



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
ACATLAN, Edo. de México

DELITOS POLITICOS Y FINES DEL ESTADO

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA :
MIGUEL COVIAN ANDRADE

México, D.F.

1982

M-0036581



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES
Y A MIS HERMANOS

A MI GENERACION
UNIVERSITARIA

I N D I C E G E N E R A L

INTRODUCCION.	Pag. 1
CAPITULO I:	Pag. 5
EVOLUCION DEL DELITO POLITICO A TRAVES DE LA HISTORIA.-	
El delito político como una realidad histórica y no como un concepto científico.- Roma y el crimen de majestatis.- La Edad Media y la Revolución Francesa.	
CAPITULO II:	Pag. 26
ENSAYOS TEORICOS PARA DEFINIR EL DELITO POLITICO.- Teorías jurídicas.- Teorías políticas.- El delito político y la teoría de la pena.	
CAPITULO III:	Pag. 59
LA ANTIJURIDICIDAD EN LOS DELITOS POLITICOS.- Concepto de Antijuridicidad en el Derecho Penal.- Lesión de un bien jurídico tutelado.- Ofensa a los ideales valorativos de la comunidad.	
CAPITULO IV:	Pag. 81
JUSTIFICACION Y FINES DEL ESTADO CONTEMPORANEO.- El Estado y las actividades del hombre.- El Estado y el desarrollo económico y social.- Finalidades últimas del Estado.	
CAPITULO V:	Pag. 100
TEORIA DE LA REVOLUCION.- Revolución y Resistencia a la Opresión.- Revolución y Rebelión.- Soberanía Popular y Derecho a la Revolución.	

CAPITULO VI:

Pag. 121

LOS DELITOS POLITICOS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.- A1
cances de los artículos 39 y 135 constitucionales.- Soberanía e
inviolabilidad constitucional.- El artículo 136 de la Constitución
y los instrumentos punitivos del Código Penal.- Necesaria solución
a un dilema.

C O N C L U S I O N E S.

Pag. 146

BIBLIOGRAFIA.

Pag. 154

I N T R O D U C C I O N

Los complejos procesos de convulsión social en que se ve envuelto un buen número de países en la actualidad, parecen caracterizar la época histórica a que nos ha tocado asistir. Al margen de las tendencias políticas o ideológicas que conforman el substrato de las estructuras e instituciones de cada Estado, existe una nota común a un número considerable de ellos que se hace patente en forma de desajuste o desequilibrio social que, a la postre, se traduce en una confrontación más o menos aguda entre las fuerzas componentes de la sociedad. De estos fenómenos no se escapan ni siquiera los Estados que, por su antigüedad constitucional y su mayor desarrollo relativo, han disfrutado de largos periodos de equilibrio social duradero.

Los enfrentamientos más graves se producen cuando una porción considerable de la sociedad cuestiona no sólo en el campo de las ideas sino en vías de hecho, la forma en que se halla constituido el Estado, y pugna con medio violentos por la transformación del orden y las instituciones, con el objeto de que su nueva conformación satisfaga de mejor manera las necesidades y aspiraciones de la comunidad. El Estado por su parte, en nombre de la paz pública, del aseguramiento del Derecho y de la legitimidad de su poder, rechaza y reprime ese cuestionamiento, declarando a sus exponentes fuera de la ley, por considerar los medios empleados y, en ocasiones, el cuestionamiento en sí, como acciones antijurídicas y antisociales. Surge así el complejo e intrincado problema de la delincuencia política.

No deja de sorprender a quien analiza estos fenómenos, que quienes pretenden tener acceso al poder con fines éticamente válidos sean reputados como delincuentes. Si el Derecho es considerado universalmente como el único medio posible para realizar los ideales de la sociedad, con frecuencia deja de cumplir esa misión porque - los círculos que detentan el poder le asignan otro destino. El - conflicto no se plantea entonces contra el Derecho sino contra el poder mal empleado. ¡ Cuántas veces lo que perseguían los "delincuentes políticos" era reintegrar al Derecho y al poder su función de instrumentos de la justicia y del progreso social!

No es posible sostener seriamente que una disyuntiva de - cuya solución depende nada menos que la sustitución de un Derecho injusto que bloquea las posibilidades de mejoramiento social tenga que resolverse "jurídicamente" en favor de principios de legitimidad que son precisamente los que se han puesto en entredicho.

El objeto de este trabajo es determinar si el delito político es una creación artificiosa de que se han valido los detentadores del poder para sofocar cualquier disidencia que ponga en peligro sus intereses y propósitos o si los intentos por fundamentar jurídicamente el crimen político tienden a la protección de valores sociales que deben prevalecer sobre cualquier interes parcial o contingente.

De otra parte, nos interesa penetrar en el fondo del concepto jurídico del delito, para estar en condiciones de precisar

si, al referirse al llamado delito político, está presente o falta el elemento que invalida toda conducta contraria al orden jurídico como expresión de normas culturales que recogen y tutelan el Derecho y el Estado. Ese elemento es la antijuridicidad.

Del análisis de la antijuridicidad nos proponemos extraer como resultado, un criterio válido acerca de si quienes intentan transformar el orden jurídico vigente para revitalizarlo y actualizarlo con la inclusión de un nuevo contenido valorativo de ideales y aspiraciones sociales, deben ser considerados delincuentes político, o si su comportamiento es jurídico en la medida en que contribuye a la consecución de los fines que deben perseguir el Derecho y el Estado, de cuya realización plena depende la justificación de su existencia. Respecto del debatido problema de los medios y vías en que deban ser materializadas las aspiraciones de los grupos mayoritarios de una sociedad, examinaremos tanto los intentos constreñidos a lo preceptuado por el Derecho, como aquellos que se apartan de los mecanismos que éste establece para su transformación, a la luz de las doctrinas que reconocen al pueblo la titularidad de la soberanía, principio en que encuentra origen y validez todo el orden jurídico.

De una impresión apriorística del problema parece desprenderse la imposibilidad de que todo un pueblo alzado en armas esté compuesto por delincuentes políticos, pues resultaría más razonable la afirmación contraria, es decir, que quienes no respetan ni acatan la voluntad del pueblo soberano se convierten por ese solo hecho, ellos sí, en verdaderos criminales políticos.

Otro aspecto que merece especial atención es el de la antinomia entre los artículos 39 y 136 constitucionales, a la que algunos de los más connotados tratadistas de derecho público y ciencia política han tratado de dar solución relacionando al primero de ellos con el artículo 135 de la Ley Suprema. Intentaremos demostrar que este último precepto no resuelve el problema sino regula supuestos jurídicos totalmente distintos a los que conforman la antinomia antes referida, respecto de la cual exponremos nuestro personal criterio y los alcances e implicaciones de la misma.

No es posible mirar de soslayo lo que se encuentra detrás de la imperfecta frase "delincuencia política". Cada vez que se hace patente la necesidad de renovar el orden jurídico y las instituciones del Estado para cumplir eficazmente los fines últimos que uno y otras persiguen, suelen aflorar conflictos sociales que no siempre pueden resolverse con el simple expediente de aplicar el Código Penal. Si se quiere evitar las convulsiones violentas que hoy padecen tantos Estados del orbe, será necesario organizar vías jurídicas más amplias para que las transformaciones estructurales indispensables para el cambio, se produzcan ordenadamente, ya que de lo contrario no habrá poder ni Derecho que sean capaces de impedir el avance inexorable del hombre hacia su perfectibilidad y superación constantes.

C A P I T U L O I

EVOLUCION DEL DELITO POLITICO A TRAVES DE LA HISTORIA.- El delito político como una realidad histórica y no como un concepto científico.- Roma y el crimen de majestatis.- La Edad Media y la Revolución Francesa.

El insigne profesor italiano Francesco Carrara, en su monumental "Programa del Corso di Diritto Criminale...", sostiene lo siguiente en relación a los delitos políticos: "dictar enseñanzas en una materia que carece de principios absolutos es una empresa no sólo ardua sino imposible, y sería locura intentarla. Ahora bien: los hechos que de modo directo atacan el orden de gobierno existente en la actualidad en una nación, ¿podrá decirse que son o no son delitos, según principios absolutos? No, de ninguna manera. Uno solo es el principio que merece el carácter de absoluto, o sea, que el gobierno es legítimo únicamente cuando está de acuerdo con él la voluntad de la mayoría. Pero este es un principio abstracto, que siempre resulta elástico y variable cuando se le quiere concretar en una aplicación práctica." (1)

De la lectura de este párrafo se puede deducir cuál era la posición de Carrara en relación a los delitos políticos.

El gran maestro de Pisa es el fundador de la teoría histórica del delito político, según la cual la naturaleza de éste solo es susceptible de una consideración contingente y, por consecuencia, debe ser estudiada como realidad histórica y no conforme a los conceptos y la metodología de la Ciencia Jurídica.

En este orden de ideas, destaca la afirmación de que es imposible fundamentar sólidamente la doctrina filosófica del delito político sobre bases y principios absolutos e inmutables. Y si existe la misma imposibilidad por lo que se refiere a la teoría punitiva de ese tipo de ilícitos, solamente puede hacerse la narración "trunca y puramente erudita", del devenir histórico del crimen político, pero no su valoración ni calificación en un estricto ámbito jurídico.

En efecto, cualquier intento de elaborar un concepto jurídico universalmente válido del delito político, debería, como necesidad indispensable, sustraerse a lo contingente del acontecer político, para fundamentarse en el firme sostén que dan los principios jurídicos, a diferencia de la endeble base que pueden ofrecer las inclinaciones partidistas en el campo de la política.

No pretendemos decir con esto que la política carezca de principios; lo que ocurre es que los principios generales, las orientaciones doctrinales, las ideologías en suma, pertenecen al ámbito especulativo de la Teoría Política, y son el punto de partida de disímboles interpretaciones y contradictorios análisis de las instituciones políticas del Estado. No es aquí en donde pueda penetrar el derecho punitivo para examinar determinadas conductas, porque, salvo en aquellos países cuyas estructuras estatales se identifiquen plenamente con el totalitarismo, en cualquiera de sus formas, la simple especulación política o la expresión de una determinada militancia ideológica, generalmente no son sancionadas por el Es-

tado, siempre y cuando se realicen dentro de los límites que señala el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en el momento en que las instituciones políticas del Estado son cuestionadas no sólo teóricamente, sino también en la práctica, es decir, cuando el cuestionamiento es de hecho y tiene como objetivo final, la destitución de quienes detentan el poder a través de aquellas instituciones, la praxis política hace acto de presencia en forma de acontecer político que puede llegar a rebasar los límites establecidos por el Derecho, manifestándose de manera distinta a la jurídicamente regulada y tornándose en lucha violenta por el poder.

En las circunstancias arriba descritas, el Derecho y la política parecen coincidir en cuanto a su objeto de estudio y comparten, aparentemente, la misma preocupación científica. El Derecho, por que mediante la tipificación penal de ciertas conductas realizadas por una de las facciones participantes en la lucha por el poder, la que pugna por alcanzarlo por medios violentos, atribuye a aquéllas determinadas consecuencias jurídicas, surgiendo así el llamado delito político; la política, porque el contenido substancial de tales tipificaciones, tiene motivaciones políticas (extrajurídicas), pues se trata del conflicto de dos fuerzas contrarias que se enfrentan violentamente, la una para conservar el poder, la otra por adueñarse de él.

No obstante lo anterior, precisamente cuando comienza a identificarse el ámbito de estudio de ambas ciencias, una de ellas, el De

recho, parece que abandona los fundamentos éticos de su existencia, se torna veleidoso e incierto y expone los más elevados valores que tutela, la vida, la justicia y la libertad, a las vicisitudes impredecibles de la política . En el momento en que la justicia y la legitimidad dependen de hechos fortuitos (el triunfo o la derrota) el destino del hombre pende de un hilo, y como un títere movido por las imponderables fuerzas del vaivén político, es juzgado ya no por el Derecho en función de la justicia, sino por el derecho establecido en función del orden. Este último toma el lugar del "bien jurídico protegido" de tal manera que en el trasfondo de todos los llamados delitos políticos hallaremos al orden no como elemento instrumental y formal del Derecho sino como sustancia, contenido y objeto del propio Derecho. El orden se trastoca en fin y justificación de sí mismo, al margen de si está propiciando o no la libertad y la justicia.

Y es que el delito político, es sólo formalmente delito. Con esto queremos decir que es delito porque el legislador ha creado una figura jurídico-penal de manera artificial, pero no la ha podido dotar de un contenido que se justifique a la luz del Derecho en sentido estricto, porque aquello que es esencialmente político no puede convertirse forzosamente en algo jurídico. El Derecho punitivo no puede invadir terrenos empíricos como el de la política, sin perder los fundamentos que debieran permanecer inalterables e idénticos ante los cambios de tiempos y lugares.

De hacerlo quedaría sujeto indefectiblemente a la variabilidad de esos cambios. Lo que hoy es justo y legal, mañana será lo

contrario; y quien hoy es delincuente y por serlo recibe una san
ción, mañana será glorificado y encumbrado como un héroe.

El delito político, insistimos, es sólo una creación apócrifa del derecho punitivo. Es delito porque contiene los elementos formales que lo configuran como tal, porque es parte de un cú
mulio de preceptos creados por la voluntad política del Estado que se hallan contenidos en un código y porque se invoca, con el apoyo del poder, para juzgar hechos y sentenciar hombres; pero en el fondo, en ese fondo que el espíritu analítico no puede dejar de percibir, no es otra cosa que el instrumento pseudojurídico que sirve al detentador del poder para eliminar a quien lo cuestiona, al opresor para seguir sometiendo al oprimido, o al vencedor para justificar el aniquilamiento del vencido.

¿Cómo puede hablarse auténticamente de Derecho cuando los fundamentos sobre los que se basa no son principios racionales ni principios filosóficos, sino el eventual predominio de partidos o el resultado contingente de una confrontación de fuerzas reales?

El único principio absoluto y generalmente aceptado, el cual se enuncia diciendo que el gobierno es legítimo únicamente cuando está de acuerdo con él la voluntad de la mayoría, resulta elásti
co y variable cuando se le quiere concretar en una aplicación práctica. Sobre esto último, Carrara afirma lo siguiente: "Sin embargo, los que hoy obtienen la adhesión de la mayoría se dicen

y son realmente gobernantes legítimos de ese pueblo y señores de ese Estado. Pero a la vuelta de pocos años, los ciudadanos de ese mismo país forman una nueva mayoría, contraria a la que existía antes, y entonces desaparece la legitimidad anterior y a los señores de ayer se les arrebató de las manos la autoridad y se les destierra o encarcela como malhechores. Estas vicisitudes, hoy demasiado frecuentes, serían una alternación de injusticias si no se apoyaran en aquel principio abstracto, que como abstracto es absoluto, pero como concreto no lo es, ni lo será nunca".(2)

Pensamos que ni ese criterio ni ningún otro, es suficiente para justificar la existencia del llamado delito político, o para dotarlo de un contenido válido para todos los tiempos y lugares. Los "principios" que predominan tratándose del delito político -como hemos insistido en- subrayar- no son jurídicos, porque su contenido sustancial es empírico y práctico; y por más esfuerzos doctrinales que se realicen, jamás podrían encontrarse principios de validez intrínseca y permanente que nos permitieran hablar propiamente de Derecho y de delito.

"Se recrea el ánimo del jurista -escribe Carrara- y su conciencia queda complacida, cuando se sabe que los argumentos y principios sostenidos por él, podrán ser libremente presentados ante una junta de jueces, con la certeza de que fría e imparcialmente serán examinados y discutidos, y que alcanzarán que se dicte un juicio conforme a los supremos principios de la Justicia. Pero cuando los consejeros son el interés y el miedo, sin

amor a lo justo; cuando los jueces no son magistrados imparciales sino las mismas partes interesadas, que buscan la razón de sus decisiones en el cálculo de las propias fuerzas, de las propias necesidades, de los proprios temores o esperanzas, entonces resultan ciertamente pueriles los esfuerzos del jurista que pretende, desde su humilde escritorio, dictar preceptos que nunca serán escuchados por nadie." (3)

Creemos que, por todo lo anteriormente expuesto, intentar una definición o conceptualización teórico-substancial del delito político, es decir, atendiendo a su naturaleza, constituiría un esfuerzo destinado al fracaso, a no ser que nos conformáramos con la definición puramente informal y tautológica que nos "enseña" que el delito político es aquel que atenta contra la seguridad interna o externa del Estado. Coincidimos con Carrara cuando sostiene que el problema debe trasladarse del campo del Derecho Penal al de la historia del crimen político para señalar no qué es el delito político, sino qué ha sido; no su concepto, sino su realidad.

Aunque este mismo autor considera inútil tal empresa, pensamos que, para apoyar las afirmaciones que hemos venido haciendo a lo largo de este capítulo, la narración aunque sea breve de la evolución del delito político a través de los tiempos, puede servir para ilustrar nuestros personales puntos de vista.

El crimen de majestatis o de lesa majestad fue una de las expresiones máximas del mudable capricho y de la veleidad que sue

len caracterizar a quienes detentan el poder, sobre todo si se trata de un poder absoluto e ilimitado, como ocurría en la Roma Imperial, en donde al decir de Mariano Ruiz Funes, "las variedades del crimen de majestatis alcanzan a lo inverosímil". (4)

La idea central del crimen de majestatis era la defensa del poder absoluto contra cualquier agresión posible; sin embargo, las agresiones no se determinaban con base en el menoscabo o daño efectivo, sino con fundamento en una estimación subjetiva y sobre todo en el capricho y en el temor.

Tiberio amplió el crimen de majestatis hasta las palabras, los signos, las imprecaciones y los gestos de mayor indiferencia, de suerte que las acciones más insignificantes y banales se convirtieron en crímenes de lesa majestad; golpear a un esclavo delante de la estatua de Augusto (Padre de Tiberio); desnudarse o vestirse ante ella; llevar una moneda con su efigie en cualquier lugar destinado a satisfacer los placeres de la voluptuosidad o las necesidades del ser humano, constituían delitos de lesa majestad.

La creación arbitraria y alejada de orientaciones racionalmente jurídicas que caracteriza al crimen de majestatis, es puesta de manifiesto en el simple repaso de las siguientes figuras delictivas: la decapitación de una estatua de Augusto, la erección de estatuas más altas que las de los Césares; los discursos de los emperadores difuntos y la venta de un terreno dentro del cual se encontrara la estatua del emperador. Nótese cómo se torturaba la imaginación para alcanzar los linderos de lo absurdo.

Es bien sabido que, conforme se aproxima la decadencia del Imperio, la deificación del Emperador se acentúa cada vez más. Constantino olvida la regla de que la injuria proferida a Dios no se castiga en la tierra, y admitía como norma válida que aquel que injuriaba al "divinizado" emperador faltando a las fiestas imperiales, debía ser sancionado en la tierra. EL mismo Constantino instruye, además, procesos contra toda persona que realizare actos de magia para predecir quién sería el próximo sucesor del emperador, porque esto constituía un atentado contra la vida de éste.

El crimen de lesa majestad no se detenía en el exacerbado intento por proteger la persona del emperador y asegurar su permanencia en el poder, sino que se extendía al ámbito de la familia imperial. Cualquier comercio ilícito con una mujer de la familia imperial, era castigado como si se tratara de un crimen de majestatis.

En cuanto a la aplicación de la pena, señala Ruiz Funes que "el criterio analógico desencadenada una verdadera epidemia de acusaciones... La pena pierde, por su parte, toda idea de personalidad y se extiende hasta a los parientes del reo, sancionándose incluso aquellas conductas que traducen una legítima devoción familiar, por lo que tienen de homenaje a la memoria proterva del delincuente. Es crimen de majestatis el hecho de llorar a un hijo ejecutado por la comisión de ese mismo delito". (5)

La asombrosa crueldad de esta última figura delictiva, se ve

superada, sin embargo, por la deshumanizada severidad de las penas que imponía el Libro 48 del Digesto, que también es conocido como "El Libro Terrible". La mayor parte de los delitos previstos, son remotos antecedentes de las diversas formas de sedición cometidas contra el Príncipe o la seguridad pública. Si el autor de un crimen de majestatis contra la República o el Príncipe no purgaba su condena, la tendrían que purgar sus sucesores; si éstos tampoco lo hacían, la herencia sería reivindicada por el fisco. Tal vez Carrara haya tenido en mente alguna de estas disposiciones cuando llama al crimen de majestatis "terrible y fantasmagórico".

Desde el punto de vista teórico, si cabe la expresión, el crimen de Estado se dividía originalmente en perduellio y crimen de majestatis.—Ambos delitos son considerados conductas nocivas dirigidas contra la comunidad. El perduellio, sostiene Mariano Ruiz Funes, "es el mal soldado" dando por admitido que toda guerra hecha por los romanos es justa... La expresión perduellio se aplica al enemigo interior y la de hosties al exterior. El término majestas designa una situación elevada; viene de mayor... El perduellio posee una última diferencia: todo acto hostil es un crimen de majestatis, pero no todo crimen de majestatis puede ser llamado perduellio". (6)

Para que exista un crimen de Estado se requiere una ofensa causada a la comunidad de manera directa. Sin embargo, como dijimos más arriba, la veleidad y la inconstancia en la determinación del crimen de majestatis por parte del emperador, echan por tierra el supuesto anterior.

Mommsen, citado por Ruiz Funes, elabora la siguiente clasificación de los crímenes de Estado:

- a) Relaciones culpables con el enemigo;
- b) Ataques a la Constitución;
- c) faltas a los deberes de la magistratura y del sacerdocio;
- d) faltas a los deberes del ciudadano para con el Estado;
- e) faltas a los deberes religiosos del ciudadano;
- f) atentados contra la persona de un magistrado de la comunidad; y
- g) delitos contra los magistrados y el emperador, como homicidio, injurias, etc.

En realidad, cualquier acto hostil al Estado o a sus funcionarios era considerado como crimen de majestatis. La carencia de precisión en su contenido corre paralela con la variabilidad de las penas, las cuales eran también indeterminadas y discrecionales. Podían ser leves sanciones pecunarias o llegar hasta la aplicación de la pena de muerte.

Por último algunas otras peculiaridades del crimen de majestatis eran: el empleo de la tortura aplicada al inculcado y a los testigos; la complicidad por omisión, consistente en la abstención de denunciar cualquier hecho preparatorio para la comisión del delito, y el permiso que tenían los esclavos para declarar contra su amo .

El incomparable acento humanizador de Beccaria, se escucha también en relación al crimen de majestatis cuando sostiene que "la tiranía y la ignorancia, que confunden las palabras y las ideas -

más claras, han dado este nombre a una porción de delitos de naturaleza totalmente diferente". "Sólo el arte de las interpretaciones odiosas -continúa-, que es, ordinariamente, la ciencia de los esclavos, puede confundir cosas que la verdad eterna ha separado por límites inmutables". (7)

El crimen de majestatis era, en suma, la voluntad arbitraria del emperador o del príncipe transformada en Derecho, de suerte que un delito específico que hoy era de lesa majestad, mañana podría dejar de serlo para ser sustituido por otra forma delictiva producto de la decisión caprichosa del soberano.

Durante la Edad Media, el crimen de majestatis siguió siendo creación omnimoda del príncipe, tan arbitraria en su estructuración y en su represión, como lo fue durante la Roma Imperial. No obstante en esta época se intenta apoyar su existencia en una serie de doctrinas que tienen la pretensión de fijar sus límites, así como estructurarlo y configurarlo teóricamente.

Julius Clarus, a quien cita Ruiz Funes en su obra "Evolución del Delito Político", fue uno de los más importantes autores que se ocuparon de justificar la arbitraria y cruenta represión del crimen de majestatis. Un grupo de juristas italianos entre los que se encontraba aquel autor, sostenía que tanto en materia substantiva como en la procesal, cualquier vicio o causa de nulidad, tratándose del crimen de majestatis, eran subsanables, por la omnipotencia del soberano.

Los límites del delito de lesa majestad los fija la voluntad del príncipe la cual es también su fuente originaria. Asimismo, se establecen diferenciaciones de este delito, en base a su gravedad, siendo los más severamente reprimidos los atentados y maquinaciones, violencias o fraudes contra la vida del Estado, del príncipe o de su familia.

Paradójicamente, este intento de los defensores del crimen de majestatis por estructurarlo y justificarlo teóricamente de una vez y para siempre, es el que provoca una más enérgica reacción doctrinal contraria de sus impugnadores quienes, como contrapartida, sientan las bases teóricas del derecho de resistencia a la opresión y del derecho a la insurrección, figuras de especial importancia jurídica tratándose de ~~los delitos políticos~~, cuyos fundamentos esenciales estudiaremos detenidamente en un capítulo posterior de este trabajo, limitándonos por ahora a hacer algunas referencias breves a su origen y evolución.

En efecto, como contrapartida a los abusos e injusticias cometidos invocando los llamados crímenes de lesa majestad, surgen diversas corrientes de opinión que tratan de justificar filosóficamente la reacción de hombre o de las sociedades ante tales excesos, llegando a aceptar inclusive, en la hipótesis del ejercicio arbitrario del poder, la destitución por la fuerza de quien lo detenta o bien su completa extinción mediante el tiranicidio.

Es cierto que diversas concepciones filosóficas de la antigüedad habían reprobado el ejercicio abusivo del poder de los

príncipes, justificando en su caso el tiranicidio. Confucio, Séneca, Polibio y Aristóteles se habían ocupado desde épocas remotas de este problema; sin embargo, no es sino hasta las postrimerías de la Edad Media y principios del Renacimiento, cuando se desarrollan las tesis fundamentales que defienden el derecho de resistencia a la tiranía, el derecho de insurrección y el tiranicidio.

Durante las guerras de religión en las que intervino Francia en el siglo XVI, Juan Boucher, párroco francés, sostuvo una posición ampliamente aceptada en su época que contemplaba dos hipótesis: el caso del tirano usurpador y el caso del tirano que abusa del poder legítimo. El primero puede ser muerto legítimamente por el poder público o por los particulares. El segundo, después de haber sido sometido a juicio, podía ser muerto por el particular o por el poder público, dependiendo de la naturaleza de los intereses que hubiera lesionado al ejercer abusivamente el poder.

George Buchanan escribió un libro en el mismo siglo, para justificar la destitución de la reina María de Escocia. El título de la obra es "Of the Sovereign Power Among the Scots", y en él expone las siguientes ideas: los frenos del poder son la costumbre y el derecho. El pueblo, por medio de sus asambleas conserva la autoridad soberana y es la fuente de ese derecho. El origen del poder del monarca es contractual -opinión que estuvo muy en boga desde el siglo XVI- y hereditaria. En virtud de ese contrato con el pueblo, el monarca se obliga a gobernar de acuer-

do con la justicia. Si falta a esta obligación, ya sea adquiriendo el poder sin consentimiento del pueblo, o ejerciéndolo de manera arbitraria, se convierte en tirano. Entonces, el pueblo puede destronar o privar de la vida al tirano que usurpa el poder o hace mal uso del trono .

Altusio sostuvo que la legitimidad de la autoridad tiene como origen el contrato con el pueblo. El ejercicio extralegal y tiránico de dicha autoridad exime al pueblo del deber correlativo de obediencia y justifica plenamente la resistencia contra ese ejercicio abusivo del poder. El derecho de resistencia debe ser ejercido pasivamente por los individuos y activamente por las asambleas públicas que pueden condenar a muerte al tirano.

De acuerdo a la muy conocida teoría del padre Juan de Mariana, el tirano es una bestia feroz, que desgarrar la patria y se transforma en su enemigo público. No es siquiera discutible la legitimidad del derecho a darle muerte, si es que se ha adueñado del imperio violentamente. En este caso, el Derecho lo es de cualquier ciudadano, quien lo puede ejercer sin mayor deliberación por parte de los demás. Si el príncipe detenta un poder legítimo, debe advertírsele primero para tratar de que corrija su proceder. Si insiste, la república o el pueblo están facultados para privarlo del poder y para matarlo. La decisión que proclama tirano a un príncipe debe ser tomada por los hombres graves y prudentes, a menos que la voz pública lo declare abiertamente. De ser así, el derecho al tiranicidio es absoluto.

Precisamente en el momento en que Inglaterra vivía la culminación del período revolucionario del siglo XVII, previo a la restauración, John Milton, citado por Ruiz Funes, justificaba el tiranicidio en su obra "Tenure of Kings and Magistrate". Condenatorias de la tiranía y apologéticas de la justicia, reproducimos las siguientes palabras de ese autor: "E indudablemente ufanarse, como hacemos nosotros, de ser una nación libre y no tener el derecho de desplazar o abolir a un gobernador supremo o subordinado, con su mismo gobierno en casos urgentes, puede complacer la propia fantasía con una libertad ridícula y falsa, capaz para engañar a niños de pecho: pero en realidad estamos bajo la tiranía y la servidumbre si nos falta ese poder, que es la raíz y fuente de toda libertad de disponer y economizar, en la tierra que Dios nos ha dado, como cabezas de familia, en propia casa y libre herencia. Sin cuyo poder, natural y esencial de una nación libre, por muy alta que se lleve la cabeza, no es posible considerarse en verdad como de mejor condición que esclavos y vasallos, nacidos en la posesión y ocupación de otro señor hereditario, cuyo gobierno, aun que sea legal o tolerable, cuelga sobre ellos como un azote señorial y no como un gobierno libre, y debe por tanto, ser deroga - do... No es ni debe ser la gloria de ningún estado protestante no haber condenado nunca a muerte a un rey; lo que si es la gloria de un monarca protestante es no haber merecido nunca esa condena. Y si el Parlamento y el Consejo militar hacen lo que resulta ser su deber, sin tener precedente alguno en que apoyarse, ello habla tanto más en favor de su sabiduría y magnanimidad, pues saben crear precedentes para los demás; y si los hombres no

degeneran mucho, acaso miren con honor, en épocas futuras, a esos antepasados y aspiren a emular los hechos ejemplares y sin par de aquéllos, como la más alta cumbre de gloria civil; esa emulación que hasta ahora se ha gastado en vano, mirando hacia afuera, en busca de fama y del dominio extranjero; pero de aquí en adelante podrán aprender una mejor fortaleza para atreverse a ejecutar en el país la suprema justicia sobre quienes traten, por la fuerza de las armas, de oprimir y robar su religión y su libertad. Que ningún potentado o tirano desenfrenado pueda, en lo futuro, buscar -salvo para su daño- tan alta e irresponsable licencia sobre la humanidad, como devastar y subvertir reinos enteros, como si para su perversa voluntad no merecieran más respeto que una nación de hormigas." (8)

Locke contempla diversas hipótesis en las que es facultad del pueblo resistir a la autoridad: cuando el príncipe usurpa el poder legislativo; cuando impide la reunión de la asamblea legislativa; cuando altera los procesos de elección; cuando entrega al pueblo al dominio de una potencia extranjera. Además sostiene que cuando cualquier autoridad excede el poder que le confiere la ley para obtener algo de un particular, deja de ser por ello autoridad y puede ser combatida como cualquier otro hombre que, sin estar facultado, invade el derecho ajeno.

Cabría recordar que aunque la aversión por la tiranía y como consecuencia, la justificación del tiranicidio y de la resistencia a la opresión, fueron proclamadas por la gran mayoría de los escritores políticos de la Edad Media y del Renacimiento, hubo

quienes sostuvieron el punto de vista contrario y defendieron sin condiciones ni reservas las formas de gobierno absoluto y aún despótico. Bodin, Hobbes y Kant negaron toda justificación al tiranicidio y la resistencia, afirmando el último de ellos, que para poder justificarlos sería necesaria la existencia de una ley que los autorizara. Para comprender mejor la posición kantiana, habría recordar el punto de partida de sus tesis filosóficas acerca del Derecho, que más tarde desembocarían, con Kelsen, en el rígido formalismo que tantas polémicas ha despertado.

Sin embargo, la reacción espontánea y vigorosa contra el ejercicio arbitrario del poder ha predominado hasta la actualidad, no sólo en el campo de la especulación doctrinaria sino dentro de la realidad misma, porque cuando el hombre es oprimido despiadadamente, perdiendo el honor y la libertad, deja de temer a la muerte, pues no puede sentir aprecio por una vida que no es tal, sino ha devenido en indignidad y oprobio.

Sobre esto último conviene recordar las palabras de Montesquieu cuando afirma que "en los países despóticos se es tan desgraciado que no se teme a la muerte, que no se lamenta perder la vida. Los suplicios suelen ser en ellos más rigurosos ".(9) Para este autor, el camino del delito político es una alternativa por la que necesariamente tienen que optar los súbditos de los regímenes despóticos.

Montesquieu y Beccaria son avanzada del pensamiento que vislumbra el advenimiento inminente de la Revolución Francesa, puente de unión entre las ideas políticas antiguas y las modernas, que condu

jo a la concepción liberal del delito político y a la cancelación irremediable a que estaba destinado el crimen de majestatis; por más que hoy en día, existan y se reproduzcan regímenes autoritarios sostenidos por la fuerza, que han vuelto a sancionar los delitos políticos con tal severidad que hacen pensar en la supervivencia de aquellos tiempos en que la sola invocación del crimen de majestatis hacía temblar a los individuos y a los pueblos. La desaparición del crimen de majestatis, coincide con los comienzos de la Revolución Francesa, no obstante que todavía a lo largo de aquella etapa histórica, se dictaron algunas disposiciones que sancionaban severamente al criminal político y en las que se establecen procedimientos discrecionales que crean caprichosamente cierto tipo de tribunales, suprimen la mayoría de las garantías procesales del reo político y se priva a éste del derecho de nombrar un defensor.

Robespierre, a quien cita Mariano Ruiz Funes, justificaba la promulgación de estas leyes de la siguiente manera: "Quieren detener con sutilezas jurídicas la marcha de la Revolución. Se tratan las conspiraciones contra la República como los litigios entre particulares. La tiranía mata y la libertad ha de discutir. Se aplica la ley penal hecha por los mismos conjurados". (10)

Cuando hace referencia a la Revolución, Robespierre alude a un estado de crisis de la sociedad, a una situación de emergencia en virtud de la cual es necesario aplicar un derecho especial: en el momento en que dos fuerzas antagónicas entran en conflicto para luchar violentamente por el poder, el Derecho Penal concebi-

do para regir tiempos de normalidad social, debe ceder su lugar a un orden de excepción que no sólo encuentra su fuente en principios normativos, sino que también toma en cuenta muchos otros factores que convergen en la conformación de esa situación anormal, es decir, un Derecho de guerra, si se le puede llamar así.

Sin embargo, este derecho punitivo de guerra tiene fundamentos distintos a los del Derecho Penal ortodoxo. No se trata de un ordenamiento inspirado en principios de validez absoluta, universal, inalterable y constante, sino simplemente es el derecho penal relativo y temporal del vencedor, en cuyo nombre trata de justificar el aniquilamiento del vencido. Precisamente porque no se fundamenta en los mismos principios filosóficos que constituyen la esencia del Derecho Penal, es por lo que no se puede hablar propiamente de la existencia de delitos, pues en el mayor número de los casos, el contenido de tales delitos es la arraigada convicción política o los compromisos impuestos por la militancia ideológica, los cuales no pueden constituir un punto de partida seguro para determinar la presencia o ausencia de una auténtica culpabilidad penal, entendida como el juicio valorativo y racional que se hace a una conducta antisocial determinada. En relación a esto último, conviene recordar las palabras de Erio Sala, citado por Carrara: "No siempre podemos admitir que en los delitos políticos aparezca la verdadera entidad del delito, ya que no raras veces son efecto de convicciones por sí mismas inculpables".(11)

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Carrara Francesco. Programa del Corso di Diritto Criminale dettato nella Regia Università di Pisa. Temis, Bogotá. 1974. Pag. 517
- (2) Carrara F. Op. Cit. Pag. 519
- (3) Carrara F. Op. Cit. Pag. 520
- (4) Ruiz Funes Mariano. Evolución del Delito Político. Hermes, México. 1964. Pag. 35

- (5) Ruiz Funes M. Op. Cit. Pag. 37
- (6) Ruiz Funes M. Op. Cit. Pag. 58
- (7) Beccaria C.B., citado por Ruiz Funes M. Op. Cit. Pag. 88
- (8) Milton John, citado por Ruiz Funes M. Op. Cit. Pag. 102
- (9) Montesquieu, citado por Ruiz Funes M. Op. Cit. Pag. 103
- (10) Ruiz Funes M. Op. Cit. Pag. 109
- (11) Sala Erio, citado por Carrara F. Op. Cit. Pag. 518

C A P I T U L O I I

ENSAYOS TEORICOS PARA DEFINIR EL DELITO POLITICO.- Teorías jurídicas.- Teorías políticas.- El delito político y la teoría de la pena.

En el capítulo anterior, coincidiendo con el pensamiento de Carrara, hemos sostenido la imposibilidad de elaborar una teoría universalmente válida del delito político que nos permita distinguir sus elementos esenciales y sus características inequívocas. Hemos preferido, por tanto, atender exclusivamente a la evolución objetiva del tratamiento que se ha dado al crimen político a través de las diferentes etapas de la historia, realizando más que un análisis propiamente teórico, un examen de naturaleza fáctica.

Como resultado de ese examen, estamos en condiciones de decir lo que ha sido el delito político, pero no lo que es; en otros términos, hemos trasladado el problema del terreno de la teoría al de las realidades singulares y sucesivas que constituyen el conocimiento histórico. Como afirma Carrara, el delito político sólo es susceptible de una consideración contingente como contingentes son las realidades dentro de las que se origina y existe.

Pese a lo incuestionable de estos puntos de vista, no deja de resultar interesante presentar, aunque sea en forma sucinta, las principales teorías que, con fundamento en diferentes criterios, han tratado de explicar el delito político.

Siguiendo el acucioso estudio realizado por Mariano Ruiz Funes en su obra "Evolución del Delito Político", cabría hacer referencia,

por lo menos, a las teorías jurídicas en sentido estricto, después a las teorías políticas y por último a las teorías penológicas.

En relación a las primeras, Mariano Ruiz Funes distingue entre las teorías jurídicas objetivas, que toman en cuenta principalmente el daño causado, la naturaleza del derecho violado y el bien jurídico tutelado; y las teorías jurídicas subjetivas, que centran su interés en el estudio del agente activo del delito político, procurando dilucidar cuáles han sido los factores criminógenos externos e internos, que lo han impulsado a la comisión de la conducta delictiva. Por la atención preponderante en el hombre-delincuente, más que en el hecho-delito, consideramos especialmente interesantes éstas últimas.

TEORIAS JURIDICAS OBJETIVAS.-

En sus "Principios Generales de Derecho Penal Belga", Haus pretende realizar una construcción doctrinaria, sobre bases jurídicas, del delito político, afirmando que cualquier atentado al orden establecido en un Estado constituye una actividad jurídicamente relevante en la configuración teórica del delito político. El concepto orden político abarca un doble aspecto: exterioridad por lo que atañe a la seguridad de la nación, su integridad territorial y su independencia en el ámbito internacional; interioridad en lo que respecta a la forma de gobierno, a la naturaleza de los poderes públicos y a los derechos de los ciudadanos. Cualquier conducta que tenga como finalidad la alteración de ese orden político, sea en su

aspecto externo o interno, configurará un caso particular de la hipótesis abstracta del tipo descriptivo del delito político, según este autor.

Salta a la vista que, de la época en que Haus escribió su obra, al estado actual de la ciencia jurídico-penal en relación al crimen político, se ha producido una notable evolución doctrinal en lo que respecta a los supuestos teóricos entonces previstos pues, por vía de ejemplo, en nuestra legislación vigente sólo algunas conductas que atentan contra la seguridad interna del Estado se consideran delitos políticos.

En otra obra del siglo pasado, intitulada "Ciencia Penal y Derecho Positivo", Prinse sostiene que los delitos políticos poseen caracteres particulares que los diferencian de los delitos comunes.

Afirma que el concepto del delito político es variable y contingente, pues lo que impone a un ilícito su carácter político es el hecho de atentar contra un orden también político, que tiene como fundamento un ideal que es profesado por una mayoría, la cual se haya en pugna contra una minoría de oponentes que cuestiona ese ideal y pretende substituirlo por otro. Los ideales políticos son esencialmente variables en el tiempo y en el espacio, no obstante lo cual normalmente el ideal de la mayoría es el aceptable y el de la minoría debe ser rechazado.

Prinse sigue diciendo que los delitos políticos serán aquellos que atenten en contra de cualquiera de los elementos integrantes del Estado, o en contra de cualquiera de las actividades de sus

poderes constituidos. En otras palabras, cuando una conducta intenta destruir el orden establecido y sostenido por el Estado, como decía Haus, orden exterior o interior, se configurará un delito político, al margen de las modalidades, peculiaridades, móviles o finalidades que esa conducta pueda tener.

Si enlazamos algunas reflexiones de Prinse en torno a la mutabilidad de la mayoría sostenedora de un ideal político y de la minoría sustentadora de otro distinto, con el pensamiento de Carrara sobre este particular, descubriremos la razón que asiste a este último, cuando afirma que mayoría y minoría son conceptos muy endebles y de escasa utilidad teórica, pues lo que hoy es minoría mañana puede tornarse imprevisiblemente en abrumadora mayoría o viceversa.

Por otro lado, los insignes comentaristas del Código Penal Francés Chauveau y Hélie asignan caracteres distintivos a las infracciones políticas y las separan de los ilícitos de orden común. Las primeras tienen una naturaleza distinta, un menor grado de inmoralidad y un mayor grado de incertidumbre; importan a una nación o grupo de naciones cuyas formas sociales atacan, y provocan represión en variables formas e intensidades de acuerdo a la fortaleza o debilidad de quien ejerce el poder o del momento pacífico o revolucionario en que la propia nación se encuentre.

Para Buccelatti el delito político no es sino una creación de cada Estado para salvaguardar su propia seguridad. Su regulación no tiene como objetivo la afirmación del orden jurídico, sino sólo

la finalidad utilitaria de conservar el poder establecido. Según este autor, un concepto racional y positivo del delito político de be ser elaborado tomando en cuenta las siguientes previsiones:

a) la configuración del delito político constituye una afirmación de carácter esencialmente jurídico del Estado, que ha de procurar el bien común, no sólo el aseguramiento del poder; b) es necesario que penetre en la conciencia del ciudadano la convicción de que es una parte integrante de todo el Estado y, como tal, tiene obligación de respetarlo y de soportar las sanciones penales a la conducta que trata de desintegrarlo o poner en peligro su existencia.

Arabia sostiene una posición particularmente importante a nuestro entender, pues afirma que sólo existirán delitos políticos cuando se pretenda cambiar por medios ilegales, la forma constitucional del Estado o los atributos de los poderes establecidos. Sin embargo, admite la posibilidad de que esos poderes se hayan excedido, actuando fuera de la esfera de competencia que el propio ordenamiento les confiere, menoscabando, por tanto, la libertad de los gobernados, caso en el cual la acción violenta y revolucionaria será legítima, creándose más que una situación de Derecho, una situación de hecho, que no se resuelve por medios jurídicos sino por la fuerza. En este punto, volvemos a ligar nuestro estudio con el problema de la resistencia activa a la opresión, que será tratado específicamente en un capítulo posterior de este trabajo.

La opinión de Arabia se relaciona con la sostenida por Conti,

cuando éste afirma que existen ciertos fenómenos de divergencia colectiva en los Estados, cuando la conciencia política y la conciencia jurídica marchan por rumbos distintos. Se han creado nuevas necesidades políticas y sociales y el Derecho no ha evolucionado para darles satisfactoria protección a través de normas jurídicas. El equilibrio social se ha roto por la discordancia entre realidad y Derecho y en ocasiones esa discordancia sólo se resuelve por medio de la coerción revolucionaria que pretende imponer a la conciencia jurídica los dictados de la conciencia política y social, pugnando por renovar las instituciones fundamentales para satisfacer esas nuevas necesidades manifestadas en el momento en que se hace más ostensible el desequilibrio entre los requerimientos colectivos y el orden jurídico prevaleciente.

Los resultados puede tener esa acción revolucionaria; si triunfa, lo que en un principio fue rebelión se convierte en legitimidad estatal y por tanto en Derecho, quedando consagrada por la legalidad; si fracasa, será porque los detentadores del poder han sido suficientemente fuertes para sofocar la rebelión y, una vez sofocada ésta, estarán en condiciones de atribuir naturaleza delictiva a los hechos ocurridos y, con esa base, reprimir todas las conductas político-criminales que hayan tenido lugar. En otras palabras, si la revolución vence, se transforma en Derecho; si fracasa, todos los actos y procesos sociales inherentes a la misma serán formas de delincuencia política. Sobre este tema insistiremos más adelante.

Por último, los juristas mexicanos Ceniceros y Garrido, y el jurista cubano José Agustín Martínez, adoptan una posición formalista.

ta, afirmando que todo ataque en contra de la soberanía del Estado, su independencia y la integridad de su territorio, así como todo atentado en contra de los órganos del Estado a través de los cuales exterioriza su poder y ejerce su autoridad, será un delito político, al margen del fin que se persiga al realizar ese ataque o atentado. La consideración de los móviles que han impulsado al delincuente político a asumir ese tipo de conducta, es precisamente el punto de partida de las diversas teorías jurídicas subjetivas que a continuación analizaremos.

TEORIAS JURIDICAS SUBJETIVAS.

Contrariamente a las teorías que fijan su atención preponderante en el daño objetivamente causado al sujeto pasivo del delito político, el bien jurídico atacado y la sanción aplicable a la infracción cometida, existe otra corriente cuyo enfoque tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esta posición doctrinal concentra su atención en el delincuente político más que en el delito político y pretende explicar este último en base a los móviles, impulsos, propósitos y finalidades que han operado como motores en el ánimo del propio delincuente conduciéndolo a realizar la llamada conducta delictiva. En otras palabras, es el conocimiento casuístico del delincuente político el que permitirá explicar este tipo de fenomenología político-criminal, porque el quid de la cuestión radica no en el resultado objetivo de la conducta, sino en los caracteres subjetivos del agente.

En el Primer Congreso de Antropología Criminal que tuvo lugar en Roma a finales del siglo pasado, un eminente jurista italiano -

apellidado Laschi, afirmaba que el tratamiento que se ha dado a través de la historia al crimen político ha sido empírico, circunstancial y en ocasiones crudelísimo, y que en momentos de agitación social los legisladores modernos han echado mano de disposiciones - anacrónicas, preocupándose sólo de las consecuencias objetivas de las infracciones políticas sin prestar atención ni a los autores de las mismas ni a las causas que las engendran.

Este mismo jurista italiano, en compañía del insigne Cesare Lombroso, adoptan una posición teórica dominada por una preocupación antropológica muy pronunciada. Más que el crimen, les interesa el criminal, y aquél es sólo estudiado desde un punto de vista etiológico, es decir, atendiendo a las causas que lo generan, mientras que el sujeto activo recibe un tratamiento integral que abarca los más complejos aspectos de temperamento, clima, demografía, raza, medio social, etc, que conducen a la conclusión de que el delito político es un producto combinado de muy variados elementos y de la concurrencia de muy diversos factores económicos, sociales y políticos. El único aspecto que queda sutilmente soslayado en su estudio, es el que debiera tener un carácter estrictamente técnico-jurídico.

Sighelle sostiene que para que una conducta violatoria de una - norma jurídico-penal común tenga efectos antijurídicos de verdadera trascendencia, es necesario que atente en contra de los sentimientos de piedad y de probidad, o en contra del respeto a la propia ley que constituye para el Estado un derecho análogo al de todo individuo de preservar la integridad de su honor. Afirma, además, que los delitos políticos en la gran mayoría de los casos no constituyen una ofensa

a esos sentimientos de probidad y de piedad o, por lo menos, si la constituye, ésta no es igual ni en forma ni en grado a las ofensas que producen los crímenes comunes. Opina que esta disimilitud en los efectos producidos, es reveladora de la peculiaridad, tanto de los delitos políticos cuanto de los delincuentes políticos, concluyendo que estos últimos testimonian, a fin de cuentas, la inadaptación específica a una forma de gobierno, más que la inadaptación general al ambiente social, que es característica, esta última, de la delincuencia común.

De gran importancia y positivo acierto nos parecen las ideas de Carelli cuando manifiesta que entre los llamados delincuentes políticos existen verdaderos tipos sin criminalidad, que no son auténticos criminales definidos por una conducta básicamente antisocial. Continúa diciendo que estos sujetos son víctimas de claras tendencias personales o de partidos, que pueden ser dicutibles pero que generalmente persiguen fines moralmente no repudiables. Observa, además, que los códigos penales no deben convertirse en fuentes de los programas de los partidos políticos, sino situarse siempre por encima de ellos, reprimiendo también sus excesos delictuosos.

Cuánta razón tiene Carelli al afirmar lo anterior, pues cuando el carácter imparcial del Derecho es invadido por el interés esencialmente partidista de la política, aquél se torna, indefectiblemente, también partidista, y quienes en un momento determinado ejercen el poder, tendrían a su servicio los instrumentos de la justicia. Tal parece que el pensamiento de este autor revive el eco de las certeras frases pronunciadas años antes en el Congreso de Antropología Crimi-

nal por Lioy, quien afirmaba: "Los acusados políticos son con frecuencia hombres con un gran sentido de la moral, no son ellos los delincuentes; buscad los delincuentes entre los opresores y los verdugos de los grandes hombres". (1)

Para Florian y para Ferri el concepto del delito político debe estructurarse en torno al fin que se propone conseguir el sujeto activo. Si el fin es político, el delito será también político. Florian sostiene que los ataques a la soberanía, a la independencia y a los órganos constitucionales de un Estado, configuran los delitos políticos puros; los ataques a los derechos políticos de los ciudadanos, constituyen los delitos políticos indirectos; y los ataques a la organización político-social dan lugar a los delitos sociales.

Agrega Florian que el bien jurídico amenazado por el delito político, que lo es la supervivencia del Estado, considerado en su contenido y en su forma, puede ser analizado objetiva y subjetivamente. Prescindiendo del fin de las personas, tendremos el delito objetivamente político. El fin, sin embargo, es un elemento esencial cuando se trata de contemplar el delito político en su perspectiva histórica, es decir, como un acto sustancialmente antijurídico pero que, en razón de los impulsos que le dieron vida, puede convertirse en un acto indirectamente jurídico.

Ferri, por su parte, sostiene que el delito político no va acompañado por las formas tradicionales de la criminalidad común, sino que se produce en base a ciertos impulsos de mejoramiento de

toda una colectividad o de una clase determinada, y que, al aumentar la criminalidad política en comparación con la común, es preciso tener en cuenta, de modo primordial, las diferentes características antropológicas del delincuente.

Siguiendo a este autor, Paoli sostiene que es fundamental valorar el carácter subjetivo-psicológico del móvil criminal. El carácter del delito se hallará en la íntima relación de la situación personal del delincuente con el móvil que le incitó a actuar y con el fin que se propone lograr.

Vidal, por su parte, afirma respecto del delincuente político, que tal vez éste se engañe en cuanto a la bondad o viabilidad de sus fines, pero que siempre deberá tomarse en cuenta los móviles a que obedece su conducta: puede ser que se trate de un hombre de vanguardia que pretenda lograr un importante progreso social. Su error quizá consista en querer ir muy de prisa o en emplear medios indebidos o ilegales para lograr sus finalidades. Por lo anterior, su criminalidad no puede compararse con la del delincuente común. La inmoralidad de su conducta es inexistente o tan sólo relativa, y depende de tiempos y lugares. Quien comete un delito político es, más que un delincuente, un vencido en un momento determinado, que más adelante podría ser el vencedor y llegara a asumir la dirección del Estado y de sus instituciones. Si se tiene en consideración la nobleza de los sentimientos, el apego a los principios y la calidad de los móviles de la delincuencia política, se podrá sostener que la represión penal en su contra no es estrictamente defensa social que ponga a salvo la

existencia de la sociedad, sino más bien la defensa de un grupo, de una casta o de un partido que pretenden preservar una organización o un régimen político en el poder.

Jiménez de Asúa sustenta la siguiente tesis: con fundamento en la distinción que hace Ferri entre delincuencia atávica y delincuencia evolutiva, considera el delito político como una forma de delincuencia evolutiva. Sostiene, además, que la causa más común del delito político es el deseo de mejorar las instituciones políticas y el bienestar general de la masa de la sociedad, negando así toda peligrosidad a esta forma de delincuencia. "El fin que generalmente se propone -afirma este autor- es el de acelerar el progreso y el de dar una mayor rapidez a los cambios, probablemente inevitables, lejos de impedir la marcha ascendente de la humanidad". (2)

Por último Cuello Calón, opina que es característico de los delitos políticos la elevada nobleza de sus móviles y de sus fines. Los delincuentes políticos no son socialmente peligrosos y su conducta no es reprochable desde el punto de vista moral.

TEORIAS POLITICAS.-

Las teorías políticas pueden dividirse en dos grandes apartados: las liberales y las autoritarias.

Teorías Políticas Liberales.

La concepción liberal del delito político se erige sobre la base del respeto a todas las conciencias, del derecho a la libre crítica, de la necesidad de sancionar sólo a las conductas anti-jurídicas que atentan contra la organización política sostenida por el consentimiento soberano del pueblo. Las ideas del liberalismo en esta materia representan un eslabón fundamental en la aún inconclusa cadena de reflexiones teóricas tendientes a fijar los límites conceptuales del delito político. Estas ideas representan el más fuerte valladar contra el que se estrellan los últimos intentos de aplicación del cruel e impío crimen de lesa majestad, a que hemos hecho referencia en el capítulo anterior.

Montesquieu se ocupa del delito político en el "Espíritu de las Leyes". Hace notar el peligro que entraña el crimen de lesa majestad por su exesiva vaguedad, que da lugar a constantes arbitrariedades, observando respecto de su contenido, que en ocasiones carece de sustancia. Además realiza una certera crítica de aquellas formas delictivas que no requieren de una acción criminal objetiva, sino que basta con la simple expresión del deseo de llevar a cabo una conducta considerada como criminal, para que se declare consumado el delito. Señala la necesidad de suprimir actos que no son sino venganza cruel en contra de los conspiradores vencidos, porque tal venganza degenera en tiranía y en despotismo. En ocasiones la defensa de un orden jurídico impone restricciones a su ejercicio; por eso, cuando la República ha vencido a los que pretenden derrotarla, es preciso limitar los castigos e impedir la venganza propiamente dicha.

Las palabras de Beccaria en relación al delito político son reveladoras. Sostiene que sólo la ignorancia y la tiranía han podido dar el nombre de delitos de lesa majestad a conductas tan distintas en su naturaleza, haciendo que los hombres sean en casos extremos víctimas de una palabra y no de una acción u omisión. Si se tiene en cuenta que el crimen de lesa majestad, era más de palabra que de obra, la razón de Beccaria al pronunciarse contra la punibilidad de la expresión de las ideas y del pensamiento es incontrovertible. Beccaria afirma que debe existir un criterio moral que sirva de fundamento para castigar algunos delitos y que de ninguna manera debe ser suplantado por el interés que persiga una clase en el poder, ni por la decisión de que su supremacía se imponga por la fuerza.

Desde otra posición, Filangieri contribuye también a fijar los límites del delito político. Sostiene que el verdadero crimen de lesa majestad es la resistencia violenta a las órdenes del soberano. Cuando se recurre a la fuerza para desobedecerlo, cuando se trata de revocar la ley, no por medio de la razón, -- sino por la violencia, tomando las armas y declarándole la guerra, se lesiona la soberanía y es cuando el soberano tiene derecho a defenderse.

De acuerdo con este autor, sólo los actos que atenten en contra de las instituciones del Estado o los ordenamientos jurídicos en que éste basa su existencia, son delitos políticos o, como él los llama, delitos contra el orden público. De esta manera, el

crimen de lesa majestad ve muy reducido su campo de aplicación, pues se eliminan de esta categoría todos los delitos que no sean de obra y que nada tienen que ver con el orden público en sentido estricto.

Benthan plantea una clasificación de los delitos para distinguir los que dañan a un individuo o a una parte de la comunidad, de los que producen un daño común a todos los miembros de un Estado. Es tos últimos son los delitos públicos o políticos, los cuales según este autor, poseen las siguientes características: no producen una situación de peligro grave, pues aunque éste pueda llegar a presentarse, es incierto e indeterminable; no atacan a los individuos salvo cuando se convierten en delitos privados; la pena no puede imponerse conforme a los criterios del Talión; nadie en particular tiene interés en perseguirlos judicialmente; el mal que producen es comparativamente de escasa apariencia; la censura moral es menor; tienen un ca rácter contingente determinado por circunstancias metajurídicas, como son las políticas o geográficas; la eficacia de la pena es mínima por que una parte del mal producido no puede sancionarse con los medios adecuados ni éstos tienen efectos de verdadera ejemplaridad.

Las afirmaciones de Benthan nos parecen definitivas, sobre todo dos que, tienen para la actualidad una gran importancia: primera, que el delito político tiene un carácter ostensiblemente contingente, pues su contenido varía de acuerdo a los intereses específicos de una parte de la sociedad que se sirve del Derecho y del poder para proteger esos intereses. Tales contingencias son sumamente variables y quienes hoy son considerados delincuentes, pueden convertirse mañana en directores de los destinos de un Estado. Ante -----

una complejidad tan grande como la de la realidad de la política, el Derecho asume una función puramente instrumental y pierde sus valores immanentes. La segunda afirmación que nos interesa destacar es la de que los resultados de la aplicación de la pena son mínimos, pues difícilmente se logrará que los llamados delincuentes políticos modifiquen sus convicciones ideológicas o las cambien por aquellas que no aceptan y que fueron precisamente las que motivaron su conducta con el afán de hacer prevalecer las suyas propias. Por el contrario, generalmente la aplicación de sanciones por delitos políticos exacerba las pasiones y provoca mayor inconformidad.

Las ideas que a continuación recordaremos tienen, dentro de este tema, relevante importancia; pertenecen a Guizot, cuyo pensamiento en materia de delitos políticos resulta muy ilustrativo. A Guizot preocupa preponderantemente la conservación de la justicia en su estado puro, es decir, sin influencia de vicisitudes políticas ni de tendencias individuales. La justicia no debe reconocer vencidos ni vencedores en materia política ni menos debe estar al servicio de estos últimos. Cuando la política ha influido en la justicia, la justicia deja de ser tal y se convierte precisamente en política.

Este autor insiste en la necesidad de que el delito político tenga caracteres bien definidos y concretos pues, de lo contrario, se cae en peligrosas ambigüedades, que estarán al servicio de quien intenta el poder y trata de conservarlo. En cuanto a la pena de muerte, arma predilecta para combatir el delito político, considera que es un hábito y una rutina de los que, adueñados del poder, pretenden

mantenerse en él por medios legales, y sin embargo, eliminan sus - enemigos abusando de la fuerza. La aplicación de la pena de muerte a esta clase de delincuentes, no produce la misma impresión moral que cuando dicha sanción se impone a los criminales comunes.

Para Guizot el peligro social que pudiera representar la delincuencia política no es suficiente para justificar la aplicación de la pena de muerte, pues cuando la criminalidad moral es dudosa, la sanción aparentemente justa que se le impone es en realidad injusta. Es muy frecuente que la intención del enjuiciado sea pura o excusable y sobre todo desinteresada, de suerte que la pena de muerte no es un castigo, sino la forma de inmolar a un hombre a dioses mortales y terrestres. En la actualidad, sostiene este autor, no son tanto los hombres los que luchan por el poder político sino más bien - los sistemas de gobierno los que se enfrentan o contraponen. Los individuos sólo son instrumentos de intereses generales y la pena de muerte no es, en estas circunstancias, ni necesaria ni eficaz. Señala Guizot que en los momentos de mayor efervescencia política, más grande es la tentación de aplicar penas severísimas, olvidándose de los más elementales principios de humanidad y dejando de lado a la justicia, para que su lugar lo ocupen los intereses y las pasiones.

Rossi sostiene que la ley ha servido a todos los sistemas y a todas las tendencias. En ocasiones ha usurpado las funciones de la justicia eterna, y en otras se ha entregado, bajamente, al servicio de intereses puramente personales y pasajeros. Esta degeneración de la Ley Penal se observa tratándose de los delitos políticos cuando

do éstos no son creados de manera precisa y concreta, sino sólo se configuran como una acción discrecional del poder de un Estado. Ese poder va acumulando en sus códigos crímenes imaginarios, que no siempre están de acuerdo con las normas morales. Lo mismo ocurre en relación a las penas que asumen un carácter desproporcionado y abusivo. Solamente cuando existe una situación política estable en la sociedad, esos delitos dejan de tener efectos tan deplorables y tan excesivos, para empezar a producirlos en forma racional y legítima.

Los diversos criterios que hemos repasado, conforman el cuerpo doctrinal del pensamiento político liberal acerca del controvertido tema de los delitos políticos. La corriente del liberalismo intenta configurar el concepto moderno del delito político, tratando de eliminar sus notas contingentes, variables y notoriamente injustas, poniendo de relieve la necesidad de un tratamiento especial para quienes incurren en esta clase de ilícitos.

De acuerdo a las doctrinas basadas en el constitucionalismo demo-liberal, el delito político debiera reducirse a los casos en que se ataca al Estado en su integridad o se impida la realización de sus fines; al gobierno legítimo y a sus órganos representativos, a los poderes públicos y a las funciones de éstos; al jefe de Estado; a la forma de gobierno y a los derechos de los ciudadanos garantizados por la Constitución.

EL DELITO POLITICO EN LOS SISTEMAS AUTORITARIOS.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la necesidad de fijar nítidamente los límites de aplicación de las normas jurídico-penales

tratándose de los delitos políticos, para evitar el ejercicio arbitrario y abusivo de la facultad del Estado de reprimir determinadas conductas. En los regímenes liberales se dan casos frecuentes de incriminaciones políticas que se sustentan, ya sea sobre la base de intereses partidistas que se ven afectados, o de tendencias sectoriales que pretenden imponer sus decisiones unilateralmente; incriminaciones de las que son víctimas individuos que en realidad representan lo más granado de la sociedad desde el punto de vista intelectual, y cuya única falta consiste en el deseo de hacer progresar a un Estado, si bien es cierto que en detrimento de las clases políticas y económicamente privilegiadas. No obstante, los Estados democráticos liberales organizados políticamente sobre los principios generales de la democracia, uno de los cuales es la autolimitación del poder del Estado por el Derecho, al menos siguen la tendencia a describir y a estructurar en sus leyes penales, en forma suficientemente clara, las conductas que por disposición de esas propias leyes se consideran delitos políticos.

Nos referimos por supuesto a aquellos regímenes cuya realidad política se ajusta en una medida más o menos aceptable a la estructura constitucional en la que se fundamenta, y no a aquellos otros que se autodenominan estados democráticos sin serlo en la práctica, ya que es del dominio público que, en la actualidad, la gran mayoría de los estados del mundo, por no decir que todos, sin importar cuál sea su filiación ideológica, se declaran respetuosos de los principios generales de la democracia, sin que tal declaración formal corresponda en todos los casos a su realidad fáctica.

En aquellos estados democráticos en los que el ejercicio coti-

diano del poder respeta los postulados fundamentales del constitucionalismo demo-liberal, el individuo posee, entre otras muchas garantías, la que en materia penal se denomina garantía de legalidad, consistente en la prohibición al Estado de aplicar cualquier sanción si ésta no se halla previamente establecida en una ley, y si la conducta sancionada no está también prevista de manera clara e inequívoca.

Por estas razones, si bien es cierto que la aplicación de la Ley Penal tratándose de los delitos políticos, en muchas ocasiones se traduce en el castigo a conductas que en esencia no son realmente reprobables, también lo es que los preceptos relativos describen o tipifican esas conductas en forma definida y clara, lo que impide, en principio, su aplicación abusiva, caprichosa o arbitraria.

Otra es la situación que prevalece en el campo de la incriminación por delitos políticos en los regímenes que genéricamente se denominan autoritarios o totalitarios.

Por la especial estructuración político-jurídica de estos regímenes, cuya característica es la concentración del poder y la anulación gradual de los tradicionales derechos del hombre en aras del interés del Estado, la participación política del individuo está todavía más disminuida que en los regímenes democráticos, si bien es cierto que en algunos de éstos resulta más teórica que real. En los regímenes totalitarios, la participación real de los ciudadanos en los procesos de formación del poder del Estado es casi nula, apar

te de que están canceladas todas las posibilidades de cualquier actividad crítica, cuestionadora o disidente respecto de dicho poder o las formas de su ejercicio, pues la reacción inmediata es dejar caer sobre aquel que la intenta todo el peso de la represión.

En los regímenes totalitarios, sean éstos fascistas, nacional-socialistas, socialistas-marxistas, o simplemente dictatoriales como los que existen en Africa y en Centro y Sudamérica, la descripción formal y la aplicación práctica de los delitos políticos presentan rasgos muy característicos. La caracterización legal es ambigua e imprecisa y en ocasiones se admite la interpretación analógica. La aplicación es rápida, sumaria y severísima.

Para el examen de los delitos políticos en los regímenes autoritarios emplearemos como modelos a los sistemas fascista y nacionalsocialista, ya desaparecidos, y al régimen soviético socialista.

EL DELITO POLITICO EN EL AMBITO FASCISTA.

El concepto de delito político en el régimen fascista es un concepto metajurídico, sin ninguna originalidad ni contenido filosófico o moral. Además, es contingente e impreciso; tiene como única finalidad la protección de una ideología, de un grupo o de una secta. Las razones sobre las que se basa la punibilidad del delito político fascista no tienen su origen ni en el respeto a la ley, ni en la voluntad de la mayoría, sino sólo en la autodefensa penal del Estado prevaleciente.

El destacado jurista italiano Manzini, afirma que los delitos políticos contenidos en el Código Penal Italiano, constituyen más bien incriminaciones de peligro que de daño. Es decir, que todo aquello que el Estado consideraba peligroso, lo elevaba a la categoría de delito; de ahí la numerosa creación de delitos artificiales sin contenido sustancialmente válido por cuanto a los bienes jurídicos tutelados.

Además de incluir en su Código Penal los delitos que en los países demócratas occidentales se consideran atentatorios contra la seguridad externa e interna del Estado, el régimen fascista incluía también figuras tan artificiosas como las siguientes:

- a) "Derrotismo" político y económico en tiempo de guerra;
- b) Atentados contra la dignidad del rey y la familia real (remi-
niscencia del crimen de majestatis);
- c) Utilización para fines particulares de secretos o descubri-
mientos científicos e industriales que interesen al Estado.

El delito político es, en mayor o menor medida, una configuración que responde al interés y a los propósitos del Estado, al margen de cuál sea el fundamento ideológico de éste. La diferencia en los diferentes casos radica en el grado de falsedad de los supuestos utilizados, que varían de un régimen político a otro. Si comparamos el delito político del Estado liberal con el delito político del Estado fascista, encontraremos que en ambos sistemas se invoca la necesidad de tutelar penalmente la existencia del Estado, sólo que en aquél las bases y los medios son más jurídicos que políticos, mientras que en éste sucede lo contrario.

EL DELITO POLITICO EN EL NACIONALSOCIALISMO.

En rigor, es siempre el orden impuesto por el Estado el bien jurídico que se pretende proteger a través de las tipificaciones del crimen político. Por ello, cuando se analizan los delitos políticos del nacionalsocialismo, el primer dato que se obtiene es su carácter obviamente ideológico, pues aparecen como creaciones artificiales tendientes a preservar y perpetuar una filosofía social y política en la que se sustenta toda la estructura del poder establecido y cuya importancia es vital para sus detentadores, a semejanza de los dogmas y los mitos religiosos en otras épocas de la evolución humana. De ahí que aparezcan con evidencia objetivos específicos que para otros Estados serían irrelevantes, como la conservación de la raza aria y el respeto a la doctrina nacionalsocialista.

Rosemberg afirmaba que el Derecho era -y al decir Derecho involucramos implícitamente al Derecho Penal- lo que los años consideraban como tal; el no Derecho, lo que rechazaban.

Con lógica similar se sostiene que las ideas de justicia y de autoridad encuentran su origen en la voluntad del Führer, y en los planes trazados por él. Fácil es deducir de lo anterior, que el delito político era lo que el Führer quería, lo que él definía y que él mismo consideraba necesario sancionar. Si el Führer no había previsto una conducta determinada en una de sus ordenanzas, pero ésta resultaba circunstancialmente nociva para el régimen, el juez debía sin embargo aplicar una sanción de acuerdo al sano sen-

timiento del pueblo para proteger a éste y al Estado alemán que le da forma y unidad.

Así pues, la mayoría de los crímenes políticos estaban contenidos en las ordenanzas expedidas por el Führer en su calidad de primer protector del Estado alemán y de su pueblo. En ellas se prohibían, por ejemplo, el matrimonio y las relaciones sexuales entre judíos y alemanes, o que una persona de sangre impura tomase como sirvienta a una persona de sangre alemana o semejante.

De otra parte, era punible toda actividad de propaganda comunista sancionándola con pena de muerte. Además, se establece como pena a los delincuentes discrecionalmente considerados como peligrosos la castración, más bien como medida proteccionista de la "raza pura" que como medio preventivo de ciertos delitos del orden común. La famosa ley de esterilización, que fue utilizada como un brutal medio de represión de la disidencia política, era otro instrumento para combatir a los enemigos del Estado.

Con estos ejemplos puede observarse claramente que el nacional socialismo ni siquiera pretende justificar la existencia del delito político con razonamientos jurídicos. Utiliza el Derecho Penal como uno más de sus instrumentos de dominación, al servicio de una filosofía y un sistema.

EL DELITO POLITICO CONFORME AL SOCIALISMO SOVIETICO

El Derecho Penal Soviético se apoya en las siguientes bases:

a).- Interpretación teleológica de la Ley Penal realizada por

el juez en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, para determinar cuál habría sido la voluntad del legislador de haber conocido el caso concreto, y no cuál fue su voluntad al crear la Ley;

- b) Es más importante el tratamiento del delincuente que el delito mismo. La política criminal tiene un papel fundamental en la Unión Soviética y puede consistir en medidas de eliminación de los enemigos de la clase proletaria, así como de coacción aplicable a los trabajadores que atenten en contra del orden revolucionario, con miras a convencerlos y a corregirlos;
- c) El criterio de la aplicación de la norma penal es la peligrosidad, pero en la Unión Soviética tiene un contenido específico que se desprende del siguiente precepto general tomado del Código Penal: "Se reputará peligrosa toda acción u omisión contra el Estado soviético o contra el orden jurídico de transición a la organización social comunista".

Del mismo Código extraemos los preceptos más importantes en materia de delitos políticos:

El artículo 57 dice que los delitos contra la revolución son los que ataquen al poder de los obreros y campesinos establecido por la Constitución de la Unión Soviética. Asimismo, es contrarrevolucionaria toda acción dirigida a obtener ayuda de la burguesía internacional. También las relaciones subrepticias con gobiernos extranjeros, los actos de terrorismo, etc. Los delitos contra el Estado, además de los contrarrevolucionarios, son los dirigidos contra el orden gubernativo, contra la administración pública y contra la separación de la Iglesia y el Estado. Estos delitos no son denominados políti-

cos sino públicos.

El artículo 58 tipifica los delitos más graves y los más severamente sancionados que son los actos contrarrevolucionarios en el campo económico, que se castigan incluso con el fusilamiento.

Existe, además, la aplicación analógica en forma muy extensiva, lo que hace pensar más bien en un sistema de elaboración del Derecho por parte del juez, de suerte que en el conflicto planteado entre el axioma "nullun crimen sine proevia legge penale" y la creación libre del Derecho, prevalece esta última y se anula la seguridad jurídica que, como hemos visto, en lo que respecta al delito político es el valladar infranqueable que hace triunfar al Derecho sobre la arbitrariedad.

EL DELITO POLITICO EN RELACION CON LA PENA

Anteriormente nos hemos referido a algunas peculiaridades que distinguen al delito político del delito común. Entre ellas, mencionamos la naturaleza contingente de aquellos delitos, la falta de certidumbre en relación con los efectos perjudiciales que pudieran producir, el tipo de sanción aplicada, etc., caracteres que les confieren una fisonomía propia y particular. Sin embargo, es en el campo de la sanción penal donde más claramente se ponen de manifiesto las mayores discrepancias entre las diversas corrientes de opinión.

En relación a la estructuración formal del delito político y

al bien jurídico tutelado, existe una coincidencia de criterios, en cuanto a que tales delitos son los que atentan en contra de la seguridad interna o externa del Estado, y en que la integridad y supervivencia de éste es el bien protegido. En cambio, cuando el punto a considerar es el del tipo de sanciones aplicables a los ilícitos previstos, surgen diversos criterios en relación a su mayor o menor gravedad y a la respectiva dosis de represión que ameritan. En otras palabras, el grado de peligrosidad que cada ordenamiento jurídico atribuye a los delitos políticos, puede ser determinado por la mayor o menor severidad con que éstos aparecen penados. Esto es una consecuencia del principio sobre el que descansa la teoría clásica del delito y que acepta la generalidad de las legislaciones penales: la proporcionalidad entre el daño causado por el delito y la intensidad de la sanción correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, los delitos que atacan los bienes jurídicos de mayor jerarquía son considerados los más graves y, consecuentemente, reciben las sanciones más severas. Tratándose de los delitos políticos, si estos reciben una sanción muy grave, será porque se considera al bien protegido (la seguridad del Estado) como un valor primordial e insustituible y de máxima peligrosidad cualquier acto intentado o ejecutado en su contra. Por esto último, una de las características que más claramente distingue a los delitos políticos de los delitos comunes, es la variabilidad de las sanciones aplicadas a aquéllos, en las distintas legislaciones, heterogeneidad en que también obra como factor la situación política imperante en un momento determinado.

Las más bárbaras torturas y los más atroces sufrimientos se han impuesto a los reos políticos en casi todas las épocas, amén de que la pena de muerte ha sido la sanción generalmente preferida. La posición tradicionalmente aceptada en materia penal en relación a la sanción, que considera a ésta como una forma expiatoria del delito, no tiene base cuando se trata de los delitos políticos. El mal o dolor sufrido por el delincuente común constituye la respuesta de la sociedad a su conducta desviada y está encaminada a su reencauzamiento moral. Pero en la mayoría de los casos el delincuente político carece de inmoralidad. Sería vano tratar de destruir una convicción profundamente arraigada en él. El dolor sufrido será un ingrediente más que fortalecerá su convencimiento de la injusticia del estado de cosas imperante, y jamás se podrá lograr la expiación del "daño intelectual" que él causa. Por lo tanto, la pena de muerte aplicada a un delincuente político será una sanción basada en razones más bien políticas que penales, amén de que sería lógicamente imposible que dicha sanción tuviera efectos moralizantes o reeducadores.

La pena-sacrificio a la que aludía Kant, tiene estrecha relación con los delitos políticos: "Es preferible que perezca un hombre, antes que el pueblo entero". Estas palabras tendrían vigencia sólo en el supuesto de que el delincuente político fuera enemigo del pueblo. Pero si el acusado de un crimen político es el portavoz de un sector más o menos amplio de la opinión pública, no sólo no podrá ser su enemigo, sino será su más avanzado exponente que trata de realizar en la práctica lo que ha sido suficientemente madurado en la teoría. En realidad al sancionar al delincuente político, al margen de que verdaderamente sea culpable o no, lo que realmente se trata de hacer es atemo-

rizar la conciencia del resto de los posibles disidentes, que sólo lo han sido de pensamiento. La víctima del presente es el símbolo de las víctimas potenciales del futuro. Al final, la pena de muerte como sanción del delito político es aplicada por razones de índole utilitaria, cuya explicación habría que buscar más bien en la fenomenología política que en el Derecho Penal.

Cuando se ha llegado a suprimir la pena de muerte para los delincuentes políticos, se le ha sustituido por penas como la prisión, la deportación o relegación, el confinamiento, la expulsión o destierro, y la degradación cívica, pena esta última que reemplazó en Francia a la infamante muerte civil.

Estas sanciones aplicadas en algunas ocasiones como castigo único y en otras como penas principales acompañadas de otras accesorias como la multa o la confiscación, son resultado de la influencia del pensamiento liberalen el Derecho Penal. Más que analizar en qué consiste cada una de ellas, nos interesa determinar cuál ha sido el criterio general que ha tenido como resultado su creación.

Hay ocasiones en que el delincuente político debe cumplir una condena en un lugar especial y determinado para tal efecto, apartado de las poblaciones, o bien dentro de ellas pero sin poder abandonarlas; también puede ser expulsado del territorio nacional o privado de sus derechos políticos cívicos o familiares.

En términos generales se ha buscado establecer un régimen penológico y penitenciario distinto a los empleados tratándose de los delii

tos comunes, procurando que al delincuente político se le restrinja solamente en su libertad de locomoción, sin necesidad de someterlo a trabajos obligatorios; en cambio, es usual la censura de su correspondencia, y otras medidas como ejercicios o silencio forzoso. Todo lo anterior sobre la base de que el delincuente común causa un daño directo a la sociedad, mientras que el delincuente político sólo pone en peligro la existencia del orden imperante. Por tanto, la conducta del primero es retribuida con una sanción igual al daño causado, mientras que al segundo se le segrega de la sociedad para frustar sus designios de transformarla.

Cualquiera de las penas arriba mencionada que han sustituido a la pena capital, resulta ser por lo menos reparable o remediable, de suerte que el delincuente político puede ser puesto en libertad cuando la etapa de gran tensión política haya disminuido, y en este sentido no hay duda en cuanto al avance penológico que se observa en el tratamiento del crimen político. Sin embargo, no nos atreveríamos a señalar como otra de sus notas distintivas la de ser penas menos crueles que la sanción capital pues, al final, privar de la vida a un hombre instantaneamente, o segregarlo de la vida en sociedad dentro de una prisión o un centro de relegación, todo porque es culpable de pensar en forma distinta a quienes detentan el poder y de intentar traducir su pensamiento en hechos concretos, en el fondo entrañan la misma dosis de injusticia.

El hoy ya derogado Código de Defensa Social de Cuba de 1938 contenía un catálogo de penas aplicables a los delincuentes políticos entre las que eran las más graves el destierro forzoso u optativo y

el arresto. Su autor, don José Agustín Martínez, afirmaba acertadamente que el delito político es esporádico en las democracias y no está destinado a arraigar en ellas, por lo que no hay necesidad de combatirlo con medidas muy severas que puedan despertar cierto eco de simpatía general por la víctima.

En algunos regímenes, en los que el ejercicio del poder corresponde en mayor o menor medida a formas verdaderamente democráticas, el delito político recibe un especial tratamiento jurídico y penitenciario, existiendo figuras como la amnistía y el indulto utilizadas por el poder público como medidas pacificadoras frente a la llamada delincuencia política, cuyos efectos jurídicos son extinguir la acción penal y la pena misma, o solamente esta última. Precisamente el hecho de que esté facultado un poder distinto del judicial - - - para modificar las decisiones de éste, ~~nos obliga a repetir lo que~~ ya anteriormente señalábamos respecto de que las razones de la incriminación y punibilidad del delito político, las explica mejor la Política que el Derecho Penal.

Para concluir este capítulo queremos subrayar que, habiendo sido superado el criterio retributivo de la pena, es necesario reconsiderar desde un punto de vista penológico y penitenciario toda la fenomenología del delito político. Modernamente se acepta en forma casi unánime, por lo menos en el campo de la doctrina, que la pena no es un fin en sí mismo, que castigar por castigar carece de sentido, y que al no ser la pena sino un medio para obtener un fin, es necesario discernir claramente cual es la teleología de la pena y qué medios se emplearán para obtener los fines que ésta persigue.

La pena no debe ser retributiva, pues sus efectos se detendrían en la aplicación de la misma. La pena debe procurar la corrección y la readaptación social del delincuente, esto es, su reincorporación al medio social. Si el delincuente no puede ser readaptado deberá ser segregado pero esto último ocurrirá solamente en casos excepcionales.

Ahora bien, como ya hicimos notar en otra parte de este trabajo, tratándose del delincuente político, difícilmente se puede hablar de readaptación, corrección o rehabilitación social, pues es precisamente la forma en que la sociedad está organizada lo que el delincuente político cuestiona y trata de transformar. Hablar de readaptación en este caso es un absurdo, además de que las convicciones políticas verdaderamente firmes no son susceptibles de ser corregidas mediante un tratamiento penitenciario.

El criminal político es un delincuente a la luz de una ideología, y un firme batallador de acuerdo a otra. Es un delincuente de pensamiento que trata de llevarlo a la acción, sancionado en base a normas que solo formalmente son Derecho pero de contenido esencialmente político. Es denominado delincuente político para revestir con una terminología jurídica su represión y el freno a uno de los procesos inevitables de la lucha por el poder.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Lioy, citado por Ruiz Funes Mariano en Evolución del Delito Político. Hermes, México. 1964. Pag. 119.
- (2) Jiménez de Asúa, citado por Ruiz Funes M. Op. Cit. Pag. 117.

C A P I T U L O I I I

LA ANTIJURIDICIDAD EN LOS DELITOS POLITICOS.- Concepto de antijuridicidad en el Derecho Penal.- Lesión de un bien jurídico telado.- Ofensa a los ideales valorativos de la comunidad.

"Delito no es una acción cualquiera, sino la acción antijurídica. En el Derecho Penal tiene valor absoluto la proposición: sin antijuridicidad no hay delito". (1)

Las anteriores palabras han sido transcritas de los "Principi di Diritto Penale"... del jurista italiano Giuseppe Maggiore, quien en esta categórica proposición hace resaltar un elemento imprescindible del contenido consubstancial del delito: la antijuridicidad.

A lo largo de ese trabajo se repite constantemente la idea de que el delito no es solamente una tipificación técnico-jurídica de la conducta, cuya validez esencial dependa exclusivamente de la voluntad estatal que la inscribe en el contexto del orden jurídico formal con ese carácter de "delito". Es precisamente el concepto de antijuridicidad el que permite determinar si la voluntad estatal ha obrado en base a principios de valor inmanente o atendiendo circunstancialmente a un cuadro de intereses discutibles desde el punto de vista axiológico.

Tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad y punibilidad, son los elementos que doctrinariamente se consideran constitutivos del delito en general.

La tipicidad deriva de la norma y es resultado de la voluntad del Estado. Es la descripción general y abstracta de la conducta reputada en la Ley como delictiva.

La culpabilidad, la imputabilidad y la punibilidad no dependen de la norma en sí ni, consecuentemente, de la voluntad del Estado. Son elementos que se dan en la realidad y en un caso determinado; su presencia se determina a través de la confrontación de los hechos reales con los supuestos hipotéticos previstos normativamente.

La antijuridicidad, en cambio, tiene una doble naturaleza: depende tanto de la norma en sí como de los hechos materializados en una conducta concreta.

En los capítulos anteriores hemos procurado señalar, por medio de abundantes referencias históricas y valiosas opiniones doctrinarias, que no es infrecuente el caso de conductas delictivas previstas en la ley penal -y que, por tanto, poseen el elemento formal de tipicidad- que no podrían racionalmente reputarse como antijurídicas, puesto que la propia norma que las previene carece del contenido imprescindible en que se funda la antijuridicidad misma: no protegen un bien jurídico moral ni socialmente valioso. Por ejemplo, cuando el delito de majestatis castiga como tal el hecho de erigir estatuas de mayores dimensiones que las del César pero no consagradas a éste, ¿podría afirmarse cuerdamente que el tipo penal establecido por la norma protege un bien jurídico digno de ese nombre? La respuesta no puede ser sino

negativa.

El bien jurídico tutelado en cada tipo penal y su validez, no pueden ser determinados si permanecemos en el ámbito formalista del derecho penal positivo; es necesario trasladarnos al campo más amplio de la axiología jurídico-penal. Es ahí donde la antijuridicidad como elemento valorativo cobra una importancia relevante: permite definir, primero, si la norma en sí tiene de a proteger un bien jurídico digno de ese nombre; y segundo, si una conducta concreta, además de adecuarse a la descripción abstracta del tipo penal, lesiona el bien jurídico que la norma está tutelando. Sólo en los casos en que la respuesta a ambos planteamientos sea positiva, estaremos en presencia de una conducta antijurídica y, por tanto, delictiva.

Toda conducta concreta que se ajusta al tipo penal hipotético y abstracto es una conducta penalmente relevante; sin embargo, no toda conducta penalmente relevante es al final una conducta delictiva. Por ejemplo, matar a una persona es, sin duda, un hecho penalmente relevante, aunque no siempre constitutivo de un delito.

¿Cómo es posible determinar bajo qué circunstancias una conducta es esencialmente delictiva? ¿Qué distingue a la acción que sólo es penalmente relevante, de aquella que en última instancia es también delictiva?

La respuesta adecuada a cada una de estas interrogantes la

ofrece el análisis y la identificación del elemento que hace cognoscible a la infracción penal, es decir, la antijuridicidad; ésta permite distinguir lo ilícito-penal de lo lícito-penal, lo formalmente delictivo de lo esencialmente delictivo, lo punible de lo que por su propia naturaleza debe permanecer impune.

La antijuridicidad es todavía más importante como elemento esencial del delito tratándose de los llamados delitos políticos, porque no en pocas ocasiones los tipos penales que los estructuran y describen son creaciones impuestas por intereses contingentes que recurren a artificios de la técnica jurídica, o bien pecan de formalistas e insubstanciales; entonces la antijuridicidad es el elemento valorativo indispensable para poner al descubierto lo que de artificiales o vacuos tienen esos delitos.

No es que restemos importancia al elemento formal que ofrece la descripción técnico-jurídica; lo que ocurre es que, además de tal elemento descriptivo, debe existir un elemento valorativo que provea al delito de sustancia y de contenido, y ese elemento no es otro que la antijuridicidad. El tipo penal delimita con claridad los contornos de la conducta delictiva; la antijuridicidad hace perceptible la esencia de esa conducta. Sin límites ni contornos, la esencia del delito se pierde y se diluye; pero sin esencia, el tipo penal es el marco artificioso de la nada valorativa. Por tanto, antijuridicidad y descripción típica deben coincidir en un comportamiento concreto para que éste pueda catalogarse como constitutivo del delito en general y, en la especie que examinamos, del delito político.

Hemos indicado que la tipificación de una conducta es, por una parte, la estructuración descriptiva, general y abstracta de un comportamiento, es decir, la configuración técnica y formal del delito; por la otra, la consagración jurídica de un valor individual o social que es protegido en esa configuración de la que hablamos. En otros términos, la tipificación de una conducta no agota su existencia en sí misma, ni se justifica por sí misma, sino que posee un objetivo, un télos, que no es otro que tutelar un bien jurídico que, al identificarse con un valor de la convivencia social tenido en alta estima, debe ser protegido por el Derecho Penal.

En ocasiones, la tipificación de los llamados delitos políticos escapa al principio general arriba establecido. Los delitos políticos, además de existir formalmente, tienen que existir también substancialmente; esto es, deben poseer una teleología bien definida, y esta última sólo puede determinarse mediante el estudio de su ratio legis. Si de tal análisis resultare que ningún bien jurídico de valor moral o social es protegido en la tipificación de los delitos políticos, o que las conductas formalmente descritas no son en el fondo atentatorias de ese bien jurídico, será imposible que los actos violatorios de la norma puedan constituir comportamientos delictivos sujetos a un castigo. Repitamos: sin antijuridicidad no hay delito y sin delito no debe haber sanción.

Para avanzar en nuestros razonamientos, se requiere determinar qué debe entenderse por antijuridicidad y qué requisitos

deben ser cumplidos para que un comportamiento sea auténticamente antijurídico.

Mariano Jiménez Huerta afirma: "Para que una conducta pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad", y agrega más adelante: "Para calificar una conducta como antijurídica preciso es comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita.(2)

De lo anterior se infiere que la antijuridicidad no es un dato implícito en la conducta típica, sino que constituye un concepto diferente e independiente de ella, de suerte que la afirmación de que una conducta es antijurídica, presupone además de una investigación lógico-jurídica, un análisis o enjuiciamiento valorativo de cuyo resultado se extraiga una contradicción entre la conducta y normas de Derecho intrínsecamente válidas.

El Derecho posee ideales valorativos y fundamentos éticos que pueden ser conculcados por el comportamiento del hombre cuando éste es contrario a los dictados del deber ser; entonces la antijuridicidad aparece como calificación negativa de ese comportamiento y da lugar a la reprobación jurídica.

La tipicidad de una conducta surge de un juicio de adecuación lógico-jurídica de un hecho con una norma de Derecho, mientras que la antijuridicidad aparece como resultado del enjuicia-

miento de la conducta en relación con el orden jurídico-cultural y jurídico-valorativo.

Ahora bien, esta relación ha sido contemplada desde diversos puntos de vista. La esencia ontológica de la antijuridicidad suele entenderse como la oposición entre el ser y el deber ser, en su contexto puramente formal o material, objetivo o subjetivo, dependiendo de la mayor o menor importancia que se asigne a cada uno de estos aspectos del comportamiento antijurídico.

Desde el punto de vista formal la antijuridicidad no es sino la contradicción existente entre la conducta y la norma jurídica, es decir, la adecuación de la conducta concreta en todos y cada uno de sus elementos, a la descripción hipotética y abstracta del tipo penal.

Se discute si es suficiente la comprobación de esa adecuación jurídica para configurar el comportamiento antijurídico, o si es necesario que exista, además, una efectiva lesión de los intereses tutelados por la norma jurídico-penal. Surgen así los conceptos de antijuridicidad formal y de antijuridicidad material.

Nos parece que la pretensión de establecer una dualidad en el concepto esencial de la antijuridicidad con una finalidad distinta a la de la simple explicación pedagógica, es totalmente de sacertada. La antijuridicidad es un concepto inescindible, integrado por elementos formales y materiales entre los que no puede intentarse separación alguna, sin correr el riesgo de sa-

crificar su carácter substancialmente unitario.

Es cierto que, sin transgresión formal de un mandato o prohibición legal, no puede producirse un juicio de calificación de una conducta que tenga como objetivo sancionarla con una pena; pero es totalmente equivocado sostener que con la simple contradicción entre el hecho y la norma queda suficientemente integrado el comportamiento antijurídico, sin que sea necesario analizar el contenido substancial del mismo. El orden jurídico-penal tiene una razón de ser y no justifica su existencia por sí mismo ni en sí mismo. Puesto que la teleología del Derecho Penal consiste en la protección de bienes o valores sociales que a su vez lo dotan de contenido, será necesario que el comportamiento antijurídico lesione tales valores y constituya una ofensa a los intereses sociales tutelados. Quien mata en defensa propia, desobedece un ordenamiento legal, pero no viola la norma cultural que lo obliga a respetar la vida ajena; asimismo, quien lleva a cabo actos de violencia en contra de un gobierno que usa el poder para oprimir al pueblo, deja de cumplir un ordenamiento legal pero no lesiona los ideales valorativos de una comunidad; antes bien, los afirma y los traduce en hechos concretos que tienden a la restauración de un estado de auténtica legalidad.

Resulta absolutamente falsa la concepción dualista de la antijuridicidad que pretende escindirla en cuanto a su forma y su materia o substancia. La antijuridicidad formal y la antiju

ridicidad formal y antijuridicidad material son partes inseparables de un todo unitario e integral.

Se discute, por otra parte, si la distinción entre la conducta jurídica y la conducta antijurídica debe hacerse con referencia exclusiva al comportamiento objetivado en los hechos concretos, o solamente en función de las circunstancias subjetivas del autor.

Quienes defienden el criterio objetivo de la antijuridicidad sostienen que, toda vez que lo antijurídico se configura en el momento en que una conducta ofende los ideales valorativos de una comunidad protegidos por la norma jurídico-penal, el juicio acerca de un comportamiento surgirá de la relación existente entre éste y la ofensa objetiva causada a tales ideales valorativos.

Así pues, el hecho objetivamente considerado será suficiente para determinar si existe o no antijuridicidad en el comportamiento, al margen de las circunstancias o condiciones propias y particulares del autor, las que en dado caso servirán como base o fundamento de otro elemento distinto en la noción sustancial del delito: la culpabilidad. La lesión u ofensa de los valores sociales protegidos por el Derecho Penal han de observarse desde un punto de vista exclusivamente objetivo para determinar la antijuridicidad de la conducta; después se atenderá a las circunstancias de su autor para determinar si es imputable y culpable, pudiendo existir en ciertos casos una antijuridicidad inculpable,

lo que ocurriría cuando los valores de la comunidad fueran dañados, pero no pudiera reprocharse el daño al autor de la conducta por ser un sujeto inimputable.

Los defensores del criterio contrario sostienen que la antijuridicidad sólo puede determinarse en relación al autor de la conducta valorada. Para hablar de antijuridicidad, además de existir una contradicción entre la conducta y el orden jurídico, es necesario que tal contradicción pueda reprocharse al autor de la conducta por haber dejado de cumplir con el orden jurídico al que se halla subordinado. Se confunden de esta manera lo antijurídico y lo culpable, de suerte que la antijuridicidad tiene que contemplarse forzosamente a la luz de la culpabilidad. Como el deber de obediencia al orden jurídico existe sólo para los sujetos imputables (quienes actúan de acuerdo a su libre voluntad de elegir y de obrar), la determinación de lo antijurídico depende de las condiciones subjetivas del agente.

Frente a estas dos posiciones teóricas, Mariano Jiménez - Huerta hace las siguientes críticas, a nuestro juicio impecables y certeras: "La teoría objetiva, concebida rígidamente, esto es, en el sentido de que lo que se pone en contradicción con el orden jurídico es tan solo el acto en su materialidad externa y que, por ende, toda referencia anímica pertenece a la culpabilidad, olvida en primer término que lo que se pone en contradicción con el Derecho es la conducta en la integridad de sus elementos -psicológico, externo y finalístico-, y no tan sólo el simple acaecimiento material; y en segundo lugar, que en muchos casos la califica

ción de un acto como antijurídico pende, precisamente, de la finalidad, dirección y sentido que el autor imprime a su conducta. Por no abarcar todos los aspectos con que el problema se presenta en la multiforme realidad, la teoría objetiva entendida en esa rígida forma, no satisface las necesidades científicas, pues no coincide con la indestructible realidad que fluye de la vida. La teoría subjetiva es todavía más inaceptable, pues, aunque es exacto que de la voluntad ha de depender la vulneración del Derecho, ya que de la voluntad depende su actuación, niegan sus defensores que la antijuridicidad tenga propia autonomía, habida cuenta de que su existencia o inexistencia se resuelve en la culpabilidad, con lamentable olvido de que el orden jurídico antes que mandato imperativo impuesto al obligado, es juicio valorativo formulado por la voluntad general ordenadora sobre la conducta del hombre y sobre los acontecimientos y fenómenos oriundos de él; dicha valoración -motivo prelegislativo que origina el nacimiento de la Ley- está latente en todo momento en la raíz y entraña misma del orden jurídico y, por ende, deja sentir sus vivencias en cada instante de su vida y norma de continuo su sentido e interpretación, hasta el extremo de que no hay enjuiciamiento de conducta y aplicación de la ley que, al propio tiempo, no implique valoración jurídica". (3)

En efecto, cuando se realiza un enjuiciamiento valorativo de la conducta para determinar si ésta es o no antijurídica, no es bastante con atender al simple dato externo que proporciona la conducta objetivamente considerada; pero tampoco solamente a la voluntad, intención o estado de ánimo del autor. En el fondo

do, es verdad que el dato externo no puede desligarse de los elementos psicológicos y volitivos del agente, pero también es cierto que aquél no está implícito en éstos ni puede ser substituído por ellos.

Pensamos que las consideraciones objetivas y subjetivas del comportamiento deben realizarse en dos momentos distintos. La antijuridicidad ha de establecerse primero, con base en el criterio objetivo de la conducta; y en un segundo momento, deben apreciarse los diversos elementos psicológicos y finalistas del autor de la conducta, para estar en condiciones de emitir un juicio de reproche sobre el dato externo del comportamiento objetivamente antijurídico.

El fenómeno puramente externo no es bastante para obtener una valoración integral del comportamiento. Puede ocurrir que éste sea antijurídico, pero que no sea imputable a ningún sujeto. En cambio, si se analiza el fin de la voluntad y de este análisis resulta que la voluntad ha existido libremente y que no es posible encontrar una justificación finalística de su objetivación, entonces podrá condenarse la conducta antijurídica. Por tanto, la investigación objetiva del comportamiento sumada al indispensable análisis subjetivo del agente, integran indisolublemente la correcta valoración de una conducta para discernir si es contraria o no a un orden jurídico intrínsecamente válido.

No es vano insistir aquí en que la valoración formal y material de la conducta, así como su apreciación objetiva y subje-

tiva, deben coincidir integralmente en la conformación del elemento antijurídico. Esto último es absolutamente imprescindible tratándose de los llamados delitos políticos, porque frecuentemente la transgresión de las normas que las prescriben puede ser calificada de antijurídica desde un punto de vista formal y objetivo, pero en gran número de casos, no se dan los elementos subjetivos de un comportamiento sustancialmente antijurídico. Sólo cuando todos los aspectos de la antijuridicidad coincidan en la conducta del delincuente político, podrá sancionársele válidamente; de lo contrario, se estará condenando una conducta que, por ser sólo parcial o relativamente contraria al orden jurídico, no puede ser esencialmente antijurídica.

Hemos reiterado que la conformación estructural del comportamiento antijurídico consiste en la violación de los valores fundamentales de una comunidad. Sobre este particular son ilustrativas las siguientes palabras de Carrancá y Trujillo: "Entendemos que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado... Cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la ley. Nos referimos a las normas de cultura, o sea aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses... normas de cultura son, por tanto, los principios esenciales de la convivencia social, regulados por el Derecho como expresión de una cultura". (4)

De estas afirmaciones se desprende que puede haber conductas violatorias de una norma inscrita en el derecho penal positi

vo que sin embargo no se opongan a las normas de cultura y no produzcan, por tanto, un resultado desvalorativo. Esas conductas no serán esencialmente antijurídicas. Esto puede ocurrir en tres supuestos: cuando el tipo delictivo no coincida con la norma de cultura; cuando ambos coincidan pero el actuar de quien los transgredió esté comprendido en alguna de las causas de justificación descritas en los Códigos; o bien cuando el estado social de conjunto no permita al transgresor otra forma de conducta que la que se vió impelido a asumir.

Tratándose de delitos políticos no basta con determinar si la norma penal protege un bien jurídico correspondiente a los valores reconocidos por una colectividad como expresión de su ser y su cultura; es necesario también examinar si el transgresor obró criminalmente y no por móviles excusables desde el punto de vista del Derecho o de la ética social; y comprobar, además, que la lesión causada al bien jurídico tutelado pudo evitarse porque el infractor tenía a su alcance otros medios jurídicamente permitidos para lograr lo que se proponía.

Es por todo esto indispensable determinar cuál es la esencia de lo antijurídico para poder discernir en qué momento una conducta es realmente desvalorativa, más allá de los casos previstos formalmente en el texto de los códigos penales como hipótesis justificativas de una conducta transgresora.

Para que una conducta sea valorada como antijurídica es necesario que, como primer requisito, lesione un interés o un

bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, lo que presupone coincidencia en el contenido de la norma positiva y la norma cultural. Si no existe una lesión de un bien jurídico individual o social, falta la primera característica de la conducta substancialmente antijurídica; si lo antijurídico es lo que contradice la norma cultural inmersa en el Derecho, y la teleología de éste consiste en proteger o tutelar las normas de cultura, el comportamiento que no atente en contra de ellas no puede ser contrario al Derecho, es decir antijurídico.

Lesiona un bien jurídico la conducta que destruye o altera el estado en que éste se encontraba antes de realizarse aquélla. Sin embargo, no siendo los bienes jurídicos conceptos ontológicamente independientes, puesto que antes de ser bienes jurídicos son bienes individuales o sociales, resulta que necesariamente la idea de lesión o daño de un bien jurídico expresa la de alteración de intereses de la vida humana.

La lesión o daño del bien jurídico tutelado puede recaer sobre intereses de una persona física, de un organismo colectivo con personalidad jurídica -por ejemplo el Estado-, o bien de un ente colectivo sin personalidad jurídica, por ejemplo, la colectividad universal.

Tratándose de los delitos políticos, el sujeto pasivo del delito, es decir, el titular del bien jurídico protegido, es el Estado; el bien jurídico es la conservación de sus instituciones y la supervivencia del propio Estado, toda vez que las normas de

cultura de las sociedades contemporáneas lo reconocen como la única forma posible de organización social en la que el hombre puede alcanzar los fines últimos de su existencia. No obstante, habría que precisar si el tipo de Estado de que se trata o el Estado concreto corresponden a las normas de cultura e ideales valorativos de la sociedad concreta en que los delitos políticos se han cometido.

Parecería suficiente con que un comportamiento determinado lesionara o pusiera en peligro las instituciones del Estado, su seguridad o su integridad, para que tal comportamiento fuese declarado antijurídico. Sin embargo, como ya dijimos, es indispensable que, además de la lesión al bien jurídico tutelado por el Derecho, la conducta ofenda los ideales valorativos de la comunidad, siendo tal ofensa el segundo requisito esencial de la antijuridicidad.

Carrancá y Trujillo opina : "La lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración, lesión del orden objetivo del Derecho, perturbación de la manifestación de voluntad reconocida y aprobada por el Derecho mismo, es lo que da antijuridicidad a la acción, y porque una acción es opuesta a la norma cultural, es antijurídica... Este último concepto puede ampliarse más: la lesión o riesgo de un bien jurídico, sólo será materialmente contraria al Derecho cuando esté en contradicción con los fines de orden jurídico que regulan la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente legítimo, a pesar de ir dirigido contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que respon

da... a la misma convivencia humana... entendiéndose que sólo hay delito (antijuridicidad de la acción), cuando se obra opuestamente a los fines de la convivencia humana". (5)

Coincidimos plenamente con el criterio del doctor Carrancá y Trujillo. Para que la antijuridicidad tenga existencia, no es suficiente la simple comprobación del daño o peligro de bienes o intereses jurídicos. Ocurre en múltiples ocasiones que, aunque efectivamente éstos se lesionan, la conducta no es necesariamente desvalorativa. En otros términos, existen conductas inequívocamente lesivas de bienes jurídicos formalmente establecidos que son también materialmente lícitas o jurídicas, en el sentido de lo expresado por el maestro Carrancá.

~~No hay contradicción alguna en las anteriores afirmaciones.~~ Quien mata en legítima defensa, lesiona el bien jurídico de la vida ajena, aunque por otra parte protege la vida propia, lo que da legitimidad a su conducta. Quien destruye un objeto de valor para salvar la vida, lesiona el bien jurídico del patrimonio, pero actúa jurídicamente porque afirma un valor de mayor jerarquía, el de la vida.

Los bienes jurídicos que protegè el Derecho Penal se entrecruzan e interrelacionan en la cotidiana convivencia social de una manera tan compleja, que el conflicto entre dos o más de ellos es un fenómeno constante y repetido. Si la finalidad última del ordenamiento jurídico es hacer posible la convivencia social, será presupuesto indispensable para lograrlo, la resolu-

ción armónica de los conflictos de intereses que se presenten en el seno de la colectividad y que puedan significar una ofensa a sus ideales valorativos.

Se ha dicho y con razón, que la acción antijurídica es la acción antisocial, es decir, aquella que ofende los intereses valorativos de la sociedad. "Las valoraciones de la comunidad empero -afirma Jiménez Huerta-, reciben de consuno el flujo de la vida social, sin que sea posible plasmarlas o esculpir las en mármoles eternos. Esto explica las mutaciones que a través de los tiempos y de las civilizaciones han experimentado... Entran aquí en juego... las normas de cultura de que hablaba Max Ernest Mayer, pues ellas muestran los criterios instrumentales necesarios para valorar la antisocialidad de una conducta, y para alcanzar el ideal de justicia inscrito en el contenido y fin del Derecho, ...cuya esencia consiste...en el logro de la total armonía, en la compensación de antítesis y en la distribución de bienes dentro de las posibilidades de la cultura vivida". (6)

Ese logro total de armonía y la compensación de antítesis se hacen indispensables, puesto que, como ya dijimos, la colisión entre intereses y bienes jurídicos se produce constantemente en la vorágine de la realidad social. Sin embargo, cuando esos conflictos de valores no pueden ser resueltos por el ordenamiento jurídico, los fines de la convivencia social exigen que en un solo conflicto de tal género se sacrifique el interés de menor jerarquía en aras del interés jerárquicamente superior, surgiendo así el principio del interés preponderante que regula la doc

trina de la antijuridicidad.

Es indiscutible que la determinación del criterio que de ba aceptarse en la evaluación de los intereses en conflicto pa ra discernir cuál ha de prevalecer, ofrece serias y profundas dificultades. Se ha intentado encontrar el criterio general de evaluación en los tipos penales, en función de la gravedad de las penas, y del pronunciamiento valorativo del ordenamiento jurídico y del juez; sin embargo, ninguna de estas posiciones ofrece una base segura para resolver el problema.

Pensamos que la solución debe ser necesariamente casuística. En otras palabras, será menester analizar las circunstan cias que concurran en el conflicto de intereses jurídicos, sin pretender establecer criterios de precisión matemática. Así lo expresa Jiménez Huerta cuando sostiene: "...preciso es tener en cuenta, por una parte, las circunstancias todas del caso concreto, las causas fenoménicas del conflicto y las modalidades de cada acción; y, por otra, las vivencias éticas y culturales y el ideal dinámico de justicia que se haya insito en el contenido del Derecho". (7)

De acuerdo a lo anterior, serán las circunstancias particulares de cada caso concreto las que determinen cuál deberá ser el interés jurídico preponderante. Cuando la conducta del hombre lesione un bien jurídico para salvaguardar otro de mayor importancia social, será intrínsecamente lícita, porque no ofen derá los ideales valorativos de la comunidad. El juicio de cu a

lidad para dilucidar cuál es el bien jurídico de mayor valor social deberá pronunciarse en el momento en que se produzca la colisión de intereses, debiendo prevalecer siempre el interés social sobre el interés individual, toda vez que los ideales - valorativos de que se ha venido hablando son sociales y colectivos antes que individuales.

Resumiendo las ideas expuestas en este capítulo, obtendremos las siguientes proposiciones: La antijuridicidad se configura esencialmente por la lesión de un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal y por la ofensa de los ideales valorativos de la comunidad. Para que una conducta sea antijurídica, necesario es que formalmente se adecúe al tipo penal, y substancialmente viole una norma de cultura reconocida por el Derecho. Además del resultado antijurídico producido por la acción, debe existir un substrato subjetivo configurado por los elementos psicológicos y finalísticos del agente, los que tendrán que ser también antijurídicos. Finalmente, el conflicto entre diversos bienes concurrentes en un caso concreto debe resolverse siempre en favor del interés jurídico de mayor jerarquía axiológica, conservando un lugar preponderante el interés social o colectivo.

Relacionando estas proposiciones específicamente con los llamados delitos políticos, podemos concluir lo siguiente: Los movimientos sociales tendientes a modificar por medios anormales o violentos la estructura jurídicas y políticas de un Estado para establecer un nuevo orden que satisfaga las necesidades y aspiraciones, presentes y futuras, de una sociedad, lesionan bie

nes jurídicos tutelados por el Derecho vigente, pero lejos de ofender los ideales valorativos de una comunidad, los afirman y vigorizan, pues intentan traducirlos en normas de Derecho y en realidades concretas. Faltando uno de los requisitos esenciales de la antijuridicidad, ésta no se habrá configurado, existiendo por consecuencia razones suficientes para no calificar al conjunto de actos generados por dichos movimientos como "delitos políticos".

Por último, produciéndose un conflicto de intereses jurídicos: por una parte la seguridad jurídica del Estado, y por la otra la necesidad de adecuar el Derecho a la realidad social, la colisión de bienes jurídicos deberá resolverse a favor del interés social de mayor trascendencia, que en este caso será sin lugar a dudas el ideal valorativo de la comunidad de renovar sus estructuras fundamentales para asegurar una mejor y más justa convivencia social.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Maggiore Giuseppe. Principi di Diritto Penale. Volumen I. Nicola Zanichelli Editore, Bologna. 1943. Pag. 257.
- (2) Jiménez Huerta Mariano. La Antijuridicidad.. Imprenta Universitaria, México. 1952. Pags. 9 y 10.
- (3) Jiménez Huerta M. Op. Cit. Pags. 42 y 43.
- (4) Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Porrúa, México. 1977. Pags. 311 y 312.
- (5) Carrancá y Trujillo R. Op. Cit. Pag. 313.
- (6) Jiménez Huerta M. Op. Cit. Pag. 99.
- (7) Jiménez Huerta M. Op. Cit. Pag. 107.

C A P I T U L O I V

JUSTIFICACION Y FINES DEL ESTADO CONTEMPORANEO.- El Estado y las actividades del hombre.- El Estado y el desarrollo económico y social.- Finalidades últimas del Estado.

En el capítulo anterior señalamos que la preservación de la seguridad interna y externa del Estado, así como el mantenimiento de su integridad como unidad política, son los objetivos que se persiguen al tipificar los llamados delitos políticos. Concluimos que el elemento valorativo de la conducta delictiva, que es la antijuridicidad, deberá estar presente en todos los casos para que pueda constatarse que, al ponerse en peligro la existencia del Estado, se pueda hablar objetivamente de una conducta antijurídica y punible.

Sin embargo, consideramos necesario recordar que el Estado no se justifica per se, es decir, que el Estado no encuentra la justificación de su existencia en su existencia misma, sino que ésta es sólo un medio necesario para realizar ciertos fines vinculados con las aspiraciones y los ideales de la colectividad social que constituye el elemento humano del propio Estado.

La justificación de la existencia del Estado depende del grado en que sea capaz de realizar los fines que persigue. Del mismo modo, en la medida en que su existencia quede justificada, se justificarán también los mecanismos de defensa que el propio Estado utiliza -uno de los cuales es el delito político- para garantizar su integridad y supervivencia.

El Estado como organización social surgida hace muchos siglos, no requirió de una justificación teórico-existencial sino hasta épocas relativamente recientes. Durante el largo proceso de evolución y desarrollo del Estado como entidad jurídico-política, diversas corrientes doctrinales explicaron los fundamentos racionales del poder coactivo del que se halla dotado, así como el deber de obediencia del individuo, correlativo a ese poder. Dado que era la única forma posible de organización social, se daban por sentadas y reconocidas las razones de su existencia, y sólo había que fundamentar su potestad de mando y la atribución de ese poder a uno o más titulares. El Estado se concebía como una necesidad sociopolítica, física, jurídica, moral y religiosa.

Sin embargo, a partir del siglo pasado, los análisis críticos del socialismo científico hicieron emerger la necesidad de justificar también la existencia del Estado, toda vez que los partidarios de aquella doctrina lo conciben como un organismo destinado a mantener la opresión de una clase sobre otra, el cual tarde o temprano habrá de desaparecer para dejar su lugar a formas de convivencia más libres y más justas, en un estadio superior del progreso humano.

El pensamiento marxista sostiene, por un lado, que el Estado surge como consecuencia del carácter irreconciliable de las contradicciones de clase y actúa desde entonces al servicio de las clases dominantes, las cuales crean el Derecho para legitimar tan-

to la explotación económica como la represión política; y por el otro, presagia su extinción en el momento en que, después de sustituir al Estado burgués por la dictadura del proletariado, se instaure finalmente la sociedad sin clases.

Si proyectáramos la argumentación socialista hacia el ámbito del Derecho Penal, admitiríamos que ese órgano de dominación de una clase sobre otra que es el Estado, crea sus propios mecanismos de defensa; el ejército, la policía, las cárceles, son instrumentos materiales de represión; las leyes penales y los tribunales son instrumentos normativos y jurisdiccionales que cumplen los mismos objetivos. En este sentido, los delitos políticos serían una forma de protección radicalizada que se da a sí mismo el Estado para prolongar indefinidamente el status quo.

Las impugnaciones que formuló el socialismo científico a las concepciones tradicionalmente aceptadas en relación a la existencia del Estado como única forma posible de organización social, crearon la necesidad de replantear el problema desde su base, y "fue así -afirma Covián Pérez- como la teoría política se vió precisada a encarar una serie de interrogantes que surgen del campo de la filosofía y de la ética. Si antes bastó con responder a la pregunta ¿por qué existe el Estado?, a partir del cuestionamiento formulado por el socialismo, se hizo necesario contestar a otra más compleja e intrincada: ¿por qué debe existir el Estado?"(1)

Según se trate de explicar el origen del Estado, o de esclare

cer los fundamentos de su justificación, nos estaremos enfrentando a un problema de naturaleza histórica o a otro esencialmente filosófico; en el primer caso dilucidaremos la cuestión práctica de los factores que determinaron el surgimiento del Estado, mientras que en el segundo plantearemos una cuestión axiológica: las razones por las cuales el Estado debe existir ahora y en lo futuro. Aún manteniéndonos en el campo de la filosofía, no nos detendríamos en el terreno puramente ontológico -desentrañar el ser del Estado- sino que nos trasladaríamos al campo de lo ético valorativo.

Debemos insistir en que, de las respuestas a las interrogantes anteriormente planteadas, dependerá en gran medida la justificación axiológica de los delitos políticos como medios de defensa del Estado y de la preservación del orden por él impuesto, pues si justificamos la tipificación de aquéllos, será porque previamente hayamos justificado la existencia de este último.

Desde un punto de vista estrictamente formalista o positivista, el problema de la justificación del Estado carece de importancia. Pero como afirma González Uribe, "el Estado no es una mera creación de la técnica, sino el fruto de una proyección total del espíritu humano, con todos sus valores materiales e inmateriales. Y es claro que si en el Estado está el hombre entero, no puede haber un cabal conocimiento de aquél sin que se tomen en consideración las preocupaciones de éste, entre las que se encuentran, sin duda, las de carácter estimativo o valorativo". (2)

Es muy importante tener siempre presente esa afirmación de que "en el Estado esta el hombre entero", toda vez que en su esfera individual de acción necesariamente incide la actividad gubernativa del Estado que persigue la consecución de sus fines, pero que al tratar de cumplirlos puede interferir con las preocupaciones estimativas o valorativas fundamentales del hombre.

Precisamente por lo anteriormente señalado, es indispensable resolver el problema ético-valorativo de la justificación del Estado sobre la base de que el hombre es un ser social y político que no actúa exclusivamente en función de necesidades que obran como causas, sino que aspira a resolver su destino proponiéndose objetivos y fines, por lo que es él -el hombre- el eje alrededor del cual gira toda esta problemática filosófica. El fundamento de la imposición de la supremacía del Estado sobre el individuo, de la intromisión de aquél en la vida, bienes y libertad de éste, y de la relación de sometimiento y sujeción al orden y al poder, debe buscarse sin olvidar que es la persona humana el supremo criterio valorativo, pues como asegura González Uribe, "es siempre el hombre el que está en juego cuando se busca la justificación del Estado".

El obvio que, en la medida en que el Estado cumpla los fines que tiene asignados, justificará su existencia, y que para lograrlo se ve precisado a invadir o restringir la esfera de actividad individual del hombre. Por ello es necesario dilucidar cuál debe ser el grado de intervención del Estado en el campo de

actividad individual y en el ámbito de las libertades políticas, económicas y espirituales. En este sentido existirá una relación directa entre el número y la naturaleza de los fines que se atribuyan al Estado, y la mayor o menor intromisión de éste en las esferas que los particulares desearían reservar para sí.

Hay quienes afirman que la intervención del Estado en campos de actividad individual debe ser mínima, mientras otros sostienen que esa intervención debe ser cada vez más amplia y acentuada. La primera posición correspondería a un criterio individualista, en tanto que la segunda se define como estatista.

De acuerdo con la primera de las tendencias mencionadas, el avance y el progreso de la sociedad se producen por la concurrencia de los intereses personales de cada uno de sus miembros en un clima de absoluta libertad. La protección del interés de cada uno se traduce en beneficio para todos, porque el interés social no es otra cosa que la suma de los intereses individuales. De ahí que los fines del Estado deban reducirse a la preservación y mantenimiento de su existencia, y su intervención en actividades de otra índole debe ser prácticamente nula.

Las corrientes estatistas propugnan, por su parte, que el Estado es el único capaz de promover el progreso general, ya que dejar este último en manos de los particulares es sacrificarlo indefinidamente en aras de los intereses privados que siempre ocuparán un lugar preponderante en las prioridades de cada individuo.

Las prácticas de la llamada libre concurrencia propician la creciente explotación de los grupos económicamente poderosos sobre los débiles. Un avance igualitario generalizado sólo puede asegurarlo el Estado a través de una intervención en el desarrollo social cada vez más pronunciada.

Gabino Fraga opina que "si los fines del Estado pudieran reducirse al mantenimiento y protección de su existencia como entidad soberana y a la conservación del orden material y jurídico, con más o menos variantes, las atribuciones del propio Estado podrían también reducirse a actividades sin fin lucrativo, en tanto que, para los individuos quedarían todas las actividades de producción, cambio y consumo de bienes. Es decir, mientras el Estado se reduciría a atribuciones de naturaleza política los particulares tendrían las atribuciones de naturaleza económica; pero en los estados con cierto grado de desarrollo se presenta la necesidad de que el propio Estado intervenga en las actividades económicas, tanto por exigirlo así el cumplimiento de sus atribuciones políticas esenciales, como porque nuevas y más amplias finalidades se agregan a las primeras" (3)

Coïncidimos totalmente con este planteamiento, pues en la actualidad ni siquiera los Estados que conservan una tendencia más claramente individualista, pueden dejar de asumir funciones de naturaleza económica, además de las políticas tradicionalmente aceptadas.

Todo Estado del presente histórico interviene en mayor o menor grado en actividades por lo menos de carácter demográfico, eco

nómico, educativo, de desarrollo científico y técnico, etc.

En suma, -como dice González Uribe-, "no hay campo de la actividad del hombre contemporáneo en el que el Estado no tenga una intervención importante y a veces decisiva". (4)

Sin embargo, es en el ámbito de las luchas por el bienestar económico y social, cuya complejidad se hace cada vez más palpable en la actualidad, en donde la presencia del Estado es imprescindible. Por lo menos dos terceras partes de la humanidad se encuentran en una situación de rezago y dependencia que genéricamente se conoce como subdesarrollo. Cualquier problema que afecte a una colectividad en el sentido más amplio del término, debe ser considerado dentro de la perspectiva general de esa realidad histórico-social, pues de lo contrario, se estará omitiendo el hecho incontrovertible de que pueblos enteros se encuentran sometidos a los centros de influencia económica más poderosos del planeta, y que dicho sometimiento se basa en la explotación de los recursos naturales y del trabajo humano de esos pueblos.

Para salir de esa etapa de atraso y dependencia en que se encuentran, y toda vez que el Estado es el único que puede realizar la enorme tarea de lograr avances reales en el desarrollo de un pueblo, el fortalecimiento de su función rectora en la economía y su creciente participación directa en ese campo de actividades, resultan imprescindibles. En efecto ningún intento que se lleve a cabo podría tener como resultado el avance integral de la sociedad, sino sólo un aparente progreso, en beneficio de algunos sectores, que difícilmente con-

tribuiría a satisfacer la necesidad de impulsar un proceso de desarrollo generalizado, armónico e independiente en una nación.

En relación a esto último, transcribimos el siguiente pensamiento de Covián Pérez: "Es imposible que la enorme tarea histórica de liberar a un pueblo de todas las cadenas que le impone el sub desarrollo, se realice sin la dirección del Estado. Dejar a la acción dispersa y muchas veces contradictoria de las fuerzas sociales y económicas, que se mueven en función de intereses particulares, esa gigantesca labor, es retardar indefinidamente su realización y -la mayor parte de las veces- agravar el peso de los problemas inherentes a la condición de país subdesarrollado. Sólo el Estado - y eso bajo determinadas condiciones- tiene la capacidad de acción y los medios indispensables para poner en marcha el proceso de un desarrollo auténtico. Cualquier intento que se pretenda llevar a cabo sin su dirección, su participación y su auxilio, lo más que podría lograr sería una apariencia de crecimiento que, en el fondo , haría más intrincados los caminos estructurales del verdadero desarrollo." (5)

"Ahora bien ni el desarrollo económico ni la justicia social -agrega Covián Pérez- constituyen el fin último del Estado. El bienestar material con ser la fuente de mayores inquietudes sociales y el anhelo más próximo a la sensibilidad del hombre común, pierde su sentido cuando se conquista a costa de renunciar a otras aspiraciones más trascendentes de la persona humana, ligadas indeliblemente con el derecho de ser plenamente libre. Pero a su vez , la libertad es una palabra hueca cuando no se sustenta en la seguridad económica. Un hombre que depende de un salario insufi-

ciente, que se enfrenta día a día a la incertidumbre de no contar con recursos para dar sustento a su familia y proporcionárselo a sí mismo, no puede ser un hombre libre. Por eso la justicia social, siendo un valor inmanente, es al mismo tiempo el único basamento posible de la verdadera libertad del hombre." (6)

Libertad, seguridad económica, justicia social, son los valores generales que debe realizar el Estado; pero existen también valores específicos que, aunados a los anteriores, constituyen objetivos connaturales del quehacer fundamental del Estado. En la medida en que unos y otros se materialicen, se habrá logrado en la práctica la justificación del Estado y se habrá dado respuesta a las dos preguntas inquietantes que en el campo de la teoría se formulan: ¿por qué debe existir el Estado? y ~~¿para qué debe existir el Estado?~~

Uno de los valores específicos a que aludimos es el aseguramiento y la aplicación del Derecho, de cuya eficacia depende el mantenimiento del orden.

Uno de los rasgos dominantes de las sociedades contemporáneas, cualquiera que sea el sistema político prevaleciente en ellos, es la actualización en el terreno de las realidades cotidianas del viejo conflicto entre orden, libertad y justicia.

Aparentemente hay una contradicción insalvable entre esos tres valores. Cuando se sacrifica el orden en aras de la libertad, surge la anarquía; cuando el Estado impone el orden reprimiendo las libertades, aparece el autoritarismo y la dictadura; cuando la liber -

tad prevalece irrestricta en el campo de la relaciones económicas, suelen emerger la desigualdad y la explotación del hombre por el hombre; cuando se quiere materializar la justicia social, no pocas veces hay que prescindir de algunas libertades tradicionales.

El instrumento que una y otra vez se utiliza en la búsqueda de una fórmula capaz de compatibilizar esos tres valores, es el Derecho. De ahí que el trasfondo de todo ordenamiento jurídico esté constituido por una filosofía social y una ideología política que impregnan la vida toda del Estado e impulsan a éste hacia la realización de fines que varían en el espacio y en el tiempo. Situada en los umbrales del siglo XXI no es posible hallar un Estado ideológicamente neutral ni un Derecho formalmente vigente que no esté concebido y puesto al servicio de la correspondiente ideología estatal.

El hombre aspira a disfrutar de seguridad económica y de libertad en un ambiente de justicia social. La plenitud existencial del hombre sólo puede lograrse dentro del Estado, pues es consubstancial a la naturaleza del ser humano el vivir en una sociedad organizada y ordenada idealmente para suplir sus deficiencias e imperfecciones psicológicas, ontológicas y morales. El Estado está obligado a proporcionarle los medios físicos, culturales y morales que le permitan alcanzar su pleno desarrollo como individuo. Además debe crear el ambiente propicio para el desarrollo de todas las facultades del hombre en un clima de tranquila convivencia que tienda al bien común, es decir, al mayor bienestar social e individual.

El hombre pugna por su plenitud en lo material, lo cultural y lo moral y hacia esa finalidad debe orientarse la actividad del Estado, que no será sino un medio para alcanzarla. Por ello, parece inaceptable que el individuo supedita su existencia a la del Estado mismo, subvirtiendo la relación que existe entre ambos, como pretenden algunas corrientes de pensamiento que propugnan la necesidad de que el individuo se convierta en el medio y el Estado en el fin.

Esta última es la posición llamada traspersonalista, Sus sostenedores consideran que el valor supremo es la colectividad en tanto ésta da cuerpo y forma al Estado, reconociendo a éste como un fin en sí mismo, el fin último al que deben estar subordinados todos los fines, tanto de los hombres como de las instituciones sociales; es decir, se va más allá de la persona como eje y médula del devenir histórico. Tales son las concepciones ideológicas en que han pretendido erigirse el nazismo alemán (das deutsche Volk Nationalsocialista), el Estado fascista de la Italia de Mussolini, o la dictadura del proletariado soviética. Cada una de estas tendencias autocráticas fue creando sus propias formas de organización política, económica y social, e incluso sus propios valores y una peculiar escala estimativa de los mismos. Dichos valores deberán ser preservados por todos los medios, y si es necesario a costa de los valores individuales.

En ese contexto ideológico, no es posible pretender siquiera transformar las instituciones fundamentales sobre las que se basa la existencia del Estado totalitario, con el propósito de proveer mejor a la realización de los fines de la persona individualmente conside-

rada, pues esta última queda supeditada a la consecución y mantenimiento de los fines del Estado, que ocupa una posición preferente en la jerarquía ético-valorativa. Por tanto, toda disidencia o ataque contra el Estado, fin último y valor supremo, aun en el supuesto de que no lleguen a poner su existencia en peligro real e inminente, son reprimidos con especial severidad; como es el caso de las conductas tipificadas en los delitos políticos que, según apuntamos en un capítulo anterior, se aplican y sancionan en forma acentuadamente drástica y rigurosa en este tipo de Estados.

A fin de evitar confusiones acerca de nuestro criterio personal, consideramos necesario subrayar, enfáticamente, que al englobar a las tres concepciones ideológicas arriba enunciadas, dentro del denominador común de totalitarismo, no estamos atribuyendo a todas y cada una la misma calificación ética valorativa, en primer lugar por que reconocemos en ellas muy claras diferencias en cuanto a origen histórico, fundamentación filosófica e ideológica y objetivos proclamados.

Las coincidencias que, para los propósitos de este trabajo, hemos tomado en cuenta, son solamente dos: su aceptación expresa o tácita de la tesis transpersonalista y el ostensible abuso de los medios y mecanismos de defensa del orden impuesto por el Estado, a través de los llamados delitos políticos.

Frente a estas tendencias y doctrinas se sitúa la tendencia diametralmente opuesta, basada en la tesis personalista que considera al Estado como el medio indispensable, pero medio siempre, para

que el hombre alcance su pleno desarrollo y logre la consecución de sus fines inmediatos y trascendentes.

Ya dijimos que el primero de los valores específicos que debe realizar el Estado, es el aseguramiento y la aplicación del Derecho. Desde luego, no nos referimos al Derecho positivo simplemente, sino a los principios generales del Derecho sobre los que el ordenamiento jurídico se fundamenta; a las normas de validez intrínseca y universal que proveen de un contenido sustancialmente valioso a las leyes y al comportamiento humano; aludimos al Derecho en la connotación más elevada del vocablo en tanto orden normativo que persigue la realización de la libertad y la justicia verdaderas.

Heller afirma que: "El Estado se haya justificado en la medida en que representa la organización necesaria para garantizar el Derecho en una determinada etapa evolutiva. Entendemos por Derecho, en primer lugar, aquellos principios jurídicos de carácter moral, que sirven de fundamento a los preceptos jurídicos positivos. Estos principios jurídicos, cuya validez ideal debe ser supuesta, llevan implicada inmanentemente la exigencia de su vigencia social. Es necesario que los principios jurídicos universales, como por ejemplo, los contenidos en el decálogo, sean establecidos, aplicados e impuestos como preceptos positivos por el poder. Toda fuerza obligatoria del precepto jurídico procede del principio ético-jurídico que se cierne sobre él. Pero este principio se diferencia del precepto por su falta de seguridad o certeza jurídica, que el precepto jurídico le suministra; por una parte, la certeza del sentido, la resolutiveidad del contenido de la norma; y, por otra, la seguridad

de su cumplimiento... Ahora bien, la certeza del sentido y la seguridad del cumplimiento exige la presencia de un poder que pronuncie e imponga lo que en una situación concreta tiene que valer como Derecho. La mera convicción jurídica no basta ni para lo uno ni para lo otro". "El Estado -continúa Heller- no puede ser justificado más que en la medida en que sirve a la aplicación y efectividad de los principios éticos del Derecho". (7)

Si acogemos estas ideas, sólo las normas intrínsecamente válidas son las que proporcionan el criterio básico para justificar y legitimar el poder del Estado. Por tanto, no basta con demostrar que el Estado cumple sus fines para dar por justificada su existencia; es necesario comprobar que esos fines, que aparecen explícita o implícitamente contenidos y expresados en el Derecho del propio Estado, son fines jurídicamente plausibles y éticamente valiosos. No es posible conformarse con la verificación de los hechos del poder, ni de la fuerza, ni de la coacción para justificar al Estado; es necesario analizar para qué fines, específicos o generales, fueron empleados esos atributos.

Si esto es así, en la medida en que el Estado justifique su existencia, justificará también la serie de mecanismos que él mismo establece para asegurar su conservación y su supervivencia. La represión de las conductas que atenten en contra de su seguridad interna y externa estará justificada, cuando lo esté el Estado mismo, pues en última instancia no se estará atentando en contra de él simple y llanamente, sino en contra de un medio insubstituible que el hombre necesita para su mejoramiento individual y social, y en este sentido,

se atentará también en contra de toda la sociedad. En este caso, al Estado le asiste el derecho incontrovertible de velar por su propia seguridad, o sea, que quienes atenten en contra de ella más que delincuentes políticos serán delincuentes sociales.

En cambio, cuando el Estado no pueda justificar su existencia, menos aún podrá justificar los medios de los que se haya provisto para asegurarla, porque quienes atenten en su contra, lo harán en virtud de que los impulsa el imperativo histórico de modificar desde su base la organización estatal para establecer otra distinta, que efectivamente funcione como medio para realizar los valores generales y específicos que propugna la sociedad. En este caso, no podrán justificarse ni la existencia del Estado ni los mecanismos legales para su conservación, y sí en cambio, los intentos por transformarlo total o parcialmente. Los llamados delincuentes políticos no serían seres antisociales sino promotores del progreso y la superación humana.

Si el hombre es el eje alrededor del cual gira la problemática axiológica del Estado y si el Estado tiene como función contribuir a los fines que persigue el hombre en sociedad, éste será el primer interesado en procurar la supervivencia de aquél, rechazando las pretensiones de cambiarlo o destruirlo; de lo contrario, es decir, si el Estado no proporciona los medios indispensables para que el hombre alcance su plena realización como individuo y como parte de la sociedad, es natural que la inconformidad y la insatisfacción se traduzcan en intentos transformadores.

Ahora bien, a lo largo de la Historia, los fines últimos que

ha perseguido el hombre, -libertad, justicia social, bienestar y seguridad económica- han permanecido invariables en su esencia; en cambio, los medios que el Estado ha ofrecido han sido muy divesos, y hasta el momento poco eficaces para la realización de esos fines, pues la búsqueda de ellos, entendidos como supremos valores, continúa hasta este momento.

Nadie discute que el Estado ha sufrido frecuentes cambios en cuanto a su estructura y funcionamiento. Sin embargo, cuando se trata de precisar los caminos que puede seguir el hombre para transformar o mejorar las instituciones estatales con el fin de convertirlas en medio más eficaz para realizar sus aspiraciones, surgen discrepancias irreconciliables.

Por una parte, se afirma que el hombre puede modificar las instituciones establecidas, los órganos del Estado y el sistema político, siempre y cuando conserve los fundamentos esenciales de la estructura social y respete el orden jurídico que organiza al Estado y regula los mecanismos para su gradual transformación. Por la otra, se exige que dicha transformación corresponda a la libre elección de la voluntad popular en cuanto a los medios para llevarla a cabo, sin otra limitación que en todos los casos el objetivo del establecimiento de un nuevo orden jurídico sea la realización de las constantes valorativas a que antes nos hemos referido.

Esta controversia plantea la necesidad de determinar si el cambio de las estructuras de un Estado debe realizarse siempre por los cauces que señala el Derecho preestablecido, constriñendo al hombre

a respetarlos y reduciendo los posibles mecanismos transformadores a aquellos admitidos por el propio Estado; o si, por el contrario, el hombre posee la potestad suprema de emplear incluso medios no previstos ni aceptados por el Derecho positivo, en cuyo caso el uso de la fuerza podría invocarse cuando aparecieren bloqueados todos los demás caminos.

Por lo general, los miembros de una sociedad carecen de los medios suficientes y adecuados para realizar sus fines últimos porque el Estado no se los proporciona o porque el atraso y la dependencia se los impiden. Necesita, pues, proveerse de mejores medios tanto materiales como jurídicos e institucionales. ¿Existe una limitación a tal selección, o el hombre y el grupo social son enteramente libres y soberanos para escogerlos?

Estas interrogantes nos conducen directamente al análisis de fenómenos y procesos histórico-sociales que, a primera vista, desbordan el ámbito de estudio de la Ciencia Jurídica. Si tomamos en cuenta que los llamados delitos políticos prevén ataques contra la seguridad del Estado, pero que en la mayoría de sus hipótesis subyacen propósitos de transformación política y social a través de medios no admitidos por el orden jurídico prevaleciente, nos encontraremos ante la necesidad de estudiar, así sea someramente, la problemática jurídico-política de los fenómenos revolucionarios. Tarea que intentaremos llevar a cabo en el siguiente capítulo.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Covián Pérez Miguel. Apuntes Elementales de Teoría Política. INJUVE, México. 1975. Pag. 220
- (2) González Uribe Héctor. Teoría Política. Porrúa, México. 1972. Pag. 466
- (3) Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Porrúa, México. 1964. Pag. 12
- (4) González Uribe Héctor. Op. Cit. Pag. 233
- (5) Covián Pérez M. Op. Cit. Pags. 230 y 231
- (6) Covián Pérez M. Op. Cit. Pags. 235 y 236
- (7) Heller Herman. Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica. México. 1942. Pag. 249

TEORIA DE LA REVOLUCION.- Revolución y Resistencia a la Opresión.- Revolución y Rebelión.- Soberanía Popular y Derecho a la Revolución.

Hemos insistido, a lo largo de este trabajo, en la naturaleza exclusivamente histórica y existencial -fáctica, también podríamos decir- de los tipos penales considerados como delitos políticos y en la imposibilidad de valorarlos en base a principios ético-jurídicos de carácter absoluto, es decir, válidos en todo tiempo y en cualquier espacio.

Hemos reiterado también que los mecanismos represivos creados por el Estado -entre ellos los delitos políticos- para asegurar su permanencia y el orden político, económico y social que el propio Estado está empeñado en mantener, se justifican por la concurrencia de varios elementos: el carácter legítimo de los detentadores del poder, el consenso popular mayoritario en favor del orden jurídico establecido, los fines formalmente asignados a la actividad del Estado en beneficio de la población y un razonable grado de efectividad en el ejercicio de sus funciones y la consecución de esos fines.

Ahora bien, cuando uno o varios de esos elementos faltan, la justificación del Estado y, consecuentemente, de los elementos represivos que utiliza, quedan en entredicho. Al mismo tiempo, suele ocurrir que la comisión de delitos políticos aumente en número y frecuencia, por que la inconformidad social y los recursos de fuerza empleados para -

acallarla, crean una especie de círculo vicioso: a mayor inconformidad mayor represión y a mayor represión mayor inconformidad.

Las acciones multitudinarias de protesta frecuentemente derivan en actos de violencia que conllevan a la aplicación, primero policiaca y después judicial, de los supuestos previstos en el catálogo de delitos políticos. Si los inculcados y más tarde procesados por delitos como el motín, la sedición, la rebelión o la conspiración, fueran investigados imparcialmente acerca de sus móviles, invariablemente encontraríamos que sus actos estaban encaminados a censurar, presionar o deponer a quienes detentan el poder del Estado, por la transgresión sistemática de su deber jurídico de velar por los intereses mayoritarios del pueblo, o bien a lograr la sustitución del orden social prevaeciente por otro orden nuevo, más acorde con las necesidades históricas del país y las aspiraciones de la población. Sería difícil hallar entre los reos políticos alguno que reconociera que, al violar el Derecho Penal, perseguía algún beneficio personal.

Sin embargo, su participación en actos que amenazaron la seguridad del Estado los convierte en delincuentes. En rigor, su responsabilidad penal radica en haber intentado llevar a cabo sus fines utilizando medios, recursos y procedimientos no previstos ni permitidos por el orden jurídico formalmente válido, sin que éste admita como alegato justificativo que todas esas vías legales son ineficaces ya que, al depender de la voluntad política de quienes controlan y manejan a su arbitrio el poder decisorio del Estado, se encuentran obstruidas o cerradas para quienes defienden intereses no coincidentes con los de los grupos y estratos sociales dominantes.

Este es -planteado en términos muy simples- el conflicto que desde hace varios siglos se ha intentado dilucidar en el campo de las doctrinas políticas y que dio origen a la no resuelta controversia entre los propugnadores de un deber absoluto de obediencia por parte de los gobernados, y los partidarios de la legitimidad de la resistencia ante determinaciones o actos injustos de una autoridad.

Entre los autores que sostienen esta última tesis, destacan el padre Suárez y el padre Mariana. El primero afirma que la autoridad del monarca se halla limitada externamente por el poder soberano de otros Estados, e internamente por el bien común y la seguridad pública. Si el poder público va más allá de lo que le está permitido o deja de cumplir los fines para los que ha sido instituido, el pueblo le retira su apoyo; en tal caso, no se puede hablar de rebelión contra la autoridad porque más propiamente lo que ocurre es que el cuerpo social se disuelve por la incapacidad del monarca para la función que le fue encomendada. La rebelión no es otra cosa que el retorno al estado social anterior a la constitución del poder público. Nosotros prolongaríamos la argumentación diciendo que ese retorno tiene como objeto la formación de un nuevo poder público a cargo de otros titulares que sí cumplan los fines para los que aquél fue creado y no abusen del mismo.

Por su parte, Mariana adopta una posición drástica al argumentar que, en virtud del sometimiento obligatorio del rey al Derecho, el incumplimiento de sus obligaciones o el exceso en el ejercicio de

sus poderes debe traer consigo una sanción y esa sanción es el tiranicidio.

Hallamos argumentos en favor de la resistencia a la opresión aún entre quienes expusieron las doctrinas sobre las que se erigió y consolidó el absolutismo monárquico. Sabemos, por ejemplo, que, en ocasión de la bien conocida pugna entre el poder del Estado y el de la Iglesia, con la pretensión de prevalecer uno sobre el otro, fue Bodin quien estableció las bases (aunque "vagas e imperfectas" como dice González Uribe) del concepto de soberanía. En efecto, Bodin afirma que el monarca posee un poder supremo -super omnia- que no admite ni reconoce ningún otro poder igual ni superior. De ahí que el poder del monarca -supremo, perpetuo e indivisible- no esté sometido sino al Derecho; pero no al "derecho divino" representado por el pontífice romano, sino al Derecho natural y al Derecho del Estado. Como consecuencia de la tesis de Bodin, las monarquías europeas desconocieron la pretendida supremacía papal e impusieron su autoridad sobre los señores feudales. El absolutismo monárquico se cimentó sobre esas bases doctrinarias, pues para Bodin la soberanía encarnaba en una persona: el rey, el "soberano".

Pero al argumentar en contra del "derecho divino de los reyes", el propio Bodin se vio precisado a determinar otro origen al poder soberano del monarca, que no fuese el derivado de la autoridad del Papa como representante de Dios sobre la Tierra. La única salida racional fue sostener que el rey debe su poder al pueblo.

A partir de esta afirmación, diversos autores se pronunciaron

en contra de la idea de soberanía como un poder absoluto e ilimitado depositado en el monarca. Si el rey debe su poder al pueblo, es rey por y para el pueblo. Por tanto, cuando actúa en contra del Derecho o abusa del poder para dañar al pueblo, éste puede legítimamente resistir al tirano.

Tiempo después, Locke afirmaría que el hombre posee una serie de derechos anteriores a toda sociedad, los cuales ésta garantiza, conservando su persona, su libertad y su propiedad. Cuando la sociedad sucede a la anarquía primitiva que impera en el estado de naturaleza, el hombre fortifica y asegura sus derechos. Así pues, el derecho de resistir e insurreccionarse contra el soberano opresor, se fundamenta en la soberanía popular y en la finalidad del ejercicio del poder político.

Si con Bodin se sentaron las bases del concepto de soberanía absoluta, con los esfuerzos doctrinales de autores como el que acabamos de citar se dieron pasos importantes para trasladar la titularidad de la soberanía del monarca al pueblo. El camino recorrido a lo largo de la historia de las ideas políticas, para elaborar el concepto de soberanía popular, fue largo y prolongado, pero tuvo una brillante culminación en las obras de Montesquieu y Rousseau. Ambos propugnan una sociedad organizada sobre principios que hiciesen imposible la existencia de gobiernos opresivos. En el Espíritu de las Leyes, Montesquieu establece la división de poderes; y Rosseau, por su parte, descubre la voluntad general como el fundamento de la soberanía popular y como la brújula que ha de orientar el ejercicio del poder.

En la obra magistral de este último, *Del Contrato Social*, leemos lo siguiente: "Si el Estado o la ciudad no es más que una persona moral cuya vida consiste en la unión de sus miembros, y si el más importante de sus cuidados es el de su propia conservación, le es necesaria una fuerza universal y coactiva para mover y disponer cada parte de la manera más conveniente para el todo. Así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos y este mismo poder es el que, dirigido por la voluntad general, lleva el nombre de soberanía". (1)

Sobre este particular hace González Uribe este comentario: "Distingue Juan Jacobo entre Estado y Gobierno. El Estado es la comunidad política misma y se caracteriza por la voluntad general con todos los atributos de la soberanía. El gobierno, en cambio, sólo abarca a los que elige la comunidad para cumplir esa voluntad general. La existencia del gobierno no proviene del contrato sino de un acto del poder soberano del pueblo y éste puede cambiarlo cuando lo considere conveniente. El pueblo conserva siempre sus inquebrantables derechos de soberanía aun cuando tenga que hacer la delegación de algunos de sus poderes. Así, el ejecutivo, por ejemplo, es un simple agente de la voluntad popular". (2)

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone en su artículo II que los derechos imprescriptibles del hombre son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Sin embargo, se ha sostenido que, más que la consagración del derecho de insurrección, en este documento se hace refe-

rencia a la necesidad de establecer medios legales para el control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos gubernamentales. La misma Declaración dispone en relación a la soberanía, en su artículo III, que ésta reside esencialmente en la nación y que ningún cuerpo o individuo puede ejercer autoridad que no derive de ella - expresamente.

Es en la Declaración de 1793 donde el derecho a la insurrección queda claramente definido. De ella transcribimos lo siguiente: "Todo acto ejecutado contra un hombre, fuera de los casos y sin las formalidades que la Ley determina, es arbitrario y tiránico; aquél contra quien se quiera ejercer la violencia, tiene el derecho de responder por la fuerza". "Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada porción del pueblo el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes." "Que todo individuo que usurpe la soberanía, sea al instante mismo - muerto por los hombres libres".

Estos tres principios contemplan otras tantas hipótesis de gobiernos ilegítimos u opresores contra los que es lícito ejercer la resistencia, la insurrección o aún el tiranicidio. Más adelante analizaremos la problemática del derecho a la revolución, o sea el caso de la insurrección en contra de un gobierno de origen legítimo y que actúa dentro de los límites establecidos por el orden jurídico vigente, caso en el cual el objetivo que se persigue es adoptar un nuevo orden más acorde con las necesidades y aspiraciones del pueblo.

Cuando aparecen las constituciones escritas, se incluyó en ellas

una serie de procedimientos y recursos legales para combatir los actos contrarios a la propia constitución, o para regular las modificaciones a la misma. A partir de entonces parece que el derecho a la insurrección empieza a perder terreno.

Sin embargo, la realidad ofrece una panorámica diferente. Como esos mecanismos legales de control establecidos en la propia constitución son puestos en funcionamiento y manejados por los propios órganos del Estado, su eficacia depende de la aquiescencia de los gobernantes para someterse a ese control, de tal suerte que, cuando falta esa aquiescencia, difícilmente cumplen los fines para los que fueron creados, por lo que dichos mecanismos llegan a ser insuficientes, ineficaces o aún inútiles.

"La insuficiencia de las instituciones establecidas para sancionar el estatuto del poder -dice Georges Burdeau- no merece ser discutida. Ello no quiere decir, por otra parte, que sean inútiles. Su importancia, por el contrario, es muy grande, porque muy frecuentemente su flexibilidad y la simplicidad de su mecanismo evitarán una crisis grave al impedir que se acumulen las pequeñas ilegalidades impunes, que a la larga, crean la atmósfera favorable a las revoluciones. Sin embargo, esos procedimientos dejan de representar auxilio alguno, desde que el desprecio de los gobernantes al derecho llega a ser sistemático y permanente". (3)

Aunque ninguna ley positiva lo consagra expresamente, el derecho a la insurrección está reconocido doctrinariamente. Al respecto, afirma Duguit: "El derecho de insurrección, incontestable en teoría,

está de hecho desprovisto de eficacia. La ley constitucional de un país no puede reconocerlo sin introducir en ese país un gérmen de anarquía". (4)

En efecto, ningún Estado lo reconoce en su ley constitucional; por el contrario, partiendo del supuesto de la legitimidad de todo gobierno y confiando en la eficacia del control de la constitucionalidad de las leyes y los actos de autoridad, se tipifican en las leyes ordinarias, con el carácter de delitos políticos, aquellas conductas que puedan provocar la introducción de ese "gérmen de anarquía" en la sociedad. Sin embargo, no hay que olvidar que la punibilidad de los delitos políticos, depende de eventualidades metajurídicas que en el caso serían la derrota de los transgresores del orden y el fracaso de la rebelión. Porque, de triunfar ésta, "los delitos políticos" no recibirían una sanción, y las normas respectivas serían quizás anuladas por los nuevos detentadores del poder, mismos que, a la luz de esos mismos preceptos, de haber fracasado en su intento, habrían sido juzgados y castigados como criminales.

Al llegar a este punto, resulta necesario distinguir entre las revoluciones propiamente dichas y otros fenómenos político-sociales con los que suelen ser confundidas y que en la terminología de numerosos autores reciben la misma denominación.

La resistencia a la opresión es uno de ellos. León Duguit distingue tres formas de resistencia a la opresión: pasiva, que es el no acatamiento o la desobediencia a los mandatos arbitrarios de la autoridad; defensiva, que consiste en actos positivos con que los ciudau

danos repelen la agresión injusta del poder, es decir, la violencia del gobernado respondiendo a la violencia del gobernante; y agresiva, que puede llegar hasta la insurrección tendiente a derribar al gobierno opresor, "Hay opresión -dice Duguit- cuando el Estado legislador dicta una ley que, en virtud del derecho, no tiene potestad de imponer. Hay opresión cuando el mismo legislador no formula las leyes que está jurídicamente obligado a elaborar. Hay opresión cuando un acto concreto, acto administrativo o jurisdiccional, es realizado en violación de la Ley, cualquiera que sea el órgano o el agente que lo comete". (5)

De acuerdo a lo anterior, la resistencia a la opresión se dirige siempre contra la arbitrariedad del poder público y tiene la finalidad de lograr el cumplimiento del orden constitucional que regula el ejercicio de ese poder. Como afirma Burdeau, "esa resistencia no es constructiva, no se apoya en el deseo de un orden social nuevo. Ella tiende sólo a hacer respetar por las autoridades estatales los principios fundamentales del orden social correspondiente a la idea de derecho aceptada en el momento de la institución del poder. En este sentido, por paradójico que parezca, la resistencia a la opresión es esencialmente conservadora." (6)

En contraste a lo anterior, está implícita en la revolución la idea de cambio o de transformación. El objetivo final de una revolución es sustituir a un orden jurídico por otro nuevo y más adecuado a las necesidades sociales presentes. Así lo reconoce Kelsen cuando escribe "...si la revolución significa tanto como ruptura de la continuidad jurídica; si el concepto de revolución debe expresar que el

orden jurídico positivo no ha variado con arreglo a su ley inmanente sino que ha sido substituido por un orden distinto."(7) Palabras en las que está implícito el concepto de revolución como una acción encaminada no sólo a transgredir el orden establecido, sino a cambiarlo; no sólo a exigir a los encargados de hacer cumplir las leyes que ellos mismos las cumplan, sino a cambiar esas leyes por otras sustancialmente distintas; no sólo a destituir a un mal gobierno que abusa de sus poderes, sino a establecer nuevas bases jurídicas y políticas sobre las cuales ha de instituirse el gobierno nuevo.

De otra parte, es innegable que toda revolución se inicia como una rebelión, es decir, pretendiendo la toma del poder y, por tanto, pronunciándose en contra del gobierno en funciones. Pero, una vez en posesión de los instrumentos del poder, una revolución -si históricamente es digna de ese nombre- no detiene su curso hasta que ha cambiado en lo fundamental el orden político, económico y social, creando para ello nuevas leyes, nuevas instituciones y nuevas prácticas que afectan las relaciones entre gobernantes y gobernados y de los gobernados entre sí.

Este análisis conduce necesariamente a preguntarnos si la Ciencia Jurídica debe absorber, como uno de sus temas de estudio, la naturaleza y consecuencias de los fenómenos y procesos revolucionarios; o si, por el contrario, debe considerarse definitivamente excluidas del ámbito jurídico a las revoluciones.

Nosotros pensamos que los fenómenos de transformación violenta de las sociedades no se hallan sustraídos a toda consideración jurí-

dica, pues -quíerose o no- una revolución tiene una trascendencia innegable para la Ciencia del Derecho.

Para la gran mayoría de los tratadistas de Derecho Público, la Revolución es un hecho histórico de nulo valor normativo y, por tanto, extraño a toda calificación jurídica. Afirman que el Derecho no puede aceptar la revolución porque ésta es precisamente la negación del Derecho mismo.

Es incontrovertible que la Revolución es un acontecimiento que se produce en el ámbito histórico y es innegable también que entraña en primer lugar la transgresión del orden jurídico preestablecido. Pero no es éste el objetivo final de la revolución, sino solamente un paso indispensable para lograr propósitos y metas de naturaleza constructiva. Las revoluciones no se inventan, no son producto de los caprichos de quienes las promueven; sus causas se generan dentro de la realidad misma, las cuales podrían resumirse en la incapacidad del Derecho del Estado para satisfacer las necesidades y las aspiraciones del pueblo inconforme. Por eso la finalidad última de la revolución es la creación de un derecho nuevo, previa destrucción de un derecho ineficaz o anquilosado.

Las revoluciones han sido procesos históricos que han dado realidad y vigencia a las ideas de mejoramiento social más avanzadas; de ahí que posean un valor y una trascendencia que actúan en primer lugar sobre el ámbito jurídico. Sobre este particular, Covián Pérez sostiene que "negar de un modo absoluto el valor jurídico de las revoluciones es ignorar la lección fecunda de la historia que las mues

tra como las activas impulsoras en el proceso de la integración del Derecho. Sin aquella revolución de clases iniciada con el episodio del Monte Aventino, quizás se hubiese retrasado varios siglos el advenimiento de principios igualitarios en el Derecho público de Roma; sin la revolución inglesa del siglo XVII la institución del parlamentarismo como base fundamental del poder público también se hubiese retardado; sin la Revolución Francesa, las doctrinas de Rosseau y de Montesquieu habrían quedado por muchos años en el campo de la filosofía puramente especulativa; Marx sería para el mundo un utopista cualquiera si la Comuna de París no hubiera intentado llevar a la práctica sus objetivos revolucionarios, reafirmando como uno de los más incisivos pensadores de todos los tiempos; y sin la Revolución de Octubre que impuso sus tesis en la realidad jurídica y política, la constitución de un Estado socialista no habría dejado de ser una mera posibilidad. Y todo ello porque se habría dejado esta labor gigantesca a la acción siempre lenta y no siempre suficiente de la evolución político-jurídica en la cual, según el concepto de Hauriou, el derecho nuevo es fiel continuación del derecho viejo." (8)

En efecto, es formalismo absurdo negar todo valor jurídico a un movimiento que culmina con la creación de normas de Derecho acordes a la realidad social. Sobre este poder renovador y creativo de la revolución, nos remitimos a las palabras de Martí Jara, citado en la Historia de la Constitución de 1917 de Palavicini: "No puede negarse a las revoluciones que son una de las formas de la mécanica social y de las más eficaces en la producción de grandes transformaciones. Con las nuevas concepciones del derecho público, a base de una orientación eminentemente objetiva, la revolución puede ser conside-

rada una fuente de Derecho que comparte con la Ley y la costumbre la hegemonía en la formación del progreso jurídico de los pueblos. En este sentido la revolución es la más enérgica y ruda de las fuentes, porque transmuta, cambia, desarraiga pronta y radicalmente sin aquellas limitaciones a la ley y a la costumbre impuestas, por la normalidad de la vida en que se desarrollan. En las revoluciones el pueblo recoge todos los mandatos, todas las soberanías y las transmite nuevamente, organizando un nuevo orden de cosas..." Esa transformación pronta y radical es la que los medios previstos por el propio orden jurídico no pueden ofrecer, pues su paso lento e inseguro es frecuentemente rebasado por los requerimientos más importantes de una sociedad. Cuando las necesidades de ésta no son satisfechas por el Derecho, se produce un estado de crisis social y estalla la revolución.

La revolución se manifiesta inicialmente como una crisis del Derecho. En un momento determinado de la existencia de una sociedad, quienes detentan el poder ejercen su predominio en todos los ordenes y pretenden conservarlo, perpetuarlo, mediante la imposición de un orden jurídico rígido e inflexible que, al mismo tiempo, permita una apariencia de legitimidad. Esto trae como consecuencia la lentitud o la total obstrucción de la transformación del Derecho; pero lo que no se detiene es el crecimiento de la inconformidad social. Gradualmente el abismo que separa al Derecho de la realidad es más grande y los conflictos sociales más profundos, al punto de que éstos resultan insolubles mediante la aplicación del orden jurídico vigente. Este último entra en crisis y la revolución violenta emerge como consecuencia inevitable.

Otra nota distintiva de la revolución es que debe afectar a la Constitución en sentido positivo, tomando este concepto en la acepción que le da Karl Schmitt, es decir, las decisiones políticas fundamentales. Dicho autor deja entrever la posibilidad de que no todas esas decisiones hayan sido adoptadas en forma unilateral en el seno del poder constituyente, sino que algunas de ellas sean producto del acuerdo entre las fuerzas políticamente más influyentes.

Esta hipótesis nos obliga a recordar las muy conocidas, y no menos certeras, enseñanzas de Fernando Lasalle en relación a la existencia de una constitución real, diversa de la constitución escrita, y que él describe como la expresión o combinación normativa de los "factores reales de poder". En ocasiones una decisión política fundamental es producto del enfrentamiento de dichos factores que finalmente llegan a un acuerdo o a un compromiso.

La transformación del orden jurídico que lleva a cabo una revolución afecta necesariamente una o varias de las decisiones políticas fundamentales. Cabe citar que, en el caso de la Constitución mexicana vigente, esas decisiones son: a) soberanía popular, b) forma de gobierno republicana, representativa y federal, c) división de poderes y sistema presidencialista, d) separación de Estado e Iglesia, e) garantía de los derechos individuales, f) derechos sociales en materia de educación, propiedad y trabajo, y g) economía mixta con preeminencia de la función rectora del Estado.

En el campo de las realidades históricas es incontestable que las revoluciones son promovidas por quienes no disfrutaban de las pre

rogativas del poder y desean la transformación del estado social de conjunto porque lo encuentran intolerable económica y políticamente. Pero además, desde el punto de vista de su fundamentación teórica-doctrinaria, sólo el único e insustituible titular de la soberanía tiene la potestad de llevar a cabo una revolución; ésta debe ser en todo caso decisión y obra del pueblo.

Por esto es esencial a toda revolución auténtica que el nuevo orden jurídico que trata de implantar, se estructure con base en el interés político, económico y social de la mayoría de la población. Si la distancia entre el derecho que se extingue y la sociedad que se renueva ha sido el origen de la crisis revolucionaria, habrá que dotar a la sociedad que nace, de un derecho nuevo que impida la permanencia o el resurgimiento de las causas que generaron esa crisis.

De lo que llevamos expuesto se infiere que una insurrección armada contra los poderes públicos puede ser: 1) una rebelión-delito, 2) una rebelión de resistencia y 3) una rebelión que culmine en revolución.

Sólo la rebelión dirigida contra los titulares legítimos del poder, para substituirlos por otros, que además actúan sin contravenir sistemáticamente el estatuto que los rige, es antijurídica (rebelión-delito), y debe ser sancionada; pero si el ejercicio del poder es arbitrario y abusivo, y contra tales excesos surge una rebelión de resistencia, la juridicidad de ésta radica en el objetivo de hacer cumplir el orden jurídico que los detentadores del poder han violado. Toda extralimitación en el ejercicio del poder es por esencia antijurídica.

dica, mientras que todo intento de destruir lo antijurídico será siempre y por naturaleza afirmación del Derecho.

En el caso de la rebelión que culmina en una auténtica revolución, su legitimidad deriva de la decisión soberana del sector mayoritario del pueblo que desea cambiar la forma de gobierno o las estructuras socioeconómicas fundamentales del Estado, es decir, que ejerce el inalienable e imprescriptible derecho a la revolución -emancipación de la soberanía- cuyo único titular es el mismo pueblo.

El problema del derecho a la revolución ha sido extensamente debatido. Para nosotros reviste una especial importancia su esclarecimiento, toda vez que la tipificación penal de los llamados delitos políticos, parece negar o por lo menos limitar este derecho al dotar al Estado de instrumentos para prohibir y castigar todo intento de cambiar o modificar el orden constitucional del Estado por medios no previstos ni regidos dentro del mismo orden.

Si afirmamos que la revolución entraña la transformación del orden jurídico del Estado en cuanto a sus decisiones políticas fundamentales, y que en determinadas circunstancias no hay manera de realizar dicha transformación por los medios normales, tenemos que concluir que, para llevarla a cabo, es necesario apelar a medios no regulares o distintos de los preestablecidos, en la inteligencia de que esos medios ajenos al derecho positivo sólo pueden ser utilizados legítimamente por el titular del poder constituyente, es decir, por el pueblo soberano.

Nada de esto significa que esa transformación radical se lle-

ve a cabo sin fundamento en un derecho; lo que ocurre es que deriva de un derecho no escrito. "La operación constituyente -opina Hau-riou- supone el rompimiento de la continuidad del Derecho del Estado y la participación de un poder mayoritario revolucionario con relación al poder normal del Estado, pero no implica que se realice sin derecho, como un puro hecho histórico; significa que apela a un derecho revolucionario que subsiste bajo la legitimidad del derecho del Estado." (9)

Es indiscutible que el atributo esencial de la soberanía es la potestad de dictar la constitución. Esto es, el titular del poder constituyente es también el titular de la soberanía y viceversa, de suerte que la constitución es la voluntad creadora del soberano.

Si bien se afirma que el poder del soberano es ilimitado desde el punto de vista político, pero no desde el punto de vista jurídico, porque ese poder se haya subordinado al Derecho, cabe aclarar - que esa subordinación está referida exclusivamente al principio de principios del Derecho, al principio absoluto del orden que se enuncia diciendo: "El soberano es libre para crear la constitución que prefiera, pero necesariamente debe tener una".

Si el poder soberano de crear una constitución es imprescriptible y permanente, cada vez que el titular de ese poder modifica o sustituye las decisiones políticas fundamentales, es decir, la constitución en sentido positivo, no hace otra cosa que ejercer un derecho inherente a su potestad soberana: el derecho a la Revolución.

La justificación del movimiento revolucionario, en el supuesto de que éste se inicie en contra de un gobierno legítimo que actúa dentro de sus límites jurídicos, se ha encontrado en la existencia de un derecho moral que llena las exigencias jurídicas de un derecho legalmente establecido. Sobre esto opinan Emge y Sauer, citados por Herrfhardt, lo siguiente: "Cuando la obligatoriedad de un orden jurídico sea rechazada en justicia, en función del desenvolvimiento histórico normal, existe un derecho ético a la revolución; no existe pues, tampoco, ninguna violación del derecho en el sentido de la dogmática jurídica, porque no ha sido lesionado ningún derecho obligatorio". "Cuando los poderes existentes se mantienen aferrados a una rígida situación jurídica devenida hace tiempo sin vida, en oposición con la convicción general del pueblo, sin adaptarse a las progresivas concepciones culturales y permaneciendo sordos a todos los deseos y apremios de aquél, se puede y es permitido llegar a la revolución violenta. Porque el antiguo derecho no es ya tal derecho. El nuevo se haya en sus orígenes. La revolución no es ninguna violación del Derecho, sino única y exclusivamente creación del mismo". (10)

Estamos de acuerdo con las opiniones anteriores. El derecho del Estado puede ser un derecho injusto, porque no satisfaga los requerimientos de la realidad social, y puede ocurrir que entre ésta y aquél exista un divorcio total. Si los deseos y apremios del pueblo no son satisfechos, hay razón suficiente para destruir ese derecho y sustituirlo por otro que justifique su obligatoriedad mediante el cumplimiento de los fines de beneficio social que el pueblo soberano le asigne. Ni el Estado ni el Derecho se justifican por sí mismos, sino en la medida en que provean y garanticen la realización de las aspi-

raciones del hombre, entre las que la libertad, sólidamente apoyada en la seguridad y la igualdad social, ocupa un lugar preponderante. En este sentido, la Revolución fundamenta su propio derecho porque es la violación del derecho formal en razón de la justicia.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Rousseau Jean Jacques. Del Contrato Social. Aguilar, Madrid. 1969. Pag. 32
- (2) González Uribe Héctor. Teoría Política. Porrúa, México. 1972. Pag. 329.
- (3) Burdeau Georges. Traité de Science Politique. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1959. Pag. 133
- (4) Duguit Leon. Droit Constitutionnel. Tomo III. Paris. Pag. 806
- (5) Duguit L. Op. Cit. Pag. 791
- (6) Burdeau G. Op. Cit. Pag. 136
- (7) Kelsen Hans, citado por Covián Pérez Miguel en Crisis del Derecho y Revolución. UNAM, México. 1956. Pag. 23
- (8) Covián Pérez M. Apuntes Elementales de Teoría Política. INJUVE, México. 1975. Pags. 201 y 202.
- (9) Hauriou Maurice. Derecho Público y Constitucional. Editorial Reus. 1940. Pag. 311
- (10) Herrfahrdt Heinrich. Revolución y Ciencia del Derecho. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1932. Pags. 88 y 89.

C A P I T U L O VI

LOS DELITOS POLITICOS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.- Alcances de los artículos 39 y 135 constitucionales.- Soberanía e inviolabilidad constitucional.- El artículo 136 de la Constitución y los instrumentos punitivos del Código Penal.- Necesaria solución a un dilema.

En páginas anteriores hemos presentado argumentos en favor de la validez jurídica de una insurrección revolucionaria, en base a la existencia de un derecho -connatural a la soberanía- cuyo titular es el pueblo y que doctrinariamente es conocido como derecho a la revolución. Nos corresponde estudiar ahora cuál es la solución que el derecho positivo mexicano ofrece para esta problemática, así como el lugar que ocupan en este contexto los llamados delitos políticos.

El razonamiento principal en que se apoyan quienes niegan el derecho a la revolución, es que ningún Estado puede reconocer dentro de su sistema jurídico la existencia de un derecho de tal naturaleza, pues hacerlo traería como consecuencia inevitable la introducción en su seno y en el de la sociedad, de un elemento de anarquía, toda vez que podría invocarse una y otra vez como pretexto para la transgresión o la inobservancia del orden jurídico, arguyendo motivaciones o finalidades políticas sin que éstas fueran reales, o bien cuando están abiertas vías legales, amplias y expeditas, para el ejercicio de los derechos políticos y para la transformación progresiva de la realidad social.

Detengámonos un momento para examinar una cuestión semántica. Cuando se habla de reconocimiento de un derecho, se da por sentada

la existencia previa del mismo, pues sólo puede ser reconocido aquello que con anterioridad existe. El derecho a la revolución es un atributo de la soberanía y, como todas las potestades inherentes a ésta -entre ellas la facultad constituyente-, es anterior al Derecho positivo, no nace con éste ni su validez depende de él. De ahí que el reconocimiento expreso por el orden jurídico positivo, del Derecho a la revolución, carezca de relevancia existencial. Dejemos sentada la anterior premisa.

No obstante, los impugnadores del derecho a la revolución, apoyándose casi siempre en los criterios del formalismo jurídico ("el Derecho no es sino la voluntad normadora del Estado; no hay derecho fuera del derecho positivo") toman muy en cuenta si un orden jurídico determinado acoge o no en sus preceptos el principio del derecho a la revolución, a sabiendas de que en casi todos los sistemas constitucionales se omite toda referencia a ese derecho y que, cuando llega a mencionársele, es para desnaturalizarlo al pretender someterlo a requisitos, condiciones de ejercicio o normas de procedimiento que necesariamente habrían de cumplirse a través de determinados órganos, en el marco de los poderes constituidos.

Veamos cuál es la solución que ofrece el texto vigente de la Constitución mexicana.

Dice en su artículo 39: "La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana

del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo - tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su Gobierno".

La declaración contenida en la última parte del precepto transcrito no debiera suscitar dudas. Un derecho que existe "en todo tiempo", además de ser imprescriptible, puede hacerse valer en cualquier momento, siempre que sea voluntad de su titular hacerlo. Asimismo, se confiere a ese derecho la calidad de inalienable, lo que significa que no puede ser transmitido ni ser ejercido por nadie que no sea su titular originario.

De otra parte, cabe observar que ese derecho a que nos ve nimos refiriendo, queda restringido en el texto que nos sirve de base para este análisis, a una sola materia constitucional, o sea el conjunto de prescripciones que determinan la forma de go bierno adoptada por el Estado mexicano.

Sobre la primera cuestión apuntada, la casi totalidad de los autores que se han ocupado del tema comparten el criterio de que el derecho reconocido por el artículo 39 constitucional no puede ser ejercido sino a través de los legítimos representantes del pueblo, o sea por medio del llamado poder revisor de la Constitución o "poder constituyente permanente", en los términos del artículo 135 de la propia Ley Fundamental de la República, el cual dispone: "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser par te de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el

voto de las dos terceras partes de los individuos presentes , acuerde las reformas y adiciones y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas."

Esa interpretación del texto constitucional tendría que superar varias objeciones, unas de carácter semántico, otras de índole histórica y otras más de naturaleza doctrinaria y lógico-jurídica.

En primer lugar, el artículo 39 que venimos estudiando establece en favor del pueblo un derecho inalienable, es decir, intransferible. De la significación rigurosa de este concepto parece desprenderse una contradicción insalvable con la tesis de que el pueblo no puede por sí mismo ejercer el derecho a alterar o modificar la forma de su gobierno, sino que debe hacerlo en todo caso a través de sus representantes legítimos. Antes bien, resulta más congruente la opinión contraria: que siendo ese derecho inalienable, debe ser ejercido directamente por el pueblo y no por representantes ni intermediarios suyos.

Tal parece ser el sentido que los redactores originales del precepto tuvieron en mente cuando lo presentaron al Congreso Constituyente de 1856-1857 y el sentido también que quiso darle la voluntad decisoria del propio Constituyente.

En apoyo de esta aseveración, reproducimos enseguida la

breve reseña que Francisco Zarco hace sobre el particular:

(Sesión del 9 de septiembre de 1856) "La tercera parte di
ce:
El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o
modificar la forma de su gobierno.

"El señor REYES pidió que se agregara que este derecho ha-
bía de ejercerse por medio de los legítimos representantes del
pueblo.

"El señor RUIZ, para evitar todo abuso, fundó una adición
sobre que de este derecho no pueda apoderarse una fracción del
pueblo.

"El señor ARRIAGA sostuvo que el pueblo, ejerciendo el de
recho de petición y teniendo parte en los negocios públicos, pue
de reformar por sí mismo las leyes, y el señor MATA explicó más
estas ideas, refiriéndose al artículo 125 del proyecto, que esta-
blece que toda reforma constitucional necesita el voto de dos ter
cios de los diputados y después queda sometida al fallo del pue-
blo al verificarse las elecciones del siguiente Congreso.

"La parte fue aprobada por 79 votos contra 7." (1)

La anterior transcripción demuestra -si hemos de conceder
le crédito al historiador Francisco Zarco, quien fungió como dipu-
tado en aquel Congreso Constituyente- que la voluntad prevale--
ciente en aquella asamblea no fue la de limitar el ejercicio del

derecho que se establecía en favor del pueblo, con la intervención obligada de sus representantes, puesto que la adición que se propuso en tal sentido no fue aprobada. Por el contrario, el argumento utilizado para rebatir la necesidad de dicha adición, consistió en hacer del conocimiento de los señores diputados constituyentes que con posterioridad se sometería a su consideración un procedimiento para reformar la Constitución, en el cual estaba prevista la participación directa del pueblo. Si esa fue la razón que se tomó en cuenta para aprobar, por 79 votos contra 7, el precepto en sus términos originales, resulta incontrovertible que el derecho del pueblo a "alterar o modificar la forma de su gobierno" quedó inscrito en el documento constitucional, no para que lo ejercieran sus "legítimos representantes", sino para que el pueblo manifestase por sí mismo su voluntad de reformar esa decisión política fundamental, la que, por consiguiente, no se establecía a perpetuidad. Cabe subrayar que la Constitución de 1917 recogió íntegramente dicho precepto, sin cambiar siquiera una coma, y que en esos términos fue aprobado sin discusión y por unanimidad de 169 votos.

Felipe Tena Ramírez -quien por cierto es partidario de la tesis de que el derecho establecido en el artículo 139 sólo puede ser ejercido a través del poder revisor de la Constitución- resume de la siguiente manera lo que ocurrió más de dos meses después, cuando en las sesiones de 18, 25 y 26 de noviembre de 1856, los diputados constituyentes cometieron una imperdonable incongruencia:

" El sistema en vigor es obra impremeditada del Constituyente de 57. El proyecto primitivo consignaba un sistema complicado, en el que intervenían sucesivamente el voto del Congreso, la publicación de la reforma en los periódicos, el voto de los electores, la formulación de la reforma por el Congreso y, al final, el voto definitivo del pueblo en los comicios siguientes. Rechazado por lento el procedimiento, la Comisión presentó otro, imitación del de la Constitución de 24, el que también fue rechazado, porque alteraba el régimen representativo al consultar al pueblo acerca de las reformas. Acaso fatigada la asamblea por las arduas discusiones que había provocado el punto a debate, no tuvo inconveniente en aceptar, por 67 votos contra 14, el tercer proyecto, que vino a ser el artículo 127 de la Constitución de 57, igual al 135 actual, salvo ligeras correcciones de forma. La Comisión y el Congreso se decidieron de ese modo por uno de los dos sistemas que para ser reformada establece la Constitución norteamericana; el más malo de los dos, al decir de Rabasa". (2)

Nosotros hemos hablado de incongruencias, porque sin duda lo es haber rechazado previamente una adición que habría constreñido al pueblo a ejercer su derecho a alterar o modificar su forma de gobierno forzosamente por medio de sus legítimos representantes, y más tarde establecer un procedimiento de reformas constitucionales que sólo admite la intervención de órganos de representación política. En otras palabras, resulta contradictorio desde cualquier punto de vista reconocer un derecho y, más adelante, privar a su titular de los medios para que lo haga efectivo por sí mismo, fincar un derecho en el supuesto de que habría de

ejercerse con la participación directa de su titular y a continua
ción eliminar del ámbito jurídico-político todas las vías para esa
participación.

Como veremos a continuación, lo que en realidad hizo el
Constituyente de 57 -trascendental error que repitió el de 1917-
fue crear un obstáculo insalvable para que las decisiones políti
cas fundamentales del Estado mexicano puedan ser modificadas por
vías jurídicas normales.

La imposibilidad de llevar a cabo todo tipo de reformas
constitucionales por el órgano revisor de la Constitución, es ex-
plicada así por Karl Schmitt: "Cuando está regulado en ley cons
titucional el procedimiento de reforma de la Constitución, se
funda con ello una competencia que no se explica por sí misma.
La competencia, regulada en ley constitucional, de los cuerpos le
gislativos para emitir leyes en las vías reguladas también por
ley constitucional, es decir, la competencia legislativa ordina-
ria, no fundamenta por sí sola ninguna competencia para reformar
también prescripciones legal-constitucionales, que precisamente
son base de la competencia misma. La competencia para reformar
la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un
círculo de actividades regulado y delimitado. Reformar las leyes
constitucionales no es una función normal del Estado, como dar
leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc.
Es una facultad extraordinaria. Sin embargo, no ilimitada; pues
al seguir siendo una facultad atribuída en ley constitucional,
es, como toda facultad legal-constitucional, limitada y, en tal

sentido, "competencia" auténtica. En el marco de una regulación legal-constitucional no pueden darse facultades ilimitadas; toda competencia es limitada. Ni siquiera una "competencia de competencias" puede ser algo ilimitado, si no ha de quedar la expresión desprovista de sentido y disuelto el concepto. "Competencia de competencias" es, bien entendido, otra cosa que soberanía, con la que ha sido muy confundida en la literatura jurídico-política de la preguerra". (3)

Creemos que no es posible hallar un argumento válido en contra de esta tesis de Schmitt. El único poder ilimitado es el poder soberano, el que crea el Derecho que organiza el Estado y distribuye las competencias de sus diversos órganos. Los poderes - constituidos, a los que se asignan esas competencias determinadas por voluntad del poder soberano depositado en el Constituyente, son en todo caso poderes limitados.

El poder revisor de la Constitución se ejerce dentro de un ámbito de competencia extraordinaria pero necesariamente limitada, pues lo contrario sería depositar en ese poder la soberanía y tras trocarlo en poder absoluto, superior a la Constitución que lo creó. Siendo un poder derivado, emanado de la voluntad constituyente y - producto del derecho positivo (no anterior a él) no puede alterar ni modificar las decisiones políticas fundamentales que le dieron origen, pues sería tanto como negarse y destruirse a sí mismo.

Pongamos un ejemplo: el poder revisor de la Constitución previsto en el artículo 135 de nuestra Ley Suprema, no podría modifi-

car la actual división de poderes, ni el sistema federal, ni si quiera suprimir el Senado, pues se incurriría en el absurdo de que los integrantes del poder revisor decretaran su propia extinción, pues automáticamente dicho poder -compuesto por ambas cámaras - del Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados- dejaría de tener sustento jurídico- constitucional y, consecuentemente, desaparecería.

Tan es así que la facultad de erigir nuevos Estados dentro de los límites de los existentes no se atribuyó al poder revisor conforme al artículo 135, pues se estableció un procedimiento especial prescrito en la fracción III del artículo 73 constitucional. En nuestra opinión, esta previsión se tomó en virtud de que ese tipo de decisiones afecta, si no cualitativamente, por lo menos cuantitativamente la estructura federal.

De ahí que, desde el punto de vista de la lógica jurídica, sea insostenible la tesis de que el poder revisor está facultado para reformar todo tipo de normas constitucionales, incluso las que tienen el carácter de decisiones políticas fundamentales, en tre las que sin duda se cuenta la forma de gobierno.

Nada de esto significa que la Constitución, en ese aspecto, sea irreformable y que la actual forma de gobierno tenga indefectiblemente que mantenerse a perpetuidad. En rigor, el pueblo -ti tular de la soberanía- puede en todo tiempo alterar o modificar las decisiones políticas fundamentales que hace 67 años inscribió en el documento constitucional. Negar este principio equivale a

condenar al pueblo a estar sometido a las decisiones de los muertos y no a las decisiones de los vivos. La voluntad soberana del pueblo sería un mito y el artículo 39 de la Constitución -todo él y no solamente su parte final- quedaría anulado como base de nuestra Ley Suprema.

A tales extremos parece que quisieran llegar los defensores a ultranza de una supuesta prevalencia del artículo 136 de la Constitución sobre todo principio que se le oponga, incluso los contenidos en el 39 de la misma carta magna.

El 136 declara:

"Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aún cuando por alguna rebelión se restrinja su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, restablecerá su soberanía y en arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieran figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieran cooperado a ésta".

Con base en esta disposición se ha pretendido asegurar la inviolabilidad del Derecho preestablecido, invocando el principio de legitimidad constitucional, el cual niega toda validez al Derecho que haya sido creado en forma distinta a la prevista por el Derecho anterior, el cual, en este sentido, podría ser eterno.

"El derecho elaborado por los poderes ordinarios del Estado -afirma Hauriou-y con arreglo a los procedimientos en vigor, se presen

ta como el único legítimo. Parece que no debe introducirse ningún cambio en el Estado sobre todo para modificar la Constitución, sino en virtud de las formas previstas por el derecho anterior. No sólo es el derecho del Estado el único legítimo, sino que también debe perpetuarse".

El precepto que hemos transcrito contiene una prohibición general de alterar o modificar la Constitución General de la República por medios distintos a los establecidos en ella misma. Esta prohibición es complementada por las tipificaciones particulares de los delitos políticos, que de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 144 del Código Penal Federal, son: la rebelión, la sedición y el motín, así como la conspiración para cometer cualquiera de estas tres figuras delictivas.

De esta forma queda estructurado un "sistema legal de inviolabilidad constitucional", es decir, un conjunto de mecanismos jurídicos mediante los cuales se quiere prolongar indefinidamente la vigencia de una misma constitución, sin dejar abierta ninguna vía legítima para que el titular de la soberanía -el pueblo- pudiera darse a sí mismo otra distinta.

Los artículos 130, 131, 132 y 141 del Código Penal disponen:

"Artículo 130.- Se aplicará la pena de seis meses a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a los que en forma tumultuaria, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones con alguna de las finalidades a que se refiere el Artículo 132.

" A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de sedición, se les aplicará la pena de cinco a quince años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos.

"Artículo 131.- Se aplicará la pena de seis meses a siete años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación.

" A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de motín, se les aplicará la pena de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos ".

"Artículo 132.- Se aplicará la pena de dos a veinte años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos, a los que no siendo militares en ejercicio, con violencia y uso de armas traten de:

"I.- Abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

"II.- Reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales de la Federación o su libre ejercicio; y

III.- Separar o impedir el desempeño de su cargo a alguno de los altos funcionarios de la Federación mencionados en el Artículo II de la Ley de Responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito Federal, y de los altos funcionarios de los Estados.

"Artículo 141.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios delitos del presente título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación".

Nos hallamos ante un grupo de preceptos destinados a proteger un bien jurídico de suma trascendencia -la seguridad e integridad del Estado- pero que, por las circunstancias y las razones que hemos venido exponiendo, en cierto modo pueden propiciar la antijuridicidad de todo el sistema normativo constitucional y, por consiguiente, de sí mismos.

Recapitulemos: un derecho reconocido por el artículo 39 de la Constitución no puede ser ejercido directamente por su titular (el pueblo) utilizando las vías jurídicas normales, porque se eliminó su participación dentro del poder revisor; éste, por su parte, no es un órgano de competencia ilimitada, porque ese tipo de competencias no existen y porque su propia integración le impide cambiar los elementos originales de la forma de gobierno, a menos que se niegue y se destruya a sí mismo; por tanto, los únicos medios a que puede recurrir el pueblo para hacer efectivo su derecho,

son medios anormales; el artículo 136 constitucional y los preceptos del Código Penal que de él derivan, contribuyen a reforzar este cuadro antijurídico, pues tienen por objeto reprimir cualquier intento de alterar o modificar la Constitución, y en especial la forma de gobierno, por vías no institucionales.

Lo expuesto hasta ahora plantea un dilema en el ámbito doctrinario, que puede resumirse así: o asumimos con todas sus consecuencias la tesis de que las decisiones políticas fundamentales de la Constitución mexicana son perennes e intocables, y de paso aceptamos que el pueblo de México ha dejado de ser soberano porque ya no tiene potestad de "alterar o modificar la forma de su gobierno ", o bien admitimos que para reformar esa y otras decisiones políticas fundamentales hay que salirse de la Constitución.

Lo primero tendría una serie de implicaciones: que la soberanía se extingue después de que ha sido ejercida, es decir, que el pueblo sólo puede darse una Constitución una sola vez y para siempre; que, por tanto, el pueblo en la actualidad ya no es soberano porque sus antepasados -que sí lo fueron- agotaron la soberanía en el acto de dar a México la Constitución que ellos decidieron; que, en consecuencia, la Constitución está por encima de aquél que ella misma declara soberano, quien lo es sólo nominalmente. Todo esto, como es fácil advertir, altera por completo la doctrina de la soberanía y la reduce a la nada.

El pueblo , además de ser un concepto jurídico y político,

es una entidad sociológica. Sus componentes biológicos- los se res humanos que en su conjunto forman el pueblo- nacen y mueren constantemente, integrando realidades generacionales distintas unas de las otras. El pueblo en 1981 no es, en términos reales, el mismo que fue en 1917 ni habrá de ser igual dentro de cincuenta años. La generación que creó la Constitución -tanto los constituyentes que la elaboraron como el pueblo que los eligió- en su enorme mayoría ya están muertos. ¿Por qué debe prevalecer su voluntad sobre la de un pueblo que sí es una realidad viviente? ¿Por haberse lanzado a una revolución, a diferencia del pueblo de hoy, que no se ha decidido a hacerla? ¿Será ha-cer una revolución la única forma de recobrar la soberanía?

Es frecuente entre los tratadistas de Teoría Política y Derecho Constitucional confundir los conceptos de "poder constituyente" y "asamblea constituyente", y como resultado de esa confusión, afirmar que el poder constituyente, una vez que ha concluido su obra, desaparece. Este criterio conduce a negar uno de los principales atributos de la soberanía popular, puesto que impone un carácter limitado y temporal a la facultad constituyente.

El pueblo es soberano, no por un tiempo determinado, sino para siempre; no para ejercer su soberanía una sola vez, sino para seguirla ejerciendo tantas veces cuantas por voluntad propia así lo decida. El poder constituyente es inseparable de la soberanía, porque la soberanía deja de tener sustancia si se le priva de ese poder de crear la Constitución y de seguir re-creándola - cuando el soberano quiera.

La tradición histórica de que el poder constituyente se manifieste transitoriamente a través de una asamblea constituyente, no debe llevarnos a la aberración de declarar a aquél extinguido por haberse disuelto ésta una vez que concluyó la elaboración del documento constitucional. Lo cierto es que la asamblea, como depositaria del poder constituyente, actúa en nombre de éste, pero no es el poder en sí. Cuando se disuelve, el poder de que estaba investida vuelve a su titular originario, es decir al pueblo. Recordemos lo que Rousseau decía: "El pueblo conserva siempre sus inquebrantables derechos de soberanía, aún cuando tenga que hacer la delegación de algunos de sus poderes".

Dicho de otro modo, no debe confundirse el elemento sustancial poder con el órgano que materialmente lo ejerce y que no es sino su instrumento funcional u operativo. La asamblea constituyente es el órgano creado ex profeso para cumplir una función, por lo cual desaparece una vez llevada a cabo. Pero la asamblea no es titular de la soberanía, por lo que el poder constituyente que es connatural a ésta no le pertenece: tan solo lo ejerce transitoriamente. Cuando la asamblea se disuelve, el soberano recoge la facultad constituyente, es decir el poder, y lo mantiene para sí conservando la potestad de hacerlo valer por los medios instrumentales que fueron creados en la Constitución, o por otros más idóneos cuando aquéllos sean insuficientes o ineficaces.

Esta tesis encuentra apoyo en el texto del artículo 39 constitucional, cuyas tres partes contienen otros tantos principios que no pueden desvincularse, porque los dos últimos son conse -

cuencia del primero: Como la soberanía reside en el pueblo, éste crea los poderes constituidos para que se ejerzan en su beneficio, pero conserva el poder constituyente, o sea "el derecho" de decidir en cualquier tiempo las características y modalidades de su forma de gobierno.

Lo que se ha denominado incorrectamente "derecho a la revolución" -provocando dudas en los juristas, rechazo en los seguidores del formalismo y miedo en los beneficiarios del inmovilismo- no es sino la facultad constituyente. En otras palabras: lo que se expresa en la parte final del 39 es el principio de que el poder constituyente de que es titular el pueblo, no se extingue ni desaparece después de haber dictado una Constitución, sino que si sigue teniendo vida potencial, más allá de ese hecho histórico, como atributo jurídico permanente del soberano.

Ni los autores de la carta de 1857 ni los que reprodujeron su artículo 39 en la Ley Suprema de 1917, pretendieron nunca establecer un "derecho a la revolución" -pues jamás se habló de un derecho de tal naturaleza- sino dejar sentado el principio de la permanencia de la facultad constituyente como atributo soberano, inalienable, imprescriptible y por tanto inextinguible, del pueblo de México.

Ahora bien. Al quedar obstruido el ejercicio de esa potestad por vías normales e institucionales, aparentemente no se ha dejado al pueblo otro camino que el de la ruptura del orden establecido. Es así como empezó a hablarse de un "derecho a la

revolución", con el agravante de que este concepto se emplea generalmente en su acepción histórica y sociológica pero no en la jurídica: como violencia armada y no como transformación del Derecho.

Georges Burdeau nos enseña que el término violencia no ha de entenderse necesariamente en el sentido de fuerza física ni de coacción moral, sino como algo opuesto a la espontaneidad o naturalidad; y Kelsen -como ya expusimos- da al concepto de revolución el significado de una ruptura de la continuidad jurídica, por efecto de la cual el orden jurídico no cambia con arreglo a su ley inmanente, sino por medios no previstos en el derecho positivo.

En este sentido, un cambio "violento" se produjo en Francia -sin violencia armada salvo la que emergió en los acontecimientos de Argelia- cuando en 1958 se dictó la Constitución de la V República que estableció una nueva forma de gobierno sin sujetar el procedimiento a lo prescrito en la Constitución anterior -la de la IV República- ni con apego a las decisiones políticas fundamentales precedentes. Karl Loewenstein describe así lo ocurrido: "El gobierno de De Gaulle exigió y obtuvo amplios poderes para que en el término de seis meses y con la suspensión de ambas Cámaras gobernase a la nación por medio de decretos, y la dotase de una nueva Constitución que correspondiese a las ideas del general sobre un fuerte poder ejecutivo. El 13 de junio de 1958 fue promulgada por ambas Cámaras una ley de enmienda constitucional (Loi constitutionnelle), que delegaba en el Gobierno, excluyendo al Parlamento, el ejerci-

cio del puvoir constituant, que según teoría democrática yace en el pueblo... Para suplir hasta cierto punto la exclusión del Parlamento del poder constituyente, estaba previsto el establecimiento de un Comité con carácter consultivo nombrado por las comisiones parlamentarias. Finalmente, la ley constitucional en cuestión determinaba que el proyecto constitucional, tras un informe (avis) del Conseil d'Etat, sería sometido a votación popular..."(4)

Cabe subrayar que en este proceso no participa ninguna "asamblea constituyente" -lo que no excluye la presencia ostensible de un poder constituyente en acción- y que el proyecto de nueva Constitución fue aprobado por más de 17 millones y medio de votos a favor, contra solo 4 millones y medio en contra.

Retomando el problema central que nos ocupa, hemos de reconocer que en México estamos frente a una grave disyuntiva: esperar a que el pueblo se vea precisado a ejercer la facultad constituyente de que es titular, por medios irregulares, fuera de la Constitución y con riesgo de caer en la violencia física y no solo en la jurídica, o bien se le dota de medios constitucionales idóneos para asegurar que su voluntad soberana participe directamente en el proceso de reformas a la Ley Suprema, cuando dichas reformas versen sobre materias que sean objeto de una decisión política fundamental.

Y no reducimos la posibilidad de intervención de la voluntad popular a la sola cuestión de la forma de gobierno, por dos razones: la primera, que conforme a la tesis que hemos venido desarrollando, la facultad constituyente es un atributo de la sobe-

ranía, de tal suerte que ninguna de las decisiones políticas fundamentales puede serle vedada por limitaciones formales del derecho positivo; y la segunda, que la referencia expresa a la forma de gobierno en el artículo 39, se originó en 1856, cuando las concepciones jurídico-políticas correspondían al constitucionalismo democrático-liberal que restringía la estructura de una Constitución a la parte dogmática- los derechos públicos subjetivos- y a la parte orgánica, siendo el contenido principal de ésta precisamente la forma de gobierno; pero tal enunciado no puede tener valor restrictivo si hemos de reconocer validez en todos los casos a las modernas tesis del constitucionalismo social.

Si no se abre el camino institucional y normativo para que el pueblo ejerza su facultad constituyente, permitiremos que nuestro sistema constitucional y legal degenerare, pues de las contradicciones contenidas en su propia ordenación, nacen elementos de antijuridicidad. Tales son, en las circunstancias presentes, el principio de "inviolabilidad constitucional" en oposición al de soberanía, y los delitos políticos prescritos en el Código Penal como antítesis de la libertad política y del pluralismo participativo.

Esto último aparecería con mayor evidencia en las siguientes hipótesis: los integrantes de un grupo más o menos numeroso de ciudadanos que intentara influir sobre alguna de las cámaras del Congreso de la Unión o cualquiera de las legislaturas de los Estados para impedir que fuesen aprobadas reformas constitucionales sometidas a su competencia como órganos del poder revisor, si

incurren circunstancialmente en desórdenes tumultuarios, podrían ser declarados reos del delito de sedición o de motín, no obstante que, en rigor, sus componentes estarían haciendo uso de sus derechos de reunión, de petición y de libre expresión de las ideas. Otro grupo que pretendiera presionar a cualquiera de los órganos legislativos mencionados para que tome en cuenta un proyecto de reformas constitucionales que se han negado a dictaminar y a debatir, si cae en el extremo de amenazar a dichas autoridades o éstas declaran que se les ha intimidado por el hecho en sí de las reuniones tumultuarias que se hayan producido, quienes forman ese grupo podrían asimismo ser perseguidos por los mismos delitos. Y en una y otra hipótesis, los dirigentes de los respectivos movimientos serían inculcados aunque no hubiesen intervenido personalmente, además de que podría acusárseles también por conspiración.

Dijimos en otra parte de este trabajo que todo intento de destruir lo antijurídico será siempre y por naturaleza afirmación del Derecho. Del mismo modo, todo mecanismo legal que opera en la realidad en defensa de la antijuridicidad, es contrario al Derecho y por ende también antijurídico. Si un sistema constitucional mantiene indefinidamente sus contradicciones normativas, constriñendo a la voluntad constituyente del pueblo a manifestarse por vías anormales, los instrumentos punitivos creados por el derecho positivo, lejos de combatir la antijuridicidad, contribuyen a afirmarla y a prolongarla. Cada vez que operan en ese sentido, son instrumentos de la antijuridicidad, mientras que los actos supuestamente delictivos que persiguen han dejado de ser -

antijurídicos, en la medida en que pugnan por hacer valer derechos preteridos.

Mientras no se establezcan los medios jurídicos constitucionales -por ahora inexistentes- para dar pleno vigor a los derechos soberanos del pueblo, es decir, mientras no se organice la revolución pacífico-jurídica, todo movimiento auténticamente popular encaminado a transformar las estructuras políticas y sociales y establecer un nuevo orden que satisfaga las necesidades y aspiraciones de la colectividad, al no tener a su alcance esos medios normales, se verá en el imperativo de recurrir a vías inconstitucionales, ilegales o incluso a la violencia armada. De hacerlo así, no se estaría incurriendo en actos antijurídicos pues no se habrían atacado los ideales valorativos de la comunidad, sino al contrario; los "delitos políticos" cometidos no pasarían de ser una ficción y un artificio del formalismo, puestos al servicio de intereses parciales y contingentes. Habría, sí, un conflicto de intereses: la seguridad del Estado en contradicción con la necesidad de adecuar el Derecho a la realidad social y asegurar así una mejor y más justa convivencia a la nación; conflicto que en puridad jurídica debería resolverse en favor los intereses de más elevada jerarquía: los que se identifican con los requerimientos soberanos del pueblo.

En rigor, lo antijurídico vendría a ser la represión y el mantenimiento del status quo; y los culpables de esa antijuridicidad no serían otros que los sostenedores de un orden que niega la posibilidad de la transformación revolucionaria del Estado y la sociedad por medios institucionales.

En cambio, si existiera un procedimiento ideóneo y eficaz para que el pueblo soberano hiciera valer por sí mismo su derecho a desarrollar los principios básicos de la Constitución que se ha dado -sus decisiones políticas fundamentales- mediante las reformas y los cambios que las necesidades del país y del mundo vayan exigiendo, nada justificaría que, en nombre del pueblo, se pretendiese recurrir a la violación del Derecho para transformar éste. Tales intentos serían, sin lugar a dudas, antijurídicos y punibles. Los preceptos del Código Penal, que en el estado actual de nuestro orden jurídico positivo, carecen en ciertas hipótesis de aplicación, de la juridicidad que debiera serles connatural, la recobrarían en plenitud pues servirían en todos los casos para asegurar la inviolabilidad de un Derecho no sólo formal, sino también intrínsecamente válido.

Dejemos a los politólogos y a los constitucionalistas la tarea de encontrar los medios y procedimientos mejores y más viables para llegar a ese resultado. Nosotros nos concretamos a señalar -los peligros y las consecuencias de los conflictos y contradicciones que subsisten en nuestra ordenación positiva vigente, así como la ingente necesidad de eliminar los elementos de obstrucción que actualmente impiden la libre manifestación de la voluntad constituyente del pueblo mexicano.

Es pues nuestro trabajo, una preocupada querrela en contra de la antijuridicidad, donde quiera que se encuentre y se manifieste, y un modesto alegato en favor del Derecho como instrumento insustituible de la perfectibilidad humana.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Zarco Francisco. Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857). Secretaría de Gobernación, México. 1979. Pags. 575 y 576.
- (2) Tena Ramírez Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Porrúa, México. 1980. Pags. 61 y 62.
- (3) Schmitt Karl. Teoría de la Constitución. Editora Nacional, México. 1981. Pags. 172 y 173.
- (4) Loewenstein Karl. Teoría de la Constitución. Ed. Ariel, Barcelona. 1962. Pag. 452.

C O N C L U S I O N E S

1.- La configuración del delito político es por naturaleza contingente, por lo que éste debiera ser analizado como realidad histórica y no como concepto jurídico. Su estudio tiene más implicaciones vinculadas con la Teoría Política que las que estrictamente corresponden a la Ciencia del Derecho. Toda vez que en relación a los delitos políticos una fundamentación sobre principios jurídicos de carácter absoluto es imposible, resalta la necesidad de contemplarlos como manifestaciones sociales de la lucha por el poder que se actualizan cuando las instituciones políticas del Estado son cuestionadas no sólo teóricamente sino en la práctica, es decir, cuando el cuestionamiento es en vías de hecho. En estas circunstancias, cualquier comportamiento contrario al orden formalmente establecido será juzgado con base en un criterio más bien político que jurídico, y el Derecho Penal se aplicará para asegurar la permanencia de un grupo en el poder y no en función de la protección de bienes jurídicos de validez universal.

2.- En el campo de aplicación de los delitos políticos, el Derecho prescinde las más de las veces de toda consideración fundada en los valores más elevados que está llamado a defender y realizar, como son la vida, la justicia y la libertad, pues todos ellos quedan atados a las vicisitudes impredecibles de la política y sometidos a los intereses del poder. El Derecho comienza a actuar ya no en función de la justicia sino exclusivamente en función del orden. Este último ocupa el lugar del "bien jurídico protegido" de tal manera que en el substrato de todos los llamados delitos polí

ticos aparece el orden como sustancia, contenido y objeto del Derecho y ya no solamente como elemento integrador del mismo. El orden se sitúa por encima de la libertad y la justicia, y pretende justificarse en sí y para sí.

3.- Lejos de poseer un contenido esencialmente jurídico-penal, el delito político emerge como una creación apócrifa y formalista del legislador, premeditada y elaborada para juzgar ciertos hechos y determinados hombres, contemplados unos y otros desde la perspectiva de intereses políticos partidistas. Los fundamentos jurídicos que debieran ser por esencia inalterables e idénticos, ceden ante criterios mudables y tendenciosos. El delito político responde a factores variables de lugar y tiempo y es sólo formalmente delito.

4.- Quienes han intentado conceptualizar jurídicamente el delito político, conceden este carácter a todo atentado dirigido contra la seguridad, la soberanía e independencia del Estado y la integridad de su territorio, o contra los órganos a través de los cuales aquél exterioriza su poder y ejerce su autoridad. Se desprende de todos los intentos de caracterización, que los móviles y fines de quien comete esta clase de ilícitos son de tal naturaleza, que se distinguen radicalmente de las figuras delictivas comunes, pues quienes llegan a cometerlos actúan más por inconformidad con una forma de gobierno que por inadaptación al medio social o con propósitos de beneficio personal. Sus fines, generalmente, no son repudiables desde el punto de vista moral. El reo de un delito político es un vencido más que un criminal.

5.- Respecto de la sanción aplicada al delincuente político con base en consideraciones teóricas, difícilmente pueden sostenerse válidamente los postulados fundamentales de la penología moderna, según los cuales castigar por castigar carece de sentido, por lo que la pena debe dejar de lado su carácter retributivo y expiatorio para tornarse rehabilitadora y socializante. Al delincuente político no se le puede resocializar pues es precisamente el estado de cosas imperante en la sociedad lo que él cuestiona; por lo tanto, hablar de reeducación o reencauzamiento social es un absurdo. Cualquier forma de represión que se ejerza sobre el delincuente político será un ingrediente más que fortalezca su convicción revolucionaria, amén de que ninguna tendencia ideológica o política puede ser substituida por otra mediante la aplicación de sanción alguna por severa que ésta sea.

6.- Si la tipificación de los delitos políticos es la mayor parte de las veces creación impuesta por intereses contingentes que recurren a artificios de la técnica jurídica, resulta más indispensable por ello, el análisis del elemento que dota de contenido sustancial a la infracción penal y la hace congnoscible: la antijuridicidad. Este elemento valorativo inmerso en el tipo penal permite detectar el tólos de la norma, su ratio legis y el bien jurídico que tutela. Para que una conducta sea delictiva, preciso es que sea contraria al bien jurídico de valor social o moral que la norma penal protege; de no ser así, esa conducta no podrá ser considerada esencialmente delictiva ni acreedora a penalidad alguna. Es por esto que se atribuye valor absoluto al axioma de Derecho Penal que reza: "sin antijuridicidad no hay delito, y sin delito no debe haber sanción".

7.- La antijuridicidad se configura mediante la concurrencia de estos dos elementos: la lesión de un bien jurídico tutelado por la norma penal -que en el caso de los delitos políticos lo es la seguridad jurídica del Estado- y la ofensa a los ideales valorativos de la comunidad, es decir, a las normas culturales reconocidas por el Derecho. Los intentos encaminados a transformar las estructuras político-jurídicas de un Estado por medios distintos a los establecidos legalmente, con el objeto de sustituirlas por otras que satisfagan las necesidades de la sociedad, en ocasiones lesionan indudablemente bienes jurídicos tutelados por el Derecho, pero generalmente no ofenden los ideales valorativos de la comunidad; antes bien, los afirman pues pretenden traducirlos en realidades concretas. El conflicto entre la seguridad del Estado y la preservación de sus instituciones, por una parte, y las aspiraciones presentes y futuras de la sociedad por la otra, debe resolverse sobre la base del interés jurídico preponderante y del análisis de la justificación y fines del propio Estado.

8.- La existencia del Estado no se justifica en sí misma sino por sus fines y por el mayor o menor apego a su cumplimiento. Los fines del Estado deben coincidir con los fines y aspiraciones valorativas de la comunidad. En la medida en que el Estado les dé plena realización habrá justificado su existencia y la de los mecanismos para protegerla. Cuando no ocurra así, los intentos para transformar el orden que lo rige y las instituciones a través de las cuales ejerce el poder, recurriendo a procedimientos legales o a vías proscritas, encontrarán su propia justificación en la inoperancia de una organización estatal que debe ser substituída por

otra nueva que sí funcione como medio eficaz para realizar los fines supremos de libertad, seguridad económica, justicia social e imperio de un Derecho intrínsecamente válido, que persigue el hombre. Tal sería el caso de los movimientos auténticamente revolucionarios, cuyos promotores no son delincuentes políticos ni seres antisociales sino propugnadores del progreso social.

9.- Estos movimientos se manifiestan inicialmente como estados críticos del Derecho. Son consecuencia inevitable del abismo que separa al orden normativo de la realidad, y de los conflictos sociales que son ya insolubles mediante la aplicación de un orden jurídico que se ha tornado opresivo e injusto y que carece de medios legales para su indispensable renovación. Por ello, la Revolución implica la transformación violenta -en el sentido en que empleamos el término en este trabajo- del orden jurídico vigente para substituirlo por otro más acorde con la realidad social. Debe afectar, además, las decisiones políticas fundamentales del Estado siguiendo el interés político, jurídico y social de la porción mayoritaria del pueblo, quien la promueve en uso de su poder soberano. El pueblo, único titular del poder originario, inalienable, imprescriptible e inextinguible que es la soberanía, puede ejercerlo tantas veces como decisiones soberanas adopte. La Revolución así entendida, no es antijurídica, sus propugnadores no son delincuentes políticos, sino vehículos de la voluntad popular de la que emanan todo Derecho y todo poder. La soberanía popular es, así, el fundamento jurídico del derecho a la Revolución.

10.- En nuestra Constitución vigente está consagrado el ina

lienable e imprescriptible derecho del pueblo a alterar o modificar la forma de su gobierno, aun cuando no existen vías normadas que regulen su ejercicio. Las previsiones establecidas en el artículo 135 de la propia Ley Fundamental no son útiles para hacer efectivo ese derecho, tanto porque prevén la participación inexcusable de órganos de representación política que forman parte de la estructura denominada "forma de gobierno" la cual, de ser modificada, alteraría la composición de los propios órganos revisores y éstos se estarían negando a sí mismos, como porque ningún poder constituido - y el poder revisor de la Constitución es uno de ellos - tiene competencia ilimitada. Sólo la soberanía es ilimitada, por lo que únicamente su titular tiene la potestad de cambiar las decisiones políticas fundamentales que adoptó por sí mismo y se dió a sí mismo.

11.- La imposibilidad de ejercer el derecho establecido en el artículo 39 constitucional por procedimientos normales, crea una disyuntiva: o el derecho es nulo en la práctica o tiene que ejercerse necesariamente fuera de la Constitución y utilizando medios que implican la ruptura del orden establecido. El artículo 136 de la misma Ley Fundamental y los preceptos del Código Penal que prescriben los llamados delitos políticos, contribuyen a complicar este cuadro antijurídico, pues tienen por objeto reprimir cualquier intento de alterar la Constitución por vías no institucionales.

12.- Como el pueblo es soberano para siempre y no por un tiempo determinado; como puede hacer uso de su soberanía tantas veces cuantas por voluntad soberana así lo decida; como la facultad

constituyente es inseparable de la soberanía y, de la misma manera que ella, no se extingue después de haber sido ejercida al dictar una Constitución, negar al pueblo el derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno porque no existen vías reguladas por el orden que le permitan ejercerlo, equivale a negar también el principio de soberanía y despojar al pueblo del poder constituyente.

13.- Sostener que el artículo 136 de la Constitución debe aplicarse indefectiblemente, aun sobre lo establecido en la última parte del 39 de la propia Ley Suprema, es pretender que el principio de inviolabilidad de la Constitución formal prevalezca sobre el principio de soberanía. Tal criterio, la presencia de los preceptos que tipifican los delitos políticos en el ordenamiento penal, y la imposibilidad real de hacer valer un derecho reconocido al pueblo por la propia Constitución, pueden propiciar la antijuridicidad de todo el sistema jurídico positivo, pues se coloca al pueblo bajo el imperativo de recurrir a medios inconstitucionales e incluso a la violencia armada para hacer valer por sí mismo sus derechos soberanos.

14.- En cambio, si existiera un procedimiento idóneo y eficaz para que el pueblo soberano hiciera valer por sí mismo su derecho a desarrollar los principios básicos de la Constitución que se ha dado -sus decisiones políticas fundamentales- mediante las reformas y los cambios que las necesidades del país y del mundo vayan exigiendo, nada justificaría que, en nombre del pueblo, se pretendiese recurrir a la violación del Derecho para transformar éste. Tales intentos serían, sin lugar a dudas, antijurídicos y punibles. Los preceptos del Código Penal, que en el estado actual de nuestro orden ju

rídico positivo, carecen en ciertas hipótesis de aplicación, de la juridicidad que debiera serles connatural, la recobrarían en plenitud pues servirían en todos los casos para asegurar la inviolabilidad de un Derecho no sólo formal, sino también intrínsecamente válido.

B I B L I O G R A F I A

- Arrieta Silva Enrique: Las Revoluciones en el Estado Moderno.- UNAM.- 1974.
- Burdeau Georges: Traité de Science Politique. Paris, 1952.
- Carpizo Jorge: Constitución y Revolución.- UNAM. 1970.
- Carrancá y Trujillo Raúl: Derecho Penal Mexicano.- Parte General.- Porrúa, México.- 1977.
- Carrara Francesco: Programa del Corso di Diritto Criminale dettato nella Regia Università di Pisa.- Temis, Bogotá.- 1974.
- Castro Fidel: La Historia me Absolverá.- Editora Política.- La Habana.- 1964.
- Covián Pérez Miguel: Crisis del Derecho y Revolución.- UNAM.- 1956.
- Covián Pérez Miguel: Apuntes Elementales de Teoría Política.- INJUVE.- 1975.
- De Malberg Carré: Contribution a la Theorie Generale de L'Etat.- Ed. Librairie Du Recueil Sirey.- Paris.- 1922.
- De Vitoria Francisco: Elecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de Guerra.- Porrúa, México.- 1974.

- Díez Picazo Luis: Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho.- Ed. Ariel, Barcelona.- 1975.
- Duguit Leon: Droit Constitutionnel. Tomo III. Paris.
- Duverger Maurice: Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.- Ed. Ariel, Barcelona.- 1970.
- Fraga Gabino: Derecho Administrativo.- Porrúa, México.- 1964.
- González Uribe Hector: Teoría Política.- Porrúa, México.- 1972.
- Hauriou Maurice: Derecho Público y Constitucional. Editorial Reus. 1940.
- Heller Herman: Teoría del Estado.- Fondo de Cultura Económica.- México, 1942.
- Herrfahrdt Heinrich: Revolución y Ciencia del Derecho.- Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.- 1932.
- Jellinek George: Teoría General del Estado.- Ed. Albatros, Buenos Aires.- 1976.
- Jiménez Huerta Mariano: La Antijuridicidad.- Imprenta Universitaria, México.- 1952.

- Lassalle Ferdinand: ¿Qué es una Constitución? Ariel, Barcelona.- 1976.
- Locke Jhon: Two Treatises on Government.- Edited by Charles L. Sherman Inc., New York.- 1937.
- Loewenstein Karl: Teoría de la Constitución. Ed. Ariel, Barcelona.- 1962.
- Maggiore Giuseppe: Principi di Diritto Penale.- Parte Generale.- Nicola Zanichelli Editore, Bologna.- 1943.
- Melotti Umberto: Revolución y Sociedad.- Fondo de Cultura Económica, México.- 1980.
- Mendieta y Núñez Lucio: Teoría de la Revolución.- UNAM.- 1959.
- Rousseau Jean Jacques: Del Contrato Social.- Aguilar, Madrid: 1969.
- Ruiz Funes Mariano: Evolución del Delito Político.- Hermes, México.- 1964.
- Sabine George H: Historia de la Teoría Política.- Fondo de Cultura Económica, México.- 1977.
- Sanchez Viamonte C: Revolución, Resistencia a la Opresión y Derecho a la Revolución.- UNAM.- 1967.
- Schmitt Karl: Teoría de la Constitución.- Editora Nacional, México, 1981.

- Tena Ramírez Felipe: Derecho Constitucional Mexicano.-
Porrúa, México.- 1980.
- Zarco Francisco: Historia del Congreso Extraor-
dinario Constituyente (1856-1857).-
Secretaría de Gobernación, Mé-
xico.- 1979.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Código Penal de la URSS.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común
y para toda la República en Materia Federal.
- 3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.