

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE
LOS PUEBLOS Y DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

Pedro Augusto Pérez Zárate

Asesor: Lic. Felipe Rosas Martínez.

Ciudad Universitaria. México, D. F., Febrero de 2008.



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.

Dedico esta Tesis:

*A mi padre Constancio Pérez Cruz (q.d.e.p.),
por inculcarme al estudio, ser mi ejemplo y guía.*

*A toda mi Familia por su paciencia
y apoyo en todo momento.*

*En especial, al Lic. Felipe Rosas Martínez,
por su tiempo, orientación y amigo.*

*A la Facultad de Derecho, Alma Máter.
Y a la Universidad.*

*Al pueblo de Santa Lucía Miahuatlán, Oax.,
Municipio indígena zapoteco, donde soy originario.*

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPÍTULO I | |
| LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO | |
| 1.1 Teoría de la Constitución y Derecho constitucional..... | 5 |
| 1.2 Constitución y constitucionalismo..... | 7 |
| 1.3 La Constitución del Estado, realidad política..... | 23 |
| 1.4 Lassalle y la Constitución real..... | 25 |
| 1.5 El positivismo jurídico..... | 37 |
| 1.6 Schmitt y el decisionismo..... | 47 |
| 1.7 Heller y la Constitución como realidad..... | 55 |
| 1.8 Las decisiones políticas fundamentales..... | 59 |
| 1.9 Concepto científico de constitución..... | 74 |
| CAPÍTULO II | |
| MULTICULTURALISMO | |
| 2.1 Fundamento constitucional..... | 78 |
| 2.2 Pluralidad de culturas..... | 79 |
| 2.3 Teorías del multiculturalismo..... | 83 |
| CAPÍTULO III | |
| PLURALISMO JURÍDICO | |
| 3.1 Fundamento constitucional..... | 119 |
| 3.2 Pluralismo normativo..... | 120 |
| 3.3 Derecho alternativo..... | 127 |
| CAPÍTULO IV | |
| DERECHO INDÍGENA | |
| 4.1 Fundamento constitucional..... | 138 |
| 4.2 Los usos y costumbres como fuentes de Derecho..... | 142 |
| 4.3 Autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas..... | 147 |
| 4.4 Derechos individuales y derechos colectivos..... | 155 |
| 4.5 La Justicia Indígena..... | 180 |
| CONCLUSIONES..... | 198 |
| PROPUESTAS..... | 204 |
| 1.- Ley Reglamentaria del artículo 2º constitucional. | |
| 2.- Que los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas se manifiesten en normas jurídicas. | |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 209 |

INTRODUCCIÓN

El origen de los pueblos data desde el origen mismo de la humanidad, pero el origen de los pueblos indígenas se inicia desde el momento en que enfrentan a los conquistadores; y no cesan en sus esfuerzos por sacudirse de la dominación europea, no obstante la superioridad tecnológica de ésta. La necesidad de lograr su independencia de estos nuevos enemigos, los conduce, incluso, a tomar medidas drásticas tales como la toma de armas de los pueblos que no soportan verse sometidos.

La reorganización social, cultural y jurídica se realizó por los españoles. El Derecho Indiano era decretado por las autoridades españolas sobre las bases y principios del Derecho peninsular, terminando con las antiguas formas de regulación social y política dentro de los diversos pueblos indígenas. No obstante existió una preocupación por incorporar las costumbres de los indígenas, siempre y cuando no se opusieran a estos principios.

Se ordenó por los monarcas españoles “que se respetase la vigencia de las primitivas costumbres de los aborígenes sometidos”, en tanto que estas costumbres no estuvieran en contradicción de los intereses supremos del Estado colonizador.

Así, tenemos que en la Nueva España estuvo vigente en primer término la legislación dictada exclusivamente para las colonias de América y se llamaron “Derecho Indiano” y, de las que sobresalen las Leyes de Indias, que no eran más que una síntesis del Derecho hispánico y las costumbres jurídicas aborígenes.

En la etapa colonial adquirió otros matices, la implacable tiranía a que se les sometió, no obstante las ordenanzas reales que los protegían, se tradujo en un descontento que transitó por diferentes caminos; desde pequeños motines y sublevaciones, hasta las grandes insurrecciones y rebeliones armadas.

Con la independencia se estableció la igualdad formal de todos los habitantes de la República mexicana, figura jurídica que nunca correspondió a la realidad. Los sectores dominantes que emergieron al triunfo de la guerra de independencia se dieron a la tarea de construir la nación. Con ciertos matices entre conservadores y liberales, el proyecto de nación que éstos impulsaban no tenían cabida los indígenas, debido, entre otras cosas, a que eran considerados como un obstáculo para el desarrollo. Desaparecerlos a través del despojo sistemático de sus tierras y acabar con sus formas de vida, se volvió un imperativo para los artífices de la nueva patria.

No obstante que uno de los representantes más distinguidos del pensamiento liberal fue indígena y que además de encabezar la resistencia nacional en contra de la invasión francesa, se convirtió en Presidente de la República. La situación de los pueblos indígenas no se vio favorecida, sino por el contrario, amenazada.

Los pueblos indígenas respondieron a este proyecto de nación expresando su rechazo de diferentes maneras. De acuerdo con su situación económica y política, las movilizaciones y revueltas indígenas, plantearon no sólo su oposición al proyecto de gobierno que los negaba, sino también a ciertos proyectos alternativos.

El siglo XIX fue época de movimientos y programas que intentaron desarrollarse y trascender en algunos lugares, no obstante el carácter represivo y discriminatorio que había en las actitudes hacia los indígenas en regímenes como el del Presidente Porfirio Díaz.

Tales movimientos iban desde los que encerrados en el localismo, circunscribían sus luchas en la defensa de sus tierras, hasta aquellos que, en unión de otros sectores, sostenían demandas más amplias y alternativas a la sociedad en su conjunto.

Con la Revolución de 1910, los indígenas se lanzaron nuevamente a la conquista de sus tierras, cuya carencia consistía su problema principal. Si bien

la participación de amplios conglomerados indígenas en el conflicto armado impuso algunas de sus demandas en el nuevo orden, éstas se vieron frustradas en la práctica, no obstante algunos intentos esporádicos por darles curso legal, de quienes creyeron ver en el programa revolucionario la solución definitiva de sus problemas.

A partir de la culminación del conflicto en 1917, la movilización indígena ha pasado por varias etapas, cuyos rasgos más sobresalientes configuran algunas características que el movimiento actual retoma, dándole nuevos contenidos y formas organizativas.

Es así, como los indígenas se ven impedidos de expresar sus necesidades y aspiraciones como grupos específicos, reunidos en torno a organizaciones propias de carácter político, no solo porque había sanción legal que prohibía la existencia de partidos a favor de una religión o raza determinada, sino porque persistían sectores de gobierno para quienes constituían un lastre para el progreso.

Con base en tal disposición y concepción sobre los grupos étnicos, algunos pueblos optaron por expresar sus demandas a través de organizaciones campesinas e indígenas.

Con el Presidente Lázaro Cárdenas el Estado adquiere una fisonomía más acabada y los problemas de los pueblos indígenas son abordados con mayor claridad desde dos perspectivas: la política agraria y la política de masas.

De manera consecuente con tales políticas, se establece el Departamento Autónomo de Asuntos Indígenas (DAI) y se organiza el primer Congreso Indigenista Interamericano, celebrado en Pátzcuaro, Michoacán en 1940. A pesar de que la organización campesina creada en este sexenio, Confederación Nacional Campesina (CNC), decía representar a todos los hombres del campo, los indígenas no tenían cabida dentro de su estructura orgánica.

El Presidente Cárdenas reconoce el potencial revolucionario de los indígenas y facilita su organización bajo el supuesto de que constituirían un factor de progreso que era necesario integrar a la nación mexicana. Se crea el Instituto Nacional Indigenista (INI), con una política asistencialista, con el objetivo central de integrar a los indígenas a la demás población nacional. Y se da inicio al indigenismo integracionista, que hasta la fecha sigue siendo política de Estado.

Por primera ocasión en sus resolutivos de 1994, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, reconoció que las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas del mundo constituyen sistemas de derecho. Al respecto, el artículo 4º de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos...”

Esta nueva adecuación de los pueblos indígenas advierte, *contrario sensu* a los fines de la globalización, que el Estado posmoderno capitalista reconocerá la existencia de diversos sistemas de derecho que confluyen conjuntamente con el hegemónico; a lo que algunos autores han denominado como el pluralismo jurídico. Es evidente que en el fondo del debate subyace un problema de poder. De esta manera, constituye un reto para los científicos sociales, para el movimiento indígena y los intelectuales, establecer los argumentos que con suficiencia expliquen esta nueva adecuación de los “otros sistemas de derecho” y su viabilidad en el mundo posmoderno.

Nuestro planteamiento a este problema consiste desde el conocimiento científico de la Constitución del Estado hasta el ordenamiento legal de los usos y costumbres y formas de organización jurídico-política de los pueblos y comunidades indígenas; estudiando los planteamientos teóricos políticos, sociológicos, filosóficos y jurídicos que dan cuenta de la realidad en que se encuentran los pueblos y comunidades indígenas, y que, en esencia, no contradicen al sistema jurídico vigente, sino al contrario, lo complementan como lo demostraremos en su oportunidad.

CAPÍTULO I

LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO

1.1 Teoría de la Constitución y Derecho constitucional

La ciencia constitucional abarca el estudio de la teoría de la Constitución y del Derecho constitucional positivo,¹ así en ese orden, porque sin un conocimiento teórico profundo es imposible penetrar en el ámbito de la normatividad constitucional de manera científica; en palabras del doctor Miguel Covián Andrade:

La sistematización y ordenación lógica de los principios y conceptos que permiten explicar racionalmente el conjunto de fenómenos constitucionales, es la base y la *conditio sine qua non* de la ciencia del Derecho constitucional.²

No se pretende establecer una prelación en el tiempo a favor de la teoría frente al objeto de conocimiento, es decir, que primero ocurra lo teórico y después lo empírico. El planteamiento no es cronológico. Lo que se sostiene es que gnoseológicamente, la posesión de la teoría es indispensable para la correcta aprehensión de la realidad.³ Los fenómenos constitucionales sólo pueden entenderse con fundamento en los conceptos teóricos constitucionales, sin los cuales estos fenómenos permanecen sólo en el plano del suceso, sin llegar al del conocimiento.

La teoría, en tanto instrumento fundamental de la ciencia, puede ser exacta o inexacta, correcta o falsa, cualidades que se reflejarán en el resultado especulativo que produce. Éste a su vez, confrontado empíricamente, permite llegar al conocimiento del fenómeno, o bien, provoca su mala comprensión cuando la teoría es errónea, de tal suerte que sólo si ésta es comprobada en la realidad existe conocimiento científico. Consecuentemente, la permanencia en

¹ “El concepto positivo de la constitución, como obra de una asamblea convocada *ex profeso*, a la que se le dio el carácter de constituyente por una facción revolucionaria triunfante y prevaleciente...” Arteaga Nava, Elisur. *Derecho constitucional*, México, Oxford, 2002, p. 8.

² Covián Andrade, Miguel. *Teoría Constitucional*, volumen primero, 3ª edición, México, Centro de Estudios de Ingeniería y Política Constitucional, CEDIPC, 2004, p. 1.

³ *Ídem*.

el plano estrictamente teórico y/o la no correspondencia entre la especulación y experiencia impiden que la teoría transite del campo puramente hipotético-reflexivo, al ámbito del conocimiento.

La teoría falsa o construida al margen de las leyes de la lógica no producirá, por definición, conocimiento científico. Su pretensión de ser instrumento de conocimiento será sólo eso, una pretensión y la consecuencia inmediata de su anticientificidad será su transmutación en herramienta de las doctrinas, los dogmas, las “verdades axiomáticas” y las ideologías.⁴

La ciencia constitucional puede ser estudiada y entendida como el estudio teórico y sistemático de los fenómenos constitucionales, basado en la teoría de la Constitución, confrontada con los hechos y comprobada empíricamente en el mundo fáctico.

En el objeto de investigación de la Constitución radica la diferencia entre el Derecho constitucional y la teoría constitucional; pues en tanto que ésta formula y explica los principios deontológicos⁵ que pueden tener o no acogida en alguna Constitución en concreto, aquél analiza un cierto orden jurídico-constitucional.⁶

Al afirmar que el objeto del derecho constitucional⁷ es el estudio de una Constitución específica, no pretendemos dar a entender que la investigación se contraiga a un mero comentario de las disposiciones que integran dicho ordenamiento, pues tal suposición relevaría a tal disciplina de todo carácter científico, como diría el doctor Ignacio Burgoa Orihuela:

Lo que queremos enfatizar es que el estudio de la Constitución debe obedecer a una mitología en que concurren diversos puntos de vista para lograr su análisis exhaustivo mediante el examen sistemático de todas y cada una de las formaciones que comprende. No

⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁵ Nuestra línea de investigación se centra en los principios ontológicos, puesto que los fenómenos constitucionales son realidades (ser) y no deber ser.

⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*, 14ª edición, México, Porrúa, 2001, p. 24.

⁷ En palabras del doctor Burgoa: “...el Derecho Constitucional responde a la pregunta de *cómo* es un Estado específico, es decir, *cómo está estructurado* en una constitución determinada, sin que su órbita de investigación abarque la cuestión de cómo debiera estar organizado, tema éste que incumbe a la filosofía política.” *Derecho Constitucional Mexicano, op. cit.*, pp. 29-30.

se trata, por ende, de señalar las materias que abarca o pueda abarcar el objeto del Derecho Constitucional, como lo ha pretendido generalmente la doctrina, sino de estudiar una Constitución específica en cuanto a la *regulación total* que instituye.⁸

La ciencia constitucional no es una ciencia pura. Todo lo contrario, la ciencia constitucional, la ciencia jurídica que es, es una ciencia social; ya que existen, desde luego, múltiples doctrinas, dogmas, corrientes de pensamiento que tratan de interpretar las normas constitucionales; y por ende, una ciencia de la realidad, expresiones que se implican, puesto que los fenómenos sociales son realidades y no formalidades o ficciones.

Entonces la ciencia constitucional se integra por la teoría de la Constitución, científicamente elaborada, y por el estudio del Derecho constitucional positivo, con fundamento en esa teoría científica.

1.2 Constitución y constitucionalismo

Las Constituciones surgieron de necesidades políticas, en un ambiente de tensión social, resultante de la disputa por el poder.⁹ Los primeros constituyentes se preocuparon, ante todo, por asegurar el ejercicio del poder, limitarlo y con ello garantizar la libertad; y detrás de todo ello hay teorías, ideologías y corrientes de pensamiento.

El poder es una cualidad social que el hombre desarrolla al relacionarse con sus semejantes. Cuando ese fenómeno guarda relación con los aspectos fundamentales de la diferenciación entre gobernantes y gobernados, presenciamos el poder político, que es regido por las normas del Derecho constitucional.¹⁰

De la adecuada comprensión del concepto de la Constitución depende la elaboración de una teoría de la Constitución científica, así como la correcta

⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁹ Gamás Torruco, José. *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 2001. p 95.

¹⁰ Sánchez Bringas, Enrique. *Derecho Constitucional*, 6ª edición, México, Porrúa, 2001, p. 46.

interpretación del Derecho constitucional positivo depende de la solución a los problemas teóricos y prácticos relativos al origen de la Constitución, a su ontología, a su validez y a sus reformas.

El constitucionalismo tiene su origen en los movimientos constitucionalistas británico, estadounidense y francés de los siglos XVII, XVIII y XIX (*sic*),¹¹ con diferentes matices por la variedad de circunstancias que originaron dichos movimientos.

Las tres revoluciones que emprendieron con éxito esos pueblos contra la monarquía absoluta son la realización de la ideología racionalista que estaba en la raíz de aquel movimiento. Esa corriente política y la paralela formación y desarrollo del capitalismo, generado por la revolución industrial, nacida en la Inglaterra de finales del siglo XVIII, destruyeron al antiguo régimen monárquico feudal.

Constituciones políticas escritas o codificadas, y derecho constitucional son la culminación del constitucionalismo, y la figura que los resume: el Estado de derecho liberal.¹²

Los tres movimientos revolucionarios empezando por la Revolución inglesa, de la segunda mitad del siglo XVII; la Revolución francesa, que estalla en 1789, así como la Guerra de Independencia de Estados Unidos, que permitió la promulgación, en junio de 1788, de la primera Constitución escrita que ha tenido una vigencia tan prolongada.¹³ El constitucionalismo estadounidense fue un precedente del francés cronológicamente, aquél se debió, entre otros motivos, a raíz de la opresión que sufría por parte de la corona inglesa.¹⁴

El constitucionalismo es el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a la ley, pretensión que equivale a transformar la fuerza,

¹¹ SÁCHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo Mestizo*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Estudios Jurídicos, Núm. 29, 2002, p. 1.

¹² *Idem*.

¹³ Calzada Padrón, Feliciano. *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 123.

¹⁴ En 1763 existían 13 colonias en la vertiente atlántica, claramente diferenciadas, que eran inglesas, francesas, holandesas españolas. La contribución militar y económica de la colonia en triunfo de la Guerra de los Siete Años (1756-63) entre franceses y españoles, determinó la toma de conciencia de los colonos, que se enfrentaron a la metrópoli cuando ésta pretendió imponer medidas económicas de corte monopolista. Iniciada la insurrección armada (1775), la Declaración de Independencia (1776) de las trece colonias proclamó la soberanía popular y los derechos inalienables de la persona, reconocida con el tratado de París (1783).

la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas,¹⁵ es decir, construir un Estado de derecho.

El constitucionalismo surge cuando un pueblo rompe con la tradición y la concepción providencial del mundo. Esto es, cuando asume la responsabilidad de hacer su propia historia, cuando deja de ser pasivo y se convierte en protagonista, en autor de su vida colectiva.¹⁶

El constitucionalismo moderno suele identificarse con el surgimiento de las dos primeras versiones del “Estado de derecho clásico”, producto de las revoluciones norteamericana y francesa de finales del siglo XVIII. Mientras en Inglaterra se fue configurando gradualmente una nueva correlación de fuerzas entre los factores de poder que condujo a la forma de gobierno parlamentaria; en Francia se produjo una transformación radical y una ruptura violenta de las bases de organización del Estado monárquico, que fue substituido por el llamado, desde entonces, Estado de derecho. En Norteamérica igualmente, aunque unos años antes que en Francia, el nuevo modelo fue adoptado por las ex colonias una vez independizadas de la monarquía británica y, después, por la federación que dio origen a los Estados Unidos de América.

La configuración de los primeros Estados constitucionales de derecho y su paulatina reproducción en Europa y en América durante el siglo XIX, se conciben históricamente como el origen y el desarrollo respectivamente, del constitucionalismo moderno.

Los Estados que fueron substituyendo a las monarquías, se estructuraron con base en una serie de principios políticos e instituciones jurídicas que, desde entonces, se han considerado propios del Estado de Derecho,¹⁷ como bien lo establece el doctor Covián Andrade:

¹⁵ SÁCHICA, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶ *Ibidem*, p. 3.

¹⁷ Valadés, Diego. *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 24, 2002, p. 7. “El Estado de derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.”

- A). La titularidad de la soberanía recae en la Nación y/o en el pueblo.
- B). El origen del poder coactivo del Estado no es divino ni hereditario, sino popular.
- C). Los órganos del Estado están integrados por representantes populares.
- D). El hombre y el ciudadano poseen derechos fundamentales que la ley tutela y garantiza.
- E). El ejercicio del poder se distribuye entre órganos jurídicamente estructurados y dotados de competencias limitadas.
- F). El poder del Estado se ejerce por definición de manera limitada.
- G). Es precisamente el Derecho el que fija los límites del poder, esencialmente por medio de dos instituciones, a saber: 1.- Los derechos del hombre y del ciudadano; y 2.- La división de poderes.
- H). Toda esta estructura se consagra en una constitución, ley fundamental del Estado y marco de referencia de la validez y de la legalidad del orden jurídico y del ejercicio del poder público.
- I). La constitución determina la génesis, el ejercicio y los límites del poder del Estado.
- J). Los órganos del poder público y los ciudadanos están sometidos a ella.
- K). Todos los actos de autoridad deben respetar los términos constitucionales de forma (estructura de los poderes), de fondo (competencia de cada órgano) y de legalidad (respeto del contenido de las normas).
- L). Las transformaciones del orden constitucional son reguladas previamente por la propia constitución.¹⁸

Todos estos principios e instituciones tienen un propósito común, que es la esencia del nuevo paradigma de Estado: limitar el ejercicio del poder político y sentar las bases para una nueva forma de concebir el Estado. Como diría el maestro González Uribe:

El desfile comenzó en las primeras décadas del siglo, con la democracia liberal, de corte roussoniano y jeffersoniano. Era la democracia de tipo clásico, inspirada jurídicamente en un individualismo y del liberalismo, configurada jurídicamente en un Estado de Derecho liberal-burgués.¹⁹

El Estado de derecho se desarrolló, en palabras del doctor Diego Valadés, durante el liberalismo y con fundamentos filosóficos:

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁹ González Uribe, Hector. *Hombre y Estado. Estudios Políticos Constitucionales*, México, Porrúa, 1988, p. 53.

El concepto de Estado de derecho se desarrolló durante el liberalismo y encuentra, entre sus fuentes filosóficas, las obras de Kant y de Humboldt. Ambos llegaron a la conclusión de que la acción estatal tiene como límite la salvaguardia de la libertad del individuo. Aunque la idea aparecía claramente en sus escritos, el primero que la introduce como un tema relevante para las definiciones políticas y jurídicas del Estado fue el jurista y político alemán Robert von Mohl...²⁰

Es decir, el esquema de los Estados norteamericano y francés de finales del siglo XVIII, se construye en torno a la idea de limitar al Estado frente al individuo. De ahí que a la monarquía arbitraria se le substituya por un modelo en el que el poder político es regulado y sometido a limitaciones normativas. Esta es la base del esquema y de hecho constituye el tema del llamado constitucionalismo moderno.²¹

Al respecto, el doctor Covián hace la siguiente interrogante ¿para qué o con qué propósito ulterior queda sujeto el Estado a un ámbito de acción restringido?

Este interrogante que se refiere a la teleología del Estado de Derecho clásico ha recibido generalmente dos clases de respuestas, como establece el mismo autor:

Por una parte, se dice que el objetivo último del “Estado de Derecho”, desde su concepción, es la construcción de la sociedad democrática en la que impere la ley y la libertad del hombre esté asegurada. A este planteamiento asaz socorrido, corresponde una evidente carga ideológica desde hace dos siglos hasta la fecha. Las revoluciones norteamericana y francesa han transitado por la historia como los movimientos auténticamente libertarios y pro-democráticos más importantes de la modernidad y la estructura estatal a la que dieron origen, el “Estado de Derecho”, como el paradigma de organización política-jurídica capaz de edificar la sociedad justa, libre y destinada al progreso.

La otra forma de responder al interrogante se basa en el análisis de las condiciones en que se produjeron sendas revoluciones, de su contexto histórico, político, económico y social, así

²⁰ Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 8.

²¹ “Previamente a la cristalización de dichos basamentos del constitucionalismo moderno, hay indicios que señalan la voluntad de establecer el imperio de la ley. Los primeros pasos de esta ley se dieron con la formación de las cortes leonesas en España, que el 1188 constituyen la primera manifestación del Estado en Europa. Posteriormente, en el siglo XIII con la Carta Magna que se promulgó en Inglaterra, se fue perfilando más nítidamente la idea de la formación del Estado y la necesidad de contar con una Ley Fundamental que regulara los actos de la “cosa pública”.” Calzada Padrón, Feliciano, *loc. cit.*

como de la situación y las perspectivas inmediatas que en esas épocas tenían las clases sociales que se adueñaron del poder. Un análisis de este tipo resulta indispensable para la teoría de la constitución, si tomamos en cuenta que a esas dos revoluciones se les considera fuente del “constitucionalismo”.²²

Es decir, si no se estudia y se comprende cuál fue el objetivo verdadero de la construcción del Estado constitucional de Derecho, su naturaleza, el estudio teórico de los principios en que se sustenta, su justificación y el que se le atribuya carácter paradigmático,²³ serán cuestiones que no podrán examinarse como objetos de conocimiento científico, sino necesariamente como verdades dogmáticas, sin mayores cuestionamientos, del constitucionalismo moderno.

A la idea clásica de limitar el ejercicio del poder político habrían de corresponder instrumentos genéricos y medios específicos para concretarla, además de fines y objetivos declarados que justificarán en modelo en su conjunto.

El instrumento genérico que se tomó fue el Derecho.²⁴ Los medios normativos específicos que se concibieron fueron los derechos del hombre y del ciudadano y la división de poderes. La justificación del nuevo Estado fue enunciada entonces y lo sigue siendo ahora, con una palabra: Democracia,²⁵ en donde los principios políticos e instituciones jurídicas cobran vigencia en la conformación del nuevo modelo de Estado.

No regirá más el *Imperium* del monarca basado en su arbitrio, ni el ejercicio del poder será absoluto. El *Imperium regis* es substituido por *Imperium legis* (Derecho) y el ejercicio del poder público coactivo (Estado), estará limitado por y sometido a un orden jurídico (Constitución).

²² Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

²³ Un paradigma es un conjunto de reglas establecidas para solucionar los problemas que se presenten dentro de sus límites. Este concepto está tomado del video sobre los paradigmas de la colección *Descubriendo el futuro*, que fue presentado en el Diplomado Tiempo Abierto a la Creatividad en la Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, 1998. Citado por González Galván, Jorge Alberto en “Derecho de los Pueblos indígenas”, p. 93

²⁴ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 11.

²⁵ *Ídem.*

Se configura de esta manera, el que se ha denominado, desde entonces, “Estado constitucional de Derecho”.

El calificativo “constitucional”, obedece a que el orden jurídico en el que se basa el Estado de derecho, está conformado por una serie de prescripciones fundamentales de las que parten o se deriva el resto de las normas que lo integran. El Estado de derecho es el “Estado con una Constitución” y un orden jurídico secundario que se desprende de ella. Sin embargo, debemos advertir que el calificativo “constitucional” que desde hace dos siglos se atribuye al Estado de derecho liberal clásico o “Estado burgués de derecho”,²⁶ puede ser entendido descriptivamente, “el Estado que tiene una constitución”, o bien, puede ser, y durante dos siglos ha sido, tomado ideológicamente “el Estado que es, sólo el constitucional o constitucionalmente válido, frente a los que por ende, no lo son, porque son distinto a él, como por ejemplo, su predecesor monárquico”.²⁷

En más de un sentido, ambas formas de entender el calificativo se condicionan recíprocamente, en tanto se considera Estado de derecho, sólo al que tiene y se basa en una constitución y se concluye que el caso se da, únicamente, tratándose de los que se conformaron a partir de finales del siglo XVIII en Francia y Norteamérica y después en el resto de Europa y América Latina, a lo largo del siglo XIX, siguiendo esos ejemplos. La fusión de lo descriptivo y de lo ideológico confirió consecuentemente, un tercer sentido a la expresión “Estado constitucional de Derecho”, ahora de carácter axiológico.

Paulatinamente, el estudio normativo de las Constituciones cobra preeminencia sobre las consideraciones axiológicas y las preocupaciones de los comportamientos sociales reales. El desarrollo de una dogmática jurídica constitucional ocupa a la academia y tendrá su culminación en el último cuarto del siglo XIX. Es en Francia y Alemania donde se forma la disciplina. Gran Bretaña, que fundamenta su estructura jurídica-política en una Constitución

²⁶ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 11. “Esta expresión tomada en su sentido histórico sociológico resulta muy útil y es bastante explícita para desmitificar a las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII. Frente a la expresión neutral “Estado de Derecho” o a las ideológicas “Estado democrático de Derecho” y “Estado constitucional de Derecho”, el término “Estado burgués de Derecho” no oculta que ambas revoluciones fueron promovidas por y para el beneficio de una sola clase social y no por y para el “pueblo”.”

²⁷ *Ibidem*, p. 12.

consuetudinaria, adopta en buena parte los métodos continentales y forma su ciencia del derecho constitucional en forma muy semejante.²⁸

Es decir, sólo el Estado que se configurase conforme al paradigma francés y norteamericano sería “constitucional” y sólo se hablaría de la Constitución del Estado cuando en ésta se consagran sus fundamentos políticos y normativos, según el modelo de finales del siglo XVIII.

El “Estado constitucional de Derecho” debe ser aprehendido y examinado no como un paradigma, sino como un producto histórico que no puede situarse por encima de la ciencia del Derecho constitucional, ni menos aun aspirar a ser su origen o fundamento.

La ciencia constitucional conoce solamente un Estado burgués de Derecho o liberal de Derecho y para aprehenderlo emplea una teoría científica que no está sujeta al capricho del estudiosos o del investigador, sino únicamente a las leyes de la lógica.

Sobre los elementos esenciales del Estado de Derecho dice el autor Michel Miaille:

La existencia de una constitución como texto único que reúne las reglas concernientes a la atribución y al ejercicio del poder político en determinada sociedad, es un fenómeno relativamente reciente: en la forma que le conocemos actualmente, no es anterior al siglo XVIII. Esto no significa que antes de esta época las sociedades no hayan tenido necesidad de una constitución. Esta técnica jurídica resultó necesaria en el momento en que la burguesía, políticamente minoritaria frente a la aristocracia, buscó el medio de limitar el poder real en el cual, teóricamente no participaba. La vieja teoría del contrato social, ya presente en la Edad Media, fue retomada por los filósofos de las Luces y encontró una encarnación precisa: el texto de la constitución no es otra cosa que el resumen de las afirmaciones de los derechos de los ciudadanos y de las modalidades de ejercicio del poder por ellos mismos o por sus representantes. La constitución representa por lo tanto la ley suprema en la organización de la sociedad que confiere al Estado sus fundamentos y sus límites.²⁹

²⁸ Gamas Torruco, José, *op. cit.*, p.391.

²⁹ Michel Miaille. *El Estado de Derecho*, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1985, pp. 17 y 18. Citado por el doctor Covián, *op. cit.*, p. 13.

Límites es entonces la palabra clave, límites al Estado y límites al poder político, todos ellos fijados por la ley. La ley como producto de la voluntad general del ideólogo Juan Jacobo Rousseau,³⁰ es el instrumento esencial del nuevo esquema estatal sustentado, según el doctor Covián, en estas tres ideas generales:

a). El poder no se justifica más en función de la herencia, ni tiene origen divino, sino radica en la *volunté générale*, la Nación, el pueblo, o en términos actuales en los ciudadanos.

b). Éstos requieren de una esfera jurídica protectora de su persona o de su individualidad y de sus derechos, que “garantice” su invulnerabilidad y represente por ende, un freno y un límite a la acción del Estado. Los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, las garantías individuales o los derechos humanos son, sin perder de vista las diferencias conceptuales entre ellos, la primera limitación institucional al ejercicio del poder político.

c). El otro instrumento básico por medio del cual se intenta conjurar, dentro de este modelo, el peligro de un poder excesivo y no constreñido a límite alguno, es la distribución de las funciones del Estado en órganos distintos que deben actuar sólo en el ámbito de su competencia y que se controlan entre sí. La “división de poderes” limita el ejercicio del poder político que al no estar concentrado, deja de ser absoluto y que al tener frente a sí marcos referenciales a actuación concretos y definidos (competencias fijadas normativamente), adquiere un carácter relativo delimitado por las atribuciones y los deberes que sólo competen a un órgano o a la concurrencia de uno y otro.³¹

En suma, la Nación soberana crea al Estado de derecho y el orden jurídico que regula al poder se sustenta en dos pilares o instituciones fundamentales: los derechos del hombre y del ciudadano y la división de poderes. Respecto de esta última establecía el ilustre Carlos Luis de Secondat, barón de la Brède y de Montesquieu:

En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los

³⁰ *El Contrato Social*. 13ª edición, México, Porrúa, Colección “Sepan Cuantos...”, 2002.

³¹ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, pp. 13-14.

delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado.³²

Para estar en condiciones de realizar un análisis teórico de estos conceptos de Constitución y poder rechazarlos una vez sometidos a un examen científico, resulta muy útil rastrear con precisión sus orígenes, desarrollando algunas de las ideas previamente esbozadas sobre el contexto histórico en que surge el “Estado burgués de Derecho”.

El afianzamiento de la burguesía durante el siglo XIX presenta matices. En Francia se lleva a cabo en franco acomodo con la monarquía; después con la instauración de la República en los Estados alemanes, con el reconocimiento por parte del rey y de la aristocracia tradicional mediante la concesión de derechos; en Gran Bretaña, asociada con la vieja aristocracia frente a un disminuido poder real; en los Estados Unidos de América, tomando de lleno los controles del gobierno. Pero en todos los casos citados el nuevo papel de la clase burguesa se traduce en la estructura jurídica del Estado a través de la constitución, que ahora se aplica y se considera como un logro absoluto y terminal, más allá de las razones históricas y de las desigualdades sociales existentes que tratan de soslayarse.³³

Lo primero que debe tenerse presente es que el paradigma Estado de derecho es una mitificación de un tipo de Estado surgido de dos movimientos políticos conducidos por las clases sociales económicamente poderosas de Francia y de Norteamérica. Es decir, un modelo de estructura estatal organizado con fundamento en las ideas individualistas que sitúan frente a frente al hombre y al Estado como adversarios o contrapartes. El llamado neutralmente Estado de derecho es en realidad el “Estado liberal de derecho” construido en lo económico, en lo político y en lo jurídico, según el tipo de sociedad que aspiraban a edificar las clases burguesas del Tercer Estado del ideólogo liberal Emmanuel J. Sieyés.

En este Estado liberal no se tolera el ejercicio arbitrario y absoluto del poder, como ocurría en las monarquías, porque considera que el poder político y la libertad individual son términos antitéticos. En la sociedad se concibe al

³² *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XI, capítulo VI, versión castellana de Nicolás Estévez, 12ª edición, México, Porrúa, Colección “Sepan Cúantos...”, 1998, p. 104.

³³ Gamas Torruco, José, *op. cit.*, p. 391.

hombre no en calidad de gobernado, sino como destinatario de poder, de tal suerte que a mayor libertad individual menor ámbito de actuación del Estado y viceversa. Más que gobernantes y gobernados con objetivos comunes y coincidentes, se supone la existencia del individuo aisladamente considerado, como ente con intereses específicos frente a un Estado entendido como un “mal necesario”. Mientras menos poder tenga éste, la libertad del hombre estará más y mejor garantizada.

De ahí que el paradigma, como hemos dicho, sea la limitación del ejercicio del poder político. Los dos pilares del edificio estatal, las garantías individuales y la división de poderes persiguen ese propósito.³⁴ La cúspide de la construcción, la “ley suprema”, es el instrumento primario para el cumplimiento del objetivo.

De no ser porque “el hombre es el lobo del hombre”, no sería indispensable, según el liberalismo, padecer este mal. Ahora bien, si ha de existir el Leviatán,³⁵ que sea en el mejor de los casos, dicen los liberales, un “pez muy pequeño e inofensivo”, vigilante y pasivo. Un Estado que haga poco o de ser posible que no haga nada.

Por lo que respecta a los derechos del hombre, hoy garantías individuales, parte de los derechos humanos, en el modelo del Estado liberal (de hecho desde mucho antes) y hasta la fecha, su estructura jurídica es ésta:

a) Un derecho del individuo y/o del ciudadano, concebido como célula de la sociedad, cuyo fundamento puede ser el derecho natural (Revolución francesa, liberalismo puro hasta poco más de la mitad del siglo XIX), o de derecho positivo, en tanto garantías concebidas a la persona por la ley (positivismo jurídico).

³⁴ Se supone además, que el exceso de poder político en manos del Estado tendrá siempre como consecuencia el abuso de ese poder en perjuicio de sus destinatarios. El Estado liberal es desde sus orígenes y hasta la fecha, sólo lo estrictamente necesario, es decir, una incómoda presencia que habrá de ser constreñida a su mínima expresión, pues, lamentablemente no puede reducirse a la nada.

³⁵ Thomas Hobbes, *Leviatán*, México, Ediciones Gernika, S. A., 1994.

b) Una obligación o un deber correlativo del Estado de abstenerse de actuar (de carácter omisivo o de signo negativo), para que la libertad del individuo pueda ejercerse, sin obstáculos y sin interferencias.

c) Respecto a las garantías o derechos individuales por parte del Estado, que se actualiza simplemente dejando al individuo *hacer*, en uso de su libertad (*laisser faire*) y *moverse* según su voluntad (*laisser passer*), abarcando los ámbitos políticos y económicos de las sociedades.

d) Un derecho del individuo no absoluto, sino relativo, cuyos límites fijados no por el poder, sino por la ley, no son sino la libertad del otro y la conservación de las condiciones de orden y equilibrio mínimos en la sociedad, campo de desarrollo de la libertad individual (paz social, orden público, unidad del Estado).

La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de agosto de 1789 en su artículo segundo determina que:

El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Como se advierte, los revolucionarios franceses no consideraban a la igualdad como un derecho fundamental. Se podrá objetar que el artículo primero de la propia Declaración señala que:

Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden estar, sino en la utilidad común.

Sin embargo, esta mención de la igualdad, tiene un sentido específico, en el sentido que los derechos individuales de que gozan los franceses hoy en día, de conformidad con la constitución vigente de 1958 son precisamente los que establecen la Declaración de 1789 y la constitución de 1946. No existe un

capítulo de garantías en la constitución actual de Francia, la cual en su preámbulo prescribe que:

El pueblo francés proclama solemnemente su apego a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como ha sido definido por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946.

Con relación a este mismo tema, en la constitución de los Estados Unidos de América de 1787 no se incluye capítulo sobre, ni referencia siquiera a los derechos del hombre y del ciudadano. Este documento firmado a duras penas por nueve de los trece Estados que integraban la confederación, no contiene equivalente alguno a las *Bills of Rights* de las constituciones de ellos, omisión que fue suplida hasta 1791, es decir, cuatro años después de la integración de la federación, mediante la expedición de las llamadas “diez primeras enmiendas”.

Ni en esta tardía *Bills of Rights*, ni en el texto constitucional existe mención de los Derechos del hombre, en términos correspondientes a los que emplea la Declaración francesa en su artículo segundo. Solamente en el preámbulo de la constitución se determina que el pueblo de los Estados Unidos la decreta para, entre otros objetivos, “afianzar los beneficios de la libertad para nosotros mismos y para nuestros descendientes”.

Nuevamente la idea de que la constitución debía servir como instrumento normativo para proteger las libertades, ante ese “mal necesario” que era el gobierno.

Queda evidenciado un hecho incontrovertible: ni los documentos básicos de la Revolución francesa, ni los de la norteamericana se refieren a la igualdad como valor esencia que se busque fortalecer o proteger mediante la estructura normativa del Estado de derecho. No es la igualdad sino la libertad, el fin último y el valor supremo que sirve de base al nuevo Estado.

El constitucionalismo y su Estado de Derecho no tienen relación alguna como se ha pretendido, con un concepto democrático del poder. Las llamadas “primeras democracias”, francesa y norteamericana, por oposición al régimen absolutista, no fueron otra cosa que “Estados liberales de Derecho” políticamente y “Estados burgueses de Derecho” sociológica e históricamente.

Para no dejar ningún cabo suelto, refirámonos a la expresión “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, del artículo primero de la Declaración. Al efecto, comparemos nuevamente la idea del filósofo de la democracia Juan Jacobo Rousseau, con la del ideólogo del liberalismo, Sieyès.

Según el filósofo Rousseau, por igualdad no debe entenderse que el grado de poder y riqueza sea absolutamente idéntico para todos, sino que, ningún ciudadano sea tan rico que pueda comprar a otro, y que ninguno sea tan pobre que se vea obligado a venderse a sí mismo. La premisa de la que parte este filósofo es la de la igualdad natural que puede tornarse en desigualdad social, de donde será necesario igualar a los desiguales.

En lugar de esta desigualdad real y material plantea el ideólogo Sieyès una desigualdad simplemente natural, funcional o circunstancia que la ley no crea, ni destruye, no provoca, ni atempera, sino solamente reconoce y salvaguarda, hasta en tanto ella no lesione el interés común. La ley que sólo protege lo que existe es, por ende, igual para todos los ciudadanos, bajo el supuesto de la “igualdad cívica”.

Las ventajas por las cuales los ciudadanos difieren entre sí están más allá de su carácter de ciudadanos. Las desigualdades de propiedad y de industria son algo así como las desigualdades de sexo, edad, tamaño, etcétera. No desnaturalizan la *igualdad cívica*. Sin duda, estas ventajas particulares están bajo la salvaguardia de la ley; pero no corresponde al legislador crear desigualdades de esta naturaleza, ni dar privilegios a unos y negárselos a otros. La ley no concede nada; protege únicamente lo que existe y sólo hasta que ello comienza a ser perjudicial para el interés común. Ahí solamente están colocados los límites de la libertad individual. Yo me imagino la ley en el centro de un globo inmenso; todos los ciudadanos, sin excepción, están a la misma distancia sobre la circunferencia y ocupan plazas iguales; todos dependen igualmente de la ley, y todos le ofrecen su libertad y su voluntad para que las

proteja. A esto le llamo yo *los derechos comunes* de los ciudadanos, mediante los cuales se asemejan todos. Todos estos individuos se relacionan entre sí, contratan y negocian, siempre bajo la garantía común de la ley. Si en este movimiento general alguno quiere dominar la persona de su vecino o usurpar su propiedad, la ley común reprime este atentado y vuelve a colocar a todos a la misma distancia de ella misma. Pero no impide esta ley que cada uno, según sus facultades naturales o adquiridas y según los azares más o menos favorables, aumente su propiedad con todo aquello que la suerte próspera o un trabajo más fecundo pueda añadir, como no impide tampoco que cada uno consiga, dentro de su esfera legal, la felicidad más conforme a sus gustos y más envidiable. La ley, al proteger los derechos comunes de todos los ciudadanos, protege también a cada ciudadano en todo lo que él puede ser, hasta el momento en que aquello que él quiere ser, comience a resultar perjudicial para el interés común.³⁶

La expresión “iguales” del artículo primero de la Declaración se refiere a la “igualdad de los iguales”, (ciudadanos burgueses) que para no ser una tautología, sólo puede ser igualdad ante la ley (la ley es igual para todos, sean iguales o desiguales). Independientemente de las condiciones reales en que se encuentre el sujeto al que se aplica la ley, “a todos se les aplica por igual”.

En tanto la ley no conceda nada, tampoco combate la desigualdad, pues se parte de una premisa, evidentemente falsa por lo demás, de la “equidistancia”, no física, sino material (igualdad de condiciones) de cada individuo libre con relación a la ley de la que todos dependen por igual y que otorga a cada quien el derecho común a ser protegido. La ley neutral, en suma, del “Estado de signo negativo”, que “nada tiene que hacer” y sólo debe “dejar hacer”.

Estos ciudadanos burgueses del ideólogo Sieyès detentadores de poder económico son iguales entre sí y ante la ley. Su pretensión es el poder político del que carecen, el cual una vez alcanzado dentro del marco del nuevo esquema estatal, les asegurará sus derechos fundamentales.

Estos hombres libres del Estado de derecho sí están en condiciones de disfrutar de esa libertad que les garantiza un poder limitado; requieren seguridad frente al poder; necesitan proteger sus propiedades y en “uso de su

³⁶ Sieyès, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el Tercer Estado?* Traducción José Rico Godoy, 3ª edición, México, UNAM, 1989, pp. 134 y 135.

soberanía”, resisten a la opresión de un monarca absoluto. Lo que no demandan, ni conciben como uno de sus derechos, porque sencillamente carecen de ella, es la igualdad.

Por lo que respecta a la otra institución básica del Estado liberal de Derecho, la división de poderes limita y al hacerlo reduce el ámbito de actuación de los órganos del Estado. Un poder fraccionado es más controlable que un poder concentrado y por ende, existe mayor seguridad de que no se aplicará abusivamente en detrimento de la libertad individual.

Los pensadores John Locke³⁷ y Montesquieu conciben a no dudarlo, una institución indispensable para su Estado liberal. Sin división de poderes los derechos del hombre corrían peligro de ser conculcados tarde o temprano por un poder “fuerte” que tiende por definición a aumentar aún más su fuerza y a concentrarse gradualmente. La creación de órganos diferenciados por sus funciones (competencias) representaría un freno objetivamente fijado por la ley a la tendencia de expansión connatural al poder político. Esta institución deviene condición *sine qua non* de los derechos del hombre al garantizar que la libertad del individuo tendrá frente a sí, a lo sumo, un poder regular y menguante, en lugar de un poder absoluto y creciente.

Lo señalado hasta aquí nos parece suficiente para reiterar que el modelo de Estado que surge del constitucionalismo moderno, inaugurado por las revoluciones norteamericana y francesa de finales del siglo XVIII es el del Estado liberal.

La Constitución concebida como norma suprema conformada por los derechos del hombre y la división de poderes, no es otra cosa que la descripción jurídica de ese tipo de Estado específico que las clases burguesas necesitaban para consolidar su poder económico y extenderlo, una vez logrado el control político de la sociedad.

³⁷ *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, México, Porrúa, Colección “Sepan Cuantos...”, 1997.

1.3 La Constitución del Estado, realidad política

Las ideas de Constitución hasta aquí examinadas y de hecho la mayoría de las que son preferidas por teóricos y estudiosos del Derecho constitucional en nuestro país, son normativistas. Es decir, conciben a la Constitución fundamentalmente como la norma o ley suprema del Estado.

Los conceptos normativos de Constitución que la definen como la ley suprema del ordenamiento legal con ciertos contenidos (material), dotada de un procedimiento de reforma dificultado (formal), parten de un supuesto que no demuestran la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado.³⁸

Según el constitucionalismo de finales del siglo XVIII el Estado de derecho, antípoda del Estado monárquico, es un Estado constitucional, en tanto su escritura es determinada por un ordenamiento jurídico coronado por una ley suprema. El “Estado de derecho es un Estado constitucional”, porque posee una Constitución. Los Estados monárquicos no tienen esa “ley suprema” que caracteriza al Estado regido por el Derecho y por ende, según el constitucionalismo clásico, no son “constitucionales”. En términos del doctor Raúl Contreras Bustamante:

En términos generales, podemos afirmar que todos los países tienen, en sentido material, una constitución, una manera de estar constituidos, pero únicamente aquellos que cuentan con una Constitución escrita, la detentan también desde el punto de vista formal.³⁹

En el mismo sentido el doctor Jorge Carpizo afirma que:

Todo país tiene una constitución en sentido material, pero únicamente los países con Constitución escrita la tienen desde el punto de vista formal.⁴⁰

Queda claro, en estos términos, que la Constitución es algo jurídico que, en tanto tal, establece cómo *debe ser* el Estado.

³⁸ Covián Andrade, Miguel, *op cit.*, p. 32.

³⁹ Contreras Bustamante, Raúl, *et. al.*, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2003, p. 33.

⁴⁰ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 2ª edición, La Gran Enciclopedia Mexicana, México, UNAM, 1983, p. 288.

Esta manera de entender la naturaleza de la Constitución implica que es la ley suprema la que crea al Estado, lo estructura y le señala cómo *debe* funcionar. El Estado es la sociedad política y la constitución es la ley fundamental que la organiza jurídicamente.

La Constitución es la norma constituyente, reguladora de la validez del sistema jurídico y determinante de las bases organizativas del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad.⁴¹

A partir del constitucionalismo moderno no se concibe un Estado sin una ley suprema o norma básica y *esencial* del orden jurídico. El Estado de derecho empieza, según este criterio, por la norma de normas, es decir, por la Constitución. Esta norma consecutivamente, está “por encima” del propio Estado, cuya existencia jurídica y cuyo funcionamiento determina y condiciona.

Pero en cambio, dice el doctor Covián Andrade que, para la ciencia jurídica y concretamente para la ciencia del Derecho constitucional, antes y en el fondo de cada norma hay una realidad que explica, condiciona y justifica o no justifica su existencia. Esa realidad, por supuesto, corresponde “al mundo del ser” y no “al del deber ser”.⁴²

Más aún, en realidad, no hay dos mundos separados, independientes, cada uno regido por sus propias reglas. Antes bien, el entendimiento pleno de que previo al “deber ser” hay un “ser” que condiciona a las normas y sólo una vez que éstas han sido creadas, pretenden que esa realidad, en la que habrán de aplicarse, se ajuste a sus prescripciones. Aclara palmariamente que el Derecho ni es “otra realidad”, ni está situado en un lugar inaccesible y ajeno a este mundo, ni configura un campo de conocimiento esotérico. O como dice el doctor Covián:

El orden jurídico es uno más de los elementos del “único mundo que existe” que es el del “ser”, está inserto substancialmente en él y se halla en permanente interrelación con los variados elementos que lo componen (políticos, económicos, sociales, filosóficos, religiosos,

⁴¹ Sánchez Bringas, Enrique, *op. cit.*, p. 132.

⁴² *Op. cit.*, p. 47.

morales, axiológicos, etc.) quienes elaboran las normas son seres humanos representantes de intereses concretos y no necesariamente están imbuidos de sentimientos de justicia y equidad o de los más altos valores sociales. Tan reales son las normas y sus contenidos, como reales son los seres humanos que las hacen, los objetivos que persiguen y los procedimientos que emplean para expedirlas.⁴³

Del entendimiento de estas cuestiones elementales, pero no por ello menos relevantes, dependen los juicios sobre la validez, la legitimidad y la justificación del Derecho. Para un positivista toda norma es justa y válida por razones puramente “normativistas” (procedimiento legislativo y órgano competente para emitir la regla de Derecho). Para el científico social el análisis siempre será posible y necesario, con relación al Derecho justo o injusto, equitativo o inequitativo, legítimo o ilegítimo, partiendo de la realidad social y no de la mera estructura jurídica.

Esto no es óbice para diferenciar dentro de una misma realidad, elementos de características diversas y de naturaleza propia, cuya conjunción integra el todo. En suma, las partes son diferenciables pero todas pertenecen al mismo y único conjunto, en la especie, la realidad social.

Analizaremos los planteamientos de dos autores que se sitúan en un plano teórico totalmente opuesto al positivista encabezado por el doctor Hans Kelsen. Por una parte, examinaremos la aportación del autor Ferdinand Lassalle conocida, como la Constitución en sentido real y, por la otra, la teoría del doctor Carl Schmitt, que en la ciencia constitucional ha recibido la denominación de “desicionismo”.

1.4 Ferdinand Lassalle y la Constitución real

Sólidamente preparado en filología, derecho y filosofía, y sin ocultar su inclinación hegeliana,⁴⁴ este autor, Lassalle, sobresalió como político, ideólogo y luchador social. Contemporáneo del pensador socialista Karl Marx. Mantuvo

⁴³ *Ídem*, pp. 47-48.

⁴⁴ Sánchez Bringas, Enrique, *op. cit.*, p. 113.

relaciones amistosas con éste y con el otro socialista, Federico Engels; fue importante su participación en la fundación de la social democracia y en el mantenimiento de la lucha del movimiento obrero alemán después del fracaso de la revolución de 1848. Acuñó un concepto de Constitución definiéndola como: “la suma de los factores reales de poder”.

En las ideas sobre el problema constitucional, el autor Ferdinand Lassalle distinguió la Constitución real (relación de los factores reales de poder) de la Constitución jurídica (la hoja de papel) al impartir la célebre conferencia denominada ¿Qué es una Constitución?⁴⁵

El autor Ferdinand Lassalle es un tratadista insuficientemente conocido y estudiado. A casi un siglo y medio de distancia de su elaboración, la obra de Lassalle escasamente se cita y cuando esto ocurre, se le menciona como una expresión teórica más, entre muchas otras, sin examinar con cuidado sus alcances conceptuales. Hay ocasiones inclusive, en las que no sólo la trascendencia de su teoría constitucional es ignorada, sino que, sin mayor discusión, sus planteamientos son desechados por considerárseles de nula relevancia jurídica y de mero valor histórico. O lo estudian más desde el ámbito sociológico.

Sin embargo, si algo conserva la teoría constitucional de este autor Lassalle es plena actualidad y si bien es natural que el Estado, la situación política y las circunstancias sociales a las que concretamente se refiere el autor, no guardan relación alguna con el presente, su método, sus conceptos teóricos y las conclusiones a las que llega, tienen un enorme significado para la ciencia constitucional contemporánea.

El autor Lassalle fue un analítico e incisivo intérprete de la realidad política, económica y social de su época, destructor de muchos de los mitos del Estado liberal burgués, a menos de un siglo de su aparición y precursor, sin duda, de la teoría constitucional del siglo XX.⁴⁶

⁴⁵ Conferencia pronunciada ante una agrupación de Berlín, en abril de 1862.

⁴⁶ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 51.

De las dos célebres conferencias pronunciadas por el autor Lassalle en 1862 en Berlín, relativas a la materia “¿Qué es una constitución?”, es posible extraer las ideas fundamentales de su teoría constitucional.

Centraremos nuestra atención en el estudio de los conceptos “factores reales de poder”, “constitución real y efectiva” y “constitución escrita u hoja de papel”, que son la esencia de la aportación teórica de este autor.

En la conferencia que lleva por título “¿Qué es una constitución?” desarrolla Lassalle estos conceptos, mientras que en “¿Y ahora qué?”, analiza la situación política de la Prusia de Guillermo I y las opciones tácticas que en esos momentos tenía a su alcance la burguesía, en su lucha por el poder contra la monarquía absoluta.

El ideólogo Lassalle formula la pregunta fundamental en términos precisos: “¿Qué es una constitución?” y “¿En qué consiste la verdadera esencia de una constitución?”.

Desde luego, señala que la gran mayoría se podría sentir tentada a buscar la Constitución del reino de Prusia, pensando que en ella se encontraría la respuesta. Pero reitera que no se trata de presentar la “materia concreta” de una determinada Constitución, sino de contestar a la pregunta sobre la esencia y el concepto de Constitución, *cualquiera que ésta sea*.⁴⁷

A renglón seguido condensa las posibles definiciones que los juristas de su época podrían sugerir: “La constitución es un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y de gobierno dentro de un país”, o bien, “la constitución es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del Derecho público de esa nación”.

⁴⁷ *Contrario sensu* de lo que propone el doctor Burgoa Orihuela del concepto de Constitución a saber: “Aunque parezca tautológico, debe decirse que el Derecho Constitucional estudia la Constitución; pero no la Constitución in abstracto como ente ideal carente de juridicidad, o sea, como un conjunto de principios deontológicos sin consagración positivo-normativa, sino una Constitución específica, particular de un Estado determinado”. *Op. cit.*, p. 24.

Pero todas estas definiciones jurídicas formales, y otras parecidas que pudieran darse, distan mucho de dar satisfacción a la pregunta por mí formulada. Estas contestaciones, cualesquiera que ellas sean, se limitan a describir exteriormente cómo se forman las Constituciones y qué hacen, pero no nos dicen lo que una Constitución es. Nos dan criterios, notas calificativas para *reconocer* exterior y jurídicamente una Constitución. Pero no nos dicen, ni mucho menos, dónde está el *concepto* de toda Constitución, la *esencia* constitucional.⁴⁸

El tratadista Lassalle rechaza los conceptos, formal y material del constitucionalismo liberal y destaca la necesidad de penetrar en la esencia de la Constitución, de cuya adecuada comprensión depende toda la teoría constitucional.

Lo primero es saber en que consiste la verdadera *esencia* de una Constitución, y luego se verá si la Carta constitucional *determinada y concreta* que examinamos se *acomoda* o no a las exigencias sustanciales. Pero para esto no nos sirven de nada esas definiciones jurídicas y formalistas que se aplican por igual a toda suerte de papeles firmados por una nación o por ésta y su rey, para proclamarlas por Constituciones, cualquiera que sea su contenido, sin penetrar para nada en él. El *concepto* de la Constitución -como hemos de ver palpablemente cuando a él hayamos llegado- es la fuente primaria de que se derivan todo el *arte* y toda la *sabiduría* constitucionales; sentado aquel concepto, se desprende de él espontáneamente y sin esfuerzo alguno.⁴⁹

Comparando la Constitución con la ley para determinar sus semejanzas y sus diferencias avanza Lassalle en el desarrollo del tema.

...¿En qué se distinguen una *Constitución* y una *ley*?

Ambas, la ley y la Constitución, tienen, evidentemente, una esencia genérica común. Una Constitución, para regir, necesita de la promulgación legislativa, es decir, que tiene que ser *también* ley: pero no es una ley como otra cualquiera, una *simple* ley: es *algo más*. Entre los dos conceptos no hay sólo afinidad; hay también desemejanza,...⁵⁰

Como se recordará, el positivismo jurídico encuentra una diferencia estrictamente formal entre Constitución y ley al señalar que la primera “solo

⁴⁸ Lassalle Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*, 12ª edición, México, Colofón S. A. 2001, p. 6.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁰ *Ídem*.

puede modificarse mediante un procedimiento especial distinto al que se emplea para cambiar la segunda”.

A esta pregunta se nos contestará, en la inmensa mayoría de los casos: la Constitución no es una ley como otra cualquiera, sino la *ley fundamental* del país. Es posible, señores, que en esta contestación vaya implícita, aunque de un modo oscuro, la verdad que se investiga. Pero la respuesta, así formulada, de una manera tan confusa, no puede satisfacerlos. Pues inmediatamente surge, sustituyendo a la otra, esta interrogación: ¿Y en qué se distingue una ley de la *ley fundamental*? Como se ve, seguimos donde estábamos. No hemos hecho más que ganar un nombre, una palabra nueva, el término de “ley fundamental”, que de nada nos sirve mientras no sepamos decir cual es, repito, la diferencia entre una *fundamental* y otra ley cualquiera.⁵¹

La claridad de fundamental que se asigna a la Constitución la resume el doctor Covián en las siguientes ideas:

- La ley fundamental debe ir más al fondo de lo que lo hacen las leyes ordinarias;
- Para tener ese carácter, la ley fundamental debe ser el basamento del que emanan o irradian las leyes ordinarias.⁵²

Y prosigue el autor Lassalle explicando cuál es el fundamento de todo Constitución:

Pero las cosas que tienen un *fundamento* no son por antojo, pudiendo ser también de otra manera, sino que son así porque *necesariamente* tienen que ser. El *fundamento* a que responden no les permite ser *de otro modo*. Sólo las cosas *carentes de un fundamento*, que son las cosas casuales y fortuitas, pueden ser como son o de otro modo cualquiera. Lo que tiene un *fundamento* no, pues aquí obra la ley de la *necesidad*... La idea de fundamento lleva, pues, implícita la noción de una *necesidad activa*, de una fuerza eficaz que hace, por *ley de necesidad*, que lo que sobre ella se funda sea así y no de otro modo.⁵³

Se advierte que para este autor lo *fundamental* es lo *necesario*, lo que es de una manera y no puede ser de otra. En todo caso se trata de un “ser” y no de un “deber ser”, de una *realidad* y no de una *normatividad*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 9.

⁵² Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 53.

⁵³ Lassalle, Ferdinand, *op. cit.*, pp. 9-10.

Ahora bien, señores, ¿es que *existe* en un país –y al preguntar esto, empieza ya a alborear la luz tras de la que andamos- algo, alguna fuerza activa e informadora, que influya de tal modo en todas las leyes promulgadas en ese país, que *las obligue a ser necesariamente*, hasta cierto punto, *lo que son y como son, sin permitirles ser de otro modo?*

Sí, señores; existe, sin duda, y este algo que investigamos reside sencillamente, en los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada.⁵⁴

Este concepto es la parte medular de la teoría constitucional de Lassalle. Concretamente, para él *la constitución de un país es la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.*

El autor Lassalle plantea la hipótesis de que el Estado en un caso extremo,⁵⁵ se quedara sin Constitución y sin leyes, viéndose en la necesidad de darse un orden jurídico nuevo.

¿Creen ustedes, señores, que en este caso el legislador, limpio el solar, podría ponerse a trabajar a su antojo, hacer las leyes que mejor le pareciesen, a su libre albedrío?⁵⁶

Es decir, se pregunta él, ¿podría el legislador hacer las leyes, empezando por una nueva Constitución que le parecieran las más justas, las más equitativas, las más adecuadas para la sociedad, sin encontrar mayor obstáculo para llevar a cabo su empresa, armado de su sapiencia jurídica y aplicando la razón exclusivamente?

En principio, es evidente que el diseño de cualquiera estructura jurídica es posible, al igual que la asignación de los contenidos normativos que se deseen, a cada precepto o disposición que la integre.

Si la Constitución fuese simplemente un documento confeccionado en la sociedad apacible de un gabinete y por sapientes jurisconsultos y filósofos alejados de la realidad e indiferentes a

⁵⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁵ Lassalle evoca el caso de incendio ocurrido en Hamburgo (año de 1842) unos veinte años antes, que redujo a cenizas una parte importante de la ciudad. En una situación similar podría quemarse todo el acervo legislativo del Estado y desde luego, todos los ejemplares de la constitución.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 12.

su contextura misma, no dejaría de ser, como lo afirmó Lassalle, una mera “hoja de papel” tan deleznable, que no podría aplicarse normalmente ni, por ende, tener vigencia efectiva.⁵⁷

Sin embargo, este autor llama la atención sobre el hecho de que si bien pueden crearse normas técnicamente inobjetables y materialmente, inclusive, mejores que las precedentes; éstas serán aceptadas o no por ciertos sectores sociales, cuyos intereses son afectados por el contenido del nuevo Derecho y de la nueva Constitución, en mayor o menor grado.

Pero “el Derecho es heterónomo y coercitivo”, objetaría un “positivista” o “legalista”, con base en su consabida visión limitada de los fenómenos jurídicos, “por lo cual la ley deberá aplicarse independientemente de voluntad o consentimiento del sujeto de Derecho”. Por ende, según este punto de vista, la nueva Constitución no tendría que examinarse independientemente de su “proceso legal” de elaboración y de su “validez jurídica”, de tal suerte que sus contenidos son “irrelevantes en cuanto a su obligatoriedad prescriptiva”, como intrascendente es que los sujetos obligados sean afectados por las normas y estén o no de acuerdo en acatarlas.⁵⁸

Al respecto, el autor Lassalle observa con toda razón que la nueva Constitución no puede “ignorar” la *correlación de fuerzas reales* entre los distintos *factores de poder* prevaleciente en el momento de reelaborar la ley suprema del Estado.

Supongamos que ustedes dijese: Ya que las leyes han *perecido* y vamos a construir otras totalmente *nuevas*, desde los cimientos hasta el remate, en ellas no respetaremos a la monarquía las prerrogativas de que hasta hora gozaba, al amparo de las leyes destruidas; más aún, no le respetaremos prerrogativas ni atribución alguna; no queremos monarquía.

El rey les diría, lisa y llanamente: podrán estar destruidas las leyes, pero la *realidad* es que el ejército me obedece, que obedece mis órdenes; *la realidad* es que los comandantes de los arsenales y los cuarteles sacan a la calle los cañones cuando yo lo mando, y, apoyado en este poder efectivo, en los cañones y las bayonetas, no toleraré que me asignéis más posición ni otras prerrogativas que las que yo quiera.

Como ven ustedes, señores, un rey a quien obedecen el Ejército y los cañones... es un fragmento de Constitución.

⁵⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 351.

⁵⁸ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 54.

Supongamos ahora que ustedes dijese: Somos dieciocho millones de prusianos,⁵⁹ entre los cuales sólo se cuentan un puñado cada vez más exiguo, de grandes terratenientes de la nobleza. No vemos por qué este puñado, cada vez más reducido, de grandes terratenientes, ha de tener tanta influencia en los destinos del país como los dieciocho millones de habitantes juntos, formando de por sí una Cámara alta que sopesa los acuerdos de la Cámara de diputados elegida por la nación entera, para rechazar sistemáticamente todos aquellos que son de alguna utilidad. Supongamos que hablasen ustedes así y dijese: Ahora, destruidas las leyes del pasado, somos *todos* “señores” y no necesitamos *para nada* de una Cámara señorial.

Reconozco, señores, que no es fácil que estos grandes propietarios de la nobleza pudiesen lanzar contra el pueblo que así hablase a sus ejércitos de campesinos. Lejos de eso, es muy probable que tuviesen bastante que hacer con quitárselos de encima.

Pero lo grave del caso es que los grandes terratenientes de la nobleza han tenido siempre gran influencia con el rey y de la corte, y esta influencia les permite sacar a la calle el Ejército y los cañones para sus fines propios, como si este aparato de fuerza estuviera *directamente* a su disposición.

He aquí, pues, cómo una nobleza influyente y bien relacionada con el rey y su corte, es también un fragmento de Constitución.⁶⁰

Nótese que el autor enfatiza justificadamente a nuestro juicio, que existe una realidad previa a la norma que la condiciona y predetermina. Una realidad que, obviamente, no es geográfica o culturalmente determinante, sino *políticamente* decisiva. La realidad es para Lassalle y no *debe ser*, es decir, es algo que ya está dado y no que “debe ser” de una u otra forma. Esta realidad política es la que fundamenta la estructura normativa y hace que necesariamente sea así. Es “el fundamento al que responden (las normas) y que no les permite ser de otro modo”.⁶¹

Para el autor Lassalle los factores reales de poder son una realidad política que configura o constituye el ser del Estado y por ende, es su Constitución. Es decir, lo que existe es una *realidad política* (factores reales de poder) que es la Constitución misma y que no está sujeta a la consideración voluntaria o no, aproximada o no, de nadie, sino que es así e impide que las normas sean de otro modo.

⁵⁹ Lassalle habla en 1862. Citado en su obra en comento, página 13.

⁶⁰ Lassalle, Ferdinand, *op. cit.*, pp. 12-14.

⁶¹ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 55.

Y es que los factores reales de poder, además de entrañar los elementos condicionantes del contenido diverso de una Constitución, son al mismo tiempo sus sostenedores en el mundo de la factibilidad.

Cuando un orden constitucional no se apoye ni respalde en dichos factores o éstos no los sustente, su quebrantamiento y desaparición son necesariamente fatales.⁶²

La Constitución para Lassalle no es un acto de voluntad del legislador, sino una realidad política personificada y representada por los *factores reales de poder*. En suma, la *Constitución* del Estado que es y no *que debe ser*.⁶³

Tratándose de la Constitución del Estado, esa que en la hipótesis de Lassalle hay que volver a hacer, son los factores de poder los que en función de su fuerza real, mayor o menor de unos y otros, impedirán que la “ley suprema” prescriba algo que lesione sus privilegios y obstruya sus intereses, procurando en cambio, sostenerlos y si se puede ampliarlos, con base en un argumento concreto y manifiesto: la dosis de poder real que cada uno detente.

Por eso para el tratadista Lassalle los factores reales de poder (el rey, la aristocracia, los banqueros, el ejército, la burguesía, etc. de su época) son cada uno parte de la Constitución y ésta al final, la suma de ellos. Los factores reales de poder no son un invento de nadie, un concepto abstracto de los teóricos, ni están de antemano autorizados, clasificados y admitidos por una ley o convenio legal que les permita actuar a unos sí y a otros no. Nadie los crea, ahí están, son parte de la realidad, son unos hoy y otros mañana, dependiendo de que conserven la fuerza que actualmente detentan, o lo pierdan, siendo substituidos por otros factores de poder.

De ahí que la Constitución, entendida como “la suma de los factores reales de poder”, sea un concepto real o político, totalmente contrapuesto a los conceptos formales y normativistas del positivismo jurídico y teorías afines.

La Constitución es para Lassalle una realidad -cuestión con la que coincidimos-y no una norma, esto es, ***algo político y no, algo jurídico***.⁶⁴

⁶² Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 351.

⁶³ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 56.

Conviene aclarar que cuando se habla de “suma de los factores de poder”, no se piensa en la adición mecánica o matemática de los intereses y aspiraciones de unos y otros factores de poder. La constitución no es “los intereses del rey, más los de la aristocracia, más los de los banqueros, más los de la burguesía, etc.” Esta idea de Lassalle debe entenderse en forma dinámica y dialéctica. “Suma” en él no es “adición”, sino resultado o resultante. Es decir, los intereses de los empresarios y de los obreros, en términos contemporáneos, son por definición antagónicos. Uno y otros factores de poder tratan de hacerlos prevalecer en su beneficio y por ende, en perjuicio del otro. Al chocar estas fuerzas que no pueden aniquilarse, ni anular recíprocamente todo su poder, logran obtener la una de la otra, lo que su poder real en cada caso les permite y hasta donde la otra fuerza o el otro sector se los permite.⁶⁵

De este choque de fuerzas surge la Constitución, que interpretando las ideas de Lassalle, ahora sí puede entenderse como el resultado de la combinación de los intereses que cada factor real de poder logró hacer prevalecer. Es decir, la Constitución para este autor es precisamente una realidad, la suma o el conjunto de los factores de poder en un momento determinado, que hacen que ese Estado sea lo que es y no otra cosa.

Conviene reiterar el significado político que atribuye Lassalle al concepto de Constitución. La Constitución del Estado es una realidad que no debe confundirse con la “hoja de papel”.

He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los *factores reales de poder* que rigen en ese país.

¿Pero, qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución *jurídica*? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.

Se toman esos factores *reales* de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples

⁶⁴ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁵ Esta operación de repite o se multiplica, pues como es obvio, no sólo son dos factores de poder los que se enfrentan, sino varios más entre sí, siendo el caso de que lo que unos pretenden no necesariamente es compatible con los objetivos de los otros.

factores *reales de poder*, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atenta contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.

Tampoco desconocen ustedes, señores, el procedimiento que se sigue para extender por escrito esos factores *reales de poder*, convirtiéndose en factores *jurídicos*.

Claro está que no se escribe, lisa y llanamente: el señor Borsig, fabricante, es un fragmento de Constitución; el señor Mendelssohn, banquero, es otro trozo de Constitución, y así sucesivamente; no, la cosa se expresa de un modo *mucho más pulcro*, mucho más fino.⁶⁶

En este apartado incorpora el autor un nuevo elemento a su teoría. Entre la que comúnmente se llama “constitución jurídica o escrita” y la constitución real, existe una relación de forma a contenido. La forma jurídica y escrita no debe tomarse más que como la expresión de la realidad, de donde es ésta y no la otra, la Constitución del Estado.

El error común desde hace dos siglos consiste y ha consistido, aunque no lo haya podido plantear así Lassalle, en identificar a la Constitución con la forma normativa u “hoja de papel” y no con su esencia o naturaleza política real. De ahí que la diferencia entre “ser” y “deber ser” se desvanezca hasta desaparecer, produciéndose una inversión de los niveles de conocimiento conforme a la cual la “ley suprema” “**deber ser**” y “obliga” a que la “realidad sea” lo que determina la norma.⁶⁷

El normativismo, en general, incurre en el error de tomar la forma por el fondo. Entre otros ejemplos tradicionalmente socorridos por la teoría constitucional formalista, se hace referencia a que Inglaterra es un caso de “país sin constitución escrita”, como si el hecho de que el ser del Estado inglés no se encuentre descrito en un documento u “hoja de papel”, haga de esa nación algo extraño o *sui géneris*. Este aspecto formal, en rigor irrelevante para la ciencia constitucional, en nada afecta a la idea de Lassalle en el sentido de que la constitución de Inglaterra es también la suma de sus factores reales de poder, con independencia de si hay o no una “constitución jurídica”.

Hemos visto, señores, qué relación guardan entre sí las dos Constituciones de un país, esa Constitución *real y efectiva*, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la

⁶⁶ Lassalle, Ferdinand, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁷ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, pp. 58-59.

sociedad, y esa otra Constitución *escrita*, a la que, para distinguirla de la primera, daremos el nombre de la *hoja de papel*.⁶⁸

Sobre la forma como deben entenderse estas dos ideas, constitución política real y constitución jurídica escrita, es oportuno aclarar que no es que existan dos constituciones del Estado, la política y la jurídica. No hay sino una que es la Constitución política. Y es precisamente, en esta diferenciación en donde radica la importancia teórica y la actualidad de la teoría constitucional de Lassalle.

Como hemos advertido, el modelo de Estado liberal de Derecho con sus documentos constitucionales, creó un mito en torno a las ideas de “ley suprema”, “norma de normas” o “carta magna”, expresiones con las que se sigue identificándose hoy todavía a la constitución del Estado. Lassalle, menos de un siglo después de las revoluciones francesa y norteamericana, combatió exitosamente la concepción “legalista o normativista” de la constitución, poniendo al descubierto no sólo una teoría errónea, que en un caso extremo no sería ni la primera, ni la última, sino más importante aún, dando las primeras luces sobre la esencia de la fenomenología constitucional y sentando las bases de la ciencia constitucional, con todas las consecuencias que esto trae consigo.⁶⁹

Desmitificar el concepto de constitución jurídico-formal equivale a desmitificar al Estado liberal burgués del que éste proviene. Al hacerlo, Lassalle no sólo contribuye al desarrollo de la ciencia constitucional, cuyos objetos de estudio son primariamente políticos y derivadamente jurídicos, sino igualmente posibilita el entendimiento cabal de que ese Estado que se autodenomina “de derecho” es en esencia idéntico al Estado monárquico al que substituye y a cualquier otra forma de organización estatal, es decir, primero un Estado “de poder” y después un modelo específico de estructuración normativa.

...Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas *de derecho*, sino de *poder*; la *verdadera* Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder en que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan *expresión* fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social;...⁷⁰

⁶⁸ Lassalle Ferdinand, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁹ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 59.

⁷⁰ Lassalle Ferdinand, *op. cit.*, p 47.

Para concluir estas referencias al concepto de Constitución de Lassalle, conviene señalar que su teoría parte de una realidad política representada por los factores de poder que como hemos percibido, lo conduce a una idea también esencialmente política de la constitución del Estado. Así como en el error descubierto y suficientemente demostrado por este autor, pero hasta la fecha cotidiana, de confundir la Constitución del Estado (concepto abstracto) con la “hoja de papel” o documento escrito (objeto tangible).

Si nos detenemos por un momento y analizamos los acontecimientos políticos de nuestro tiempo, podemos confirmar que esta teoría adquiere plena actualidad. En virtud de que la sociedad no está compuesta por una colectividad monolítica. Por lo contrario, en ella existen y actúa clases, entidades y grupos sociales, económicos, culturales, religiosos y políticos diferentes que desarrollan, dentro de la dinámica total del pueblo, una actividad tendiente a conservar, defender o mejorar su posición dentro de la sociedad.

1.5 El Positivism jurídico

El positivismo jurídico es la expresión más radical de las posturas normativistas a las que venimos refiriéndonos y dentro de esta tendencia por supuesto, destaca la construcción teórica del austro-húngaro Hans Kelsen, fundador de la Escuela Vienesa, que dentro de esta corriente de pensamiento, todavía no ha sido superada por ningún otro autor.

La importancia del autor Kelsen para la dogmática jurídica está fuera de duda. No así para la ciencia constitucional. En donde distingue dos sentidos en el vocablo Constitución: el lógico-jurídico y el jurídico positivo.⁷¹

En un primer sentido plantea el autor Hans Kelsen la existencia de una norma fundamental o básica del orden jurídico de la que depende su validez y la de la propia Constitución, ley suprema que lo encabeza.

⁷¹ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, op. cit., p. 45.

La validez de una norma jurídica se halla en una norma de jerarquía superior.⁷² Todas las disposiciones jurídicas en forma escalonada, derivan de la ley suprema que es la Constitución, la cual se convierte así en su fundamento último de validez.

La derivación de las normas de un orden jurídico de la norma fundamental del propio orden, se realiza mostrando cómo las normas particulares han sido creadas de acuerdo con la norma básica. A la pregunta de por qué tiene carácter jurídico un cierto acto de coacción, por ejemplo: el hecho de que un individuo prive a otro de su libertad metiéndolo a la cárcel, hay que contestar: porque tal acto ha sido prescrito por una norma individualizada, la sentencia judicial. A la pregunta de porqué esta norma individualizada vale como parte de un determinado orden jurídico, se contesta diciendo: porque ha sido creada de conformidad con una ley penal. Esta ley, por último deriva de su validez de la Constitución, en cuanto ha sido establecida por un órgano competente, en la forma prescrita por la misma Constitución.⁷³

La Constitución en el sentido lógico-jurídico es la norma fundamental, es una hipótesis básica. Esta norma no fue creada conforme a un procedimiento jurídico, luego no es una norma de Derecho positivo, ya que esta norma no es “puesta”, sino “supuesta”. La Constitución en el sentido lógico-jurídico permite considerar el Derecho como un conjunto, un sistema de normas válidas.

Si partimos de la hipótesis de que “esta norma fundamental” es válida, resulta también válido todo el orden jurídico que le está subordinado.

La ciencia jurídica comprueba que la mencionada norma fundamental sólo es supuesta si el sistema jurídico, creado conforme a la Constitución jurídica positiva, es eficaz. O sea, que el supuesto se quiebra si ese orden jurídico no es efectivo.⁷⁴

Ahora bien, la Constitución en sentido jurídico positivo es una norma “supuesta”, es la norma de la cual derivan los procesos de creación de todas las demás normas jurídicas.

⁷² Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, traducido en original del alemán Roberto J. Vernengo, 15ª edición, México, Porrúa, 2007, p. 202.

⁷³ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducido por el doctor Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 135.

⁷⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, México, UNAM, 1965, p. 327.

La Constitución en sentido jurídico positivo nace como grado inmediatamente inferior de la Constitución en sentido lógico-jurídico.⁷⁵

La *Constitución*, esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, que es lo que hemos llamado Constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de Derecho positivo.⁷⁶

A su vez, la Constitución en sentido jurídico positivo puede ser contemplada en dos sentidos: material y formal.

La Constitución en sentido material significa que ella contiene: a) el proceso de creación de las normas jurídicas generales como las leyes; b) las normas referentes a los órganos superiores, lo que éstos pueden realizar, cómo se divide la competencia de ellos; y c) las relaciones de los hombres con el poder estatal.

La Constitución en sentido formal existe cuando hay la distinción entre leyes ordinarias y leyes constitucionales; y cuando estas últimas para su creación y modificación siguen un procedimiento diferente y más complicado que el que se necesita respecto a las leyes ordinarias; además se necesita un órgano especial que no es el que crea y modifica la legislación secundaria. La Constitución en sentido formal sólo existe cuando hay Constitución escrita.⁷⁷

Si analizamos con cuidado la postura de Hans Kelsen observaremos que su concepto material es en el fondo un concepto tan “formal” como el del constitucionalismo decimonónico.⁷⁸ Es decir que en realidad este autor hace referencia al “proceso legislativo que da validez a la creación de preceptos generales”, el cual tiene la misma naturaleza que la idea conocida de que la “constitución en sentido formal”, es el documento que contiene “un conjunto de normas que sólo pueden modificarse mediante un procedimiento especial”.

⁷⁵ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁶ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, pp. 325-326.

⁷⁷ Carpizo, Jorge, *ídem*.

⁷⁸ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 37.

De ahí que la Constitución del Estado no se puede concebir sólo como forma o procedimiento, sino en tanto objeto de conocimiento con una esencia que es la que pretendemos determinar. Por lo demás, es evidente que dentro de la teoría positivista de Hans Kelsen, un concepto de este tipo resulta indispensable para explicar el proceso de formación y el fundamento de validez del orden jurídico.⁷⁹

Ahora bien, precisamente con relación a este aspecto, es imposible aceptar sin más, el concepto de constitución kelseniano, en tanto es necesario analizar junto a la “idea material” o “jurídico-positiva”, la “constitución en sentido lógico-jurídico”, esto es la “norma básica”, toda vez que como hemos señalado, no se puede entender una sin referirse a la otra.

Sostiene el tratadista Kelsen que “supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho natural”. Así como cada norma jurídica vigente encuentra un fundamento de validez en otra norma de rango superior hasta llegar a la “constitución en sentido material”, ésta a su vez debe tener su propio fundamento que según se ha dicho, Kelsen encuentra en otra Constitución más antigua, hasta llegar a la que es “históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna asamblea”.

Si se pregunta ahora por el fundamento de validez de la constitución del Estado, sobre la cual reposa la validez de todas las normas y la validez de las normas individuales producidas con fundamento de esas normas generales, es decir, si se pregunta por el fundamento de validez de las normas que regulan la producción de normas generales, en tanto determinan qué órganos y mediante qué procedimientos se deben producir normas generales, se llegaría quizás a una constitución del Estado más antigua. Esto es, se fundaría la validez de la constitución estatal existente en que se habría originado conforme a las disposiciones de una constitución estatal anterior, por vía de una enmienda constitucional conforme a la constitución, es decir, conforme a una norma positiva establecida por una autoridad jurídica. Y se continuaría hasta llegar a una primera constitución histórica del Estado, que no habría surgido por esa vía y cuya validez, en consecuencia, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente, esto es, mediante ruptura con la constitución estatal

⁷⁹ *Ibidem.*, p. 38.

persistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta.⁸⁰

Como se advierte, se trata de lograr una construcción lógica que responda “racionalmente” a la pregunta sobre la validez de la Constitución vigente, base de todo el orden jurídico positivo y que explique jurídicamente el porqué debe ser obedecido.

Cuando se investiga el fundamento de la Constitución, la solución consiste en referirla a otra anterior, de acuerdo con la cual se formuló la vigente; hasta que se llega a una primera Constitución surgida de un movimiento revolucionario o lo que es igual, de la ruptura violenta del precedente orden jurídico.

Si se considera solamente el orden jurídico estatal –y no el derecho internacional- y se pregunta por el fundamento de validez de una primera constitución no originada en una enmienda constitucional de una constitución previa, la respuesta sólo puede ser –si se renuncia a referir la validez de la constitución del Estado, y la validez de las normas producidas de conformidad a ella, a una norma establecida por una autoridad metajurídica, como dios o la naturaleza- que la validez de esa constitución, el suponer que es una norma obligatoria, tiene que ser *presupuesta*, si es que debe ser posible interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos realizados en aplicación de normas jurídicas generales, como la producción o aplicación de normas individuales válidas. Puesto que el fundamento de validez de esa norma no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta.⁸¹

Esta “norma fundamental” que es una hipótesis (la última hipótesis del positivismo), cumple una función consistente en conferir el poder creador de derecho al acto del primer legislador y a todos los demás actos en él basados. Es en suma, “el presupuesto necesario de toda interpretación positivista del material jurídico”.⁸²

⁸⁰ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

⁸¹ *Ibidem*, p. 208.

⁸² Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p 38.

Sostener que el fundamento de validez de una constitución es la anterior, hasta llegar a la “norma hipotética básica”, puede considerarse como un ensayo lógico-jurídico, cuyo propósito medular consiste en tratar de “demostrar” especulativamente que en el proceso de creación de leyes y preceptos generales debe privar una constante normativa sin interrupción de continuidad.

La construcción que elaboró el doctor Kelsen, en tanto ejercicio teórico, tiene un grado considerable de complejidad y no ofrece en el ámbito estrictamente especulativo, muchos flancos vulnerables. Sin embargo, cuando se le somete a la insoslayable comprobación empírica, sencillamente no corresponde a la realidad.⁸³

En opinión del jurista Eduardo García Máynez, quien en su crítica sobre la Teoría pura del Derecho, puede leerse:

Aristóteles, crítico del platonismo, coronó su sistema con la noción del acto puro, forma de formas o primer motor inmóvil, en quien concurren todos los atributos de la Idea. Y Kelsen, crítico del Derecho Natural, refiere la validez de todo ordenamiento positivo a la norma fundamental hipotética, primer motor inmóvil del proceso de creación jurídica, norma pura en la que todas las demás descansan, y sobre la cual no existe ninguna otra de rango superior. Pero esa norma fundamental, solo aplicable a los ordenamientos dotados de eficacia, no es en el fondo otra cosa que un ingenioso expediente con el que se quiere justificar, por el simple hecho de ser eficaz, todo Derecho positivo, sin tener en cuenta la justicia o injusticia de los preceptos que lo integran.⁸⁴

Y termina el maestro refiriéndose a la cabeza de la Gorgona del poder: “Quien levanta el velo y abre bien los ojos, descubre la cabeza de Gorgona de poder”.⁸⁵

⁸³ Esta falta de correspondencia entre teoría y realidad no se debe a que distintos factores o diversas circunstancias, presentadas y manipuladas unas y otras voluntariamente por agentes sociales, impidan que la teoría se cumpla. Lo que pasa es que tácticamente, en el terreno de la realidad, los términos y los postulados teóricos no suceden. Una teoría podría ser falsa, porque falsa no puede ser la realidad.

⁸⁴ García Máynez, Eduardo. *La Definición del Derecho*, 2ª edición, México, Editorial Biblioteca Facultad de Derecho universidad Veracruzana, 1948. Xalapa, México. Citado por el doctor Felipe Celorio Celorio en *Derecho Natural y Positivo. Origen y Evolución Histórico-jurídico*, México, Porrúa, 2005, pp. 137 y 138.

⁸⁵ Celorio Celorio, Felipe, *op. cit.*, p. 138.

El propio Kelsen lo ha reconocido así, al declarar que detrás del Derecho vigente no puede encontrarse ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la absoluta justicia de un Derecho natural.

Las relaciones entre Derecho y realidad que es fundamental para las ciencias sociales y para la ciencia del Derecho constitucional, desde el punto de vista positivista se reduce al examen de la correspondencia entre las normas y la conducta de los sujetos de Derecho. En caso de que no se produzca el acatamiento voluntario de la ley en el mundo del ser, habrá lugar a su imposición coactiva.

Dentro de las teorías normativistas en general, no hay sitio para el análisis de temas como el derecho injusto, la legitimidad frente a la legalidad, los fines que debe cumplir el Derecho para justificarse y en su caso justificar al Estado, el derecho a la Revolución, la supremacía de los valores sobre las normas jurídicas, la desigualdad real frente a la igualdad jurídico-formal, el Derecho como protector de desequilibrios socioeconómicos, el Derecho como instrumento del poder, etc.

Todas estas cuestiones esenciales para la ciencia del Derecho constitucional son para los positivistas asuntos ajenos a la ciencia jurídica y, por ende, no son siquiera consideradas, ni examinadas teóricamente.

Cuando alguno de estos asuntos incide en el discurso positivista, su tratamiento se conduce por la vía de la especulación formalista, bajo la premisa ya referida de que si algo es admitido por la ley es legal, si es rechazado por ella es ilegal y si no lo contempla, es irrelevante. Porque no debemos olvidar que:

... los postulados éticos del positivismo jurídico, el principio de legalidad, el orden como fin principal del Estado, la certeza como valor del derecho, fueron elaborados en el siglo XVIII por la doctrina liberal desde Montesquieu a Kant, para poder contener el despotismo, o sea, como

frenos al arbitrio del príncipe, como defensa de la libertad individual en contra de la extralimitación del poder ejecutivo, como garantía de igualdad de trato frente a los privilegios.⁸⁶

Para el positivismo no hay sino un mundo válido que es el del “deber ser”; el otro, la realidad o ámbito del ser, es juzgado forzosamente en función directa del primero, con el que debe coincidir, o bien es ignorado precisamente porque él también lo ignora.

El autor Gustav Radbruch hace una crítica sobre el positivismo de manera contundente:

El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de la ley es la ley, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemana, inermes todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley. Y no solo eso, sino que esa mentalidad positivista superviviente opone todavía dificultades cuando se trata de paliar los efectos de aquellos desafueros legales. El derrumbamiento del Estado nazi, basado en la negación del Derecho, coloca continuamente a la judicatura alemana ante preguntas que el caduco, pero aún vivo positivismo, no sabrá nunca contestar: ¿Merece la calificación de Estado, en el sentido jurídico de la palabra, un Estado que equivale a la dominación de un solo partido, que condena a la muerte a todos los demás y que representa, en general, la negación del Derecho? El positivismo jurídico para contestar esta pregunta y muchas otras que podrían hacerse, diría remítase lo contenido en la ley.⁸⁷

Efectivamente los problemas planteados por los desafueros de los nazis como dice el jurista Radbruch los resolvieron las leyes vigentes en la zona de ocupación angloamericana y el Estatuto de Nuremberg.⁸⁸

Sin duda, uno de los planteamientos más sólidos de Kelsen es el relativo al fundamento de validez de la normatividad secundaria o derivada, en todas sus especies (leyes, reglamentos, acuerdos, sentencias, etc.), el cual es siempre el

⁸⁶ Bobbio, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*, 1ª edición 1991, 9ª reimpresión 2007, México, Fontamara, p. 60.

⁸⁷ Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, México, Fonda de Cultura Económica, 1965, pp. 178-180.

⁸⁸ Proceso llevado a cabo en la ciudad alemana de Nuremberg, después de la II Guerra Mundial, contra los dirigentes y organizaciones nazis y jefes militares alemanes (20 de noviembre 1945 – 1 de octubre 1946). El Estatuto crea al tribunal interaliado compuesto por representantes de Gran Bretaña, EE. UU., Francia y la URSS. Las acusaciones principales se referirían a la perpetración de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, guerras de agresión, muerte de prisioneros y desplazamientos de la población civil para trabajos forzados.

mismo: una norma o varias que substantiva y/o procesalmente hablando, son jurídicamente superiores a la disposición en cuestión.

Toda norma puede y debe ser examinada en cuanto a su contenido y a su proceso de creación, para emitir un juicio sobre su legalidad. No hay duda de que esta cualidad es la que requiere poseer un precepto jurídico para ser obligatorio, es decir, necesita ser legal.

La norma jurídica es por naturaleza un *deber ser*, cuya legalidad y validez, y en esto tiene razón Kelsen, dependen del proceso normativo que se haya empleado para su creación, en tanto que su legitimidad, cuestión que omite el positivismo jurídico, se da en relación directa a consensos y valores sociales.

La norma jurídica prescribe o prohíbe y al hacerlo determina lo que *debe ser*, lo cual debe respetarse en función de su legalidad y de su legitimidad,⁸⁹ de su forma de creación (origen) y de su contenido (materia), respectivamente. Es entonces, esencialmente algo “normativo” porque sin ella no existen ni derechos ni obligaciones, sino aspiraciones, compromisos, deseos o intenciones que son sus contenidos potenciales, los cuales sin una estructura jurídica, carecen de coercibilidad.

Sin embargo, respecto a la Constitución del Estado, esa norma jurídica fundante de la Constitución, de la que presuntamente dependería su validez en sentido estrictamente jurídico-formal, no existe, ni es posible, por ende, demostrar empíricamente su valor fundacional. Recordemos que es éste nada menos que el punto débil y a la vez capital del concepto kelseniano (y en general del formalismo jurídico) de constitución *la norma hipotética básica (Grundnorm)*⁹⁰ que es según Kelsen, el origen normativo de la Constitución o norma suprema del orden jurídico positivo, como hemos demostrado, es sólo un supuesto (*presupuesto*) incapaz de responder científicamente a las preguntas sobre la legitimidad y la génesis de la constitución del Estado.

⁸⁹ Respecto de la legalidad, es conforme al procedimiento establecido en la ley fundante; y legitimidad sobre los consensos y valores sociales.

⁹⁰ Con esto el tratadista Kelsen da por sentado la validez de la norma básica, la *norma fundamental*.

Semejante doctrina no satisface el deseo que siente el hombre de comprender el significado de la obligación legal, no llega a conocer las bases naturales de las normas que se le pida que obedezca, ni se le proporciona una firme convicción, o una fe. En vez de esto, encontramos el resignado reconocimiento de la fuerza bruta, y la aplicación de la misma fuerza.⁹¹

Por lo tanto, al no ser factible encontrar una fundamentación *normativista* que aclare científicamente estas cuestiones, es legítimo concluir que las respuestas no se hallan en el discurso del “deber ser”, sino en otro. Esto solo puede explicarse porque la Constitución no es esencialmente parte del ámbito del “deber ser”, sino de otro que es precisamente el del “ser”. Si estamos en lo correcto, entonces la naturaleza de la Constitución no es jurídica, puesto que no pertenece al “deber ser”, ni es esencialmente una norma, sino antes bien, es parte de la realidad y por ende, no *debe ser*, sino *es*.

Queda claro a nuestro juicio que con relación a cualesquiera normas jurídicas encontraremos un origen jurídico, condicionado y orientado por la realidad. Tratándose de la Constitución lo que percibimos, en cambio, es un origen político, un *ser*, una realidad de donde proviene y que nos autoriza a concluir que antes de pretender captar un *deber ser constitucional*, es indispensable penetrar en el *ser constitucional*. En suma, para poder teorizar sobre una *ley suprema* o “norma de normas” e identificarla con una “norma jurídica superior denominada constitución”, se requiere la comprensión cabal del *ser constitucional del Estado*, en tanto y esencialmente *realidad política*.

Es decir, la diferencia fundamental entre lo que trata de señalar el tratadista Lassalle y lo que “aceptan” a veces, y como una cuestión accesoria, las corrientes “formalistas” o “normativistas”, consiste en lo siguiente:

Los factores reales de poder son uno a uno, parte de la Constitución, hasta integrarla todos en su conjunto.

⁹¹ Friedrich, J. Carl. *La Filosofía del Derecho*, México, Fonda de Cultura Económica, Breviarios 179, 1999, p. 252.

El positivismo jurídico y el “normativismo”, en general, concibe el proceso de creación de la “ley suprema del Estado” como algo distinto y distinguible de la realidad, en virtud de lo cual, es deseable, conveniente y recomendable que el legislador constitucional procure que la Constitución sea estructurada lo más cercanamente posible a las “condiciones, requerimientos y aspiraciones de la sociedad que pretende normar”. Pero no es obligatorio que así sea. Las leyes y concretamente la Constitución, pueden ajustarse a la realidad, en cuyo caso serán “buenas y duraderas”, o pueden separarse de ella, en razón de un deficiente trabajo del legislador poco prudente o previsor, lo que las hará malas y quizás poco durables. En cualquier caso, la ley es obligatoria porque finalmente, la mayor o menor sabiduría del legislador, al hacerla, no afecta su validez, ni su coercibilidad; “ser y deber ser” son cosas diferentes y queda a la voluntad y al buen juicio del creador de las leyes hacerlos coincidir, sin perjuicio de la obligatoriedad de la norma, al margen de su mayor o menor alejamiento de la realidad.

1.6 Carl Schmitt y el Decisionismo

El doctor Carl Schmitt es un tratadista que al igual que el tratadista Ferdinand Lassalle merecería mayor atención en nuestro país entre los estudiosos del Derecho constitucional y de la ciencia política. Su importancia y las dimensiones de su aportación al estudio de los fenómenos constitucionales son tales que han hecho imposible que su nombre sea omitido de toda obra suficientemente seria relativa a estos temas.

Como él mismo lo sostiene en el preámbulo de su teoría constitucional (del año de 1927), lo que él pretendía en su obra era desarrollar un sistema teórico especializado, que además de las glosas y exégesis eruditas o no de los textos constitucionales, erija una teoría de la constitución completa que reoriente el estudio de los fenómenos constitucionales, abrazados hasta esos momentos, en forma fragmentaria, confusa y esporádica por áreas del conocimiento político-jurídico como teoría del Estado, la Teoría General del Derecho.

El presente trabajo no es ni un comentario, ni una serie de disertaciones monográficas, sino el intento de un sistema. En Alemania tiene hoy la Constitución de Weimar destacados comentarios y monografías, cuyo alto valor en la teoría y la práctica es reconocido, y no necesita más elogio. Es necesario, empero, afanarse además por exigir también una teoría de la Constitución como rama especial de la Teoría del Derecho Público.⁹²

Desde luego, que para el doctor Schmitt, la Constitución es un “ser o modo de ser” y no una formación total de la vida del Estado.

Esta distinción entre *ser* y *deber ser*, a propósito de la idea de Constitución, es precisamente el aspecto fundamental de lo que el autor Schmitt denomina “concepto positivo de Constitución”.

Hay en toda la teoría constitucional de este autor un discurso paralelo relativo a la diferencia entre Constitución y “Ley constitucional”, por un lado y a esa distinción antes mencionada entre “ser” y “deber”.

Sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional. No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su forma. De este modo se pierden un concepto esencial de la Teoría del Estado y el concepto central de la Teoría de la Constitución. Fue un error característico la afirmación de un famoso teórico del Derecho político, según el cual la transformación de la Constitución es una “especie de la ley”. Antes al contrario, para la Teoría constitucional la distinción entre Constitución y ley constitucional es el comienzo de toda discusión ulterior.⁹³

Esta discusión se refiere concretamente, a la naturaleza y a la esencia de la Constitución. El doctor Schmitt, al igual que el autor de la Constitución como la suma de los factores reales de poder, sostiene acertadamente que la llamada *ley suprema* es antes que norma, *realidad* y antes que algo identificable con un “deber ser”, algo esencialmente relativo al “ser del Estado”.

⁹² Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1981, p. XIX.

⁹³ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 8.

Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma.⁹⁴

Esta decisión o este conjunto de decisiones a las que este autor denomina “políticas fundamentales”, son las que no deben confundirse con las normas jurídicas, cuyo conjunto es lo que frecuentemente se considera la Constitución.

En el fondo de toda formación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la Democracia y del monarca en la Monarquía auténtica.⁹⁵

Según este autor, la esencia de una Constitución no está contenida en una ley o en una norma.

Entonces, ¿en qué consiste la “norma de normas” o “ley suprema”? Desde luego, no en una ley, sino en una decisión. Para mayor claridad, este autor admite la existencia de normas jurídicas que pueden distinguirse por su jerarquía unas de otras. Entre ellas, ocupan un sitio preponderante las “leyes constitucionales”. Sin embargo, éstas no son la constitución, en virtud de que la unidad política que ella representa no puede disolverse en “leyes constitucionales”.

Así, la Constitución francesa de 1791 envuelve la decisión política del pueblo francés a favor de la Monarquía constitucional con dos ‘representantes de la Nación’, el Rey y el Cuerpo legislativo. La Constitución belga de 1831 contiene la decisión del pueblo belga a favor de un gobierno monárquico (parlamentario) de base democrática (poder constituyente del pueblo), al modo del Estado burgués de Derecho. La Constitución prusiana de 1850 contiene una decisión del Rey (como sujeto del poder constituyente) a favor de una Monarquía constitucional al modo del Estado (y no sólo como forma del Ejecutivo). La Constitución francesa de 1852 contiene la decisión del pueblo francés a favor del imperio de Napoleón III, etc.⁹⁶

Al referirse a estas constituciones vigentes en su época, lo que pretende señalar el doctor Schmitt es que concretamente, son sus “decisiones políticas

⁹⁴ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁵ *Ibíden.*, p. 87.

⁹⁶ *Ídem.*

fundamentales” las que definen o determinan la existencia política del Estado; es decir, la forma como éste se constituye, o bien, en una palabra, su constitución.

En efecto, analizando el fondo de las ideas del autor Schmitt hasta aquí reproducidos, es indudable que la Constitución del Estado es una realidad, que revela cómo es ese Estado, cuál es su forma o estructura política; difiriendo el sentido y el contenido de estas expresiones si las modificáramos al preguntarnos cómo debe ser constituido el Estado.

Cuando nos referimos a la constitución de un organismo, de un objeto o de una persona señalamos cómo es y cuál es ésta, pero no cómo debe ser.

Como quiera que todo ser es concreto y se encuentra dispuesto de cierta manera, a toda existencia política concreta le corresponde alguna Constitución.⁹⁷

Desde luego, su conformación no es un fenómeno natural o espontáneo, sino político y social. El tratadista Schmitt analiza con profundidad el concepto de poder constituyente, en tanto fuerza capaz de adoptar las decisiones políticas fundamentales.⁹⁸

Éstas definen lo que es, o bien cuál es la constitución del Estado y no lo que debe ser. Luego no son esencialmente normas, sino decisiones, es decir, determinaciones sobre modo y forma del Estado, que el titular de la soberanía adopta por decisión propia, originaria, ilimitada e incondicional.⁹⁹

⁹⁷ *Ibidem.*, p. 91.

⁹⁸ Siguiendo a Schmitt, el poder constituyente debe concebirse como una fuerza real que da forma y determina las estructuras político-constitucionales fundamentales del Estado. Es decir, la fuerza política que crea la Constitución, que decide el ser o modo de ser del Estado. “El poder constituyente es la voluntad política, cuyo poder o autoridad está en condiciones de tomar la decisión unitaria concreta sobre el modo y la forma de su propia existencia política esto es, determinar la unidad política en su totalidad.” C. Schmitt, *op. cit.*, pp. 75-76.

⁹⁹ Los caracteres distintivos del poder constituyente son los siguientes: “originario, de naturaleza política, ilimitado, inmediato, inalienable e imprescriptible.” Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 156.

Estas decisiones no son algo jurídico, en tanto no provienen de procesos, orígenes, ni atribuciones normativas, sino de fuerzas políticas, de poderes reales que toman una alternativa entre varias posibles.

Tampoco son en fin, cualquier tipo de “decisiones”, sino nada menos que las que determinan y sientan los cimientos de la organización política de la sociedad.

Las decisiones políticas fundamentales son en suma, la base (fundamento) de la organización política del Estado, que determina (decisión) una fuerza soberana (política) y que hace que éste sea lo que es (ser) y no otra cosa.¹⁰⁰

¿Cuál es la diferencia entre la “Constitución”, así entendida y las “leyes constitucionales”, a juicio del doctor Carl Schmitt?

Esta distinción, de primera importancia en su teoría constitucional, consiste en lo siguiente: Una vez determinado el ser o modo de ser del Estado, es posible pensar en fórmulas normativas mediante las cuales la “Constitución” sea jurídicamente expresada.

Las decisiones políticas fundamentales son previas a las leyes constitucionales y por ende, condicionan su contenido. Entre Constitución y leyes constitucionales hay una dependencia ontológica y de validez. Las leyes presuponen la existencia de una Constitución de la que derivan, mientras que ésta es un acto de soberanía. Ellas tienen naturaleza jurídica, a diferencia de la Constitución, cuya naturaleza es esencialmente *política*. Las leyes constitucionales son creadas con base en una o varias decisiones políticas fundamentales, las cuales, en cambio, son el resultado de la voluntad política de quien las adopta. En suma, la Constitución es un *ser*, que eventualmente, si las decisiones tomadas fueran otras, sería de otra manera. Las leyes constitucionales, por el contrario, no pueden tener un contenido diverso al que poseen, hasta en tanto las decisiones políticas fundamentales no se modifiquen.

¹⁰⁰ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 65.

La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da así misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar del origen de una Constitución es tal vez posible decir que una Constitución se dé a sí misma, pero esto en realidad, es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de formación jurídica, también la formación constitucional, presupone una tal voluntad como existente.¹⁰¹

Se percibe con claridad, de esta argumentación, que el error en que incurren la teoría constitucional tradicional-formalista y el positivismo jurídico radica en la identificación de las “leyes constitucionales” con la Constitución y en la ignorancia de las decisiones políticas fundamentales.¹⁰²

El problema se presenta cuando el concepto jurídico de Constitución enfrenta la necesidad de explicar el origen, la validez y la legitimidad de esa “ley suprema”, cuya creación no se produce mediante procesos jurídicos, sino es resultado de fenómenos políticos que poco tienen que ver con lo estrictamente normativo.

Es decir, esa *norma fundante* (norma hipotética fundamental), que para el autor de la Teoría pura del Derecho y en los términos del positivismo kelseniano, es el origen de todo el orden jurídico positivo, incluida la *norma de normas* (constitución) y que además es su fuente de validez; para Carl Schmitt es un acto de voluntad soberano que no tiene que ser derivado en la nebulosa y difusa “primera ley” que yace en el pasado, sino en la voluntad política específica que toma las decisiones políticas fundamentales del Estado.

Lo que en Hans Kelsen es un “supuesto de validez necesario”, una norma primaria que aunque intangible, es indispensable para que todo un cuerpo normativo sea válido; en Carl Schmitt es realidad concreta, definida y actuante, convirtiéndose en fundamento directo de validez del orden jurídico que deriva de la actuación política originaria.

¹⁰¹ Carl Schmitt, *op. cit.*, p 25.

¹⁰² Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 66.

Ni la constitución es una norma, ni su fundamento de validez es jurídico. La Constitución es política y política es su génesis y su legitimación.

Es necesario advertir que las decisiones políticas fundamentales en Carl Schmitt, tienen una connotación precisa que no debe confundirse, ni menos asimilarse a lo que en las teorías formalistas son “principios generales”, programas y proyectos nacionales, aspiraciones políticas de un pueblo, costumbres, usos y tradiciones o metas y propósitos que se fijan los constituyentes al elaborar la constitución.

Es un error típico de la teoría del Estado de la Pleguerra desconocer la esencia de tales decisiones y hablar, sintiendo que había ahí algo distinto de una formación legal, de simples proclamaciones, “simples declaraciones” y “hasta lugares comunes”. La Constitución misma se disuelve así en la nada entre ambos elementos: algunas expresiones de mejor o peor gusto, por un lado, una multitud de leyes inconexas externamente caracterizables, por el otro...¹⁰³

Evidentemente, estas decisiones no son sólo *buenos propósitos*, sino auténticas definiciones sobre la organización política del Estado, que son adoptadas entre varias opciones más por el titular de la soberanía.

Son definitorias del “ser estatal” y no se toman pensando en que tengan vigencia a partir de un momento futuro (proyectos de un pueblo para el porvenir), sino de inmediato. Las “decisiones políticas fundamentales” tampoco expresan “ideas y principios genéricos o ambiguos”, sino determinaciones concretas (Monarquía o República, parlamentarismo o presidencialismo) sobre la estructura del Estado. Menos aún son “declaraciones solemnes”, sino las bases efectivas de todas las formaciones ulteriores, incluso para las leyes constitucionales.¹⁰⁴

De ahí que entre las “decisiones políticas fundamentales” del doctor Schmitt y los “principios políticas generales” de los teóricos tradicionalistas y formalistas no existe ninguna relación.

¹⁰³ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰⁴ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 67.

Por último, se concluye con base en estos ejemplos que presenta nuestro autor, que la identificación de las decisiones políticas fundamentales debe hacerse mediante el análisis de las normas o disposiciones jurídicas constitucionales, sin confundir unas con otras.¹⁰⁵

En suma, según el doctor Schmitt, la Constitución no es una norma o conjunto de normas, no debe confundirse con las “leyes constitucionales”, ni debe considerarse inspirada en los principios jurídicos generales o en los más elevados ideales de la Nación. La Constitución es un conjunto de decisiones políticas fundamentales que adopta el titular de la soberanía y que definen el ser o modo de ser del Estado.

Por razones obvias, la teoría constitucional de Schmitt es conocida como “decisionismo”, no sólo por su concepto de constitución, sino por situarse exactamente en un punto opuesto al “positivismo” kelseniano, en pleno proceso de desarrollo, por cierto, cuando se editó por primera vez su teoría constitucional.

Efectivamente, este autor no incluye en su concepto positivo de constitución ningún elemento jurídico. Sin embargo, esto no equivale a que este autor deje fuera de su Teoría constitucional a las normas de Derecho. Esto se debe a un entendimiento insuficiente de su teoría. Recuérdese tan sólo, la diferencia que establece el autor entre “Constitución y leyes constitucionales”, correspondiente a la distinción entre “substancia y forma, o esencia y accidente”.¹⁰⁶

Algunos otros teóricos muy importantes cuyo nombre está asociado a la teoría de la constitución discurren sobre un concepto ontológico de

¹⁰⁵ En el caso de la Constitución Mexicana, por ejemplo, la decisión a favor de un régimen democrático se encuentra en el artículo 39º que señala que la “soberanía reside en el pueblo y de éste emana todo poder público”; la decisión a favor de una República, se expresa en el artículo 40º que prescribe que México es una “República representativa democrática federal...”; la decisión a favor de una estructura federal, se halla reflejada en este mismo precepto; la que se refiere al Estado de Derecho, se expresa en el capítulo primero que contiene las garantías individuales y en las normas que asignan y limitan las competencias jurídicas a los órganos constituidos; y la decisión a favor del Estado social de Derecho, que se encuentra en preceptos como el artículo 2º, 3º, 4º, 27º y 123º en los que se incluyen los derechos sociales a los grupos indígenas, a la educación, a la salud, a la vivienda, a la tierra y al trabajo.

¹⁰⁶ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 69.

constitución, coincidiendo con las ideas del doctor Schmitt, corroborándolas y desarrollándolas.

En un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada Constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder.¹⁰⁷

Lo que señala el doctor Schmitt es que la forma jurídica no es parte de la Constitución, en tanto ésta es esencia política y no expresión normativa. Que la norma o el elemento jurídico es necesario y cumple una función importante e imprescindible con relación a la Constitución del Estado como sostiene el tratadista Hermann Heller.

Afirmar que sin la forma jurídica, la Constitución carece de seguridad, permanencia, obligatoriedad cierta y coactiva, etc., no hace sino confirmar la tesis del doctor Schmitt de que ella es algo distinto en cuanto a su naturaleza y previo en el tiempo, a la “forma jurídica” de la que eventualmente¹⁰⁸ necesita. Esto es, debe haber *algo* diferente a la norma, la cual tiene como misión protegerlo y conferirle obligatoriedad.

1.7 Hermann Heller y la Constitución como realidad

Partiendo de las ideas del autor Lassalle, admite el tratadista Hermann Heller que la Constitución del Estado, de todo Estado, no es “la hoja de papel”, sino las relaciones reales de poder que se dan en un país.

¹⁰⁷ Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*, traducción Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, p. 151.

¹⁰⁸ Eventualmente porque lo que pone de manifiesto el doctor Schmitt es que si alguna utilidad tiene la clasificación de “constituciones escritas o codificadas y constituciones no escritas o dispersas”, es precisamente para diferenciar entre “esencias o decisiones políticas fundamentales, acompañadas de forma o expresión jurídica y esencias o decisiones políticas fundamentales no totalmente consagradas por la norma escrita, sino sólo por la costumbre, como en el caso de Inglaterra.

Sin embargo, agrega él que esas relaciones no son estáticas, sino se hallan en permanente movimiento, a pesar de lo cual no generan un caos y sí mantienen, en cambio, una ordenación y unidad del Estado.

De esta constitución “real” que todo país ha poseído en todo tiempo, dice Lassalle en su conocida conferencia *Über Verfassungswesen* (1862), que no es la constitución escrita o la hoja de papel, sino las relaciones reales de poder que se dan en un país;...

Pero esas relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento y cambian a cada momento, no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado.¹⁰⁹

No obstante el carácter dinámico de la Constitución entendida como esa relación de factores de poder, ella permanece como forma de organización política, en virtud de que su “realidad potencial” se expresa en la probabilidad de que los acuerdos tomados por esos factores de poder se respeten y se observen en el futuro.

La configuración actual de la cooperación, que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro, por la que se produce de modo constantemente renovado la unidad y ordenación de la organización, es lo que nosotros llamamos Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad.

La Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas gracias a la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella. Esta probabilidad se asienta, de una parte, en una mera normalidad del hecho, conforme a la Constitución, de la conducta de los miembros, pero además en una normalidad normada de los mismos y en el mismo sentido. Cabe, por eso, distinguir en toda Constitución estatal, y como contenidos parciales de la Constitución política total, la Constitución no normada y la normada, y dentro de ésta, la normada extrajurídicamente y la que lo es jurídicamente. La Constitución normada por el derecho conscientemente establecido y asegurado es la Constitución organizada.¹¹⁰

Esta es la base del concepto de constitución como “normalidad normada”. Según este tratadista, esa conducta que se repetirá en el futuro (normalidad) es considerada además como la conducta que debe repetirse u observarse

¹⁰⁹ Heller, Hermann. *Teoría del Estado*, traducción por Luis Tobio, 2ª edición, México, Fonda de Cultura Económica, 1998, p. 317.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 317-318.

(normada), con lo cual queda clara la función entre ser (normalidad) y deber ser (norma). Como bien lo establece el autor de la teoría:

Así como no pueden estimarse completamente separados lo dinámico y lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser en el concepto de la Constitución. Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concretas, la Constitución sólo es posible debido a que los partícipes consideran esa ordenación y esa forma ya realizados o por realizarse en el futuro, como algo que debe ser y lo actualizan; ya sea que la forma de actividad acomodada a la Constitución se haya convertido para ellos, por medio del hábito, en una segunda naturaleza, en conformación habitual de su propio ser apenas estimada como exigencia normativa consciente; ya sea que los miembros motiven su conducta, de modo más o menos consciente, por normas autónomas o heterónomas.¹¹¹

Consecuentemente, se refiere a la reforma y actualización de la Constitución para estar acorde con la realidad social y normar conductas de la realidad.

La Constitución normada consiste en una normalidad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Pero las normas constitucionales, tanto jurídicas como extrajurídicas, son, a la vez que reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar. Porque también se roba y se asesina con regularidad estadísticamente previsible sin que, en ese caso, la normalidad se convierta en normatividad (cf. Jahrreis, pp. 16 ss.). Sólo se valora positivamente y, por consiguiente, se convierte en normatividad, aquella normalidad respecto de la cual se cree que es una regla empírica de la existencia real, una condición de existencia ya de la humanidad en general, ya de un grupo humano.¹¹²

Aquí el autor se refiere a la normatividad de una normalidad, es decir, normar una conducta de hecho, pero con criterios positivos de valoración. Como es el caso de las poblaciones indígenas,¹¹³ tratándose de la existencia real de un grupo humano.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 318.

¹¹² *Ibidem.*, p.320.

¹¹³ Las poblaciones existen en la realidad, y son parte de la población nacional mexicana, sólo que no han tenido el suficiente poder político para transformar la visión de la sociedad, pero de que son factores reales de poder, no cabe duda.

Precisamente en el hecho de que la Constitución política sea influida de manera consciente y según un plan por una creación autoritaria de normas, en este intento de una normalización general para el territorio por medio de una normación central, radica la esencia del Estado moderno.¹¹⁴

La función básica de las normas jurídicas y por ende, su carácter imprescindible, es la de garantizar que la Constitución no sólo sea, sino siga siendo y resulte forzoso u obligatorio que así sea. O en palabras del autor en comentario:

Sin la permanencia de las normas sociales no existe permanencia del *status* social, no existe Constitución. Problema especial es el de determinar de qué modo se puede armonizar la permanencia de las normas con el cambio constante de la realidad social.¹¹⁵

Además, dice el tratadista Heller de que la Constitución jurídica es reflejo y expresión de una realidad y de valores sociales:

La Constitución normada jurídicamente no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado sino que, para su validez, precisa siempre ser complementada por los elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos.¹¹⁶

Podemos concluir que la aportación del tratadista Hermann Heller a la teoría de la Constitución es más que un ensayo ecléctico o conciliatorio entre los dos grandes corrientes asociados directamente en su época y en gran medida hasta hoy, a los nombres de Kelsen y Schmitt, creemos serio y profundo intento, en muchos sentidos exitoso, la reordenación de conceptos y de elementos teóricos que tiene como principal cualidad, a nuestro juicio, la no deliberada revaloración del “decisionismo” y la definitiva e intencional destrucción del positivismo.

¹¹⁴ Heller, Hermann, *op. cit.*, p. 321.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 323.

¹¹⁶ *Op.cit.*, p. 324.

El haber elegido estos autores y sus teorías y no las de otros tratadistas no menos ilustres tratadistas, obedece a que cualquier otro punto de vista o coincide con el de alguno de ellos o les está muy próximo.

1.8 Las decisiones políticas fundamentales

Es evidente que al inquirir sobre la conformación del Estado, se indaga qué y cual es ésta, en el momento en que se realiza la investigación. La pregunta se formula en tiempo presente, pero no en futuro, simplemente porque no puede analizarse lo que aún no existe, es decir, la Constitución o la estructuración de algo que todavía no se ha figurado. La pregunta en indicativo o en pasivo se refiere a un hecho, a una realidad, pero no a una potencialidad. El hecho es la forma como está constituido el Estado que no “deber ser”, sino que “es”.

Por supuesto, es factible examinar prospectivamente una estructura estatal para concluir que el Estado se desarrollará mejor y que la organización política resultará más democrática, etc., si se organizara de otra manera, señalando entonces cuál debería ser su constitución o cómo debería estar constituido en el futuro. Sin embargo, lo que carece de sentido es mezclar ambos planteamientos, afirmando que la Constitución del Estado “debe ser” o que el Estado “debe estar constituido” de tal o cual manera, simplemente porque o ya está estructurado así, o bien no posee una configuración que a juicio de alguien es la mejor, en cuyo caso se propone la estructura política que debería adoptar en adelante.¹¹⁷

¹¹⁷ Estas sencillas y elementales referencias gramaticales, que no por simples son menos exactas, a pesar de que generalmente sean pasadas por alto cuando muchos estudiosos de estos temas formulan sus planteamientos, revelan que al disertar sobre la Constitución del Estado, nos referimos a la estructura concreta que éste tiene o mejor, a lo que éste es. Preguntarse sobre lo que es la Constitución, es decir, buscar un concepto que la defina, es una tarea cognoscitiva que para ser fructífera, habrá de iniciarse a partir de una premisa concreta, a saber: indagamos sobre lo que “es”, es decir, sobre un “ser”, no sobre lo que “debe ser”.

Para el doctor Covián el Estado es de determinada manera, lo que equivale a decir que tiene una Constitución que es tal o cual forma, es decir, que está de esta o de esa otra manera constituido.

Identificaremos al Estado para los propósitos de esta expresión, con la organización política de la sociedad. La expresión “constitución del Estado” podrá entonces ser substituida por la de “constitución política de la sociedad”. Nos referiremos entonces, al ser o al modo de ser político de la sociedad, en términos de Schmitt, es decir, a la manera en que esa **está constituida**.¹¹⁸

Resulta entonces bastante claro, a nuestro juicio, que la Constitución es algo, antes que deba ser algo. En otras palabras, la sociedad está organizada políticamente de alguna manera y a las relaciones de poder presentes en toda congregación humana, corresponden determinadas estructuras que son precisamente su Constitución.

La única idea –según el doctor Covián- correcta sobre lo que es la Constitución del Estado es la que la concibe ontológicamente, es decir, como un ser o una realidad.¹¹⁹

Si la naturaleza de la Constitución se confunde o no se capta adecuadamente, cualquier intento de definirla está científicamente destinado al fracaso... Este es precisamente el destino que inevitablemente ha correspondido a todas las corrientes teóricas que definen a la constitución del Estado como “ley suprema”, “norma de normas”, “conjunto de normas o principios jurídicos fundamentales” o bien, que en última instancia la identifican como la “norma básica en la que se sustenta la validez de todo el orden jurídico positivo” (Kelsen), hasta el punto de identificar al Estado con el Derecho, esto es, afirmar que no hay Estado (realidad, ser), sino sólo Derecho (deber ser).¹²⁰

En mayor o menor grado estas corrientes consideran que la Constitución del Estado es algo de naturaleza jurídica, es decir, esencialmente un *deber ser*. Y concluyen que la Constitución es una norma, la norma básica, suprema o esencial del Estado. Toman la forma por el fondo. Confunden la expresión

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 81.

¹¹⁹ *Ibidem.*, p. 82.

¹²⁰ *Ídem.*

normativa de la constitución ontológica con los factores reales de poder, quienes toman las decisiones políticas fundamentales de un Estado.

Si afirmamos que la Constitución no es esencialmente una norma y que la única manera correcta de concebirla es en un sentido real, como un *ser* y no como un *deber ser*, es porque partimos de un análisis objetivo sobre la génesis de la Constitución del Estado y la examinamos desde un punto de vista ontológico.

Tomemos un caso concreto de análisis y luego veamos si son aplicables nuestras conclusiones.

¿Cómo surge la constitución de 1917? Concluida la lucha armada por el poder, por lo menos en su etapa más violenta y de extensión nacional, se reunió un Congreso Constituyente, órgano encargado de “elaborar o redactar” la nueva Constitución del Estado.

¿Quiénes integraban ese Congreso Constituyente? Lo integraban representantes de las clases obrera y campesina, de los militares conducidos por Don Venustiano Carranza, con exclusión de los que lucharon al lado de Porfirio Díaz y Victoriano Huerta,¹²¹ de las clases medias urbanas y de los sectores políticos, económicos y sociales en general, de tendencia nacionalista, algunos más radicales que otros. En palabras de Ferdinand Lassalle, ese órgano estaba conformado por delegados de los factores reales de poder que resultaron vencedores en la lucha armada revolucionaria. Y en palabras del Doctor en Derecho y actual Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío:

La posición mayoritaria en el Congreso Constituyente 1916-1917 se representó y explicó a la Constitución en términos fundamentalmente políticos. La Constitución, en otros términos, era para ese grupo de hombres la plasmación del ideal político a partir del cual se había llevado a cabo la Revolución de 1910. Que los constituyentes se hayan representado a la Constitución

¹²¹ Estos dos personajes representaban los intereses de las clases económicamente poderosas, además de los propios, en calidad de jefes de gobierno entre de 1910 y 1914, cuyo derrocamiento se propuso la Revolución.

en esos términos, nada tiene de peculiar si uno entiende que en su carácter de funcionarios electos representaban a personas, partidos o facciones, que al ejercer su función estaban tratando de imponer sus ideas sobre las de otras personas.¹²²

¿Quiénes no formaron parte de ese Congreso? Los factores de poder vencidos o derrotados, que precisamente, no tuvieron poder suficiente para estar ahí presentes. Habría que preguntarse, en nuestro caso, si la Iglesia no envió representantes al congreso, porque alguna ley se lo prohibía, o si los grupos políticos pro-porfiristas o cómplices del apoderamiento de la economía nacional por el capital extranjero, tampoco asistieron simplemente porque fueron excluidos de las bases de la convocatoria al congreso de Querétaro.¹²³ Por supuesto que esas no fueron las razones por las que estos factores de poder, a pesar de serlo, no participaron en los trabajos de redacción de la Constitución mexicana de 1917. Lo que ocurrió evidentemente, es que ellos no estaban incluidos en la “suma de los factores reales de poder”, es decir, de los que poseían fuerza bastante para influir en las determinaciones sobre la estructura constitucional del nuevo Estado.

La teoría de Lassalle, cuyos elementos fundamentales damos aquí por reproducidos, nos es muy útil para responder al interrogante sobre quiénes “redactan” la constitución. Obviamente, son los factores reales de poder quienes la describen o consignan sobre “una hoja de papel”, porque ellos son la Constitución del Estado.

Empleando los términos de este autor, diríamos que en el caso de México,¹²⁴ que es el ejemplo que hemos tomado, la resultante de los intereses

¹²² Cossío Díaz, José Ramón, “La Representación Constitucional en México”, en *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, (Diego Valadés y Miguel Carbonell, coord.), México, Cámara de Diputados. LVII Legislatura-UNAM, 2000, p. 63.

¹²³ Después de la convocatoria y del inicio de los trabajos de un primer congreso constituyente en Aguascalientes dominado por los sectores más radicales de la Revolución (villistas y zapatistas), se produce el rompimiento definitivo entre éstos y el ala política moderada, representada por Venustiano Carranza y Álvaro Obregón. El enfrentamiento entre estos dos sectores abarca aproximadamente dos años (1914 a 1916) y culmina con la convocatoria al congreso constituyente de 1916-1917, cuyos trabajos se llevaron a cabo en Querétaro.

¹²⁴ El nombre oficial del Estado mexicano suscitó apasionadas discusiones en el seno del Congreso Constituyente de Querétaro, en torno a las denominaciones “*República Federal Mexicana*” y “*Estados Unidos Mexicanos*”. Los argumentos que la Comisión respectiva expuso y en los cuales fundó su proposición, fueron los siguientes:

de los obreros, de los campesinos, de las clases medias, de los sectores triunfantes en la lucha por el poder en una palabra, hasta donde cada uno de ellos haya podido hacerlos prevalecer en función de su fuerza real frente a la de los demás, conforma o define su Constitución, o dicho más claramente, es su Constitución política.

Ahora bien, congregados en el órgano constituyente, ¿cómo actúan, qué hacen o de qué manera proceden los factores reales de poder para poder cumplir su objetivo, es decir, para elaborar la Constitución? ¿Estamos en presencia acaso, de una conferencia de doctos en jurisprudencia cuya sabiduría es el instrumento básico para la elaboración del nuevo orden legal? ¿Toman asiento estos sabios y empiezan a redactar normas apoyadas en sus profundos conocimientos jurídicos, animados por el deseo de alcanzar el bien común, la justicia y la equidad, cuyo significado sólo ellos conocen, mediante el descubrimiento y la redacción de una Constitución mejor que la precedente? Por último, al acometer su tarea, ¿tienen desde luego presente, en tanto adalides de la legalidad, el principio supremo de que para que una constitución sea válida “debe derivar de la anterior”, a través del respeto irrestricto de los

“El en preámbulo formado por la Comisión, se ha substituido al nombre de “Estados Unidos Mexicanos”, el de “República Mexicana”, substitución que se continúa en la parte preceptiva. Inducen a la Comisión a proponer tal cambio, por las siguientes razones:

“Bien es sabido es que en el territorio fronterero al nuestro, por el Norte, existían varias colonias regidas por una “Carta” que a cada una había otorgado el monarca inglés; de manera que esas colonias eran positivamente Estados distintos: y, al independizarse de la metrópoli y convenir en unirse, primero bajo forma confederada, la república, así constituida, tomó naturalmente el nombre de Estados Unidos.”

“Nuestra patria, por el contrario, era una sola colonia regida por la misma ley, la cual imperada aún en las regiones que entonces no dependían del virreinato de Nueva España y ahora forman parte integrante de la nación, como Yucatán y Chiapas. No existían Estados; los formó, dándoles organización independiente, la Constitución de 1824.”

Los ciudadanos que por primera vez constituyeron a la nación bajo forma republicana federal, siguiendo el modelo del país vecino, copiaron también el nombre de “Estados Unidos”, que se ha venido usando ahora hasta hoy solamente en los documentos oficiales. De manera que *la denominación de Estados Unidos Mexicanos no corresponde exactamente a la verdad histórica.*”

“Durante la lucha entre centralistas y federalistas, los primeros preferían el nombre de República Mexicana y los segundos el de Estados Unidos Mexicanos: por respeto a la tradición liberal, podría decirse que deberíamos conservar la segunda denominación; pero esta tradición no traspasó los expedientes oficiales para penetrar en la masa del pueblo, el pueblo ha llamado y seguirá llamando a nuestra patria, México” o “República Mexicana”; y con estos nombres se le designa también en el extranjero. Cuando nadie, ni nosotros mismos, usamos el nombre de Estados Unidos Mexicanos, conservarlo oficialmente que no es sino empeño de imitar al país vecino. Una república puede constituirse y existir bajo forma federal, sin anteponerse las palabras “Estados unidos”. Ignacio Burgoa Orihuela, *Derecho Constitucional Mexicano, op. cit.*, pp. 31-32.

principios de la observancia y conservación de la continuidad jurídica, de suerte tal que la elaboración de la constitución nueva, no sea en el fondo sino una prudente y bien meditada reforma de la anterior?

Nada, absolutamente nada de esto tiene la mínima correspondencia con la realidad, ni con la forma como se gesta una Constitución Política. No porque “las cosas se hagan exactamente a la inversa de cómo deben hacerse”, sino porque simplemente no tienen por qué hacerse así. En otros términos, nada de esto ocurre, por la sencilla razón de que no tiene que ocurrir de esta forma.

Los juristas mexicanos para sustentar sus explicaciones acerca de la Constitución, consideraron –según el doctor Cossío- tres corrientes “teóricas”:

...una corriente histórica, mediante la cual sostuvieron que el estado de cosas existentes era producto de las leyes mismas de la historia nacional y que, en virtud de tales leyes, no había otra posibilidad o realidad que aquella que se enfrentaba; segunda, una corriente de carácter iusnaturalista, a través de la cual se lograba conferirle al orden jurídico, nuevamente, un carácter supremo y “moralmente correcto”, al punto de impedir que ese orden (producto de la dominación autoritaria) pudiera ser contrastado contra cualquier parámetro superior; finalmente, una corriente de pensamiento de tipo decisionista, mediante la cual se pudiera justificar que el derecho era producto de una fuerza social actuante desde la revolución, que tal fuerza se había “manifestado” mediante decisiones políticas fundamentales y que cualquier modificación de tales decisiones fundamentales requería necesariamente de la actuación de una fuerza social.¹²⁵

En el mismo sentido el doctor Covián manifiesta lo siguiente:

Ni una constitución para que sea válida debe provenir de la anterior, respetando su procedimiento de reforma, ni los factores reales de poder son un club selecto de peritos en Derecho, ni menos aún las constituciones se hacen bajo la inspiración arcana de metas superiores como la “felicidad humana” o “la justicia eterna”.¹²⁶

Las constituciones son resultado de procesos políticos y sociales, son ellas mismas fenómenos políticos y reflejan o representan realidades que son

¹²⁵ *Op. cit.*, pp. 80-81.

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 86.

también de naturaleza política. En tal virtud, dentro del congreso constituyente y durante la etapa misma de redacción de la Constitución, tiene lugar un choque de fuerzas que en tanto tal, es una confrontación entre factores de poder y por ende, es esencialmente un proceso político.

Por supuesto, la forma como los “factores reales de poder” de Lassalle, ahí representados, pretenden hacer prevalecer sus intereses, es distinta funcionalmente hablando, a la lucha armada y violenta que se produce en el decurso de una Revolución, pero en substancia es equivalente.

En el Congreso Constituyente se presentan propuestas para ser estudiadas por comisiones de representantes que habrán de elaborar un proyecto de normas para ser “integrado a la Constitución”. Se discuten igualmente, este tipo de proposiciones redactadas normativamente, u otras que en forma personal someta a la consideración de la Asamblea alguno de sus miembros; o bien, como ocurrió en el caso del proyecto de Venustiano Carranza turnado a la aprobación del constituyente mexicano del siglo XX, se debate en torno a una iniciativa de reformas a la constitución precedente.¹²⁷

Sin embargo, en el fondo lo que hacen los factores reales de poder que componen el congreso es decidir entre una alternativa u otra, es decir, discuten, debaten y aprueban o rechazan proyectos normativos (preceptos, artículos que habrán de formar parte de la constitución), pero en vigor, al hacerlo, en realidad toman o desechan **los contenidos de esos proyectos**, los cuales son políticos, económicos, sociales, etc.¹²⁸

En otros términos, los proyectos de artículos constitucionales no son admitidos o rechazados con base sólo en su corrección gramatical, ni mucho menos en su capacidad intrínseca de ser mejores que las anteriores, adecuados para una colectividad, justos, equitativos y benéficos, o útiles para alcanzar estadios mejores de convivencia social.

¹²⁷ Con relación a este proyecto de Venustiano Carranza que fue rechazado por el constituyente en su presencia y no obstante la fuerza política que él concentraba en su persona.

¹²⁸ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 86.

Ninguna de estas abstracciones, consideraciones metafísicas o buenos deseos son los que determinan cuál será la Constitución que “describa”, y en su caso apruebe, el Congreso Constituyente. La realidad es otra muy distinta.

Lo que mueve e impulsa a los factores reales de poder a aprobar o desechar propuestas, son sus aspiraciones o intereses de clase, el tipo de relaciones de poder que aspiran a concretar y a asegurar para el futuro y los objetivos fundamentales que en el orden político, económico y social pretenden alcanzar.

Por eso, en el seno del Congreso Constituyente se verifica una auténtica lucha por el poder, con reglas y procedimientos específicos, pero sin alterar su naturaleza. De hecho, lo que cada factor de poder logra, depende del factor real que detenta y de su peso específico dentro de la sociedad. La confrontación es por ende, esencialmente política, es decir, una lucha entre factores de poder que aunque lo hagan desde una tribuna, tratan de arrancar a los demás, hasta donde les es posible, concesiones, prerrogativas y privilegios, en la medida en que de esa manera conserven y acrecienten los propios.

Cuando algunos miembros del Congreso aprueban una propuesta es porque les resulta favorable o al menos no les afecta, aunque sea positiva para otros; si la rechazan, en cambio, es porque favorece a otros, pero a ellos los perjudica. En suma, los representantes de los factores reales de poder, integrantes del órgano constituyente, adoptan ciertas determinaciones esenciales y desechan las demás, en función directa de dos circunstancias concretas, que nada, absolutamente nada tienen que ver fundamentalmente con criterios normativos o consideraciones de Derecho, aunque en más de un sentido y ocasión empleen desde una tribuna, formas de expresión y argumentaciones jurídicas. Esas circunstancias son, en palabras del doctor Covián, las siguientes:

a) Sus intereses, aspiraciones, objetivos y concepciones concretos en la y de la sociedad políticamente organizada; y

b) La fuerza real de que disponen o que representan para hacer prevalecer lo que pretenden.

Ahora bien, ¿qué contiene la Constitución Política del Estado? O dicho de otra forma, ¿qué es la Constitución del Estado? Cuando el tratadista Ferdinand Lassalle la define como la suma de los factores reales de poder, lo que trata de señalar es que la realidad política preponderante que ellos representan es la Constitución del Estado. Por supuesto, esto no debe entenderse como la agregación física o gráfica de banqueros, rey, aristocracia, burguesía, clero, etc., de la Prusia de finales del siglo XIX, o de sus equivalentes en la sociedad de que se trate.

Lo que él destaca es que el tipo de Estado que cada uno quiere o pretende, hasta donde cada uno puede hacer efectiva su pretensión, da como resultado (suma) la constitución. Es decir, ésta debe entenderse como la suma de lo que los factores de poder representan y hasta donde eso que representan, puede reflejarse en la praxis del poder, como bien lo establece el doctor Covián:

Expresado metafóricamente, Lassalle deja en claro cuál es el “continente” del concepto de constitución, al que le falta para hacerlo enteramente comprensible, su “contenido”. Al respecto, es fundamental la aportación de la teoría constitucional de (Verfassungslehre) Carl Schmitt.¹²⁹

Las decisiones políticas fundamentales son para este autor, la esencia del concepto de constitución, es decir, la constitución misma, cuya naturaleza es ontológica (ser o modo de ser del Estado) y no deontológico (deber ser), como sostiene las corrientes de pensamiento normativistas en sus distintas versiones.

¿Por qué decisión o conjunto de decisiones? Lo que ocurre en un Congreso Constituyente, como hemos dicho, es que las determinaciones que adoptan los factores reales de poder al aprobar o rechazar proyectos normativos o artículos constitucionales, concernientes a la conformación política, económica y social básica del Estado (sociedad políticamente organizada), dependen de lo que

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 88.

ellos quieren o pretenden que ésta sea. La confrontación que se produce entre los intereses de unos y otros en un congreso constituyente, no necesariamente coincidentes o compatibles (o en su caso francamente antagónicos), se resuelve mediante la toma de acuerdos y la conclusión de compromisos entre una o más fuerzas políticas.

Estos acuerdos, compromisos o soluciones que adoptan entre los distintos factores de poder, son las decisiones a las que se refiere el doctor Schmitt.

La razón radica en la naturaleza de esas determinaciones, las cuales si fueran “normas” tendrían caracteres totalmente diferentes a los de las “decisiones y políticas” y se tomarían en condiciones también completamente diversas a esas en las que se adoptan estas últimas.

En efecto, las decisiones son producto de un acto de voluntad, libre, soberana de los factores reales de poder que no tiene límites, ni se enfrenta a condición alguna, salvo la cantidad de poder que detenta cada uno de ellos. Son determinaciones entre distintas alternativas posibles, de las cuales se prefiere la que garantiza los intereses y los objetivos de quien la toma y se logra llevar adelante en la medida en que se tiene la fuerza suficiente para hacerlo.

En otros términos, los factores reales de poder no están obligados por normas, estipulaciones o pactos jurídicos previos adoptar una u otra decisión. Si estuviéramos en presencia de normas jurídicas, esto significaría que existen sujetos obligados y facultados, así como deberes y contenidos de cada una de ellas.

Así, en el congreso constituyente tendrían que respetarse los términos de esos pactos y tendrían que cumplirse las obligaciones referidas. Los factores de poder, además, no estarían sino ejerciendo derechos que alguna o algunas normas les confieren y desde luego, en cualquier caso, todo el procedimiento de creación constitucional estaría predeterminado y regulado por disposiciones jurídicas que en conjunto fijarán los límites y los alcances, tanto de los que

determinaron los factores de poder, como de los que fueran seleccionados como contenidos de las normas.

Nada de esto ocurre en un Congreso Constituyente. En él los factores reales de poder deciden en función directa exclusivamente de sus intereses, los cuales, como hemos dicho, logran hacer prevalecer en relación directa a la fuerza real que detentan, e inversa a la que tienen sus adversarios.

En otras palabras, deciden lo que quieren, equilibrado por lo que pueden. Pero “poder” no debe confundirse con “deber” o estar autorizado para actuar. Antes bien, hablemos en términos estrictamente fácticos, es decir, puede actuar y decidir cada factor real de poder, precisamente hasta donde y en la medida en que detenta una determinada dosis de fuerza.

No hay límites, ni parámetros, ni bases de Derecho positivo, ni menos aún elementos identificables con el “Derecho previo” al congreso constituyente, que condicionen lo que en éste se determina.

De ahí que hablar de la Constitución esencialmente como una norma, implica desvirtuar por completo la realidad. No son normas jurídicas los elementos esenciales de la Constitución, sino decisiones políticas.

¿Por qué esas decisiones son políticas y no les es aplicable el calificativo de “jurídicas”? Hay quienes consideran que la Constitución del Estado puede concebirse válidamente, como el “conjunto de principios o estructuras jurídicas fundamentales” que definen su existencia.

Es decir que esta expresión, muy similar aparentemente a la que acuñara el doctor Schmitt, cambia el calificativo “político, por el de jurídico”. Una revisión superficial del sentido que entraña esta modificación, podría hacer pensar que se trata sólo de un problema terminológico, que al final de cuentas no afecta en lo mínimo al contenido del concepto, toda vez que finalmente en ambos casos nos referimos a las bases o fundamentos estructurales del Estado. En realidad,

esta sustitución de términos implica paralelamente una transformación esencial del concepto.

Lo que queremos decir es que la esencia de la constitución es sin duda alguna, política (constitución política del Estado), de tal suerte que cambiar este término para tipificar a las decisiones o bases del Estado como algo jurídico, significa abandonar o desvirtuar la esencia misma del concepto.

Señalamos ya por qué la Constitución no puede entenderse como una norma o como algo jurídico. Reiteramos que los factores reales de poder no legislan, sino deciden, no elaboran normas abstractas, sino determinan estructuras concretas. Tanto el origen de esas decisiones, como el contenido de esas estructuras, son políticos.

Se trata del ser o modo de ser de la sociedad políticamente organizada, esto es, de la determinación sobre quién y de qué manera ejercerá el poder en el Estado y de cuál será su relación con los demás detentadores de poder y con sus destinatarios. Esto es por definición algo de naturaleza política.

¿Qué significa por último, la idea de “decisiones” consideradas “fundamentales”? Este elemento del concepto del doctor Schmitt es la diferencia específica del género próximo. En efecto, sea que el Estado se encuentre en proceso de configuración institucional, o bien sea que sus estructuras estén operando ya según el modelo previsto, su dinámica y funcionamiento implica que los detentadores de poder tomen permanentemente decisiones políticas.

La Constitución es una decisión política o un conjunto de decisiones políticas. El ejercicio de competencias de gobierno se basa igualmente en decisiones políticas.

La diferencia entre unas y otras es que las primeras son fundamentales y las segundas no, sino derivadas y normadas.

Es decir que la Constitución es el conjunto de decisiones políticas relativas a las bases, fundamentos o cimientos del Estado. Las decisiones de gobierno se refieren al funcionamiento del Estado, una vez que han sido determinadas sus estructuras básicas o fundamentos.

Las primeras se toman una vez y no se vuelven a adoptar hasta que se modifica esencialmente la existencia del Estado. Las segundas se tienen que adoptar permanentemente desde el gobierno y eventualmente, pueden cambiar en mayor o menor grado, sin rebasar los límites estructurales que han sido definidos por las primeras.

Por último, las decisiones fundamentales son de naturaleza política y se adoptan en un marco de choque o confrontación de fuerzas. Las decisiones de gobierno son políticas por sus contenidos y por sus efectos, pero tienen que ajustarse a un marco normativo al que no pueden rebasar y al que no deben pasar por alto.

Las decisiones políticas fundamentales, aportación invaluable del doctor Schmitt a la Teoría constitucional, en suma, definen la esencia del Estado, su “ser o modo de ser”, cómo está configurado, cómo es, o dicho en dos palabras, su Constitución.

Teóricamente, la constitución puede entenderse como algo jurídico, inclusive con base en elaboraciones de alto rango especulativo, de lo cual es ejemplo incontestable la teoría pura del Derecho (reine Rechtslehre). Sin embargo, empíricamente es imposible corroborar la exactitud de esta forma de concebirla.

A la inversa, la “constitución real” de Lassalle y la teoría “decisionista” de Schmitt no sólo representan sendas construcciones teóricas sistemática y racionalmente impecables y sólidamente fundamentadas, sino corresponden a una realidad socio-política, una vez confrontadas con la cual, demuestran con precisión cómo se origina y qué es la constitución del Estado.¹³⁰

¹³⁰ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 91.

Reiteramos entonces, que la única manera de concebir científicamente a la constitución del Estado es entendiéndola ontológicamente, como un “ser”, cuya esencia es real, política y no normativa.

Tómese cualquier Estado en el tiempo y en el espacio y pregúntese ¿cuál es su constitución? La respuesta será siempre la misma: ese Estado es (o bien la constitución del Estado es) el conjunto de sus decisiones políticas fundamentales que definen o configuran su esencia y revelan su “ser o modo de ser”.

Ahora bien, ¿para qué se hace la constitución, es decir, para qué se toman las decisiones políticas fundamentales? Resulta evidente que si crear una constitución, o mejor, determinar el ser o modo de ser del Estado, es un acto soberano de los factores reales de poder que toman las decisiones políticas fundamentales, esa expresión de voluntad se da en función de que el titular del poder constituyente quiere que así sea el Estado, no sólo en el momento en que se manifiesta, sino en lo sucesivo.

En suma, el ser o modo de ser del Estado (su constitución) se decide o determina para que así sea y porque los factores reales de poder quieren que sea en adelante, así y no de otra manera.

¿Cómo logran o pretenden lograr este objeto los factores de poder cuyo conjunto decide la constitución? La respuesta a este interrogante la encontramos en la relación que existe entre la constitución (decisiones políticas fundamentales) y las normas constitucionales, de capital importancia para la teoría de la constitución.

Pero ¿qué es una norma constitucional? Es una norma jurídica, en tanto su contenido, lo que prescribe es de observancia obligatoria. Los artículos de una constitución son normas jurídicas en virtud de que establecen determinaciones y deberes obligatorios, cuyo incumplimiento acarrea una sanción y que además, en su caso, pueden ser aplicados coercitivamente, es decir, en contra de la voluntad de sus destinatarios.

No se trata de cualquier tipo de normas jurídicas, sino las que confieren carácter obligatorio a las decisiones políticas fundamentales. Son las normas que protegen jurídicamente a las decisiones (constitución) y permiten un nivel razonable de certidumbre sobre su respetabilidad y permanencia.

Detrás o en el fondo de toda norma constitucional se encuentran contenidas, directa o indirectamente, una o varias decisiones políticas fundamentales. Son la expresión jurídica de más alto rango normativo, de las decisiones políticas de más elevado nivel substancial, es decir, esenciales o fundamentales.

Así pues, las normas constitucionales son expresiones jurídicas que dotan de obligatoriedad o coercibilidad a las decisiones políticas fundamentales, las cuales son su materia en todo caso, directa o indirectamente, teniendo por lo general, la peculiaridad de poder ser reformadas sólo con observancia del principio de rigidez constitucional.¹³¹

Pero debe entenderse que este principio se refiere a las normas, no a la constitución. Es decir, que hablamos del procedimiento jurídico para modificar normas jurídicas constitucionales, no del procedimiento político en esencia, para cambiar decisiones políticas fundamentales.

La expresión normativa es la forma, en tanto que la decisión política es el fondo. La decisión política fundamental es la substancia y la norma constitucional el accidente. Ésta es algo accesorio y la primera es algo esencial.

¹³¹ Toda vez que la función básica de las normas constitucionales es la de conferir seguridad a las decisiones políticas (característica substancial) para hacerlas obligatorias, se entiende que la prescripción normativa (texto constitucional o documento escrito) debe también asegurar su duración y permanencia, lo cual se logra fijando un procedimiento complicado para su reforma, es decir, introduciendo en la constitución escrita, el principio y la técnica de la rigidez constitucional.

1.9 Concepto científico de Constitución

En palabras del doctor Covián los elementos que conforma el concepto de constitución son:

La naturaleza de Constitución es que ésta es un ser, una realidad, algo ontológico, no deontológico.

La esencia de la constitución es el conjunto de decisiones políticas fundamentales que definen el ser o modo de ser del Estado (Schmitt), es decir, determinan su estructura real y describen o reflejan cómo está constituido.

¿Quién la determina? Los factores de poder (Lassalle), en los que radica la soberanía en ese momento, en tanto fuerza capaz de tomar esas decisiones.

¿Quién redacta la constitución? Un órgano colegiado, usualmente, en el que están representados los factores reales de poder y que recibe el nombre de Congreso Constituyente.

¿Cuál es su relación con el documento escrito o texto constitucional? El texto es un conjunto de normas constitucionales que son expresión jurídica de las decisiones políticas fundamentales y derivan de ellas directa o indirectamente. Las normas constitucionales dotan de obligatoriedad a las decisiones políticas fundamentales y tienen carácter de “normas primarias”, a diferencia de las “normas constitucionales secundarias” y de las “leyes de revisión constitución”, cuyo objeto es la modificación o adición del texto constitucional, respetando la esencia o Constitución.

Estos son los elementos que conforma el concepto científico de constitución.

Es decir, que la Constitución es un conjunto de decisiones políticas fundamentales que definen el ser o modo de ser de un Estado, determinado

por los factores reales de poder, cuya expresión jurídica son las normas constitucionales para dotarlas de obligatoriedad.

Entendido así la esencia de la Constitución Política de un Estado, queda claro que los pueblos, comunidades y poblaciones indígenas son parte de la Constitución del Estado mexicano, porque son factores reales de poder, son grupos activos y actuantes en la sociedad; y en una democracia moderna, como lo pretenda ser México, ningún individuo o grupo puede quedar fuera para tomar decisiones en cuanto al destino del país. Aunque vivimos en una democracia semidirecta,¹³² de cualquier manera, los grupos indígenas son parte de la Constitución, y como tales, ejercen sus derechos demandando modificaciones a la Constitución y a las leyes secundarias, sin alterar la esencia de la Constitución, para que se les reconozcan sus derechos individuales y colectivos. Y porque, en esencia, el multiculturalismo no está en contradicción con la Constitución positiva, sino la enriquece.

¹³² En una democracia moderna habría que incluir en nuestro sistema jurídico-político las instituciones plebiscito, referéndum, consulta popular, revocación de mandato, entre otras.

CAPÍTULO II

MULTICULTURALISMO

Nuestro objetivo es plantear la viabilidad teórica de conceder a los indígenas mexicanos, a sus pueblos y comunidades, derechos diferenciados de los que goza la sociedad mayoritaria en la que se encuentran insertos, sin que se altere la naturaleza del Estado democrático, que declara tener México en sus disposiciones jurídicas fundamentales. Asimismo, establecer las condiciones y características que esos derechos diferenciados deben tener para que, especialmente en el ámbito jurídico y político, dichos pueblos obtengan su reconocimiento y su aceptación como seres humanos que reclaman el respeto de su identidad.

Es esta parte demostraremos que es posible; desde el punto de vista de la teoría del derecho y política, con apoyo en ciertas teorías del multiculturalismo, y a la vez, sin alterar las decisiones políticas fundamentales incorporadas en la Constitución Política de la República Mexicana; otorgar a los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, ciertos derechos jurídicos y políticos diferentes a los que detenta la población no indígena del país, siempre y cuando se tome en consideración las circunstancias jurídicas, políticas y sociales que prevalecen en la actualidad, sin alterar la esencia y unidad del Estado mexicano.

Tradicionalmente lo indígena se ha explicado con relación a los habitantes de América y sus descendientes. Sin embargo, esta categoría guarda una connotación mucho más amplia que lo propiamente americano; así, bajo una concepción universal, la ONU señala: "Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que... se consideran así mismos diferentes de otros sectores de población... Por el momento ellos no son parte de los sectores dominantes de la sociedad y están decididos firmemente a mantener sus territorios ancestrales y su identidad étnica".

Los pueblos indígenas viven en un momento trascendente de su historia. Territorios y regiones que en el pasado constituyeron las áreas estratégicas de reserva en recursos naturales y hoy ocupan los pueblos indígenas, se colocan en la óptica de la hegemonía mundial.

Si bien la incursión de capital en la geografía indígena no representa novedad alguna, las características que se prevén en su aplicación contemporánea avizoran impactos irreversibles, que además de las remociones poblacionales compulsivas, pueden generar un impacto total a las reservas de la biosfera más importantes del mundo.

El término multiculturalismo, es el que se ha elegido para identificar este tema de estudio, es de índole polisémica. Los diferentes significados que se le pueden atribuir, guardan sin embargo una estrecha relación entre sí.

En primer lugar, es posible conferir al vocablo el sentido de diversidad de culturas, al igual que sus equivalentes “pluriculturalidad” o “plurietnicidad”, en atención a que prácticamente en todas las sociedades nacionales o en la sociedad mundial, o como dice el filósofo León Olivé, conviene reservar los términos de “multiculturalidad” y “pluriculturalidad” para referirse a las situaciones de hecho, en las que coexisten pueblos y culturas diversas.¹³³

También puede entenderse como una elaboración teórica que intenta construir y justificar un modelo de Estado que reconozca esa diversidad, encaminada a justificar y reglamentar la coexistencia de grupos diferentes entre sí, y rechazando por igual tanto la hegemonía que tiende a ejercer una de esas culturas en convivencia, que siempre es la mayoritaria, como la escisión de la sociedad de esos grupos minoritarios, lo cual acaba propiciando el empobrecimiento cultural y, a la larga, la desintegración social. Finalmente con ese término es posible identificar las distintas maneras en que el sistema jurídico de los países que reportan esa multiplicidad de culturas y de orígenes étnicos, las regulan.

¹³³ Olivé, León. *Interculturalismo y Justicia Social*, México, UNAM, 2004, p. 22.

2.1 Fundamento constitucional

La reforma constitucional de 1992 vino a establecer las bases para la conformación de un Estado republicano, respetuoso de la heterogeneidad de su población, cuando reconoció que las características culturales del titular de la soberanía eran diversas: “La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas.”¹³⁴ De esta manera, el Estado¹³⁵ mexicano, es entendido como la sociedad mexicana políticamente organizada y pluriculturalmente reconocida. Por ello, las demandas de los pueblos indígenas, puesto que se plantean al interior del Estado nacional, no pretenden provocar la desunión de toda la población ni la separación del territorio del país, sino que se les entienda, al incluir el respeto a las diferencias culturales. Que la noción de unicidad e indivisibilidad del poder político republicano no puede seguir excluyendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas.¹³⁶

Actualmente, en el párrafo segundo del artículo 2º constitucional se establece el fundamento pluriculturalista al disponer:

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...¹³⁷

Lo que fundamenta y reconoce la diversidad cultural en nuestro país.

¹³⁴ *Diario Oficial de la Federación*, del 28 de enero de 1992, que reforma el artículo 4º, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este principio se pasa modificado al párrafo primero del artículo 2º en la reforma de 2001.

¹³⁵ El nacimiento del Estado, según la tesis más aceptada en toda la historia del pensamiento político: “el Estado, entendido como ordenamiento político de una comunidad, nace de la disolución de la comunidad primitiva basada en vínculos de parentesco y de la formación de comunidades más amplias derivadas de la unión de muchos grupos familiares por razones de sobrevivencia interna (la sustentación) y externa (la defensa). Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad: Por una teoría general de la política*, traducción de José F. Fernández Santillán, 1ª edición en español 1989, 12ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, Breviarios 487, 2006, pp. 97-98.

¹³⁶ González Galván, Jorge Alberto, “La validez del Derecho Indígenas en el Derecho Nacional”, en *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Indígena*, Miguel Carbonell, Karla Pérez Portilla (coordinadores), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, pp. 39-40.

¹³⁷ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

2.2 Pluralidad de culturas

Hablar de una pluralidad de culturas al hacer referencia a los pueblos indígenas, es un acierto, toda vez que el término “indígena” sirvió solamente para encubrir una importante diversidad de conglomerados humanos cuyas prácticas y creencias no eran ni con mucho las mismas. Del mismo, en palabras del autor Bhikhu Parekh:

La cultura de una sociedad también cambia como respuesta a otra serie de factores como la tecnología, la conquista, las guerras e incluso las catástrofes naturales.¹³⁸

Con el término multiculturalismo en el sentido de diversidad de culturas, se hace referencia a que en el limitado número de Estados en que se encuentra dividido el globo terráqueo, existen, en la mayoría de ellos, grupos étnicos, minorías nacionales, grupos culturales, grupos que reclaman el reconocimiento de identidades específicas, que se encuentran incorporados en el territorio de un Estado, que es el asiento principal de una sociedad mayoritaria y distinta respecto de aquéllos.

Además de que este fenómeno se encuentra generalizado a nivel mundial, es posible encontrar características diferenciales para cada caso. Por encima de la igualdad formal que supone la existencia de Estados que hacia su interior se regulan, en la mayor parte de los casos, por un orden normativo único, fronteras adentro, reportan una importante diversidad, cuyos orígenes son de muy diferente naturaleza.

El fenómeno se inició con el hecho de que muchos grupos étnicos quedaron atrapados en las fronteras de los nacientes Estados, en los que al formarse predominó una sociedad mayoritaria distinta. De los 191 Estados que en la actualidad forman parte de la Organización de las Naciones Unidas,¹³⁹ se hace

¹³⁸ Parekh, Bhikhu, en este trabajo se consulta la traducción de Sandra Chaparro, *Multiculturalismo: Diversidad Cultural y Teoría Política*, Harvard University Press, Cambridge, 2002. A su vez citado por doctor Emilio Gidi Villarreal, *Los derechos Políticos de los Pueblos Indígenas en México*, México, Porrúa, 2005, p. 147.

¹³⁹ Gidi Villarreal, Emilio, *Los Derechos Políticos de los Pueblos Indígenas Mexicanos*, México, Porrúa, 2005, p. 139.

referencia a cantidades muy variables de grupos diferentes del dominante, que se desenvuelven dentro de ellos y que persiguen preservar su identidad, a pesar, en muchos casos, de los esfuerzos que realizan aquéllos para integrarlos.

El titular de la soberanía del Estado es el pueblo, según el artículo 39 constitucional.¹⁴⁰ Cuando el poder republicano se consolida adopta las características del poder monárquico: *único e indivisible*, es decir, absolutista.¹⁴¹ Ello originó en los hechos que el pueblo, como titular ahora de la soberanía del Estado republicano, se considerara también único e indivisible, es decir, homogéneo culturalmente hablando. Tal homogeneidad fue dictada e impuesta por la parte de la población que detentaba la hegemonía política. De esta manera se consolidó negando los derechos culturales de los pueblos diferentes. En México, el poder republicano consolida su pueblo (el que habla español y vive bajo los valores de las sociedades occidentales) negando los derechos culturales de los pueblos indígenas.

Para la población de las nacientes repúblicas liberales que no correspondían con las características culturales de la parte que detentaba el poder político, el Estado republicano siguió siendo como el Estado monárquico, es decir, etnocida, monocultural y colonialista.¹⁴² O como diría el doctor Miguel Carbonell:

En el párrafo primero del artículo 2º del nuevo texto constitucional se recoge una afirmación que quizá no tenga un talante del todo democrático, y que más bien contiene algunos ecos propios de las dictaduras que enarbolan la causa de la unidad nacional como excusa para prolongar su dominio sobre la sociedad y para cometer los peores vilipendios contra la población.¹⁴³

¹⁴⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* comentada, primera reimpresión de la 9ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, tomo I, p. 39.

¹⁴¹ González Galván, Jorge Alberto, "La validez del Derecho Indígena en el Derecho Nacional", en *op. cit.*, p. 38.

¹⁴² *Ibidem*, p. 39.

¹⁴³ Carbonell, Miguel, "Constitución y Derechos Indígenas: Introducción a la Reforma Constitucional del 14 de agosto de 2001", en *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Indígena*, *op. cit.*, p. 22.

Su texto establece, escuetamente, lo siguiente: “La Nación Mexicana es única e indivisible.” Es frecuente pensar en minorías cuando se trata el tema de los pueblos indígenas. Sin embargo, existen diferencias que deben ser analizadas a partir de la opinión de los propios pueblos indígenas. Algunos estudiosos consideran que los derechos de los pueblos indígenas deberían ser considerados en el marco de los derechos de las minorías.¹⁴⁴ Se piensa que las medidas nacionales e internacionales de protección a las minorías serían adecuadas para garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas. Las organizaciones de estos pueblos, sin embargo, sostienen una tesis diferente, en el sentido de que su situación no es comparable a la de las minorías, ya que éstas son creación del Derecho Internacional.

Las minorías son, en gran medida, una creación del derecho internacional público. Se puede incluso precisar que las minorías nacionales no son más que una, exclusivamente. De conformidad con esta última hipótesis, en efecto, fue en ocasión de los reglamentos políticos y diplomáticos emitidos tras la primera guerra mundial, entre 1918 y 1920, cuando un derecho internacional subvertido por el presidente norteamericano Wilson se preocupó por proteger a ciertos individuos que no pertenecían al grupo nacional mayoritario en el seno de los estados remodelados o creados por la Conferencia de Paz de Versalles.¹⁴⁵

Los grupos originarios, en primer lugar, insisten en que como “pueblos” son acreedores de derechos históricos que no necesariamente comparten con otras minorías,¹⁴⁶ como el caso de los grupos religiosos, culturales o étnicos inmigrantes.

En segundo lugar, los pueblos indígenas señalan que fueron víctimas de invasiones, conquistas y despojos en tiempos históricos por lo que reclaman restitución de derechos perdidos y no protección de derechos concedidos.

¹⁴⁴ Puede verse al respecto en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y lingüísticas, AG, res. 47/135, annex, 47 UN, GAOR Supp., núm. 49, ONU Doc. A/47/49, 1993, p. 210.

¹⁴⁵ Rouland, Norbert, *et al. Derecho de Minorías y de Pueblos Autóctonos*, traducción de Isabel Vericat Núñez, México, Siglo XXI, 1999, p. 125.

¹⁴⁶ Son también las llamadas minorías pero entendidas en el sentido amplio que nos indica Colette Guillaumin, “Por minorías entenderemos, no aquéllos que serán forzosamente menores en número, sino más bien aquéllos que en una sociedad están en estado de menor poder, sea este poder económico, jurídico, político...” Citado por la Doctora Nuria González Martín, en la obra *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Indígena, op. cit.*, p. 92.

En tercer lugar, saben que sus antepasados fueron naciones que se autogobernaron y que posteriormente fueron sojuzgados contra su voluntad e incorporadas a unidades políticas extrañas.¹⁴⁷ Y que gozaban de sus propios derechos y propiedades legítimamente poseídos, de los cuales eran dueños y no eran siervos ni esclavos de nadie, ni por naturaleza lo pueden ser.

Queda, pues, firme de todo lo dicho, que los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, de igual modo que los cristianos, y que tampoco por este título pudieron ser despojados de sus posesiones como si no fueran verdaderos dueños, tanto sus príncipes como las personas particulares. Y grave cosa sería negarles a éstos, que nunca no hicieron la más leve injuria, lo que no negamos a los sarracenos y judíos, perpetuos enemigos de la religión cristiana, a quienes concedemos el tener verdadero dominio de sus cosas si, por otra parte, no han ocupado tierras de cristianos.

Falta responder a los argumentos contrarios, donde se oponía que estos bárbaros son siervos por naturaleza, por poco capaces de gobernar aun a sí mismos. A ello se contesta que no es, ciertamente, la mente de Aristóteles que los que tengan poco ingenio sean por naturaleza siervos y no tengan dominio de sí ni de sus cosas. Esta es la servidumbre civil y legítima que no hace a nadie siervo por naturaleza.¹⁴⁸

Otra distinción necesaria debe hacerse entre la palabra “pueblo” y “etnia”. Son cercanos pero no coincidentes.

La etnia se refiere a cualquier grupo de individuos ligados por un complejo de caracteres comunes –antropológicas, lingüísticas, político-históricas, etcétera- cuya asociación constituye un sistema, una cultura. La noción de “pueblo” en consecuencia, sólo podría aplicarse a las etnias asentadas en un territorio delimitado y que tengan conciencia y voluntad de una identidad colectiva, pero no a las etnias sin relación con un territorio, ni tampoco a las etnias que carezcan de conciencia de la propia identidad y de la voluntad de compartir un proyecto común.¹⁴⁹

La relación con un territorio determinado, es una cuestión fundamental para los pueblos indígenas y se ha visto plasmada en los distintos instrumentos que

¹⁴⁷ Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Isonomía*, México, núm. 3, octubre de 1995, pp. 121 y ss.

¹⁴⁸ Francisco de Vitoria, *Relecciones*, traducción de Antonio Gómez Robledo, México, colección “Sepan Cuantos...”, Porrúa, 1974, p. 36.

¹⁴⁹ Villoro, Luis, “Los pueblos indios y el derecho de autonomía”, en *Etnicidad y derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pp. 128 y ss.

han trabajado el tema.¹⁵⁰ La reiteración de un territorio específico no es accidental, obedece por lo menos a dos razones fundamentales, que en palabras de la autora Karla Pérez Portilla son:

Una primera tiene que ver con el ámbito de validez espacial de la ley y en este sentido, el artículo 2º es claro al establecer que se refiere exclusivamente a las poblaciones que habitan el territorio actual del país; por otro lado, pueblo y territorio, se suponen mutuamente, esto es, no puede concebirse a un pueblo sin un territorio específico.¹⁵¹

Esta característica es relevante porque no se presenta como necesaria cuando se habla de grupos étnicos o minorías nacionales que no se encuentran arraigadas a un territorio y cuya cohesión está dada fundamentalmente por una identidad cultural común.

2.3 Teorías del multiculturalismo

Hablar del multiculturalismo desde una perspectiva teórica, exige que previamente se haga referencia a la democracia liberal, habida cuenta que aquél se plantea casi siempre en un proceso de discusión con ésta.

En este apartado intentamos demostrar que los principios que les son comunes a liberales y demócratas¹⁵² no se alteran ni destruyen, sino que a esos principios se adiciona un ingrediente que busca reconocer a favor de

¹⁵⁰ El Convenio 169 de la OIT, en el artículo 1º, inciso b señala que el Convenio se aplica a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la Conquista o a la Colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas, o parte de ellas. En el mismo sentido se refiere el párrafo segundo *in fine* del artículo 2º de nuestra Constitución política vigente.

¹⁵¹ “La Nación mexicana y los Pueblos Indígenas en el artículo 2o. constitucional”, en *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Indígena*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵² “El demócrata sabe que, si quiere mantener hoy su argumentación, debe hacerse cargo de ideas e instituciones del liberal tales como: derechos individuales, división de poderes, principio de representación, Estado limitado, respeto y/o tolerancia por ciertas diferencias, etc.; de igual modo, el liberal sabe que necesita perentoriamente de elementos del universo democrático para mantener verosímilmente su posición: soberanía popular como vía del consentimiento, participación capaz de ofrecer legitimidad y canales de control efectivo sobre los representantes, reciprocidad e igualdad como principios asentadores de la autonomía individual, etc.” Del Águila, Rafael, “El centauro transmoderno. Liberalismo y Democracia”, en *Historia de la Política* 6, Vallespín, Fernando, Madrid, Alianza Editorial, 1995, p. 634.

ciertos grupos una mayor o menor cuota de derechos distintos de aquellos que de manera general detenta la sociedad en general, considerando que a esos grupos les caracterizan identidades diferentes, las cuales tienen derecho a preservar.

Es posible afirmar que bajo el tema de multiculturalismo se abordan una multiplicidad de cuestiones que, para su cabal entendimiento, es necesario ubicar en diferentes corrientes del conocimiento teórico jurídico, filosófico y político.

Así, el tema del multiculturalismo se ha convertido en uno de los temas de reflexión más importantes de la filosofía política contemporánea. Y el filósofo Samuel Arriarán plantea cuatro tipos de enfoques:

1) *El multiculturalismo liberal*, que se caracteriza por mantener la prioridad moral de los individuos. Posición sostenida por Fernando Salmerón, Ernesto Garzón Valdés y Joseph Raz.

2) *El multiculturalismo comunitarista*, que defiende la prioridad moral de las comunidades. Posición que caracteriza a Charles Taylor y Luis Villoro.

3) *El multiculturalismo pluralista*, que es una mezcla de los dos anteriores y pretende evitar un falso dilema. Esta posición es defendida por León Olivé.

4) *El multiculturalismo analógico*, que busca una igualdad proporcional con predominio de la diferencia. Esta posición es defendida por Mauricio Beuchot y Samuel Arriarán.¹⁵³

Nos adherimos a estos tipos de enfoques para desarrollar algunas teorías de estos autores, y de algunos otros que nos parecen pertinentes.

1. *El multiculturalismo liberal.*

a). Fernando Salmerón.

Lo que este autor plantea es que el multiculturalismo resulta de la coexistencia de diferentes grupos que tienen su propia identidad y pretenden preservarla dentro de una sociedad más amplia; esto requiere de elementos de cultura más general de tolerancia y respeto, de un entorno económico común y de un lenguaje político igualmente común, que hagan posible aquella

¹⁵³ Arriarán, Samuel y Mauricio Beuchot. *Filosofía, Neobarroco y Multiculturalismo*, México, Editorial Itaca, 1999, pp. 172-173.

convivencia. Se trata de una pluralidad de comunidades que, con independencia de su fuerza y magnitud.

La preservación de una cultura se justifica en términos de bienestar de su gente. Por eso la preservación va más allá de la mera tolerancia y alienta el desarrollo moral y material de las comunidades culturales que, en último término, arraiga en consideraciones de libertad y dignidad humanas.

El tema de la tolerancia para este autor surge en el interior de una comunidad religiosa; pero que en los días actuales, abarca a las diferencias étnicas, lingüísticas o culturales.¹⁵⁴

Se dice que una persona realiza un acto de tolerancia cuando, en atención a razones y a pesar de tener competencia para hacerlo, no impide algún acto de otra, cuya ejecución lastima sus propias convicciones.¹⁵⁵

Agrega, este autor, para su mejor entendimiento dos advertencias. La primera “consiste en aclarar que también podemos calificar de tolerante el comportamiento de una autoridad o de un grupo social,” con la extensión de este término con los recursos de analogía. La segunda “es que la consideración de un acto aislado puede conectarse con la disposición de alguien para repetir, en circunstancias semejantes, el mismo comportamiento; entonces podemos hablar de la propiedad de una persona de ser tolerante.”¹⁵⁶

Y además agrega el autor dos condiciones que hay que precisar:

En primer lugar, he dicho que se toleran los actos que lastiman nuestras propias convicciones. Esto quiere decir que el tolerante no solamente no es un escéptico, sino que su conducta no es equiparable a la indiferencia: posee convicciones acerca de la materia del acto que tolera y, puesto que éste lo lastima, no se trata para él de un asunto trivial...

¹⁵⁴ Salmerón, Fernando. *Diversidad Cultural y Tolerancia*, México, Paidós-UNAM, 1998, p. 27.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 28.

¹⁵⁶ *Ídem*.

La segunda condición se refiera a la competencia para impedir el acto que nos lastima – que en sentido amplio puede entenderse como poder-. Toleramos las conductas que creemos erróneas cuando de alguna manera podemos oponernos a ellas y acaso impedir las...¹⁵⁷

Si tuviéramos que soportar los actos por la fuerza de la coacción, no hablaríamos de tolerancia, aclara este autor. Y algunas razones a favor de la tolerancia serían:

La prudencia política, que lindan con la astucia o por conveniencia. Porque “ofrece mejores resultado que la intolerancia, cuya experiencia histórica parece probar no sólo la reafirmación de los conflictos, sino la proliferación de las conductas perseguidas.”¹⁵⁸

La visión del hombre capaz de contemplar los intereses ajenos sin indiferencia. Porque “como disposición de benevolencia hacia los otros no exige la renuncia a la propia convicción,” en el entendido de que “no existen conocimientos absolutamente infalibles.”¹⁵⁹

La tolerancia –dice este autor- no es acerca de la posibilidad de que coexistan cuerpos de creencias, doctrinas o conductas opuestas entre sí: es acerca de las personas en tanto que detentadoras ellas mismas de una capacidad de imaginar y practicar ideas y costumbres, y de proseguir fines y proyectos de vida que pueden ser opuestos.

En el fondo existe un principio de igualdad, no jurídica sino de la dignidad de la persona, definida “fundamentalmente por su capacidad para elegir fines y proseguir de un modo racional su propio plan de vida.”¹⁶⁰ Una forma de autodeterminación que constituye la identidad personal.

Ahora bien, por vía de analogía, ese principio de igualdad por razones de tolerancia, se puede aplicar a entidades colectivas. Lo que se dice de fines y de

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 28-29.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁹ *Ídem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 31.

planes de vida de la persona individual, se dice también de colectividades (etnias, pueblos o naciones), que sobre la base de algunas características culturales logran unificar a la población mayoritaria de su población alrededor de un proyecto común, enfrentando, de esa manera, a los problemas de la diversidad cultural.

Si se acepta este principio de igualdad entre las culturas como un equivalente moral de la dignidad de las personas por su capacidad para elegir fines y proseguir racionalmente ideales de vida, no surgirá ningún obstáculo adicional frente a las razones de la tolerancia.¹⁶¹

El reconocimiento igualitario –dice este autor- “es la regla de oro de las sociedades democráticas frente a los planteamientos del pluralismo cultural.” Y es probable que la misma regla lleve a reconocer espacios para las diferencias de las comunidades culturales que coexisten dentro del mismo Estado nacional.¹⁶²

La tolerancia tiene sus límites: “la libertad de una comunidad termina donde empieza la libertad de otra.”¹⁶³ Pero que en nada se opone a la diversidad de los fines e ideales de vida personal. Nada, en principio, tendría que oponerse a la pluralidad de las culturas.

Podemos concluir que el significado moral de la tolerancia radica en su disposición para comprender las actitudes ajenas y ponderar sus razones, para dejar a un lado la cultura homogénea y acercarnos más a la diversidad cultural, al multiculturalismo.

b). Ernesto Garzón Valdez.

Este filósofo Argentino radicado en Alemania plantea diversas propuestas de solución al problema de la “pluralidad étnico-cultural”, como lo llama él. En el marco de una organización política democrático-representativa como la que establece la Constitución mexicana, es posible pensar en la homogeneización de la sociedad:

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶² *Op. cit.*, p 33.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 37.

Parece, pues, aconsejable detenerse a precisar, por una parte, un concepto de homogeneidad que resulte compatible con las diferencias individuales o grupales que se dan en toda sociedad, pero que sea lo suficientemente fuerte como para satisfacer las exigencias de una democracia representativa como igualdad de derechos políticos para todos los ciudadanos y, por otra, analizar más de cerca las relaciones entre identidad individual, autonomía personal y membresía de una determinada comunidad étnico-cultural.¹⁶⁴

Por lo que respecta al concepto de homogeneidad, el mismo autor establece:

Una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros gozan de los derechos directamente vinculados con la satisfacción de sus bienes básicos.¹⁶⁵

La homogeneidad¹⁶⁶ así entendida exige una cierta nivelación de todos los miembros de la sociedad, lo que evidentemente no será posible en una sociedad pluralista como la nuestra. Pero esta nivelación tiene una connotación manifiestamente positiva –dice este autor-, ya que asegura un umbral mínimo de igualdad general, sin distinciones de raza, sexo o religión, y protege la autonomía individual, puesto que impide que “el principio de la mayoría se convierta en dominación de la mayoría”.

En efecto, los derechos directamente vinculados con la satisfacción de los bienes básicos constituyen –dice este autor- un “coto vedado” a la negociación y a las decisiones mayoritarias.

Toda decisión que intente reducir los límites del “coto vedado” a la negociación parlamentaria es *prima facie* ilegítima. Bienes básicos son aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, también para la actuación de individuo como agente moral.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Garzón Valdez, Ernesto, “La Antinomia entre las Culturas” en *Epistemología y Cultura: entorno a la obra de Luis Villoro, Alejandro Rossi, et al.*, eds. Ernesto Garzón Valdez y Fernando Salmerón, México, UNAM, 1993, p. 234.

¹⁶⁵ “Representación y democracia” en *Doxa*, 6, 1989, p. 163. *Loc. cit.*

¹⁶⁶ Los instrumentos de la homogeneización de la sociedad son varios: mercado económico uniforme, orden jurídico único, administración central, lenguaje común, educación nacional. Y esta homogeneidad que se impone a la sociedad sirve a los intereses de un grupo reducido.

¹⁶⁷ “La antinomia entre las Culturas”, *op. cit.*, p. 135.

Esto significa que quien pretenda reducir el ámbito del “coto vedado” corre con la carga de la prueba y demostrar que esta reducción está justificada por la imposibilidad real de una vigencia efectiva de algunos derechos vinculados con las necesidades básicas.

El filósofo fundamenta las exigencias de universalidad y de homogeneidad analizando tres cuestiones: primera, las implicaciones de la aceptación de principios éticos universales, sin pasar por alto las peculiaridades locales o regionales. En segundo lugar, la homogeneidad social (concepto ya aludido), a su vez, los bienes básicos “son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, también para la actuación del individuo como agente moral”.

El desarrollo de su argumentación lo lleva a concluir que para asegurar la calidad de agentes morales de los individuos que integran una comunidad nacional culturalmente heterogénea, se requiere un movimiento de dos direcciones: por una parte, las autoridades nacionales “deben promover la homogeneidad asegurando el derecho de todos los habitantes a la satisfacción de todas sus necesidades básicas”;¹⁶⁸ por otra, los representantes de las comunidades indígenas “deben estar dispuestos a abandonar las reglas o principios de comportamiento si, dadas las circunstancias actuales, ellos contribuyen a aumentar su vulnerabilidad”.¹⁶⁹ Al primer deber, de las autoridades nacionales, le llama “homogeneización”. Una sociedad en la que se viole este deber “puede ser calificada de indecente”. El segundo es el deber de “dinamización”, de disposición al cambio, cuya violación conduce a la transformación de las comunidades y de sus individuos en “piezas vivientes de museo”, y su práctica por una comunidad es “históricamente suicida”.¹⁷⁰

El autor concluye su trabajo haciendo hincapié en que su tesis no significa una defensa del cambio por el cambio mismo, ni una creencia en el

¹⁶⁸ “El problema ético de las minorías étnicas” en *Ética y Diversidad Cultural*, León Olivé (compilador), México, Fonda de Cultura Económica, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1993, p. 51.

¹⁶⁹ *Ídem.*

¹⁷⁰ *Ídem.*

valor incondicionado del progreso. El criterio que defiende, insiste, es “el de la prioridad del individuo como agente moral”, lo cual implica dos cosas: “primera, por ser la satisfacción de las necesidades básicas (naturales y derivadas) una condición necesaria para un desarrollo humanamente decente”. Segundo, como lo que importa no es sólo la existencia decente del individuo “sino la posibilidad de actuar como agente moral, es decir, el despliegue de su autonomía personal entre dos formas de organización social, si ambas satisfacen las necesidades básicas habrá que preferir aquella que asegure una mayor libertad individual.”¹⁷¹

c). Joseph Raz.

El autor Joseph Raz defiende el respeto a la diversidad de las culturas a las que atribuye el carácter de precondición para conformar y dar contenido a la libertad del individuo.

Según este autor, las actitudes que una sociedad liberal mayoritaria puede asumir respecto de las minorías con las que comparte su territorio,¹⁷² puede ser de tolerancia.¹⁷³ Consiste en permitir –dice el autor Emilio Gidi Villarreal, interpretando a Joseph Raz- que se conduzcan como lo deseen sin que lleguen a ser penalizadas, siempre y cuando no interfieran con la cultura mayoritaria.

Esto implica limitaciones y restricciones en el uso de los espacios y medios públicos de que dispone la mayoría, así como financiarse con sus propios recursos, pero sin perder la obligación de pagar impuestos para el mantenimiento de la cultura mayoritaria.¹⁷⁴

Una segunda política que complementa, o bien sustituye a la primera, se integra “cuando a los miembros de las minorías se les otorgan derechos individuales contra la discriminación por razones étnicas y religiosas, por

¹⁷¹ *Ibídem*, P. 54.

¹⁷² En el caso los indígenas mexicanos y latinoamericanos ya poseían un territorio antes de la conquista.

¹⁷³ Este término se debe utilizar en ambos sentidos, tanto de la cultura mayoritaria hacia las minorías étnicas como de éstas hacia aquélla, porque debe haber respeto mutuo en ambas partes para permitir una convivencia con armonía.

¹⁷⁴ Gidi Villarreal, Emilio, *op. cit.*, p. 169.

motivo de género o preferencias sexuales diferentes, a manera de extensión de los derechos civiles y políticos.”¹⁷⁵

Establece, además, que una escrupulosa no discriminación implica que los servicios públicos, la educación y los escenarios políticos y económicos ya no quedan reservados a la mayoría, sino que son comunes a todos los integrantes de la sociedad en su calidad de individuos.

El tercer acercamiento liberal al problema de las minorías es la afirmación del multiculturalismo, que sólo es posible, según este autor, en aquellas sociedades donde coexisten diversas comunidades culturales que son *estables*, en las que prevalece el deseo, y tienen la *viabilidad* o capacidad de perpetuarse a sí mismas. El autor excluye de este concepto aquellos casos en que en el país un número considerable de inmigrantes de diversas culturas, que sin importar el número que lleguen a constituir, no desean conservar una identidad independiente y aun su migración puede significar una actitud de rechazo a su grupo o cultura original.

Para este autor, el multiculturalismo hace alusión tanto a la sociedad que reúne las características ya precisadas, como a la política del Estado que acepta esa situación, y considera que es posible distinguir, además, dos tipos de sociedades multiculturales: en la primera, las comunidades diferentes viven preponderantemente en regiones geográficas separadas; en la segunda, las comunidades se encuentran ubicadas de manera desproporcionada en diferentes espacios, la mayor parte hace uso de los espacios y servicios públicos y se mezclan en los lugares de trabajo y entretenimiento; este último es el que interesa a nuestra autor.

El multiculturalismo liberal de Joseph Raz sustenta la defensa del multiculturalismo en la medida en que la cultura en la que se desenvuelve el individuo o que caracteriza a cierto grupo ofrece un conglomerado de prácticas que proporcionan a uno u otro una gama de opciones de vida; igualmente,

¹⁷⁵ *Ídem.*

sostiene que es permisible la intervención de otras culturas en aquellas que no respeten los valores considerados universales.

El límite de la tolerancia que tiene el multiculturalismo respecto de las comunidades que niegan el derecho a sus integrantes de expresarse libremente se traduce en el hecho de desalentar las actitudes intolerantes y propiciar la salida de esos grupos, como una opción viable.¹⁷⁶

Con esa posición coinciden los ordenamientos ya vigentes o en proceso de formación, tanto en ámbito de los Estados, como en los instrumentos internacionales ya en vigor, o que presumiblemente lo estarán a mediano plazo, cuando por ejemplo, colocan los derechos humanos como *dique* que no puede ser rebasado por los derechos diferenciados que se otorguen a favor de los grupos minoritarios en cuanto tales, o a los individuos que los integran.

Es importante insistir en que el autor Joseph Raz formula su defensa del multiculturalismo apoyado en la perspectiva liberal, afirmando que el liberalismo es más que sólo una moralidad política, en tanto persigue el bien de los individuos; hace énfasis en el valor de la libertad para el bienestar de las personas; el liberalismo sostiene que es valioso que las personas estén a cargo de su vida a través de elecciones sucesivas basadas en la libertad.

Esta posición la compartimos, porque creemos que los indígenas que emigran hacia las ciudades en busca de oportunidades de vida y, toda vez que no están en contacto permanente con sus comunidades, en uso de su libertad personal han subsistido por sí mismos; pero eso no significa que no existan políticas públicas que los consideren y no dejarlos solos a su azar destino.

En resumen, para el filósofo Joseph Raz, el multiculturalismo no se detiene en el otorgamiento de derechos diferentes, incorpora en su posición elementos de cambio y respeto. En efecto, sostiene que toda la idea del multiculturalismo es la de impulsar a las comunidades a mantener su diversidad cultural, pero en tanto esas comunidades disfrutan las oportunidades y recursos que se les

¹⁷⁶ *Ibidem.*, pp. 170-171.

brindan para conservar sus culturas. Considera que no está opuesto al cambio, incluso a aquél que es inducido por la coexistencia con las otras culturas. Asimismo, afirma que el multiculturalismo insiste en que los grupos deben estar conscientes a respetar sus fortalezas y aprender de ellas. De igual modo, afirma que el multiculturalismo insiste en la existencia de un *right of exit* (derecho de salida) que tiene cada individuo de abandonar su grupo cultural.

d). Will Kimlicka.

No podemos dejar de lado a este destacado autor canadiense, de corriente liberal, que dio comienzo a su análisis acerca de los retos y problemas que enfrentan las sociedades contemporáneas debido a su carácter pluricultural, el cual culmina con la elaboración de lo que él denomina teoría liberal de los derechos de las minorías al publicar su libro *Ciudadanía multicultural*.¹⁷⁷ A través de la cual justifica el hecho de que se otorguen a los grupos minoritarios que se encuentran ubicados en Estados-nación¹⁷⁸ dominados por una sociedad mayoritaria diferente a ellos, derechos específicos que son diferentes a los que corresponden a los integrantes de esa sociedad, sin que por ello se rompan los principios básicos de la democracia liberal.

El autor Will Kimlicka plantea de entrada la magnitud de la diversidad cultural que caracteriza prácticamente a todos los Estados-nación del mundo, lo cual genera conflictos potenciales o reales, en tanto que aquellas personas que son diferentes de quienes conforman la cultura mayoritaria se enfrentan a la imposición de normas sociales, jurídicas, cívicas, religiosas y aun familiares que en una medida importante les resultan ajenas y en ocasiones opuestas a las que consideran propias y que tienen la pretensión de preservar.

¹⁷⁷ Kimlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

¹⁷⁸ Al respecto, el autor Luis Villoro establece: "La Constitución que se establece por primera vez en nuestro país, la de 1824, sigue el modelo de las Constituciones de los Estados-nación europeos, modelo de una estructura Constitucional que es homogénea, que obedece a la idea de que a todo Estado –forma de poder político- debe corresponder una nación –unidad cultural- y a toda nación debe corresponder un Estado. A partir de la Constitución de 1824, en las siguientes Constituciones, las que antes se llamaban naciones indígenas no quedan mencionadas. Se concibe el Estado-nación nuevo como un Estado homogéneo en el que todos los ciudadanos tienen exactamente los mismos derechos y son considerados iguales." *Estado-nación y las autonomías indígenas* en *Constitución y Derechos Indígenas*, Jorge Alberto González Galván, coord., México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 231.

Este autor propone como criterios para distinguir entre los diversos tipos de minorías que existen en los Estados contemporáneos, la manera en que esas minorías se han vinculado a la organización política en que se encuentran inmersos, así como el tipo de relaciones que realmente quieren establecer con ésta. Aplicando esos criterios, distingue entre minorías étnicas y nacionales. Las primeras están conformadas con inmigrantes voluntarios, que denomina “grupos étnicos”, cuyo propósito principal es el de incorporarse a la sociedad hegemónica, aun cuando reivindiquen espacios para expresar y promover, sin discriminaciones, sus tradiciones culturales; se asocia en colectividades cuya duración puede no ser prolongada y de estructura sumamente flexible, a través de las cuales persiguen la defensa de sus intereses, pero pretenden también ser aceptados como miembros de pleno derecho de la sociedad mayoritaria:

...su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de que forma parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales.¹⁷⁹

Las otras minorías constituyen grupos culturales que disfrutaban de un gobierno propio y que quedaron territorialmente concentradas en un Estado mayor, los cuales fueron la mayoría de las veces invadidos, conquistados y colonizados por la cultura mayoritaria, o bien representan el producto de asociaciones voluntarias que asumieron alguna forma de organización federal, división de imperios; empero, esas “minorías nacionales” como las denomina este autor mantienen:

...el deseo de seguir siendo sociedades distintas respecto de la cultura mayoritaria de la que forman parte; exigen por tanto diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como sociedades distintas.¹⁸⁰

En relación al caso de México que durante cierta época de su historia hasta llegó a propiciar la migración, la cual también se dio luego de manera espontánea, y a la vez satisface el requisito de haber tenido minorías étnicas al momento de su conquista, las cuales formaban algo equivalente a unidades

¹⁷⁹ Kymlicka, Will, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 24.

nacionales que tenían su propio sistema de gobierno en un territorio sobre el cual ejercían control, y que ahora conservan una identidad étnica y racial que las hace distintas dentro de la sociedad mayoritaria, a partir de lo cual reclaman ciertas formas de autogobierno a la par que declaran su nacionalidad y por ende proclaman su lealtad al Estado en que se encuentran comprendidas.

La propuesta de este autor es, por una parte, la de distinguir los diferentes tipos de derechos que pueden corresponder tanto a los individuos en cuanto tales, como a los grupos minoritarios que éstos integran, en función de que se trate de polietnicidad proveniente de la inmigración, o de multinacionalidad generada por cualquiera de las diferentes causas que ya se ha mencionado; por la otra, sostener que el reconocimiento de tales derechos, ya sea a favor del individuo o del grupo, son perfectamente compatibles con los postulados de libertad e igualdad de la democracia liberal.

Su argumentación en relación a este último punto la desarrolla el autor sosteniendo que a la par de esa compatibilidad, los derechos diferenciados resultan eficaces para fomentar la libertad individual, en tanto permiten a la persona elegir la mejor manera a su propio modo de vida, en ejercicio de una autonomía que rechaza imposiciones externas, en especial las que provienen del Estado.

Este autor afirma que debemos distinguir entre dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional –en nuestro caso los pueblos indígenas- pueden hacer. El primero implica la reivindicación del grupo contra la sociedad a la que pertenece y el segundo la reivindicación que formula contra sus propios miembros. A las primeras las denomina restricciones externas y tiene como finalidad proteger la existencia e identidad del grupo; mientras a las segundas las denomina restricciones internas y se refieren a las libertades civiles y políticas básicas, es decir, derechos humanos individuales.

Además de ser compatibles los derechos de los grupos minoritarios con el concepto de las libertades individuales en el seno de una democracia, tienen también el objetivo de alcanzar una genuina igualdad para todos en esa

sociedad democrática, ya que esa igualdad se logra aceptando como principio general el hecho de que se debe otorgar un trato diferente a quienes son desiguales entre sí, evitando un tratamiento igualitario a ultranza, que en realidad deviene injusticia.

Los derechos diferenciados que pueden otorgarse a las minorías en función de su modo específico de ser, los clasifica el autor en *derechos poliétnicos*, *derechos especiales de representación*, y *derechos de autogobierno*.

Los derechos especiales de representación para un grupo dentro de las instituciones políticas del conjunto de la sociedad hacen menos probable que una minoría nacional o étnica sea ignorada en decisiones que afecten globalmente al país.

Los derechos de autogobierno confieren poderes a unidades políticas más pequeñas, de manera que una minoría nacional no puede ser desestimada o sobrestimada por la mayoría en decisiones que son de particular importancia para su cultura, como las cuestiones de educación, inmigración, desarrollo de recursos, lengua y derecho familiar.

Los derechos poliétnicos protegen prácticas religiosas y culturales específicas que podrían no estar adecuadamente apoyadas mediante el mercado (por ejemplo, subvencionando programas que fomenten las lenguas y las artes de los grupos), o que están en desventaja (muchas veces inintencionadamente) en la legislación vigente (por ejemplo, las exenciones a la legislación de cierre dominical o pautas indumentarias que entran en conflicto con las creencias religiosas).¹⁸¹

Estos derechos en ningún caso deben traducirse en un instrumento de sometimiento hacia el interior de la minoría de que se trate; esto es, no pueden ser empleados para limitar las libertades civiles y políticas básicas de los miembros del grupo, convirtiéndose así en “restricciones internas” que vayan más allá de lo que toda sociedad democrática admite para lograr el adecuado funcionamiento del grupo social mismo, como pueden ser los deberes ciudadanos clásicos (pagar impuestos, prestar servicios electorales, fungir como jurados, cumplir con el servicio militar, entre los más comunes).

Sin embargo, los tres tipos de derechos diferenciados pueden proporcionar lo que este autor denomina “protecciones externas”, que tienden a cuidar a las minorías del poder económico o político de la sociedad en la cual se

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 61.

encuentran ubicados, aun cuando cada uno de ellos responda a diferentes formas de presión externa.

Aquí es oportuno reiterar que los pueblos indígenas que fueron conquistados y colonizados específicamente por los españoles en prácticamente todos los países de Latinoamérica, y en especial en México, a pesar de que el autor Kymlicka los considere aún como un subconjunto de las minorías nacionales, no quedan cabalmente comprendidos en ninguna de las categorías mencionadas, ya que en principio no reclaman una identidad nacional, no persiguen un autogobierno territorialmente concentrado como podría ser bajo la forma de un federalismo multinacional, ya que la mayor parte de ellos acusan una alta dispersión geográfica, y tampoco se limitan a reclamar el respeto de ciertas formas culturales o sociales.

2. *El multiculturalismo comunitarista.*

a). Charles Taylor.

Este autor, en su ensayo sobre la política del reconocimiento, sostiene que el multiculturalismo se apoya esencialmente en el *reconocimiento* exigido por los grupos minoritarios o subalternos, estrechamente relacionado con la idea de identidad entendida como: "...la interpretación que hace una persona de quién es y de sus características definitorias fundamentales como ser humano,"¹⁸² que se configura y moldea por el reconocimiento, en un proceso de diálogo que se entabla entre esos grupos minoritarios y la sociedad en la que se encuentran enclavados.

Sostiene que de ese concepto de identidad en su sentido moderno, que implica la posibilidad de conocer quiénes somos y de dónde venimos, y que sirve de trasfondo contra el cual nuestros gustos y deseos, opiniones y aspiraciones adquieren sentido, surge la política de la diferencia, a partir de la cual se redefine la no discriminación y exige que hagamos de las distinciones la

¹⁸² Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 43.

base del tratamiento diferencial, que vale por igual para los individuos que para los pueblos.

Este autor explica para alcanzar la anterior conclusión, que al desplomarse los antiguos regímenes estructurados alrededor de las jerarquías sociales y el honor, que sustentaban un sistema social y político sustentado en la desigualdad, se estructuró como uno de los ejes de los Estados liberales el concepto de dignidad, al que se consideró como el único compatible con una sociedad democrática que proclama una política de reconocimiento igualitario hacia las personas, para las culturas y para los sexos. Esa igualdad de status supone el otorgamiento a los integrantes de una sociedad estatal que se califique de democrática y liberal, iguales derechos civiles y políticos y, a la vez, una ceguera total del Estado a cualquier diferencia que por múltiples razones se dan hacia su interior, tanto a nivel de individuos como de grupos.

Para el caso que nos interesa, los miembros de los pueblos indígenas y los pueblos mismos, recibirán ciertos derechos y facultades distintos de los que gozan aquellos que forman la sociedad mayoritaria, y más todavía si se llega a aceptar el autogobierno que reclaman. Asimismo, otras minorías no necesariamente étnicas, tienen el derecho de conservar su especificidad cultural.

Lo que preocupa a este autor es el fundamento que respalda ese reconocimiento de la diversidad cultural. Parte de la presunción de que todas las culturas que han animado a sociedades enteras durante tiempos prolongados tienen algo que decir a todos los seres humanos, lo cual podría demostrarse mediante un estudio verdadero y profundo de esas culturas; ello equivale a negar una igualdad necesaria entre ellas, convirtiéndose esa posición en una prolongación de la política de la dignidad:

Y así como todos deben tener derechos civiles iguales e igual derecho al voto, cualesquiera que sean su raza y su cultura, así también deben disfrutar de la suposición de que su cultura tradicional tiene un valor.¹⁸³

¹⁸³ Taylor, Charles, *op. cit.*, p. 100.

Y este valor debe ser reconocido no en una actitud de condescendencia o de solidaridad apoyada en un etnocentrismo que nos puede llevar a aceptar la cultura diferente solamente en tanto se acerca a la cultura hegemónica, sino un reconocimiento apoyado en una actitud de verdadero respeto sustentado, tal vez, en principios religiosos o tal vez en principios morales, pero siempre en la disposición de abrirnos a un estudio profundo de carácter cultural.

Debe haber algo a medio camino entre la exigencia inauténtica y homogeneizadora de reconocimiento de igual valor, por una parte, y el amurallamiento dentro de las normas etnocéntricas por la otra. Existen otras culturas, y tenemos que convivir, cada vez más tanto en la escala mundial, como en cada sociedad individual.¹⁸⁴

Acerca de esta posición, el autor Fernando Salmerón afirma que el respeto a la identidad y por ende el reconocimiento de las diferencias no debe quedarse en ese punto, sino advertir que las distintas culturas no tienen, ni con mucho, los mismos grados y ritmos de desarrollo, y por lo tanto, la política que de ese reconocimiento se derive:

...no puede consistir en atender las desventajas como medida temporal que gradualmente pueda nivelar las condiciones para competencia en una sociedad liberal más amplia, sino que tiene que escuchar la demanda legítima de conservar la identidad y respetar la aspiración de que nunca se pierda.¹⁸⁵

Al respecto, consideramos que atender las desventajas entre culturas diferentes como medida temporal para que paulatinamente desaparezcan, y crear así condiciones de competencia en una sociedad liberal más amplia, significa solamente reproducir políticas integracionistas, ahora en relación a entes colectivos; sin embargo, el problema tampoco se resolvería con la sola meta de conservar la identidad de la cultura minoritaria y respetar la aspiración de que nunca se pierda, ya que ello, llevado a extremos, puede significar la condena a que las culturas con menor vitalidad y nivel de desarrollo, como es el caso de las culturas aborígenes latinoamericanas, simplemente permanezcan en la condición de desventaja en que se encuentran.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 106.

¹⁸⁵ Salmerón, Fernando, *Diversidad cultural y tolerancia*, México, Paidós-UNAM, 1998, p. 58. Citado por el doctor Emilio Gidi Villarreal, *op. cit.*, p. 176.

Es menester una fusión de ambas alternativas. Respetar, sí la diferencia cultural y de ese modo preservarla. A la vez, desarrollar las normas y las políticas públicas que se encaminen a superar las desventajas existentes entre las culturas diferentes, que además coexisten en un mismo territorio, sin pretender que la diferencia desaparezca. Eso amenazaría con que esa identidad colectiva dejara de cumplir el papel que le corresponde para configurar la identidad personal de sus integrantes y de igual forma, seguir siendo la condición sin la cual no es posible el ejercicio de la autonomía y la autenticidad de sus miembros.

b). Luis Villoro.

Para este autor, una de las características de muchos movimientos sociales en las últimas décadas ha sido la reclamación de las diferencias. Exigencia del derecho a su propia forma de vida y elección de valores de minorías raciales, opciones sexuales, distinciones de género; demanda de reconocimiento de nacionalidades, comunidades étnicas, culturas, en sus formas de expresión más diversas.

Frente al ideal de la vigencia de principios universales para una sociedad homogénea, se encuentra el de una ética de la perfección personal en una sociedad plural. Y esto plantea un dilema entre dos principios:

El carácter universal de las normas éticas, que a todos obliga por igual, y el singular del deber de realizarse a sí mismo, que compete a cada quien. El dilema parece plantearse tanto en la relación de la persona individual con la sociedad global, como de cada comunidad cultural con las asociaciones políticas más amplias de que forman parte.¹⁸⁶

Una manera de solucionar este problema es entendiendo que “la dignidad de una persona estriba fundamentalmente en la capacidad para elegir sus propios fines y determinar su propio plan de vida que lo constituye justamente la identidad personal.” Y en el campo político, esta idea de la dignidad “no

¹⁸⁶ Villoro, Luis, “Igualdad y Diferencia: un Dilema Político” en *Filosofía Moral, Educación e Historia*. León Olivé y Luis Villoro editores, México, UNAM/Facultad de Filosofía y Letras/Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1996, p. 111.

conduciría a la imposición de un orden homogéneo sino, a la inversa, a una política del reconocimiento de la heterogeneidad en toda asociación política.”¹⁸⁷

Una política de la igualdad –establece este filósofo- sería aquella que ofrecería a cada quien las mismas oportunidades para determinar su vida y que respetaría, por lo tanto, el modo de ser que cada quien hubiera elegido, por diferente que fuera de otros.

La exigencia de un trato igual a todos los miembros de la sociedad nace, en el campo de la doctrina política, en la lucha contra un régimen de privilegios. Las diferencias en la propiedad, en el rango social, en la preeminencia política y en la situación legal son la raíz de la injusticia y deben abolirse. En este sentido la igualdad política implica cierta nivelación de todos los individuos: uniformidad ante la ley y el poder. Todas las personas tienen una característica común: la ciudadanía, que les da los mismos derechos. En cuanto todos son ciudadanos, son semejantes entre sí. Y para evitar privilegios y discriminaciones se decide, por lo tanto, que todo grupo de personas tiene ciertas propiedades comunes que los vuelven semejantes. Si todos poseen las mismas características, inherentes al carácter de ciudadano, todos tienen los mismos derechos y obligaciones.

Para el doctor Villoro, el ideal del modelo liberal es tratar a todos con igual respeto; proyecto propio es no abrazar ningún proyecto común.

Acepta todas las diferencias de raza, de género, de preferencias sexuales o de particularidades “anormales”; respeta por igual a todas las culturas, por diferentes que sean, y les concede los mismos derechos. Su virtud suprema es la *tolerancia*.¹⁸⁸

Sin embargo, la tolerancia tiene que poner un límite: “no se puede tolerar la intolerancia.” Porque de lo contrario, “la sociedad liberal se destruiría a sí misma.” Las consecuencias concretas de aplicación de este modelo comprometería a una política de pleno respeto a todas las diferencias, en la

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 112.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 116.

que la única intervención del Estado sería justamente la de garantizar a todos ese respeto, es decir, impedir cualquier discriminación o actitud intolerante. No podría imponer, en cambio, ninguna preferencia de valores comunes. Tendría que aceptar por igual todas las creencias y prácticas religiosas, cuidando de que ninguna conduzca a su imposición sobre otras, en el espacio público.

La política liberal obliga a un reconocimiento de valor de toda forma cultural y de su derecho a mantenerse y desarrollarse. No puede pretender a la asimilación a una cultura hegemónica, sino a la convivencia entre las diferentes culturas en igualdad de condiciones. Lo primero buscaría la homogeneidad cultural, lo segundo, la aceptación de la pluralidad en el seno del mismo Estado. El multiculturalismo, si es coherente, obliga a aceptar la heterogeneidad de usos y costumbres, de instituciones sociales y reglas de convivencia de cada cultura.

En el campo político, un modelo de Estado liberal tendería a una meta ideal: el traslado de poderes políticos de gobierno central a las diversas instancias en que se manifiestan, de manera más inmediata, las elecciones de vida de los ciudadanos.

Se orientaría por una diversificación del poder político y una creciente autonomía de diversas entidades: regiones culturales, municipios y comunidades autónomas, cuyas competencias deberían estar claramente especificados. El Estado central quedaría reducido a un mínimo, la democracia se ejercería en niveles más cercanos al individuo. Pasaríamos entonces de un Estado-nación homogéneo a un Estado plural.¹⁸⁹

Sin embargo –dice el doctor Villoro-, este modelo liberal tiene sus desventajas: primero, el Estado liberal no se inclina por ninguna formulación del bien común, ningún valor superior al que cada individuo o grupo determine para sí. De ahí “el peligro de que se conduzca a la pérdida de conciencia del valor de la comunidad, a la fragmentación de la sociedad y a la reducción de la vida éticamente valiosa a la esfera privada.”¹⁹⁰ Segundo, como el fin de la sociedad liberal es garantizar el respeto a la igual dignidad de las personas y culturas, y

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 117.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 118.

ésta se ejerce en la igualdad de oportunidades para elegir su propio plan de vida. Sin embargo, no puede haber las mismas oportunidades de determinar un plan de vida, entre personas con grandes diferencias en las condiciones económicas y sociales de las que parten. “El Estado neutral no puede menos de consagrar, e incluso acrecentar, las enormes desigualdades existentes en muchas sociedades.”¹⁹¹ De hecho, las políticas liberales estrictas, con su empeño de no intervenir activamente en la corrección de desigualdades económicas y sociales, las han aumentado considerablemente.

Una alternativa al modelo liberal –dice el doctor Villoro-, sería el “modelo igualitario”. Porque este modelo no niega el modelo liberal, pero lo complementa.

En la esfera política, el respeto a las diferencias locales y regionales obligaría a tomar partido por la transposición de atribuciones reservadas al poder central a instancias cada vez más cercanas a los ciudadanos. En las naciones multiculturales la misma política incitaría no sólo a otorgar facultades autónomas en ciertas esferas de competencia, sino también a promover medidas compensatorias de asistencia económica y cultural a las comunidades con menores recursos y en riesgo de perder su identidad.

En suma, mientras las políticas liberales no se comprometen con ninguna diferencia, tolerando por igual todas sus formas, una política igualitaria buscaría alcanzar la igualdad en las diferencias, asumiendo ese fin como justificación de una política de discriminación positiva.¹⁹²

Una política liberal tiene la ventaja y a la vez el inconveniente de no hacer suyo ningún valor común a los que cada sujeto elija. Permite así la manifestación de los múltiples valores de una sociedad compleja, sin tomar partido por ninguna. Una política igualitaria, en cambio, propone un valor común a todos los miembros de la sociedad.

¹⁹¹ *Ídem.*

¹⁹² *Ibidem*, p. 121.

No puede, por lo tanto, considerar la justicia como simple procedimiento para la convivencia de puntos de vista distintos. Apela a una voluntad común para la realización de un orden ético que no deriva de las elecciones particulares o de grupo. Su ideal es el de una sociedad en la que fuera posible la realización plena de toda elección libre de vida, personal o colectiva, en la cooperación recíproca.¹⁹³

Una política igualitaria plantearía el valor superior de la pluralidad en la unidad. Porque dice el doctor Villoro que cada persona es única, irremplazable e irrepetible:

Cada manifestación humana es única e irremplazable. Única e irrepetible es cada persona, cada una revela el mundo a su manera y cumple un destino peculiar. Única e irremplazable es cada cultura, pues no hay una sola que no manifieste una faceta valiosa de la realidad. Y la realidad está constituida por la unidad de esa diversidad. Cada diferencia añade algo a la totalidad; la multiplicidad constituye la riqueza única del todo.¹⁹⁴

Es decir, refiriéndose a los indígenas y a sus pueblos, éstos son únicos y, como tales, se les deben reconocer sus derechos y obligaciones para desarrollar y florecer sus propias manifestaciones culturales. Porque como decía este autor en otra ocasión.

El nuevo indigenismo presenta múltiples matices y facetas. Lejos de permanecer en el estudio de una pura teoría abstracta, informa muchas creaciones prácticas. Aparece como tendencia más o menos definida en muchas direcciones de la pintura, la escultura, la música y hasta en algunas de las modernas manifestaciones arquitectónicas. La influencia de las ideas indigenistas se hace sentir en la educación y en tendencias sociales y políticas.¹⁹⁵

Así, pues, las manifestaciones indigenistas están presentes en todo momento y no hay que menospreciar la diversidad cultural de nuestro país.

¹⁹³ *Ídem.*

¹⁹⁴ *Ídem.*

¹⁹⁵ *Los Grandes Momentos del Indigenismo en México*, México, SEP/Cultura, edición de la Casa Chata, 1984, p. 191.

3. *El multiculturalismo pluralista.*

León Olivé.

Este autor desarrolla una posición teórica que él mismo califica de *pluralista*, a diferencia de las que sustentan los autores Joseph Raz y Will Kymlicka que se ubican en la categoría del multiculturalismo liberal, la del autor Charles Taylor, cuyo planteamiento teórico califica de comunitarista.

En principio hace suya la argumentación del autor Fernando Salmerón en cuanto defiende la existencia de un derecho a la diferencia,¹⁹⁶ que el que tienen los individuos para el efecto de ser reconocidos como miembros de un determinado grupo social y gozar de beneficios en virtud de ello:

La identidad de los individuos que pertenecen a ese grupo se afirma sólo sobre la base de las diferencias que los caracterizan como miembros del grupo y los distinguen de otros ciudadanos.¹⁹⁷

Ese grupo, que configura una cultura específica, actúa propiciando la construcción de las identidades personales de sus miembros, y al propio tiempo su actuación es necesaria para la preservación y la reproducción de su cultura.

La consecuencia de que un Estado reconozca ese derecho a ser diferentes a los miembros de una cierta cultura o grupo minoritario, trae aparejada la necesidad de elaborar políticas apropiadas que tendrán que derivar a los ajustes que sean necesarios y pertinentes al marco normativo de ese Estado. Tales ajustes normativos se desenvuelven a través de la reglamentación de dos tipos de derechos que este autor denomina colectivos y de grupo. Los primeros son atribuidos a los individuos en tanto miembros de una cultura específica, mientras que los segundos corresponden a éste en cuanto tal.

Así, por ejemplo, sería un derecho colectivo el de los indígenas a que su lengua pueda ser utilizada en la esfera pública ante los órganos del Estado,

¹⁹⁶ Salmerón, Fernando, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹⁷ Olive, León. *Multiculturalismo y pluralismo*, México, Paidós-UNAM, 2003, p 58.

bien para ejercer un derecho o para comparecer en juicio; y serán derechos de grupo el de la libre determinación que los pueblos indígenas reclaman, y su consecuencia que es la autonomía para decidir las condiciones de su propio desarrollo.

Ahora bien, el modelo de multiculturalismo pluralista que defiende este autor parte de afirmar que existen diferentes maneras legítimas de conocer la realidad a través de los recursos cognoscitivos del ser humano; y así, el pluralismo "... acepta la posibilidad de que haya visiones del mundo incompatibles en varios aspectos, y que las creencias o las teorías que cada uno adopta sean correctas."¹⁹⁸ Esta aparente contradicción la resuelve postulando que ciertas visiones del mundo, a pesar de incompatibilidad con otras, tienen como moralmente correctas acciones y circunstancias que no lo son para los demás, a los que les resultan incomprensibles o inadecuadas, debido a que juzgan con criterios de evaluación diferentes.

La tesis pluralista afirma que los conjuntos de prácticas y de esquemas conceptuales de los que disponen las comunidades epistémicas y las culturas, son, por lo general, diferentes. Muchos de ellos conducen a un conocimiento legítimo de la realidad, y no hay razones para creer que convergen hacia una única, verdadera y completa descripción de la realidad, más bien hay razones para pensar que ello es imposible.¹⁹⁹

El reconocimiento de culturas o grupos deriva en que sus integrantes actúen con autonomía y autenticidad, y por extensión la cultura o el grupo disfruten, al propio tiempo, de autonomía que al operar en el ámbito de lo político, implica la posibilidad de autogobernarse. Cuando esa cultura está inmersa en un Estado-nación, como es el caso de los pueblos indígenas en México, se debería reconocer su autonomía:

...pero con la muy importante aclaración de que esa autonomía no implica ni independencia ni soberanía plena como región, con territorio propio, y otras formas de autogobierno.²⁰⁰

¹⁹⁸ Olivé, León, *op. cit.*, p.121.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 125.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 212.

Esos ciertos niveles de autonomía a que alude implican la existencia de límites que, en términos generales, derivan del compromiso del Estado de preservar, para todos los derechos que como personas les corresponden, con independencia de su pertenencia cultural, destacando que siempre les asiste el derecho a renunciar a la cultura o al grupo y, sin duda, considerando limitantes que permitan preservar la existencia del Estado nacional.

Así, propone –el filósofo León Olivé– que en los países latinoamericanos, incluido México, la política multicultural satisfaga las siguientes condiciones:

- 1) Se debe garantizar el reconocimiento de las culturas como entidades colectivas con ciertos derechos de grupo, cuyos miembros tienen ciertos derechos colectivos.
- 2) No se pueden dar por sentados ni principios éticos de validez absoluta ni conceptos (como ‘dignidad’ o ‘necesidad básica’) con significado absoluto.
- 3) Debe evitarse el relativismo del tipo de ‘todo está permitido’.
- 4) Se deben garantizar los derechos fundamentales de los individuos en calidad de derechos inquebrantables. Esto plantea una obligación tanto para el Estado como para las diferentes culturas.
- 5) El Estado tiene la responsabilidad de promover el desarrollo de todas las culturas, propiciar su cooperación y evitar los conflictos.
- 6) Los miembros de todas las culturas, en especial sus líderes, tienen el deber de promover los cambios que sean necesarios para convivir armoniosamente con las demás culturas dentro de un Estado de derecho, y para respetar los derechos humanos fundamentales.²⁰¹

Estas condiciones apoyan a los planteamientos que diferentes culturas han pugnado en nuestro país.

4. El multiculturalismo analógico.

a). Mauricio Beuchot.

En el seno de la democracia pareciera que hay cierta distensión y conflicto entre la una nación y pluralidad de sus integrantes. Una manifestación concreta de este problema es la cuestión de la diversidad cultural que se da en el seno de un país como México, concretamente, en el caso de los pueblos y comunidades indígenas.

²⁰¹ *Op. cit.*, p. 218.

Lo que hay que hacer con esta diversidad de culturas, dice este autor, es:

A mi modo de ver, es necesario buscar una vía intermedia, que posibilite que los pueblos indígenas conserven en cierta medida su identidad cultural y, por otra parte y en otra medida, se integren a los beneficios de la cultura moderna. Hay aspectos de unificación y aspectos que demandan diferencia.²⁰²

El problema de la diversidad cultural se plantea sobre todo en la filosofía política, pero que hunde sus raíces en la antropología, la sociología, en la filosofía del hombre. Se pregunta este autor ¿se tiene una idea homogénea del hombre, o se tiene una idea diferenciada del mismo? Y enseguida responde de esta manera:

Los extremos son, por un lado, el unitarismo o universalismo absoluto del ser humano y, por otro, el particularismo o relativismo. El primero sostiene que sólo puede haber un tipo de hombre, una sola cultura... El segundo, el particularismo, dice que no puede haber nada común en el hombre, que sólo existe lo diferencial de cada cultura y aun de cada hombre individual.²⁰³

Ambas posturas tienen sus desventajas. El unitarismo tiene el problema de cómo a partir de un individuo o de una cultura, se universaliza y se decide cual cultura queda como única. El cambio, el relativismo encierra el peligro de que si todas las culturas son válidas, no se podrá detener a las culturas que tiendan a destruir las otras.

Por eso propongo como clarificadora y defendible una concepción analógica del hombre, en la que hay algo común, universal o general que los hombres y las culturas comparten, pero que a la vez, algo diferencial que cada uno tiene como peculio, cada cultura y aun cada individuo humano. Todo ello sin que se rompa la unidad general de naturaleza y de fines o aspiraciones.²⁰⁴

El autor cita como ejemplo a la racionalidad, en la que todos participan, con sus matices en la aplicación o discusión, pero que hay algo común y unitario (la

²⁰² "La filosofía ante el pluralismo cultural", en *Filosofía, Neobarroco y Multiculturalismo*, op. cit., pp. 177-178.

²⁰³ *Ibidem*, pp. 178-179.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 179.

coherencia, con el principio de no contradicción, que constituyen la racionalidad).

Sostiene que la cultura es obra de la razón, es una aplicación de la racionalidad, una construcción suya. Porque la cultura es producto de la racionalidad. Y porque el hombre necesita de la razón para poder decir que una cultura no es la única válida.

Tenemos, pues, una antropología filosófica plural, o pluralista, ni absolutista ni relativista. Se defiende de esos extremos. Permite la diversidad cultural pero entendiendo las diversas culturas como manifestaciones diferentes de una misma racionalidad.²⁰⁵

Para este autor, la racionalidad universal se encarna de diversas maneras, se concreta según ciertas variaciones, pero siempre dentro de ciertos límites. Es una noción analógica del hombre, un universal análogo que permite diversidad, pero dentro de ciertos límites. Por eso es plural, pero no relativista o particularista de modo que pueda permitir cosas que se salen de la racionalidad (moral), y cita como ejemplos, el linchamiento o sacrificios humanos.

En la idea de cultura convergen muchos aspectos se configuran en torno a la personas o grupo de personas; como las creencias religiosas, científicas y filosóficas; sistemas económicos, sociales y políticos; y diversos tipos de relaciones.

Pero lo más importante es la representación que los mismos miembros de una cultura tienen de sí mismos; eso es lo más constitutivo de la cultura.²⁰⁶

Porque, desde los mitos con los que se ha tratado de explicar el origen y el destino de un pueblo, hasta los estudios científicos más acuciosos acerca de la historia del mismo. Y si una cultura pierde lo más profundo de sí misma y pierde su interpretación o lo cambia substancialmente, pierde su identidad.

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 180-181.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 181.

Respecto de las culturas, dice este autor, el liberalismo tiene que preservar la diferencia cultural pero también la identidad nacional, pero eso no alcanza a hacerlo. En el campo de la política, tiene que garantizar los derechos, pero sin que se lesionen los derechos de los demás, lo cual tampoco se puede lograr.

Por eso se ha pasado al igualitarismo, que se fija más en la justicia, que es equidad o igualdad, que trata de disminuir precisamente las diferencias, y resaltar la igualdad de oportunidades y hasta de ayuda.²⁰⁷

En el igualitarismo reciente resurge la noción de bien común. Pero dice este autor, que hay un dilema o una tensión, ya que el liberalismo corre el peligro de que los individuos o grupos pierdan la identidad común, mientras que el igualitarismo corre el peligro inverso de privilegiar el ideal común por encima de los ideales propios de los individuos o grupos.

Con todo, este dilema podría superarse con una concepción de la libertad y de la igualdad o equidad. La analogía implica proporcionalidad a la vez que jerarquía, una jerarquía proporcional, en función de ciertos criterios; esa proporcionalidad implica límites, porciones en un orden, estructuradas según una jerarquía que brota de la misma naturaleza de la cosa o que es construida mediante el diálogo.²⁰⁸

Así, la libertad analógica hace respetar la diferencia del otro sin lesionar su libertad, ni la de terceros, tratando de buscar el bien común. Por eso la libertad analógica no es la suma de las libertades individuales, sino las sujeta al bien común, al bien de la sociedad, en busca de orientar la libertad hacia el bien de todos. “No se trata, pues –dice este autor-, sólo de igualdad en la libertad, sino la igualdad en las oportunidades a la buena calidad de vida.”²⁰⁹

En lo que refiere a la equidad, dice este autor que, se trata de diferenciar, matizar, encontrar jerarquía o prioridades. Se trata de converger la jerarquía con el orden de proporcionalidad; es una igualdad proporcional, diferenciada. En ella la distribución que viene del Estado (de oportunidades, de ayudas) es diferenciada. Se va diversificando de acuerdo con ciertos criterios y prioridades.

²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 183-184.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 184.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 185.

Se tiene que privilegiar al más débil y necesitado, porque la analogía o proporcionalidad obliga a ello sin las necesidades. Que los necesitados tengan acceso al nivel de la igualdad.

Por eso es una igualdad proporcional. A todos, pero no por igual. Aunque esa desigualdad, como es proporcional, no permitirá contrastes acusados; sería parte del equilibrio oscilatorio de la balanza de la justicia.²¹⁰

Porque la igualdad absoluta –dice este autor-, aun cuando fuera alcanzable, no tiene sentido. Hay diferencias connaturales a los individuos. No podría dárseles lo mismo a unos y a otros.

La equidad analógica no corre el peligro de homogeneizar porque por su naturaleza intrínseca tiene que diferenciar, tiene que captar y respetar las diferencias. Y debe ayudar a aquellos cuya condición diferente los ha puesto en situación de mayor necesidad. “Lo igual allí es el acceso a las oportunidades, lo diferente es la condición de mayor necesidad, que da un cierto carácter de privilegio por encima de los que pueden y tienen.”²¹¹

En el caso de los indígenas, éstos se encuentran, por procesos históricos, en situación de mayor necesidad. Por ello en esta igualitarismo analógico tienen mayores merecimientos y ha de apoyársele más, en la medida que el caso lo requiera.

En conclusión podemos decir que la tensión que se da entre el universalismo y el pluralismo de las culturas se resuelve con un pluralismo bien planteado, analógico (proporcional), que tome en serio las diferencias. El pluralismo cultural o multiculturalismo es buscado como una postura intermedia y moderada entre los dos extremos, universalismo y particularismo, con el relativismo que acompaña este último.

²¹⁰ *Ídem.*

²¹¹ *Ibídem*, p. 186.

b). Samuel Arriarán.

Este autor hace un análisis del autor Charles Taylor en donde este último “plantea la posibilidad de una cultura que combine los derechos individuales con las metas colectivas, la igualdad y la diferencia.”²¹²

La comunicación intercultural –dice el autor Arriarán- se da justamente en el reconocimiento de la identidad diferencial. Más que un mero formalismo –refiriéndose a Charles Taylor-, nos propone una cultura de la autenticidad donde coexistan dos o más modos de vida: el principio básico es el de la justicia que exige igualdad de oportunidades para que todos los individuos puedan desarrollar su propia identidad, pero incluyendo el reconocimiento de la diferencia.

Así, la hermenéutica de Taylor, que parte de la necesidad de horizontes de valor para la vida ética, se conecta con una hermenéutica cultural que establece la posibilidad de coexistencia de mestizaje entre diferentes culturas.²¹³

México, al igual que muchos otros países de América Latina, es una sociedad multicultural. El liberalismo existente es insuficiente para contener las reivindicaciones de las culturas indígenas, como establecía en otra de sus obras:

Lo ideal sería un Estado como el que plantea Taylor, donde se dé un compromiso efectivo con la supervivencia y el florecimiento de las diversas culturas, naciones y religiones. México podría ser una nación tolerante como Noruega o Francia, que se parecen más a Québec. Esos gobiernos se interesan en las metas colectivas. No pretenden ser neutrales. Toleran realmente las diferencias étnicas y religiosas al permitir una libertad de organización, expresión y reproducción material.²¹⁴

El principal problema en países como México es la hegemonía cultural. El caso es que no se da aquí el problema al margen de la imposición de una cultura. Históricamente, la expansión occidental ha colocado a las culturas

²¹² Arriarán, Samuel, “Filosofía y Multiculturalismo” en *Filosofía, Neobarroco y Multiculturalismo*, op. cit. p. 171.

²¹³ *Ibidem*, p. 172.

²¹⁴ *La Fábula de la Identidad Perdida. Una Crítica a la Hermenéutica contemporánea*, México, Editorial Itaca, 1999, 149.

indígenas en situación desigual. O sea que hay que considerar el modo en que en América Latina la dinámica social presenta una serie de características particulares. “Aquí hay culturas subalternas que desarrollan un proceso muy complejo de interacción entre sus tradiciones y la cultura occidental.”²¹⁵ La integración cultural no es una solución. Porque esto implica uniformizar las culturas según un solo modelo.

El hecho de que haya relaciones de dominación no puede hacernos perder de vista que la identidad no implica anular la diversidad. El pluralismo cultural basado en el respeto a las diferencias es un valor que es necesario repensar. Los nuevos problemas de la posmodernidad indican que también es necesario salir de los planteamientos centrados en el nacionalismo y en el etnicismo. En la medida en que la globalización impide un desarrollo económico y político en términos de autarquía,²¹⁶ se plantea la necesidad de pensar en otro camino para América Latina y para México, en virtud de ser una sociedad con características muy particulares, diferentes a las otras sociedades.

Nuestra posición para dimensionar el gran reto de la globalización, está en que la problemática moral y jurídica propias del multiculturalismo de los países europeos que se pretende reconocer, contrasta a su vez con el otro carácter pluriétnico de las sociedades latinoamericanas; de donde resulta que la tradición romanista del derecho natural y del derecho de los pueblos concurre con las tradiciones jurídicas de las etnias autóctonas,²¹⁷ con sus consiguientes afinidades y contradicciones teóricas.

Es cierto que no todos los que abordan el multiculturalismo desde el punto de vista teórico lo hacen planteando una discusión en pro o en contra de los diferentes planteamientos liberales; en efecto, algunos autores parten simplemente de dar por sentada la coexistencia entre ambas corrientes; otros

²¹⁵ *Ídem.*

²¹⁶ Política de un Estado que intenta bastarse en sus propios recursos. Tratándose de las poblaciones marginadas, como los pueblos indígenas, se les debe proteger de las consecuencias desastrosas de la globalización, pero al mismo tiempo aprovechar los beneficios que ésta otorga.

²¹⁷ Castellanos Goût, Milton Emilio, *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*, México, Porrúa/Universidad Autónoma de Baja California, 2004, p. 117.

consideran que el liberalismo puede ser el punto de partida del manejo de la diversidad cultural, aunque estudian por igual las diferentes alternativas de riesgo que ello conlleva.

Otros teóricos de la política estudian el multiculturalismo a partir de resolver la controversia que para el Estado liberal democrático significa otorgar reconocimiento o ser tolerante con las diversidades, y construir un marco normativo encaminado a conferir derechos diferenciados a los integrantes de los grupos minoritarios culturales, étnicos o distintos en función de religión, preferencias sexuales o diferencias de género y en determinadas circunstancias a los grupos mismos en tanto entidades colectivas que existen dentro de la sociedad mayoritaria.

Estos autores se inclinan por uno u otro lado del dilema (entre apoyar la prioridad moral de los individuos o las comunidades): Fernando Salmerón, Ernesto Garzón Valdés y Joseph Raz, por ejemplo se han inclinado por la defensa de una posición que mantiene la prioridad moral de los individuos. Autores como Luis Villoro y Charles Taylor han alegado que en ciertas circunstancias debe haber una prioridad moral de las comunidades. Mientras tanto Mauricio Beuchot y Samuel Arriarán sostienen una igualdad proporcional respetando las diferencias.

A manera de conclusión, nosotros nos inclinamos hacia la teoría *pluralista* del filósofo León Olivé, quien plantea que la principal idea de la concepción pluralista es que las sociedades se componen de comunidades y de culturas diversas, cada una con diferentes estrategias y formas de obtener conocimientos acerca del mundo, estándares de evaluación cognoscitiva, moral y estética; y acepta que todos esos sistemas cognoscitivos y morales no son evaluables bajo un grupo único de estándares.

Bajo la perspectiva pluralista, en el contexto de interacciones transculturales, no tiene caso plantearse el problema de la prioridad moral del individuo sobre el de la comunidad. Es importante tomar una decisión para el caso mexicano, con sus circunstancias específicas. Es decir, no es adecuado

asumir ni el liberalismo ni el comunitarismo; no debemos otorgar prioridad ni a los individuos ni a las comunidades. En nuestro contexto multicultural, tan importante son los derechos individuales como los de ciertos grupos, como los indígenas, en donde la resolución de muchos de los problemas planteados por las comunidades indígenas requiere el reconocimiento cabal de sus derechos colectivos, sin merma de los derechos individuales reconocidos en diferentes ordenamientos normativos.

También nos adherimos a la tesis de la política de la igualdad, propuesta por el filósofo Luis Villoro, sería aquella que ofrecería a cada quien las mismas oportunidades para determinar su vida y que respetaría, por lo tanto, el modo de ser que cada quien hubiera elegido, por diferente que fuera de otros.

Porque el multiculturalismo, si es coherente, obliga a aceptar la heterogeneidad de usos y costumbres, de instituciones sociales y reglas de convivencia de cada cultura.

Pero nuestro propósito no es profundizar en el ámbito cultural de la diversidad, sino que solamente en su normatividad, en su sistema jurídico, por eso abordaremos la existencia y fundamento del pluralismo jurídico.

CAPÍTULO III

PLURALISMO JURÍDICO

Los pueblos indígenas le imprimen a México una riqueza cultural que le permite ocupar “el octavo lugar en el mundo en cuanto a diversidad cultural, con cerca del 12.7 por ciento de la población nacional, les pertenece la quinta parte de la superficie total del país, habitan tanto en las ciudades como en el campo y, en éste, en cerca de 20 mil localidades.”²¹⁸ Esa es su dimensión actual y en la historia se les reconoce como el origen de la nación mexicana.

La expresión Pluralismo Jurídico es un caso de notable polisemia en ciencias sociales. Fenómenos muy diversos han sido nombrados con ella, incluyendo el caso de los Estados confederados y el de la pluralidad de fuentes. Principalmente han sido juristas europeos y estadounidense quienes han usado la expresión en estos sentidos.

El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de *monopolización de la producción jurídica*.²¹⁹

Para nuestro propósito usaremos la expresión en sentido en que lo hace el autor Oscar Correas, para quien Pluralismo Jurídico es:

... la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos.²²⁰

Es decir, de normas que se organizan alrededor de distintas reglas de reconocimiento.

²¹⁸ San Juan Victoria, “Las Reformas Jurídicas sobre Derechos Indígenas: un largo y sinuoso camino” en *Sistemas Jurídicos de la Pluralidad en México*, Julio Moguel, Carlos San Juan y Francisco López Bárcenas (coordinadores) 2ª edición, México, Universidad Indígena Intercultural de Michoacán, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural y Sustentable y la Soberanía Alimentaria de la H. Cámara de Diputados, 2005, p. 125.

²¹⁹ Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*, traducción Eduardo Razo Acuña, 1ª edición 1991, Madrid, Editorial Debate, 1998, p. 21.

²²⁰ Oscar Correas. *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena* (ensayos), 3ª edición, México, Editorial Fontamara, 2003, p. 37.

México es un país en el que sucede este fenómeno: existen comunidades que obedecen normas que no han sido dictadas por el Estado mexicano, como las normas jurídicas de los pueblos y comunidades indígenas.

El problema ha sido y lo seguirá siendo, la *definición* de este fenómeno. O, dicho de otra manera, señalar con precisión los fenómenos a los que les será aplicable el sentido de "pluralismo jurídico".²²¹

Otro destacado investigador ha estudiado el tema y lo define como paradigma jurídico en las investigaciones jurídicas:

...como paradigma jurídico es el marco-guía de las investigaciones del derecho humano, es decir, de maneras diferentes de imaginar el orden del mundo, sin referencia a un modelo general de sociedad.²²²

Establece este autor, que el pluralismo jurídico muestra que las diferentes maneras de organizar la vida comunitaria no son sino manifestaciones de la conciencia de ser/estar en la Tierra.²²³ En donde cada cultura desarrolla sus propias experiencias organizativas en condiciones geográficas y económicas diferentes. "Su objeto es, como el de todas las actividades nobles, comprender y hacer comprender el mundo."²²⁴

El mismo autor establece dos aspectos del pluralismo jurídico, a saber: el pluralismo jurídico estatal que considera la diversidad de derechos ligada a la concepción del derecho estatal; y la segunda, considera la diversidad de derechos ligada a la concepción del derecho en tanto género, llamada pluralismo jurídico humano.

El pluralismo jurídico estatal. Este aspecto del pluralismo jurídico no corresponde a la noción de maneras diferentes de organizar la vida comunitaria, sino a *la diversidad de maneras*

²²¹ Correas, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca/ediciones Coyoacán S. A. de C. V., 1994, p. 113.

²²² González Galván. Jorge Alberto, *Derecho Indígena*, México, Mc Graw Hill, 1997, p 7.

²²³ *Ídem.*

²²⁴ *Ídem.*

de ver la organización social regida por el derecho estatal. Se argumenta que al interior de la sociedad el derecho estatal no es el único instrumento de regulación.²²⁵

El autor González Galván establece que el pluralismo jurídico estatal se desarrolla en dos niveles: el nivel intraestatal que se analiza de diversas maneras (según la materia: civil, penal, administrativa, constitucional, etc.); y en el nivel extraestatal existen ciertos espacios autorreproductores de reglas, tanto en el ámbito nacional como internacional (organismos internacionales).

Por lo que respecta al pluralismo jurídico humano concibe al derecho como la manera de ver el orden del mundo y que ningún pueblo o Estado tiene el monopolio del derecho, de lo político o de la religión, y que la humanidad desarrolla dicha conciencia de acuerdo a sus diferentes condiciones geográficas, climáticas y económicas.

Esto nos conduce a creer que no existe una cultura sino varias culturas. En este sentido, el análisis de la diversidad de derechos permite creer en la existencia de una concepción operacional del fenómeno jurídico. Esta concepción hace referencia a la noción del derecho en tanto *género*. Lo concebimos como la intuición que tienen todos los seres humanos de imaginar un orden. Este derecho lo llamaremos *derecho humano* y las diferentes maneras de imaginar el orden de cada cultura serán considerados como sus *especies*: derecho mexicano, derecho náhuatl, derecho musulmán, derecho francés, derecho judío, derecho chino, derecho rarámuri...²²⁶

Es decir, que el pluralismo jurídico humano, como paradigma, analiza los diferentes sistemas jurídicos del mundo, en su diversidad, a través de la historia, sin referirse a una sociedad como modelo, en virtud de que cada una es diferente en su especie. Y prosigue el autor:

Este pluralismo jurídico humano descansa aquí en dos postulados principales: el reconocimiento de la existencia de comunidades no estatales creadoras de derecho, y el análisis de la producción y aplicación, sobre todo, derecho indígena y sus relaciones con el

²²⁵ *Ibidem*, p. 8.

²²⁶ *Ibidem*, p. 11.

derecho estatal. Su objetivo es mostrar la complejidad del fenómeno jurídico humano, oponiéndose a la ideología etnocentrista que sobre-valoraba los derechos occidentales.²²⁷

En otras palabras, con una visión más amplia del derecho, podemos decir que el derecho indígena es totalmente aceptable sin que ello se oponga ni debilita el sistema jurídico nacional.

3.1 Fundamento constitucional

El reconocimiento constitucional mexicano del pluralismo cultural (artículo 2º, apartado A de la Constitución Política Federal),²²⁸ conlleva un reconocimiento implícito del pluralismo jurídico. En palabras del doctor Jorge Alberto González Galván:

Los derechos que tiene cualquier cultura para poder desarrollarse son el derecho a aprender y practicar su idioma y medicina, el derecho a elegir y respetar a sus autoridades, el derecho a creer y vivir su religión, y el derecho, entre otros más, a concebir, aprobar y aplicar su sistema jurídico.²²⁹

Es decir, la Constitución reconoce el pluralismo jurídico.²³⁰ Queda por instrumentar los mecanismos adecuados para dar vigencia plena a estos derechos, *positividad* y *vigencia* diría el maestro García Máynez.²³¹ Lo que es lo mismo, el desafío ideológico y práctico que se nos presenta para generar las normas reglamentarias que garanticen, principalmente, la convivencia de los sistemas jurídicos estatales (federal y locales). Y sobre todo tomar en cuenta

²²⁷ González Galván, Jorge Alberto, *Derecho Indígena*, loc. cit.

²²⁸ El dictamen fue aprobado en la Cámara de Senadores el 25 de abril del año 2001. *Derechos del Pueblos Mexicano. México a través de sus Constituciones XIV*, México, 2007, p. 186.

²²⁹ *Ídem*.

²³⁰ Cuando decimos que los derechos de los pueblos indígenas son reconocidos por el Poder Legislativo, estamos indicando que los pueblos tienen derechos previos a la constitución del Estado mexicano, y que ellos son entidades que participan en el acto social para formar un Estado plural como resultado del pacto entre distintos pueblos.

²³¹ "*Positividad* es el atributo de las normas creadas o reconocidas por los órganos del Estado con el propósito de regular, ya sus propias tareas, ya el comportamiento de los particulares. El término *vigencia*, aplicado a las disposiciones de cada sistema, designa otro atributo de las últimas: su *fuerza vinculante*." *Filosofía del Derecho*, 12ª edición, México, Porrúa, 2000, p. 269.

los derechos inherentes al ser humano, porque estos derechos, en principio, no contradicen las normas fundamentales.

3.2 Pluralismo normativo

Aquí nos referimos concretamente a la pluralidad de normas, de leyes, desde la filosofía clásica del derecho, que en palabras del doctor Francisco Puy, es:

El conjunto mismo de las ciencias jurídicas está basado sobre el hecho de dicha pluralidad. Cada ciencia particular del derecho está orientada a analizar, relacionar, interpretar, sistematizar y exponer una familia de leyes. Con todo, la clasificación de estas leyes, en sí, es un problema secundario de pura técnica jurídica.²³²

El autor se refiere, aquí, esencialmente a las ramas tradicionales del Derecho, hablamos del derecho civil, penal, laboral, mercantil, etc.

Sin embargo -establece este autor-, hay otro género de clasificación de mayor envergadura doctrinal:

Se trata de la clasificación, tan antigua como el mismo pensamiento jurídico, que divide a las leyes en cinco grandes grupos, connotados por sucesivos adjetivos: *leyes divinas*, *leyes humanas*, *leyes positivas*, *leyes naturales*, y *leyes eternas*.²³³

Esta división significa la respuesta técnica, elaborada por la ciencia iusnaturalista, es decir, por la filosofía clásica del derecho a los tantos problemas planteados por el análisis de la experiencia jurídica, conducido desde el punto de vista de la búsqueda del fundamento del Derecho o la justificación de las instituciones jurídicas. Y así tenemos:

²³² *Teoría Científica del Derecho Natural*, México, Porrúa, 2006, p. 210.

²³³ A. Mendizábal Villalba, "La Teoría Jurídica de la Ley según Domingo de Soto", en el vol. *Studi Del Vecchio*, t. 2, Modenese, Moderna, 1931, p. 111 ss. Citado por el autor Francisco Puy, *op. cit.*, *ídem*.

a) *Las Leyes Divinas*

Es primer lugar, estas leyes no son un caso del Legislativo ni de algún laboratorio. El estudio de cualquier sociedad religiosa (origen y fundamento de identidad e idiosincrasia de toda colectividad) con un mínimo de aparato jurídico las muestra en la experiencia jurídica cotidiana. Estas leyes que no las dan los seres humanos y se denominan técnicamente leyes divinas.

Negarse a considerar este tipo de leyes que constata la experiencia jurídica común sería una resolución sectaria y acientífica. Si se considera que tales leyes son imposibles, al menos hay que demostrar que lo son. Por eso importa saber si es o no es contradictorio; en general, aceptar por existentes tales leyes, como problema previo al de determinar si esta o la otra ley divina concreta procede de un falso o de un auténtico profeta.

En principio, el concepto de ley divina no es contradictorio. No lo es, porque no es contradictoria la idea de un Dios creador y gobernador del universo, e inteligente, que se comunique racionalmente con sus criaturas racionales, para ayudarlas a conocer con mayores garantías de seguridad y certeza las leyes que rigen sus comportamientos morales, en orden al propio bien, al bien de cada hombre en sí, y al bien de los grupos sociales como tales.²³⁴

En realidad, la última palabra sobre este problema no la tiene *strictu sensu* la filosofía del derecho, sino la Teología del derecho. A la filosofía jurídica no cabe otra función que mostrar que la idea de una ley divina no carece de sentido en sí misma, por la sencilla razón de que los argumentos teológicos corroboran firmemente la tesis filosófica de la no contradicción interna del concepto de ley divina, razones por las que la hacen moralmente conveniente y teológicamente necesaria.

Ejemplos los hay y, algunos de ellos mundialmente conocidos, pueden leerse en La Biblia,²³⁵ o bien, en El Corán.²³⁶ Los *Diez Mandamientos*²³⁷ son

²³⁴ Puy, Francisco, *op. cit.* p. 211.

²³⁵ *Éxodo* 18, 13-16; 20, 1-17; 24, 3.

²³⁶ *El Corán* 2, 3; 2, 21; 3, 2-5.

²³⁷ Atri Behar, Mauricio Moisés. "Los Diez Mandamientos y el Derecho Positivo Mexicano" en *El Mundo del Abogado*, México, Año 10, núm. 99, julio 2007, pp. 16-19.

ejemplos muy concretos cuyas prescripciones, de una u otra manera, podemos encontrar consagradas en nuestro orden jurídico.

En suma, la ley divina no es un concepto vacío ni gratuito. Es una exigencia prácticamente necesaria, porque sólo ella puede suplir la deficiencia que es peculiar en la ley humana, dada la evidente debilidad del ser humano.

b) Las Leyes Positivas

Son leyes dadas por los legisladores en representación de otros hombres de la sociedad. Son las que la experiencia nos hace constatar a diario, ajustando nuestra conducta a ellas. Son las leyes positivas.

Son leyes que constantemente estamos sintiendo, consintiendo o aplicando, como individuos que vivimos en comunidades políticas concretas, de mayor o menor extensión. Son las leyes que los juristas deben conocer y aplicar profesionalmente. Son las *leyes jurídicas o leyes humanas*.²³⁸

Estas leyes son una constante, pero a la vez cambiantes en el tiempo y en el espacio. Son las leyes que rigen la mayoría de los Estados modernos, democráticos, laicos. Incluyendo, desde luego, el nuestro.

Tal constancia, empero, se manifiesta en medio de la más compleja y variedad de teorías. Y esta constatación, de complejidad y de pluralidad, es un arma de doble filo. Tanto que ella ha sido la que ha movido, desde los orígenes de la reflexión iusnaturalista, la más seria duda contra las leyes humanas: la duda de que constituyan un elemento de discordia y desorden en las relaciones humanas, en lugar de ser instrumentos de ordenación y concordia entre las personas.²³⁹

A tenor de la misma, la teoría iusnaturalista ha denominado *ley positiva* a lo que hay de variable en las leyes humanas; y *ley natural* a lo que en ellas

²³⁸ Puy, Francisco, *op. cit.*, p 213.

²³⁹ El origen de esta posición está en la misma Grecia, cuando los sofistas construyeron la teoría del valor negativo de las leyes humanas políticas, aprovechando las enseñanzas del derecho comparado que se les suministró Herodoto de Halicarnaso.

aparece como permanente. Que vale en cualquier tiempo y espacio, por ejemplo los derechos humanos universalmente reconocidos.

c) *Las Leyes Naturales*

La ley natural para el jurista es el conjunto de preceptos que, estando o apareciendo en las leyes humanas –únicas que brinda la experiencia jurídica inmediata-, tienen una permanencia, una estabilidad mayor que el resto de los preceptos puramente positivos contenidos en cada ordenamiento jurídico. La justificación a esta permanencia, dice este autor:

Se debe a que, en el ser humano, naturaleza histórica, hay cosas accidentales y cosas esenciales. Y su poder legislador en el campo de las cosas accidentales es absoluto. Pero el poder creador de leyes que tiene el ser humano, en la zona de las tendencias esenciales de su naturaleza, está limitado por la realidad que es esta misma naturaleza. Por, lo tanto, esta distinción intelectual es posible y legítima, porque tiene un fundamento cierto en la realidad.²⁴⁰

Como puede apreciarse, el concepto de ley natural, tal y como es inteligible para un jurista, alude al hecho de que la naturaleza humana impone determinadas conductas como esencialmente postuladas por y para ella, en sus tendencias asimismo esenciales. La categoría intelectual *ley natural* es, por tanto, una distinción de razón, una medida de la necesidad de contar con una regulación normativa basada, a su vez, en la racionalidad y derechos inherentes al ser humano.

Con la ley natural se designa la idea de que la naturaleza humana cumple el oficio de regla y medida de sus propios movimientos, en lo fundamental de ellos. La explicación que da este autor es:

Tal tesis, parece, en efecto, conducir a un círculo vicioso. No es así, sin embargo, si la proposición es comprendida en sus justos términos. En efecto, la hipótesis que mantenemos sólo es posible si se parte de la base de que la naturaleza humana es medida y canon en sentido derivativo, que no intrínseco.²⁴¹

²⁴⁰ *Op. cit.*, p. 215.

²⁴¹ *Ídem.*

Esto debe a que todo lo que sirve de medida o regla puede ser entendido de dos modos: como el objeto con el que se regula y mide, o como el objeto que puede ser regulado y medido.²⁴²

Si sostenemos que la ley natural es regla, es porque a su vez ha sido también una cosa previamente regulada y medida. Lo cual quiere decir que se impone la tesis de que hay que buscar la regla que la mide a ella a su vez.

Pues bien, a la hipótesis de esta regla última de toda legalidad humana es a lo que la tradición iusnaturalista ha denominada *ley eterna*.

d) *Las Leyes Eternas*

Han sido los teólogos cristianos quienes fundamentalmente han desarrollado la doctrina de la ley eterna a partir de San Agustín y Santo Tomás de Aquino.

La ley eterna es, pues, una exigencia del hecho de que la naturaleza humana se manifiesta como cosa que mide por haber sido ella, a su vez, medida por otro.

La ley eterna es, en efecto, la ley que necesariamente tiene que regir toda la creación. Puesto que la creación funciona racionalmente, puede sin dificultad ser considerada ley la razón de todas las cosas existentes en la *Naturaleza*, pensado como el supremo gobernante del universo.²⁴³

La ley eterna aparece, en consecuencia, como *la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos de los seres creados*.²⁴⁴

²⁴² Así por ejemplo, el metro con que medimos distancias concretas es una medida respecto de ellas. Pero, él a su vez, ha sido un objeto medido respecto de la unidad que le sirvió de punto de partida, la longitud del meridiano terrestre, por ejemplo.

²⁴³ Puy, Francisco, *op. cit.*, p. 216.

²⁴⁴ "No es otra cosa la ley eterna –comenta este pasaje A. de Asís– sino el orden del universo, la ordenación final de las criaturas, en cuanto existente en la inteligencia divina. Se trata del mismo orden de los seres, pero no en cuanto les es propio, sino por cuanto pertenece a una razón superior, autora de ellos mismos. Es la idea perfecta, la suprema expresión metafísica, que el autor tiene de la legalidad inmanente al cosmos." A. de Asís, *Manual de derecho natural*,

Porque si echamos una ojeada al campo de la experiencia de que continuamente estamos partiendo; es decir, de las leyes jurídicas o humanas que componen los ordenamientos jurídicos vigentes en nuestras sociedades, podremos darnos cuenta de que los legisladores, en no pocas ocasiones, persiguen con sus leyes una serie de intereses partidistas o de grupo, incluso personales, que no entran directamente en lo que es el fin primordial y normal de la ley, que es el lograr del bien común.²⁴⁵

Los efectos parciales que puede perseguir el legislador tienen muchas consecuencias. La tradición señala una serie de efectos verdaderamente importantes en palabras de San Isidoro de Sevilla. El gran jurista visigodo, en efecto, enseñó que las buenas leyes deben ser “honestas, justas, posibles, adecuadas a la naturaleza de las cosas, concordes con la tradición de la comunidad, convenientes al lugar y al momento, necesarias, útiles, claras en su locución para que no induzcan a graves problemas de interpretación.”²⁴⁶

Los efectos acumulativos²⁴⁷ de la ley pueden ser, en puridad, cualesquiera, con tal de que cumplan la condición general de lo accidental: que es la adecuación, la convivencia, la homogeneidad con lo sustancial que lo soporta.

Si la ley no persigue el bien común, carece de una de sus notas definitorias. Y, por tanto, al menos en teoría, no es verdadera ley, aunque tal pueda pasar en la práctica, por muy diversas causas, desde la inadvertencia hasta la imposición forzada.²⁴⁸

Urania, Granada, 1963, p. 434. Citado como pie de página por el doctor Francisco Puy, *op. cit.*, p. 221.

²⁴⁵ Cfr. F. Giner de los Ríos, “Acerca de la función de la ley”, en sus *Ensayos y Cartas*, México, FCE, 1965, p. 26 ss. Citado por el doctor Francisco Puy, *op. cit.*, p. 217.

²⁴⁶ Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, libro 5, cap. 21. Citado por el doctor Francisco Puy, *op. cit.*, p. 217.

²⁴⁷ El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia de la Lengua Española, la define como: “Unir unos procedimientos a otros para que sean resueltos por una sola sentencia o resolución.” 22ª edición, 2001. Rafael de Pina, en su *Diccionario de Derecho* la define como: “Reunir una diversidad de funciones, actos, penas, acciones, etc., con alguna finalidad determinada y concreta.” 26ª edición, México, Porrúa, 1998.

²⁴⁸ “Cuando falta la dirección hacia el bien común, la ley es solamente *apariencia* de ley, ley falsa; como es falsa la moneda troquelada sin la aleación correcta, aunque corra de mano en mano, por ser una buena imitación que no llame la atención sobre su *falsedad*...” Francisco Puy, *op. cit.*, p. 218.

El conocimiento de la ley eterna lo tenemos que buscar en otro ámbito, en otra vía de solución. Porque si lo basamos en la corriente positivista actual que sostiene que la teoría del derecho natural, por ser necesariamente “teleológica”,²⁴⁹ doctrina de las causas finales, tiene que ser irremediablemente “teológica”, de lo que se seguiría que el derecho natural no sería algo relacionado con el derecho humano, sino sólo propio del derecho divino. Esta es una premisa falsa, porque parte inconscientemente de una teoría gnoseológica excesivamente simplista, afirmando que sólo es posible conocer aquello que directamente cae bajo el foco de nuestra percepción sensible. Pero eso no es cierto en absoluto.

La pregunta obligada sería, ¿Cómo conocemos o sabemos que estamos ante una ley eterna?

Conocer es una función extraordinariamente compleja a nivel humano. Concretamente, junto al modo de conocer que capta algo en sí mismo aprehendido, hay otro modo de conocer implicativo, según el cual se conoce algo por sus efectos.²⁵⁰

Cierto que este tipo de conocimiento es *distinto*. Incluso se podría admitir provisionalmente que sea un conocimiento más problemático. Pero por poca cosa que parezca, proporciona una base suficiente en la que nos podemos apoyar para extraer esta conclusión: la dificultad del conocimiento de lo que hay de eterno en las leyes positivas no es ninguna objeción definitiva contra la idea misma de la ley eterna.²⁵¹

Podemos concluir que la naturaleza humana, en cuanto ser racional y espiritual, es regulada por muchos tipos de leyes; y que, para su pleno reconocimiento y vigencia, nuestro deber es comprender a fondo, el origen, la esencia de estas leyes, con la finalidad de incluir los derechos inherentes al ser humano en la legislación vigente.

²⁴⁹ La Teleología en *Filosofía* es la: “Doctrina que presupone la existencia de una finalidad a la que obedecen los procesos del universo y que, en última instancia, los explica. También recibe el nombre de *finalismo*.” *Gran Diccionario Salvat*, tomo 26, Barcelona, 2000, p. 3705.

²⁵⁰ Puy, Francisco, *op. cit.*, p. 224.

²⁵¹ Así, por ejemplo, cuando vemos unas ramas ardiendo, sabemos de un modo directo que ahí hay un fuego. Pero también cuando no vemos lo que arde, y sí vemos el humo que produce, podemos saber que allí también hay fuego, aunque no lo vemos así: lo “vemos” por el efecto.

3.3 Derecho alternativo

El objetivo de este apartado consiste en establecer que es posible declarar en normas jurídicas escritas los principios permanentes del iusnaturalismo, para que cobren plena vigencia; ya que las orientaciones actuales tienden principalmente hacia la positividad del Derecho. Para esto, necesariamente recurrimos a los fundamentos teóricos.

Dado que el análisis de las leyes jurídicas revela que en ellas hay elementos permanentes y elementos en constante cambio, se hace necesario distinguir unos de otros. Al analizar la distinción en cuestión, se descubre que existen preceptos eternos y naturales, por un lado, y preceptos meramente positivos por otro, siendo estos últimos mayoritarios y los primeros minoritarios, con gran diferencia.

En este caso no debemos entender por positividad simplemente como la propiedad que tiene la ley de haber sido *puesta* por el legislador, como lo establece el autor Francisco Puy.

A la filosofía le interesa, *le debe interesar*, la positividad en otro sentido. En el sentido de concepto complementario y dialécticamente contrapuesto al de *naturalidad* –y, por ende, al de *eternidad*-. Sólo tiene sentido preguntarse por la positividad cuando se admite de entrada que en las leyes humanas hay unas normas, unos preceptos, que están puestos en ellas por necesidad, mientras que hay otros que sólo están puestos en ellas por accidente, y se trata de distinguir entre ambos, y de bucear en el porqué tal cosa ocurra o pueda ocurrir.²⁵²

El problema consiste en la eterna cuestión filosófica que estriba en explicar *cómo es posible que la ley sea algo permanente y al mismo tiempo algo variable*. Desde luego, este es el problema general y básico de toda la filosofía de la ley. Pero en el campo de la positividad se manifiesta de forma muy especial.²⁵³

²⁵² *Op. cit.*, p. 257.

²⁵³ Cfr. G. del Vecchio, "Mutabilidad y eternidad del derecho", en sus *Aspectos y problemas del derecho*, Epesa, Madrid, 1967, p. 95. Citado por el doctor Francisco Puy, *op. cit.*, p. 257.

La coexistencia dentro de la ley jurídica de preceptos naturales y preceptos positivos es necesaria, como explica el doctor Francisco Puy:

Si la ley humana sólo contuviera preceptos positivos, sería una ley radicalmente insuficiente e imperfecta, porque dejaría fuera de ámbito, precisamente, la regulación de las tendencias más fundamentales de la naturaleza humana.

Si, por el contrario, la ley humana sólo contuviera preceptos naturales, también sería radicalmente imperfecta e insuficiente, porque dejaría de atender los preceptos parciales y los detalles que hacen posible la comprensión y el cumplimiento mismo de lo ordenado para las conductas esenciales.²⁵⁴

Los preceptos fundamentales precisan de los accesorios para redondear su mandato. Los preceptos accidentales reclaman los esenciales para sostenerse y cobrar sentido de ellos.²⁵⁵ Unos y otros forman un círculo de mutuos reenvíos que no puede romperse. Por eso tienen que estar dentro de las leyes jurídicas tanto uno como otro tipo de preceptos.

Y por eso, es necesario que los ordenamientos jurídicos contengan simultáneamente leyes naturales, que salvaguarden lo esencial e imprescindible, y leyes positivos, que garanticen lo accidental.

Relaciones entre Derecho Natural y Derecho Positivo:

Planteadas en términos amplios las líneas generales de la concepción iusnaturalista clásica del derecho natural, conviene ahora delinear algunas de las más importantes relaciones que se establecen entre el derecho natural y el derecho positivo. En este punto seguiremos la propuesta íntegra del autor Javier Hervada.²⁵⁶

a) La unidad entre el derecho natural y el derecho positivo.

El derecho natural y el derecho positivo –establece el autor Hervada- son partes integrantes de un único sistema jurídico. Este principio de unidad es

²⁵⁴ *Op. cit.*, p. 259.

²⁵⁵ La ley humana necesita de unos y otros preceptos de modo semejante a como el cuerpo humano necesita del esqueleto y la piel, o como la casa necesita de los pilares maestras y de los muros de relleno.

²⁵⁶ *Introducción Crítica al Derecho Natural*, México, Editorial Minos, 1994.

triple: a) en primer lugar, la ley positiva se genera o deriva de la ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre; b) en segundo lugar, la potestad de dar normas positivas es de orden natural; c) las relaciones jurídicas básicas y fundamentales son naturales.

b) La positivación del derecho natural.

De poco sirve que exista un derecho natural si éste no es conocido, de ahí que dicho ordenamiento natural requiera que esté integrado en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico. Se denomina *positivación* del derecho natural “al paso a la *vigencia histórica* (integración en el sistema jurídico aplicable) de una norma natural de derecho o de un derecho natural”.²⁵⁷ Tenemos entonces que hay un derecho natural originario que es conocido por todos y que es, en parte, progresivo. Ahora bien, este núcleo básico del derecho natural originario se va desvelando progresivamente en la medida en que la naturaleza del hombre y su dignidad personal van siendo conocidas por las circunstancias históricas. De modo que el derecho natural que exponemos considera y hace suya la historia como elemento de conocimiento del propio derecho natural.

c) Formalización del derecho natural.

La formalización del derecho natural consiste en la *tecnificación* de los elementos que integran el derecho, dándoles forma y atribuyéndoles eficacia; es decir, estableciendo los requisitos para que dichos elementos sean válidos en sí mismos y en relación con los demás y, a la vez, eficaces.

Por eso el derecho natural, una vez positivado, debe ser integrado por la formalización, mediante normas por las cuales se complete, se establezcan los mecanismos que garanticen su aplicación.²⁵⁸

²⁵⁷ *Op. cit.*, p. 178.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 180.

d) *Las garantías de efectividad del derecho natural.*

En relación a la efectividad del derecho natural, la que en cualquier mentalidad jurídica va generalmente acompañada de la fuerza u otras formas de garantía de efectividad. Pues bien, el sistema de garantías del derecho natural es el mismo que el derecho positivo. El sistema coactivo propio del derecho natural es el mismo que el derecho positivo. En caso de falta de garantía de efectividad –dice este autor-, la norma sigue siendo válida:

...la norma sigue siendo válida y el derecho sigue siendo debido, pero fuera del cumplimiento por comportamiento justo, no encontrará apoyo; será *ineficaz*. Tendrá *validez*, pero no *eficacia* en caso de incumplimiento.²⁵⁹

Derecho alternativo –que no uso alternativo del derecho-²⁶⁰ significa, por tanto, la existencia de un fenómeno de pluralidad jurídica. Significa considerar los derechos inherentes al ser humano antes de dar expresividad escrita, dar positividad, a los derechos del hombre. Significa no descartar cualquier corriente de pensamiento jurídico, tratándose de la normatividad de la conducta del hombre y de sus derechos, porque ambas posturas tienen puntos de convergencia. Aquí prescindimos en lo posible de los aspectos teológicos.

Podemos mostrar –siguiendo al tratadista italiano Norberto Bobbio- la relación que guarda el positivismo jurídico y el jusnaturalismo como ideología. La máxima fundamental del positivismo jurídico como ideología puede formularse de esta manera: “Se debe obedecer las leyes en cuanto tales”; la del jusnaturalismo, de esta otra manera: “Se debe obedecer las leyes solo en tanto son justas”. Estos casos son considerados como versiones extremas. En el primer caso las leyes son ellas mismas criterio de lo justo y de lo injusto; en el segundo, las leyes están a su vez sometidas a un criterio superior de

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 183.

²⁶⁰ Modernamente, a la expresión jurídica se ha introducido una forma sutil, pero equívoca, la discriminación o acepción de personas (favorecer o inclinarse a unas personas más que a otras por algún motivo o afecto particular, sin atender al mérito o a la razón): el llamado *uso alternativo del derecho*, según el cual se tiene en cuenta la pertenencia del sujeto a la clase “burguesa” (opresora) o a la clase “proletaria” o indígena (oprimida) para dictar sentencia en un sentido o en otro. Vieja forma de injusticia, con ropajes nuevos. Como es una forma brutal de injusticia la apelación a los “derechos humanos del pueblo” para reclamar el poder y, a continuación de obtenido, negar los más elementales derechos a la “clase opresora”, a la que se elimina o se les niegan sus derechos mediante la “justicia popular”.

valoración. Sin embargo, al mismo tiempo, -dice este autor que- podemos considerar versiones moderadas de ambas corrientes:

...por ideología positivista moderada entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas en tanto tales porque la legalidad, por sí misma, garantiza la realización del valor específico del derecho, es decir, el valor del orden o de la paz social (teoría de la obediencia condicionada);... por ideología jusnaturalista moderada entiendo aquella según la cual las leyes pueden ser injustas, pero deben ser igualmente obedecidas, salvo en caso extremo (teoría de la obediencia condicionada o de la obediencia pasiva).²⁶¹

Mientras que las dos versiones extremas son antitéticas y constituyen alternativas; en cambio, las dos versiones moderadas son convergentes, y la línea de demarcación entre ideología positivista y jusnaturalista en este plano se desvanece cada vez más. Ya que para el positivista moderado la legalidad es un bien por más que no sea el mayor de los bienes, y para el jusnaturalista moderado, un mal menor.²⁶²

Incluso, en los principios generales del derecho encontrados en el derecho positivo, con el método inductivo, resultan ser los mismos que los formulados por las corrientes jusnaturalistas.

No obstante, destacados estudios han llenado el hueco que mediaría entre ambas posturas, entre ellos De Castro y Bravo en su obra *Derecho Civil de España* manifiesta que la positivización de los principios del derecho natural es un hecho social que se realiza en el mismo texto legal, por la actuación de las autoridades que han de aplicar el derecho y por el juicio valorativo de la comunidad.²⁶³

Por su parte el doctor Héctor Fiz-Zamudio encuentra que, incluso, la actividad judicial no es actividad libre, sino que se rige por una serie de normas particulares que coordinan, reconstruyen y vivifican las normas de carácter abstracto, siendo esta actividad necesariamente reflexiva, sujeta a las reglas de la lógica y orientada por el sentimiento de justicia, de tal suerte que:

²⁶¹ Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 86.

²⁶² *Ibidem*, p. 87.

²⁶³ Azúa Reyes, Sergio T., *Los Principios Generales del Derecho*, 5ª edición, México, Porrúa, p. 79.

Al decidir el caso controvertido el juez tiene que elegir los principios éticos implícitos en la norma positiva, y que van a determinar la justicia del caso concreto, o más precisamente la equidad, entendida en el sentido de individualización correctora de la generalidad del derecho positivo.²⁶⁴

Así, hemos demostrado que el Pluralismo Jurídico, hay que entenderlo en el sentido amplio; desde la filosofía clásica de derecho, es decir, desde el origen de las normas jurídicas. Así, el profundizarse en la esencia de las leyes encontramos que estamos regidos por una pluralidad de ellas. Entre las que destacan las leyes divinas, ética y moralmente convenientes; las leyes positivas, jurídicamente aplicables a casos concretos; las leyes naturales, universalmente reconocidas y fundamento de los derechos humanos; y, las leyes eternas, teleológicamente necesarias en toda colectividad, en su legislación vigente y fundamento de las instituciones jurídicas.

La positividad del derecho natural, mediante su formalización, hace mejores las leyes, al adquirir validez extrínseca, vigencia y eficacia. Lo que pretendemos con el reconocimiento de la validez del Derecho Indígena.

²⁶⁴ "El juez ante la norma constitucional" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XV, Núm. 57. México, UNAM, 1965, p. 79.

CAPITULO IV

DERECHO INDÍGENA

Uno de los problemas que afrontamos al definir Derecho es la infinidad de posturas, en relación a las corrientes adoptadas.

Por derecho indígena puede entenderse como “el conjunto de normas que el Estado establece en relación con los derechos de los pueblos indígenas y el conjunto de normas internas de éstos.”²⁶⁵

Tratando de explicar el sistema jurídico indígena, del derecho consuetudinario, en tanto orden práctico, consiste en un determinado obrar del hombre; ello en razón de que el ser humano edifica su derecho a través de un obrar personal, de una serie de actos concretos dirigidos hacia la obtención de los bienes que el hombre necesita para su vida y, sobre todo, para su vida en perfeccionamiento continuo. “Una actividad social del hombre ordenada al bien común de los títulos jurídicos de otro.”²⁶⁶

El mismo Santo Tomás de Aquino se refiere en numerosas ocasiones al derecho como “obra adecuado a otro” o como acto humano rectificado por la justicia”.²⁶⁷ Es decir, que el derecho consiste esencialmente en un determinado obrar del hombre hacia el orden y el bien común. Como bien lo establece el autor Carlos Ignacio Massini:

Esto significa que lo que interesa fundamentalmente al derecho es lograr que la convivencia, con su materia de múltiples acciones humanas, se encamine efectivamente al bien comunitario a través de la justicia;...²⁶⁸

Es decir, sigue explicando el autor, que el cometido propio de lo jurídico es obtener que la vida social se encamine al bien de todos.

²⁶⁵ González Galván, Jorge Alberto, “La Validez del Derecho Indígena en el Derecho Nacional” en *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Indígena*, op. cit., p. 38.

²⁶⁶ Lachance, Luis. *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1953, p. 293.

²⁶⁷ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II; q. 57, a. 2; II-II; q. 58; a. 1.

²⁶⁸ *Sobre el Realismo Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 18.

La razón por la que el orden jurídico existe, no puede ser la perfección teórica de sus estructuras formales: leyes, instituciones, conceptos jurídicos, etc., sino la perfección práctica, operativa, en sus contenidos.²⁶⁹

Aquí conviene estudiar el origen de un sistema jurídico desde el punto de vista positivo, porque nuestro propósito es precisamente ese, conocer cuales son los derechos inherentes al hombre (desde el iusnaturalismo) y tratarlos de positivizar con el fin de que cobren plena vigencia y operable.

Veamos, por ejemplo, un pueblo o comunidad indígena que sus miembros se comportan de cierta manera, producen y reproducen casi todos y casi siempre las mismas conductas, con algunas excepciones. Esta observación, tan simple, nos permite decir que esa sociedad tiene determinadas normas y todos o casi todos las cumplen; y cuando no es así, se cumplen otras normas de la misma comunidad que castigan el incumplimiento. Simplemente diríamos que estamos ante una comunidad que dispone de un sistema jurídico.

En el marco estrictamente jurídico, con influencias positivistas, el doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes considera al sistema jurídico, como el:

Conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo y que rigen en determinada colectividad.²⁷⁰

Así, independientemente de que, por naturaleza, esta sociedad se organice y se rija por normas establecidas por sus miembros, no cabe duda que dicha sociedad dispone de un sistema jurídico. Y lo que obtenemos, de esa observación –dice el doctor Oscar Correas-, son “*conclusiones acerca de las normas lo que hemos visto son conductas y no normas, puesto que éstas no se pueden ver.*”²⁷¹ Y enseguida establece que:

Conviene usar la palabra “costumbre” para designar las normas que obedece una comunidad, sin confundirlas con las conductas observables empíricamente, que son efecto de

²⁶⁹ *Ídem.*

²⁷⁰ *Derecho Indígena en Mesoamérica*, Guatemala-México, Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena, 2007, pp. 29-30.

²⁷¹ Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, *op. cit.*, p. 100.

su obediencia. De las conductas puede decirse que son el *índice* de que esas normas existen, pero que no son ellas mismas. Es decir, como el humo es *índice* de que existe fuego, las conductas repetidas constantemente son el *índice* de que los actores obedecen normas que ordenan producir esas conductas.²⁷²

Pero para entender por qué una comunidad dispone de un sistema jurídico para controlar la conducta de sus miembros, hay que buscar esta explicación en la sociología, pero nuestro propósito es propiamente jurídica, tendríamos que buscarla en la Teoría General del Derecho; que según diversos autores han denominado “norma fundante”, “regla de reconocimiento” o simplemente “constitución”.²⁷³ Que ese orden jurídico sea justo o injusto, es cuestión que aquí no se suscita; tampoco el de saber si ese orden jurídico efectivamente garantiza, dentro de la comunidad, un estado relativo de paz. “Con la presuposición de la norma fundante básica no se afirma ningún valor trascendente al orden positivo.” Diría el doctor Hans Kelsen.²⁷⁴

Lo que sucede en esta sociedad es que todos *aceptan* que deben ser obedecidas las normas de la misma y que en caso de desobediencia todos saben que lo más probable es que se desencadene una serie reacciones punitivas contra los infractores. El doctor Hans Kelsen diría que en tal comunidad existe una norma fundamental hipotética, *norma fundante básica* (*Grundnorm*)²⁷⁵ que reza algo así como “es obligatorio obedecer las normas de la comunidad”. En el caso del derecho no escrito, derecho consuetudinario, siempre hay un funcionario, un jefe o un conjunto de funcionarios que son los encargados de decirlo.

²⁷² *Ídem*.

²⁷³ Nos basamos en la explicación del origen de las normas de los pueblos y comunidades indígenas porque para ellos, cada cultura es única y distinta de las demás, por lo tanto, son una pequeña “Nación”.

²⁷⁴ *Teoría Pura del Derecho*, 15ª edición, México, Porrúa, 2007, p. 209.

²⁷⁵ El *Grundnorm* como el doctor Kelsen llama a la norma fundante, permite no confundirla con la norma fundamental: la Constitución positiva. La norma fundante es una norma presupuesta. Lo que le da validez a las normas es la Constitución y ésta deriva su validez de la norma fundante.

Para otras versiones del mismo asunto, como en el caso del tratadista Hart, la norma fundante se llama *regla de reconocimiento*,²⁷⁶ es decir, la regla que permite saber cuáles normas son de la comunidad y cuales no.

Para el *Realismo Jurídico*, no es necesario recurrir a la figura de alguna otra norma que indique cuáles son las normas que deben obedecerse. Basta con comprender que en esa comunidad existe un convencimiento psicológico de que las normas existen y es necesario obedecerlas para evitar sanciones. La razón que hace que una pluralidad de normas sea un sistema es la presencia en la conciencia de los miembros de la comunidad de un convencimiento de la necesidad o conveniencia de obedecer las normas de la misma, normas que son reconocidas por el funcionario o conjunto de funcionarios que o las propias normas designan para realizar esa tarea. Al respecto el doctor Oscar Correas dice:

Que una sociedad lo es porque dispone de un sistema jurídico y no al revés: no es que haya sistema jurídico *porque* hay una sociedad. Lo que permite decir que una pluralidad de seres humanos *constituye una sociedad* es que dispone de un sistema jurídico organizado por una norma fundante. Si no existiera tal norma no podríamos reconocer en un grupo de seres humanos una "sociedad"; no tendríamos nada en qué basarnos para afirmar que es algo más que una pluralidad de individuos reunidos en el mismo lugar pero por *casualidad*.²⁷⁷

Esto llevado al campo del fundamento teórico del origen del *Derecho Indígena* podemos decir, que los pueblos y comunidades indígenas disponen de un sistema jurídico que el Estado debe reconocer.

El sistema jurídico indígena, se le considera como un sistema eminentemente consuetudinario y de carácter oral, pero no por ello menos eficaz, y su validez es indubitable.

Una norma es válida si cumple la condición de ser eficaz en cierto grado, dice el doctor Kelsen. Por otra parte, un sistema jurídico es válido cuando sus

²⁷⁶ Hart, Herbert Lionel Adolphus, traducción Genaro R. Corrio, 1ª edición 1961, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 183-184.

²⁷⁷ *Introducción a la Sociología Jurídica, op. cit.*, p. 102.

normas, en términos generales y a grandes rasgos son efectivas. Es decir, la *validez* del sistema depende de la *efectividad* de las normas que lo componen.

Ahora bien, además de hablarse de la validez del sistema jurídico, también cabe hacerlo de su efectividad y de su eficacia. La *validez* de un sistema jurídico depende de la *efectividad* de sus normas. La efectividad de un sistema jurídico consiste en la efectividad de sus normas. O sea que la efectividad de las normas de un sistema jurídico la hace eficaz. Pero al mismo tiempo, esa eficacia otorga validez a las normas que lo componen. En palabras del doctor Kelsen:

Las normas de un orden jurídico positivo valen porque la norma fundante básica, que es regla de base de su producción, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez cuando (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz.²⁷⁸

La validez, efectividad y eficacia de un sistema jurídico se implican mutuamente: un sistema es válido si sus normas son efectivas, en cuyo caso puede decirse que el sistema es efectivo; si es efectivo, es eficaz puesto que reproduce el poder y el control de la conducta humana.

La validez de las normas indígenas no está reconocida en la legislación nacional.²⁷⁹ Precisamente por eso la lucha de estos grupos por el reconocimiento de su validez. Concretamente, un intento de ello se dio cuando se presentó la iniciativa de la posibilidad de formar municipios indígenas.²⁸⁰ Sin embargo, en el dictamen esto desaparece, lo que resulta incongruente que si se están reconociendo autoridades y sistemas normativos indígenas, no se establezca el ámbito territorial sobre el cual ejercerán sus funciones y aplicarán las normas.

²⁷⁸ *Teoría Pura del Derecho, op. cit.*, p. 224.

²⁷⁹ En esta materia no se ha discutido siquiera el ámbito de validez en materia indígena, lo demuestra lo mucho que falta por debatir sobre el tema.

²⁸⁰ "Las legislaturas de los estados podrán proceder a la remunicipalización de los territorios en que estaban asentados los pueblos indígenas, la cual deberá realizarse en consulta con las poblaciones involucradas (artículo 115, fracción X, párrafo segundo de la iniciativa de la COCOPA)."

Su eficacia la reconoce nuestra Constitución tácitamente al disponer que:

La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.²⁸¹

El párrafo tercero del artículo 2º constitucional intenta aportar un criterio para determinar el ámbito personal de validez del resto de disposiciones del mismo precepto al establece que:

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.²⁸²

Esta disposición, como puede verse, no delimita con precisión el ámbito de validez personal de los derechos indígenas, y el criterio que ofrece para concretarlo es vago y genérico, por decir lo menos: la conciencia de una identidad.²⁸³ Se entiende que debe ser la conciencia individual del sujeto, lo cual puede generar algunos problemas en el momento de intentar delimitar si a cierta persona debe aplicársele el régimen jurídico común (ya sea local o federal) o el derivado de los usos y costumbres indígenas que también tiene reconocimiento constitucional expreso.

4.1 Fundamento constitucional

En el segundo párrafo del artículo 2º constitucional contiene una definición de los pueblos indígenas, desde el punto de vista oficial:

²⁸¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 2º, apartado A, fracción II *in fine*.

²⁸² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.* Texto tomado del artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT.

²⁸³ Para reducir la vaguedad e indeterminación del criterio "personal" de validez de las normas aplicables a los indígenas, lo recomendable sería establecer algún o algunos medios de objetivación que pueden tener un principio de 'presunción de verdad' tales como la constancia de autoridades de pueblos indígenas o municipales, acta de nacimiento con mención de pertenecer a un pueblo indígena, la declaración de testigos e, incluso, la protesta de decir verdad del interesado, por ejemplo.

...pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.²⁸⁴

Que conviven en una sociedad mayoritaria, frente a la cual pugnan porque les sean reconocidos derechos de diferente naturaleza, incluidos ciertos derechos políticos.

El párrafo cuarto del mismo artículo contiene la definición de las comunidades que integran un pueblo indígena, al disponer que:

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.²⁸⁵

Aquí surge la duda de si la reforma indígena tuvo en cuenta a los indígenas que, siéndolo, no pertenecen o no viven dentro de un pueblo o comunidad indígena.

Sería mejor considerar no solamente a los pueblos y comunidades, sino en general a la población indígena, para lograr una cobertura más amplia y tendencialmente universal.

El doctor José Ramón Cossío Díaz apunta que la existencia de los indígenas en lo individual, en efecto, se encuentra en el artículo 2º, pero “de algún modo oculta”.²⁸⁶ El mismo autor, sin embargo, identifica varios derechos que pueden ser de titularidad y ejercicio individuales; entre ellos se encuentran: a) el de ser considerados, no ser considerados o dejar de ser considerados como integrantes de un pueblo o comunidad indígena; b) el goce de las garantías individuales, derechos humanos y, en el caso de las mujeres,

²⁸⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

²⁸⁵ *Ídem.*

²⁸⁶ “La reforma constitucional en materia indígena”, *op. cit.*, p. 20.

especialmente de su dignidad e integridad, frente a las autoridades tradicionales, y c) el derecho de elegir a sus autoridades.²⁸⁷

El derecho indígena, entendido como el derecho de los pueblos indígenas a concebir y aplicar sus normas internas está validado por el derecho nacional cuando se establece en su artículo 2º, apartado A, fracción II, que:

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.²⁸⁸

En el ámbito internacional, también son avalados los derechos de los pueblos indígenas, al disponer que:

Artículo 1. Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.²⁸⁹

En esta frase se está reconociendo que en los pueblos indígenas existen normas concebidas y aprobadas por ellos mismos, y que en su aplicación, o sea, en su derecho a la *juris dictio* (su derecho a decir el derecho), es válido siempre y cuando se respeten los derechos humanos,²⁹⁰ en especial los de las mujeres; aunque por derechos humanos se entiende que incluyen los derechos de las mujeres y a todas las garantías individuales y sociales.

²⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 20 y 21.

²⁸⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

²⁸⁹ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Naciones Unidas, Asamblea General, resolución A/61/L.67, 7 de septiembre de 2007.

²⁹⁰ El respeto a los derechos es fundamental en toda colectividad. Una clara violación a este derecho es el caso del indígena Eufrosina Cruz Mendoza, originaria de Santa María Quiépolani, Oaxaca, a quien se le impide ser candidata a un puesto de elección popular por ser mujer. Expediente 2008/70/4/Q. Comisión Nacional de Derechos Humanos.

La Constitución establece que los juicios, procedimientos y decisiones de las autoridades judiciales indígenas serán validados por las autoridades jurisdiccionales del Estado. Consideramos que al reconocer a los pueblos indígenas como entes de derecho público, como parte del Estado mexicano, sus juicios, procedimientos y resoluciones deben tener calidad de cosa juzgada. Pero en caso de inconformidad también deberían, en este caso, estar sujetos a respetar la legislación vigente y por tanto a someterlos, como los de cualquier otra autoridad (o arbitraje), a la validación u homologación de otra autoridad y; en su caso, su revisión por un órgano jurisdiccional del Estado, cuyo personal tenga conocimiento de sus lenguas y culturas. Esta revisión a solicitud de la parte afectada.²⁹¹ Sin embargo, no perdamos de vista *prima facie* que:

...para la regulación y solución de los conflictos internos de los pueblos y comunidades indígenas, se debe aplicar sus sistemas normativos, así como respetar y salvaguardar, en forma íntegra, sus instituciones y cultura, y sus formas internas de organización política y las autoridades que se establezcan como sus formas propias de gobierno interno, de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales.²⁹²

El reconocimiento y ejercicio de la autoridad judicial indígena debe ser plena. Así como se establece en la legislación de Quintana Roo:

Artículo 12. Si las partes, por la mediación del juez tradicional admiten arreglar sus diferencias mediante convenio, éste quedará homologado a una sentencia debidamente ejecutoriada, y si deciden someterse al arbitraje del juez tradicional, la resolución dictada tendrá el carácter de cosa juzgada.²⁹³

²⁹¹ Tenemos ya en México un antecedente de esto: la *Ley de Justicia Indígena* de Quintana Roo reconoce la existencia de dicho órgano revisor (o de apelación) perteneciente al Supremo Tribunal de Justicia del estado, cuyos magistrados deberán ser miembros respetables de la comunidad, que dominen el idioma y conozcan los usos, las costumbres y tradiciones de su comunidad, sin que sea necesario reunir los requisitos o tengan los impedimentos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial del estado (artículo 9º, párrafo segundo).

²⁹² Silva Adaya, Juan Carlos, *Control de la Constitucionalidad y las Elecciones Indígenas*, México, Porrúa, Breviarios jurídicos, 2004, p. 15.

²⁹³ *Ley de justicia Indígena del Estado de Quintana Roo*, Chetumal, INI, Delegación estatal, Procuración de Justicia, *Periódico Oficial*, 20 de octubre de 2006.

Éste es el espíritu del acuerdo establecido respecto del *nuevo marco jurídico* (en el acuerdo de San Andrés Larrainzar) que el gobierno federal se ha obligado a reconocer en la Constitución.

4.2 Los usos y costumbres como fuentes de Derecho

En todos los pueblos, la primera forma de manifestación del derecho fue la costumbre. El derecho que nace de la costumbre, es el derecho consuetudinario, es decir, de los usos y prácticas reiterados que una sociedad considera obligatorios.

Los más antiguos textos legales como el Código de Hammurabi, Leyes de Manú, son simplemente la recopilación de costumbres ya existentes. Sin embargo, en Roma, desde los tiempos de la República, tuvo una gran importancia el *jus scriptum* (derecho escrito) y emanado de las *leges rogatae*, los senadoconsultos, y los plebiscitos.²⁹⁴

La costumbre también tenía fuerza jurídica, pues en ella se inspiraba el *pretor* para crear, con el conjunto de sus decisiones, el *jus honorarium*. Posteriormente, en la época de Justiniano se reúnen en un solo texto que normas que, originadas en diversas fuentes, conformaban el derecho romano. Este texto, conocido como *Corpus Iuris Civilis*, recibió fuerza de ley y constituye un avance en el surgimiento del derecho escrito.

La incertidumbre a la que daba lugar la costumbre hizo sentir la necesidad de que fuera consignada por escrito. En este sentido, aparecen en Francia los *coutumiers* o colecciones de costumbres que son obras de particulares. Estas costumbres recopiladas no tenían la misma categoría que una ley,²⁹⁵ reflejaban

²⁹⁴ Cornejo Certuche, Francisco M. "Derecho Consuetudinario" en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, T. D-E, México, Porrúa, UNAM, IJ, 2ª edición, 2004, p. 256.

²⁹⁵ A principios del siglo XIX, el liberalismo le otorga a la ley el carácter de fuente primordial del derecho. Se considera que la actividad legislativa es la expresión genuina de la voluntad popular; se inicia la labor de codificación cuyo más famoso ejemplo es el Código Civil francés de 1804 (Código de Napoleón). Así mismo, surge la escuela de la exégesis, según la cual las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley. De esta manera, se consolida el

las costumbres jurídicas de una época determinada, pero no detenían su movimiento creador. En un proceso, las partes podían probar que la costumbre se había modificado después de su redacción.²⁹⁶

El derecho consuetudinario –dice el doctor Eduardo García Máynez- posee dos características:

1º Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo; y

2º tales reglas transfórmense en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley.²⁹⁷

Lo que confirma que la práctica reiterada de una conducta adquiere la calidad de uso, y éste a su vez se convierte en derecho. O como declara un distinguido teórico de Derecho Indígena, la costumbre en general ha sido considerada como “una manifestación esencial en la vida en sociedad.”²⁹⁸

Al ser definida desde la perspectiva jurídica, se remonta a la concepción que de ella se tiene en la teoría romano-canónica, tal y como lo define el Mtro. Guillermo Floris Margadant al decir:

Hablamos de una costumbre jurídica cuando hay cierta uniformidad en los actos positivos o negativos (omisiones) que realizan los miembros del grupo social en determinadas circunstancias, ya desde hace largo tiempo, siempre y cuando esta uniformidad se base es una *opinio necessitatis*, en un parecer general de que así debe uno comportarse.²⁹⁹

La costumbre que crea el derecho o costumbre jurídica, es una especie dentro del conjunto de los usos sociales. En efecto, no basta que un hábito se encuentre arraigado en una sociedad para que sea fuente de derecho.

sistema de derecho escrito que actualmente impera en la mayoría de los países del mundo y para el cual la costumbre es solamente una fuente supletoria del derecho.

²⁹⁶ Cornejo Certuche, Francisco M. *ídem*.

²⁹⁷ García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 50ª edición, México, Porrúa, 1999, p. 62.

²⁹⁸ López Bárcenas, Francisco, *Legislación y Derechos Indígenas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 22

²⁹⁹ Margadant, Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano*, 10ª edición, México, Editorial Esfinge, 1990, pp. 45-46.

La teoría romana-canónica consideraba que la costumbre jurídica debía integrarse con dos elementos fundamentales: el primero de carácter objetivo, la *inveterada consuetudo*, que consistía en la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder, y el segundo de carácter subjetivo, la *opinio juris seu necessitatis*, caracterizado por la convicción existente de que dicha práctica es obligatoria y, por lo tanto puede ser impuesta coactivamente por el Estado.³⁰⁰

La convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica la de que el poder público pueda aplicarla, inclusive de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador. Los dos elementos del derecho consuetudinario quedan expresados en la fórmula: *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*.³⁰¹

Continúa el doctor García Máynez que “la repetición de ciertas maneras de comportamiento suele dar origen a la idea de que lo que siempre se ha hecho, debe hacerse siempre, por ser uso inveterado. El fenómeno a que alude la tesis del famoso tratadista explica el proloquio: la costumbre es ley.”³⁰²

Para el autor José de Jesús Orozco Henríquez, la costumbre es lo siguiente:

...entendemos por “costumbre” al resultado de aquel procedimiento jurídico de creación en el que un conjunto de actos, considerados como repetidos por un órgano aplicador, se encuentran formado una disposición o pauta de conducta, en virtud de la decisión, más o menos consciente, de dicho órgano, de incorporar un caso específico dentro de esa repetición de actos, convirtiéndolo, así, en el derecho aplicable.³⁰³

Y determina que tiene esa costumbre dos tipos de elementos constitutivos; los elementos del procedimiento consuetudinario son dos a saber:

³⁰⁰ Cornejo Certuche, Francisco M., *op. cit.*, p. 257.

³⁰¹ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 62.

³⁰² *Ídem*.

³⁰³ Orozco Henríquez, José de Jesús, *El Derecho Constitucional Consuetudinario*, México, UNAM, 1983, p. 52.

a) El carácter fáctico. Este primer elemento del procedimiento consuetudinario, también conocido como elemento material u objetivo, se encuentra constituido por los actos humanos, es decir, por todos aquellos actos humanos estimados como repetidos.

Los actos humanos que constituyen el procedimiento consuetudinario –y, en general toda conducta que se encuentre jurídicamente regulada– pueden consistir en un acto positivo o en un acto negativo. Esto es, el contenido de una costumbre puede ser una acción (o actividad), o bien, una omisión; mientras que por acción se entiende cualquier movimiento corporal, la omisión consiste en la abstención de realizar cierta conducta, teniendo la posibilidad material de realizarla. En este sentido se suele hablar de costumbre activa y costumbre pasiva.

b) El carácter normativo. El segundo elemento del procedimiento consuetudinario, generalmente llamado *opinio iuris*, consiste en la adscripción de una significación normativa a los actos considerados. Es conveniente recordar que la *opinio iuris* requiere de ser desprovista de cualquier factor psicológico que pretenda atribuírsele para que se le pueda admitir como distintiva de la significación normativa del procedimiento consuetudinario.³⁰⁴

Para el autor Francisco Geny, la costumbre se presenta como un hecho o un conjunto de hechos, reveladores de un sentimiento jurídico:

Efectivamente, la formación de un derecho consuetudinario supone primeramente el que por una serie bastante de hechos repetidos, se ha establecido una práctica constante respecto a una relación de la vida social; y éste es el elemento de hecho que sirve a la costumbre de *substratum* necesario; pero no basta esto para que una relación consagrada por el uso se erija en relación jurídica positiva, es necesario además de la práctica que la motiva constituya con un carácter de necesidad (*opinio necessitatis*), de modo que la imponga, en caso necesario, en virtud de una regla dotada de sanción pública. Únicamente así revelará esta práctica un sentimiento jurídico.³⁰⁵

Para este autor, el sentimiento jurídico, es el elemento verdaderamente específico de la costumbre jurídica, que excluye o distingue “de su campo ciertas prácticas sociales que, aunque sólidamente establecidas, no pueden construir fuentes de derecho privado positivo,”³⁰⁶ porque no implica ninguna idea de coacción; y esto sucede con la costumbre del pueblo, de la agricultura, de la industria, etc.

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 54 y ss.

³⁰⁵ Geny, Francisco, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, 2ª edición, Madrid, Editorial Reus (S. A.), 1925, pp. 311-312.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 312.

Los usos y costumbres son algunas de las fuentes reales del Derecho reconocidas por nuestra Constitución. En su artículo 14 los reconoce como tales, y que se deben aplicar en México, y más que como fuentes, como uno de los principios generales del Derecho que se dan para toda la legislación, con excepción de la penal.

Artículo 14.- ...

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.³⁰⁷

El reconocimiento –dice el doctor García Máynez- de la obligatoriedad de una costumbre por el poder público puede exteriorizarse en dos formas distintas: expresa o tácita. El reconocimiento expreso se realiza por medio de la ley. El legislador establece, por ejemplo, que a falta de precepto aplicable a una determinada controversia, deberá el juez recurrir a la costumbre. El reconocimiento tácito consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos.³⁰⁸

En cuanto se refiere a los usos, el doctor García Máynez establece que “con gran frecuencia, el legislador remite al magistrado, para solución de determinadas controversias, a los *usos* locales o profesionales.”³⁰⁹ Tal cosa ocurre, sobre todo, en materia mercantil (usos comerciales y bancarios).

La costumbre se distingue del uso en sentido técnico, en cuanto es fuente autónoma del derecho, mientras que el uso se aplica sólo porque una norma de ley hace expresa referencia a él. El uso, pues, no es por sí mismo fuente del derecho, sino que sirve solamente para dar el contenido a una determinada norma de ley, que le da eficacia. También el uso en sentido técnico supone la existencia de un elemento subjetivo que, sin embargo, es menos intenso que la *opinio necessitatis*, y consiste sólo en la conciencia de la generalidad del uso. En este caso el elemento formal se encuentra en la norma que confiere eficacia al uso.³¹⁰

³⁰⁷ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

³⁰⁸ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 63.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 65.

³¹⁰ Salvador Pugliatti, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, traducción de Alberto Vázquez del Mercado, México 1943, pág. 97. Citado como pie de página por el doctor García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, *op. cit.*, p. 66.

Es decir, los usos sirven para completar o interpretar la voluntad de las partes sólo en cuanto se estima que ha querido libremente acogerse a ellos. O sea, que los usos no pueden aplicarse cuando las partes han manifestado una voluntad diversa.

El doctor Luis Recaséns Siches, refiere a los usos como reglas de trato social, al definirlos como:

Cuando un hábito social no es solamente el hecho de la mera conciencia de las conductas habituales de muchos individuos, sino que además de eso es también otra cosa, es un modo colectivo de comportamiento ya establecido, que está allí, como una pauta o ruta que invita a ser seguida, y que ya ejerce la característica presión de los hechos sociales, entonces suele ser llamado *uso*.³¹¹

A manera de conclusión podemos decir que los usos y costumbres, que como prácticas cotidianas en la aplicación del derecho consuetudinario indígena, son plenamente válidos, y deber ser reconocidos y respetados por en sistema normativo nacional; desde luego respetando los derechos fundamentales del hombre.

4.3 Autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas

El debate en torno a la autonomía y la libre determinación de los pueblos indígenas, muchos autores lo relacionan con la soberanía y la secesión. Términos que nunca estuvieron ni están en los reclamos de los indígenas. Así que, lo que simplemente reclaman es el reconocimiento de sus derechos para autogobernarse, elegir a sus autoridades conforme sus usos y costumbres, consecuentemente propiciar al desarrollo de sus pueblos y comunidades. Porque la política y el derecho no están peleados, mucho menos en cuanto se refiere al progreso de un pueblo.

En la interacción entre política y derecho no cabe argumentar que el derecho entorpece la política, vieja tesis conservadora, ni que la política domina al derecho, sistemática posición del

³¹¹ Recaséns Siches, Luis, *Sociología*, 27ª edición, México, Porrúa, 1999, p. 218.

pragmatismo. En una sociedad democrática, política y derecho son indisolubles. Para efectos de estudio e incluso de estrategia podemos distinguir entre factores políticos y jurídicos, pero en términos de convivencia social, unos y otros forman parte un todo. La norma determina la forma política y el ejercicio político actualiza la hipótesis jurídica.³¹²

O sea, debemos entender que tanto derecho como política tiene puntos de convergencia en cuanto al desarrollo de un pueblo se refiere.

a) La libre determinación.

El derecho de autodeterminación, ¿qué base jurídica tiene? Podemos mencionar primero un principio de derecho internacional, contenido en la *Carta de los Derechos*, formulada en 1949, por las Naciones Unidas; en sus artículos 1º y 55, que declara el derecho de autodeterminación de los pueblos. Esta fórmula fue recogida después en varios pactos y convenios internacionales. Y recientemente en el documento de legislación en materia indígena:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determina libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.³¹³

La Organización de los Estados Americanos ha aprobado un convenio en que se habla del derecho de los pueblos a autogobernarse; asimismo, una de las entidades internacionales dependientes de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, en su convenio 169, ratificado por México, también señala los derechos de autodeterminación de los pueblos indígenas.³¹⁴

³¹² Valadés, Diego. "Derechos de los Indígenas y la Renovación Constitucional en México" en *Constitución y Derecho Indígenas*, Jorge Alberto González Galván (coordinador) México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 15.

³¹³ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su artículo 3.

³¹⁴ En efecto, todos estos convenios, declaraciones internacionales, siempre son susceptibles de distintas interpretaciones porque el término *pueblo* no se define con precisión. Motivo por el que muchos Estados, queriendo preservar su unidad nacional y temiendo que el derecho de autodeterminación concedido a los pueblos pudiera dar lugar a escisiones dentro de su nación, lo han interpretado como aplicable sólo al Estado-nación.

Son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país antes de la Conquista.³¹⁵

Se definen en función, sobre todo, de su cultura, ya que tienen una cultura específica que se expresa en “sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”³¹⁶

Efectivamente, no cualquier minoría, cualquier etnia dispersa en el país, puede ser llamada pueblo, como sujetos de estos derechos, sino sólo exclusivamente, en palabras del doctor Luis Villoro:

... aquellas comunidades que tengan una cultura propia, con sus instituciones sociales o jurídico-políticas, que descienden naturalmente de los pueblos anteriores a la Conquista...³¹⁷

Y más adelante el mismo autor formula la interrogante sobre la concepción de pueblo y da su respuesta:

¿Cómo se concibe entonces al pueblo? Se concibe como conjunto de comunidades que deciden participar en las mismas instituciones, pretender a la misma cultura y coordinar sus acciones como pueblos. En realidad, ésta es la noción de pueblo que tienen ya los pueblos indígenas.³¹⁸

Este derecho a la autodeterminación aparece en México en las propuestas de San Andrés Larráizar y concretamente en la formulación jurídica de estos acuerdos, en la propuesta de la COCOPA.³¹⁹

La autodeterminación de los pueblos indígenas en estos acuerdos se distingue muy claramente de la soberanía. La autodeterminación que se entiende como autonomía, y ésta que se entiende como un status jurídico pactado entre el gobierno federal, en este caso, e incluso los gobiernos estatales, y los pueblos en cuestión. Por tanto, con el derecho de

³¹⁵ *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo *sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra, Suiza, junio de 1989.

³¹⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en su artículo 2º, párrafo segundo *in fine*.

³¹⁷ Villoro, Luis. “Estado-nación y las Autonomías Indígenas” en *Constitución y Derechos Indígenas*, *op. cit.*, p. 236.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 237.

³¹⁹ *Comisión de Concordia y Pacificación*, encargada de mediar la paz digna en el estado de Chiapas.

autonomía los pueblos están sometidos a una ley superior. Según la vieja formulación clásica, se define al soberano como *legibus solutus*, como no limitado, no acotado por una ley. En virtud de que el soberano es el que dicta la ley, no puede estar sujeto a otro poder que le dicte a él la ley. Si estuviera sujeto a una ley, este otro poder sería el soberano. Pues bien, en los pactos de San Andrés y en la propuesta de la Cocopa obviamente no hay soberanía para los pueblos, sino que los pueblos indígenas, al ejercer la autonomía, la ejercerán bajo la ley soberana del Estado nacional.³²⁰

El reconocimiento a la autodeterminación de los pueblos indígenas se traduce en un pacto social, en la adhesión y la aceptación de una soberanía común que es la soberanía del Estado mexicano. No hay, pues, ninguna posibilidad de que se interprete estos acuerdos y el derecho de autonomía como un intento de escisión de separación del Estado.

El derecho a la libre determinación es la matriz de prerrogativas reconocidas a los pueblos indígenas. La libre determinación es a los pueblos lo que la libertad es a los individuos: su razón de ser y estar sobre la tierra.³²¹

En otras palabras, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es la facultad de decidir libremente su desarrollo social, económico, político, cultural y espiritual. Este derecho se les conoce a los pueblos indígenas para ser ejercido al interior del poder político nacional.

El contexto de reconocimiento de los pueblos y de las comunidades indígenas en la Constitución se refiere a que se les reconozcan como personas jurídicas, como sujetos de derechos colectivos; donde el derecho nacional reconozca la validez de la existencia de sus autoridades y normas internas como parte del mismo; por ello se habla de entidades de derecho público. La noción de interés público hace referencia no a las personas (físicas o jurídicas) sino a la finalidad de las normas que emite el Estado: son normas de derecho público cuando el fin que se persigue es de beneficio colectivo, de interés público

³²⁰ Villoro, Luis. "Estado-nación y las Autonomías Indígenas", en *Constitución y Derechos Indígenas*, op. cit., p. 234.

³²¹ González Galván, Jorge Alberto. "La Validez del Derecho Indígena en el Derecho Nacional" en *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Indígena*, op. cit., p. 43.

El autor Francisco López Bárcenas retoma la discusión en cuatro modalidades como contenido del derecho a la libre determinación.

Estas modalidades serían: a) la autoafirmación, como facultad de un pueblo de auto proclamar su existencia (con base en el elemento étnico como un criterio objetivo y en la propia conciencia de identidad como criterio subjetivo); b) autodefinition, como la facultad de un pueblo de decir quienes lo constituyen; c) autodelimitación como derecho a determinar su propio territorio; y por último, d) autodisposición, que sería la facultad de un pueblo de organizarse de la manera que le parece más conveniente.³²²

Reforzando estas ideas está el hecho de que muchos de los pueblos al interior de los Estados no desean una independencia, sino requieren de la libertad de poder continuar con la práctica de su “comunidad de cultura”, tal es el caso, por ejemplo, de la mayoría de los pueblos indígenas en México. Y esto es así porque –dice el autor Luis Villoro- “Cuando los pueblos indígenas demandan la autonomía... lo que plantean es su derecho a pactar con el Estado las condiciones que permitan su sobrevivencia y desarrollo como pueblos”; y luego establece este autor que:

Cualquier forma de asociación, si es libremente consensuada, supone el reconocimiento de los otros como sujetos, lo cual incluye: 1) el respeto de la vida del otro; 2) la aceptación de su autonomía, en el doble sentido de capacidad de elección conforme a sus propios valores y facultad de ejercer esa elección; 3) la aceptación de una igualdad de condiciones en el diálogo que conduzca al convenio, lo cual incluye el reconocimiento por cada cual de que los demás pueden guiar sus decisiones por sus propios fines y valores y no por los impuestos por otros; y 4) por último, para que se den esas condiciones, es necesaria la ausencia de coacción entre las partes.³²³

Es decir, se requiere de un nuevo pacto social entre el Estado mexicano y los pueblos indígenas, como parte de su población, con el fin de reconocer nuevos sujetos y nuevos derechos. El fundamento del derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas consiste en reconocerles personalidad y capacidad de las personas para proveer a su existencia y su futuro, para contratar, para convenir, para pactar respecto a la vida en común, a la

³²² López Bárcenas, Francisco. *Autonomía y Derechos Indígenas en México*, México, Conaculta, pp. 33-34.

³²³ Villoro, Luis. *Estado Plural. Pluralidad de Culturas*, México, Paidós-UNAM, 1998, p. 80.

autonomía, a la igualdad de condiciones y a la posibilidad de perseguir sin coacción de propios fines; y estos principios son reconocidos en el derecho, público y privado. Es decir, que “la libre determinación es para los pueblos como la libertad para los individuos”.

El autor español Javier Ruipérez³²⁴ ha establecido que la libre determinación se puede ejercer, tanto en su versión externa como en la interna, de muy diversas maneras. En su versión externa se manifiesta mediante la independencia o secesión del territorio de un Estado, sea para convertirse él mismo en Estado,³²⁵ para unirse a otro ya existente o bien para que varios pueblos se unen entre ellos para formar uno nuevo.

En su versión interna puede concretarse en la decisión de un pueblo tomada de manera libre para continuar perteneciendo al Estado al que estaba integrado. Esta forma de ejercer la libre determinación se convierte en autonomía; por eso se dice que la autonomía es una forma de ejercicio de la libre determinación; y precisamente es por lo que luchan los pueblos indígenas.

b) La autonomía.

En lo que respecta a la autonomía, el autor Díaz Polanco la define como:

...un régimen especial que configura un gobierno propio (autogobierno) para ciertas comunidades integrantes, las cuales escogen así autoridades que son parte de la colectividad, ejercen competencias legalmente atribuidas y tienen facultades mínimas para legislar acerca de su vida interna y para la administración de sus asuntos.³²⁶

Siendo la autonomía una forma específica del ejercicio de la libre determinación, es decir, de la libertad de los pueblos para proveer a su

³²⁴ Ruipérez, Javier. *Constitución y Autodeterminación*, España, Tecnos, 1995, pp. 49-76.

³²⁵ Ejemplo: sólo la Constitución Política de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en su artículo 72, reconoció este derecho a las nacionalidades que la integraban, aunque el régimen político autoritario en que vivieron hizo imposible a los titulares del derecho hacer eso de él, de ahí que cuando decidieron separarse para convertirse en Estados independientes lo hicieron por la vía de los hechos, sin invocar su derecho consagrado en la Carta Fundamental del Estado al que querían dejar de pertenecer. Por eso este es un derecho que pocos Estados se atreven a reconocer a sus pueblos, pues hacerlo es atentar contra su propia integridad.

³²⁶ Díaz Polanco, Hector. *Autonomía Regional: La Libre Determinación de los Pueblos Indios*, México, Siglo XXI-UNAM, 1991, p. 151.

existencia y su futuro, este derecho puede asumir diversas formas y grados, según las circunstancias históricas en que se den. Al respecto, el mismo autor afirma que:

Los rasgos específicos de la autonomía estarán determinados, de una parte, por la naturaleza histórica de la colectividad que la ejercerá, en tanto ésta será el sujeto social que, con su acción, a fin de cuentas la convertirá en realidad histórica, y le dará vida cotidiana; y, de otra, por el carácter sociopolítico del régimen estatal-nacional en que cobrará existencia institucional y práctica, por cuanto la profundidad de las conquistas, las facultades asignadas y, en suma, el grado de autogobierno reconocido, en su despliegue concreto dependerá en gran medida de la orientación política y el sistema democrático vigentes.³²⁷

Lo que no puede quedar condicionado a la naturaleza histórica de la colectividad, que ejercerá la autonomía ni el carácter sociopolítico del régimen estatal, es la forma en que se garantizará el derecho de que les sean reconocidas la personalidad jurídica a los pueblos indígenas y capacidad de ejercer determinadas facultades.

El tipo de autonomía que pugnan los pueblos indígenas no establece territorios de dominio político para los pueblos autónomos.³²⁸ Cuando se habla de territorio se entiende éste en el sentido de *habitat*, tal como lo define el Convenio 169 de la OIT. *Habitat* es el lugar en el que una cultura se desarrolla, comprende tierras, pero también ríos, montañas, etc.³²⁹ Pero no pugnan por ningún dominio.

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tiene derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.³³⁰

³²⁷ *Ibidem*, p. 152.

³²⁸ Hay una idea autonomía clásica que limitaría a los pueblos a un territorio específico, donde en ese territorio ejercería sus derechos. Esta idea de autonomía territorial del pueblo también puede verse como un reconocimiento de nacionalidad, los ejemplos son claros: el más claro sería España o Bélgica; un ejemplo semejante sería Canadá, donde hay un territorio de los inuit, los llamados esquimales por los occidentales, que está perfectamente limitado; o Nicaragua donde hay un territorio también de los miskitos, de la población indígena de la Costa Atlántica, delimitada en su territorio. Esta es una manera normal de entender autonomía.

³²⁹ Muchos pueblos indígenas desarrollan rituales que tienen que ver con los montes que consideran sagrados, con los ríos, con las cuevas, y otros sitios considerados como sagrados.

³³⁰ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su artículo 4.

Lo que sí desean es el derecho de los pueblos al disfrute y uso de los recursos que se den en su territorio, esta práctica que obviamente está limitada también a proyectos en los cuales estén concernidos otros pueblos.

Todavía no está plenamente reconocida la comunidad como entidad de derecho público, porque la comunidad es la base donde se ejerce la autonomía de los pueblos indígenas. La comunidad no está reconocida en la Constitución como tal, no está reconocida más que en el derecho agrario.

¿Por qué la comunidad y no el municipio? Porque en muchos pueblos indígenas se tiene la experiencia, de que mientras en las comunidades ellos ejercen sus propios usos y costumbres, su propio sistema legislativo, como prefieren decir, eligiendo sus cargos conforme a sus propias reglas, en las cabeceras municipales suelen estar como elementos que provienen de los partidos políticos y que no son parte de las comunidades indígenas. Entonces esto último crea para las comunidades indígenas muchos problemas, porque hay una dualidad de autoridades, las de las comunidades y las de los municipios, que no siempre corresponden a aquéllas.³³¹

Además, según las tradiciones, muchas comunidades, prefieren elecciones de sus autoridades mediante usos y costumbres, y que no se hagan mediante partidos; porque, según ellos, los partidos dividen a la comunidad, y las comunidades indígenas tienen alto aprecio a la solidaridad entre ellos, la unidad y el consenso. Y las cabeceras municipales suelen estar dirigidas por personas que, usualmente, han sido candidatos de partidos y chocan con los usos de la comunidad. Por eso, el filósofo en referencia sostiene que:

La lucha por la autonomía es una forma de lucha por una democracia participativa en todos los ámbitos sociales. El movimiento de difusión del poder hacia la base de la sociedad puede aprovechar las estructuras de las instituciones democráticas de los Estados ya existentes.³³²

Para constituir municipios indígenas, o por lo menos de mayoría indígena, y consecuentemente el ejercicio de la autonomía, implica modificaciones al

³³¹ Villoro, Luis. "Estado-nación y las Autonomías Indígenas" en *Constitución y Derechos Indígenas*, op. cit., p. 238.

³³² Villoro, Luis. "Del Estado Homogéneo al Estado Plural" en *Pueblos Indígenas y Derechos Étnicos VII Jornadas Lascasianas*, José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coordinador) México, UNAM, 1999, p. 77.

artículo 115 constitucional. Implica la necesidad de una remunicipalización; es decir, de hacer que correspondan los municipios con las comunidades indígenas, de manera que puedan constituirse municipios indígenas. Esta remunicipalización ya se ha hecho en algunos estados; es ejemplar la situación de la ley indígena de Oaxaca,³³³ donde se ha logrado que coexistan las autoridades elegidas en las comunidades, según sus sistemas normativos, y las autoridades que se designan por procesos electorales que tienen propuestas de los partidos políticos.

En suma, para que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, se expresada en autonomía pueda ser una realidad, se requiere de un nuevo pacto social entre el Estado mexicano y los pueblos indígenas, como parte de su población, con el fin de reconocer nuevos sujetos y nuevos derechos. Porque es un principio que “no pueden existir derechos sin titulares ni titulares sin derechos”.

4.4 Derechos individuales y derechos colectivos

La doctrina liberal que nos heredó la Ilustración y el Liberalismo francés puso el acento de los sujetos de derecho en los individuos y más específicamente en las personas. Producto del Jusnaturalismo racionalista, los derechos individuales reconocían a los individuos como tales, como seres dotados de capacidad e intelecto, lo cual les otorgaba sólo a ellos el libre albedrío para decidir sobre su conducta social. Así mismo, históricamente, se ha aceptado que los derechos fundamentales de todo ser humano son la vida, la igualdad, la libertad y la dignidad, y cuando éstos se violan quien se ve afectado con ello pierde algo de su integridad como ser humano. Esta es una herencia de siglos de luchas sociales por los derechos humanos en todos los rincones del mundo.

³³³ *Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*, 18 de junio de 1998.

Estos derechos, de los indígenas, los abordaremos como parte de los Derechos Humanos, puestos que aquéllos son seres humanos. Y son derechos humanos el:

Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.³³⁴

Los derechos humanos en su problemática filosófica, religiosa, política y social, han sido preocupación desde los tiempos remotos en el devenir histórico de la humanidad, su reconocimiento jurídico, todavía en pleno siglo XXI, no han sido plenamente incluidos en las estructuras jurídicas positivistas, únicas aplicables en los casos concretos de nuestro sistema.

Estos derechos los abordaremos desde la filosofía clásica del Derecho, desde el *Derecho Natural*, puesto que el positivismo jurídico no permite explorar más allá de lo escrito y reconocido en la estructura jurídica vigente. Ya que esta corriente asume la idea de que solamente el Estado, esto es, el poder público crea derechos y establece limitantes a su propio ejercicio.

Si bien queda claro que corresponde a la ley positiva, como resultado de la voluntad general de la sociedad, catalogar en su contenido normativo a los Derechos Humanos, no por ello se puede concluir que su validez resulte solamente del proceso formal de su creación, porque:

El legislador lo que hace es recoger en el contenido de la ley un conjunto de valores morales, filosóficos y políticos, para plasmarlos en el texto normativo, para esa manera integrar el orden jurídico y el Estado de Derecho.³³⁵

Preferimos denominar a estos derechos como *derechos naturales*, en virtud de que son derechos inherentes al hombre y tienen su fundamento en la misma naturaleza del ser humano, en la experiencia cotidiana de los hombres que

³³⁴ Rodríguez y Rodríguez, Jesús. "Derechos Humanos" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 13ª edición, tomo D-H, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

³³⁵ Quintana Roldán, Carlos F., Norma D. Sabido Peniche. *Derechos Humanos*, 2ª edición, México, Porrúa, 2001, p. 27.

viven en lugares y tiempos muy precisos y determinados, actuando de acuerdo con usos y costumbres plurales, consecuentes con la tradición filosófico-jurídica del Jusnaturalismo.³³⁶ Así, debe quedar claro que el conocimiento de los derechos naturales y su defensa activa y vivencia sociales no son una innovación y conquista de la Ilustración, sino el resultado de una tarea que se remonta a los orígenes de la ciudad y de la ley humana, por rudimentaria que se les considere. Y la resolución de los múltiples problemas planteados, y que el positivismo no les ha encontrado respuestas, aun llegando hasta las puertas del siglo XXI.³³⁷ Sobre el tema, un destacado tratadista español expone lo siguiente:

La fundamentación jusnaturalista de los Derechos Humanos es sin duda la más conocida y la de mayor tradición histórica; pero también es la que plantea más problemas de aceptación por parte de algunas de las más importantes corrientes contemporáneas de filosofía y teoría del derecho. Los problemas a que me refiero tienen como punto de partida el viejo problema de la ley natural y el mismo concepto de Derecho Natural...

Partiendo de que el Derecho Natural consiste en un ordenamiento universal deducido de la propia naturaleza humana, de ahí se derivan derechos naturales, cuya fundamentación se encuentra en el Derecho natural, no en el Derecho positivo. Pero, además, esos derechos naturales son anteriores y superiores al Derecho positivo y, por tanto, inalienables.³³⁸

Los antecedentes más remotos de los derechos humanos los encontramos en los *Diez Mandamientos de Moisés*, el *Código de Hammurabi* y las *Leyes de Solón*.³³⁹

Por lo que hace a las formulaciones normativas, declaraciones de derechos, se inicia en la Edad Media con el reconocimiento de ciertos derechos a quienes formaban parte de un grupo o estamento social, y revestían de

³³⁶ El derecho natural está presente a lo largo de toda la historia de la filosofía del derecho como la respuesta a la exigencia racional de la existencia de una justicia absoluta y objetiva, para evitar caer en el absurdo de hacer depender la verdad y la justicia de la voluntad del legislador. Es a partir del siglo XVIII cuando empezó a desarrollar la teoría de los derechos naturales, aunque la defensa y garantía de estos derechos es una labor tan antigua como la misma lucha del ser humano por hacer triunfar el derecho y eliminar la discordia en las relaciones sociales.

³³⁷ Puy, Francisco, *op. cit.*, p. 291.

³³⁸ Fernández, Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Debate, 1991, pp. 86-87.

³³⁹ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *ibídem*, p.1064.

pactos, fueros, contrataos o cartas, entre los que cabe mencionar el *Pacto o Fuero de León*, de 1188; el *Fuero de Cuenca*, de 1189 y la *Carta Magna* inglesa, de 1215, del rey Juan Sin Tierra; la *Petition of Rihgts* de 1628; el *Habeas Corpus Act*, de 1679; y el *Bill of Rights*, de 1689.³⁴⁰

Dentro ya del movimiento propiamente dicho de las declaraciones políticas y solemnes de derechos hay que señalar las siguientes: la *Declaración de derechos de Virginia*, 12 de junio de 1776; la *Declaración de independencia de los Estados Unidos de América*, 4 de julio de 1776, aprobada por los trece Estados originarios; la *Constitución Política de los Estados Unidos de América*; y la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia reunida en Versalles entre el 20 y el 26 de agosto de 1789.³⁴¹ Sobre este punto afirma un destacado jurista:

El tema de los Derechos Humanos es recurrente en la historia de la humanidad, porque está estrechamente ligado con la dignidad humana; tuvo gran impulso hace poco más de dos siglos, con las declaraciones norteamericanas y francesas sobre ellos; pero es especialmente después de la Segunda Guerra Mundial y en estas últimas cuatro décadas cuando se convierten en una de las grandes preocupaciones de las sociedades y cuando el tema se internacionaliza.³⁴²

Nuestro propósito consiste en demostrar y buscar el fundamento de los derechos individuales y colectivos del hombre. Cuáles son estos, porque todo el mundo habla de ellos, pero no dicen cuáles son específicamente, y mayor complejidad revisten tratándose de los indígenas individual y colectivamente.

A) DERECHOS INDIVIDUALES:

Estos derechos, independientemente de las garantías individuales reconocidas en las constituciones políticas de los Estados modernos, los derechos individuales aquí tratados se consideran como facultades, libertades

³⁴⁰ En realidad, estos documentos son, más que declaraciones de los derechos que competen a la persona humana, son limitaciones pactadas de la regia potestad.

³⁴¹ Estos documentos, especialmente las declaraciones de Virginia y de Versalles, son como el proyecto base que ha servido para todas las posteriores elaboraciones legislativas e institucionales.

³⁴² Carpizo, Jorge. *Derechos Humanos y Ombudsman*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1993, p. 77.

esenciales e inalienables del ser humano, individualmente considerado. Y algunos de los derechos del hombre, en atención a su naturaleza son:

1. El plano sustancial de la naturaleza humana.

La tendencia fundamental que expresa todo ser, considerado desde el punto de vista sustancial, es la tendencia a la conservación, a la perseverancia del ser. La sustancia es el requisito *sine qua non* de la existencia. Por esa razón, es un dato de experiencia, las cosas todas expresan, cada una a su modo, una tendencia a auto-mantenerse en el ser, a no dejarse destruir, a ser cada vez más perfecto, a no perder lo que son, sino aumentarlo, mejorarlo. Un derecho fundamental del hombre para ser sujeto de derechos es existir y que el sistema jurídico reconozca su existencia.

Es objeto de tal derecho, ante todo, la defensa, la garantía, la seguridad jurídica, una plena *vida física*.³⁴³ Por extensión, lo mismo respecto de la vida espiritual, o como se suele decir, de la *vida moral*. Y por implicación, el *dominio* o posesión, apropiación o uso de las cosas indispensables para la conservación de ambas vidas, la física y la espiritual.³⁴⁴

2. Derecho a la vida física o a la salud íntegra.

El derecho a la vida es el derecho que tenemos a conservar nuestra integridad física, nuestro ser sustancial, de modo que podamos cumplir plenamente nuestro destino. Es el derecho del individuo a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana, su vida plenaria, su salud corporal, su ser humano.³⁴⁵

³⁴³ Este derecho lo tenemos consagrado en el artículo 14, párrafo segundo de nuestra Constitución: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos..."

³⁴⁴ Puy, Francisco, *op. cit.*, p. 305.

³⁴⁵ Este derecho lo tenemos consagrado en el artículo 4º, párrafo tercero de nuestra Constitución: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud..."

El fundamento de este derecho es obvio. El ser que no existe no puede realizar función alguna; el ser mermado en sus facultades sólo puede ejercer sus funciones imperfectamente.³⁴⁶ Es el derecho a la salud.

Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.³⁴⁷

3. *Derecho a la vida moral.*

El patrimonio anímico, espiritual, del hombre se encuentra en un grado superior al cuerpo físico. Pero no podríamos hablar del alma, en abstracto, sin partir de la base del cuerpo concreto que la soporta en una unión sustancial, necesaria para configurar la persona humana.

Mas estas consideraciones nos abren el horizonte de dos derechos naturales contenidos en el derecho a la integridad moral: que son, el *derecho a la dignidad personal*, y el *derecho a la defensa de dicha dignidad*.

4. *Dignidad ontológica y dignidad ética.*

El concepto de dignidad humana tiene dos vertientes que es necesario distinguir, y en efecto:

a) La dignidad que tiene el ser humano según el lugar que le corresponde en la escala de los seres existentes.

b) Y la dignidad que tiene el ser humano según la bondad moral que libremente haya atesorado por su recto y virtuoso proceder a lo largo de su vida personal.

El derecho a la dignidad comprende ambos aspectos: es derecho a la *dignidad ontológica* o igualdad metafísica, y es derecho a la *dignidad ética* o desigualdad existencial.³⁴⁸

a) El derecho a la dignidad significa, ante todo, el *derecho que tiene el ser humano a ser tratado en todo caso según la categoría que le es inherente por su puesto en el cosmos*.³⁴⁹

³⁴⁶ Cfr. *Las garantías jurídicas de la vida*, ed. F. Pérez Bueno, Universidad de Madrid, 1920. Citado por el doctor Francisco Puy, *op. cit.*, p. 305.

³⁴⁷ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su artículo 7, párrafo 1.

³⁴⁸ Puy, Francisco, *op. cit.*, p. 312.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 313.

El derecho a la dignidad es, así, el derecho que tiene cada persona humana a ser reconocida como tal persona, a ser tratada como sujeto igual a todo otro sujeto, que dice la filosofía. Es, en suma, el derecho de cada ser humano, por el mero hecho de serlo, a ser tratado con un *mínimo de dignidad*, que será, en todo caso, superior al *quantum* de la misma que reciba cualquier ser irracional o cosa material.

b`) Lo referente a la segunda acepción, es el derecho a la dignidad consistente en el *derecho que tiene el ser humano a ser tratado de forma desigual a otros seres humanos, pero guardando proporción a sus méritos morales desiguales*.³⁵⁰

Para entender este segundo aspecto del derecho a la dignidad, hay que tener en cuenta que el patrimonio moral del ser humano está integrado por un conjunto de bienes espirituales de diversa cuantía, a los que se da los nombres de *honor, reputación y fama*.³⁵¹

El derecho a la dignidad ética se manifiesta, por ende, en los siguientes derechos derivados:

a`) Derecho a no ser lesionados mediante palabras que nos *difamen*, quebrantando nuestra reputación.

b`) Derecho a no ser lesionados mediante *injurias*, en forma de palabras proferidas o acciones ejecutadas en nuestra deshonra, descrédito o menosprecio.

c`) Y derecho a no ser lesionados mediante *calumnias*, como falsas imputaciones de cualesquiera actos viciosos, y especialmente de aquéllos sancionados por la moral social, o los expresamente prohibidos por las leyes vigentes, tanto en sus preceptos naturales como en sus preceptos positivos.³⁵²

³⁵⁰ *Ídem*.

³⁵¹ En este sentido, la dignidad es, respecto del espíritu, algo semejante a lo que es la salud respecto del cuerpo. Ambas se pueden tener en mayor o menor grado. Y desde tal punto de vista, podemos decir que el ser humano no tiene una "dignidad (moral) a secas", salvo si por ello se entiende la posibilidad de llegar a adquirirla. Tampoco tiene el ser humano una vida saludable a secas, sino más bien la posibilidad de poder vivir saludablemente.

³⁵² Puy, Francisco, *op. cit.*, pp. 314-315.

5. *La defensa de la dignidad.*

El derecho a la integridad de la vida moral contiene también el derecho a declarar la verdad sobre nuestra dignidad y el derecho a pedir la reparación de los agravios hechos a nuestra dignidad. Ambas cosas constituyen lo que podemos llamar el *derecho a la defensa de la dignidad humana*.

La defensa de la dignidad es siempre posible, como la de todos los derechos naturales, y positivos³⁵³ por la vía de *la protección jurídica*; y la única acción personal que aquí se puede hacer valer es la de *declaración de la verdad* y la de *la petición de reparación de agravios*.³⁵⁴

6. *El derecho al dominio o a la propiedad.*

El derecho al dominio es el fundamento y lugar común de todos los llamados *derechos reales*.³⁵⁵

De ahí se sigue la múltiple variedad de derechos reales que las leyes humanas positivas³⁵⁶ han podido configurar, para ir regulando las actividades con que el hombre ejercita su dominio sobre las cosas: derechos de propiedad, posesión, usufructo, servidumbres, etc. por lo cual es claro, que el derecho al dominio es una de las instituciones básicas de todo derecho humano.

³⁵³ El *Código Penal Federal* regula en su título vigésimo, intitulado "Delitos contra el Honor", capítulo II "Injurias y Difamación", artículos 348-355; III "Calumnia", artículos 356-359. *Decreto* de 2 de enero de 1931.

³⁵⁴ La protección de este derecho no parece plantear ningún problema especial, estando sometido a la tutela jurídica, como cualquier otro. Pero, por analogía con lo que ocurre con el derecho a la legítima defensa frente a los ataques contra la integridad física, podemos preguntarnos si existe, de cualquier modo que se entienda, un "derecho de legítima defensa moral", tendiente a proteger nuestra dignidad contra las difamaciones, injurias o calumnias dirigidas contra nosotros. Pero no existe la legítima defensa de estos bienes por la vía de la autoprotección manifestada en una reacción personal y directa. Ello se debe a que aquí no se da nunca de carácter de inminencia e irreversibilidad propios de los casos de legítima defensa corporal.

³⁵⁵ En derecho de propiedad, ésta se funda en la naturaleza humana, pero todo derecho de propiedad concreto tiene un título positivo (herencia, compraventa, trabajo, ocupación, donación, etc.), de modo que ninguna cosa se posee a título de naturaleza.

³⁵⁶ Se debe configurar por la ley humana positiva el régimen de dominio –colectivo– más apto para que el mayor número de individuos pueda satisfacer el mayor número de necesidades con menor esfuerzo por parte de cada uno, y en todo caso, *quedando cubiertas las necesidades vitales mínimas de todos*.

En el caso de la propiedad, ésta significa –según el autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez-:

...el poder jurídico (derecho real) que su titular ejerce directa e indirectamente sobre una cosa y con exclusión de terceros, que le permite su aprovechamiento total en sentido jurídico porque puede usarla, disfrutarla y disponer de ella sin más limitaciones y modalidades que las establecidas por la ley.³⁵⁷

7. Derecho a la educación.

Todo ser humano tiene la tendencia natural y el consiguiente derecho a educar y a ser educado. Por supuesto, nos referimos a la educación en el más alto de los sentidos, es decir, la tarea de desarrollar armónica e ilimitadamente a la persona humana íntegra, en su doble dimensión fisiológica y espiritual.

Así como toda persona tiene *derecho a recibir una educación elemental, media, superior y especializada*: estos es, a todos los grados y niveles de educación.³⁵⁸

8. Derecho a la cultura.

Son un conjunto de derechos: “que aseguran a todo individuo su acceso a la educación y su libre participación en la vida cultural, el goce de las creaciones artísticas y el disfrute de los beneficios de los progresos científicos e intelectuales, así como la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan como autor de inventos científicos o de obras literarias o artísticas.”³⁵⁹

Este derecho *lato sensu* se refiere al conocimiento de todo lo que rodea al ser humano, sobre todo durante la infancia, adolescencia y juventud, para su

³⁵⁷ *Derecho Civil. Parte General. Personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 7ª edición, México, Porrúa 2000, p. 348.

³⁵⁸ Al respecto el artículo 3º, y particularmente, referente a los indígenas, el artículo 2º, apartado B, fracción II, establece la obligación del Estado de educar a su pueblo. Sin embargo, estos artículos son *letra muerta*, puesto que no los obliga *strictu sensu* a los gobiernos a acatarlos, por falta de reglamentación respectiva y su sanción, como una de las características de las leyes.

³⁵⁹ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *op. cit.*, p. 1050.

desarrollo íntegro; incluyendo la educación en el amplio sentido, los medios de recreación, conocimiento de sí mismo y de sus semejantes.

El filósofo Luis Villoro ha recordado la definición adoptada en una reunión sobre políticas culturales de la UNESCO, realizada en México en 1981:

En su sentido más amplio, la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.³⁶⁰

Esta educación cultural le proporciona al hombre el desarrollo de su personalidad adulta, capacitándole para ganarse la vida, conservando la libertad y el respeto de los demás.

9. Derecho a la libertad y a la individualidad.

La palabra libertad tiene muchas acepciones...

En su acepción filosófica, el vocablo libertad tiene un significado más preciso. La libertad se entiende como una propiedad de la voluntad, gracias a la cual ésta puede adherirse a uno de entre los distintos bienes que le propone la razón.

La libertad es una consecuencia de la naturaleza racional del hombre. Por la razón, el hombre es capaz de conocer que todos los seres creados pueden ser o no ser, es decir, que todos son contingentes. Al descubrir la contingencia de los seres creados, el hombre se percata que ninguno de ellos le es absolutamente necesario. Esto es lo que permite que entre los distintos seres que la razón conoce, la voluntad quiera libremente alguno de ellos como fin, es decir, como bien. El bien no es más que el ser en cuanto querido por la voluntad.³⁶¹

La libertad es una consecuencia de la racionalidad, puesto que el ser humano es libre en tanto que conoce mediante su razón multitud de fines y de medios a ellos conducentes, podremos deducir fácilmente qué tipo de tendencias evidencia aquella propiedad suya de un modo característico. La libertad, en efecto, es el medio y condición ineludible por la que el ser humano se *individualiza*. La tendencia a “ser diferente” que los demás, es una

³⁶⁰ Villoro, Luis. “Autenticidad en la cultura” en *El concepto de ideología y otros ensayos*, México, Fonda de Cultura Económica, p. 177.

³⁶¹ Adame Goddard, Jorge, “Libertad” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., p. 1987.

necesidad natural, puesto que deriva del hecho natural que es la libertad humana.

10. Derecho a la personalidad diferenciada.

El derecho a una individualidad propia e inconfundible, como tendencia de cada ser humano a ser distinto, a manifestar una personalidad propia, a crear y evidenciar una individualidad destacada, y a exigir su reconocimiento.

Persona es el ser de existencia física y legal capaz de derechos y obligaciones.³⁶² Es el individuo dotado de naturaleza espiritual como peculiaridad absoluta.³⁶³

A la esencia de persona pertenece, pues, la capacidad exclusiva para la autoconciencia intelectual y para la consiguiente autodisposición de ser libre. Esto es lo que proporciona a cada ser humano concreto la dignidad incomparable de signo ontológico, que corresponde a la persona.

...la *personalidad* no es otra cosa, en principio, que el resultado a que llega el ser humano cuando cumple con una tarea que le corresponde ontológicamente como persona: la tarea de acceder, de conquistar un perfil propio, desenvolviéndose libremente, conforme a la ley de su misma naturaleza.³⁶⁴

Es cierto que no siempre es posible un desenvolvimiento armónico universal y perfecto de todos los aspectos y virtualidades o disposiciones latentes en la personalidad. Pero, por eso mismo responde a la dignidad de la persona la tarea de procurar el mayor despliegue posible integral de su *personalidad psicológica*.³⁶⁵ Y el despliegue de esta personalidad comienza orientándola hacia los valores absolutos del bien moral, operando caso por caso una concreción de las normas naturales universales a cada uno de los actos particulares que configuran la *personalidad ética*. Lo cual sólo lo puede lograr el

³⁶² De pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*, op. cit., p. 404.

³⁶³ Puy, Francisco, op. cit., p. 350.

³⁶⁴ *Ídem*.

³⁶⁵ "La personalidad psicológica define la totalidad del sistema estructural del individuo, organizando sus disposiciones e inclinaciones estables, tanto fisiológicas como espirituales." Francisco Puy, op. cit., p. 350.

individuo actuando en el sentido de afirmar su propia individualidad y su propia subjetividad, y en el sentido de defender ambas facetas ante cualquier negativa a reconocerlas por parte de quien sea.³⁶⁶

11. Derecho a la identidad.

Se manifiesta fundamentalmente como el derecho de la efigie, imagen, representación de la persona, y al nombre propio. Es decir, el derecho de usar nombres propios con todas sus peculiaridades, en sus propias lenguas, tratándose de los indígenas. Es el derecho a no ser forzado a vivir, pensar o hablar por un patrón prefabricado, a no tener que expresarse en una lengua impuesta. Es, en suma, el derecho a una vida psicológicamente independiente.

12. Derecho a la subjetividad.

Es el derecho que tiene el ser humano a ser considerado como sujeto y a rechazar toda consideración teórica y práctica de él como mero objeto al servicio de otros sujetos. Es decir, evitar la esclavitud,³⁶⁷ la *prostitución denigrante*³⁶⁸ y salir del estado de *servidumbre*.³⁶⁹ En estas dos últimas situaciones aún se encuentran las poblaciones más vulnerables de nuestro país³⁷⁰ y del mundo. Aunque sujetos con “cadenas de oro”, o aprisionados en “cárceles de seda”, no dejan de ser denigrantes. Estas situaciones estriban

³⁶⁶ Así, respecto a la personalidad diferenciada, que no ciudadanía, de los indígenas, quienes deben gozar de este derecho, evitando los programas integracionistas gubernamentales; para que aquéllos vivan su cultura con todos los derechos inherentes a su naturaleza como humana.

³⁶⁷ La abolición de la esclavitud la establece nuestra Norma Constitucional en su artículo 1º, párrafo segundo: “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes.” *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

³⁶⁸ La prostitución denigrante deber ser controlado, tratándose de salud pública, por los gobiernos, puesto que la mayoría de la población vulnerable se encuentra en esta situación por carecer de otros medios de subsistencia.

³⁶⁹ La clase social más baja, en pleno siglo XXI, vive en toda su expresión la servidumbre – comúnmente tratados como criados- en todas las grandes y pequeñas ciudades. Estos seres humanos deben ser rescatados de sus situaciones paupérrimas y reconocerles todos sus derechos como tales, y no permitir más esta infamia.

³⁷⁰ En el Distrito Federal Marcelina Bautista, Directora del Centro de Apoyo y Capacitación para las Empleadas del Hogar, presenta ante la Asamblea Legislativa en febrero de 2008, el proyecto educativo “Empleadas del hogar: por la defensa de nuestros derechos laborales”, financiado por la Comisión de Derechos humanos del Distrito Federal y el Instituto Nacional de Desarrollo Social. En donde denuncia sobre la falta de seguridad social y de prestaciones laborales para este sector. Para ello se debe reformar el capítulo XIII de la Ley federal del Trabajo que se refiere a los trabajadores domésticos, toda vez que no se respeta el horario de la jornada laboral, el derecho de capacitación ni los días de descanso obligatorio. Son víctimas de discriminación, hostigamiento sexual y despido injustificado.

esencialmente en la conversión –contraria a la naturaleza humana- de un sujeto en objeto. El derecho a la subjetividad se apoya en el derecho a la dignidad que le corresponde al hombre por su racionalidad y del lugar que ocupa en el orden del cosmos.

13. *Derecho a no ser discriminado.*³⁷¹

Discriminar es juzgar como diferentes a las personas en su esencia, es juzgar las características accidentales. Es inducir al menosprecio de alguien por razones de raza, color de la piel, sexo, edad, lengua, ideología, etnia, aptitudes, capacidades intelectuales etc. Esto implica el derecho al reconocimiento de la propia personalidad que consiste en que toda persona debe recibir un trato igual a las demás. Es, por tanto, el derecho a ser tratado equitativamente, es decir, recibir un trato proporcionalmente equivalente al que se da a los demás. En otras palabras, un *trato igual a los iguales y desigual a los desiguales*.³⁷²

14. *Derecho a la igualdad de oportunidades.*

Todo ser humano tiene ocasiones equivalentes de mejorarse en todos los sentidos. El derecho a la igualdad de oportunidades impone la necesidad de suprimir constante las desigualdades, sobre todo, en las clases más bajas de la sociedad. Es decir, darle un trato a favor de los más vulnerables, cualquiera que sea la causa de sus situaciones. Y el deber de conceder a todos la mayor cantidad posible de oportunidades para su progreso hacia el bienestar individual y colectivo.³⁷³

³⁷¹ Este derecho lo contempla nuestra Norma Constitucional en su artículo 1º, párrafo tercero: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

³⁷² En este rubro, aludiendo a la igualdad ante la ley, algunas autoridades, teóricos, académicos, argumentan que la ley es la que impera en todas las relaciones sociales. No compartimos estos puntos de vista, en virtud de que las circunstancias en que se encuentra cada ser humano son distintas en todas sus vertientes; más aún, tratándose de los indígenas.

³⁷³ Al respecto, el ser humano necesita mejorarse en el sentido amplio, no le sirve de mucho los programas asistenciales; se requiere, además, el desarrollo de sus capacidades técnicas e intelectuales para su autodesarrollo, es decir, combatir la pobreza desde sus raíces.

15. Derecho a la libertad de acción corporal y espiritual.

Es un derecho natural la libertad referida a acciones concretas, a bienes específicos y protegida por normas en cada una de sus manifestaciones.

Libertades concretas son las que se refieren a las actuaciones precisas y quedan garantizadas por leyes humanas concretas, o sea por normas dadas para comunidades políticas concretas, especialmente por usos, costumbres y fueros.³⁷⁴

El derecho a la libertad espiritual, es, en general, a todo el que se dedica a la tarea creadora en el reino del espíritu. Como es el derecho a la verdad, el derecho a obrar según conciencia; o sea, el derecho a obrar de una forma congruente, y a no ser forzado a obrar de una forma incongruente con las propias concepciones básicas.

También implica el derecho a la información, a la comunicación de la verdad³⁷⁵ por todos los medios de comunicación social –especialmente prensa (periódico, revistas, publicaciones), radio, cine y televisión-, por la docencia y por el diálogo, que ofenden a la inteligencia del hombre. Pero también implica el deber de tolerancia de la diversidad de opiniones, ideologías, defendiendo las que se estimen verdaderas y valiosas, y rechazando las que se tengan por falsas o perniciosas.³⁷⁶

Así como también al derecho a la conversión, esto es, el derecho a cambiar de ideas y creencias, y a manifestar y publicar dicho cambio. Sin que por ello, signifique frivolidad, esnobismo o proselitismo, o como medio para la consecución de fines civiles, políticos, económicos, sociales o estéticos.

³⁷⁴ Puy, Francisco, *op. cit.*, p. 356.

³⁷⁵ Esto es un problema, más bien, ético; que tal vez, difícil de legislar; pero que corresponde a la sociedad, en su conjunto, desarrollar por el bien del interés general.

³⁷⁶ El derecho de manifestación de ideas y de información se encuentran reconocidas en nuestra Norma Constitucional en su artículo 6º, párrafo primero: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe al orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado...” *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

B) DERECHOS COLECTIVOS:

El reconocimiento de los derechos de las minorías en los Estados nacionales y la protección de sus derechos pronto mostró su insuficiencia para garantizar el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Fue entonces cuando “se dio un salto cualitativo y se empezó a hablar de derechos colectivos, diferentes al de los Estados pero también al de los individuos que integran su población.”³⁷⁷

Pero, ¿qué son los derechos colectivos? En palabras del filósofo León Olivé:

Los derechos colectivos son derechos que los individuos disfrutan en virtud de su pertenencia a un grupo... no son derechos que atribuyan a los individuos sino al grupo.³⁷⁸

Sobre el plano de la colectividad y sociabilidad se apoya la justificación general de la atribución de *derechos* a los grupos humanos en cuanto tales.

La sociabilidad natural del ser humano fundamenta la existencia de grupos sociales bien delimitados, con restricciones externas, a las que se refiere el autor Will Kimlicka. Estos grupos sociales son también derivativamente sujetos de derechos y deberes.

El reconocimiento de derechos colectivos en nuestra Constitución, por otra parte, no es novedad. De hecho se considera que fue la primera en reconocerlos cuando el 1917 se aprobaron los artículos 27 (los derechos de los campesinos) y 123 (los derechos de los trabajadores). Este original reconocimiento inauguró un proceso de construcción del Estado social de derecho. Con ello, el principio de igualdad jurídica se actualizó al reconocerse que la ley no podía ser igual ante aquellos que eran social y económicamente desiguales. Así, vino a establecerse la obligación de las autoridades, laboral y agraria, para suplir la deficiencia de las quejas de los trabajadores y de los

³⁷⁷ López Bárcenas, Francisco. *Autonomía y Derechos Indígenas en México*, México, Conaculta/Culturas Populares e Indígenas, 2002, p. 21.

³⁷⁸ *Multiculturalismo y Pluralismo*, México, Paidós-UNAM, Biblioteca Iberoamericana de Ensayo, 1999, pp. 91-93.

campesinos cuando las leyes no mencionaran a lo que tenían derecho con base en los hechos expuestos en las demandas.³⁷⁹ Esta reforma confirma, pues,

...que la nación mexicana es pluricultural, por tanto que el titular de la soberanía del Estado es culturalmente heterogéneo. Con ello se consolidan las bases constitucionales para el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ampliándose el ámbito de protección del principio de igualdad jurídica no sólo a los que son, en lo social y en lo económico diferentes, sino también en lo cultural. Ésta es la razón para hablar ahora de la inauguración de un proceso de construcción novedoso del Estado mexicano, del Estado pluricultural de derecho.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son derechos históricos, es decir, imprescriptibles, no se extinguen por el paso del tiempo ni la subordinación política a la que puedan estar sometidos. Los pueblos indígenas de México han vivido bajo el dominio de otros pueblos y fueron éstos los que decidieron cuáles debían ser derechos.³⁸⁰

Sin embargo, creemos que los grupos sociales, sean pueblos o comunidades culturales, se les deben reconocer que sus derechos van más allá de los que le reconoce el positivismo jurídico. Así tenemos derechos culturales, económicos, políticos y sociales:

a) Derechos Culturales:

1. Derecho a la diferencia e identidad colectiva.

Cualquier grupo social tiene derecho a ser diferente de los demás grupos y del grupo dominante.

Los rasgos característicos de un grupo social y la lengua se convierten en el reducto de identidad, como establece el doctor David Cienfuegos Salgado:

³⁷⁹ Reforma constitucional al artículo 107, fracción II, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, del 7 de abril de 1986; reforma a la Ley Federal del Trabajo, de los artículos 685-1010 (*Diario Oficial de la Federación*, del 4 de enero de 1980), y al Reglamento Interior de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, del 16 de enero de 1981, y reforma a la Ley de Amparo, artículos 76 y 79, del 20 de mayo de 1986, en www.juridicas.unam.mx, consulta del mes de septiembre de 2007.

³⁸⁰ González Galván, Jorge Alberto. "La Validez del Derecho Indígena en el Derecho Nacional", en *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Indígena*, *op. cit.*, p. 41,

Para nadie puede resultar extraño que la lengua, junto con la cultura, la religión y el origen étnico formen lo que ha sido en llamar el núcleo de la identidad nacional.³⁸¹

La antropología ha elaborado una definición que caracteriza a la cultura como:

La suma de todas las actividades y productos materiales y espirituales de un determinado grupo social, que lo distinguen de otros grupos similares.³⁸²

En el plano internacional, también se defiende el derecho a la identidad:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.³⁸³

2. Derechos Lingüísticos.³⁸⁴

La lengua es importante, e indispensable de toda cultura. Por eso, las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas, tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.³⁸⁵

Como derechos individuales se traducen en la facultad de toda persona de aprender y desarrollar libremente su lengua materna, a recibir educación por medio de ella, a usarla en contextos oficiales socialmente relevantes y a apropiarse de la lengua oficial del país al que pertenece. Como derecho colectivo se manifiesta en la posibilidad de mantener su identidad y

³⁸¹ Cienfuegos Salgado, David, *Políticas y Derechos Lingüísticos*, México, Porrúa, 2005, p. 17.

³⁸² Rodolfo Stavenhagen, *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000, p. 14.

³⁸³ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su artículo 33, párrafo 1.

³⁸⁴ En junio de 1996, durante la Conferencia Mundial de Derechos Lingüísticos celebrada en Barcelona los días 6 y 9, se dio la *Declaración Universal de Derechos Lingüísticos* que en su numeral tercero reconocía como "derechos personales inalienables, ejercibles en cualquier situación".

³⁸⁵ En México se publicó la *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas*, en el *Diario Oficial de la Federación*, 13 de marzo de 2003.

alteridad etnolingüística, a que ésta sea respetada por los demás y a que su existencia y desarrollo sean garantizados por el Estado.³⁸⁶

3. *Derecho a la tradición.*

Este derecho se refiere a que al ser humano se le respete sus formas de vivir dentro del complejo de tradiciones éticas, políticas, sociales, culturales, folklóricas, etc. de los respectivos pueblos que los distingue de otros.

Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.³⁸⁷

4. *Derecho al reconocimiento de sus creaciones.*

Es el derecho natural del hombre y de los pueblos a desarrollar una actividad racional coherente, seria, libre y fecunda, con la que se transforman a sí mismos y al mundo exterior de un modo consciente, buscando la perfección, recreando el propio ser, la comunidad humana y el universo.

El derecho al trabajo³⁸⁸ creador se fundamenta inmediatamente en la racionalidad humana, porque es con su inteligencia con el único instrumento con que el individuo puede actuar produciendo un mundo mejor, una mejor ciudad humana y una vida más digna de ser vivida. Y con razón se concede al derecho al trabajo una muy especial atención, tanto en el terreno práctico, como el de la teoría moral, jurídica y política.³⁸⁹

Sin embargo, respecto de las creaciones, inventos de los pueblos o comunidades humanas, no están debidamente regulados ni protegidos por las leyes positivas.

³⁸⁶ Hamel Rainer, Enrique. "Derechos Lingüísticos como Derechos Humanos: Debates y Perspectivas", *Alteridades*, Número 10, Año 5, UAM-Iztapalapa, México, 1995, p. 11. Citado por Francisco López Bárcenas en *Autonomía y Derechos Indígenas en México*, op. cit., p. 47.

³⁸⁷ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su artículo 13, párrafo 1.

³⁸⁸ Los derechos de los trabajadores están regulados en el artículo 123 constitucional y en la Ley Federal del Trabajo.

³⁸⁹ Puy, Francisco. *Derecho al Trabajo y Derecho del Trabajo*, España, Escuela Social de Granada, 1962, pp. 19-21.

b) Derechos Económicos:

5. Derecho al desarrollo.

Todos los grupos sociales, étnicos y demás, tienen el derecho inalienable del progreso y desarrollo económico para el bien común de sus integrantes.

Los derechos económicos de los pueblos indígenas están referidos sobre todo a su derecho a la tierra, recursos naturales y a la protección que deben gozar en materia de contratación y empleo.³⁹⁰

Y como lo establece la Constitución Política, en su artículo 2º, apartado B, fracciones I, VII y IX. Que establece que las autoridades están obligadas³⁹¹ a: impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas, apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de estas comunidades, y a consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo. Y en el ámbito internacional se dispone que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.³⁹²

6. Derechos territoriales.

Los territorios indígenas son espacios bajo su influencia y control donde pueden libremente practicar y desarrollar su vida colectiva sin que nadie pueda interferir ni prohibírselo. Respetando, desde luego, la intervención del Estado en asuntos de su competencia conforme las leyes del nacionales; salvo el caso en que no se respeten las normas de convivencia que se comprometan a respetar, y libremente pacten con el Estado del cual forman parte.³⁹³ En este sentido, se ha dicho que:

³⁹⁰ López Bárcenas, Francisco. *Legislación y Derechos Indígenas*, México, *op. cit.*, p. 97.

³⁹¹ En nuestro sistema jurídico no se establece cuáles son las sanciones contra las autoridades que no cumplen con estas obligaciones; porque en los hechos nadie las cumple, salvo raras excepciones y eso de manera insuficiente y parcial.

³⁹² *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su artículo 23.

³⁹³ J. R. Cossío, J. F. Franco y J. Roldán Xopa. *Derechos y Cultura Indígena. Los dilemas del debate jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998, pp. 192-193. "La referencia a territorio

Cuando los pueblos indígenas reclaman derechos sobre los territorios que ocupan y han ocupado tradicionalmente se refieren a la posibilidad de ejercer influencia y control sobre lo que ocurre en esos espacios, cómo se usan y cómo se dispone de ellos; se refieren a la posibilidad de participar como colectividades de las decisiones que afectan esos territorios y a los recursos allí existentes; se refieren a la posibilidad de intervenir en el gobierno de las sociedades allí asentadas.³⁹⁴

Recientemente, la ONU reconoce este derecho al establecer que:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.³⁹⁵

Este derecho es fundamental porque para los indígenas sus espacios territoriales son fuente de identidad y parte de su ser; más que los territorios pertenezcan a los indígenas son éstos los que forman parte de aquellos. La tierra es el lugar de origen, fuente de creencias, sustento de una cosmovisión, unas prácticas socioculturales peculiares y asiento de un pasado común.

c) Derechos Políticos:

7. Derecho a la tutela política.

El derecho a la tutela política constituye el derecho a beneficiarse de la protección de los derechos naturales de la persona en todos los niveles del gobierno, con el fin de que se respeten sus formas de organización política propios. En el caso de los pueblos y comunidades indígenas, el respeto a los

como la totalidad del hábitat significa algo distinto a la concepción jurídica de territorio (un ámbito espacial de validez normativa). La utilización del término territorio en relación a los recursos naturales a los que se puede acceder, adquiere una significación del lugar de ubicación de tales bienes y no del ejercicio de autoridad. De esta suerte, el territorio identifica un lugar físico más que un ámbito territorial de validez."

³⁹⁴ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, "Los Derechos de los Pueblos, Documento para Discusión", *Crítica Jurídica*, número 14, México, 1994, p. 155.

³⁹⁵ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su artículo 26.

usos y costumbres en la elección de sus propias autoridades. O constituirse en minoría política.

Los derechos políticos se refieren a la capacidad y posibilidad de los ciudadanos para participar en las decisiones que afectan de manera importante los destinos del Estado al que pertenezcan. La tradición liberal finca esta participación en la democracia, pero ésta no puede reducirse a una sola forma de participación y menos en Estados multiculturales y pluriétnicos, como lo es México.

De ahí que los pueblos indígenas, como parte de su derecho a la libre determinación expresada en autonomía, reclamen el derecho de participar en la toma de decisiones, tanto internas, en sus comunidades, como hacia el exterior de ellas, según sus propios mecanismos y de acuerdo a sus propias normas.³⁹⁶

*8. Derecho a la asociación.*³⁹⁷

Es la tendencia del ser humano a vivir en sociedad y a organizar la colectividad, la vida social como una coexistencia humana, con arreglo a criterios racionales según la pluralidad de necesidades para asociarse. Es el derecho de vivir en una sociedad pluralista.

Ya nuestra Constitución Política reconoce este derecho en su artículo 9º, que a la letra dice:

No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.³⁹⁸

9. Derecho al poder.

Los seres humanos tienen una tendencia natural a ser miembros de los pueblos y comunidades de que forman parte, y de la sociedad en general; también tienen una tendencia natural a la inclinación a ocupar el puesto de

³⁹⁶ López Bárcenas, Francisco. *Autonomía y Derechos Indígenas en México*, op. cit., p. 45.

³⁹⁷ Este derecho se encuentra establecida en nuestra Norma Constitucional en su artículo 9º, párrafo primero.

³⁹⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

dirigentes de la población de la que pertenecen. Es decir, derecho al poder político o social y, consecuentemente, a la autoridad.³⁹⁹

10. Derecho a ejercer la oposición.

Es el derecho a mostrar disconformidad con los actos concretos de gobierno de forma individual o colectiva. En este derecho se incluye, por ende, el derecho a la reunión ordenada y el derecho a la manifestación pacífica, dirigidas a exponer problemas, formar opinión y promover actitudes políticas colectivas.

d) Derechos sociales:

11. Derecho a la tutela social.

El derecho a la tutela social se refiere a la exigencia de las condiciones de paz, seguridad, orden, tranquilidad y moralidad públicas mínimas suficientes para poder desarrollar la vida con normalidad. Y correlativamente, como derecho de beneficiarse de la intervención de los poderes públicos, en todos sus niveles, para que acudan en ayuda de las necesidades materiales o psicológicas más apremiantes y vitales en casos concretos.

12. Derecho a la cooperación solidaria.

La *cooperación* es la tendencia a la convivencia que se manifiesta esencialmente como inclinación a la *solidaridad*.⁴⁰⁰ Y ésta, a su vez, es sin lugar a dudas, el principio supremo de la ética social.⁴⁰¹

Cooperación solidaria es la tendencia a ayudar y ser ayudado, a colaborar y recibir colaboración, a coproducir, a corresponder con algo con que compensar por todo lo que se recibe de los demás.

³⁹⁹ Los derechos políticos se refieren a la capacidad y posibilidad de los ciudadanos para participar en las decisiones que afecten de manera importante los destinos del Estado al que pertenecen. La tradición liberal finca esta participación en la democracia, pero ésta no puede reducirse a una sola forma de participación y menos en Estados multiculturales y pluriétnicos, como en el caso de los indígenas de México.

⁴⁰⁰ Significa la participación en todas las actividades de intercambio para las que se esté capacitado –solidaridad activa- y a exigir a los conviventes la aportación personal proporcional que deban ofrecer al soporte de las cargas y tareas colectivas –solidaridad pasiva-.

⁴⁰¹ Puy, Francisco, *op. cit.*, p. 366.

13. *Derecho a la tutela jurídica.*

El derecho a la tutela jurídica, se refiere a la posibilidad o facultad de resolver conforme sus normas jurídicas las controversias que se susciten entre sus miembros o, en su caso, pedir a los tribunales que amparen los intereses propios con procesos económicamente accesibles o, en su caso, gratuitos. Así como la posibilidad de acogerse al principio de seguridad jurídica y de legalidad, con pleno acceso a las garantías constitucionales en los procesos jurisdiccionales. Así como la presunción de inocencia.

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.⁴⁰²

14. *Derecho a la justicia y al reconocimiento jurisdiccional.*

Como grupos sociales y como entidades bien organizados, se deben reconocer plenamente sus derechos jurisdiccionales; y que sean ellos mismos, concededores de su entorno y de su gente, los aplicadores de su sistema normativo.

Un concepto amplio de sistema jurídico lo conceptualizaría el autor Ricardo Caracciolo como un conjunto de normas o reglas cuya existencia o vigencia puede verificarse empíricamente mediante:

a) La presencia de un tipo de conducta reiterada; b) presión social a favor de la permanencia de esa conducta; c) la reacción desfavorable contra el individuo que en las circunstancias adecuadas de aparte de esa conducta. Si se trata de una norma jurídica, su violación traerá aparejada como reacción típica la aplicación de sanciones físicas; d) la convicción por parte de los miembros de un grupo de que aquella conducta es 'correcta', que tiene que ser seguida como modelo o pauta de comportamiento.⁴⁰³

⁴⁰² *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su artículo 40.

⁴⁰³ *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho* (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), México, Fontamara, 1994, p. 69.

Ya nuestra Constitución Política lo establece, respecto de los pueblos y comunidades indígenas, en el artículo 2º, apartado A, fracción II:

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces y tribunales correspondientes.⁴⁰⁴

15. Derecho a constituirse en miembro de una minoría religiosa, lingüística, geográfica o racial.

Implica también el derecho a ser respetado como miembro de dichas minorías. Y como tales, reclamar que se les respete y se les reconozcan sus derechos.

16. Derecho a la autonomía y a la libre determinación.

Los grupos étnicos tienen el derecho a la libre determinación y como expresión de ésta, a la autonomía; como parte de un Estado para su mejor organización interna y para su propio desarrollo; es decir, el respeto por parte del grupo dominante de sus formas de vida interna.

17. Derecho a la resistencia.

Es el derecho a la lucha pasiva y activa, jurídica y social, contra las formas injustas de gobierno. Es el derecho de legítima defensa política, derecho natural que nunca puede ser reconocido por la ley positiva.

18. Derecho a la revolución.

El derecho a la revolución armada, que corresponde la última forma de resistencia. Este derecho es siempre una forma de legítima defensa social.

La revolución sólo se justifica como medio modificador del Estado cuando su finalidad es obtener un mayor respeto a la vida y una mejor justicia social, que no puedan obtener por medio de la evolución jurídica.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁰⁵ Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, 15ª edición, México, Porrúa, 2000, p. 565.

El derecho a la revolución es un complejo fenómeno social que responde a múltiples causas sociales. Es el hombre rebelde que anhela nuevas formas de vida social. Por ello la revolución, para ser auténtica, debe partir del pueblo.

Podemos concluir, podemos decir, que en nuestra Constitución Política, sin duda, como recuerda el doctor Jorge Alberto González Galván, hay un acuerdo fundamental acerca de la necesidad de dar reconocimiento a los pueblos indígenas en la Constitución,⁴⁰⁶ pero de ahí a incorporar el listado del apartado B, con su enorme carga retórica, hay una gran distancia. Y ello sin desconocer que uno de los rasgos del constitucionalismo contemporáneo es “*la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico*”,⁴⁰⁷ pero dicha fijación en el texto constitucional tendría que hacerse bien estructuradas, con normas que permitan dar cumplimiento a lo estipulado. Porque los derechos humanos y los derechos de los indígenas, como tales, son la esencia de la dignidad humana y su reconocimiento general, como una necesidad de los grupos y de los individuos, para que puedan continuar con su vida organizada y la realización superior de los propios fines del hombre y la sociedad. Como dice un distinguido autor argentino al analizar estas cuestiones:

...los Derechos Humanos sin solidaridad, sin reciprocidad, sin libertad de movimiento, sin igualdad de oportunidades, sin función social, son derechos de privilegio, son derechos sectoriales, son derechos que en la sociedad hacen escarnio de sí mismos, porque son de algunos y no de todos, porque burlan la universalidad general con que tanto se les pregona literalmente.⁴⁰⁸

Para hacer normas que hagan imperativas, aplicables y exigibles los derechos de los indígenas reconocidos en la Constitución, así como para su cumplimiento, se tendrían que superar muchos obstáculos de todo tipo, como lo menciona el doctor Miguel Carbonell:

⁴⁰⁶ González Galván, Jorge Alberto. “Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 359-377.

⁴⁰⁷ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 93.

⁴⁰⁸ Bidart Campos, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1989, p.220.

Por supuesto, a nadie extraña que las demandas de reconocimiento generen una cierta tensión social, política y jurídica dentro de muchas sociedades contemporáneas. No es un proceso fácil y en algunos países el reconocimiento de la diversidad –o la implantación de políticas multiculturalistas- no ha sido ni suave ni terso.

Las tensiones mencionadas requieren de un esfuerzo analítico y explicativo sostenido por parte de los teóricos, de los responsables políticos, de los medios de comunicación –que tienden a estigmatizar a los “extranjeros” o a los “diferentes”- y de los ciudadanos en general.⁴⁰⁹

Con todo y sus dificultades, el futuro inmediato de muchas naciones tiene que pasar necesariamente por la convivencia multicultural. Porque al hombre y a la sociedad se les tiene que reconocer nuevos derechos en paralelo a sus nuevas necesidades. El maestro Héctor González Uribe afirma sobre este particular, que en una nueva perspectiva de Derechos Humanos se deben considerar las necesidades tanto del individuo como de la sociedad, además de no perder de vista el carácter dinámico y cambiante de dichas necesidades.⁴¹⁰ Y en México hay un auge, en general, en la defensa de los Derechos Humanos y, específicamente, de los derechos de los indígenas individual y colectivamente.

4.5 La justicia indígena

Nuestro punto es la definición de la palabra “Justicia”, que proviene de latín *iustitia*, a su vez proviene de *ius*, significa lo “justo”.

1. *Antecedentes.* Cuando en Roma los juristas consiguieron *ius digere in artem* –transformar el derecho en un arte-, no introdujeron algo radicalmente nuevo en la vida de la sociedad humana. Perfeccionaron, hasta constituirlo en un monumento de sabiduría, el saber hacer lo que desde los inicios de la humanidad constituía una necesidad de la convivencia entre los hombres, una necesidad de la práctica diaria: el saber dar a cada hombre lo suyo; o sea, qué

⁴⁰⁹ *Problemas Constitucionales del Multiculturalismo*, México, Colección Fundap Derecho, Administración y Política, S. C. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C. Comisión Estatal de Derechos Humanos, Querétaro, 2002, pp. 114-115.

⁴¹⁰ González Uribe, Héctor. *Hombre y Sociedad. El Dilema de Nuestro Tiempo*, México, Editorial Jus, 1979, p. 84.

era lo que le correspondía a cada uno en el marco de las relaciones humanas, en las cuales se ponen en juego una serie de bienes.⁴¹¹ A eso que correspondía a cada uno lo llamaron el *ius*⁴¹² o *derecho* de cada uno; y a la ciencia que consistía en saber averiguar el *ius* o derecho de cada uno, le dieron el nombre de *ars iuris* o arte del derecho.⁴¹³ Este *ius* era lo justo, lo que justamente –lo que por obligación y en la justa medida, ni más ni menos- era atribuible a cada uno. Y la virtud de obrar así constantemente fue llamada la *iustitia* o justicia. Como lo definió Ulpiano en su momento:

La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo.⁴¹⁴

Era pues, considerada como la virtud de dar a cada uno lo que le correspondía en medida estricta, lo justo, o sea la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo (su *uis*, su derecho): *ius suum cuique tribuere*.⁴¹⁵

Fácilmente puede advertirse que este esquema de los juristas romanos es una *descripción de la realidad social*, mediante la observación de lo que ocurría –y sigue ocurriendo- en la vida real. Los hombres poseen cosas, les están atribuidos unos bienes, merecen premios y castigos. Cada uno tiene una esfera de cosas que le corresponden, cuya efectiva posesión y disfrute dependen en parte de los demás, unas veces porque pueden quitárselas o impedir el uso y disfrute, en otras ocasiones porque esas cosas están –por múltiples causas- en manos de otros.⁴¹⁶

Es un hecho de experiencia que, en virtud de las múltiples formas posibilidades de las relaciones, las cosas no siempre están en poder, al menos

⁴¹¹ Qué era lo que le pertenecía al vendedor y al comprador, qué era lo propio del *paterfamilias* o cada una de las personas sujetas a su potestad (*manus*), qué debía dar el arrendador al arrendatario, de quién eran los bienes obtenidos por el esclavo mediante su trabajo, etc. así se deduce de la lectura de las obras de los juristas romanos. Si bien es cierto que definieron cosas, aclararon conceptos, interpretaron leyes, analizaron el sentido de las palabras o dieron reglas de sabiduría jurídica, todo ello giraba alrededor de un objeto: discernir lo justo de lo injusto. Siendo esta ciencia de lo justo y de lo injusto un sacerdocio de la justicia y del derecho, el arte de dar a cada uno su derecho, lo suyo.

⁴¹² La palabra *ius* fue usada por los romanos en varios sentidos; el que señalamos en el texto es el significado que tiene en la definición de la justicia: dar a cada uno su derecho, lo suyo.

⁴¹³ Hervada, Javier, *op. cit.*, p. 16.

⁴¹⁴ *Digesto* 1,1,10, pr.

⁴¹⁵ D. 1, 1, 10: « *Justitia est constans et perpetua voluntas uis suum tribuendi* ». Citado por el autor Javier Hervada, *op. cit.*, *ídem*.

⁴¹⁶ Hervada, Javier, *ídem*.

en ciertos momentos y bajo distintas formas, de su dueño, de aquél a quien pertenecen, o de su sujeto de atribución.

Pero a la vez las cosas deben pasar a su dueño, deben pasar a manos del sujeto al que están atribuidas –*res clamat domino*–, pues esta *necesidad* –este deber o deuda– es efecto primario de que las cosas sean de alguien, sean *suyas*.⁴¹⁷

Si no hubiera esta necesidad, ello sería signo evidente de que nadie podría hablar de lo suyo, nadie podría reclamar su derecho.

Dar a cada uno lo suyo es una necesidad social; que los hombres dan lo suyo a cada uno –también que a veces no lo hacen,⁴¹⁸ y esto es la injusticia– es un hecho social.

Y que hay un arte de dar a cada uno lo suyo, como que hay quienes son expertos en ese arte, es otro hecho social. No estamos en el campo de las teorías, sino de los hechos.⁴¹⁹

Saber lo que corresponde a otro para dárselo es un conocimiento práctico, es algo propio de la razón práctica, que consiste en saber *qué* hay que dar, a *quién* hay que darlo, *cuándo* hay que darlo, *dónde* hay que darlo, etc.⁴²⁰ Al conocimiento de esta práctica, que es una parte de la virtud de la prudencia (según lo entendieron los antiguos), los romanos lo llamaron “prudencia del derecho”, *ius prudentia*, de donde vino la palabra jurisprudencia.⁴²¹

Como todo lo que se refiere a las acciones humanas, dar a cada uno lo suyo exige *saber* y *querer* –dice el autor Javier Hervada–. Saber es el arte del

⁴¹⁷ *Ídem*.

⁴¹⁸ No basta, sin embargo, que uno quiera dar a otro lo suyo; no menos importante es que sepa a quién pertenece la cosa o qué es justamente lo del otro, pues de no saberlo, no se lo dará a su verdadero dueño, o dará de menos, o dará de más, o no se decidirá a darlo. Este saber a quién corresponde algo es un conocimiento práctico.

⁴¹⁹ Hervada, Javier, *op. cit.*, p. 17.

⁴²⁰ Este saber, unas veces es sencillo y otras complicado; unas veces está al alcance de todos, otras lo está sólo al de los expertos. Sencillo o difícil –dice el autor Javier Hervada– es un arte: el *ars iuris* o arte de lo justo (arte del derecho). Y quienes eran expertos en él fueron llamados por los romanos *iuristae* o juristas. Estos juristas eran los expertos en el arte de deslindar lo suyo (el *ius*) de cada cual y declararlo, para quienes a ellos acudían obraren en consecuencia. Su misión era *decir* el derecho (la *ius dictio*), de modo que con su dictamen terminaban las controversias entre las partes que contendían acerca de qué era lo justo en un caso particular.

⁴²¹ Hervada, Javier, *op. cit.*, p. 17.

derecho o de lo justo; querer es un acto de voluntad. Cuando la voluntad tiene el hábito de dar a cada uno lo suyo, esto es, cuando tiene la disposición permanente a realizar los actos tendentes a dar a cada cual lo que le corresponde, decimos que posee la virtud de la justicia.⁴²²

2. *La virtud de la justicia.* Se habla de la virtud, porque así se llaman los hábitos o disposiciones del alma a obrar bien; esto es, porque su objeto es aquella cosa del otro (lo justo, el *ius* o el derecho) que hay que darle. La justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo;⁴²³ con más precisión podemos definirla como *el hábito de la voluntad de dar a cada uno su derecho, esto es, lo suyo.*⁴²⁴

Lo que acabamos de exponer no es sino la descripción de una realidad. Dar a cada uno lo suyo es una necesidad social y, en la medida en que se cumple, es un hecho social. Este hecho social es deseable y bueno, por lo cual la constante voluntad de realizarlo es una disposición o hábito bueno, que es lo que llamamos una virtud. Esta virtud recibe desde la antigüedad el nombre de justicia. Hay, pues, una virtud llamada justicia que consiste en la disposición de la voluntad de dar a cada cual lo que es suyo.

3. *El punto de partida.* Si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, en darle su derecho (*ius suum cuique tribuere*), es evidente que la justicia sólo podrá ejercerse allí donde los sujetos tengan cosas suyas. La justicia *no*

⁴²² Hervada, Javier, *op. cit.*, p. 20. “Sin dificultad se comprende que el establecimiento de una sociedad justa depende de dos factores fundamentales, que son dos virtudes de las llamadas por la tradición filosófico-moral, cardinales: la prudencia, virtud de la razón práctica, y la justicia, virtud de la voluntad. Ante todo es necesario el sincero amor a la justicia (el amor es el movimiento radical de la voluntad al bien), estar dispuesto, no solo a respetar, sino también a proporcionar —a dar— a los demás lo que les corresponde por su condición humana y por disposición legítima de los hombres...”

⁴²³ La justicia, como las demás virtudes, tiene por objeto propio inmediato los actos a los que dispone, o sea aquel conjunto de actos que se comprenden bajo la expresión “dar a cada uno lo suyo.” Pero como sea que los actos se especifican por su objeto, lo que en definitiva especifica y dispone la virtud de la justicia es el objeto del acto justo, es decir, el *ius* o cosa justa, que en este sentido constituye el objeto de la justicia.

⁴²⁴ Una definición más perfecta se encuentra en Santo Tomás de Aquino, “Si alguno quisiera reducir la definición de la justicia a su debida forma, podría decir que la *justicia es el hábito por el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho.*” *Summa Teológica*, II-II, q. 58, a. 1.

*atribuye las cosas, sino que sigue al hecho de que ya están atribuidas.*⁴²⁵ Como decía Santo Tomás de Aquino:

Siendo el acto de justicia dar a cada uno lo que es suyo, al acto de la justicia precede otro acto por el cual alguien hace suyo a algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que el retribuyente le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual primeramente alguien hace suyo algo, no puede ser un acto de justicia.⁴²⁶

La justicia tiene ocasión de ejercerse sólo después de que algo ha sido atribuido a alguien, es decir, cuando alguien puede decir, al menos “en cierta manera o bajo cierto aspecto”, que ese algo es suyo.

Hay veces, en efecto, en que un sujeto no tiene todavía la cosa atribuida la cosa como derecho *-ius in re-* pero en cambio es derecho suyo que le sea atribuida la cosa *-ius ad rem-*, *verbigracia* porque le ha sido prometida, o porque ha cumplido con todos los requisitos para que le sea otorgada, por ejemplo, quien ha ganado un puesto mediante oposición.⁴²⁷

Por eso se ha dicho con razón que el acto de justicia es un acto *segundo*.⁴²⁸ Depende siempre de un acto *primero*, que es el que, atribuyendo las cosas, crea el derecho, lo suyo.⁴²⁹

Para entender bien la justicia hay que tener presente el siguiente principio fundamental: *la justicia sigue al derecho*.⁴³⁰ No puede haber un acto de justicia

⁴²⁵ El acto por el que se atribuye a un sujeto una cosa que no le estaba atribuida, no es un acto de justicia. Podrá ser un acto de buen gobierno, un acto de liberalidad, un acto de recta administración, pero no un acto de justicia.

⁴²⁶ Santo Tomás de Aquino, *Summa contra Gentiles*, lib. II, cap. 28.

⁴²⁷ Cuando una persona tiene un *ius ad rem*, el acto de serle atribuida la cosa (de concederle el *ius in re*) es un acto de justicia, pues ciertamente la cosa, bajo ciertos aspectos, era suya, ya constituía un derecho suyo, en la forma de un *ius ad rem*. Pero, si ni siquiera hay un *ius ad rem*, la atribución de la cosa no es un acto de justicia.

⁴²⁸ J. Pieper, *Las Virtudes Fundamentales*, Madrid, 1976, p. 89.

⁴²⁹ El contrato de compraventa, por cuya virtud un sujeto vende a otro un bien a cambio de un precio, no es un acto de justicia. No es, en efecto, un acto de justicia el vender la cosa, como no es un acto de justicia el comprarla. Ambos actos son decisiones libres y ninguno de los dos consiste en dar al otro lo suyo. Una vez realizado el contrato, aparece el *título* de cada una de las partes a lo contratado; será un acto de justicia que, una vez concluido el contrato, el vendedor entregue la cosa vendida y que el comprador entregue el precio. Entregar el precio al vendedor y la cosa al comprador son actos de dar al otro lo suyo.

allí donde no haya un título sobre una cosa, allí donde la cosa no sea –en virtud de un título- algo debido, un derecho. *La justicia es la virtud de cumplir y respetar el derecho*, no la virtud de crearlo.⁴³¹

No puede invocarse la justicia allí donde no hay un título,⁴³² no puede calificarse de justo aquello que no es un verdadero y propio *ius* o derecho.

Las invocaciones más o menos vagas a la justicia y a lo que es justo, cuando se trata de cosas sobre las que no se tiene todavía un título –legal o natural- son apelaciones a un sentido analógico de la justicia o un caso abusivo de la misma. Tal es el caso del *positivismo jurídico*, que por una parte niega el *Derecho Natural*, y la otra, habla de los derechos humanos, que son anteriores al derecho positivo y, cuando éste no los reconoce, se invoca a la justicia.⁴³³ La invocación a la justicia frente al derecho positivo y la simultánea negación del derecho natural es una contradicción.

Siguiendo la teoría del autor Javier Hervada, quien dice que el derecho no tiene su origen en la virtud de la justicia, ni ésta es anterior o superior a él. La virtud de la justicia presupone el derecho; en este sentido es siempre algo posterior al derecho. Todo acto de justicia presupone un derecho constituido con anterioridad; por eso es acto segundo.⁴³⁴ El acto primero, el que constituye

⁴³⁰ Hervada, Javier, *op. cit.*, p. 25.

⁴³¹ *Ídem*, “La justicia no crea el *ius* o derecho, sino que se basa en su preexistencia. Este dato sirve, por de pronto, para comprender por qué el conocimiento necesario para vivir conforme a justicia sea la ciencia del derecho; el saber qué requiere la justicia es el saber sobre lo suyo o *ius* de cada uno, que es lo que preexiste al acto de justicia. En segundo lugar, sirve para deslindar la justicia en sentido más propio o estricto –la justicia del jurista- de los significados análogos o acaso abusivos de esta palabra.”

⁴³² No hay que confundir el título con el fundamento del derecho, pues son dos cosas distintas. Todo derecho se funda, en último extremo, en la condición de persona propia del hombre; pero puede haber un fundamento más próximo. Así los derechos políticos se funda en la condición de nacional. Cuando se posee el fundamento no se posee, por el eso, el derecho, si falta el título. El fundamento de los derechos hereditarios es la condición de hijo; en cambio el título es el testamento, o en su caso como heredero universal.

⁴³³ Negado el derecho natural, las invocaciones a la justicia no son coherentes, porque si no hay derecho natural no es verdad que la justicia pida el reconocimiento de los derechos humanos, porque no serán derechos en sentido propio y estricto, ni es verdad que contrariarlos sea opresión e injusticia, pues no puede entrar en liza (enfrentamiento) la justicia donde no hay un derecho precedente.

⁴³⁴ El reparto de las cosas puede entenderse como acto primero o como acto segundo. Entendemos el reparto como acto primero cuando produce por primera vez la atribución de bienes a los destinatarios, sin que precedentemente éstos tuvieran algún título sobre los

el derecho no es un acto de virtud, sino un acto de dominio. Este acto de dominio puede estar regulado por virtudes, concretamente por la virtud de la prudencia; pero pueden, incluso, faltar esas virtudes, sin que por ello quede afectada la validez del acto de dominio.

La constitución del derecho es, de suyo, un acto de poder, no un acto de virtud. Una vez constituido el derecho es cuando opera la justicia, dando a cada uno su derecho.⁴³⁵

Entonces, pregunta este autor, ¿cómo hablar de un derecho justo o injusto? Y responde que “es evidente que el tema del derecho justo o injusto sólo se plantea en relación al derecho positivo.”⁴³⁶ La posibilidad de plantear tal tema significa que la constitución del derecho positivo se opera en el contexto de un derecho anterior y preexistente, un derecho al que desde la antigüedad se ha llamado natural. Entonces, desde esta perspectiva, el derecho positivo puede dar o negar a alguien lo suyo, siendo justo o injusto. Y termina este autor diciendo que *lo que preexiste al derecho positivo no es la justicia, sino el derecho natural*.

4. La fórmula de la justicia: dar a cada uno lo suyo.

a) *Dar*. La primera pregunta que plantea el autor Javier Hervada es ¿qué significa dar? “*Dar* tiene en la fórmula un sentido genérico. Puede equivaler a *entregar*, o puede significar *respetar*, o también *devolver*, como puede tener el sentido de *transferir*, o incluso el de *entregar*.”⁴³⁷ En resumen, significa toda acción u omisión en cuya virtud una cosa pasa al –o permanece en él– efectivo poder de aquel a quien tal poder corresponde legítimamente, esto es, en virtud de un título jurídico (ley, contrato, costumbre, naturaleza, etc.). Se trata, pues, de una palabra genérica que abarca tanto tipos de acciones como son precisos

bienes. El reparto será acto segundo cuando sea el cumplimiento de un reparto primero; lo que distingue al reparto como acto segundo es que los destinatarios gozan, con anterioridad al hecho del reparto, de un título sobre la parte de los bienes a repartir que se les entrega. Por ejemplo, el hecho de repartir por testamento los propios bienes entre distintas instituciones culturales, es un reparto primero. Ninguna de las instituciones destinatarias tenía, con anterioridad al acto de testar, derecho a esos bienes, porque precedentemente no había habido ninguna atribución. En cambio, cuando el albacea, en cumplimiento de lo dispuesto en el testamento, reparta entre esas instituciones los bienes que formen la herencia yacente, hará un reparto segundo.

⁴³⁵ Hervada, Javier, *op. cit.*, p. 27.

⁴³⁶ *Ídem*.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 32.

para que cada cosa esté efectivamente bajo la esfera de poder real de su titular según lo contenido en el título.

Dar se refiere a una virtud e indica cuál es el acto de esa virtud, no una ley o norma de la que depende tal virtud. “Toda virtud consiste en una disposición de las potencias del sujeto o hábito; no es *norma* sino *hecho* (una cualidad).”⁴³⁸ Consecuentemente la justicia, siendo una disposición de la voluntad, no es una norma sino una cualidad, un hecho.

Y es que el tema de justicia hay que distinguir claramente tres cosas: la virtud, el precepto y la cosa suya (la cosa justa, el *ius* o *derecho*). La virtud de la justicia es una disposición habitual de la voluntad; el precepto es la ley o norma; y lo suyo (el derecho o lo justo) es una cosa (la cosa debida). El “debe darse” no radica primariamente es la justicia –que es una disposición del sujeto, es un hecho-, sino en la cosa justa –en “lo suyo”- en cuanto que es debido (exigible).⁴³⁹

En relación a esto se pregunta el autor ¿cómo puede hablarse de un derecho positivo justo o injusto? La justicia o injusticia se predica en relación a un derecho preexistente, porque tal predicación atañe a dar o no dar a alguien lo suyo (su derecho); por lo tanto, el derecho positivo será justo o injusto en relación a un derecho que existe antes que él, es decir, al derecho natural.

La justicia del derecho positivo está en relación con el derecho natural; fuera de esta relación no hay, propiamente hablando, cuestión de justicia. La inadecuación del derecho positivo a los valores éticos y sociales o a los ideales sociales o cosas por el estilo será en todo caso cuestión de derecho incorrecto o inmoral, pero si no hay un verdadero y propio derecho anterior al derecho positivo, no cabe hablar de derecho injusto en sentido estricto y propio.⁴⁴⁰

Aquí el autor demuestra la gran tragedia del positivismo jurídico; la negación del derecho natural implica lo vacío de hablar de la cuestión de la ley injusta, pues la hipótesis de la ley injusta no puede, en rigor, darse;⁴⁴¹ puesto que la

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 33.

⁴³⁹ Hervada, Javier, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁴¹ Esto lo vio con gran claridad el jurista vienés Hans Kelsen, quien elaboró con más rigor lógico los postulados del positivismo: “La validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia: esta afirmación constituye la diferencia esencial entre la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico (...). Decir que una norma de derecho

justicia es disposición a cumplir la ley y sólo existe la ley positiva en la teoría positivista, no hay más justicia que la conformidad con la ley positiva.

b) *A cada uno*. Al contrario de lo que ocurre con la palabra dar, la expresión “a cada uno” es muy precisa.

Se dice “a cada uno”, porque la justicia mira a todas y a cada una de las personas humanas –o personas morales- que tienen un título sobre algo, sea éste de derecho positivo sea de derecho natural. La justicia da lo suyo a cada titular de un derecho, a cada hombre, a cada mujer, a cada niño, o a cada entidad pública o privada. No es virtud de abstracciones o de grandes grupos, sino virtud de las relaciones sociales singulares y concretas. La justicia mira a los hombres uno a uno, no el multitud, y da lo suyo a cada uno.⁴⁴²

Por eso el arte del derecho se vierte, en última instancia, en el caso singular y consiste en el arte de discernir lo justo entre personas concretas. El arte del jurista por antonomasia es el arte del juez, que decide entre partes tras un proceso. La justicia que mira a las abstracciones o a las clases sociales, no es el arte del derecho, sino política.⁴⁴³

positivo es justa o injusta significa lo siguiente: si se supone que una determinada norma de justicia es válida, cabe que el *acto* por el cual ha sido creada la norma de derecho positivo sea justo o injusto. Ahora bien, si de lo que se trata es de la *validez* de esta norma de derecho positivo habrá que sostener que la norma de justicia no puede suponerse válida al mismo tiempo que la norma de derecho positivo. Dado que el derecho positivo es una norma objetivamente válida que presenta un carácter de obligación, resultará que, ni desde el punto de vista de este derecho ni desde el de la norma de justicia, podrá haber derecho injusto, es decir, derecho positivo creado por un acto que no es conforme a una norma de justicia. Puede existir, es cierto, un acto de esa especie, cuyo sentido subjetivo es una norma. Pero si se presupone la validez de la norma de justicia, este sentido no puede ser considerado ni como el sentido objetivo de ese acto ni, en consecuencia, como componente del derecho; y si se considera el sentido subjetivo de este acto como su sentido objetivo, es decir, como derecho positivo, en cuanto que ese acto ha sido realizado en conformidad con la norma fundamental del ordenamiento jurídico, no se podrá entonces presuponer la validez de la norma de justicia y no se podrá, por tanto, juzgar que este acto es injusto, dado que sólo una norma de justicia cuya validez se presupone puede servir de criterio para juzgar el derecho positivo, es decir, los actos por los cuales se crean las normas de ese derecho.”

⁴⁴² Hervada, Javier, *op. cit.*, pp. 36-37.

⁴⁴³ El arte de establecer y conservar un orden en los grupos y en la multitud es la política, que es el arte de dirigir la colectividad. Por eso puede ocurrir que la ordenación de la colectividad suponga sacrificios para unos particulares en aras al interés general y al bien común. La justicia, en cambio, no mira al grupo como tal, sino al individuo –uno a uno, a cada uno- y, en consecuencia, no sacrifica a nadie, ni al más pequeño y modesto de los hombres. La justicia de clase, o la justicia entre clases no son la justicia de los juristas. De ahí que la llamada justicia social o justicia entre las clases y grupos sociales no sea cuestión de juristas, sino problema político.

Decir que se da su derecho a cada uno significa también que la virtud de la justicia no conoce la discriminación o acepción de personas.⁴⁴⁴ Da a cada titular su derecho, sea quien sea.

La justicia mira al titular del derecho, con independencia de cualquier otra circunstancia; no da lo suyo a su dueño por ser de tal o cual clase social, ignorando el derecho de los pertenecientes a otras clases sociales, ni se lo niega ni se lo da en virtud de su condición, estado o circunstancias. Para la justicia “puede tanto Cosme de Médicis como el último hombre de Florencia”, en palabras de Antonino de Florencia.⁴⁴⁵

La justicia no tiene otra medida que la dignidad del hombre, la condición de persona, en la que se fundamenta todo derecho posible. Por eso, en los platillos de la balanza de la justicia todos los hombres son perfectamente iguales. De ahí que la injusticia primera sea la discriminación, la clásicamente llamada acepción de personas, de cualquier signo que sea.⁴⁴⁶

c) *Lo suyo*. Este término es una traducción del *ius suum* de la definición romana de la justicia. “Lo suyo” equivale a su “derecho” y la idea que expresa es la de dar a cada uno aquella cosa que le corresponde: la cosa que le es debida, que se le adeuda. *Lo suyo* es una cosa.

En primer lugar, este autor se pregunta ¿qué tipo de cosa? Los términos vuelven a ser amplios. Pueden significar bienes o males (*v. gr.* una pena por causa de un delito), puede tratarse de cosas corporales o incorpóreas (*v. gr.* la buena fama o un cargo), puede ser una persona (*v. gr.* un hijo), una actividad humana (trabajo, gestión, etc.), puede ser un animal, o puede ser una cosa en estricto sentido. Los términos engloban todo aquello sobre lo que el hombre

⁴⁴⁴ “Acción de favorecer o inclinarse a unas personas más que a otras por algún motivo o afecto particular, sin atender al mérito o a la razón.” *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, 22ª edición, España, 2001.

⁴⁴⁵ Hervada, Javier, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁴⁶ “En cuanto titulares de derechos, la justicia tiene como igual al pobre y al rico, al inocente y al culpable, al opresor y al oprimido. Libera al oprimido de su opresión, pero no niega los derechos naturales del opresor; defiende al pobre frente a la prepotencia del rico, pero no desconoce al rico los legítimos derechos que posee; protege al inocente frente al culpable, pero concede a éste un juicio justo y cuidado de la proporción de las penas. Para la justicia, el último hombre de Florencia –pobre y arrastrado, con sólo el peso de su propia alma- puede tanto como Cosme de Médicis, con su riqueza, su prestigio y su posición política; pero pesa *igual*, no *más*, como Cosme de Médicis pesa igual y no más. En la balanza de la justicia, cada uno pesa lo que pesa su derecho.” Nota al pie de página. Javier Hervada, *op. cit.*, p. 38.

puede decir mío, tuyo, suyo, siempre que pueda ser objeto o contenido de relaciones interhumanas y por tanto de ellas se pueda predicar el derecho.

Aunque la expresión “suyo” evoca a primera vista la idea de propiedad, no es este el sentido que tiene en la fórmula de justicia. Se entiende por suyo todo aquello que le es debido, según el modo, la extensión y el tipo de derecho de que se trate. *Suyo* es lo que está atribuido a un sujeto como propiedad, pero suyo lo es también lo que está atribuido en usufructo, en arrendamiento; lo que le corresponde como esfera de poder o de libertad, etc. De ahí que una misma cosa pueda ser *suya* en relación a distintas personas, según distintas formas de titularidad.⁴⁴⁷

La cosa que le está atribuida a alguien por algún título –lo justo o lo suyo de la fórmula de la justicia- recibe el nombre de *ius* o derecho, en virtud de una cualidad que la sitúa en el mundo de lo jurídico: esa cosa es debida en sentido estricto, o sea constituye una deuda y, por tanto, exigible.

Es decir, el derecho es algo *debido* y, por tanto, exigible –derecho en sentido realista-; y no al revés, que sería el derecho es exigible y, por lo tanto es debido –derecho subjetivo-.⁴⁴⁸ Aunque ambos se complementan y de la existencia de uno depende de la existencia del otro, como dice el autor Francisco J. Peniche Bolio: “*El derecho objetivo es pues, la norma que da la facultad y el derecho subjetivo es la facultad concedida por la norma.*”⁴⁴⁹

La estructura del *ius* o derecho es que el hombre, en virtud de su capacidad de dominio y apropiación, hace suyas las cosas. Con ello establece una

⁴⁴⁷ Por ejemplo, una casa es del propietario, según el título de propiedad, a la vez que es del arrendatario según el uso y disfrute. Porque lo suyo es todo aquello de lo que una persona es titular en concepto de algún tipo de derecho.

⁴⁴⁸ Un derecho subjetivo sería, por ejemplo, se reconoce a todo hombre el derecho a la educación, que quiere decir –de acuerdo con la hipotética noción de justicia como dar a cada uno su derecho subjetivo- que se es justo con todos, cuando a todos se reconoce la facultad de recibir educación. En la teoría *individualista y liberal* en la que vivimos actualmente, se les reconoce la facultad, pero no se les da educación, porque esta teoría se basa en una concepción egoísta de sociedad; es la justicia burguesa (la burguesía liberal nacida a fines del siglo XVIII), que concibe la vida social como el resultado del ejercicio de los derechos según el principio de iniciativa personal: *laissez-faire*.

⁴⁴⁹ *Introducción al Estudio del Derecho*, 14ª edición, México, Porrúa, 1998, p. 32.

relación entre el hombre y la cosa, que, en principio, no es jurídica, sino una relación ontológica de dominio.⁴⁵⁰ Supuesta esta relación de dominio, se genera respeto de los demás hombres la deuda o deber de respeto, de restitución, de entrega, etc. Y porque los demás le adeudan, el titular del derecho (objetivo) puede exigir. La *facultad de exigir o derecho subjetivo* aparece en un segundo momento respecto de la deuda.

5. *Clases de Justicia*. La justicia –siguiendo al maestro Rafael Preciado Hernández- como criterio racional de lo justo y de lo injusto suele dividirse de la siguiente manera:

La justicia propiamente dicha, la justicia social, se divide en general o legal y particular, y esta última se subdivide, a su vez, en distributiva y particular.⁴⁵¹

La justicia se divide en general y particular, según se considere los actos humanos en relación con lo que exige la conservación de la unidad social y el bien común, o en relación con lo que corresponde a los particulares entre sí o frente a la comunidad. La primera regula los derechos de la sociedad; la segunda, los derechos de los particulares.⁴⁵²

a) *La justicia general o legal*. Se refiere a las relaciones de la sociedad con los individuos, desde el punto de vista de lo que éstos deben a ella. Bajo su ámbito se incluyen tanto las cuestiones sobre lo que los ciudadanos deben a la sociedad (impuestos, servicios obligatorios, etc.) como los deberes de los gobernantes con la sociedad (lealtad, promoción del bien común, seguridad jurídica, seguridad pública, paz social, etc.). Rige, pues –dice el maestro Preciado Hernández-, tanto los deberes de los ciudadanos frente a la autoridad como representante de la comunidad, como los deberes de los propios

⁴⁵⁰ El hombre que se adueña de un animal, se construye una vivienda, fabrica y usa unos utensilios, etc., domina su entorno en virtud de su poder ontológico y las cosas dominadas pasan a ser suyas en virtud de su capacidad de apropiación. Esto puede suceder –al menos en hipótesis- al hombre que se apropia de algo por vez primera, al hombre aislado, ajeno a la sociedad y al derecho. Robinson en su isla domina su entorno y hace suyas las cosas que domina.

⁴⁵¹ *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 3ª edición, México, UNAM, 1997, p. 214.

⁴⁵² Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ila lae, q. 58 a 7. Citado por el maestro Preciado Hernández, ídem.

gobernantes, dado que también ellos están obligados a actuar de acuerdo con las exigencias del bien común.⁴⁵³

La medida de contribución del individuo al bien común es el cumplimiento estricto de las leyes. Por eso, es clásico hablar en estos casos de justicia legal.

b) La justicia distributiva. Regula la participación a que tiene derecho cada uno de los ciudadanos respecto de las cargas con que los particulares deben contribuir y bienes distribuibles del bien común. Y como no todos los particulares son iguales ni contribuyen en la misma proporción al bien común, el criterio racional de la justicia distributiva es el de una igualdad proporcional. Se tratará igual a los miembros de una colectividad cuando se les trate proporcionalmente a su posición relativa a los fines de la colectividad. Mira, al igual que la justicia legal, la relación sociedad e individuo, pero lo hace desde el punto de vista de lo que el individuo puede exigir a la sociedad (*v. gr.* el derecho a una repartición justa de las cargas fiscales, o el derecho a los satisfactores mínimos, vivienda, alimentación, educación, vestido, etc.).

En la justicia distributiva la ecuación es geométrica –dice Santo Tomás-, comprende cuatro términos, ya que se atiende a los objetos de la relación y a la calidad o capacidad de las personas.⁴⁵⁴

Si varias personas han contribuido con sus actos o aportaciones a crear una situación o alcanzar un producto, favorable o desfavorable, cada una de ellas debe participar en las consecuencias benéficas o perjudiciales de esa situación y en las utilidades o pérdidas del producto común, en la misma proporción en que contribuyó.⁴⁵⁵

La igualdad de la justicia distributiva reside *en la proporción entre las cosas y las personas*, no entre las cosas como en la justicia conmutativa.⁴⁵⁶

⁴⁵³ *Op. cit.*, p. 215.

⁴⁵⁴ Suma Teológica, Ila Ilae, q. a. 2.

⁴⁵⁵ Preciado Hernández, Rafael, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁵⁶ Santo Tomás de Aquino, Suma teológica, II-II, q. 61, aa. 2 y 4.

El criterio de la distribución proporcional –establece el autor Javier Hervada- podemos resumirlo en esta fórmula: a cada cual según su condición, sus capacidades, su aportación a la sociedad y sus necesidades.⁴⁵⁷

Respecto del criterio de distribución de bienes la *necesidad*. Es justo que reciba más, quien más lo necesita. Por eso, es justo que el reparto o distribución se haga en proporción a la necesidad (v. gr. Es justo que se proporcione enseñanza especial –con mayor costo que la normal- a los discapacitados, como es justo que a los indígenas reciban más atención por ser los más necesitados en diversos aspectos).

c) *La justicia conmutativa*. Es la que rige las operaciones de cambio entre personas que se hallan en un plano de igualdad por el intercambio de bienes. En el ámbito de estas relaciones –dice el autor Hervada- las acciones pueden reducirse a tres clases: a) el intercambio de cosas (v. gr. la compraventa o el arrendamiento); b) la traslación de una cosa (p. ej. el comodato, o préstamo gratuito y el depósito) que genera el deber de devolución; y c) el respeto al derecho ajeno, a lo que se opone el daño, el cual genera la restitución y, subsidiariamente, la compensación.⁴⁵⁸

Lo justo en estas relaciones se mide por la identidad o la igualdad en cualidad y valor de las cosas; esto es, por lo que Aristóteles llamó la *igualdad aritmética*, en la que se comparan dos términos. La justicia conmutativa exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación, entre el delito y la pena. Si se dice que se prescinde de las personas, es porque el carácter de esas personas en nada influye para determinar la equivalencia entre los objetos de la comparación.

Lo típico de esta igualdad es que se trata de una igualdad entre cosas. Y aquí sí que se trata de una justicia igualitaria, porque no se mide lo justo en razón de las personas –según su capacidad, su dignidad o sus necesidades-, sino en razón de las cosas mismas.

⁴⁵⁷ *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁵⁸ *Op. cit.*, p. 53.

En forma de conclusiones, podemos decir que, en aras de justicia social, los indígenas son seres humanos que tienen derechos y exigen que se les reconozca a través de la legislación nacional y con estrategias para que se les respeten. No podemos perder de vista las cuestiones que debemos tomar en cuenta: en primer lugar, lo relativo al modo de organización de los órdenes jurídicos y, en segundo, a la forma en que los indígenas acceden a la justicia que imparten los órganos estatales.

Existe ya un reconocimiento constitucional en que las autoridades indígenas tradicionales resuelvan sus conflictos internos; luego, para resolver tales conflictos se utilizan los sistemas normativos propios; se toman en cuenta las garantías individuales, los derechos y la protección a la mujer; y por último, las decisiones tomadas en sus resoluciones, sean validados, en su caso, por las autoridades estatales de carácter jurisdiccional.

Es decir, que para la resolución de los conflictos internos entre los pueblos, los municipios y las comunidades, es totalmente válido que se resuelvan conforme los usos y costumbres; pero esto no implica que no deban apearse al orden jurídico escrito estatal. Si algunos optan por éste, están en su derecho.

En lo que se refiere al control de constitucionalidad, debemos señalar que se mantiene y se aplica el sistema de control de constitucionalidad por el que se rigen todos los actos de autoridad,⁴⁵⁹ como lo establecen algunos reconocidos autores de la vida jurídica:

Sobre este problema podemos decir que, a nuestro juicio, y por principio de cuentas, resulta evidente que el juicio de amparo será un medio específico por el cual los indígenas (en tanto sólo a ellos puede imponerse el derecho indígena) pueden reclamar ante las instancias de amparo las violaciones a las garantías individuales o a los derechos humanos o las inequidades que se hubieran cometido en perjuicio de las mujeres.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Acto de autoridad: "Es todo acto de proviene de cualquier órgano del poder centralizado del Estado y que tiene como elementos característicos la *unilateralidad*, la *imperatividad* y la *coercitividad*. A través de él se manifiesta el poder público estatal o poder de gobierno." Ignacio Burgoa Orihuela, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, 6ª edición, México, Porrúa, 2000, p. 16.

⁴⁶⁰ J. R. Cossío, J. F. Franco y J. Roldán. *Derechos y Cultura Indígena. Los Dilemas del Debate Jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998, p. 250.

Esto es así, en tanto que los indígenas gozan de todas garantías individuales previstas en la Constitución, las cuales pueden ser hechas valer frente a cualesquiera autoridades (sean indígenas o no, según que la violación provenga de una u otra). Además –dicen estos autores-, que “en los procesos de validación se les debe dar la participación a los indígenas que en su momento pudieran resultar afectados con motivo de la resolución que se quiera convalidar.”⁴⁶¹ Aunque en una eventual Ley Reglamentaria, se puede establecer controles de regularidad de tipo legal, reglamentario.⁴⁶²

En lo tocante a los derechos que se les confieren a los indígenas en lo individual; en principio, se trata de los mismos que se les confieren a todos los mexicanos, tal como lo establecen los dos primeros párrafos del artículo 17 constitucional:

Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales...⁴⁶³

De esta manera, cada uno de los integrantes de los pueblos, municipios y comunidades indígenas tiene el derecho de acceder a los tribunales estatales o indígenas que, según corresponda, deban resolver el litigio de que se trate, con pequeñas diferencias, como las señalan los autores antes citados:

Las únicas diferencias a que da lugar este supuesto respecto de los indígenas, es que, primero, éstos podrán hacer valer frente a los tribunales nacionales las demandas por las violaciones a sus garantías individuales por parte de sus autoridades tradicionales; segundo, a que al concurrir a juicio, los indígenas tendrán la posibilidad de que se les aplique las normas

⁴⁶¹ *Ídem.*

⁴⁶² La misma validación se traduce en un medio de control de legalidad. En este caso es deseable que sus efectos sean de anulación, de tal manera que negada la validez de la resolución impugnada, el asunto regrese a las autoridades indígenas a efecto de que éstas últimas vuelvan a dictar la resolución que corresponda.

⁴⁶³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

que correspondan a sus normas y costumbres y, tercero, a que en los procesos se les asigne un traductor y un defensor que entienda sus usos y costumbres.⁴⁶⁴

En honor a la justicia social sería saludable modificar la Ley de Amparo,⁴⁶⁵ entre otros artículos, el artículo 76 bis, en lo referente a la suplencia de la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda tratándose de personas indígenas como partes en el juicio.

En cuanto se refiere a los derechos de los pueblos y de las comunidades indígenas, y de los indígenas en lo individual. Éstos, como seres humanos, ya tienen sus derechos, los inherentes al ser humano (como acto primero). Posteriormente fueron reconocidos algunos de éstos en la Norma constitucional,⁴⁶⁶ de forma abstracta, y que proponemos su Ley Reglamentaria, en materia de derechos y cultura, para que estos derechos sea aplicables y exigibles; es decir, positivar estos derechos y consecuentemente, su aplicación práctica (como acto segundo). O sea, en otras palabras, hacer justicia, puesto que hay un derecho preexistente.

La Constitución, dado su carácter, establece por lo general mandatos demasiado abstractos que contienen sólo los principios fundamentales de los sistemas establecidos por el legislador constituyente.⁴⁶⁷

Por esta razón proponemos la Ley Reglamentaria, en materia de Derechos y Cultura Indígena, del artículo 2º constitucional. O sea, en otras palabras, otorgarle validez extrínseca –como decía el maestro García Maynez-⁴⁶⁸ en el sentido jurídico-positivo, al sistema jurídico indígena. Porque la validez intrínseca, en sentido axiológica-material, ya la posee por la bondad o justicia de lo que ordena dentro de sus ámbitos.

⁴⁶⁴ J. R. Cossío, J. F. Franco y J. Roldán, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁶⁵ *Ley de Amparo*, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de enero de 1936.

⁴⁶⁶ *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 2001.

⁴⁶⁷ García, Trinidad. *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, 32ª edición, México, Porrúa, 2004, p. 92.

⁴⁶⁸ *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1999, pp. 163-178.

A manera de conclusión, podemos decir que nuestro propósito específico radica en que los usos y costumbres de los pueblos y de las comunidades indígenas se manifiesten en las normas jurídicas. Es decir, reconocer y normar la realidad social; pero precisamente, para eso, nos apoyamos en los diferentes puntos de vista que nos proporcionan las teorías jurídicas, políticas, filosóficas, sociológicas. Porque, para fundamentar nuestra posición, partimos de dos vertientes: por una parte, nos apoyamos en teorías, es decir, en un cuerpo de conocimientos y conceptos que integren un sistema, una concepción general y abstracta de la interacción entre la sociedad y el derecho y, por la otra, debe aplicarse a la investigación empírica de los fenómenos en los que se manifiesta de forma concreta esa interacción, esa realidad. Además, no basta con conocer el sistema normativo, sino es necesario constatar cómo se vive este sistema en la realidad, qué eficacia alcanzan las normas, y para esto cualquier recurso que pueda aportar datos sobre ello es valioso.

El Derecho Indígena es derecho vigente, (tiene fuerza vinculante) en sentido jurídico-positivo; será extrínsecamente válido, en sentido estricto, cuando se reconozca su aplicación práctica; es intrínsecamente válido, en sentido axiológico-material; y es derecho eficaz, o socialmente válido, porque rige efectivamente en una comunidad determinada en un momento de su historia. Cuando en el derecho “coinciden los atributos de vigencia, validez intrínseca y eficacia, el objeto que los posee es jurídico tanto para el jurista dogmático como para el filósofo y el sociólogo.”⁴⁶⁹

El Derecho Indígena es aplicable y exigible para el jurista dogmático, porque encuentra su normatividad en la legislación vigente; tiene validez para el jurista filósofo, en cuanto realiza ideales jurídicos; y es socialmente válido para el jurista sociólogo, en cuanto que su ordenación es eficaz en la convivencia humana. Pero además, es aceptable, tanto para el gobierno como para los destinatarios, los pueblos y las comunidades indígenas de México.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 172.

CONCLUSIONES

1º La ciencia constitucional abarca el estudio de la teoría de la Constitución y del Derecho constitucional, porque sin el conocimiento teórico no es posible penetrar en el ámbito de la normatividad constitucional de manera científica.

2º La ciencia constitucional es una ciencia jurídica y política, que refleja la realidad social, puesto que los fenómenos político-sociales son realidades y no formalidades o ficciones.

3º Luego entonces, las constituciones surgen por necesidades políticas, resultante de la disputa por el poder. Porque este es una cualidad social que el hombre desarrolla al relacionarse con sus semejantes. Cuando ese fenómeno tiene relación entre gobernantes y gobernados presenciamos el poder político que es regido por las normas del Derecho constitucional.

4º El constitucionalismo surge cuando un pueblo rompe con la tradición; cuando asume la responsabilidad de hacer su propia historia; cuando deja de ser pasivo y se convierte en protagonista, en autor de su vida colectiva.

5º Por eso, el constitucionalismo moderno suele identificarse con el surgimiento de las dos primeras versiones del Estado de Derecho clásico, producto de las revoluciones norteamericana y francesa; en donde la titularidad de la soberanía recae en la Nación y/o en el pueblo. Como lo fundamenta el artículo 39 de nuestra Constitución Política, *La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo,...*

6º El origen del poder coactivo del Estado no es divino ni hereditario, sino popular; el hombre y el ciudadano poseen derechos fundamentales tutelados y garantizados por la ley. Es decir, el poder político es regulado y sometido a limitaciones normativas. En el mismo artículo 39 constitucional se establece que *todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.*

7º Como consecuencia, surgen los precursores de la teoría igualitaria legal. Es decir, que la ley es igual para todos, sean iguales o desiguales. En tanto que la ley no concede nada, tampoco combate la desigualdad. Porque son producto de las primeras democracias que fueron Estados liberales de Derecho políticamente.

8º Sin embargo, para la ciencia constitucional, antes y en el fondo de cada norma hay una realidad que explica, condiciona y justifica su existencia. Esa realidad, por su supuesto, corresponde al mundo del *ser* y no al del *deber ser*. Porque tan reales son las normas y sus contenidos, como reales son los seres humanos que las hacen, los objetivos que persiguen y los procedimientos que emplean para expedirlas.

9º Para un positivista toda norma es justa y válida por razones puramente normativistas (procedimiento legislativo). Para el científico social, el análisis del derecho justo o injusto, equitativo o inequitativo, legítimo o ilegítimo, es posible partiendo de la realidad política-social y no de la mera estructura jurídica.

10º Los factores reales de poder son una realidad política que configura o constituye el ser del Estado y por ende, es su Constitución. Es decir, lo que existe es una realidad política que es la Constitución misma y que no está sujeta a la consideración voluntaria de nadie, ni del legislador, sino una realidad política personificada y representada por los factores reales de poder, que hacen que ese Estado sea lo que es y no otra cosa. Pero, establece el referido artículo 39 *in fine*, que *el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno*.

11º El positivismo jurídico no es la teoría más adecuada para entender la esencia de la Constitución, toda vez que esta corriente establece que el fundamento de toda Constitución se encuentra en una anterior hasta llegar a la más antigua y a la *norma hipotética básica*, una norma supuesta. Lo cual no corresponde con la realidad.

12º Dentro de las teorías normativistas en general, no hay lugar para el análisis de temas como el derecho injusto, la legitimidad frente a la legalidad, los fines que debe cumplir el Derecho para justificarse, el derecho a la manifestación, el derecho a la resistencia, el derecho a la revolución, la supremacía de los valores sobre las normas jurídicas, la desigualdad real frente a la desigualdad jurídico-formal, el derecho como protección de desequilibrios socioeconómicos, etc. Todas estas cuestiones esenciales para la ciencia del derecho constitucional son para los positivistas asuntos ajenos a la ciencia jurídica y por ende, no son siquiera considerados, ni examinados teóricamente. Y cuando algunos de estos asuntos incide en el discurso positivista, su tratamiento se conduce por la vía de la especulación formalista. Si algo es admitido por la ley, es legal; si es rechazado por ella es ilegal y; si no lo contempla, es irrelevante.

13º Las *decisiones políticas fundamentales* son las que definen o determinan la existencia política de un Estado. Su formación no es un fenómeno natural o espontáneo, sino político y social.

14º Las decisiones políticas fundamentales definen lo que es el Estado, o bien, la Constitución del Estado; y no lo que debe ser. Luego, no son esencialmente normas, sino decisiones, determinaciones sobre el modo y forma del Estado. No es algo jurídico, en tanto no proviene de procesos ni atribuciones normativas, sino de fuerzas políticas, de poderes reales que toman una alternativa entre varias posibles.

15º Estas decisiones políticas fundamentales son, en suma, la base, el fundamento de la organización política del Estado, que determina (decisión) una fuerza soberana (política) y que hace que éste sea lo que es y no otra cosa. El artículo 40 de nuestra *Carta Magna* define en nuestro país las formas de Estado y de gobierno.

16º Y una vez determinado el ser o el modo de ser del Estado, es posible pensar en las fórmulas normativas mediante las cuales la Constitución sea

jurídicamente expresada. Lo que se refleja en nuestro sistema jurídico mexicano.

17º La Constitución del Estado no es una *hoja de papel*, sino las relaciones reales de poder que se dan en un país, y esas relaciones no son estáticas, sino que se hallan en constante movimiento.

18º En México, durante la Revolución de 1917, los factores reales de poder; o sea, el poder constituyente, determinaron el modo de ser del Estado mexicano. Entre ellos estaban los obreros, cuyos derechos fueron reconocidos en el artículo 123 constitucional, apartado A y en la Ley Federal del Trabajo; los campesinos, en el artículo 27 (que más bien establece las formas de propiedad) y en la Ley Agraria. Éstos últimos, a su vez, estaban integrados por los indígenas.

19º El poder constituyente representado a través del Congreso Constituyente redacta las normas constitucionales, en las cuales *no fueron reflejados* específicamente las expresiones y aspiraciones de los pueblos y comunidades indígenas.

20º Los pueblos indígenas como factores reales de poder, no hacen sino reclamar el reconocimiento de sus derechos legítimos, sin tocar las decisiones políticas fundamentales. Es decir, sin modificar la Constitución del Estado mexicano. Sino simplemente, que se reconozca el multiculturalismo existente en un Estado pluralista que es México. Como recientemente se le reconoce en el artículo 2º constitucional.

21º La reforma constitucional no es sino la regulación normativa de las facultades y atribuciones de los poderes constituidos; quienes, por naturaleza, tienen límites y competencias. Cuyo fundamento se encuentra en el artículo 41 constitucional que establece las *competencias* de las autoridades federales y locales; y el artículo 124, respecto de las facultades reservadas a los estados.

22º La Ley Reglamentaria es la expresión normativa del pluralismo jurídico y de la norma constitucional; en donde se regulará, en general, la conducta política-social, los derechos individuales y colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, como una parte integrante de la nación mexicana.

23º Puesto que los indígenas (factores reales de poder) son parte integrante de la Constitución del Estado mexicano (decisiones políticas fundamentales), y constituyen una realidad social que conservan estructuras políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (normalidad normada). En nada afecta el reconocimiento de esta realidad en el sistema normativo estatal.

24º El sistema jurídico indígena, su organización social (libre determinación y autonomía), sus manifestaciones culturales, sus tradiciones, los usos y costumbres, en tanto realidades sociales, no están *peleados* con el Derecho Positivo, sino que lo perfeccionan. *Positivar* el Derecho consuetudinario indígena, no es sino reconocer una realidad, reconocer un sistema jurídico que entre los indígenas nunca ha perdido vigencia, ni siquiera en las condiciones extremas de opresión y dominación del periodo colonial y durante el porfiriato. Debemos tener presente que *cuando existe conflicto entre el Derecho y la Justicia, se debe luchar por la Justicia.*

25º Es importante reconocer que tanto el positivismo jurídico como el jusnaturalismo son formas de aproximarse a la experiencia y al conocimiento jurídico, son dos especies del género Derecho. Ambas corrientes son perfectamente compatibles, ya que operan sobre dos planos diversos; por un lado el de la valoración de la justicia de las leyes con miras a su reforma y actualización, por el otro, el de la interpretación teórica y; por consiguiente, una mejor aplicación práctica. Y del ejercicio de esta *ratio juris* dependen el cambio, la transformación y la evolución del Derecho.

26º Las teorías respecto de los indígenas son abundantes; unas a favor, otras en contra, pero los hechos son los mismos, las poblaciones indígenas son las mismas. Las teorías pueden ser falsas, porque falsa no puede ser la realidad.

27º En aras de la justicia social, todo ser humano tiene derecho al reconocimiento y respeto de su patrimonio material y espiritual, por naturaleza. Porque *en la balanza de la justicia, cada uno pesa lo que pesa su derecho.*

28º La actualización de las leyes es un derecho inmanente al hombre, y la fosilización de las mismas es el peor obstáculo para el desarrollo de los pueblos.

PROPUESTAS

1. Ley Reglamentaria del artículo 2º constitucional.

2. Que los usos y costumbres de los pueblos y de las comunidades indígenas se manifiesten en la norma jurídica.

En 1990, el Senado de la República ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes. En 1992, el Congreso de la Unión reformó el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconociendo la composición pluricultural de la nación mexicana sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Esa reforma inició una trascendente transición legal y constitucional, de la exclusión a la inclusión de los pueblos indígenas, que configuran el cuerpo de derecho nacional. Esta es una de las razones centrales para dar prioridad a la presente propuesta de ley.

Los Acuerdos de San Andrés, suscritos el 16 de febrero de 1996 por el Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, fueron adoptados por los partidos políticos, el Congreso Nacional Indígena y amplios sectores de la sociedad mexicana. El Gobierno de la República ha manifestado reiteradamente su decisión de cumplirlos. Los pueblos y comunidades indígenas de México los han discutido ampliamente y han exigido que se cumplan. Por estas razones, hemos tomado en cuenta los planteamientos de los Acuerdos en función de nuestras circunstancias.

Por su naturaleza, es una propuesta de Ley Reglamentaria del artículo 2º de la Constitución Política de la República recientemente reformado, que reconoce la composición étnica y plural de la sociedad mexicana. Y fundamentado, además, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, recientemente declarado en la Asamblea General de dicho organismo internacional.

Esta propuesta se fundamenta como normatividad de orden público e interés social. No otorga derechos a los pueblos indígenas, sino que los reconoce y establece las condiciones legales e institucionales para que puedan ser ejercidos por ellos y respetados por la sociedad y el gobierno de la República como prerrogativas mínimas.

La propuesta de Ley cumplirá una función supletoria para todos los casos no previstos en otras leyes del Estado, en relación con los pueblos y comunidades indígenas. De esta manera se satisface el propósito de la misma, que presentaría el punto más avanzado de nuestra legislación en materia indígena, y se aplique a plenitud y sin impedimento legal alguno. Se cuida, a la vez, que no invada competencias de otras leyes vigentes.

La caracterización de los pueblos que se presenta en este artículo toma en cuenta los términos inscritos en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que forma parte de nuestra legislación federal; pero los enriquece con base en la experiencia mexicana y los adopta en función de la historia y las condiciones específicas del Estado y de los pueblos indígenas que aquí tuvieron origen o que aquí residen.

La propuesta debe identificar por su nombre a todos los pueblos que corresponden a esa caracterización, para hacer explícito su reconocimiento y el hecho de que están conformados por comunidades. Los pueblos y las comunidades indígenas de México quieren sobrevivir como nahuas, tzeltales, zapotecos, mazahuas, yaquis, mixtecos, mayas, chatitos, etc., en sus tierras originales, o en cualquier estado de la República, con dignidad y armonía con los demás mexicanos. Los indígenas quieren mantener su identidad espiritual, conservar sus dioses, templos, sus maneras de hablar y de pensar, su forma de ser mexicanos; quieren ser realidad la posibilidad de vivir en una Nación que los respeta. Incluye también a las comunidades afroamericanas, aunque no cumplen la conceptualización de los pueblos indígenas, porque su condición es análoga a la de éstos.

El pueblo y la comunidad indígena son los ámbitos en que se expresan de manera plena, directa e inmediata la condición indígena. Constituye una configuración socio-política sólida que practica cotidianamente su autonomía y ejerce libremente las facultades que son inherentes a ésta. Al reconocer su carácter como personas morales de derecho público, podrán practicar su autonomía sin los obstáculos y limitaciones que hasta ahora se enfrentan. Una de las libertades y capacidades que se reconocen, será la de asociarse libremente para sus propios fines, constituyendo así nuevas personas morales, capaces de ejercer, en su unión, los derechos que poseen cada una de las partes. Por esa vía podrán constituirse, en la escala y bajo las condiciones que ellos mismos decidan, los diversos pueblos indígenas de México.

Ninguno de los pueblos que existían antes de la creación del Estado mexicano conserva la configuración socio-política que tuvieron en el pasado. Todos se vieron afectados por las condiciones excluyentes y disgregantes del periodo colonial, muchas de las cuales se mantuvieron después de la independencia. Algunos desaparecieron. Los que lograron sobrevivir, dieron continuidad histórica a las instituciones de su ancestral civilización mesoamericana, modificándolas continuamente ante las circunstancias cambiantes, por eso consiguieron subsistir. Una de sus mejores tradiciones ha sido precisamente la de cambiar su tradición con sus propios métodos, adaptándola a las nuevas circunstancias sin quitarle continuidad. Por ello, poseen formas propias de organización económica, social, política y cultural que los distinguen de otros pueblos y culturas, y se manifiestan en las comunidades que los conforman. Todos los miembros de un pueblo poseen rasgos comunes, algunos más evidentes que otros, que expresan su identidad. Algunas comunidades de un pueblo determinado pueden haber perdido la lengua de ese pueblo. Así como también dentro de un mismo pueblo pueden presentarse variantes lingüísticas y culturas significativas. Todo intento de identificar a un pueblo por signos externos y medibles, corre el riesgo de excluir a algunos de sus miembros y comunidades. De ahí la importancia del elemento subjetivo de autoadscripción, reconocido ya en el Convenio 169 de la OIT, conforme al cual, las comunidades indígenas mismas determinan libremente su pertenencia a un pueblo específico.

La autonomía es la expresión de la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, una condición y un derecho que son inherentes a todo pueblo, como se ha reconocido internacionalmente. Pertenecer a un pueblo indígena, como afirman sus miembros, no implica negar la condición de mexicano, sino afirmarla profundamente. Lejos de constituir un riesgo de fragmentación, el reconocimiento legal de la autonomía de los pueblos indígenas es una contribución de enorme importancia a la unidad sustantiva, en la multiculturalidad, de la sociedad mexicana. Sienta las bases para la coexistencia armónica de pueblos que aprecian la riqueza de la diversidad.

La relación entre las comunidades y pueblos indígenas y sus territorios es una constante histórica. Forma parte de su identidad fundamental. No sólo es imposible separar la condición indígena de los pueblos y comunidades de sus territorios, sino que en la forma específica de su relación con ellos se encuentra un rasgo central de la identidad de cada pueblo indígena, de su cosmovisión. Porque sus tierras tienen valor de uso y no de cambio.

Para los fines de esta propuesta, es indispensable reconocer plenamente esa relación, que define el ámbito jurisdiccional en que se ejercerá la autonomía de los pueblos y de las comunidades indígenas.

En cuanto se refiere a los derechos individuales y sociales de los indígenas. Los primeros son las facultades y prerrogativas que el orden jurídico mexicano reconoce a todos los individuos, independientemente de que estén o no adscritos a un pueblo o comunidad indígena. Los segundos, son los derechos colectivos de las personas morales de derecho público.

Los sistemas normativos indígenas, cuyo reconocimiento y articulación al derecho positivo constituyen contribuciones fundamentales en la consolidación y mantenimiento del estado de derecho. Al asumirlos como regímenes jurídicos plenos y al mismo tiempo fijarles límites mínimos, se hace valer el derecho a la diferencia y se elimina la visión homogeneizadora del sistema jurídico nacional.

Los sistemas normativos internos de los pueblos y de las comunidades indígenas son regímenes jurídicos que se deben reconocer en las disposiciones normativas, definiendo sus ámbitos respectivos de aplicación, así como sus jurisdicciones y competencias. Porque son regímenes jurídicos coherentes, completos e integrales, fruto de una sabiduría social de siglos, que poseen características diferentes a la del derecho positivo vigente. Estableciendo, de esta manera, en México un régimen jurídicamente pluralista.

BIBLIOGRAFÍA.

I. Libros

Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, "Sepan Cuantos", Porrúa, México, 2007.

_____ *Política*, "Sepan Cuantos", Porrúa, México, 2007.

Arriarán, Samuel, *La Fábula de la Identidad Perdida. Una crítica a la Hermenéutica Contemporánea*, Editorial Itaca, México, 1999.

_____ y Mauricio Beuchot, *Filosofía, Neobarroco y Multiculturalismo*, Editorial Itaca, México, 1999.

Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 2002.

Azúa Reyes, Sergio T., *Los Principios Generales del Derecho*, Porrúa, México, 2007.

Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1989.

Bobbio, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 2007.

_____ *Estado, Gobierno y Sociedad: Por una teoría general de la política*, Fonda de Cultura Económica, México, 2006.

_____ *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1998.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 2001.

Calzada Padrón, Feliciano, *Derecho Constitucional*, Porrúa, México, 2005.

Caracciolo, Ricardo, *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*, Fontamara, México, 1994.

Carbonell, Miguel, *Problemas Constitucionales del Multiculturalismo*, Fundap, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, México, 2002.

_____, Karla Pérez Portilla (coord.), *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Indígena*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, Gran Enciclopedia, UNAM, México, 1983.

_____ *Derechos Humanos y Ombudsman*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993.

Castellanos Goût, Milton Emilio, *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*, Porrúa, México, 2004.

Celorio Celorio, Felipe, *Derecho Natural y Positivo. Origen y Evolución Histórico-jurídico*, Porrúa, México, 2005.

Cienfuegos Salgado, David, *Políticas y Derechos Lingüísticos*, Porrúa, México, 2005.

Contreras Bustamante, Raúl, *et al.*, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 2003.

Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca-ediciones Coyoacán, S. A. de C. V. México, 1994.

_____ *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, Fontamara, México, 2003.

Cossío Díaz, José Ramón, J. F. Franco, J. Roldán Xopa, *Derechos y Cultura Indígena. Los Dilemas del Debate Jurídico*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1998.

Covián Andrade, Miguel, *Teoría Constitucional*, volumen primero, Centro de Estudios de Ingeniería y Política Constitucional, CEDIPC, México, 2004.

Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones Tomo XIV, Cámara de Diputados, México, 2007.

Díaz-Polanco, Héctor, *Autonomía Regional. La Libre Autodeterminación de los Pueblos Indígenas*, Siglo XXI-UNAM, México, 1991.

Digesto.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, Porrúa, México, 2000.

El Corán.

Fernández, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1991.

Francisco de Vitoria, *Relecciones*, "Sepan Cuantos...", Porrúa, México, 1974.

Friedrich, J. Carl, *La Filosofía del Derecho*, Breviarios 179, Fonda de Cultura Económica, México, 1998.

Gamas Torruco, José, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 2001.

García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2000.

_____ *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1999.

_____ *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, Fontamara, México, 1999.

García, Trinidad, *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2004.

Geny, Francisco, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho en Derecho Privado Positivo*, Editorial Reus, S. A. Madrid, 1925.

Gidi Villarreal, Emilio, *Los Derechos Políticos de los Pueblos Indígenas Mexicanos*, Porrúa, México, 2005.

González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y Derechos Indígenas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

_____ *Derecho Indígena*, Ma Graw Hill, México, 1997.

González Uribe, Hector, *Hombre y Estado. Estudios Políticos Constitucionales*, Porrúa, México, 1998.

_____ *Hombre y Sociedad. Un Dilema de Nuestro Tiempo*, Jus, México, 1979.

Hart, Herbert L. Adolphus, *El Concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Fonda de Cultura Económica, México, 1998.

Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Minos, México, 1994.

Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Ediciones Gernika, S. A., México, 1994.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995.

_____ *Teoría General del Estado*, UNAM, México, 1965.

_____ *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2007.

Kimlicka, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.

La Biblia.

Lachance, Luis, *El Concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1953.

Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Colofón S. A. México, 2001.

Locke, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, Porrúa, México, 1997.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976.

López Bárcenas, Francisco, *Autonomía y Derechos Indígenas en México*, CONACULTA, México, 2002.

_____ *Legislación y Derechos Indígenas*, ediciones Casa Vieja, México, 2002.

Margadant, Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano*, Editorial Esfinge, México, 1990.

Massini, Carlos Ignacio, *Sobre el Realismo Jurídico*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

México Pluricultural, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Moguel, Julio, *et al.*, *Sistemas Jurídicos de la Pluralidad en México*, Universidad Indígena Intercultural de Michoacán-Cámara de Diputados, México, 2005.

Olivé, León, *Interculturalismo y Justicia Social*, UNAM; México, 2004.

_____ *Multiculturalismo y Pluralismo*, Paidós-UNAM, México, 2003.

_____, Luis Villoro, *Filosofía Moral, Educación e Historia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1996.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Derecho Indígena en Mesoamérica*, Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena, Guatemala-México, 2007.

_____ (coord.), *Pueblos Indígenas y Derechos Étnicos*, VII Jornadas Lascasianas, UNAM, 1999.

Orozco Henríquez, José de Jesús, *El Derecho Constitucional Consuetudinario*, UNAM, 1983.

Peniche Bolio, Francisco J., *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1998.

Pieper, Josef, *Las Virtudes Fundamentales*, Rialp, Madrid, 1990.

Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1997.

Programa Universitario México Nación Multicultural.

Puy, Francisco, *Derecho al Trabajo y Derecho del Trabajo*, Escuela Social de Granada, España, 1962.

_____ *Teoría Científica del Derecho Natural*, Porrúa, México, 2006.

Quintana Roldán, Calos F., Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2001.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fonda de Cultura Económica, México, 1965.

Recaséns Siches, Luis, *Sociología*, Porrúa, México, 1999.

_____ *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2000.

Rossi, Alejandro, *et al.*, *Epistemología y Cultura: en torno a la obra de Luis Villoro*, México, editores E. Garzón Valdez y Fernando Salmerón, UNAM, 1993.

Rouland, Norbert, Stéphane Pierrè-Caps, Jacques Poumarède, *Derecho de minorías y de pueblos autóctonos*, Siglo XXI, México, 1999.

Ruipérez, Javier, *Constitución y Autodeterminación*, Tecnos, España, 1995.

Sáchica, Luis Carlos, *Constitucionalismo Mestizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.

Salmerón, Fernando, *Diversidad Cultural y Tolerancia*, Paidós-UNAM, México, 1998.

Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, Porrúa, México, 2001.

Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Espasa-Calpe, Madrid, 1973.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México, 1981.

Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, Porrúa, México, 2000.

Sieyès, Emmanuel Joseph, *¿Qué es el Tercer Estado?* UNAM, México, 1989.

Silva Adaya, Juan Carlos, *Control de la Constitucionalidad y Elecciones Indígenas*, Breviarios Jurídicos, Porrúa, México, 2004.

Stavenhagen, Rodolfo, *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2000.

Taylor, Charles, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, Fonda de Cultura Económica, México, 2001.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1999.

Valadés, Diego, *Problemas Constitucionales del Estado del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 2002.

_____, Miguel Carbonell, *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, Cámara de Diputados-UNAM, México, 2000.

Vedross, Alfred, *La Filosofía del Derecho del mundo Occidental*, UNAM, México, 1962.

Villoro, Luis, *El Concepto de Ideología y otros Ensayos*, Fonda de Cultura Económica, México, 1985.

_____ *Estado Plural y Pluralidad de Culturas*, Paidós-UNAM, México, 1998.

_____ *Los Grandes Momentos del Indigenismo en México*, SEP/Casa Chata, México, 1984.

Zegrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*, Editorial Trota, Madrid, 1995.

II. Legislación

Código Penal Federal, Decreto de 2 de enero de 1931.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, D. O. F. 5 de febrero de 1917.

Ley de Amparo, Diario oficial de la Federación 10 de enero de 1936.

Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, 18 de junio de 1998.

Ley de justicia indígena del estado de Quintana Roo, Periódico Oficial, 20 de octubre de 2006.

Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, D. O. F., 13 de marzo de 2003.

Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 26 de junio de 1945.

Carta de Derechos. Asamblea General, ONU, 1949.

Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, OIT, Ginebra, Suiza, junio de 1989.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Asamblea General, 7 de septiembre de 2007.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Versalles, del 20 al 26 de agosto de 1789.

Declaración Universal de Derechos Lingüísticos. Conferencia Mundial de Derechos Lingüísticos, Barcelona, 6-9 de junio de 1996.

III. Diccionarios y Enciclopedias

Diccionario de Ciencia Política, 2ª edición, Andrés Serra Rojas, Fonda de Cultura Económica-Facultad de Derecho, UNAM, México, 1998.

Diccionario de Derecho, 16ª edición, Rafael de Pina, Porrúa, México, 1998.

Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, 6ª edición, Ignacio Burgoa Orihuela, Porrúa, México, 2000.

Diccionario Jurídico Mexicano, 13ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM/Porrúa, México, 1999.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, 22ª edición, 2001.

Diccionario de Sociología, 2ª edición, Henry Pratt Fairchild editor, Fonda de Cultura Económica, México, 1997.

Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa, México, 2004.

IV. Hemerografía

Alteridades, número 10, año 5, UAM-Iztapalapa, México, 1995.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 97, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

Crítica Jurídica, número 14, México, 1994.

Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1996.

El Mundo del Abogado, número 99, año 10, México, julio, 2007.

Isonomía, México, Número 3, octubre de 1995.

Ratio Juris, Época I, ejemplar 1, diciembre 1999/enero 2000.

Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XV, Núm. 57. UNAM, México, 1965.

V. Jurisprudencia

Jus 2007.

VI. Internet

www.cdi.gob.mx

www.juridicas.unam.mx

www.onu.mx