racionalista aplicado a las ciencias naturales, pero ahora hacia el ámbito de las

ciencias sociales. Los científicos sociales trataron de encontrar los mejores mecanismos para organizar, de la mejor manera, a la sociedad y a sus gobiernos.

Las palabras claves son los mecanismos, se trataron de encontrar mecanismos para diseñar un gobierno con poderes limitados, a través del ejercicio de la razón, en aras del límite del poder político y en aras de la protección de los derechos fundamentales de las personas, racionalismo y mecanismo son partes esenciales del constitucionalismo, porque son los mejores mecanismos para garantizar el límite en el ejercicio del poder político, esos mecanismos encontrados racionalmente para garantizar las libertades de las personas, esos mecanismos se establecieron en unas cartas, en unos documentos, en unos textos normativos que llamamos Constituciones.

Giovanni Sartori, en su libro "Ingeniería Constitucional Comparada", utiliza la palabra ingeniería, esto es algo común en la ciencia constitucional moderna, por que detrás del tema de las constituciones y del constitucionalismo y de la reforma constitucional la idea de los mecanismos.

Los ingenieros constitucionales manejan y diseñan los mecanismos constitucionales de organización de un gobierno, un cierta ingeniería que no es otra cosa que el diseño racional de esos mecanismos.

No existe una definición única de constitución, estas distintas formas de entender a lo que cada país denomina su Constitución, es por lo que encontramos distintas definiciones. Para tener una nación general, seguiremos dos estrategias una de ellas es la trayectoria histórica del concepto Constitución.

El concepto de Constitución ha ido acumulando una serie de significados de tal forma que en el concepto actual de alguna manera u otra se encuentran vigentes todos esos significados que provienen desde el origen de la palabra. Cuando hablamos de Constitución hablamos de un pacto fundamental o hablamos de un acto de fundación, es un acto fundacional, hablamos de una norma suprema.

La segunda es hacer referencia a una tipología de definiciones de Constitución, Manuel García Pelayo en su libro "Derecho Constitucional Comparado", trata de agrupar las definiciones en tres grandes grupos o grandes clases de definiciones.

Retomando la primera ruta, es tradicional en este tipo de estudios históricos empezar desde los griegos, el problema es que ellos no utilizaron la palabra o el término de constitución, que es una palabra que proviene del latín. Los griegos tenían algo semejante era la palabra politeia, que hacía alusión a la forma de ser de una comunidad política griega, se les conocía con el nombre especial de ciudades estado, Atenas, Esparta, Corinto, cada una tenía cierta forma de ser, la forma de ser de Esparta como comunidad política, era una monarquía, la forma de ser de Atenas era una democracia, en la versión griega, quizá esas eran las dos formas básicas de organización, aunque había otros sistemas que eran oligárquicos, donde un grupo de notables eran los que gobernaban lo que definía esa forma estructural de ser de una comunidad griega era una serie de normas, que decían que Atenas iba a estar organizada de cierta manera, con ciertos órganos, con ciertos funcionarios y que Esparta iba a tener órganos y funcionarios distintos.

Aristóteles, escribió "La Política" que es una mala traducción al español de este término, politeia, que no es otra cosa sino un examen de las distintas formas de ser de las diversas ciudades estado griegas.

Es en Roma cuando aparece la palabra constitución, término latino constituere, que significa establecer, formar, estructurar, constituere, para los romanos tuvo varias acepciones. Un primer significado fue como forma de ser, no nada más como forma de ser de una comunidad política, sino la forma de ser de cualquier cosa, la idea de constitución como forma de ser de algo. En la época de Cicerón aparece no como una forma de ser sino como una organización política, se hacía referencia a la constitución de la república y se hablaba del tipo de organización republicana que tuvo en alguna época la sociedad política romana.

Roma fue evolucionando, primero una monarquía, luego una república, y de la república al imperio, en la época del imperio, hay un texto en donde se habla de constitutio en términos de una norma suprema, una norma jerárquicamente superior. Y

finalmente en el imperio romano *consuetudo* también llegó a significar el acto de fundación de una nueva colonia, un acto fundacional.

En la edad media se utilizó con algunas connotaciones distintas, la primera fue bajo la idea del reconocimiento de ciertos privilegios y ciertas prerrogativas que hacían los reyes en relación con ciertos sectores de la sociedad medieval.

La primera constitución que hubo en el mundo fue la llamada constitución o Carta de Juan sin Tierra otorgada en 1215, en ella se expresa el reconocimiento del rey en turno, lo que hizo fue a ciertos sectores privilegiados de la sociedad inglesa, reconocerles una serie de derechos que no podía tocar. Eran sus derechos sobre sus feudos, sobre el territorio de sus feudos, sus derechos y privilegios a ser juzgados por sus pares, no por los tribunales reales, sus derechos a disponer de los bienes y las personas de sus ciervos dentro de sus propios feudos, privilegios y prerrogativas que reconocía el rey a ciertos sectores privilegiados de la sociedad feudal.

Si vemos desde el punto de vista que aquellas cartas significaron un principio de límite al ejercicio del Poder del Rey, entonces ahí sí hay un punto de contacto más directo, más legítimo con el constitucionalismo moderno, sin llegar al grado de decir que esa era una constitución. Porque no era un reconocimiento de derecho generalizado, no había lo que hay en las constituciones modernas, que son sistemas de decisión de poderes y estas ideas del liberalismo político. Entonces la primera acepción es una carta de reconocimiento de privilegios en el periodo medieval.

Una segunda acepción fue entender a la constitución como pacto entre el rey y los llamados sectores privilegiados de la sociedad feudal, condes marqueses, vizcondes, barones, y la nobleza eclesiástica.

Después apareció un tercer estamento en la sociedad medieval que en parte fue lo que marco el final de la sociedad medieval, las ciudades, los burgueses, los representantes de los Burgos.

A los acuerdos a los que llegaban los reyes con los estamentos, se les solía llamar también constituciones, sobre todo para decidir cuestiones tributarias y cuestiones de

paz y guerra, esos encuentros entre el rey y el parlamento, y los estamentos, dio origen a los sistemas parlamentarios europeos.

En el caso inglés, con el rey se inicia la evolución constitucional inglesa, se van dando una serie de prácticas que luego se convierten en costumbres.

El rey por una parte reúne a los estamentos feudales, es decir a los nobles, marqueses, condes, abades, obispos y por otro lado con los representantes que viene de las ciudades, se fue creando la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes.

Terminado el análisis histórico de la Constitución, pasaremos a la otra estrategia, que consiste en hablar de una tipología de definiciones de Constitución, agrupadas en tres grandes clases, propuesta por Manuel García Pelayo en su libro de "Derecho Constitucional Comparado", de tipo racional normativo; de tipo histórico tradicional; y de tipo sociológico.

Las características de una definición de tipo racional normativo, son que las constituciones son complejos normativos, normas en donde, a través de las cuales de una manera racional, y en un momento histórico preciso, se trata de estructurar una vez más, racionalmente a la organización del poder público, van a organizar de la manera más racional al poder del estado y al poder de los distintos órganos del estado, la idea de, el momento histórico determinado, se reúne un grupo de gentes, llamémosles asamblea constituyente o asamblea nacional constituyente, o poder constituyente, en ese momento haciendo uso de su razón, crean un sistema de normas fundamentales y supremas que dan una organización racional al Estado. El ejemplo es Estados Unidos y su Constitución de Filadelfia o en México en 1917.

Es importante porque en otras formas de entender a la Constitución no se da ese momento histórico preciso, en la manera en que los ingleses entienden a su Constitución, no tuvieron un momento preciso. Otra característica es que tiene que estar escrita, para que en todo momento se pueda contrastar el resto del orden normativo.

Otra característica, es que se da una distinción entre lo que es el poder constituyente, lo que se llama el poder o los poderes constituidos. Poder constituyente son precisamente esas personas que están investidas de un poder especial para dar una nueva constitución a un estado, una vez que se da esa constitución desaparece y deja su lugar a los poderes constituidos. Que son los poderes que habrán de gobernar en el Estado en cuestión, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, esos son los poderes constituidos.

Las características de las definiciones de corte histórico tradicional, proponen que hay elementos en las constituciones que simplemente son parte de un largo proceso histórico en donde se ha ido creando una tradición constitucional, una serie de usos y de prácticas que no necesariamente son resultado de un ejercicio racional a través del cual alguna persona o algún poder pretenda decir cual es la forma más racional de organizar algún proceso político en particular. Este concepto no es necesario que toda la constitución esté escrita, puede haber elementos de la constitución o porciones de la constitución que simplemente existan a nivel de practicas y de usos y costumbres. Algunos han dicho que en Inglaterra existe una constitución no escrita, esa clasificación no es exacta, porque en el caso inglés si hay partes de su Constitución escrita y otras partes no.

Consta de textos que es producto de prácticas de usos y costumbres, nuestra tradición jurídica y constitucional proviene de una concepción racional normativa. La Constitución inglesa escrita, no es un documento, son una serie de documentos, las leyes, hay unas a las que les llaman Leyes del Parlamento, hay otras que les llaman bills of rights, por ejemplo el procedimiento de moción de censura y de la negativa del voto de confianza que pueden hacer caer un gobierno del Parlamento inglés o un gabinete surgido del mismo, de una mayoría parlamentaria en la cámara de los comunes, no están incorporados en estas leyes escritas, son parte de usos y costumbres.

Otro punto es que no hay una clara distinción ente poder constituyente y poder constituido, lo que se encuentran son una serie de leyes expedidas por el Parlamento, que tiene una calidad de constitución, por que se refieren a la organización de los poderes públicos.

Una tercera característica es que en estas concepciones no existe un procedimiento especial o dificultado para reformar a la Constitución. Estas leyes se producen y se reforman, se modifican o se abrogan, a través del mismo procedimiento legislativo ordinario. No como en el caso de las concepciones racionales normativas en donde generalmente se da una protección especial a las normas constitucionales, estableciendo un procedimiento especial y dificultado de reforma.

En la concepción histórica tradicional, que es la que responde a la práctica constitucional inglesa, esas leyes que forman parte escrita de la Constitución inglesa, se pueden reformar o abrogar o adicionar a través del mismo procedimiento ordinario que es el que se sigue para crear cualquier otra ley. La Autoridad de la Constitución inglesa es que ha existido desde tiempos inmemoriales.

La tercera concepción, de constitución se denomina sociológica, lo que predomina en este tipo de definición no es el aspecto normativo o no es el aspecto del deber ser, las normas finalmente expresan un deber ser, ese deber ser o ese aspecto normativo no es el que impera o el que predomina en las concepciones sociológicas sino que predomina un elemento realista, es decir predomina el elemento del ser no el elemento normativo. La constitución real de un país es producto de sus estructuras sociales y económicas, la distribución real del poder en un país, el ejercicio real del poder en un país no depende de lo que diga un texto normativo escrito, es lo que dicen estas concepciones sociológicas. Hacen una distinción entre lo que es la Constitución escrita por un lado y lo que es la Constitución real, proviene de las estructuras sociales y económicas reales de un país.

Fernando La Salle, dice "si no coincide la Constitución escrita con la Constitución real, entonces la Constitución escrita no tiene el valor mas que de una hoja de papel". Quizá la definición más típica, de corte sociológico para Lasalle es "una constitución no es otra cosa que la suma de los factores reales de poder de un país, que proviene de las estructuras sociales y económicas de ese país, esos factores reales de poder son la Constitución del país". " Los problemas constitucionales no son primariamente problemas de Derecho sino de poder, la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en este país rigen y las constituciones

escritas no tiene valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los actos de poder imperantes en la realidad social.

Un concepto de Constitución, haciendo alusión a Ricardo Guastini de su libro "Estudios de Teoría Constitucional" nos habla de las distintas acepciones que puede tener el concepto Constitución. Una primera es entenderla como límite al poder, es la acepción liberal.

Guastini cita uno de los artículos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el 16, " Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes no tiene Constitución" es decir en un país donde no esté garantizado el respeto a los derechos del hombre no reconocida la división de poderes no tiene Constitución.

Las constituciones de países como Cuba, Corea del Norte, Arabia Saudita, lo que era la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, eran documentos escritos, pero que carecían de estos valores del respecto a los derechos fundamentales, su garantía y el principio de la separación de poderes. Estos estados no tienen una constitución liberal porque esas constituciones no abrevaban de los principios del Estado de derecho liberal.

Guastini señala que para otros Constitución no necesariamente tiene que tener un contenido liberal, sino que constitución es un conjunto de normas fundamentales, en donde se establece una forma de Estado, en donde se establece una forma de gobierno, en donde se establece una serie de normas que regulan la producción normativa, es decir, como se producen otras normas, sobre todo las leyes, y en donde se establecen ciertos principios fundamentales que informan a todo el sistema.

Esos textos que organizan los Estados de esos países si son constituciones, porque son normas fundamentales que definen una forma de Estado, una forma de gobierno, un sistema de producción normativa y establecen ciertos principio, los que sean e informan al resto del sistema.

Son constituciones pero ciertamente no son constituciones liberales, no son constituciones de un Estado de derecho porque para que haya la Constitución de un Estado de Derecho si tiene que haber una serie de principio y valores que proviene del liberalismo político.



Curso de Técnica Jurídica.  
Sesión del 28 de junio de 2002  
(Clases 5/6 y 6/6)

En esta última sesión revisaremos los puntos de lo que llamamos los pilares de la idea del Estado de Derecho, de los derechos humanos o derechos fundamentales y como han aterrizado en el constitucionalismo mexicano.

También hablaremos del principio de la supremacía de la ley, del de legalidad, de la división de poderes y de la jerarquía de la ley como fuente del derecho. En los países anglosajones y en particular en Estados Unidos, tienen una idea distinta acerca de la jerarquía de las fuentes del derecho, en Estados Unidos, por ejemplo, la jurisprudencia, las decisiones de los jueces y en particular de la Suprema Corte tienen una supremacía por encima de la ley. Por último hablaremos de democracia, revisando algunos elementos que permitan construir una noción o una definición de lo que es la democracia, así como la distinción entre democracia en sentido prescriptivo y democracia en sentido descriptivo.

Derechos fundamentales, las primeras declaraciones de los derechos fundamentales dentro del constitucionalismo moderno provienen, de las cartas que los reyes ingleses otorgaban a las colonias que se fueron fundando en la parte noreste de lo que ahora es Estados Unidos, que marcaban el momento de fundación de una colonia y contenían un catálogo de derechos fundamentales para los habitantes de esas colonias.

Los reyes ingleses, a quienes les pagaran impuestos, conque les enviaran los tributos correspondientes les dieron una gran autonomía a las colonias en Norteamérica. Cosa distinta a las colonias españolas, a las cuales España no dejó esa libertad, estableció una gran burocracia, un gran control y el instrumento de ese control eran los virreyes.

Quizá la carta que marca el inicio del constitucionalismo moderno en el sentido de establecer un catálogo de derechos muy detallado fue la carta del estado de Virginia de 1776, que le llamaron el Bill of rights, poco antes de la independencia.

Dice el artículo 1º de la Carta de Virginia, "Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tiene ciertos derechos inherentes de los cuales cuando entran en estado de sociedad no pueden por ningún contrato privar o despojar a su posteridad, especialmente el goce de la vida y de la libertad así como los medios de adquirir y de poseer propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad" esos conceptos, están presentes casi de la misma forma como se expresó en la Carta de Virginia en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, sólo que en esta se le agrega un elemento adicional, se hace una justificación racional de porque las colonias rompían con el rey.

La razón que aducen o la razón que argumentan es que el rey había roto el contrato, el pacto de unión al establecer impuestos para las colonias sin que hubiera representantes de las colonias en el Parlamento Ingles. No puede haber impuestos si no hay representación. En ingles "no taxation without representation", un uso muy antiguo de la práctica constitucional inglesa. Esa argumentación racional se puede ver en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos.

En el constitucionalismo mexicano, con la argumentación del Licenciado Primo de Verdad, Sindico del Ayuntamiento de la Ciudad de México, en el momento en que Napoleón encarceló y destituyó al Rey Fernando VII y lo sustituyó por su hermano, José Bonaparte en el trono de España, se cuestionó el reconocer al nuevo Rey o romper con él. El consenso fue que había que buscar alguna devolución de la soberanía hacia las colonias en tanto que permanecía preso el verdadero rey, el verdadero soberano, que era Fernando VII. Lo que básicamente se trata en esa argumentación es que al no haber rey, al haber sido depuesto, esa soberanía regresaba a los pobladores originales o a los súbditos mismos, habló de una teoría de la devolución.

La Constitución Norteamericana, en su versión original, no estableció un catálogo de derecho fundamentales, lo cual se vio que era un error desde el principio, y en 1791 introducen en la Constitución norteamericana lo que fueron las primeras diez enmiendas, que es el procedimiento equivalente al que está en nuestro Artículo 135 de la Constitución.

La tradición anglosajona tuvo un impacto en nuestra experiencia constitucional, nuestra primera Constitución la de 1824 tiene similitudes impresionantes. Algunos artículos de esa constitución, son producto de hasta una mala traducción, un ejemplo de ello es el artículo 121.

Otro gran catálogo que tuvo un impacto, no sólo en el constitucionalismo mexicano sino en todo el orbe, es la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 que no fue una constitución sólo fue una declaración.

El preámbulo de esa declaración dice " Los representantes del pueblo francés, constituidos en asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resultado exponer en una declaración solemne los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre". Esa declaración fue incorporada a constituciones francesas posteriores.

La Constitución francesa de 1791 remitió a la declaración de derechos, reconociéndola como parte del sistema constitucional francés. En el texto no se encuentra un catálogo de derecho pero si hay una remisión. Lo mismo ocurre con la Constitución vigente de Francia.

La Constitución mexicana de 1824 de manera aislada señala algunos de los derechos fundamentales.

¿Cuándo se introduce un catálogo de derechos en el constitucionalismo mexicano?  
¿Quién introdujo la idea? Fue Mariano Otero, con un voto particular en plena guerra con los Estados Unidos en 1846. Logró ganar el consenso de la mayoría de ese Congreso y por eso es que se adicionó en 1847 a la Constitución de 1824 una acta de reformas.

En esa acta se establece, por primera vez un catálogo de derechos más o menos desarrollado. Después se establecieron con más detalle en la Constitución de 1857 y que fue el origen también del amparo. Se empieza a hablar no ya de derechos fundamentales, sino que se habla de garantías individuales.

El Capítulo Primero de nuestra Constitución no dice de los derechos fundamentales o de los derechos del hombre como lo suelen decir, este se titula De las Garantías Individuales.

En 1857, después de haber corrido por enésima vez al dictador Santa Anna, se da otro proceso constituyente, que empieza en 1856, y culmina el 5 de febrero de 1857 cuando se pone en vigor la nueva Constitución para México. Está si contiene un catálogo bien desarrollado de derechos fundamentales, tal y como sucede en nuestra Constitución actual, es el capítulo relativo a las Garantías Individuales.

Nuestra Constitución vigente reproduce casi exactamente con algunos cambios, los primeros 29 artículos de la Constitución anterior, la de 1857, con cambios importantes a nivel de la propiedad de la tierra, y de la libertad de trabajo, que se paso todo ese rubro a un nuevo artículo que fue el 123, en donde se limitó la libertad de contratación en materia laboral.

Kelsen, utiliza el término de garantías de la constitución pero no como un sinónimo de derechos fundamentales, él mas bien habla de garantías de la Constitución para referirse a todos aquellos procedimientos que sirven para proteger la vigencia de los derechos establecidos en la Constitución.

Kelsen, plantea una distinción entres los derechos constitucionales, es decir los derechos consagrados en la Constitución, por un lado, y las garantías de esos derechos. Es decir, qué es lo que protege a los derechos, qué es lo que hace o cuáles son los procedimientos, cuáles son los medios legales para proteger esos derechos constitucionales establecidos en el texto constitucional.

Para Kelsen no hay identidad entre el concepto de garantías de la Constitución y los derechos humanos.

En la doctrina nacional hay autores mexicanos como Alfonso Noriega que iguala los derechos del hombre con las garantías individuales. Dice" lo que hay en nuestra

Constitución en ese Capítulo del Título Primero, es un catálogo de derechos del hombre"

Para Ignacio Burgoa, las garantías individuales implican antes que otra cosa, la existencia de una relación jurídica, entre dos tipos de sujetos. Esa relación jurídica no es una relación entre iguales, no es de igual a igual, sino que es una relación de supra - subordinación.

Para Burgoa, las dos partes de esa relación jurídica no están ubicadas en una situación de igualdad sino que están ubicadas en planos distintos, hay una relación de supra subordinación.

Lo que hace que esa relación, sea de supra - subordinación, son ciertas características específicas de los actos que provienen de una de las partes de esa relación. Son actos de autoridad, y con tres características; unilaterales, imperativos y coercitivos.

Unilaterales, por que no son producto de un contrato o de un acuerdo de voluntades. Imperativos, por que en el sentido de su obligatoriedad no son opcionales. Y coercibles porque si no se cumple con esa obligación que establece el acto de autoridad en cuestión, entonces, hay la posibilidad de obligar al gobernado a que cumpla por la fuerza. Estas son las características de los actos de autoridad, y que definen esa relación de supra subordinación que se da en las relaciones jurídicas que están implicadas en las garantías individuales.

Para Burgoa, las garantías individuales significan que esos actos de autoridad no pueden darse de la manera en que la autoridad quiera, solamente pueden darse dentro de los causes, de los límites, con las restricciones, las formalidades y los procedimientos que indique la Constitución, las garantías significan entonces límites que la Constitución impone, restricciones, procedimientos, formalidades que deben revestir los actos de autoridad que pueden llegar a afectar la esfera jurídica de los derechos de las personas.

Burgoa, plantea la crítica a la utilización del término individuales, en realidad, las personas morales, incluso a veces también hasta las personas morales oficiales, pueden invocar en su beneficio lo que llamamos garantías individuales, propone un cambio de términos para hablar de garantías del gobernado o garantías de los gobernados.

La Constitución de 1857 decía en su artículo 1º "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales" en consecuencia declaraba, que todas las leyes y todas las autoridades del país deberían respetar y sostener las garantías que otorgaba esa constitución.

El artículo 1º de nuestra Constitución actual dice: " En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

La distinción es que la de 1857 reconoce que los derechos del hombre son el fundamento de las instituciones sociales y después otorga una serie de garantías, el artículo 1º de la Constitución vigente, ya no habla de derechos del hombre, sino que también dice que en ciertos casos y con ciertas condiciones, las garantías que otorga la Constitución podrán suspenderse o restringirse. Es un enfoque más restrictivo, un enfoque más limitativo en relación con las garantías individuales.

Los constituyentes del 17, introdujeron los principios del constitucionalismo social, para matizar el constitucionalismo liberal que fue el establecido por los constituyentes de 1857.

Los constitucionalistas de 1917 se dieron cuenta que para hacer posibles los nuevos derechos sociales tenían de alguna forma que limitar algunos derechos individuales.

Dos grandes ejemplos donde se limitaron los derechos individuales en beneficio de los sociales, el relativo al trabajo, la libertad de contratar en materia laboral no es absoluta a partir de 1917, esa libertad no es absoluta y hay que crear un régimen especial de límites a la autonomía de la voluntad, en beneficio de la clase trabajadora. Se tuvo que

establecer un estándar mínimo de contenido de los contratos laborales para proteger a la clase obrera.

Otra gran limitación fue al derecho de la propiedad, y sobre todo el derecho de propiedad agraria, veían que tarde o temprano se tenía que responder a la demanda de la Reforma Agraria, lo que iba a implicar imponer límites al ejercicio de ese derecho individual a la propiedad y para que funcionara el programa, tenía que entenderse de esa manera el derecho de la propiedad con límites.

La concepción de la Constitución de 1857 es más de corte iusnaturalista, arranca de un reconocimiento de una serie de derechos inherentes, inalienables de los hombres y mujeres, del género humano, de las personas, en tanto que nuestra Constitución actual acerca de las garantías individuales es más de corte positivista.

El tema de separación de poderes. El principio de separación de poderes esta vinculado a Montesquieu y su libro "El espíritu de las leyes". Se planteó más como un modelo ideal, que como una realidad concreta. El creyó ver en la experiencia constitucional inglesa una división tajante entre los poderes y, a partir de esa idea, produjo ese principio, como si existieran tres poderes y cada uno de ellos estuviera encargado de una función del Estado, como si el Legislativo su función única fuera legislar, la función única del Ejecutivo fuera aplicar la ley, administrar o ejecutar la ley que fue expedida por el Congreso, y el Judicial su única función fuera resolver conflictos a través de la aplicación de la ley, es decir, la función jurisdiccional.

Esa idea no correspondía con la realidad y en particular no correspondía con la realidad práctica inglesa, por que hay y había una especie de empalme entre las distintas funciones y los órganos que las desempeñan, el Poder Ejecutivo surge de una mayoría parlamentaria y depende de esa mayoría parlamentaria y cada paso que da está vinculado con la misma.

La función judicial en su instancia suprema la ejerce un órgano del parlamento inglés que es la Cámara de los Lorens, es decir es un órgano del Legislativo ejerciendo la función judicial en su instancia máxima.

La idea entonces es que hay necesidad de reformular ese principio porque la realidad de los sistemas constitucionales jamás se han apegado estrictamente a lo que dice ese principio de separación de poderes, un intento de reconceptualización proviene de Carl Lowenstein, en su libro titulado "teoría de la Constitución" plantea una reformulación de ese principio o de esa idea de la separación de poderes en los estados modernos. El núcleo duro de la idea de la separación de poderes "no es la idea básica de este, no es tanto la idea de separación sino la idea del control, que ciertos órganos del Estado controlen a los otros órganos del Estado, que las funciones del Estado se repartan entre distintos órganos para que unos órganos controlen a otros.

Para que en el ejercicio de esas funciones los órganos tengan que cooperar, que se vean obligados, a cooperar y que en esa colaboración necesaria entre los poderes se dé precisamente el control de unos sobre otros. De esta forma Lowenstein nos habla de la existencia de distintas técnicas de control, las que llama intraorgánicas y otras que son la interorgánicas. Las intraorgánicas, son las que se dan dentro de un mismo órgano, se pueden introducir dentro de un mismo órgano del Estado técnicas internas, que lleven a que ciertos subórganos controlen a otros subórganos dentro del mismo gran órgano.

Las interorgánicas no se dan dentro del mismo órgano, sino que se dan en órganos distintos, órganos de configuración distinta.

Un ejemplo de un control intraorgánico, podría ser dentro de un mismo gran órgano, que es el Poder Ejecutivo, se introduce o se crea una instancia que está encargada de vigilar, de controlar desde adentro, y para que pueda vigilar debe de gozar de cierta autonomía, por lo menos de autonomía técnica. Un caso muy claro es el tema del bicameralismo, la existencia de la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, existe un control y un equilibrio de una Cámara sobre la otra dentro de ese gran órgano que llamamos el Poder Legislativo.

Un ejemplo de control intraorgánico es el Poder Ejecutivo Francés, quien lo ejerce es el Primer Ministro en parte y en otra parte el Presidente de la República, es un Poder Ejecutivo compartido, le llaman en Francia el Poder Ejecutivo Dual, porque la competencia está en manos del Primer Ministro y otra parte de las competencias está

en manos del Presidente de la República, específicamente lo que tiene que ver con la defensa nacional y las relaciones exteriores. Todas las demás áreas le corresponden al Primer Ministro, como agricultura, economía, comercio, educación, gobernación etc. Como cabeza de un gabinete.

Hay otros países que también tienen Presidente de la República, y primer ministro, pero son sistemas que no se dice que tienen sistema ejecutivo dual, porque el presidente no ejerce ninguna facultad importante.

En Alemania por ejemplo, hay un presidente de la República Federal Alemana y hay un Primer Ministro que llaman Canciller. Pero el Canciller y su gabinete tienen todas las facultades importantes, incluidas defensa nacional, y relaciones exteriores.

En Italia hay un Presidente de la República y hay un primer ministro y su gabinete. El presidente es simbólico. Es un sistema de control intraorgánico, el Poder ejecutivo lo ejercen dos personas en ciertas áreas vitales, lo ejerce el Presidente de la República y en otras áreas lo ejerce el primer ministro. El sistema en la realidad funciona de una manera muy distinta, cuando coincide en su identidad partidista el presidente y el primer ministro, o cuando se da una diferencia en cuanto al partido del cual provienen ambos. La verdad es que cuando no hay identidad partidista, como que no fluyen bien las cosas, no hay crisis de gobernabilidad, pero los presidentes obviamente prefieren tener, mayorías de su mismo partido y por lo tanto un gobierno de su mismo partido al frente de la jefatura de gobierno.

Un último ejemplo, es Suiza, en donde el Poder Ejecutivo no es ni unitario ni dual, sino que es colegiado. Es un órgano compuesto por siete miembros que en su conjunto ejercen el poder ejecutivo, y tiene un sistema rotativo de que cada uno de esos siete se van rotando en la presidencia de ese órgano colegiado que es el Poder Ejecutivo en Suiza.

Del Poder Judicial, sería el sistema que hay de jerarquía, en el sentido de que se puede recurrir en apelación e incluso en amparo para controlar las sentencias.

Puede haber un ejemplo del carácter colegiado de algunos tribunales, el hecho de que la Suprema Corte esta compuesta de once miembros, el carácter colegiado se extiende a los Tribunales Colegiados de Circuito, hay un elemento interorgánico, en el Consejo de la Judicatura hay un elemento intraorgánico, porque varios de los miembros son designados por el Senado y por el Presidente de la República.

Los interorgánicos son los que se dan entre poderes distintos, un ejemplo típico es el veto, la función legislativa, las distintas etapas de la función legislativa, están distribuidos entre distintos órganos, en particular el órgano legislativo y el órgano ejecutivo. El ejecutivo interviene desde las iniciativas, el Presidente de México como en muchos otros países, puede vetar la legislación aprobada por el Congreso. Otros ejemplos son las comisiones de vigilancia, o las de investigación, que los congresos suelen tener sobre los ejecutivos.

En otros sistemas existe la disolución del parlamento, es decir, la capacidad que tiene el Poder Ejecutivo de disolver la Cámara y de convocar a nuevas elecciones es un ejemplo también de control interorgánico, es el caso que suele darse en sistemas de corte parlamentario o semipresidencial, como se le llama al sistema francés.

Carl Lowenstein plantea una idea de controles, denominados horizontales, controles que ciertos poderes pueden ejercer sobre otros poderes a nivel o en un plano horizontal, Puede entenderse este fenómeno de los controles entre unos poderes y otros, solamente en un plano horizontal, o puede entenderse también la existencia de un plano vertical. En el Federalismo se da una distribución de facultades entre órganos que oscilan en distintos planos de orden vertical.

Finalmente, esa división de poderes, lo que trata de proteger son las libertades, es el régimen de libertades, dividir al poder para que unos órganos controlen a otros, esa es finalmente la idea.

Dividir al poder entre distintos órganos, en aras del régimen de libertades, y no el federalismo podría ser interpretado también de esa manera, que todo el poder esté concentrado en una instancia o en una serie de instancias centrales, sino que esté dividido en instancias que están repartidas a lo largo y ancho del territorio, también

para que a través de esa distribución del poder, proteger, garantizar un régimen de libertades.

Algunos autores iberoamericanos, ven al federalismo como una forma de distribución, una forma de control del poder, Manuel García Pelayo, habla precisamente de que el federalismo es garantía de control del poder, para proteger las libertades, el sistema federal, surge para responder a cuatro necesidades, o tipos de necesidades, una de ellas es que el federalismo trata de responder a la necesidad de organizar grandes espacios territoriales, políticamente, bajo un principio de paridad.

Porque hay una alternativa, hay una alternativa a la organización de grandes espacios territoriales, basados no en una paridad por lo menos relativa, sino a través de un sistema autoritario o de corte imperial. La alternativa a esa organización de corte imperial, de centro a periferia, de supra a subordinación, la alternativa dice, para organizar políticamente grandes espacios territoriales, en un sistema de corte federal, es el federalismo.

Responde a esa necesidad, de integrar unidades distintas y más pequeñas en una gran unidad, por necesidades de diverso tipo, pero que generalmente tiene que ver con la necesidad de una defensa exterior.

También García Pelayo, dice " el federalismo responde a una necesidad de conservar la autonomía de esas instancias más pequeñas, la identidad de cada una de las entidades unidas".

Y por último señala que responde a la necesidad de una división del poder, una distribución del poder que está destinada a garantizar las libertades, una división de poderes, pero no tanto horizontal, sino vertical, distribución del poder verticalmente para evitar la concentración del poder que pueda tener a un gobierno que atenté contra las libertades, esa es la idea también del federalismo.

Otro pilar del estado de derecho es la supremacía de la ley y el principio de legalidad, este último en la tradición anglosajona, no lo entienden de la misma forma en que lo entendemos nosotros, tiene un origen histórico distinto. En particular en Inglaterra, el

principio de legalidad surge en el contexto de la lucha que se dio entre los jueces y el rey inglés, que significó el intento de los jueces de someter al rey a las decisiones expedidas por los propios tribunales, es decir que el rey estuviera subordinado a los tribunales, que el rey no estuviera por encima de los tribunales, ese fue el contexto del surgimiento del principio de legalidad y de la idea de la supremacía de la ley en la tradición jurídica del derecho común.

Hubo un juez que dijo de manera muy clara por los años 1250s, en una sentencia, que el rey gobierna debajo de Dios y debajo de la ley. Otro juez Eduard Coock, desarrolló una idea en esa lucha contra el rey, que podríamos decir que es la base del sistema constitucional y judicial norteamericano, lo que decía es que el rey está subordinado a una ley superior, que no puede sobrepasar y esa ley superior está identificada o es creada no por el parlamento, no por el rey, sino por los tribunales.

Esa idea de que la ley suprema, la ley superior solamente puede ser identificada por los jueces, que son los que tiene la pericia para hacerlo, es lo que está en la base del sistema constitucional norteamericano, en Estados Unidos existe lo que se conoce con el nombre del Judicial Review, es la revisión judicial,

Desde el inicio de la experiencia norteamericana existe la revisión judicial, que desde un inicio le dio a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos la capacidad de anular leyes expedidas por o aprobadas por el Congreso, por considerarlas contrarias a la Constitución.

Esta es una idea que se ha ido haciendo común en el constitucionalismo moderno, nosotros tenemos también algo parecido a esto por influencia norteamericana, pero durante mucho tiempo no fue algo común en el constitucionalismo moderno, y sobretodo en el europeo. Poco a poco esta idea de la revisión judicial ha ido imponiéndose, ha ido creciendo y se ha ido adoptando por parte de la mayoría de los países, muchos de los cuales han ido creando tribunales constitucionales que han desarrollado facultades parecidas a las que desde por lo menos desde 1803 tiene la Suprema Corte de los Estados Unidos.

En Inglaterra se fueron por otro lado, tomaron el camino de la supremacía del Parlamento, al grado de que en Inglaterra no existe una Suprema Corte o un Tribunal Constitucional, que tenga la capacidad de anular una ley del parlamento por considerarla inconstitucional.

En Francia tampoco existe una Suprema Corte de Justicia a la manera de los tribunales constitucionales que existen en España, Italia, o la Suprema Corte de Justicia Mexicana o la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

En México si se estableció durante el constitucionalismo mexicano del siglo XIX, una revisión judicial y finalmente por eso es que tenemos el juicio de amparo. El amparo contra leyes no es otra cosa que la capacidad o la facultad que tiene la Suprema Corte de Justicia mexicana para revisar la constitucionalidad de una ley aprobada por el Congreso, con la diferencia, que no hay efectos generales de una declaratoria de inconstitucionalidad.

Entrado el siglo XX vinieron otros instrumentos, como la acción de inconstitucionalidad, que le permite no a los ciudadanos, sino a los diputados los senadores, al Procurador General de la República, o a los partidos políticos en relación con leyes electorales, les permite también plantear la posible inconstitucionalidad de una ley y ahí sí bajo ciertas condiciones y requisitos con efectos generales.

La tradición del commonlaw es un sistema de gran confianza y poder de los jueces, esa diferencia proviene de la experiencia que surgió a partir de la revolución francesa.

La revolución francesa se hizo no nada más contra el rey, sino contra los tribunales. Unos tribunales que veían, en aquel momento como un instrumento ciego del rey, decapitaron al rey y redujeron al mínimo a los tribunales en cuanto a sus facultades y funcionamiento. Su función se limitaría a aplicar la ley expedida por el parlamento, su única función el tratar de aplicar las leyes, siguiendo de manera muy cercana cuál fue el espíritu, cuál fue la voluntad del legislador, y la ley se convirtió en ley suprema, expresión de la voluntad general, tendría que ser aplicada sin apartarse de ella, ni de la letra ni de su espíritu, por parte de los tribunales.

Una idea francesa que permeó a toda Europa, incluida España, y que permeó a países como México, muy distinta de la ideal del Commonlaw, como la formuló Cook y como pasó luego a Estados Unidos, en donde después de que se expide por parte del Congreso, todavía esa ley puede ser anulada, y con efectos generales por parte de los tribunales.

Un dato significativo es que en Estados Unidos, quien le toma la protesta es el Presidente de la Suprema Corte de Justicia.

Esa idea del principio de legalidad, esa idea en torno al papel de la ley en el sistema constitucional, que se da en los sistemas del Commonlaw, es distinta a la concepción que tenemos en nuestra propia tradición jurídica y constitucional..

Nuestra idea acerca de la ley proviene de gente como Rousseau, con la idea de la voluntad general, que es suprema que es la voluntad de la comunidad. La voluntad general que tiene una manifestación específica, que es la ley, la ley es expresión de la voluntad general, y por lo tanto esa ley es suprema, puesto que proviene de la voluntad suprema, que es esa conexión de ideas.

Nuestra idea del principio de legalidad proviene de otro revolucionario francés que es un personaje llamado Sieyes, lo que plantea básicamente es que el régimen de libertades, solamente podría existir, no solamente si los órganos de poder estaban organizados a través de la ley sino también sometidos a la ley.

Ese es el principio de legalidad de los sistemas constitucionales modernos de origen o de la tradición jurídica continental europea, que es en gran parte nuestra propia tradición. "Los órganos públicos pueden hacer solamente lo que la ley les permite" ese es el principio que rige para los órganos públicos, en tanto que los ciudadanos podemos hacer todo aquello que no nos está prohibido.

La explicación de lo que es la democracia para Giovanni Sartori en su libro " Teoría de la Democracia", parte de una doble forma de entender a la misma, dice " Cuando

hablamos de democracia hay que tener presente que se puede hablar en sentido prescriptivo o en sentido descriptivo"

En sentido prescriptivo, estamos hablando de la democracia como un deber ser, algo que debe ser, un modelo a alcanzar. Algo que no existe en la realidad pero que debiera existir en la realidad porque se considera algo valioso. En sentido descriptivo se trata de la democracia como es, es decir, la realidad de esos regímenes considerados que son democráticos.

En sentido prescriptivo, la democracia es el gobierno del pueblo por el pueblo, en la democracia como ser, el pueblo no gobierna, ¿Quién es el pueblo, el pueblo son todos los que viven en un territorio o son todos los que tiene derecho al voto en un territorio, son todos los mayores de edad? ¿El pueblo son la mayoría?, ¿Qué es el pueblo?. De ahí empieza a replantearse el concepto de democracia en sentido descriptivo.

En las democracias reales unos gobiernan y otros son gobernados, así sucede en Inglaterra, Francia o en Estados Unidos. El grupo de los que gobiernan en todas estas democracias es un grupo minoritario, un grupo minoritario de personas son las que toman las decisiones de gobierno. A pesar de eso no estamos en una aristocracia, en cuyos regímenes quienes gobiernan son una minoría, a pesar de eso hay un punto de diferencia entre el régimen aristocrático y el régimen que denominamos en el sentido descriptivo democrático.

Lo que distingue son las elecciones, son los procesos electorales, a través de los cuales se canaliza la participación no de ese concepto abstracto de pueblo, sino del "electorado nacional", "Es la participación del electorado activo en esos procesos electorales para la designación de gobernantes lo que distingue a una democracia de una aristocracia". Para Sartori no basta que haya procesos electorales para que haya democracia, hay otros elementos, como el respeto al voto, a los derechos políticos, a las libertades públicas, protección y respeto a los derechos básicos de los ciudadanos. En los regímenes democráticos reales hay procesos electorales pero también hay una serie de condiciones materiales que hacen posible que los procesos electorales tengan un significado real.

Las elecciones son la garantía mecánica de la democracia, digamos la garantía procesa o procedimental, pero las otras condiciones, las de respeto a cierto nivel de derechos básicos de los ciudadanos, esas son las garantías materiales o las garantías sustanciales de un régimen democrático. Entre las condiciones del argumento de Sartori, para que pueda hablarse de una democracia en sentido prescriptivo, está la existencia de una opinión pública libre lo cual por supuesto tiene que ver con la existencia de esos derechos fundamentales básicos, libertad de reunión, libertad de prensa, asociación política, una opinión pública libre del control del Estado.

Por otro lado que no exista nada más una fuente de información para el ciudadano, sino que el ciudadano pueda informarse en diversas fuentes.

Después de todo esto Sartori, da una definición de democracia " En sentido descriptivo democracia es un sistema en el que ciertas minorías compiten entre sí para lograr el apoyo mayoritario de los votantes, para tener así el derecho de gobernar a la sociedad".

Otro autor norteamericano, Robert Dahl, propone "Para evitar confusiones mejor cuando hablemos de democracia en sentido prescriptivo, utilicemos el término democracia, y cuando hablemos de democracia en sentido descriptivo mejor utilicemos un nuevo término, para denominar a la realidad de la democracia, no al modelo, no al valor, no al deber, ser sino a la realidad. Y propone un término nuevo para denominar el de "poliarquia". La poliarquía significa muchos poderes, un sistema donde el poder e influencia son muchos y variados y compiten entre sí por ejercer el poder.