

Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho
División de Estudios de Posgrado

Reforma del Estado, gobierno y sociedad en México:
El problema de los límites a la regla de la mayoría

TESIS

que para obtener el título de

DOCTOR EN DERECHO

Presenta

Imer Benjamín FLORES MENDOZA

Tutor principal: Dr. Luis J. MOLINA PIÑEIRO

Ciudad Universitaria, a 30 de junio 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.

A todos quienes luchan por encontrar la verdad y realizar la justicia.

A mis maestros y colegas...

A Paye y Maye...

A Eric...

A Hazel...

A Ervin y Kevin...

A mis familiares y amigos...

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN: JUSTICIA Y VERDAD	1
I. ESTADO: HACIA UN ESTADO FUNDADO EN LA LIBERTAD, IGUALDAD Y COMUNIDAD	15
1. <i>Ser humano;</i>	16
2. <i>Sociedad;</i> y	28
3. <i>Estado:</i>	32
A. <i>Contractualismo;</i>	34
B. <i>Constructivismo;</i> y	45
C. <i>Liberalismo igualitario y comunitario:</i>	59
a. Individualidad y comunidad;	66
b. Libertad e igualdad; y	72
c. Libertad negativa y positiva.	78

II. ESTADO DE DERECHO: HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	91
1. <i>Estado de derecho;</i>	92
2. <i>Legislación y adjudicación; y</i>	103
3. <i>Derecho, moral y poder:</i>	124
A. <i>Relación derecho-poder: el poder del derecho y el derecho del poder; y</i>	142
B. <i>Relación derecho-moral: la moral del derecho y el derecho de la moral.</i>	146
III. CONSTITUCIÓN: HACIA UN SISTEMA CONSTITUCIONAL FUERTE	161
1. <i>Poder: poder versus poder;</i>	162
2. <i>Constitución: poder jurídico vis-à-vis poder político:</i>	182
A. <i>Derecho tête à tête poder; y</i>	182
B. <i>Derechos humanos et división de poderes; y</i>	194
3. <i>Constitucionalismo e ingeniería constitucional:</i>	196
A. <i>Garantías constitucionales estructurales; y</i>	201
B. <i>Garantías constitucionales procedimentales.</i>	209
IV. DEMOCRACIA: HACIA UNA DEMOCRACIA SIN ADJETIVOS	227
1. <i>Democracia:</i>	228
A. <i>Forma de gobierno; y</i>	231
B. <i>Modo de vida; y</i>	233
C. <i>Sistema de participación: de todos, por todos y para todos;</i>	235

2.	<i>Democracia directa y democracia representativa:</i>	237
	A. <i>Democracia directa (o semi-directa); y</i>	248
	B. <i>Democracia representativa; y</i>	250
3.	<i>Experimentalismo democrático: de la democracia meramente representativa (electiva o delegativa) a la verdaderamente participativa.</i>	265
V.	DERECHO: HACIA UNA JURISPRUDENCIA COMPARADA E INTEGRADA	277
1.	<i>Jurisprudencia (re)determinada;</i>	278
2.	<i>Jurisprudencia general y particular; y</i>	285
3.	<i>Jurisprudencia comparada e integrada:</i>	293
	A. <i>Filosofía jurídica latinoamericana; y</i>	293
	B. <i>Teoría integral del derecho.</i>	299
VI.	REFORMA DEL ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD EN MÉXICO: LOS MÉTODOS DE VOTACIÓN Y LA REGLA DE LA MAYORÍA	317
1.	<i>Reforma del Estado, gobierno y sociedad;</i>	318
2.	<i>Regla de la mayoría; y</i>	327
3.	<i>Métodos de votación (elección y decisión):</i>	332
	A. <i>Sistemas propios:</i>	347
	a. <i>Mayoritarios:</i>	347
	i. <i>Mayoría absoluta (majority); y</i>	
	ii. <i>Mayoría relativa (plurality); y</i>	
	b. <i>Proporcionales (proportionality):</i>	348

i.	Pura;	
ii.	Casi pura; y	
iii.	Impura;	
B.	<i>Sistemas impropios:</i>	352
a.	‘Mixtos’; y	352
b.	Doble ronda o segunda vuelta; y	352
C.	<i>Otros sistemas --o propiamente mixtos:</i>	356
a.	Votación limitada;	356
b.	Votación acumulativa; y	356
c.	Votación preferente o preferencial.	357

VII. LÍMITES A LA REGLA DE LA MAYORÍA: EL PROBLEMA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL 361

REFORMA CONSTITUCIONAL

1.	<i>Formas y límites de la legislación;</i>	362
2.	<i>El problema de la reforma constitucional:</i>	367
A.	<i>Antecedentes derecho mexicano: Amparo Manuel CAMACHO SOLÍS; y</i>	373
B.	<i>Derecho comparado: Colombia; y</i>	379
3.	<i>Tres casos en México:</i>	381
A.	<i>Acciones de Inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006, y 51/2006 (o caso Chiapas);</i>	381
B.	<i>Acciones de Inconstitucionalidad 39/2006 y sus acumuladas 40/2006 y 42/2006 (o caso Michoacán); y</i>	385
C.	<i>Acciones de Inconstitucionalidad 41/2006 y su acumulada 43/2006 (o caso Oaxaca).</i>	389

CONCLUSIÓN: INNOVACIÓN INSTITUCIONAL Y RENOVACIÓN CULTURAL 405

BIBLIOGRAFÍA 413

INTRODUCCIÓN:

JUSTICIA Y VERDAD

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas... Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones.

John RAWLS, *A Theory of Justice* (1971).

[L]a libertad, para realizarse plenamente, es inseparable de la justicia. La libertad sin justicia degenera en anarquía y termina en despotismo. Pero asimismo: sin libertad no hay verdadera justicia.

Octavio PAZ, "El siglo XX: La experiencia de la libertad" (1990).

Buscar la verdad y perseguir la justicia son dos problemas diferentes, pero fundamentales para esta tesis doctoral que intenta examinar críticamente los principales paradigmas tanto cognoscitivos como organizativos, a saber: la ciencia y el derecho. Por ello, esta exploración pretende --a la John RAWLS-- no sólo rechazar o revisar aquellas teorías que son falsas sino también reformar o abolir aquellas leyes e instituciones, así como prácticas que son injustas. De esta forma la búsqueda de lo verdadero y la persecución de lo justo son las dos ambiciones que como *unum et idem* sirven de hilo conductor para esta investigación que pretende además censurar la falsedad y denunciar la injusticia.

No obstante, buscar la verdad y censurar la falsedad, así como perseguir la justicia y denunciar la injusticia, no sirven por sí solas para justificar una tesis, porque todas en principio tratan de cumplir con alguna(s) de estas aspiraciones. Ahora bien, cualquier trabajo de este tipo además de aportar una explicación --y comprensión-- racional y objetiva acerca de un fenómeno debe contribuir con al menos una solución (original) para un problema (actual o eventual), a lo que comúnmente conocemos como hipótesis. Sin embargo, puede tener más de una, pero en todo caso la aportación debe ser racional y objetiva, pero sobre todo original.

Por supuesto que después de los griegos es muy difícil ser originales, pero no imposible mantener cierta originalidad. Al respecto el orador romano Marcus Tvlli CICERONIS --o castellanizado Marco Tulio CICERÓN-- advertía: *Sed nescio quo modo nihil tam absurde dici potest quod non dicatur ab aliquo philosophorum*. Si bien los problemas son más o menos los mismos y conocidos por todos, las soluciones y la metodología para llegar a éstas no son fatales o forzosas. Es más, dentro de temas muy atendidos sobre los cuales se han escrito bibliotecas enteras enfatizaremos una problemática que ha pasado casi inadvertida, a la cual solamente unos cuantos tratadistas le han dado o prestado la atención que merece.

Para abordar esta temática aplicaremos una metodología un tanto heterodoxa --por no decir que poco ortodoxa-- para ofrecer una solución que no es nueva, pero que confiamos será novedosa: *non nova, sed nove*. Mediante ella esperamos presentar un aporte original en sí al encontrar la solución a un problema concreto y específico pero también al aplicar dicha metodología, a partir del punto de vista de la ciencia del derecho, en general, de la filosofía y teoría del derecho y del derecho constitucional, en particular. Sin descartar ni mucho menos negar contactos con otras disciplinas, entre las cuales destacan las filosofías moral y política. Es más, como lo apuntó Eduardo GARCÍA MÁYNEZ no se trata de ser originales o de forjar teorías por amor a las teorías sino de buscar --y quizás hasta de alcanzar-- la verdad.

El tema central se inscribe precisamente en el de la reforma de leyes e instituciones, en

general, y en el de la reforma de leyes e instituciones, jurídico-políticas, en particular, a la sazón: en la reforma de las constituciones, tanto de éstas como leyes supremas como de las instituciones jurídico-políticas contenidas en ellas y de sus correspondientes prácticas. Cabe aclarar que no se trata de presentar un recuento histórico de todas las reformas constitucionales formalizadas en nuestro país ni un estudio comparativo de las realizadas hasta el momento en otros países sino más bien de las alternativas institucionales, así como de las precondiciones y prerequisites de las mismas.

Así mismo, es innegable que mucho se ha dicho y escrito sobre estos temas a lo largo y ancho del globo desde hace mucho tiempo y también muchísimo se ha repetido en fechas recientes. En México, en los últimos años hemos discutido, entre otras cosas, acerca de la (im)posibilidad de reformar la constitución, de la (in)necesidad de reformarla y hasta de la (in)viabilidad de realizarla ya sea dentro del mismo marco institucional o fuera de éste, en cuyo caso no se podría hablar de una reforma constitucional sino más bien de una ruptura constitucional, lo cual sería harina de otro costal.

Lo curioso es que mientras todos están convencidos que en pos de una nueva constitucionalidad es posible, necesario y hasta viable reformar la constitución de manera parcial dentro del mismo marco institucional no todos lo están acerca de que lo sea --pueda ser o deba ser-- de modo total. Al grado que para algunos no se puede hablar de cambiar de tajo una constitución por otra nueva salvo que sea fuera de su marco institucional. Cabe precisar que no solamente es posible, necesario y hasta viable hacerlo dentro de dicho marco sino que además --a la Immanuel KANT-- debemos preferir y privilegiar la evolución (constante hacia lo mejor) a la revolución; o, lo que es lo mismo la reforma constitucional, ya sea parcial o total, a llegar a tener una ruptura constitucional.

La gran paradoja es que a la fecha nuestra Constitución dista mucho de ser aquélla que fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y que entró en vigor el 1° de mayo de ese mismo año con

136 artículos y 16 disposiciones transitorias. Desde aquel entonces, en noventa años, ha sido reformada por 177 decretos contados hasta el “Decreto que reforma los artículos 6º, 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día martes 13 de noviembre de 2007, relativo a la más reciente reforma político-electoral.

Esos 177 decretos comprenden 459 adiciones o modificaciones al texto de la Constitución, incluidas 3 disposiciones transitorias. Vale la pena destacar que casi la mitad de esos decretos --88 para ser exactos-- fueron publicados hasta el 9 de enero de 1978 en poco más de seis décadas y la otra mitad --89 para ser precisos-- en poco más de seis lustros. En este sentido, 197 alteraciones se realizaron en 61 años (3.22 por año), en tanto que 262 en los últimos 30 años (8.73 por año): *i.e.* cuatro novenas partes en las primeras dos terceras partes de vida constitucional, mientras que cinco novenas partes en la restante tercera parte. Como es posible percatarse estos cambios responden a factores externos e internos, mismos que se han concentrado en los últimos treinta años y que se explican en gran medida como reacción a la crisis de legitimidad del capitalismo avanzado y a los retos del capitalismo tardío, como lo adelantó Jürgen HABERMAS.

Claro está que de cambiar una parte --o varias partes-- no se sigue que haya cambiado el todo, pero no por ello debemos asumir que reformar parcialmente la constitución no pueda implicar el cambiarla significativamente en su conjunto, sobre todo después de 177 decretos y la mitad de éstos concentrados en las tres últimas décadas. De igual forma, tampoco debemos presumir que sea mejor reformarla de manera parcial poco a poco como lo aconseja Quintus FABIVS Maximus --o castellanizado Quinto FABIO Máximo-- o la *Fabian Society* y no de modo total de una vez por todas como lo sugiere un *blitzkrieg*. Es conveniente adelantar que las reformas parciales o totales no son intrínsecamente mejores unas que otras ni una u otra constituye por sí sola un cambio significativo. De hecho, ninguna de las dos garantiza un cambio

constitucional para transformar la constitucionalidad imperante.

El problema es que muchas veces por ver el árbol --o un conjunto de árboles-- no vemos el bosque. En este orden de ideas, tanto en una reforma parcial como en una total habría que voltear a ver no solamente al árbol --o a un conjunto de árboles-- sino además a todo el bosque, *i.e.* a cada uno de los árboles --o conjuntos de árboles-- que lo integran. De tal forma, en esta investigación pretendemos enfatizar un árbol --o un conjunto de ellos --sin dejar de enfocar al bosque. Aun cuando vamos a enfatizar un problema concreto y específico no dejaremos de enfocar un tema más abstracto y genérico: *reforma del Estado, gobierno y sociedad en México*.

Aunado a la miopía de ver las partes sin ver el todo y al de ver el todo sin ver las partes --o como un matiz de esa misma problemática-- está el astigmatismo que no permite ver como estas partes y este todo se relaciona a su vez con otras partes y otros todos. Hay que insistir que más que en otros árboles y bosques debemos voltear a ver otras partes y otros todos; es decir, otros factores aparentemente exógenos, como serían el clima, la humedad y las condiciones atmosféricas, la flora y la fauna, la fertilidad de la tierra y sus minerales, entre otros, los cuales ciertamente afectan a los árboles y al bosque en su conjunto al grado de ser considerados por algunos como endógenos.

En la especie nos referimos al hecho de que en el marco del fenómeno que conocemos como de consolidación o transición democrática tanto los académicos como los actores económicos, políticos y sociales se centran casi exclusivamente --confiamos que de buena fe y sin ningún afán reduccionista-- en lo institucional. Esto es, en la adopción de cierto tipo de instituciones caracterizadas como democráticas, como su condición necesaria y suficiente, sin concentrarse además en el complemento perfecto de la ecuación, *i.e.* en lo cultural, esto es en la promoción de una cultura considerada como democrática, como una de sus precondiciones o prerequisites.

La cuestión es que no es posible consolidar una democracia o consumir una transición

democrática a partir nada más de la innovación institucional, porque resultaría estéril e infructuoso, como arar en el desierto o construir sobre arenas movedizas, si no va acompañado de una profunda renovación cultural de nuestras actitudes, creencias, manifestaciones, prácticas y valores. Al grado que para poder hablar de una democracia no basta con tener instituciones que en principio son caracterizadas como democráticas si la cultura subyacente es autoritaria.

Así que es imperativo conjugar instituciones y cultura democráticas para que la democracia pueda florecer como buen fruto en tierra fértil y firme. De tal guisa, en esta investigación pretendemos realzar los árboles y el bosque sin dejar de resaltar los otros factores con los cuales están estrechamente relacionados. Aunque vamos a realzar el tema de la reforma de las constituciones --tanto en su calidad de leyes (supremas) como de las instituciones jurídico-políticas contenidas en éstas-- no dejaremos de resaltar sus precondiciones y prerequisites: *innovación institucional y renovación cultural*.

Es imperioso advertir que el argumento no se restringe a las instituciones y cultura democráticas sino que es más extenso: cualquier reforma constitucional para producir un cambio significativo requiere tanto de innovación institucional como de renovación cultural. El problema es que en México, en el pasado reciente, a pesar de que hemos reconstituido gran parte de nuestras instituciones, la (re)construcción no ha alcanzado --o al menos no le ha prestado suficiente atención-- a nuestra cultura; y, por ende, ésta está pendiente de completarse todavía para producir un cambio verdaderamente significativo.

Para reforzar ambos puntos --el de enfatizar un problema concreto sin dejar de enfocar un tema más genérico y el de realzar además un tema en específico sin dejar de resaltar sus precondiciones y prerequisites-- me gustaría aludir al guión intitolado *L'engranage* --traducido al español como *El engranaje*-- de Jean Paul SARTRE, quien sugiere que el simple hecho de derrocar a un tirano para poner a otro individuo en su lugar no produce ni va a producir una diferencia significativa, porque es como la máquina a la que le quitamos una pieza para ponerle

otra: la maquinaria que funciona tiránicamente no va a dejar de funcionar así por el solo hecho de que le falte una pieza o que se reemplace la misma. La metáfora del engranaje sirve para explicar el fracaso no solamente de las reformas constitucionales parciales sino además de las totales.

De un lado, en relación con las parciales: primero, si la pieza nueva encaja en el lugar de la vieja es muy difícil que algo haya cambiado al final de cuentas; segundo, si la pieza nueva es muy grande y no entra en ese lugar acabará por romperse --o por romper la maquinaria-- o desgastarse hasta ocupar el mismo espacio de la vieja, en ambos casos es muy dudoso que haya cambiado algo después de todo; y tercero, si la pieza nueva es demasiado pequeña y no ensambla en su lugar --aunque no se romperá ni se desgastará-- es casi imposible pensar que haya cambiado algo o pueda hacerlo.

Del otro, en lo referente a las totales: imaginemos que la única alternativa parece ser cambiar toda la máquina por otra nueva. Sin embargo, es poco probable que haya un cambio significativo --más allá del cambio de una máquina por otra-- porque al final el mecanismo como un todo está relacionado con otros todos, al punto de no ser sino una parte de un todo más amplio: una pieza en la línea de producción. Con lo cual al igual que las reformas parciales las aparentemente totales tampoco producen ni pueden producir necesariamente un cambio significativo.

Así, las reformas constitucionales tanto parciales como totales fracasan porque no producen ni pueden producir un cambio significativo en la constitucionalidad por sí solas. No basta con cambiar una persona por otra ni una parte o toda una institución por otra, para que el cambio sea verdaderamente significativo se requiere de algo más. De hecho, en muchas ocasiones la respuesta al malfuncionamiento de un aparato no implica cambiar una(s) parte(s) o de plano todo el artefacto, sino más bien aceitar o ajustar el mismo. En otras palabras, lo que se requiere es revisar y en su caso cambiar la grasa que lubrica la maquinaria o de plano alterar su funcionamiento.

Antes de hablar de la reforma del Estado, gobierno y sociedad en México, en general, y de la reforma de la Constitución, en particular, es preciso revisar --y en dado caso rechazar-- sus precondiciones y prerequisites. Una vez concluida está revisión estaremos realmente en condiciones de reformar y hasta abolir leyes e instituciones para que el cambio sea verdaderamente significativo. Hasta que tengamos claro no sólo quiénes y cómo reformar la constitución sino también qué se debe --y puede-- reformar y cuándo hacerlo, así como cuáles son los límites de las reformas constitucionales, estaremos en condiciones de construir en tierra firme y fértil, dar buenos frutos y con esto, en pocas palabras, producir un cambio significativo y verdadero en la constitucionalidad.

Además del argumento principal de que para producir un cambio verdaderamente significativo la innovación institucional debe ser complementada por la renovación cultural es conveniente explicitar otros razonamientos paralelos. Aun cuando hay una fuerte tendencia --sobre todo en los países pertenecientes a la familia del derecho romano, canónico y germánico-- a pensar que basta con reformar la *ley* para alterar --casi como por arte de magia-- la *realidad*; ello constituye una falacia: no se puede pasar válidamente del mundo del *deber ser* al del *ser* (falacia normativista o iusnaturalista) como tampoco del *ser* al *deber ser* (falacia descriptivista o iuspositivista). Aunque no se sigue lo uno de lo otro ni viceversa; esto no quiere decir que la ‘normatividad’ --o que una contra-normatividad o una normatividad alternativa-- no pretenda traducirse en una ‘normalidad’ al desplazar la anormalidad responsable del malfuncionamiento del sistema.

Por consiguiente para producir un cambio significativo y verdadero en la constitucionalidad --llámese normalidad o realidad-- no basta con adoptar una perspectiva ética o deontológica sino que además se requiere un punto de vista pragmático o sociológico no sólo para poder constatar la coherencia, congruencia y consistencia de una eventual reforma constitucional sino también para poder prever las consecuencias o efectos en un sentido u otro e inclusive optar

no solamente por una alternativa que sea justa sino por la mejor.

Al respecto, Friedrich August von HAYEK ha adelantado que en la materia de la constitución y de sus reformas nuestra actitud debe ser la misma que adopta el médico ante un paciente; éste como “organismo viviente” es en sí un todo con sus propias fuerzas y aquél al atenderlo debe trabajar con esas fuerzas en lugar de contra ellas. En este orden de ideas, es imprescindible considerar al derecho --y para el efecto a la constitución y a sus reformas-- en términos no meramente mecánicos-físicos sino orgánicos-biológicos y para ello adoptamos --a la Wilfrid J. WALUCHOW-- la idea de la constitución como un “organismo viviente” y la metáfora de la constitución como un “árbol viviente”. De tal guisa, en lugar de pretender que es posible predecir con certeza --como en el caso de la predicción acerca de que va a suceder con una máquina a la que se le acaba de cambiar una parte-- debemos reconocer que en el caso del derecho solamente podemos aspirar a profetizar con un cierto grado de probabilidad --como en el caso de la profecía sobre que va a suceder con un paciente a quien se le acaba de transplantar un órgano--.

Dentro de las precondiciones y prerequisites que debemos revisar están algunas nociones estrechamente relacionadas con lo que conocemos como “Estado de derecho”, al cual se le ha equiparado con --y hasta reducido a la mera conjunción de-- “Estado” y “derecho” o se le ha identificado como “Estado liberal de derecho” o “Estado social de derecho” e inclusive como “Estado legal de derecho”, “Estado legislativo de derecho” y hasta “Estado de (estricta) legalidad”. Es conveniente anticipar que para rescatar los principios sobre los cuales se sustenta el “Estado de derecho” es menester rechazar --a la Jeremy WALDRON-- las versiones anteriores y reemplazarlas por la más acabada de lo que conocemos como “Estado constitucional y democrático de derecho”. Para ello, procederemos a revisar nuestras principales (pre)concepciones no sólo acerca del “Estado” y del “Estado de derecho”, a partir del ser humano y de las relaciones tanto entre derecho y poder como entre derecho y moral, sino también sobre la

“Constitución”, la “Democracia” y el “Derecho”.

Como la idea es acentuar el proceso de construcción y reconstrucción de una constitución y la revisión de su funcionamiento, vamos a optar por usar --a la Giovanni SARTORI-- la expresión ‘ingeniería constitucional’ y preferirla respecto de sus primas hermanas ‘arquitectura constitucional’ y ‘diseño constitucional’ o de cualesquiera otros parientes lejanos como ‘ingeniería social’ o ‘política’. Así mismo, en el proceso de revisar y en su caso rechazar algunas precondiciones y prerequisites, o si fuera el caso cambiarlos, pensábamos en un principio que bastaba con hacerlo a partir del binomio derecho-poder. Sin embargo, con el tiempo llegamos a la convicción de que deberíamos hacerlo también a partir, por una parte, de la bifurcación derecho-moral, es decir de las nociones de que --como lo anotó Lon L. FULLER-- hay una moralidad interna en el derecho y que --como lo apuntó Ronald M. DWORKIN-- el derecho al no ser un sistema de reglas sino de principios está estrechamente conectado con la moralidad política; y, por la otra, de lo que pomposamente Roberto Mangabeira UNGER ha llamado ‘experimentalismo democrático’, esto es la idea de que en el proceso de construir y reconstruir constituciones habrá que experimentar constantemente en forma democrática en el ámbito jurídico-organizativo, en forma análoga al método ensayo-error propuesto por Kart R. POPPER en el ámbito científico-cognoscitivo.

Por está razón, aunque en un principio habíamos intitulado a esta tesis doctoral “Derecho y poder en la ingeniería constitucional: innovación institucional y renovación cultural. Reforma del Estado, gobierno y sociedad en México” con la pretensión de explicar y explicitar gran parte de nuestras preocupaciones, pero como se puede fácilmente percibir este título, por un lado, quedó corto para retomar todas y cada una de éstas, al dejar fuera a la *moralidad* y al *experimentalismo democrático*; y, por el otro, resultó (demasiado) extenso, al grado de ser absolutamente imposible de abordar y de agotar por completo en una investigación de este tipo. Por ende, aunque intentamos enfocar el tema abstracto y genérico de la reforma del Estado,

gobierno y sociedad en México pretendemos enfatizar un objeto de estudio más concreto y específico.

El problema concreto y específico es la tendencia a reducir no sólo el “Estado” y el “Estado de derecho” sino también la “Constitución”, la “Democracia” y el “Derecho” a lo adjetivo o formal, a partir de un instrumento o mecanismo procedimental, *i.e.* la regla de la mayoría. El tema consiste en que la regla de la mayoría como uno de los *métodos o sistemas de votación*, ya sea al ofrecer un criterio acerca de cómo se deben tomar las decisiones, o bien al proporcionar un criterio sobre cómo se deben elegir a quiénes han de tomarlas, reduce ambas a la voluntad de la mayoría. En otras palabras, a cualquier cosa que diga o plazca a la mayoría y lo que es todavía peor a la mayoría de los mayoritariamente electos que es al final de cuentas una minoría del todo.

A este fenómeno se le conoce desde Alexis de TOCQUEVILLE y John Stuart MILL como “la omnipotencia de la mayoría” o “la tiranía de la mayoría” y en fechas más recientes como “el gobierno de la mayoría o mayoritocracia”, y en países como el nuestro donde los actores políticos quedan subordinados a sus partidos, como “el gobierno de los partidos o partidocracia”. Si bien podemos considerar que la decisión tomada por la mayoría es *prima facie* legítima, ello no quiere decir que tenga un cheque en blanco para tomar cualquier decisión o que cualquier decisión sea legítima.

En este orden de ideas, como lo advierten tanto DWORKIN como RAWLS la mayoría al tomar decisiones no está autorizada a pasar por encima de o pisotear los derechos de la minoría, ni en aras de la máxima felicidad del mayor número sacrificar al menor como lo sugiere el utilitarismo, ni mucho menos a violentar los principios sobre los cuales se sustenta no sólo el “Estado” y el “Estado de derecho” sino también la “Constitución”, la “Democracia” y el “Derecho”.

En resumidas cuentas, algunas de las aspiraciones comprometidas son: 1) el *Estado* se

afana por ser la forma de organización por antonomasia de toda una comunidad de individuos y no solamente de unos cuantos; 2) el *Estado de derecho* ambiciona a ser un gobierno de leyes donde todos --gobernados y gobernantes-- están sujetos a ellas, incluidas tanto la mayoría como la minoría; 3) la *Constitución* anhela a controlar y limitar el poder, inclusive el de la mayoría que gobierna; 4) la *Democracia* ansía a ser el gobierno de, para y por todos, tanto mayoría como minoría; y 5) el *Derecho* aspira a garantizar nuestros derechos --y deberes-- por medio de leyes generales que nosotros mismos nos hemos dado, sin excluir a nadie mucho menos a la minoría.

Claro está que ante la imposibilidad de alcanzar siempre la unanimidad y ante la inevitabilidad de tomar decisiones, la regla de la mayoría se presenta como el mejor criterio al grado de parecer ser el único. Sin embargo, no estamos ante una fatalidad sino --como diría UNGER-- ante una falsa necesidad: del hecho (contingente) de que la regla de la mayoría sea hasta el momento nuestra mejor opción no se sigue (necesariamente) que sea la única ni que siempre lo vaya a ser y mucho menos que sea lo deseable.

Es más, históricamente, a los métodos o sistemas de votación, así como de decisión y de elección mayoritarios, *i.e.* fundados precisamente en la regla de la mayoría, se le han contrapuesto los proporcionales --como abogó el mismo John Stuart MILL-- para garantizar que las minorías sean tomadas en cuenta, pero hay toda una gama de métodos y sistemas alternativos que permiten tanto a la mayoría como a la minoría formar parte de manera directa en la toma de decisiones, o al menos de modo indirecto en la elección de quienes han de tomarlas.

En resumidas cuentas, consideramos conveniente abandonar el título provisional y hasta oportuno reemplazarlo por alguno que sin ser más largo refleje mejor nuestras preocupaciones: “Hacia un Estado constitucional y democrático de derecho: el problema de los límites de la regla de la mayoría”.

Respecto al contenido y al desarrollo de la tesis, ésta cuenta además de esta “Introducción: justicia y verdad” y de la “Conclusión: innovación institucional y renovación

cultural” con 7 capítulos: “I. Estado: hacia un Estado fundado en la libertad, igualdad y comunidad”; “II. Estado de derecho: hacia un estado constitucional y democrático de derecho”; “III. Constitución: hacia un sistema constitucional fuerte”; “IV. Democracia: hacia una democracia sin adjetivos”; “V. Derecho: hacia una jurisprudencia comparada e integrada”; “VI. Reforma del Estado, gobierno y sociedad: los métodos de votación y la regla de la mayoría”; y “VII. Límites a la regla de la mayoría: el problema de la reforma constitucional”.

En los primeros cinco capítulos procederemos a revisar críticamente nuestro paradigma cognoscitivo sobre el “Estado”, el “Estado de derecho”, la “Constitución”, la “Democracia” y el “Derecho” para rechazar la regla de la mayoría por comprometer las aspiraciones de cada uno y en su caso reestructurar nuestra concepción de éstos. Una vez que tengamos claras estas precondiciones y prerequisites, en los dos últimos, retomaremos nuestro paradigma organizativo a partir del tema abstracto y genérico de la reforma del Estado, gobierno y sociedad en México, así como del problema concreto y específico de los métodos de votación y sus límites, para retomar el caso de las reformas constitucionales.

Para finalizar con esta introducción solamente resta explicitar nuestra hipótesis principal: para que las reformas constitucionales produzcan un cambio significativo y verdadero en la constitucionalidad es de la esencia tanto la innovación institucional como la renovación cultural, *i.e.* reformar o abolir leyes e instituciones, y revisar o rechazar sus precondiciones y prerequisites. En consecuencia, de un lado, para que la regla de la mayoría tal y como se ha entendido y practicado en las últimas fechas no violente las aspiraciones que sustentan al “Estado”, al “Estado de derecho”, a la “Constitución”, a la “Democracia” y al “Derecho” es elemental revisar sus implicaciones y rechazarlas por su falsedad; y del otro, para que --en el contexto de la reforma del Estado, gobierno y sociedad en México-- los métodos de votación, ya sean de decisión y/o de elección no sean reducidos a los mayoritarios es fundamental revisar las alternativas y sus aplicaciones, así como proceder a reformar y abolir aquéllas que son injustas y

proponer algunos cambios concretos.

Aunado a lo anterior, analizaremos el caso de las reformas constitucionales, las cuales requieren de una mayoría calificada --a diferencia de otras decisiones legislativas y/o políticas-- para ser aprobadas, pero que no obstante su aprobación mayoritaria y hasta supramayoritaria no están ni pueden estar sustraídas de los mecanismos de control constitucional. En otras palabras, para evidenciar los límites a la regla de la mayoría hemos decidido referirnos al problema de las reformas constitucionales y para tal efecto analizaremos algunos casos donde los criterios jurisprudenciales que les dan sustento sugieren que una reforma constitucional no solamente puede sino que además debe ser objeto de control constitucional a pesar de haber sido aprobada por una mayoría calificada. De igual forma advertiremos como la regla de la mayoría, en especial la versión de votación con una mayoría absoluta ó 50% + 1, no fomenta la deliberación y la discusión en busca de un consenso lo más amplio posible sino que simplemente propicia el intercambio de votos para alcanzar dicha mayoría sin que ésta represente un acuerdo más allá del mero hecho de agregarlos para cubrir con el requisito.

Antes de concluir esta introducción cabe recordar que esta tesis doctoral contiene ideas cuyos antecedentes se remontan a sendos trabajos de investigación --“El liberalismo y la reforma del Estado. La evolución del derecho” y “Law and Politics: Democratic Institutional Development. Government Reform and Separation of Powers in Mexico”-- elaborados para obtener los grados de Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y de Maestro en Derecho (*LL.M.*) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (Harvard Law School, Harvard University) y que han dado lugar a poco más de media centena de artículos publicados en libros colectivos, memorias de congresos y revistas especializadas tanto en México como en el extranjero. Aun cuando mantiene el mismo hilo conductor ciertamente ha sido influenciada durante estos años por mis maestros, colegas, amigos y alumnos, quienes verán cómo sus ideas fueron aceptadas, matizadas o rechazadas.

I. ESTADO:

HACIA UN ESTADO FUNDADO EN LA LIBERTAD, IGUALDAD Y COMUNIDAD

La afirmación de que cada filósofo debe crear un sistema propio es enteramente falsa. El pensador ha de preocuparse por alcanzar la verdad, no por ser original. No se trata en estas materias, de forjar teorías, por amor a las teorías, sino de intuir verdades.

Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, "Prólogo" (1941).

Para rehacer la vida social en la imagen de la política liberal es necesario, entre otras cosas, cambiar la concepción liberal y la práctica de la política.

Roberto Mangabeira UNGER, *The Critical Legal Studies Movement* (1986).

Conocer el universo en la búsqueda de la verdad y organizar la vida humana en la persecución de la justicia son las funciones primordiales de la ciencia y del derecho, respectivamente. Aun cuando el tema principal de la presente tesis es el segundo, es decir la organización justa de la vida humana mediante el derecho, además trataremos de destacar sus íntimas concomitancias con el primero, esto es el conocimiento verdadero del universo por conducto de la ciencia, en general, y de una parte del universo, *i.e.* el derecho o fenómeno jurídico, por medio de la ciencia jurídica, en particular. Sin embargo, debemos tener presente en todo momento que ciencia y derecho pertenecen a dos paradigmas diferentes: uno cognoscitivo y otro organizativo.

De esta forma, primero, procedemos a rastrear los antecedentes de ambos en el propio ser humano y en el binomio conocer-organizar, así como distinguir varios aspectos relacionados con éste y con la vida humana, desde la distinción entre la naturaleza humana y la persona humana hasta la noción de dignidad humana, de la cual derivan derechos y deberes humanos; después, procuramos analizar el concepto de sociedad para resaltar la dicotomía entre la sociedad natural y la artificial, así como para recharacterizar a esta última como una sociedad civil y/o política; y, finalmente, proyectamos a partir del contractualismo no sólo acentuar el origen y el fundamento del Estado sino también enfatizar que la sociedad como artefacto es hecha e imaginada, y que por lo mismo puede ser rehecha y reimaginada.

En este orden de ideas, para que el *Estado* sea la forma de organización por antonomasia de toda una comunidad de individuos y no solamente de unos cuantos es necesario rehacerla y reimaginarla si no día a día al menos de vez en cuando al tratar de mediar o resolver algunas tensiones, tales como las que se presentan entre igualdad y libertad, libertad individual o civil y libertad colectiva o política, así como entre el individuo en su individualidad y en su comunidad.

1. *Ser humano*

La palabra ‘hombre’ (*hominem*) deriva del latín *homo* cuyo significado es “el nacido de la tierra” o “el formado con barro”. De acuerdo con la Biblia y con arreglo al libro del *Génesis* (2,7): “Entonces, Yavé formó al hombre con polvo de la tierra, y sopló en sus narices aliento de vida, y existió el hombre con aliento y vida.” Así mismo es afín al término griego *antropos* que connota “rostro de varón” y denota “el que mira hacia arriba”, pues el ser humano es el único animal que camina erguido en posición vertical.

El concepto de ‘ser humano’ engloba la evolución de las diferentes especies del género *homo* desde el *australopithecus robustus* hasta el *homo habilis*, desde el *homo erectus* hasta el *homo sapiens*, incluidas sus dos subespecies el *homo sapiens neardentalensis* y el *homo sapiens sapiens*, así como su completa ‘homonización’ y su creciente ‘humanización’; e incluye

peculiaridades tan diversas y aparentemente contradictorias desde el *zoon politikon* de ARISTÓTELES hasta la *res cogitans* de Renatus DESCARTES y la *roseau pensant* de Blais PASCAL, desde el *homo homine lupus* de PLAUTO y de Thomas HOBBS hasta el *bon sauvage* de Jean-Jacques ROUSSEAU, desde el *homo noumenon* y el *homo phænomenon* de Immanuel KANT hasta el *homo faber* de Georg SIMMEL, desde el *homo æconomicus* de Adam SMITH, John Stuart MILL y de Karl MARX hasta el *homo videns* de Giovanni SARTORI.

La definición clásica de ser humano como ‘animal racional’ según el método aristotélico *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam* lo concretiza como perteneciente al género próximo ‘animal’ pero con la diferencia específica ‘racional’. Empero, aunque la precisión es correcta no es del todo afortunada ni satisfactoria, puesto que también sería igualmente acertado afirmar que es un ‘espíritu encarnado’. El ser humano como criatura animal es un ser biológico y como entidad racional un ser psicológico. No obstante, hace falta recurrir a la idea paralela del ser humano como ‘animal social’ y/o ‘político’ para evidenciar que como espécimen con instinto gregario es un ser sociológico.

Por consiguiente, ante la imposibilidad de definir de manera única e inequívoca al ser humano, por su evolución y características tan diversas, parece que debemos hacerlo a partir de sus propiedades esenciales como un ente bio-psico-social. Así, el ser humano tiene una triple naturaleza --biológica, psicológica y sociológica-- manifiesta en sus necesidades, las cuales debe satisfacer al proponer ciertos fines y realizar determinados valores.

Aunque podemos concretar al ser humano por su naturaleza bio-física, psico-racional y socio-política --e incluso económica-- lo tratamos de enfocar para efectos de esta investigación principalmente a partir del binomio conocer-organizar. El ser humano tiene la forzosa doble necesidad e imperioso deber, por un lado, de conocer el universo que lo rodea, a sus semejantes y,

por supuesto, a sí mismo; y, por el otro, de organizar su vida en sociedad. Al respecto, baste recordar sendos axiomas del filósofo estagirita:¹

1) Todos los hombres desean por naturaleza saber; y

2) El hombre es, por naturaleza, un animal cívico --animal político--. Y el enemigo de la sociedad ciudadana es, por naturaleza, y no por casualidad, o bien un ser inferior --bestia-- o más que un hombre --Dios--.

Sin duda ambas caracterizaciones son recurrentes en la civilización occidental, ya que muy diversos autores, desde los clásicos hasta los modernos, así como los contemporáneos e incluso los posmodernos, reconocen la tendencia en mayor o menor medida del ser humano no sólo a la organización como el ζώου πολιτικού de ARISTÓTELES sino también al conocimiento como la *res cogitans* de DESCARTES.²

De tal forma, KANT aclara que el ser humano es no sólo “un ser destinado a vivir en sociedad”³ sino también un ser con “la facultad de conocer”.⁴ De hecho, tal como lo sentencia el pensador de Königsberg:⁵

¹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, edición trilingüe de Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 1982, Libro I, Capítulo I, 980^a, p. 2; y, *Política*, traducción de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Barcelona, Altaya, 1993, Libro Primero, Capítulo II, 1253^a, pp. 43-44.

² Vid. Renatus DESCARTES, *Discurso del método*, traducción de Juan Carlos García Borrón, Barcelona, Bruguera, 1972, p. 120: “Pero inmediatamente advertí que, mientras quería pensar así que todo era falso, era preciso, necesariamente, que yo, que lo pensaba, fuese alguna cosa: *una cosa pensante*. Pienso, luego existo.”

³ Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1993, Segunda Parte, § 47, p. 347.

⁴ La idea del ser humano como portador de la facultad de conocer es evidente en toda la obra de Immanuel KANT y, en especial, en sus tres grandes críticas: *Crítica de la razón pura*, traducción de José Rovira Armengol, II Tomos, Buenos Aires, Losada, 1960; *Crítica de la razón práctica*, traducción de V.E. Lollini, Buenos Aires, Librería Perlado, 1939; y, *Crítica del juicio*, traducción de Alejo García Moreno y Juan Ruvira, Madrid, Librerías de Francisco Iravedra y Antonio Novo, 1876.

El hombre está destinado por su razón, a estar en una sociedad con hombres y en ella, por medio de las artes y las ciencias, a *cultivarse*, a *civilizarse* y a *moralizarse*, por grande que pueda ser su propensión animal a abandonarse *pasivamente* a los incentivos de la comodidad y de la buena vida, que él llama felicidad, y en hacerse *activamente*, en la lucha con los obstáculos que le depare lo rudo de su naturaleza, digno de la humanidad.

Por consiguiente, la interdependencia entre conocer y organizar es manifiesta. Ahora bien, uno de los propósitos centrales de este estudio es reflexionar acerca de la relación entre ciencia y derecho; así como, sobre dos problemas diferentes pero consustanciales al ser humano: la búsqueda de la verdad y la persecución de la justicia, al grado que ambos son *unum et idem* como hilo conductor de la presente investigación. De hecho, conocer y organizar son tan naturales como respirar, *i.e.* la ciencia y el derecho son tan vitales como el aire.⁶

Respecto a la estrecha correlación entre justicia y verdad es imperativo mencionar que tanto Hans Kelsen⁷ como Roscoe Pound⁸ escogieron el mismo pasaje del Nuevo Testamento, el Evangelio según San Juan (18, 37-38), uno directa y el otro indirectamente --al citar el ensayo de Francis Bacon acerca de la 'verdad'-- para despejar la incógnita sobre qué es la justicia a partir de la interrogante ¿qué es la verdad? Ambos hacen referencia al episodio en el cual Jesús de Nazareth admitió ante Poncio Pilatos que era Rey, dijo “Yo he nacido y he venido al mundo para

⁵ Immanuel KANT, *Antropología en sentido pragmático*, traducción de José Gaos, Madrid, Revista de Occidente, 1935, pp. 224-225. (El énfasis es original.)

⁶ *Cfr.* Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, segunda edición, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 1: “el derecho, como el aire, está en todas partes.”

⁷ *Vid.* Hans Kelsen, “What is Justice?”, en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkley, University of California Press, 1957, p. 1. (Hay versión en español: *¿Qué es la justicia?*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992, p. 7.)

⁸ *Vid.* Roscoe Pound, “What is Justice?” en *Justice According to Law*, New York, Kennikat Press, 1973, p. 1. (Publicación original: New Haven, Yale University Press, 1951.) (Hay versión en español: “¿Qué es la justicia?”, en *Justicia conforme a derecho*, traducción de Martín Esteve, México, Letras, 1965, p. 1.) (Hay otra edición: México, Colofón, 1995, p. 9.)

dar testimonio de la verdad”, el procurador romano de Judea replicó: “¿Qué es la verdad?” Sin detenerse a esperar una respuesta.⁹

Aparentemente, Pilatos fue muy congruente ya sea como dice el jurista austriaco porque la misión del Mesías no era dar testimonio de la verdad sino de la justicia o como sugiere el profesor estadounidense porque de conformidad con las filosofías reinantes de la época ninguna respuesta era del todo cierta. No obstante, a partir de dicho pasaje, podemos percatarnos que ambas preguntas están estrechamente relacionadas entre sí y corren si no con la misma suerte al menos con una muy parecida. De hecho, en algunos contextos, sobre todo en los bíblicos, justicia y verdad pueden aparecer como sinónimos.

Aunque más adelante, por razones metodológicas, tratemos de precisar el significado tanto de justicia como de verdad, por el momento solamente reiteramos la importancia y la necesidad del conocimiento verdadero y de la organización justa para el ser humano. De tal suerte, debemos rechazar o revisar un pensamiento si es falso y reformar o abolir una ley o institución si es injusta. Al respecto, destaca la premisa fundamental de John RAWLS:¹⁰

⁹ Cfr. Francis BACON, “Of Truth”, en *Essays*, London, Everyman, 1994, p. 3: “What is truth? said jesting Pilate and would not stay for an answer.” (Hay versión en español: “De la verdad”, en *Ensayos sobre moral y política*, traducción de Arcadio Roda Rivas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 1.)

¹⁰ John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, § 1, pp. 3-4: “Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought. A theory however elegant and economical must be rejected or revised if it is untrue; likewise laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust. [...] Being first virtues of human activities, truth and justice are uncompromising.” (Hay segunda edición revisada en inglés: 1999, pp. 3-4; y hay versión en español: *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 19-20.) (Las referencias posteriores a esta obra las haremos respecto a la publicación original y entre paréntesis tanto a la edición revisada como a la versión en español.) Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2ª ed. con “Postscript”, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 167: “Justice... is the most public and the most legal of the virtues”. (Hay 1ª ed.: 1961, p. 163; y versión en español: *El concepto del derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas... Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones.

Por su parte, Roberto Mangabeira UNGER --como crítico del liberalismo y del propio RAWLS-- parte del binomio conocimiento-política para presentar las “antinomias del liberalismo” y proponer una “alternativa a la doctrina liberal”.¹¹ Al respecto, asegura: “las premisas liberales [...] se funden dentro de una ambición mayor: la construcción de un mundo social menos ajeno al ser que puede en cualquier momento contravenir las reglas generativas de sus propios *constructos mental* o *social* y poner otras reglas y otros constructos en su lugar.”¹² Y, más adelante, asevera: “Para rehacer la vida social en la imagen de la política liberal es necesario, entre otras cosas, cambiar la *concepción liberal* y la *práctica de la política*.”¹³

Perrot, 1963, p. 208: “La justicia... [e]s la más pública y la más jurídica de las virtudes.” (Hay versión en español del “Postcript”: *Postscriptum a El concepto del derecho*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.)

¹¹ Roberto Mangabeira UNGER, *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press, 1975. (Hay versión en español: *Conocimiento y política*, traducción de Leonardo Rodríguez Ozan, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.) *Cfr.* *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1976.

¹² Roberto Mangabeira UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, p. 41: “the liberal premises [...] merge into a large ambition: the building of a social world less alien to a self that can always violate the generative rules of its own *mental* or *social constructs* and puts other rules and other constructs in their place.” (El énfasis y la traducción son nuestras.) *Cfr.* *Passion. An Essay on Personality*, New York, The Free Press, 1984, p. vii: “[This] book has two major concerns: one *substantive*, the other *methodological*...” (El énfasis es nuestro.)

¹³ Roberto Mangabeira UNGER, *The Critical Legal Studies Movement, cit.*, p. 42: “To remake social life in the image of liberal politics it is necessary, among other things, to change the *liberal conception* and *practice of politics*.” (El énfasis y la traducción son nuestras.) *Cfr.* La trilogía de Roberto Mangabeira UNGER, *Politics, a Work in*

De manera análoga a Luigi FERRAJOLI,¹⁴ quien parte del derecho y la razón para formular su teoría del garantismo, en general, y del garantismo penal, en particular, pretendemos revisar los constructos relativos tanto a la ciencia y la verdad como al derecho y la justicia mediante el análisis de sendos paradigmas, uno cognoscitivo y otro organizativo, para describir cuál es su situación en la actualidad y, posteriormente, prescribir cómo debemos cambiar o reformar el *paradigma* actual para *construir* uno nuevo; tanto del conocimiento verdadero --paradigma cognoscitivo-- como de la organización justa --paradigma organizativo-- a partir de un mejor entendimiento de la relación entre la ciencia y el derecho.¹⁵

Sobre lo anterior cabe formular dos observaciones: 1) la palabra ‘paradigma’ deriva del griego *paradeigma* y designa al prototipo que sirve de ejemplo, de modelo o de norma para los demás; y, 2) el término ‘construir’ no sólo significa hacer una obra material o inmaterial, al ordenar y juntar los elementos necesarios de acuerdo con un plan sino también permite hacer compatibles dos conceptos, en apariencia inconciliables, como son ‘descubrir’ e ‘inventar’, los cuales están estrechamente vinculados uno al mundo natural y el otro al artificial --o cultural-- pero que se funden como si fueran uno solo en la vida humana.

Constructive Social Theory: 1) *Social Theory: Its Situation and Its Task. A Critical Introduction to Politics, a Work in Constructive Social Theory*; 2) *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*; y, 3) *Plasticity into Power: Comparative-Historical Studies on the Institutional Conditions of Economic and Military Success*, New York, Cambridge University Press, 1987; o bien, la edición de dicha trilogía realizada por Zhiyuan Cui: *Politics. The Central Texts*, London, Verso, 1997. Cfr. también *What Should Legal Analysis Become?*, London, Verso, 1996; y, *Democracy Realized. The Progressive Alternative*, London, Verso, 1998.

¹⁴ Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et alli*, Madrid, Trotta, 1995.

¹⁵ Vid. Imer B. FLORES, “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho”, en AA.VV., *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 999-1027.

Aun cuando el ser humano puede ser caracterizado por su naturaleza bio-psico-social y para efectos de esta investigación a partir del binomio conocer-organizar es conveniente distinguir varios aspectos relacionados con éste y con la vida humana, desde la distinción entre la naturaleza humana y la persona humana hasta la noción de dignidad humana, de la cual derivan derechos y deberes humanos.¹⁶

El ser humano como ente es además una combinación de alma (*animam*) --o parte espiritual-- y de cuerpo (*corpus*) --o parte material. La interdependencia entre ambas es manifiesta en la máxima del poeta romano Decimus Iunius IUVENALIS --o castellanizado Décimo Junio JUVENAL-- *mens sana in corpore sano*, i.e. “(una) mente sana en (un) cuerpo sano” y en la sabiduría popular “barriga llena, corazón contento”.¹⁷

De igual forma es un compuesto tanto de materia (*materiam*) y forma (*formam*) como de sustancia (*substantiam*) y accidente (*accidentem*). Así, la naturaleza humana atiende a lo que es sustancial o común a todos los seres humanos mientras la persona humana observa a lo que es accidental o distintivo de cada uno. De hecho, el último de los romanos y el primero de los escolásticos Anicius Manlius Torquatus Severinus BOETHIUS --o castellanizado Anicio Manlio Torcuato Severino BOECIO-- define a la persona humana como *naturae rationalis individua substantia*, i.e. “sustancia individual de naturaleza racional”.¹⁸ Así mismo, como sustancia está

¹⁶ Vid. Jorge ADAME GODDARD, *Naturaleza, persona y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996. Vid. también Imer B. FLORES, “Algunas consideraciones sobre los derechos humanos. Apuntes para la solución de nuevos desafíos y viejos dilemas”, en AA.VV., *Liber ad honorem. Sergio García Ramírez*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 211-234.

¹⁷ Vid. Décimo Junio JUVENAL, *Sátiras*, traducción de S. Villegas, Madrid, Ediciones Clásicas, 2001, X, v. 356: “*mens sana in corpore sano*”.

¹⁸ Vid. Anicio Manlio Severino Torcuato BOECIO, *De Duabus Naturis*, citado por Santo Tomás de AQUINO, *Suma de Teología*, traducción de José Martorell Capó, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1998, 1ª, q. 29, a. 1, y

compuesta de ser (*esse*) que lo constituye como ente, y de esencia (*essentiam*) que lo determina como ser. Finalmente, es acto (*actum*) y potencia (*potentiam*) o, lo que es lo mismo, tanto acción o hecho como capacidad o posibilidad de actuar o hacer.

A diferencia de las otras dos formas de vida --la vegetal y la animal-- la humana comprende los tres grados: vegetativo, sensitivo e intelectual. De hecho, en la vida intelectual como estadio superior a los otros dos, hay sendos tipos de potencias: una de tipo cognoscitivo, el *entendimiento*; y, otra de tipo electivo, la *voluntad*. Cabe destacar que cada una por su cuenta son fundamentales para la caracterización del ser humano a partir del binomio conocer-organizar.

Por una parte, el entendimiento es la capacidad o la facultad del ser humano de conocer el ser de las cosas y de sí mismo, tal como lo consagra el *dictum* de QUILÓN, el Lacedemonio --uno de los siete sabios de Grecia, junto a TALES de Mileto, SOLÓN el Ateniense, PITACO de Mitylene, BIAS de Priene, CLEOBULO de Lindos, y PERIANDRO de Corinto, u ocho si contamos a PLASTÓCRATES de Efeso-- y la máxima favorita de SÓCRATES: *gnosi se auton, i.e.* “conócete a ti mismo”.¹⁹

Por la otra, la voluntad (*voluntatem*) es la capacidad o la facultad de determinarse a hacer o no hacer algo, la cual puede estar naturalmente ordenada (*voluntas ut natura*) o ejercitarse por medio de la razón (*voluntas ut ratio*). Esta última coincide con la libertad (*libertatem*) entendida como un poder inmanente al sujeto, en orden a su realización, y que puede definirse como la capacidad o la facultad de autodeterminarse a sí mismo y transformar al mundo que lo rodea.

Así, Miguel de CERVANTES SAAVEDRA asegura “cada uno es artífice de su propia ventura”; y, William SHAKESPEARE asevera “Deja que cada ser humano sea el creador de su

q. 40, a. 3, pp. 320 y 395.

¹⁹ Aunque esta máxima es comúnmente atribuida a SÓCRATES su origen es presocrático tal como consta en los *Apotegmas de los siete --u ocho-- sabios* de DEMETRIO de Falera. Cfr. Juan David GARCÍA BACCA, *Refranes presocráticos. Refranero, poemas, sentenciaro de los primeros filósofos griegos*, Caracas, Edime, 1962, p. 14.

tiempo”. Lo anterior implica que el ser humano es y debe ser como aconseja Amado NERVO: “el arquitecto de su propio destino”.²⁰ Al respecto, citamos el pensamiento de Luis RECASÉNS SICHES:²¹

Vida humana es la realidad primaria y básica, condicionante de todos los demás seres... Pero la vida no queda caracterizada solamente como un saberse, como un pensarse a sí misma; sino que además hay que añadir fundamentalmente que consiste en *un hacerse* a sí misma. La vida no es un ser ya hecho, ni un objeto con trayectoria predeterminada; la vida no tiene una realidad ya hecha como la piedra, ni tampoco una ruta prefijada como la órbita del astro o el desarrollo del ciclo vegetativo de la planta. Es todo lo contrario; es algo completamente diverso: es un *hacerse a sí misma*, porque la vida no nos es dada hecha; *es tarea*; tenemos que hacérsola en cada instante.

La vida humana al consistir en un hacerse a sí misma, reafirma que cada ser humano no sólo tiene la posibilidad de proponerse fines propios y cumplirlos sino también que cada uno de ellos es su propio fin. En este sentido, el ser humano no sólo está destinado a vivir en sociedad --ya sea por su instinto o por su razón-- sino también tiene el deber de cultivarse, civilizarse, liberarse y hasta moralizarse a sí mismo. De tal suerte, el ser humano por su dignidad --como lo sentencia KANT-- debe ser considerado como un fin en sí mismo y nunca como un medio:²²

La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre

²⁰ El poeta mexicano parece inspirarse tanto en el Manco de Lepanto como en el oriundo de Stratford-on-Avon, *vid.* Miguel de CERVANTES SAAVEDRA, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, Parte Segunda, Capítulo LXVI, Barcelona, Antalbe, 1978, p. 839; y William SHAKESPEARE, *The Tragedy of Macbeth*, Act 3, Scene 1, New York, Washington Square Press, 1992, p. 83: “Let every man be master of his time.” (La traducción es nuestra.)

²¹ Luis RECASÉNS SICHES, *Vida Humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, pp. 58-61. *Cfr.* *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1991, pp. 72-75; e, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1993, pp. 16-18.

²² *Vid.* Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres, cit.*, Segunda Parte, § 38, p. 335.

todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas.

Asimismo, la excelencia del ser humano se manifiesta en la capacidad, posibilidad y hasta necesidad de transformar el mundo que lo rodea, tal como lo consagra el apotegma del *roseau pensant* de Blais PASCAL: “El hombre no es más que una caña, la más débil de la naturaleza, pero es una caña pensante.”²³ No obstante, la dignidad humana implica que el ser humano tiene tanto derechos como deberes. Por un lado, facultades que puede hacer valer por sí mismo ante sus semejantes; y, por el otro, obligaciones que tiene hacia sí mismo y frente a los demás.

Aunque posteriormente abordaremos los derechos y deberes humanos, por el momento cabe recordar que para KANT el primer deber es “hacer el bien y evitar el mal”, *i.e.* hacer aquello que perfecciona y evitar lo que degrada, pero de conformidad con dos máximas: “El primer principio del deber hacia sí mismo se encierra en la sentencia: vive de acuerdo a la naturaleza (*naturae convenienter vive*), es decir, *consérvate* en la perfección de tu naturaleza; el segundo, en la proposición: *hazte más perfecto* de lo que te hizo la mera naturaleza (*perfice te ut finem; perfice te ut medium*).”²⁴

Por su parte, Friedrich NIETZSCHE en su *Also Sprach Zarathustra* al desarrollar la teoría del superhombre repite por doquier “El hombre es algo que debe ser superado” y “Dios ha muerto”²⁵ para llegar a una versión corregida del término medio aristotélico que sitúa al ser humano como un ente ya perfecto entre un animal y un Dios --atrapado en un callejón sin salida--

²³ Blais PASCAL, *Pensamientos*, traducción de X. Zubiri, Madrid, Espasa-Calpe, 1940, § 347 (200 y 264), edición de Brunschvicg (Lafuma y Chevalier, respectivamente), p. 74.

²⁴ Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, *cit.*, Segunda Parte, § 4, p. 278.

²⁵ Friedrich NIETZSCHE, *Así habló Zarathustra. Un libro para todos y para ninguno*, traducción de Eduardo Ovejero y Maury, Buenos Aires, M. Aguilar, 1947, Primera Parte, Discurso preliminar, 3, pp. 23 y 24. (Hay otra versión: *Así hablará Zarathustra*, traducción de F. Morán, México, Editores Mexicanos Unidos, 1987, pp. 17 y 18.)

en lugar de como un ser que ha de perfeccionarse al superar al hombre y en consecuencia convertirse en el superhombre:²⁶

El hombre es una cuerda tendida entre la bestia y el superhombre: una cuerda sobre un abismo.

Un paso peligroso, una parada peligrosa, un retroceso peligroso, un temblar peligroso y un peligroso estar de pie.

Lo más grande del hombre es que es un puente y no un fin en sí; lo que debemos amar en el hombre es que es un tránsito y un descenso.

Cabe clarificar que en nuestra interpretación no hay necesariamente un conflicto entre lo que dicen KANT y NIETZSCHE: éste anota que el ser humano no es un fin en sí para *describir* que no está acabado y que por lo mismo habrá de perfeccionarse y superarse, en tanto aquél apunta que es un fin en sí mismo para *prescribir* que debe cultivarse, civilizarse, liberarse y hasta moralizarse. La contradicción surge entre este modelo, el cual asume que el ser humano puede realizarse a sí mismo y que puede hacerlo como individuo con independencia de la comunidad, y aquél que presume lo opuesto, ya sea que no puede realizarse a sí mismo o que en dado caso no lo podría hacer independientemente de la comunidad.

De lo anterior derivan grandes tensiones no sólo entre el individuo en su individualidad y en su comunidad sino también entre la igualdad y la libertad, o bien entre la libertad individual o civil y la libertad colectiva o política. Por lo pronto, dejaremos estas tensiones entre corchetes, para regresar a ellas más adelante.²⁷ Así, a continuación vamos a analizar el concepto de

²⁶ *Ibid.*, Primera Parte, Discurso Preliminar, 4, p. 26. (*Ibid.*, p. 19: “El hombre es una cuerda tendida entre el animal y el superhombre --una cuerda tendida sobre un abismo. / Un peligroso cruzar, un peligroso mirar atrás, un peligroso estremecerse y detener el paso. / Lo que tiene de grande el hombre es el ser puente y no fin; lo que puede amarse en el hombre es el ser tránsito y hundimiento.”)

²⁷ *Vid. infra*, 3. *Estado: C. Liberalismo igualitario y comunitario.*

‘sociedad’ para resaltar la dicotomía entre la sociedad natural y la artificial, así como para recaracterizar a esta última como una sociedad civil y/o política.

2. *Sociedad*

En este orden de ideas, conviene comenzar por recordar que dentro de la gran variedad de representaciones de la vida humana destacan dos que pueden ser perfectamente complementarias, tal como lo hace ver Miguel REALE:²⁸

No es necesaria mucha meditación para reconocer... que existen dos órdenes de relaciones correspondientes a dos especies de realidades: un orden que denominaremos *realidad natural*, y otro, *realidad cultural*... Constituyen, entonces, dos mundos complementarios: el uno *natural* y el otro cultural, uno *dado* y otro *construido*, uno *crudo* y otro *cocido*.

De igual forma, RECASÉNS SICHES afirma “Hay en el mundo una serie de objetos que no son cosas ni hechos producidos por la Naturaleza, sino que son creados... Tales objetos, en tanto que ya hechos, ya realizados, son *vida humana objetivada*.”²⁹ Así mismo, ante la dicotomía natural-cultural, distingue una naturaleza primaria y otra secundaria. La primera es identificada con la naturaleza, en su acepción más común, al mismo tiempo que la segunda es adquirida por la cultura y se convierte en habitual. Aquélla no se puede alterar entre tanto ésta se puede cambiar o modificar, porque como hábitos anidan en las costumbres, las cuales son eminentemente contingentes e históricas.³⁰

²⁸ Cfr. Miguel REALE, “Natureza e Cultura”, en *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 23-32: “Não é necessaria muita meditação para reconhecer... que existem duas ordens de relações correspondentes a duas espécies de realidade: uma ordem que denominamos *realidade natural*, e uma outra, *realidade cultural*... Constituem-se, então, dois mundos complementares: o do *natural* e o do *cultural*; do *dado* e do *construido*; do *cru* e do *cozido*”. (El énfasis es original y la traducción nuestra.)

²⁹ Luis RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 25.

³⁰ Cfr. *ibid*, pp. 294-295.

Por su parte, Hermann HELLER formula el siguiente canon: “No existe, por un lado, realidad social alguna desligada de la naturaleza... Pero, por otra parte, tampoco existe --cosa que, con frecuencia, se olvida-- una naturaleza completamente virgen de todo contacto con la efectividad social y no sometida a las transformaciones histórico-sociales” para llegar a dos conclusiones: 1) “la realidad social es una unidad dialéctica de naturaleza y cultura”; y, 2) “la cultura debe concebirse como una directa continuación de la naturaleza”.³¹

Por consiguiente, el binomio naturaleza-cultura es indispensable para explicar por qué la vida humana aunque tiene una naturaleza primaria o permanente, también al no estar completamente terminada tiene una naturaleza secundaria o cambiante. Conviene recordar que tanto la naturaleza como la cultura y sus productos --incluidos tanto la sociedad como el Estado-- fueron caracterizados como expresión de un orden natural subyacente y como tal inmutable. Sin embargo, un argumento central de esta tesis doctoral --que tomamos prestado de UNGER-- es que la “sociedad es *hecha e imaginada*, es un artefacto humano en lugar de una expresión de un orden natural subyacente”³² y en consecuencia uno de sus objetivos es “desarrollar la idea de que la sociedad es hecha e imaginada y que por lo tanto puede ser *rehecha y reimaginada*.”³³

Es preciso aclarar la relación entre la naturaleza y la sociedad para evitar malentendidos. Ambos conceptos --según KELSEN-- son el resultado de dos métodos diferentes de pensamiento y como tal son dos objetos distintos, aunque estrechamente vinculados: “cuando están conectados

³¹ Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, traducción de Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, pp. 89-91.

³² Roberto Mangabeira UNGER, *Social Theory...*, *cit.*, p. 1: “society is *made and imagined*, that it is a human artifact rather than the expression of an underlying natural order”. (El énfasis y la traducción son nuestras.)

³³ *Ibid.*, p. 8: “develop the idea that society is made and imagined and that it can be therefore *remade and reimagined*.” (El énfasis y la traducción son nuestras.)

entre sí de acuerdo con el principio de causalidad, constituyen la naturaleza; enlazados uno con otro de conformidad a otro principio, denominado, normativo, ellas constituyen la sociedad.”³⁴

De hecho, esta distinción es paralela a la doble caracterización de KANT del ser humano como fenómeno (*phaenomenon*) y nómeno (*noumenon*). Así, como simple manifestación de la naturaleza, forma parte de la experiencia sensible, mientras como agente moral de la sociedad, trasciende a toda experiencia posible. De esta forma, el ser humano pertenece al mismo tiempo al mundo causal-descriptivo del “ser” y al normativo-prescriptivo del “deber ser”.

Ahora bien, mientras la palabra naturaleza (*naturam*) hace hincapié en la realidad física, otorgada independiente del ser humano, el vocablo cultura (*culturam*) hace referencia a la realidad que va más allá de lo natural, pues incluye también aquello adquirido por el ser humano de manera artificial. De igual forma, ambos son compatibles con la sociedad (*societatem*) como agrupación o asociación permanente de seres de la misma especie interrelacionados entre sí para la consecución de determinados fines y bajo leyes comunes, ya sean naturales o artificiales. De tal suerte, es plausible hablar tanto de una sociedad natural como de una artificial. Baste pensar, por un lado, en cualquier sociedad animal; y, por otro lado, en una sociedad comercial o mercantil, *v.gr.* la anónima, pero sobre todo en el Estado, el cual puede ser visto como una sociedad civil y/o política.

Los seres animales tienden a agruparse exclusivamente en torno a leyes naturales, como es el caso de una sociedad de abejas o de hormigas. Por el contrario, en el caso de los seres humanos, si bien la asociación puede hasta cierto punto obedecer a la naturaleza, también es

³⁴ Hans KELSEN, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, London, K. Paul Trench, 1946, p. vii: “[society and nature] connected with each other according to the principle of causality, constitute nature; connected with each other according to another, namely, a normative, principle, they constitute society.” (La traducción es nuestra.) (Hay versión en español: *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, traducción de Jaime Perriau, Buenos Aires, Depalma, 1945.)

cierto que puede observar a otro tipo de circunstancias artificiales como lo ha sugerido HOBBS: “Para aquellos quienes más escrupulosamente buscan dentro de las causas por las cuales los hombres se reúnen... deben fácilmente descubrir que esto sucede no porque naturalmente no pueda ocurrir de otro modo, sino por *accidente*.”³⁵

De esta forma, a diferencia de la alegoría de los puercos espines de Arthur SCHOPENHAUER,³⁶ los cuales guiados solamente por sus instintos, se acercan y acurrucan los unos a los otros, para protegerse del frío, hasta que por sus espinas se lastiman entre sí, para alejarse primero y arrimarse después hasta que terminan por encontrar una distancia conveniente, los seres humanos aunque nacen en sociedad y conservan gran parte de su naturaleza animal, *i.e.* instintiva, no están completamente determinados por ésta al grado que por medio de la razón pueden transformar a aquélla. Por consiguiente, una sociedad humana puede ser vista unas veces como una *sociedad natural* y otras como una *sociedad artificial*, pero ello depende de la voluntad que la ordena. Así, hay aspectos dentro de una sociedad que pueden estar ordenados de manera natural (*voluntas ut natura*) pero también de modo artificial por medio de la razón (*voluntas ut ratio*).

³⁵ Thomas HOBBS, “The Citizen: Philosophical Rudiments Concerning Government and Society”, en *De Homine & De Cive*, Indianapolis, Hackett, 1993, Chapter I, § 2, p. 111: “For they who shall more narrowly look into the causes for which men come together... shall easily find that this happens not because naturally it could happen no otherwise, but by *accident*.” (El énfasis y la traducción son nuestras.)

³⁶ *Vid.*, Arthur SCHOPENHAUER, *Parerga und Paralipomena*, § 396, citado por Roberto Mangabeira UNGER, *Knowledge and Politics*, *cit.*, p. 156. (p. 159): “Un helado día de invierno, los miembros de la sociedad de puerco espines se apretujaron para prestarse calor y no morir de frío. Pero pronto sintieron las púas de los otros, y debieron tomar distancias. Cuando la necesidad de calentarse los hizo volver a arrimarse, se repitió aquel segundo mal, y así se vieron llevados y traídos entre ambas desgracias, hasta que encontraron un distanciamiento moderado que les permitía pasarlo lo mejor posible.”

La diferenciación anterior es importante no sólo para distinguir entre la sociedad natural y la sociedad artificial sino también para separar el origen y el fundamento de la sociedad --como sociedad natural-- y del Estado --como sociedad artificial-- al interior de la cual es posible discernir una sociedad tanto civil como política. Así, mientras la sociedad natural está ordenada a partir del instinto, la sociedad artificial lo está pero por medio de la razón. Ahora bien, esta última puede organizarse al menos de dos formas, ya sea a partir de la coacción o desde arriba hacia abajo --*top-down*-- como sociedad política e independientemente de ésta o desde abajo hacia arriba --*bottom-up*-- como sociedad civil. De esta forma, cuando la organización del Estado parte como *sociedad política* de la coacción lo hace desde la perspectiva del gobierno o de los gobernantes, *i.e.* de quienes participan activamente del poder político, en general, y de quienes ejercen el monopolio de la fuerza pública, en particular; y, como *sociedad civil* con independencia de la coacción lo hace desde el punto de vista de la sociedad o de los gobernados, *i.e.* de quienes gozan de su independencia privada.³⁷

3. Estado

Cabe recordar que para ARISTÓTELES la comunidad o sociedad en todos sus niveles es un hecho natural, desde la familia --comunidad o sociedad original-- hasta la *polis* --comunidad o sociedad política-- tienen su origen y fundamento en la naturaleza. Si bien es cierto que la sociedad puede responder tanto al *appetitus societatis* de Huigh Van GROOT, mejor conocido como GROTIUS --o castellanizado como GROCIO-- como al *conatus sese conservandi* de Baruch SPINOZA, el Estado y la vida estadual o estatal no es un mero apetito social o instinto de conservación sino algo más, un acto artificial, como lo hace ver HOBBS.³⁸

³⁷ En este orden de ideas, en el ámbito privado --de la “sociedad civil”-- se puede hablar de ‘(in)tolerancia’ de uno(s) a otro(s) mientras que en el público --de la “sociedad política”-- de ‘(in)aplicación’ por parte de los gobernantes o bien de ‘(des)obediencia’ y hasta de ‘resistencia’ por parte de los gobernados.

³⁸ Thomas HOBBS, *Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civill*,

Pero el hombre, para alcanzar la paz, y la conservación de ellos mismos consecuentemente, han hecho un Hombre Artificial, al cual nosotros llamamos una República; así también ellos han hecho Cadenas Artificiales, llamadas Leyes Civiles, las cuales ellos por sí mismos, por mutuo acuerdo, han amarrado a un extremo, los labios de ese Hombre, o Asamblea, a quien ellos han dado el Poder Soberano; y en la otra punta sus propias Orejas.

De esta forma, el origen y fundamento del Estado, no es simple hecho natural sino un complejo acto artificial, tal como lo preconiza el contractualismo y el neocontractualismo.³⁹ El Estado es mucho más que una sociedad, ya sea como agrupación natural o de plano como asociación artificial, pues representa --como veremos más adelante-- la institucionalización del

Cambridge, Cambridge University Press, 1991, Second Part, Chapter XXI “Of the Liberty of Subjects”, §§ 108-109, p. 147: “But as men, for atteyning of peace, and conservation of themselves thereby, have made an Artificiall Man, which we call a Common-wealth; so also have they made Artificiall Chains, called *Civill Lawes*, which they themselves, by mutually covenants, have fastned at one end, to the lips of that Man, or Assembly, to whom they have given the Sovereigne Power; and at the other end their own Ears.” (La traducción es nuestra.) (Hay versión en español: *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 173.)

³⁹ El contractualismo es una de las principales contribuciones de la escuela del derecho natural. La cual tiene entre sus principales exponentes a HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU y KANT, quienes a pesar de sus grandes diferencias comparten notables semejanzas al construir una teoría sobre el origen y fundamento del Estado. Aunque ROUSSEAU ha pasado a la historia como el padre de la teoría del “contrato social”, la verdadera filiación se remonta a la antigüedad, en donde fue adoptada por los epicúreos y desarrollada por los sofistas. Así, la paternidad la disputan GLAUCO y LICOFRÓN de Calcis según PLATÓN y ARISTÓTELES, respectivamente. De igual forma, en la actualidad, el “contractualismo” --o la “teoría contractualista” clásica -- ha resurgido caracterizada como “neocontractualismo” --o “teoría contractualista” contemporánea-- y tiene varios adeptos, entre los cuales destacan: James M. BUCHANAN, Robert NOZICK, y John RAWLS, quienes a partir de las posturas de HOBBS, LOCKE, y KANT, han tratado de llevar la teoría hasta sus últimas consecuencias. *Vid.* James M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975. (Hay versión en español: *Los límites de la libertad: entre la anarquía y el leviatán*, traducción de Carlos Millet, México, Premia, 1981.) Robert NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974. (Hay versión en español: *Anarquía, Estado y utopía*, traducción de Rolando Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.) John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*

poder, en general, y del poder político, en especial. Sin duda, cualquier presentación de las semejanzas y diferencias entre ambas teorías la contractualista --o contractualismo-- y la neocontractualista --o neocontractualismo-- rebasa los objetivos de la presente investigación, sobre todo cuando para efectos de la misma pueden ser consideradas como idénticas y no como diferentes. Por lo cual, presentamos un somero análisis de sus tesis principales, para identificar algunas implicaciones para este trabajo.⁴⁰

A. Contractualismo

Antes que nada debemos mencionar que para el contractualismo hay tres conceptos fundamentales: a) el “estado de naturaleza” --o “sociedad natural”-- como punto de partida; b) el “estado civil” --o “sociedad artificial”-- como punto de llegada; y c) el “contrato o pacto (social)” como la vía para pasar del uno al otro.

En primer lugar, con relación al “estado de naturaleza” o “sociedad natural” no importa demasiado si es un hecho histórico como sostiene ROUSSEAU o meramente hipotético como sugieren HOBBS y LOCKE; ni si se trata de un “estado de guerra”, el *bellum omnium contra omnes*, formulado por HOBBS, o de paz, aunque el peligro de guerra sea latente, según LOCKE; ni mucho menos si el ser humano es bueno o malo por naturaleza, el *homo homine lupus* de

⁴⁰ Vid. Norberto BOBBIO, “El modelo iusnaturalista”, en Norberto BOBBIO & Michelangelo BOVERO, *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986; Norberto BOBBIO, “El modelo iusnaturalista” y Michelangelo BOVERO, “Política y artificio. Sobre la lógica del modelo iusnaturalista”, en Norberto BOBBIO & Michelangelo BOVERO, *Origen y fundamento del poder político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Grijalbo, 1985; José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, *Hobbes y Rousseau. Entre la autocracia y la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988; José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, *Locke y Kant*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992; e, Imer B. FLORES, *El liberalismo y la reforma del Estado. La evolución del derecho*, Tesis de licenciatura, México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 37-70.

HOBBS o el *bon sauvage* de ROUSSEAU, pues es evidente que en uno y otro caso se trata de un *estado negativo e imperfecto*, tal como lo sentencia KANT:⁴¹

[E]s menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública; por tanto, entrar en un estado en el que a cada uno se le determine legalmente y se le atribuya desde un poder suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo, es decir, que debe entrar ante todo en un estado civil.

En segundo término, respecto al “contrato o pacto (social)”, cabe reiterar su complejidad, la cual es manifiesta en sus diferentes caracterizaciones y las diversas concepciones. De esta manera, no importa si se utiliza el sustantivo ‘contrato’ (*contractus*) o el sinónimo ‘pacto’ (*pactum*), tampoco si va seguido del adjetivo ‘social’, ‘político’ e incluso ‘constitucional’, o bien si se utiliza el calificativo ‘unión’ (*unionis*) en HOBBS u ‘originario’ (*originarius*) en KANT.

Si bien aparentemente no hace mucha diferencia si se trata de un solo contrato, como en el caso de LOCKE, ROUSSEAU y KANT, o de dos pactos, como propone HOBBS, uno de asociación (*societatis*) y otro de sujeción (*subiectionis*), ello obedece al ideal de organización de cada uno: la monarquía absoluta para HOBBS, donde se requiere además de la asociación la sujeción a la voluntad del soberano, y la república, ya sea liberal para LOCKE, democrática para ROUSSEAU o constitucional para KANT, donde basta con un solo pacto.

De igual forma, la renuncia o transferencia de derechos ya sea “parcial”, como en el caso de HOBBS y LOCKE, o “total” como en el caso de ROUSSEAU y KANT, responde a la construcción de cada uno. Así, HOBBS transfiere todos sus derechos con excepción de uno solo: el “derecho a la vida”; y LOCKE renuncia únicamente al “derecho a hacerse justicia por su propia

⁴¹ Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, cit., Primera Parte, § 44, p. 141. (Hay otra versión de la primera parte: *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, traducción de Arnaldo Córdoba, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 140-141.)

mano”; en cambio, ROUSSEAU y KANT renuncian momentáneamente a todos sus derechos “imperfectos” para recobrarlos posteriormente pero ya como “derechos perfectos”.

Cabe aclarar que para LOCKE es necesario renunciar al “derecho a hacerse justicia por su propia mano” y para ello es imperativo repudiar dos poderes (naturales): “El primero de ellos es el de hacer lo que bien le parece para su propia salvaguardia y la de los demás, dentro de la ley natural... El otro poder... es el de castigar los delitos cometidos contra la ley.”⁴² No obstante, ello no quiere decir que no haya recobrado algo en su lugar: el “derecho (al acceso) a la justicia institucionalizada” o lo que lo mismo el “derecho a la administración, impartición o procuración de justicia”, lo cual constituye el fin mismo de la asociación con otros; o bien, que en dadas circunstancias cuando el contrato ha sido violado o violentado no lo pueda recuperar para desobedecer o resistir a la tiranía. Por lo pronto, basta con reproducir dos pasajes:

El primero del filósofo de Wrington:⁴³

⁴² John LOCKE, “The Second Treatise of Government: An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government”, en *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, Chapter IX “Of the Ends of Political Society and Government”, § 128, p. 352: “The first is to do whatsoever he thinks fit for the preservation of himself and others within the permission of the *Law of Nature*... The other power... is the *power to punish the Crimes* committed against the Law.” (El énfasis es original.) (Hay versión en español del segundo tratado: *Ensayo sobre el gobierno civil*, traducción de Amando Lázaro Ros, Buenos Aires, Aguilar, 1955, p. 148.) (Hay otras versiones: traducción de José Carner, México, Fondo de Cultura Económica, 1941; y *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, traducción de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 1990.) (Hay versión en español del primer tratado: “Sobre el gobierno” en Robert FILMER & John LOCKE, *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, traducción de Carmela Gutiérrez Gamba, Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1966.) (Título original: “The First Treatise on Government: The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, are Detected and Overthrown”).

⁴³ John LOCKE, “The Second Treatise of Government...”, *cit.*, Chapter VII “Of Political or Civil Society”, § 87, p. 324: “But because no *Political Society* can be, nor subsist without having in it self the Power to preserve the Property, and in order thereunto punish the Offenses of all those of that Society; there, and there only is *Political*

Ahora bien, no pudiendo existir ni subsistir una sociedad política sin poseer en sí misma el poder necesario para la defensa de la propiedad, y para castigar los atropellos cometidos contra la misma por cualquier de los miembros de dicha sociedad, resulta que sólo existe sociedad política allí, y allí exclusivamente, donde cada uno de los miembros ha hecho renuncia de ese poder natural [*i.e.* a hacerse justicia por su propia mano], entregándolo en manos de la comunidad para todos aquellos casos que no le impiden acudir a esa sociedad en demanda de protección para la defensa de la ley que ella estableció.

Y, el segundo del pensador de Königsberg:⁴⁴

El acto por el que el pueblo mismo se constituye como Estado --aunque, propiamente hablando, sólo la idea de éste, que es la única por la que puede pensarse su legalidad-- es el *contrato originario*, según el cual todos (*omnes et singuli*) en el *pueblo* renuncian a su libertad exterior, para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado (*universi*); y no puede decirse que el Estado, el hombre en el Estado, haya sacrificado a un fin una *parte* de su libertad exterior innata, sino que ha abandonado por completo la libertad salvaje y sin ley, para encontrar de nuevo su libertad en general, íntegra, en la dependencia legal, es decir, en un estado jurídico...

De tal forma, el contractualismo pone de manifiesto la necesidad de gobernarse y realizarse a sí mismo mediante la creación de “una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado y por lo cual cada uno, uniéndose a todos no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.”⁴⁵ De esta forma, la idea

Society, where every one of the Members hath quitted this natural Power, resign'd it up into the hands of the Community in all cases that exclude him not from appealing for Protection to the Law established by it.” (El énfasis es original.) (pp. 108-109.)

⁴⁴ Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, cit., Primera Parte, § 47, pp. 145-146.

⁴⁵ Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho político*, traducción de Everardo Velarde, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, Libro Primero, Capítulo VI, p. 20. (Hay otra versión: traducción María José Villaverde, Barcelona, Altaya, 1993.)

del contrato o pacto es el fundamento del Estado como algo artificial creado por el ser humano pues “brota de su propia voluntad legisladora”.⁴⁶

Ante el dilema de considerar al “contrato o pacto (social)” como un hecho histórico o no. KANT sugiere que no es necesario considerarlo como un hecho histórico sino como una “mera idea” de la razón: “Tratar de investigar el *origen histórico* de este mecanismo es *inútil*, es decir, es imposible llegar al momento en que comenzó la sociedad civil (porque los salvajes no establecen ningún dispositivo para someterse a la ley)”.⁴⁷ Simplemente, se trata como sostiene Hans VAHINGER⁴⁸ de un *als ob* en alemán o de un *as if* en inglés, *i.e.* “como si”; es decir, una ficción cuya utilidad ya sea teórica y/o práctica es indudable, pues sirve como principio racional de justificación y legitimación no sólo del Estado sino también del derecho y de muchísimas instituciones jurídicas.⁴⁹

⁴⁶ Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, *cit.*, Primera Parte, § 47, p. 146.

⁴⁷ *Ibid.*, § 52, p. 177.

⁴⁸ Sobre la importancia de la *Die Philosophie des Als Ob*, en general, y para KANT, en particular, *vid.* Hans VAHINGER, *The Philosophy of 'As If'. A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, traducción de C.K. Ogden, London, Routledge & Kegan Paul LTD, 1968.

⁴⁹ Aunque una ficción puede ser considerada como un tipo de hipótesis, es preciso diferenciar a partir del binomio pensamiento-realidad la una de la otra. Así, mientras la última es probable y como tal exige una comprobación o verificación sobre su verdad; la primera no puede ser probada, es decir no es ni verdadera ni falsa, sino conveniente y como tal exige una justificación sobre su utilidad y hasta su justicia. *Ibid.*, pp. 85-90.

Así mismo, es preciso señalar la relación entre éstas --ficción e hipótesis-- y un dogma. Por un lado, un “dogma” implica tanto la incorrecta aceptación de una hipótesis como verdadera sin su correspondiente comprobación o verificación como la indebida consideración de una ficción como útil o justa sin su debida justificación o legitimación. En ambos casos el error del dogmatismo es manifiesto: la confusión entre pensamiento y realidad. Por otro lado, la estrecha relación entre las tres ideas --ficción, hipótesis y dogma-- es manifiesta en la posibilidad de transitar de una a la otra. *Ibid.*, pp. 124-134.

Por último, en el caso del Estado civil se debe aludir a algunas de las principales variantes. Sin duda, el poder soberano es absoluto, al ser ejercido *super omnia*, *i.e.* sobre todos, pues no reconoce ninguna fuerza superior a sí mismo; pero ello no quiere decir que el poder del soberano sea ilimitado como lo señala HOBBS a partir de la doctrina del *legibus solutus*, *i.e.* “libre de la ley”.⁵⁰

El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, librarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes. En efecto, es libre aquel que puede ser libre cuando quiera. Por otro lado, tampoco es posible para nadie estar obligado a sí mismo; porque quien puede ligar, puede liberar, y por tanto, quien está ligado a sí mismo solamente, no está ligado.

En cambio, LOCKE sostiene: “incluso allí donde es necesario un poder absoluto, no necesita ser éste precisamente arbitrario, sino que sigue estando limitado por la razón y confinado a las finalidades que en ciertos casos exige esa condición de absoluto en el poder”.⁵¹ En este sentido, hasta la autoridad suprema o el poder soberano, *i.e.* el poder legislativo depositado en

⁵⁰ Thomas HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, Second Part, Chapter 26 “Of Civill Lawes”, §§ 137-138, p. 184: “The Sovereign of a Common-wealth, be it an Assembly, or one Man, is not Subject to the Civill Lawes. For having power to make, and repeale lawes, he may when he pleaseth, free himselfe from that subjection, by repealing those Lawes that trouble him, and making of new; and consequently he was free before. For he is free, that can be free when he will: Nor is it possible for any person to be bound to himselfe; because he that can bind, can release; and therefore he that is bound to himselfe onely, is not bound.”

⁵¹ John LOCKE, “The Second Treatise of Government...”, *cit.*, Chapter XI “Of the Extent of the Legislative Power”, § 139, p. 361: “even *absolute Power*, where it is necessary, is *not Arbitrary* by being absolute, but is still limited by that reason, and confined by those ends, which required it in some Cases to be absolute” (El énfasis es original.) (p. 162).

una o en varias manos, tiene límites.⁵² Al respecto, el filósofo de Wrington ofrece tres argumentos.

En primera instancia, con un argumento que tiene un cierto paralelismo con la *Primera ley de la termodinámica*, a saber: “la energía no se crea ni se destruye, sólo se transforma”, afirma:⁵³

[N]o es ni puede ser un poder absolutamente arbitrario sobre las vidas y los bienes de las personas. No siendo sino el poder conjunto de todos los miembros de la sociedad, que se ha otorgado a la persona o a la asamblea que legisla, no puede ser superior al que tenían esas mismas personas cuando vivían en estado de Naturaleza, antes de entrar en sociedad, poder que renunciaron en favor de la comunidad política. Nadie puede transferir a otro un poder superior al que él mismo posee, y nadie posee poder arbitrario absoluto sobre sí mismo, ni sobre otra persona; nadie tiene poder para destruir su propia vida ni para arrebatar a otra persona la vida o las propiedades.

Y llega a la siguiente conclusión:⁵⁴

⁵² Vid. Imer B. FLORES, “The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism”, en Luc J. WINTGENS (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 26-52; y “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 247-266. (Hay versiones anteriores, con el mismo título, en: José Juan MORESO (ed.) *Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005. Volume I: Legal Theory / Teoría del derecho. Legal Positivism and Conceptual Analysis / Positivismo jurídico y análisis conceptual*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007, pp. 194-202; y como: “Lon L. Fuller’s Implicit Laws of Lawmaking: The Forms and Limits of Legislation”, *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, Año V, No. 5, 2006, pp. 83-103.)

⁵³ John LOCKE, “The Second Treatise of Government...”, *cit.*, Chapter XI “Of the Extent of the Legislative Power”, § 135, p. 357: “It is *not*, nor can possibly be absolutely *Arbitrary* over the Lives and Fortunes of the People. For it being but the joynt power of every Member of the Society given up to that Person, or Assembly, which is Legislator, it can be no more than those persons had in a State of Nature before they enter’d into Society, and gave up to the Community. For no Body can transfer to another more power than he has in himself; and no Body has an absolute Arbitrary Power over himself, or over any other, to destroy his own Life, or take away the Life or Property of another.” (El énfasis es original.) (p. 155.)

No puede, pues, el legislador sobrepasar ese poder que le entregan. El poder del legislador llega únicamente hasta donde llega el bien público de la sociedad. Es un poder que no está enderezado a otra finalidad que a la de la salvaguardia, y no puede por esta razón poseer el derecho de matar, esclavizar o empobrecer deliberadamente a sus súbditos... De ese modo, la ley natural subsiste como norma eterna de todos los hombres, sin exceptuar a los legisladores.

En segundo lugar, a partir de sendos postulados que retomaremos en el próximo capítulo asegura, de un lado:⁵⁵

[L]a autoridad suprema o poder legislativo no puede atribuirse la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios; está, por el contrario, obligada a dispensar la justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos.

Del otro:⁵⁶

[E]l poder absoluto arbitrario o el gobernar sin leyes fijas establecidas, no pueden ser compatibles con las finalidades de la sociedad y del gobierno. Los hombres no renunciarían a la libertad del estado de Naturaleza para entrar en sociedad, ni se obligarían a un gobierno, no siendo para salvaguardar sus vidas, libertades y bienes, y para asegurarse la paz y la tranquilidad mediante normas establecidas de derecho y propiedad.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 357-358: “[S]o that the Legislative can have no more than this. Their Power in the utmost Bounds of it, is *limited to the publick good* of the Society. It is a Power, that hath no other end but preservation, and therefore can never have a right to destroy, enslave, or designedly to impoverish the Subjects... Thus the Law of Nature stand as an Eternal Rule to all Men, *Legislators* as well as others.” (El énfasis es original.) (pp. 155-156)

⁵⁵ *Ibid.*, §136, p. 358: “The *Legislative*, or Supream Authority, cannot assume to its self a power to Rule by extemporary Arbitrary Decrees, but *is bound to dispense Justice*, and decide the Rights of the Subject *by promulgated standing Laws, and known Authoris’d Judges*.” (El énfasis es original.) (p. 157.)

⁵⁶ *Ibid.*, § 137, p. 359: “Absolute Arbitrary Power, or Governing without *settled standing Laws*, can neither of them consist with the ends of Society and Government, which Men would not quit the freedom of the State of Nature for, and tie themselves up under, were it not to preserve their Lives, Liberties and Fortunes; and by *stated Rules* of Right and Property to secure their Peace and Quiet.” (El énfasis es original.) (p. 158.)

Y, en tercer término, con un razonamiento paralelo a los dos postulados anteriores asevera:⁵⁷

[E]l poder supremo no puede arrebatar ninguna parte de sus propiedades a un hombre sin el consentimiento de éste. Siendo la salvaguardia de la propiedad la finalidad del gobierno, y siendo ése el móvil que llevó a los hombres a entrar en sociedad, se presupone y se requiere para ello que esos hombres pueden poseer; de otro modo, habría que suponer que los hombres, al entrar en la sociedad, perdían aquello mismo que constituía la finalidad de tal asociación, lo cual es un absurdo demasiado grande para que nadie lo acepte.

En otro orden de ideas, HOBBS y ROUSSEAU son partidarios de la indivisibilidad del poder soberano: para ellos, el poder es uno o no lo es; pero esto no quiere decir que su ejercicio no admita la posibilidad de ser dividido como sugiere LOCKE en tres poderes, a la sazón: legislativo, ejecutivo y federativo. Cabe advertir que el filósofo de Wrington no concibe al judicial como otro poder sino más bien a la administración, impartición y procuración de justicia como la razón misma para pasar del “estado de naturaleza” al “estado civil” y como tal la función judicial queda supeditada al poder soberano.⁵⁸

⁵⁷ *Ibid.*, § 138, p. 360: “The *Supream Power cannot take* from any Man any part of his *Property* without his own consent. For the preservation of Property being the end of Government, and that for which Men enter into Society, it necessarily supposes and requires, that the People should *have Property*, without which they must be suppos’d to lose that by entering into Society, which was the end for which they entered into it, too gross an absurdity for any Man to own.” (El énfasis es original.) (p. 160.)

⁵⁸ *Ibid.*, Chapter VII “Of Political or Civil Society”, § 89, p. 325: “Where-ever therefore any number of Men are so united into one Society, as to quit every one his Executive Power of the Law of Nature, and to resign it to the publick, there and there only is a *Political, or Civil Society*. And this is done, where-ever any number of Men, in the state of Nature, enter into Society to make one People, one Body Politick under one Supreme Government, or else when any one joyns himself to, and incorporates with any Government already made. For hereby he authorizes the Society, or which is all one, the Legislative thereof to make Laws for him as the publick good of the Society shall require; to the Execution whereof, his own assistance (as to his own Decrees) is due. And this *puts Men* out of a State of Nature *into* that of a *Commonwealth*, by setting up a Judge on Earth, with Authority to determine all the

En su consecuencia, siempre que cierto número de hombres se une en sociedad renunciando cada uno de ellos al poder de ejecutar la ley natural, cediéndolo a la comunidad, entonces y sólo entonces se constituye una sociedad política o civil. Ese hecho se produce siempre que cierto número de hombres que vivían en el estado de Naturaleza se asocian para formar un pueblo, un cuerpo político, sometido a un gobierno supremo, o cuando alguien se adhiere y se incorpora a cualquier gobierno ya constituido. Por ese hecho autoriza a la sociedad o, lo que es lo mismo, a su poder legislativo, para hacer las leyes en su nombre según convenga al bien público de la sociedad, y para ejecutarlas siempre que se requiera su propia asistencia (como si se tratase de decisiones propias suyas). Eso es lo que saca a los hombres de un estado de Naturaleza y los coloca dentro de una sociedad civil, es decir, el hecho de establecer en este mundo un juez con autoridad para decidir todas las disputas y reparar todos los daños que pueda sufrir un miembro cualquiera de la misma. Ese juez es el poder legislativo, o lo son los magistrados que el mismo señale. Siempre que encontremos a cierto número de hombres, asociados entre sí, pero sin disponer de ese poder decisivo a quien apelar, podemos decir que siguen viviendo en el estado de Naturaleza.

De hecho, para limitar el poder es menester mantenerlo dividido. Al respecto, recuerda no sólo algunas razones por las cuales el poder legislativo está separado del ejecutivo sino también por las que suele ponerse en las manos de varias personas:⁵⁹

Controversies, and redress the Injuries, that may happen to any Member of the Commonwealth; which Judge is the Legislative, or Magistrates appointed by it. And where-ever there are any number of Men, however associated, that have no such decisive power to appeal to, there they are still *in the state of Nature*.” (El énfasis es original.) (pp. 110-111.)

⁵⁹ John LOCKE, “The Second Treatise of Government...”, *cit.*, Chapter XII “Of the Legislative, Executive, and Federative Power of the Commonwealth”, § 143, p. 364: “[T]herefore there is no need, that the *Legislative* should be always in being, not having always business to do. And because it may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at Power, for the same Persons, who have the Power of making Laws, to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from Obedience to the Laws they make, and suit the Law, both in its making, and execution, to their own private advantage, and thereby come to have a distinct interest from the rest of the Community, contrary to the end of Society and Government: Therefore in well order’d Commonwealths, where the good of the whole is so considered, as it ought, the *Legislative* power is put into the hands of divers Persons, who

No es necesario que el órgano legislativo permanezca siempre en ejercicio; las leyes están destinadas a ser cumplidas de manera ininterrumpida, y tienen vigencia constante; para hacerlas sólo se requiere escaso tiempo. Además, tampoco es conveniente, pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas. Ello daría lugar a que eludiesen la obediencia a esas mismas leyes hechas por ellos, o que las redactasen y aplicasen de acuerdo con sus intereses particulares, llegando por ello a que esos intereses fuesen distintos de los del resto de la comunidad, cosa contraria a la finalidad de la sociedad y del gobierno. Por esa razón, en las comunidades políticas bien ordenadas y en que se tiene en cuenta como es debido el bien de la totalidad de quienes la forman, el poder legislativo suele ponerse en manos de varias personas; éstas, debidamente reunidas, tienen por sí mismas, o conjuntamente con otras, el poder de hacer leyes, y una vez promulgadas éstas, se separan los legisladores estando ellos mismos sujetos a ellas. Esto representa para dichos legisladores un motivo suplementario poderoso para que tengan cuidado de conformarlas al bien público.

Finalmente, con relación al deber de obediencia y al derecho de desobediencia o resistencia, cabe señalar que si bien la obediencia a la ley *prima facie* es absoluta e incondicional como lo advierten HOBBS y KANT; existe la posibilidad de desobedecer al soberano, ya sea cuando se ha convertido en un tirano que abusa del poder o cuando se trata de un usurpador como lo sugieren LOCKE y ROUSSEAU.

Así, el inglés anota:⁶⁰

duly Assembled, have by themselves, or jointly with others, a Power to make Laws, which when they have done, being separated again, they are themselves subject to the Laws, they have made; which is a new and near tie upon them, to take care, that they make them for the publick good.” (El énfasis es original.) (pp. 165-166.)

⁶⁰ John LOCKE, “The Second Treatise of Government...”, *cit.*, Chapter XVIII “Of Tyranny”, § 199: “As Usurpation is the exercise of Power, which another hath a Right to; so *Tyranny is the exercise of Power beyond Right*, which no Body can have a Right to. And this is making use of the Power any one has in his hands; not for the good of those, who are under it, but for his own private separate Advantage. When the Governour, however intituled, makes not the Law, but his Will, the Rule; and his Commands and Actions are not directed to the preservation of the Properties of his People, but the satisfaction of his own Ambition, Revenge, Covetousness, or any other irregular Passion.” (El

De la misma manera que usurpación es el ejercicio del poder al que otro tiene derecho, tiranía es el ejercicio del poder fuera de derecho, cosa que nadie debe hacer. Quien ejerce de esa manera el poder que tiene en sus manos, no lo hace en beneficio de quienes están sometidos al mismo, sino para sacar ventajas particulares. Entonces el que gobierna, cualquiera que sea su título para ello, no se guía por la ley sino por su voluntad, y sus mandatos y actos no van encaminados a la salvaguardia de las propiedades de su pueblo, sino a la satisfacción de sus propias ambiciones, venganzas, apetencias o cualquier otra pasión desordenada.

Y, un poco más adelante, agrega:⁶¹

Allí donde acaba la ley, empieza la tiranía si se falta a la ley en daño de otro. Quien ejerciendo autoridad se excede del poder que le fue otorgado por la ley, y se sirve de la fuerza que tiene al mando suyo para cargar sobre sus súbditos obligaciones que la ley no establece, deja, por ello mismo, de ser un magistrado, y se le puede ofrecer resistencia, lo mismo que a cualquiera que atropella por la fuerza el derecho de otro.

Por su parte, el ginebrino apunta: “[E]n el momento en que el gobierno usurpa la soberanía, el pacto social se rompe, y todos los ciudadanos, al recobrar con pleno derecho su libertad natural, *están obligados por la fuerza, pero no por deber, a obedecer.*”⁶²

B. *Constructivismo*

A continuación nos gustaría adelantar lo que podría ser una objeción al contractualismo que suscribimos y su (eventual) respuesta. Toda vez que no es posible demostrar que el contrato social es un hecho histórico ni descartar que no lo sea, no podemos aceptarlo como *hipótesis* a comprobar o verificar ni mucho menos adoptarlo acríticamente como *dogma*. Así, lo único que

énfasis es original.) (p. 219.)

⁶¹ *Ibid.*, § 202, pp. 400-401: “Where-ever Law ends, Tyranny begins, if the Law be transgressed to another’s harm. And whosoever in Authority exceeds the Power given him by the Law, and makes use of the Force he has under his Command, to compass that upon the Subject, which the Law allows not, ceases in that to be a Magistrate; and, acting without Authority, may be opposed, as any other Man, who by force invades the Right of another.” (El énfasis es original.) (p. 221.)

⁶² Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social...*, cit., Libro III, Capítulo X, p. 114. (El énfasis es nuestro.)

nos queda es considerarlo como una ficción, *i.e.* como una mera idea de la razón, cuya utilidad ya sea teórica y/o práctica es indudable, pues sirve como principio racional de justificación o legitimación de algo que como tal no se puede probar. No obstante, por lo mismo hay que sujetarlo a un escrutinio constante tanto dialéctico --tesis-antítesis-síntesis-- como dialógico -- interteórico-intrateórico-- en busca de la mejor versión, en lo que sería el método popperiano de “ensayo-error”.

De hecho, estamos convencidos que de una u otra forma todas las teorías tanto las propias de las ciencias físicas o naturales como las de las ciencias sociales o culturales y hasta las ciencias exactas o formales recurren a las ficciones como parte de sus construcciones o constructos.⁶³ En pocas palabras, la respuesta a la objeción es la siguiente: todas las teorías, inclusive aquéllas que censuran el empleo de las ficciones, recurren más tarde que temprano a ellas. En este sentido, es necesario sujetar a las teorías y sobre todo a las ficciones a un escrutinio constante al fomentar la dialéctica y el diálogo permanente entre sí para poder revisarlas y en su caso rechazarlas, si bien no por ser falsas, lo cual no podemos probar, al menos si por no ser necesarias o por haber mejores versiones y hasta una mejor.

De tal suerte, gran parte de la fuerza de la teoría contractualista que suscribimos radica en *Die Philosophie des Als Ob*, *i.e.* la filosofía del ‘como si’. De hecho, las ficciones --como diría VAIHINGER-- están presentes por doquier “no sólo en la metafísica sino también en las matemáticas, la física y la jurisprudencia”.⁶⁴ En consecuencia, las ficciones pueden referirse al origen del mundo o a la existencia de Dios, al infinito o al círculo, a la formación de la materia o al átomo, a la libertad o al contrato social.

⁶³ Vid. Enrique CÁCERES, “Las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXV, No. 103, enero-abril, 2002, pp. 27-62.

⁶⁴ Hans VAIHINGER, *The Philosophy of ‘As if’*, *cit.*, p. vii: “not only in metaphysics but also in mathematics, physics and jurisprudence”. (La traducción es nuestra.)

Abrimos un pequeño paréntesis para tratar de reforzar el punto: el sofista PROTÁGORAS de Teos es considerado como relativista al acuñar la máxima “El hombre es la medida de todas las cosas: de las que existen como existentes; de las que no existe como no existentes” y hasta como agnóstico o escéptico porque su título perdido *Sobre los dioses* comenzaba --según DIÓGENES LAERCIO-- con las siguientes palabras: “Sobre los dioses no puedo decir si existen o no existen. Tampoco la forma que tienen. Muchas son las cosas que me impiden saberlo: la oscuridad del asunto y la brevedad de la vida humana.”⁶⁵

Cabe aclarar que como relativista PROTÁGORAS no tendría ni debería tener problema para decir que los dioses existen o no, y que no es necesariamente un agnóstico o escéptico puesto que no dice que no se pueda conocer si existen o no sino tan sólo que, a falta de prueba de su existencia o no, él opta por dejar el asunto de lado para no pronunciarse al respecto. El pronunciarse acerca de algo sobre lo cual no se tiene certeza ni evidencia en uno u otro sentido constituiría a final de cuentas una ficción que no se ha probado y que quizás sea imposible probar. El problema es que la concepción de la ciencia con frecuencia --como lo denunció Kart R. POPPER-- se forma en torno a un “ideal de exactitud”, el cual olvida que lo que hace a la ciencia no es la posesión de conocimientos --verdades irrefutables-- sino la búsqueda obstinada y audaz de la verdad, lo cual incluye como ejercicio superior de la dialéctica y del diálogo la idea de la falsibilidad del conocimiento científico, es decir la de someter nuestras conjeturas a toda clase de refutaciones.⁶⁶

⁶⁵ Vid. PROTÁGORAS, citado por PLATÓN, “Teeteto”, traducción Álvaro Vallejo Campos, en *Diálogos*, Vol. V, Madrid, Gredos, 1988, 152^a y 162^{d-e}, pp. 193 y 217; por DIÓGENES LAERCIO, *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, traducción José Ortiz y Sanz, Tomo II, Madrid, Librería de Perlado, Paéz y Cía, 1910, pp. 199 y 2002; y por Stanley FISH, *The Trouble with Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999, p. 307.

⁶⁶ Vid. Karl R. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, traducción de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1977; y *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, traducción de Néstor

En este sentido, consideramos que es preferible en búsqueda de la verdad aventurar conjeturas --aunque algunas de estas explicaciones sean ficciones-- a no hacerlo: es mejor caminar con muletas o hasta con zancos que no poder hacerlo. Sin embargo, para no incurrir en una petición de principio debemos estar abiertos a su falsabilidad, a partir de la aparición de nuevas evidencias o incluso de nuevas explicaciones que no recurran a ficciones o en caso de hacerlo que constituyan mejores versiones e inclusive la mejor. De tal suerte, respecto a los ángeles y a los demonios no podemos afirmar que existen ni que no existen, pero eso no impide --ni ha impedido-- explicarlos *como si* fueran las representaciones del bien y del mal respectivamente, e incluso considerar a los demonios como los ángeles caídos.⁶⁷

Es más, puede haber parábolas aparentemente contradictorias como el *homo homine lupus* de HOBBS y el *bon sauvage* de ROUSSEAU que sirven para el mismo propósito, en este caso para fundar el Estado. Por supuesto que al partir de premisas diferentes llegan a conclusiones radicalmente distintas, como hemos visto, el primero a la monarquía y el segundo a la democracia. Para ilustrar el poderío de la filosofía del ‘como sí’ cabe traer a colación a Benjamin N. CARDOZO, quien hace ver que Adam SMITH construye la economía política como disciplina científica sobre la quimera del *homo æconomicus*, el cual está animado exclusivamente por el egoísmo y orientado hacia el bien económico.⁶⁸

El recurso a las entelequias aunque ha sido muy común pero también ha sido muy controvertido, al ser defendido por algunos y criticado por otros. Entre sus defensores destaca

Míguez, Madrid, Paidós, 1972.

⁶⁷ Vid. John MILTON, *Paradise Lost*, New York, W.W. Norton & Co, 1995. Cfr. Stanley FISH, *Surprised by Sin. The Reader in Paradise Lost*, 2ª ed., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997. (1ª ed.: 1967.)

⁶⁸ Benjamin N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1970, p. 33: “Adam Smith, for illustration, was a disciple of the philosophy of «As If» when he built a science of political economy on the assumption of an economic man, animated by egoism to the exclusion of all other impulses, and by that particular aspect of egoism which aims at economic good.”

KANT --y el mismísimo VAIHINGER-- y entre sus más fieros detractores resalta Jeremy BENTHAM, quien para muestra afirma: “Derechos naturales es simple disparate, derechos naturales e imprescriptibles, disparate retórico --disparate en zancos.”⁶⁹

Sin embargo, quien iba a pensar que el mismísimo BENTHAM, quien por doquier censuró las ficciones,⁷⁰ habría de fundar el utilitarismo sobre el principio de utilidad, *i.e.* de la máxima

⁶⁹ Jeremy BENTHAM, “Anarchical Fallacies”, en *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 2, Edinburgh, Simpkin, Marshall & Co, 1843, p. 501: “*Natural rights* is simple nonsense, natural and imprescriptible rights, rethorical nonsense --nonsense upon stilts.” (La traducción es nuestra.)

⁷⁰ *Vid.* Jeremy BENTHAM, “Preface to the First Edition” de “A Fragment on Government. Or a comment on the Commentaries: Being an Examination of what is delivered on the Subject of Government in General in the Introduction to Sir William Blackstone’s Commentaries”, en *The Works of Jeremy Bentham, cit.*, Vol. I, p. 235: “Fiction, tautology, technicality, circuitry, irregularity, inconsistency remain. But above all, the pestilential breath of Fiction poisons the sense of every instrument it comes near”. *A Fragment on Government...*, Ch. I, p. 268: “With respect to this, [the Original Contract] and other fictions, there was once a time, perhaps, when they had their use.” *The Elements of the Art of Packing as Applied to Special Juries, Particularly in Cases of Libel Law*, Vol. V, Part I, Ch VI, p. 92: “Lying and nonsense compose the groundwork of English judicature. In *Rome-bred* law in general --in the Scotch edition of it in particular-- *fiction* is a *wart*, which here and there deforms the face of justice: In English law, *fiction* is a *syphilis*, which runs in every vein, and carries into every part of the system the principle of rottenness.” *Rationale of Judicial Evidence. Specially Applied to English Practice*, Vol. VI, Book IV, Ch. XI, p. 582: “But in the practice of what is called *fiction*, legal fiction, --the most pernicious and basest sort of lying-- lying by or with the concurrence and support, as well as for the profit, of the judge...” *Rationale of Judicial Evidence...*, Vol. VII, Book VIII, Ch. XVIII, p. 283: “What you have been doing by the fiction, --could you, or could you not, have done it without the fiction? If not, your fiction is a wicked lie: if yes, a foolish one.” “Such is the dilemma. Lawyer! Escape from it if you can.” “Fiction of use to justice? Exactly as swindling is to trade.” *Constitutional Code*, Vol. IX, Book I, Ch. XII, p. 77: “By fiction, in the sense in which it is used by lawyers, understand a false assertion of the privileged kind, and which, though acknowledged to be false, is at the same time argued from, and acted upon, as if true.” “It has never been employed but to a bad purpose. It has never been employed to any purpose but the affording a justification for something which otherwise would be unjustifiable.” “It is capable of being employed to every bad purpose whatsoever.” “It has never been employed but with a bad effect.” “It affords presumptive and conclusive evidence of

felicidad, y al hacerlo recurrir a una ficción, a saber: “la mayor felicidad para el mayor número de individuos que pertenezcan a la comunidad”. Y, consecuentemente, tendría que proponer un criterio: “El legislador deberá dar preferencia a los intereses que promueven, en grado máximo, la felicidad para el mayor número de personas.” Para concluir que “la comunidad es un cuerpo ficticio, compuesto de personas individuales que están consideradas *como si* fueran sus miembros.”⁷¹ En resumidas cuentas, el utilitarista inglés creía que la naturaleza humana podría ser descrita sin mencionar las relaciones sociales, pero las admite como algo necesario por la conveniencia del discurso.

Claro está que también John AUSTIN comparte esa misma dualidad hacia las ficciones. Por un lado, las critica: “Imputar [el derecho creado por los jueces] a la legislatura soberana, o suponer que habla por la legislatura soberana, es una de las *ficciones* disparatadas o bellacas con las cuales los abogados, en toda era y nación, han enredado y oscurecido las verdades más simples y claras.”⁷² Por otro lado, las utiliza tanto al acoger el utilitarismo de BENTHAM y “la

mischievousness... inaptitude... moral turpitude... intellectual weakness, stupidity, and servility...” Cfr. *Theory of Fictions*, London, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1932. (Hay otra edición: New York, Harcourt, 1932; y más reciente: New York, AMS Press, 1978.) Cfr. también *Tratado de los sofismas políticos*, traducción de Francisco Ayala, Rosario, Rosario, 1944. (Versión original: *Political fallacies*, London, s.e., 1825.)

⁷¹ Jeremy BENTHAM, “Filosofía de la ciencia económica” en *Escritos económicos*, traducción Francisco J. Pimentel, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 170-172 y 179. (El énfasis es nuestro.) Vid. también *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (J.H. Burns y H.L.A. Hart eds.), Oxford, Clarendon Press, 1996, Chapter I, 4, p. 12: “The community is a fictitious *body*, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its *members*. The interest of the community then is, what? --the sum of the interests of the several members who compose it.” (Hay otra edición: New York, Hafner Press, 1948, p. 3)

⁷² John AUSTIN, “The Province of Jurisprudence Determined”, en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett, 1998, Lecture I, p. 31: “To impute it [all judge-made law] to the sovereign legislature, or to suppose that it speaks the will of the sovereign legislature, is one of the foolish or knavish *ficctions* with which lawyers, in every age and nation, have perplexed and darkened the simplest and clearest truths.” (La traducción es nuestra.)

teoría o hipótesis de la *utilidad*⁷³ como al admitir el contractualismo de HOBBS y de “aquellos escritores [que] acuden a la hipótesis del *convenio original* o *contrato*, o el *pacto civil fundamental*.” Aunque el propio AUSTIN aclara en una nota a pie de página sus reservas sobre la naturaleza del mismo:⁷⁴

Yo estilizo el supuesto convenio ‘el *convenio original* o *convención*,’ en lugar de ‘el *contrato original*.’ Toda convención, acuerdo, o pacto, no es un contrato propiamente llamado como tal: a pesar de que todo contrato propiamente llamado como tal es una convención, acuerdo, o pacto. Un contrato propiamente llamado como tal, es una convención que obliga legalmente a la parte o partes promisorias. Pero al admitir la hipótesis, el supuesto ‘convenio *original*’ no puede ni podría crear deberes jurídicos o políticos.

Al parecer las ficciones son un “mal necesario” y por ende hay que tener hacia ellas algunas reservas pero no por eso descartarlas del todo. De hecho, Sir William BLACKSTONE --uno de los principales blancos de ataque de BENTHAM-- asiente “A tales cambios torpes, tales refinamientos sutiles, y tales razonamientos extraños, fueron nuestros antecesores obligados a recurrir... mientras nosotros podemos aplaudir el fin, no podemos admirar el medio.” Así mismo, atestigua de un lado “[Las ficciones son] altamente beneficiosas y provechosas”; y, del otro hay que limitar o restringir su construcción o utilización, he ahí la razón de máximas tales como: “A ninguna ficción puede permitirse producir un daño.”⁷⁵

⁷³ *Ibid.*, Lecture II, p. 37: “The theory or hypothesis of *utility*.”

⁷⁴ *Ibid.*, Lecture VI, p. 308: “those writers resort to the hypothesis of the *original covenant* or *contract*, or the *fundamental civil pact*.” “I style the supposed covenant ‘the *original covenant* or *convencion*,’ rather than ‘the *original contract*.’ Every convention, agreement, or pact, is not a contract properly so called: though every contract properly so called is a convention, agreement, or pact. A contract properly so called, is a convention which binds legally the promising party or parties. But admitting the hypothesis, the supposed ‘*original covenant*’ would not and could not engender legal or political duties.”

⁷⁵ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, IV Vols., Philadelphia, R. Welsh, 1897, Vol. II, p. 360: “To such awkward shifts, such subtle refinements, and such strange reasoning, were our ancestors

Entre la literatura de los pros y contras de las ficciones jurídicas sobresale un libro de Lon L. FULLER,⁷⁶ en el cual recuerda que el mismísimo Rudolf von JHERING --o castellanizado IHERING-- se había referido a las ficciones como las “*white lies*”, *i.e.* “mentiras piadosas”, del derecho. Al respecto, FULLER advierte: “La ficción ha sido generalmente considerada como algo de lo cual el derecho se debe sentir apenado, y empero del cual el derecho no puede, hasta ahora, dispensar.”⁷⁷

Por su parte, el propio JHERING en su *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* aclara cuál es el propósito de las ficciones, así como sus alcances y limitaciones.⁷⁸

El objeto de la ficción consiste en allanar las dificultades inherentes á la adopción y aplicación de nuevas reglas del derecho más ó menos ásperas. Ella deja la doctrina tradicional intacta en su antigua forma, sin disminuir, sin embargo, por poco que sea, la plena eficacia de la forma nueva. La ficción esquiva las dificultades en lugar de resolverlas, y no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema, y merece, como el acto aparente, ser llamada una *mentira técnica consagrada por la necesidad*. Pero, por otra parte, también ofrece un medio más fácil y más cómodo de llegar al mismo fin práctico... (*sic*)

Y unas líneas más adelante advierte:⁷⁹

obliged to have recourse... while we may applaud the end, we cannot admire the means.” Vol. III, p. 43: “[Fictions are] highly beneficial and useful.” *Id.*: “No fiction should be allowed to work an injury.”

⁷⁶ Vid. Lon L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967. (Hay versión en español del primer capítulo: “¿Qué es una ficción jurídica?”, en Daniel MENDOÇA y Ulises SCHMILL (comps.), *Ficciones jurídicas. Kelsen, Fuller, Ross*, México, Fontamara, 2003.) Cfr. Enrique MARÍ, *La teoría de las ficciones*, Buenos Aires, EUDEBA, 2002.

⁷⁷ Lon L. FULLER, *Legal Fictions*, *cit.*, p. 2: “The fiction has generally been regarded as something of which the law ought to be ashamed, and yet with which the law cannot, as yet, dispense.” (La traducción es nuestra.)

⁷⁸ Rudolph von JHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de sus desarrollo*, traducción de Enrique Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998, p. 1008.

Así es fácil proclamar que las ficciones no son más que auxiliares, y se ha tenido acierto en compararlas á las muletas que la ciencia debía arrojar. Nada más cierto si la ciencia puede avanzar sin tener para ello recursos. Pero más vale todavía que la ciencia pueda marchar con la ayuda de esas muletas que caer sin ese apoyo ó no atreverse á hacer ningún movimiento. (sic)

De tal forma, concluye:⁸⁰ “Más que el *desorden sin ficción*, es mil veces preferible el *orden con ficción*.” (sic) Ciertamente es que la mejor opción sería un *orden sin ficción* y la peor un *desorden con ficción*. Por todo lo anterior la ficción se presenta como un “mal necesario” o como una “mentira piadosa”. Por lo mismo: “toda ficción, a causa de su imperfección misma, advierte á la ciencia que debe buscar, lo más rápidamente posible, un medio más perfecto.”⁸¹ Sin embargo, para JHERING es preferible ir con muletas que sin ellas, al menos hasta que éstas no sean necesarias: “poner á la jurisprudencia en la alternativa de repudiar las ficciones, antes de que haya podido encontrar la solución verdadera que buscaba, equivaldría á obligar al que lleva muletas á que las abandone antes de poder andar sin su ayuda.”⁸²

Claro está que en el caso del derecho y de la ciencia jurídica esta práctica --la de recurrir a las ficciones-- ha sido constante y sonante desde el tiempo de los romanos hasta nuestros días, merced a la cual es posible incluir dentro del ámbito jurídico o zona de influencia y, por consiguiente, de regulación a ciertas figuras mediante una peculiar forma de extensión analógica del derecho.

Recordamos que en un momento las fuentes de las obligaciones en el derecho romano comprendían el contrato y el delito, pero junto a ellos estaban también el cuasi-contrato (*quasi ex contractu*) y el cuasi-delito (*quasi ex delictu*), los cuales eran considerados *como si* fueran contratos o delitos aunque no lo eran; las personas jurídicas --también conocidas como colectivas

⁷⁹ *Ibid.*, p. 1009.

⁸⁰ *Id.* (El énfasis es nuestro.)

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

o morales-- no son estrictamente personas pero para los efectos del derecho deben ser vistas *como si* lo fueran; en el caso del *no nato*, éste es considerado *como si* ya hubiere nacido para los efectos jurídicos, por ejemplo, de ser digamos un heredero universal, aún cuando todavía está en el vientre de su madre, entre otras muchísimas más.⁸³

Al parecer, tal como sugiere JHERING: “¡El Kobold de la ficción se venga á menudo amargamente de aquellos que le persiguen!”⁸⁴ Así, Max WEBER al establecer sus categorías del pensamiento jurídico insistió en el tercer postulado: “el derecho debe actual o virtualmente constituir un sistema «sin fallas» de proposiciones jurídicas, o debe, al menos, ser tratado *como si* fuera tal sistema sin lagunas.”⁸⁵

Es más, el mismísimo KELSEN tuvo que conceder a final de cuentas “la norma básica se convierte en una genuina ficción en el sentido de la filosofía del ‘como si’ de Vaihinger” y para ello evoca su pensamiento:⁸⁶

⁸³ A partir de la distinción entre ficción e hipótesis es preciso tener presente la relación entre una *fictio iuris* (ficción jurídica) y una *praesumptio iuris* (presunción jurídica). La segunda es propiamente una hipótesis y como tal reclama la comprobación o verificación de su existencia, además de que admite prueba en contrario, mientras tanto la primera es una ficción y como tal requiere simplemente de la justificación o legitimación de su razón de ser, y no admite prueba en contrario. *Cfr. Ibid.*, p. 44; y Hans VAHINGER, *The Philosophy of ‘As if’*, *cit.*, pp. 33-35.

⁸⁴ Rudolf von JHERING, *El espíritu del derecho romano...*, *cit.*, p. 1012.

⁸⁵ Max WEBER, “The Categories of Legal Thought”, en *Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology*, New York, Bedminister Press, 1968, p. 658: “the law must actually or virtually constitute a «gapless» system of legal propositions, or must, at least, be treated *as if* it were such a gapless system.” (El énfasis y la traducción son nuestras.) (Hay versión en español: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, traducción de José Medina Echavarría *et al.*, II Tomos, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.)

⁸⁶ Hans KELSEN, “The Function of a Constitution”, en Richard TUR & William TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, New York, Oxford University Press, 1986, p. 117: “Thus the basic norm becomes a genuine fiction in the sense of Vaihinger’s philosophy of ‘as if’.” “For Vaihinger a fiction is an aid to thinking, of which one avails oneself if the aim of one’s thinking cannot be reached with the material available. The aim of one’s thinking in presupposing the

Para Vaihinger una ficción es una ayuda para pensar, de la cual uno se sirve a sí mismo si el propósito del pensamiento de uno no puede ser alcanzado con el material disponible. El propósito del pensamiento de uno al presuponer la norma básica es: fundar la validez de las normas al formar una moral positiva o un orden jurídico; esto es, al interpretar el significado subjetivo de los actos al posicionar estas normas como su significado objetivo, i.e. como normas válidas, y a los actos en cuestión como actos que afirman normas. Este objeto solamente puede ser alcanzado por vía de una ficción. Por tanto uno tiene que tener en mente que la norma básica en el sentido de la filosofía del 'como si' de Vaihinger no es una hipótesis --como yo mismo la he caracterizado ocasionalmente-- sino una ficción, la cual es distinta de la hipótesis en que es o debería ser acompañada por la conciencia que la realidad no le corresponde.

Así mismo, Herbert Lionel Adolphus HART en su *The Concept of Law* reconoce: “Estamos aquí en el reino de la ficción, con el cual, se dice, el derecho ha estado siempre conectado. Sólo porque adoptamos esta ficción podemos hablar solemnemente del gobierno «de leyes y no de hombres».”⁸⁷ Y, más adelante, sugiere “Una manera vívida de enseñar Derecho Romano es hablar *como si* el sistema fuera todavía eficaz, examinar la validez de las reglas particulares y resolver problemas de acuerdo con ellas”.⁸⁸

basic norm is: to ground the validity of the norms forming a positive moral or legal order; that is, to interpret the subjective meaning of the acts positing these norms as their objective meaning, i.e. as valid norms, and the acts in question as acts positing norms. This object can be attained only by way of a fiction. Therefore one has to keep in mind that the basic norm in the sense of Vaihinger's 'as if' philosophy is not a hypothesis --as I myself have occasionally characterized it-- but a fiction, which is distinct from a hypothesis in that it is or should be accompanied by an awareness that reality does not correspond to it.”

⁸⁷ Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 12: “We are here in the realm of fiction, with which it is said the law has always been connected. It is only because we adopt this fiction that we can talk solemnly of the government ‘of laws not men’”. (p. 11; y p. 130.)

⁸⁸ *Ibid.*, p. 104: “One vivid way of teaching Roman Law is to speak *as if* the system were efficacious still and to discuss the validity of particular rules and solve problems in their terms...” (p. 101; y 130.)

Sin embargo, HART insiste que la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho con lo cual pretendía superar el criticismo de quienes --a la KELSEN-- habían enfatizado que la validez de la regla de reconocimiento no puede ser demostrada sino ‘asumida’ o ‘postulada’ como ‘hipótesis’ --e inclusive como ‘ficción’. Para él:⁸⁹

[L]a regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.

De esta forma, al identificar la “regla de reconocimiento” con la práctica compleja y más o menos concordante de jueces, oficiales, y ciudadanos HART parece fundamentar el derecho en un hecho y como tal demostrar empíricamente la existencia de la “regla de reconocimiento” sin tener que admitirla como hipótesis ni asumirla como ficción. No obstante, en todo caso su estatus como regla es cuestionable ya que en el mejor de los casos ha quedado reducida a una práctica compleja.

Por supuesto que un análisis exhaustivo de la naturaleza de la “regla de reconocimiento” rebasa por mucho el espacio disponible en este momento. Por lo pronto baste señalar que si bien HART logró presentar la existencia de la “regla de reconocimiento” como una cuestión de hecho dejó de lado el cómo al menos los jueces u oficiales identifican el derecho por referencia a ciertos criterios. Lo curioso del caso es que para diferenciar --en su crítica al modelo de los mandatos de AUSTIN-- las reglas de los meros hábitos de obediencia había introducido no sólo la distinción entre los puntos de vista interno y externo sino también la noción de que los jueces u oficiales

⁸⁹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *cit.*, p. 110: “the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.” (La traducción es nuestra.)

identifican el derecho al adoptar el punto de vista interno porque tienen una “actitud crítica reflexiva”.⁹⁰ Y, en el siguiente párrafo precisó:⁹¹

Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa: “yo debo”, “deber”, “tú tienes que”, “el debería”, “correcto”, “incorrecto”, etc.

En tanto que no sea posible demostrar la existencia empírica de dicha “actitud crítica reflexiva” no queda más que postularla como una hipótesis a comprobar o verificar, o bien presumirla como una “ficción” que no se necesita probar. Con lo cual, al final de cuentas, el “coco” se le presenta también a HART, quien aunque logró aparentemente presentar a la “regla de reconocimiento” como una cuestión de hecho, lo único que hizo fue desplazar la ficción a otro lugar: la “regla de reconocimiento” implica una “actitud crítica reflexiva” y como tal una “ficción”.⁹²

Por su parte, Ronald DWORKIN --el principal crítico del modelo de las reglas de HART y uno de los detractores de la regla de reconocimiento, a la que caricaturiza como el criterio del pedigrí--⁹³ ofrece un claro ejemplo de cómo operan ficticiamente los juristas bajo las premisas del positivismo jurídico:⁹⁴

⁹⁰ *Ibid.*, p. 57. (p. 55, y p. 71.)

⁹¹ *Id.*: “What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgments that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of ‘ought’, ‘must’, and ‘should’, ‘right’, and ‘wrong’.” (p. 56, y p. 72.)

⁹² *Vid.*, Imer B. FLORES, “In the Dark Side of the Conventionality Thesis?”, en Enrique VILLANUEVA (ed.), *Social, Political, & Legal Philosophy*, Vol. 1 “Legal and Political Philosophy”, New York, Rodopi, 2002, pp. 143-156.

⁹³ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Segunda edición (con “Appendix: A Reply to Critics”),

El positivismo jurídico proporciona una teoría de los casos difíciles. Cuando en un caso en particular no hay una regla de derecho clara... entonces el juez tiene... 'discreción' para decidir el caso en uno u otro sentido. Su opinión está escrita en un lenguaje que parece asumir que una u otra parte tenía un derecho preexistente para ganar el litigio, pero tal idea es solamente una ficción. En realidad él ha legislado nuevos derechos jurídicos, y luego aplicado éstos retrospectivamente al caso en cuestión.

Sin embargo, a DWORKIN quien no sólo considera que dicha teoría de la adjudicación es completamente inadecuada sino también pretende describir y defender una mejor teoría, la cual esboza en su afamado artículo "Hard Cases", *i.e.* "Casos difíciles", y exterioriza de ahí en adelante, se le puede imputar también el tener que recurrir a las ficciones, al menos en dos ocasiones: 1) cuando inventa a Hércules: "un jurista con destreza, erudición, paciencia y agudeza sobrehumana",⁹⁵ y 2) cuando idealiza la entelequia de *seamless web*, *i.e.*, el tejido inconsútil,⁹⁶ e imagina otra estratagema, la cual le permite suponer: "a menudo hay una sola respuesta correcta a cuestiones complejas del derecho y de moral política."⁹⁷ De hecho, insiste: "Para todos los

Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press (y, London, Duckworth), 1978, p. 17. (Primera edición: 1977.)
(Hay versión en español: *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.)

⁹⁴ *Ibid.*, p. 81: "Legal positivism provides a theory of hard cases. When a particular lawsuit cannot be brought under a clear rule of law... then the judge has... a 'discretion' to decide the case either way. His opinion is written in language that seems to assume that one or the other party had a preexisting right to win the suit, but that idea is only a fiction. In reality he has legislated new legal rights, and then applied them retrospectively to the case at hand."

⁹⁵ Ronald DWORKIN, "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 88, 1975, pp. 1057-1109. (Reproducido, con algunas correcciones mínimas de forma e insignificantes para el fondo, en: *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 81-130.) *Ibid.*, p. 1083 (p. 105): "a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen". (Hay otra versión en español: "Casos difíciles", traducción de Javier Esquivel, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981.)

⁹⁶ *Ibid.*, p. 1093 y ss. (p. 115 y ss.)

⁹⁷ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 279: "there is often a single right answer to complex questions of law and political morality."

propósitos prácticos, siempre habrá una respuesta correcta en el tejido inconsútil de nuestro derecho.”⁹⁸

C. Liberalismo igualitario y comunitario

Antes de concluir este capítulo, trataremos de explicitar en este apartado algunas de las implicaciones de la teoría del contrato o pacto social y de la filosofía del ‘como si’ para el desarrollo de un paradigma liberal fundado en los derechos o “*rights-based*”,⁹⁹ mismo que ha sido caracterizado como “liberalismo igualitario” a partir de la publicación de la obra más importante de los últimos ocho lustros: *A Theory of Justice* de RAWLS. Así, este paradigma “deontológico” o “fundado en los derechos” tiene el objetivo específico de poner “fin a la supremacía del utilitarismo” y “elaborar una concepción de la justicia para las sociedades democráticas modernas”.¹⁰⁰

⁹⁸ Ronald DWORKIN, “No Right Answer?”, en P.M.S. HACKER & J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 84: “For all practical purposes, there will always be a right answer in the seamless web of our law.” (La traducción es nuestra. Cabe aclarar que traducimos ‘*seamless*’ no literalmente como ‘sin costura’, aunque tiene perfecto sentido decir “el tejido sin costura de nuestro derecho”, sino como ‘inconsútil’, cuyos sinónimos son ‘completo’, ‘íntegro’ o ‘todo’, porque consideramos que es más fiel al sentido original.) (Agradecemos a Lewis D. Sargentich por habernos destacado la conclusión de la versión original de este artículo. Dicho final desapareció en su versión revisada: “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 119-145.) Cfr. Imer B. FLORES, “¿Ensueño, pesadilla o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho” en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 173-194.

⁹⁹ José Guilherme MERQUIOR, *Liberalismo viejo y nuevo*, traducción de Stella Mastrangelo, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 183.

¹⁰⁰ Chantal MOUFFÉ, “El liberalismo norteamericano y sus críticos: Rawls, Taylor, Sandel, Walzer”, *Estudios. Filosofía/Historia/Letras*, No. 15, invierno, 1988, pp. 98-99. Vid. Imer B. FLORES, “El liberalismo igualitario de John Rawls”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 1, julio-diciembre 1999, pp.

En primerísimo lugar, conviene hacer notar que el contractualismo se apoya del ficcionalismo como hemos descrito en los párrafos anteriores. Ahora bien, como vimos el uso de este tipo de *ficta* es recurrente en algunos de los principales intentos para fundamentar, *i.e.* justificar y legitimar, el origen del Estado y la validez del derecho, desde el *contractu originarius* de KANT¹⁰¹ hasta la *grundnorm* de KELSEN¹⁰² o la *rule of recognition* de HART¹⁰³ y, más recientemente, la *original position* del propio RAWLS.¹⁰⁴

Con relación al pensamiento de este último,¹⁰⁵ cabe recordar que su teoría es de inspiración kantiana no sólo al pertenecer a la tradición contractualista sino también al contraponer --a partir de la concepción de seres noumenales-- el deontologismo al utilitarismo, así como a otras concepciones del bien como el intuicionismo y el perfeccionismo. Así, la filosofía moral de KANT le sirve de punto de partida a la teoría de la justicia de RAWLS para ofrecer una interpretación kantiana que le permite desarrollar un nuevo paradigma fundado en los derechos y superar al maestro en su intento de derivar principios morales sustantivos a partir de principios puramente formales de la razón práctica.

85-122.

¹⁰¹ Sobre el “contrato originario”, *vid.* Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, *cit.*, Primera Parte, § 47, pp. 145-146. *Vid.* también José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, *Locke y Kant*, *cit.*, pp. 66-74.

¹⁰² Sobre la “norma fundante”, *vid.* Hans KELSEN, *The Pure Theory of Law*, 2a ed., Berkeley, University of California Press, 1967. (Hay versión en español: *La teoría pura del derecho*, traducción de Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.) (Publicación original en alemán: *Reine Rechtslehre*, 1960.)

¹⁰³ Sobre la “regla de reconocimiento”, *vid.* H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *cit.*, pp. 79-99 y 100-123. *Vid.* también Imer B. FLORES, “In the Dark Side of the Conventionality Thesis?”, *cit.*, pp. 143-156.

¹⁰⁴ Sobre la “posición original”, *vid.* John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*, § 4 y § 24, pp. 17-22 (15-19 y 35-40) y 136-142 (118-123 y 163-169). *Vid.* también Imer B. FLORES, “El liberalismo igualitario de John Rawls”, *cit.*, pp. 95-99.

¹⁰⁵ *Vid.* Imer B. FLORES, “El liberalismo Igualitario de John Rawls”, *cit.*, pp. 85-122; y Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, *cit.*, pp. 408-416.

Al respecto, es menester traer a colación que KANT pretendía derivar a partir de un principio moral formal, *i.e.* el “imperativo categórico”, *Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal*, otros principios morales sustantivos, tales como: *Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona como en los demás, siempre como fin en sí mismo y nunca solamente como medio*; e inclusive derivó un principio general del derecho: *Obra externamente de tal modo que el libre ejercicio de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal*. Por supuesto que la crítica no se hizo esperar: de un lado, nada garantiza que personas igualmente racionales no formularían juicios morales opuestos y hasta deleznable; y, del otro, nada garantiza que no confundirían la moral con el derecho.¹⁰⁶

RAWLS para tratar de responder a la primera crítica adapta el contractualismo, al grado que el objeto del contrato no es la conformación del Estado en sí sino la estipulación de ciertos principios de justicia: “El contenido del acuerdo relevante no es ingresar en una sociedad dada o adoptar una forma dada de gobierno, sino aceptar ciertos principios morales.”¹⁰⁷ Así, el objeto primario de dichos principios es la “estructura básica de una sociedad” y sobre todo una “sociedad bien ordenada”, es decir una sociedad en la que cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia, y las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Sobre la relación derecho-moral y la respuesta al cargo de la confusión entre derecho y moral, *vid. infra*, II. ESTADO DE DERECHO: HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: 3. *Derecho, moral y poder*: B. *Relación derecho-moral: la moral del derecho y el derecho de la moral*.

¹⁰⁷ John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*, § 3, p. 16 (p. 14, y p. 33): “[T]he content of the relevant agreement is not to enter a given society or to adopt a given form of government, but to accept certain moral principles.” (La traducción es nuestra.)

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 1, pp. 4-5 (p. 4, y p. 21).

De esta forma, adopta una concepción acerca de la justicia que denomina *justice as fairness*, i.e. “justicia como equidad/imparcialidad”, según la cual los principios de justicia son aquéllos que elegirían personas libres y puramente racionales si estuvieran en una posición inicial de igualdad, o en otros términos personas libres e iguales en una situación de equidad o imparcialidad. Para tal efecto RAWLS imagina una situación ficticia a la que llama *original position*, i.e. “posición original” u “originaria”. Al respecto, aclara: “Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia.”¹⁰⁹

Por su parte, DWORKIN aclara “la teoría subyacente que respalda la posición original debe ser algún tipo de teoría basada en derechos”, en lugar de una fundada en los deberes o en los objetivos. Al grado que “El derecho básico de la teoría profunda de Rawls debe ser... un derecho abstracto, es decir, que no sea derecho a ningún objetivo individual determinado. Dentro de los conceptos ordinarios de la teoría política, hay dos candidatos a desempeñar este papel”: “la libertad” y “la igualdad”. Así, “la posición original” protege las libertades básicas en interés del derecho a la igualdad.¹¹⁰ Desafortunadamente, ambas --libertad e igualdad-- se encuentran en conflicto constante. De hecho, en su opinión, tanto el “liberalismo” como el “buen gobierno” consisten en el mejor “compromiso” entre estos dos “principios constitutivos” o “ideales contendientes”.¹¹¹

De tal suerte, los seres humanos como personas morales tienen una concepción de lo que es bueno para ellas y como tal un sentido de la justicia. Por eso, RAWLS propone un razonamiento

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 3, p. 12 (p. 11, y p. 29): “This original position is not, of course, thought of as an actual historical state of affairs, much less a primitive condition of culture. It is understood as a purely hypothetical situation characterized so as to lead to a certain conception of justice.”

¹¹⁰ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 150-183.

¹¹¹ Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, cit., pp. 188-204.

moral, denominado *reflective equilibrium*, i.e. “equilibrio reflexivo”, para poder incorporar las intuiciones que cada uno tiene del bien y compararlas con principios más generales. Si estos coinciden podemos avanzar, pero si no lo hacen debemos revisar nuestras intuiciones y principios, hasta que nuestros juicios coincidan por completo. Por esta razón, aclara el equilibrio reflexivo: “Es un equilibrio porque finalmente nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación.”¹¹²

No obstante, la noción de “justicia como equidad/imparcialidad” requiere además que la elección se realice a su vez en una “situación hipotética de igual libertad”. Para garantizar la imparcialidad de los resultados deseados y posibilitar la elección unánime de una determinada concepción de la justicia es menester escoger los principios de la justicia tras un *veil of ignorance*, i.e. “velo de ignorancia”, esto es la suposición de desconocimiento respecto de los propios talentos, origen social, intereses, preferencias, con lo cual --a la KANT-- la elección de los principios morales no está supeditada a nuestros deseos e inclinaciones contingentes. De tal suerte que no sólo el procedimiento será equitativo e imparcial sino también los principios convenidos serán justos: “La intención de la posición original es establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos.”¹¹³

De esta forma, RAWLS, al aplicar el método del constructivismo kantiano,¹¹⁴ i.e. tanto el “equilibrio reflexivo” como el “velo de la ignorancia”, formula “dos principios de justicia” en la “posición original” para presentarlos de manera inicial en la § 11:¹¹⁵

¹¹² John RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., § 4, p. 20 (p. 18, y p. 38): “It is an equilibrium because at last our principles and judgments coincide; and it is reflective since we know to what principles our judgments conform and the premises of their derivation.”

¹¹³ *Ibid.*, § 24, p. 136 (p. 118, y p. 163): “The idea of the original position is to set up a fair procedure so that any principles agreed to will be just.”

¹¹⁴ Cfr. Carlos Santiago NINO, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosos para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

Y, en su versión final en la § 46:¹¹⁶

Primer Principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema de libertades básicas iguales compatible con un sistema de libertad para todos.

Segundo Principio: Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas para que sean tanto:

(a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, consistente con el principio de ahorro justo; y

(b) unido a cargos y puestos accesibles para todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades.

Además de los dos “principios de justicia”, RAWLS estableció dos “reglas de prioridad” y cada una contempla dos casos:¹¹⁷

¹¹⁵ John RAWLS, *A Theory of Justice, cit.*, § 11, p. 60 (p. 53, y p. 82): “First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. / Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to the positions and offices open to all.”

¹¹⁶ *Ibid.*, § 46, p. 302 (p. 266, y pp. 340-341): “*First Principle* / Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all. / *Second Principle* / Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: / (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle, and / (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.” (La traducción es nuestra.)

¹¹⁷ *Ibid.*, segunda edición, § 46, pp. 266-267 (p. 341): “*First Priority Rule* (The Priority of Liberty) / The principles of justice are to be ranked in lexical order *and therefore the basic liberties can be restricted only for the sake of liberty*. There are two cases: / (a) a less extensive liberty must strengthen the total system of liberty shared by all; (b) a less than equal liberty must be acceptable to those with lesser liberty. / *Second Priority Rule* (The Priority of Justice

Primera regla de prioridad (la prioridad de la libertad): Los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden léxico y por lo tanto las libertades básicas solamente pueden ser restringidas a favor de la libertad misma. Hay dos casos:

(a) una libertad menos extensa debe fortalecer el sistema total de libertades compartidas por todos;

(b) una libertad menor a la libertad igual debe ser aceptable para aquéllos con la libertad menor.

Segunda regla de prioridad (la prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar: El segundo principio de justicia es léxicamente anterior al principio de eficiencia y al que maximiza la suma de ventajas; y la oportunidad justa es anterior al principio de la diferencia. Hay dos casos:

(a) una desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquéllos con menos oportunidades;

(b) una tasa excesiva de ahorro debe en balance mitigar la carga de aquéllos que soportan este peso.

De lo anterior resulta la prioridad del primer principio sobre el segundo, es decir la prioridad de la libertad (igual) sobre todo lo demás; y la prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar, así como de la oportunidad justa sobre el principio de diferencia. Es más, el propio RAWLS había explicitado su concepción general de la justicia:¹¹⁸

over Efficiency and Welfare) / The second principle of justice is lexically prior to the principle of efficiency and to that of maximizing the sum of advantages; and fair opportunity is prior to the difference principle. There are two cases: / (a) an inequality of opportunity must enhance the opportunities of those with the lesser opportunity; (b) an excessive rate of saving must on balance mitigate the burden of those bearing this hardship.” (El énfasis y la traducción son nuestras.) Cfr., *Ibid.*, 1ª ed, p. 302: “and therefore liberty can be restricted only for the sake of liberty.” (El énfasis es nuestro.)

¹¹⁸ *Ibid.*, 1ª ed, p. 303: “All social primary goods --liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect-- are to be distributed equally unless an unequal distribution of any or all of these goods is to the advantage of the least favored.” (La traducción es nuestra.) (Este párrafo desapareció en la segunda edición, pero la traducción al español, misma que antecede a la publicación de la segunda edición en inglés, todavía lo contempla. Cfr. p. 341.)

Todos los bienes sociales primarios --libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, y las bases del auto-respeto-- han de ser distribuidos igualmente salvo que una distribución desigual de alguno o de todos estos bienes sea en beneficio de los menos aventajados.

Al punto que RAWLS, para muchos, desarrolló una teoría comprensiva que le permitía no sólo rescatar la tradición contractualista y el pensamiento kantiano sino también conciliar tres grandes tensiones: 1) entre el individuo en su individualidad y en su comunidad; 2) entre la libertad y la igualdad; y, 3) entre la libertad individual o civil (negativa), y la libertad colectiva o política (positiva).¹¹⁹ No obstante, para otros, la resultante de enfatizar algunos elementos, a partir del establecimiento de un listado de prioridades, fue el agudizar dichas tensiones, en especial, la primera: entre el individuo en su individualidad y la comunidad.¹²⁰

a. Individualidad y comunidad

Brian BARRY advierte que el liberalismo es individualista: “la esencia del liberalismo es la concepción de una sociedad constituida por unidades independientes y autónomas, que cooperan sólo cuando los términos de la cooperación fomentan los fines de cada una de las partes.”¹²¹ En

¹¹⁹ Vid., Paulette DIETERLEN, “La filosofía política de John Rawls”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Nueva Época, Año XXXVII, No. 150, octubre-diciembre, 1992, p. 108.

¹²⁰ Vid., Roberto Mangabeira UNGER, “The Theory of the Self”, en *Knowledge and Politics*, cit., pp. 191-235. (pp. 195-238) Cfr. Alasdair MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame, Notre Dame University Press, 1981; Michael SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, New York, Cambridge University Press, 1982; Charles TAYLOR, *Hegel*, New York, Cambridge University Press, 1975; y Michael WALZER, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983. (Hay versión en español: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, traducción de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.)

¹²¹ Brian BARRY, *La teoría liberal de la justicia. Examen crítico de las principales doctrinas de Teoría de la justicia de John Rawls*, traducción de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 172. (Publicación original: *The Liberal Theory of Justice. A Critical Examination of Principal Doctrines in A Theory of Justice by John Rawls*, Oxford, Clarendon Press, 1973.)

este sentido, la crítica a RAWLS se centra --como lo sostiene Chantal MOUFFÉ-- tanto en el individualismo como en sus prioridades: “Denuncia la concepción ahistórica, asocial y descarnada del sujeto, que implica la idea de un individuo dotado de derechos naturales anteriores a la sociedad, y rechaza la tesis de la prioridad del derecho sobre el bien.”¹²² Al respecto, Robert NOZICK comienza el “Prefacio” de su celebre *Anarchy, State and Utopia*, al reconocer que el nuevo paradigma liberal basado en derechos implica que “Los individuos tienen derechos, y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacerles (sin violar sus derechos).”¹²³

No obstante, el ser humano es tanto un individuo con su propia individualidad como un miembro de la comunidad. De tal suerte, no sólo existe y vive en su individualidad sino también coexiste y convive en su comunidad con los demás, aunque entre el individuo --en su individualidad-- y la comunidad no todo sea miel sobre hojuelas. De hecho, las tesis individualistas (1) “el todo es la mera suma de las partes” y (2) “las partes son anteriores o superiores al todo” entran o están en fuerte contraposición con las respectivas tesis comunitaristas (1) “el todo es distinto a las partes que lo integran” y (2) “el todo es anterior o superior a sus partes”. Por supuesto, en dichos términos, ambas son mutuamente excluyentes al grado de ser imposible alcanzar un compromiso y de ser necesario para solucionar el conflicto evitarlo al optar por una u otra al tener que pronunciarse de una forma absoluta --todo o nada-- entre la comunidad --comunitarismo-- y el individuo --individualismo--.

Ciertamente, al afirmar o al negar por completo la existencia de los bienes o intereses tanto de la comunidad como del individuo se puede caer en dos extremos. Por un lado, se puede a partir del comunitarismo llegar al absolutismo o autoritarismo; es decir, a una concepción en que el bien de la comunidad es anterior y superior al interés del individuo, en el cual el interés del

¹²² Chantal MOUFFÉ, “El liberalismo norteamericano y sus críticos...”, *cit.*, p. 101.

¹²³ Robert NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, *cit.*, p. IX: “Individuals have rights, and there are things no person or group may do to them (without violating their rights).” (La traducción es nuestra.)

todo subordina al de las partes, al grado de que la comunidad puede imponer su interés como si fuera el único. Por otro lado, se puede pasar del individualismo al anarquismo o al atomismo; esto es, a una concepción en que el bien del individuo es anterior y superior al interés de la comunidad, en el cual los intereses de las partes subordinan al del todo, al grado de que cada uno de los individuos trata de imponer su interés como si fuera el único.

En este extremo, los individuos como si fueran átomos están completamente separados entre sí. De tal forma, al enaltecer el interés del individuo se rechaza la cooperación y, por ello, se desprecia toda autoridad. En cambio, en el otro extremo, los individuos como si fueran una amalgama están completamente unidos entre sí. De tal guisa, al ensalzar el interés de la comunidad se acepta la cooperación y, por ende, se aprecia toda autoridad.

Sin embargo, hay un nivel en que el dilema es aparente y, en consecuencia, se puede disolver la tensión entre el individuo --en su individualidad-- y la comunidad. El ser humano se caracteriza tanto por existir y vivir en su individualidad como por coexistir y convivir en su comunidad con los demás. De hecho, la estrecha interrelación entre ambos es manifiesta en el pensamiento de William JAMES:¹²⁴

Por lo tanto la evolución social es la resultante de la interacción entre dos factores completamente distintos: el individuo, deriva sus facultades peculiares de la relación entre fuerzas fisiológicas e infla-sociales, pero mantiene todo el poder de iniciativa y organización en sus manos; y, segundo, el ambiente social, con su poder de adoptar o rechazar tanto a él como a sus facultades.

¹²⁴ William JAMES, "Great Men, Great Thoughts, and the Environment" (Lecture delivered before the Harvard Natural History Society), *Atlantic Monthly*, October, 1880, *passim*: "Thus social evolution is a resultant of the interaction of two wholly distinct factors, - the individual, deriving his peculiar gifts from the play of physiological and infra-social forces, but bearing all the power of initiative and origination in his hands; and, second, the social environment, with its power of adopting or rejecting both him and his gifts. Both factors are essential to change. The community stagnates without the impulse of the individual. The impulse dies away without the sympathy of the community."

Ambos factores son esenciales para el cambio. La comunidad se desvanece sin el impulso del individuo. El impulso [del individuo] se disuelve sin la simpatía de la comunidad.

Por lo general al hablar del ser humano se puede hacer mención al: 1) 'yo' como individuo en su individualidad y al 2) 'yo' como miembro de la comunidad, pero normalmente no se hace referencia a la distinción analítica al interior de esta última entre: A) el 'yo' como individuo *con* otros 'yo' en una sociedad; y, B) el 'yo' como individuo *en* otro 'yo' como colectividad. De este modo, la dicotomía individuo-comunidad no es del todo acertada puesto que al carecer de esta consideración queda incompleta la clasificación al faltar al menos un elemento. De hecho, al desdoblar la comunidad en dos --sociedad y colectividad-- más bien habría que hablar de una tricotomía: individualidad-sociedad-colectividad.

En este sentido, a partir del individuo es plausible establecer (1) el bien individual o el interés del individuo. Mientras tanto desde las dos concepciones de comunidad --el todo como suma de las partes o sociedad y el todo como algo distinto de las partes o colectividad-- es posible identificar (2) el bien social o interés de la sociedad como el agregado de los bienes individuales o intereses de los individuos en una comunidad y (3) el bien colectivo o interés de la colectividad como algo completamente distinto e independiente tanto de los bienes individuales o intereses de los individuos como de los bienes sociales o intereses de la sociedad en una comunidad.

Cada una de estas tres clases de bienes e intereses corresponden a sendos niveles de vida humana: 1) individual; 2) social; y 3) colectiva. A reserva de que más adelante hagamos referencia al bien o interés común, adelantamos que no es del todo atinado equipararlo con alguna de las tres formas tanto de bienes e intereses como de vida sino que es menester identificarlo como un criterio integrador de los tres tipos. De este modo, en algunas ocasiones el bien o interés común coincide con el individual, en otras con el social, en unas con el colectivo, y en la mayoría de los casos en un compromiso entre dos o tres de las anteriores.

Es más, el principio de diferencia de RAWLS por definición requiere de individuos con un alto grado de compromiso social, lo cual les permite conciliar sus intereses individuales, sociales y colectivos. De esta forma, para responder a la crítica que equipara su teoría a un “individualismo asocial” concibe a “la sociedad como un sistema equitativo de cooperación entre personas libres e iguales.” De hecho, la cooperación social requiere de un conjunto de reglas públicamente reconocidas y un conjunto de procedimientos aceptados por los miembros de la comunidad, los cuales deben estar en condiciones imparciales, para que al cooperar unos con otros, todos puedan realizar su concepción del bien.¹²⁵

DWORKIN, por su parte, da respuesta --en un artículo-comentario a la decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Bowers v. Hardwick*-- a cuatro argumentos de la crítica comunitarista --en su vertiente de republicanismo cívico-- en contra del liberalismo y de la tolerancia liberal.¹²⁶ Ahí, sostiene que una “comunidad liberal” se caracteriza no sólo por adoptar el principio de no dañar a otros, al grado que la única restricción justificada a la libertad de uno es la de evitar perjudicar a los demás, sino también por ser tolerante con las

¹²⁵ John RAWLS, “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 14, No. 3, 1985, pp. 231 y 232.

¹²⁶ Los cuatro argumentos son: 1) el *mayoritario*, la comunidad --y su moralidad-- se define de acuerdo a la voluntad de la mayoría; 2) el *paternalista*, la comunidad sabe lo que es bueno para el individuo, aunque éste no tenga ni idea o a pesar de sus ideas al respecto; 3) el *homogenizador*, la comunidad no puede tolerar ninguna desviación, porque dicha desviación atentaría contra la salud y hasta la vida de la comunidad misma; y 4) el *integrador*, la comunidad es el agregado de los individuos y como tal el individuo depende de la comunidad al grado que ésta refleja todos los aspectos de la vida de aquél. *Vid.* Ronald DWORKIN, “Liberal Community” en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 211-236. (Publicación original en *California Law Review*, Vol. 77, No. 3, 1989, pp. 479-509.) (Hay versión en español: *La comunidad liberal*, traducción de Claudia Montilla, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1996.)

diferencias. Para ello, evoca a MILL quien, hace casi ciento cincuenta años, en su *On Liberty*, había sentenciado:¹²⁷

Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás.

Así mismo, invoca a HART, quien en su *Law, Liberty, and Morality* --en medio de su polémica con Sir Patrick DEVLIN-- argumentó que este principio descarta la penalización de la homosexualidad, como una restricción injustificada a la libertad simplemente porque lo que hacen dos adultos en su privacidad no se puede considerar que cause un daño a otros.¹²⁸ Si bien DWORKIN, de un lado, admite: “Toda comunidad tiene un ambiente ético, y ese ambiente ético hace una diferencia en la vida que sus miembros pueden llevar.”¹²⁹ Del otro, rechaza que la comunidad pueda imponer todo tipo de restricciones a los individuos, sobre todo si éstos no dañan --o no han dañado-- a otros. En el fondo el contraargumento es: si la comunidad --o los individuos que la integran-- está tan preocupada por la uniformidad por qué tolera las

¹²⁷ John Stuart MILL, “On Liberty” en *On Liberty and other writings*, New York, Cambridge University Press, 1989, p. 13: “That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually and collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.” (Hay versión en español: *Sobre la libertad*, traducción de Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 1970, p. 65.)

¹²⁸ H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, Stanford, California, Stanford University Press, 1963. Sobre la polémica Devlin-Hart, *vid. infra* II. ESTADO DE DERECHO: HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: 3. *Derecho, moral y poder*: B. *Relación derecho-moral: la moral del derecho y el derecho de la moral*.

¹²⁹ Ronald DWORKIN, “Liberal Community”, *cit.*, p. 213: “Every community has an ethical environment, and that environment makes a difference to the lives its members can lead.”

desigualdades económicas y por qué no tolera las diferentes orientaciones o preferencias sexuales.

De forma tal, que para DWORKIN al final de cuentas “La comunidad política tiene una primacía ética sobre nuestras vidas individuales.”¹³⁰ Hay cosas que no podemos hacer en el nombre de la libertad y de la igualdad si al hacerlo dañamos a la comunidad, pero solamente el caso de dañar a otros se justifica imponer una restricción y en los demás casos en los cuales no se causa dicho daño no le resta a la comunidad más que ser tolerante. De tal suerte, para él y para la concepción particular del liberalismo que defiende, la cual da lugar a una forma de republicanismo cívico (de corte) liberal y a un comunitarismo liberal:¹³¹

Esa concepción --igualdad liberal-- insiste que la libertad, la igualdad y la comunidad no son tres virtudes políticas distintas y con frecuencia en conflicto... sino tres aspectos complementarios de una misma visión política, así que no podemos garantizar ni incluso entender cualquiera de esos tres ideales políticos independientemente de los otros... La igualdad debe ser medida en recursos y oportunidades, no en bienestar o en felicidad. La libertad no es para hacer cualquier cosa que uno desee sin importar nada, sino para hacer cualquier cosa que uno quiera que respete el derecho de otros. La comunidad debe estar basada no en el cegar o nublar la libertad individual y la responsabilidad, sino en el respecto compartido y efectivo para con esa libertad y responsabilidad. Este es el liberalismo concebido como igualdad liberal.

b. Libertad e igualdad

¹³⁰ *Ibid.*, p. 236: “Political community has that ethical primacy over our individual lives.”

¹³¹ Ronald DWORKIN, “Equality and the Good Life” en *Sovereign Virtue...*, *cit.*, p. 237: “That conception -- liberal equality-- insists that liberty, equality, and community are not three distinct and often conflicting political virtues... but complementary aspects of a single political vision, so that we cannot secure or even understand any one of these three political ideals independently of the others. Equality must be measured in resources and opportunities, not in welfare or well-being. Liberty is not the freedom to do whatever one wants no matter what, but to do whatever one wants that respects the true right of others. Community must be based not on the blurring or melding of individual freedom and responsibility, but on shared and effective respect for that freedom and responsibility. That is liberalism conceived as liberal equality.”

Los valores básicos de toda democracia son la ‘libertad’ y la ‘igualdad’, al grado tal que KELSEN la define en su celeberrimo *Esencia y valor de la democracia* como “la síntesis de ambos principios”.¹³² Sin embargo, tal y como el mismo DWORKIN había reconocido:¹³³

Desdichadamente, la libertad y la igualdad con frecuencia entran en conflicto: algunas veces el único medio efectivo para promover la igualdad requiere de una limitación de la libertad, y en otras ocasiones las consecuencias de proteger la libertad quebrantan la igualdad. En estos casos, el buen gobierno consiste en el mejor compromiso entre los ideales contendientes.

Por una parte, es ya un lugar común decir que la igualdad es una fórmula tan vacía (y por eso mismo celebrada), como la que define a la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”, al definirla como “el deber de tratar igualmente a los iguales” y “desigualmente a los desiguales”.¹³⁴ Para reforzar este punto baste recordar que la palabra

¹³² Hans KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Labor, 1934, p. 16. Vid. Umberto CERRONI, *Reglas y valores en la democracia. Estado de derecho, estado social, estado de cultura*, traducción de Blanca Chacel, México, Patria, 1991.

¹³³ Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, cit., p. 188: “Unfortunately, liberty and equality often conflict: sometimes the only effective means to promote equality require some limitation of liberty, and sometimes the consequences of promoting liberty are detrimental to equality. In these cases, good government consists in the best compromise between the competing ideals”. (La traducción es nuestra.)

¹³⁴ Vid. Peter WESTEN, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, Vol. 95, No. 3, January, 1982, pp. 537-596; y *Speaking Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990. Vid. también Ricardo A. GUIBOURG, “Igualdad y discriminación”, *Doxa*, No. 19, 1996, p. 89; e Imer B. FLORES, “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas): A propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, en Carlos de la TORRE MARTÍNEZ (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 263-306. (Versión revisada del *Documento de trabajo*, No. 76, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.) “El derecho a la igualdad en el derecho comparado: El caso de México”, en AA.VV., *La Constitucionalización de las sociedades contemporáneas*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2007, pp. 99-130.

‘igualdad’ anota “calidad de igual” e ‘igual’ “que no difiere de otro o que tiene la misma clase, condición, etcétera”. De igual forma, el término ‘desigualdad’ connota “calidad de desigual” y ‘desigual’ “que no es igual, diferente”.

Sin embargo, como lo advierte el propio DWORKIN: “La igualdad es la especie en peligro de extinción de los ideales políticos”.¹³⁵ El problema es que no se puede garantizar una igualdad *en todo y para todos*, al grado que:¹³⁶

Nadie... propondría seriamente este como un ideal político: la igualdad plana e indiscriminada no solamente es un valor político débil, o uno que puede ser fácilmente anulado por otros valores. No es un valor del todo: no hay nada que se pueda decir en favor de un mundo en que quienes escogen el ocio, aunque podrían trabajar, sean recompensados con la producción de los industriosos.

Cabe adelantar que como damos por hecho que --al menos en un Estado constitucional y democrático de derecho-- la respuesta a la pregunta igualdad entre *quiénes...* es igualdad para *todos*, la cuestión central en el análisis y valoración de la igualdad es preguntar como lo hace Amartya SEN igualdad de *qué*. Al respecto, SEN evidencia que no hay un concepto unívoco de igualdad porque de una u otra forma todas las corrientes filosóficas-teóricas o posturas ético-normativas postulan igualdad de *algo*: ‘igualdad de *x*’.¹³⁷

Al grado que no sólo los igualitaristas demandan igualdad de ‘beneficios’, ‘ingresos’ y ‘riquezas’,¹³⁸ o bien de ‘capacidades’,¹³⁹ de ‘oportunidades’,¹⁴⁰ de ‘recursos’¹⁴¹ sino también los

¹³⁵ Ronald DWORKIN, *Sovereign Virtue*, *cit.*, p. 1: “Equality is the endangered species of political ideals.” (La traducción es nuestra.)

¹³⁶ *Ibid.*, p. 2: “But no one, I think, would seriously propose this as a political ideal: flat, indiscriminate equality is not just a weak political value, or one that is easily overridden by other values. It is no value at all: there is nothing to be said for a world in which those who choose leisure, though they could work, are rewarded with the produce of the industrious.” (La traducción es nuestra.)

¹³⁷ Amartya SEN, *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992, p. xi y 12.

¹³⁸ Ronald DWORKIN, “Equality of Welfare” en *Sovereign Virtue...*, *cit.*, pp. 11-64. (Publicación original:

liberales o libertarios (puros) y hasta los utilitaristas: ‘libertad igual’ e ‘igualdad en la distribución de los bienes primarios’,¹⁴² ‘trato como iguales’ e ‘igual consideración o preocupación’,¹⁴³ ‘igualdad de derechos y libertades’,¹⁴⁴ de un lado, e ‘igual peso a los intereses iguales de todas las partes’,¹⁴⁵ y ‘el mismo peso a todos los intereses individuales’,¹⁴⁶ del otro.

De esta manera, todas las corrientes son igualitarias en algún sentido. Por lo mismo, el problema es que el ser igualitario, *i.e.* demandar igualdad de una de las variables, implica forzosamente ser no-igualitario con respecto a otra. Con lo cual cada concepción al buscar alguna *igualdad central* acepta algún tipo de *desigualdad periférica*. En otras palabras, admite algún tipo de igualitarismo al mismo tiempo que rechaza otro.¹⁴⁷

En este orden de ideas, claro está como lo sentenció Douglas RAE que no hay una igualdad sino muchas igualdades y que, en consecuencia, no hay una desigualdad sino muchas

“What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, Summer, 1981, pp. 185-246.)

¹³⁹ Amartya SEN, *Inequality reexamined*, *cit.*, pp. xi y 4-11.

¹⁴⁰ John E. ROEMER, *Equality of Opportunity*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1998, p. 1.

¹⁴¹ Ronald DWORKIN, “Equality of Resources” en *Sovereign Virtue...*, *cit.*, pp. 65-119. (Publicación original: “What is Equality? Part 2: Equality of Resources”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, Fall, 1981, pp. 283-345.)

¹⁴² John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*

¹⁴³ Ronald DWORKIN, “The Place of Liberty”, en *Sovereign Virtue...*, *cit.*, pp. 120-183. (Publicación original: “What is Equality? Part 3: The Place of Liberty”, *Iowa Law Review*, Vol. 73, 1987.) Amartya SEN, *Inequality reexamined*, *cit.*, pp. ix, 17 y 18.

¹⁴⁴ Robert NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, *cit.*

¹⁴⁵ R.M. HARE, “Ethical Theory and Utilitarianism”, en Amartya SEN & Bernard WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 26.

¹⁴⁶ J.C. HARSANYI, “Morality and the Theory of Rational Behaviour” en Amartya SEN & Bernard WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, *cit.*, p.47.

¹⁴⁷ Amartya SEN, *Inequality reexamined*, *cit.*, pp. ix-x, y 19.

desigualdades.¹⁴⁸ En este mismo sentido, está claro como lo señaló Michael WALZER que no se trata de una ‘igualdad simple’ sino de una ‘igualdad compleja’ que involucra una pluralidad de criterios distributivos, a saber: libre intercambio, mérito y necesidad, los cuales han dado lugar a lo que conocemos como las esferas de la justicia.¹⁴⁹

De este modo, SEN recuerda que --además de la diversidad y/o pluralidad de variables a partir de las cuales se pueda dar respuesta a la pregunta igualdad de qué-- los seres humanos son bastante heterogéneos entre sí. Al respecto, baste aludir al hecho de que cada uno tiene infinidad de características externas e internas o personales. Lo anterior implica que todos los individuos sean considerados exactamente de la misma manera, a pesar de las desigualdades existentes. Al respecto, ROUSSEAU en su *Discurso sobre el origen de la desigualdad* --publicado hace doscientos cincuenta años-- adelanta:¹⁵⁰

Concibo en la especie humana dos clases de desigualdades: la una que considero natural o física, porque es establecida por la naturaleza y que consiste en la diferencia de edades, de salud, de fuerzas corporales y de las cualidades del espíritu o del alma, y la otra que puede llamarse desigualdad moral o política, porque depende de una especie de convención y porque está establecida o al menos autorizada, por el consentimiento de los hombres. Ésta consiste en los diferentes privilegios de que gozan algunos en perjuicio de otros, como el de ser más ricos, más respetados, más poderosos o de hacerse obedecer.

Para responder a estas desigualdades, pero sobre todo a las del segundo tipo,¹⁵¹ se ha tratado de garantizar diferentes tipos de igualdad desde la económica,¹⁵² la política,¹⁵³ e inclusive

¹⁴⁸ Douglas RAE, *Equalities*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981.

¹⁴⁹ Michael WALZER, *Spheres of Justice...*, cit., pp. 17 y 21. Cfr. David MILLER & Michael WALZER (eds.), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

¹⁵⁰ Jean Jacques ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Bogotá, Ediciones Universales, s.f., p. 26. (Publicación original: 1755.)

¹⁵¹ Si bien es cierto que todos --i.e. los seres humanos como especie del género seres animales-- estamos sometidos por igual a las leyes de la naturaleza nuestra igualdad natural es limitada. Así, podemos no sólo afirmar

la social¹⁵⁴ hasta la jurídica como: 1) igualdad *ante* la ley; y 2) igualdad *en* la ley. La primera como --igualdad formal-- garantiza que todos serán tratados de la misma manera con imparcialidad como destinatarios de las normas jurídicas; y la segunda como --igualdad material-- autoriza que el contenido de la ley sea ajustado para que todos puedan gozar de ella en igualdad de condiciones.

Así, las leyes deben ser generales tanto en su creación como en su aplicación, es decir las normas deben ser las mismas para todos por igual: ateos y creyentes, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, indígenas y no indígenas, nacionales y extranjeros, patrones y trabajadores, pobres y ricos... Este principio --como igualdad *ante* la ley-- es conocido como ‘*isonomia*’. Del mismo modo, la igualdad de respecto --como igualdad *en* la ley-- es equiparada con ‘*isotimia*’.

Por otra parte, es ya un lugar común decir que la igualdad y la libertad están en conflicto. Es cierto *prima facie* que los pensadores libertarios son considerados como anti-igualitarios y los igualitarios como anti-libertarios precisamente porque unos y otros al defender la libertad y la

coloquialmente que “el sol sale para todos” sino también asegurar necesariamente que todos por igual nacimos un día y que moriremos algún otro. *Cfr.* Samuel von PUFENDORF, “On Recognition of the Natural Equality of Men” en *On The Duty of Man and Citizen According to the Natural Law*, I, 7. (Título y publicación original: *De Officio Hominis et Civis prout ipsi praescribuntur lege naturali*, 1673.)

¹⁵² Thomas NAGEL, “Equality” en *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 106-127.

¹⁵³ James BUCHANAN, *The Limits of Liberty...*, *cit. Vid.* James BUCHANAN & Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 1962. (Hay versión en español: *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, traducción de Javier Salinas Sánchez, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.)

¹⁵⁴ John E. ROEMER, “Equality of Opportunity” en K. ARROW *et alli* (eds), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000; y “Equality of Opportunity: A progress report”, *Social Choice and Welfare*, Vol. 19, No. 2, 2002, pp. 455-471.

igualdad a ultranza se olvidan del otro principio. Sin embargo, como vimos, incluso los libertarios (puros) quieren algún tipo de ‘libertad igual’, por ejemplo, igualdad de derechos o libertades en NOZICK.

En este sentido, SEN tiene toda la razón cuando asienta que libertad e igualdad no están necesariamente en conflicto: “La libertad está dentro de los posibles *campos de aplicación* de la igualdad, y la igualdad dentro de los posibles *patrones* de distribución de libertad.”¹⁵⁵ Así que para algunos liberales, a la par de la libertad, la igualdad es un principio importante: la igualdad de los derechos políticos o libertades públicas, en general, y del derecho o libertad de expresión, en particular, es identificada con ‘*isegoria*’, es decir ‘igualdad en el ágora’ y como tal con una parte de lo que DWORKIN denomina ‘igualdad liberal’ y RAWLS ‘libertad igual’ o ‘libertades básicas iguales’.

c. Libertad negativa y positiva

La ‘igualdad liberal’ de DWORKIN y la ‘libertad igual’ o las ‘libertades básicas iguales’ de RAWLS no se reduce solamente a los derechos políticos o libertades públicas, sino que además comprende los derechos civiles o libertades privadas. No obstante, a partir de la célebre distinción de Henri Benjamin Constant de Rebeque --o simplemente CONSTANT-- entre la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos”,¹⁵⁶ hay quienes como Isaiah BERLIN sostienen que hay una gran

¹⁵⁵ Amartya SEN, *Inequality reexamined, cit.*, pp. 22-23: “Liberty is among the possible *fields of application* of equality, and equality is among the possible *patterns* of distribution of liberty.” (El énfasis es original y la traducción es nuestra.)

¹⁵⁶ Vid. Benjamin CONSTANT, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *Curso de política constitucional*, Tomo III, traducción de Marcial Antonio López, Madrid, Imprenta de Lavalle, 1821, pp. 155-205. (Título y publicación original: “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes”, en *Collection Complète des Ouvrages*, París, Béchét Libraire, 1820.)

tensión, paralela a la que se da entre comunidad e individualidad, así como entre igualdad y libertad, entre los dos conceptos de libertad: el positivo y el negativo.¹⁵⁷

Cabe recordar que los antiguos aprecian su participación en el poder público, en contraposición a los modernos que estiman su independencia privada. Con lo cual hay dos grandes modelos para organizar la vida humana: uno, el de los antiguos o republicano, donde se privilegia la libertad colectiva o política y, por ello, a la igualdad y a la comunidad; y, otro, el de los modernos o liberal, donde se privilegia la libertad individual o civil y, por ende, a la libertad y a la individualidad. En otras palabras, hay una gran tensión entre dos condiciones: una positiva como autodeterminación; y, otra, negativa como ausencia de coerción. La primera equiparada con una libertad ‘para’ o comunitaria, democrática y republicana; y, la segunda identificada con una libertad ‘de’ o propiamente liberal.¹⁵⁸

Para tratar de disolver la tensión y conciliar los dos tipos de libertad es imperativo retomar lo dicho por CONSTANT. Primero, al preguntar qué es la libertad para los modernos:¹⁵⁹

Élla no es... otra cosa que el derecho de no estar sometido sino á las leyes, no poder ser ni detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de uno ó de muchos individuos: es el derecho de decir su opinión, de escoger su industria, de ejercerla, y de disponer de su propiedad, y aun de abusar si se quiere, de ir y venir á cualquier parte

¹⁵⁷ Vid. Isaiah BERLIN, “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, pp. 118-172. (Hay versión en español: “Dos conceptos de libertad”, traducción de Julio Bayón, en *Cuatro Ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 215-280. Reproducida en: *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, pp. 205-255.) Vid. también Imer B. FLORES, “Las andanzas y las hazañas de la libertad”, en Sergio SARMIENTO (coord.), *Primer Concurso de Ensayo “Caminos de la Libertad”. Memorias*, México, Grupo Salinas y Fundación Azteca, 2007, pp. 129-152.

¹⁵⁸ Norberto BOBBIO, *Igualdad y libertad*, traducción de Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, 1993; y, *Liberalismo y democracia*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

¹⁵⁹ Benjamin CONSTANT, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *cit.*, pp. 161-162.

sin necesidad de obtener permiso, ni de dar cuenta á nadie de sus motivos ó sus pasos: es el derecho de reunirse á otros individuos, sea para conferir sobre sus intereses, sea para llenar los días ó las horas de una manera la mas conforme á sus inclinaciones y caprichos: es en fin para todos el derecho de influir ó en la administración del gobierno, ó en el nombramiento de algunos ó de todos los funcionarios, sea por representaciones, por peticiones ó por consultas, que la autoridad está mas o menos obligada á tomar en consideración. (*sic*)

Y, al comparar esta libertad con la de los antiguos:¹⁶⁰

[É]llos admitían como compatible con esta libertad colectiva la sujeción completa del individuo á la autoridad de la multitud reunida. No encontrareis en ellos casi ninguno de los beneficios y goces que hemos hecho ver... Todas las acciones privadas estaban sometidas á una severa vigilancia: nada se concedía a la independencia individual ni bajo el concepto de opiniones, ni del de industria, ni de los otros bienes que hemos indicado. En las cosas que nos parecen las mas útiles, la autoridad del cuerpo social se interponía, y mortificaba la voluntad de los particulares. (*sic*)

Después, al manifestar que los modernos en principio no pueden gozar de la libertad de los antiguos, porque ésta se componía “de la participación activa y constante del poder colectivo” y aquélla “del goce pacífico y de la independencia privada”.¹⁶¹ Al respecto, habría que mencionar el objetivo de cada una:¹⁶²

El objeto de los antiguos era dividir el poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria: esto era lo que ellos llamaban libertad. El objeto de los modernos es la seguridad de sus goces privados; y ellos llaman libertad á las garantías concedidas por las instituciones de estos mismos goces. (*sic*)

Así, invita a reconocer con él los principios siguientes: “«La independencia individual es la primera necesidad de los modernos; por consecuencia no se puede pedir el sacrificio de élla para establecer la libertad política.» De esto también se sigue «que ninguna de las muchas

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 162-163.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 175.

¹⁶² *Ibid.*, p. 177.

instituciones tan decantadas que en las repúblicas antiguas oprimían de algún modo la libertad individual, es admisible en los tiempos modernos.»(sic)¹⁶³ A tal grado que:¹⁶⁴

La libertad individual [es]... la verdadera libertad moderna: la libertad política es la garantía, y por consecuencia es indispensable. Pero el pretender de los pueblos en nuestros tiempos que sacrifiquen, así como los antiguos, la totalidad de su libertad individual á la política, este es el medio más seguro de apartarles de la una para quitarles bien pronto la ótra. (sic)

Para concluir:¹⁶⁵

Así no necesitamos debilitar la garantía, sino extender los goces; no se necesita renunciar á la libertad política, sino que debe establecerse la civil con otras formas en la política. Los gobiernos no carecen menos que otras veces del derecho de abrogarse un poder que no es legítimo: la diversidad que hay es que los que parten de un origen que lo es, tienen menos que antiguamente el derecho de ejercer sobre los individuos una supremacía arbitraria. Hoy poseemos nosotros todavía los que en todo tiempo se han tenido, a saber, los eternos de consentir en las leyes; de deliberar sobre nuestros intereses, y de hacer una parte del cuerpo social de la que somos miembros. Pero los gobiernos tienen nuevos deberes; los progresos de la civilización y las mudanzas que han producido lo siglos, prescriben á la autoridad mas respeto por las costumbres, por aquello que mas amamos, y por la independencia de los individuos; por cuya razon debe mirar todos estos objetos con mucha más prudencia y detención. (sic)

Esta reserva de la autoridad, que se contiene en los deberes estrictos, está igualmente en los intereses bien entendidos; porque si la libertad que conviene á los gobiernos actuales es diferente de aquella que convenía á los antiguos, el despotismo que era posible entre éstos, no lo es en aquéllos. De estar nosotros muchas veces mas distraídos de lo que podían estar los antiguos acerca de la libertad política, y menos apasionados por élla, puede seguirse el que alguna vez despreciemos equivocadamente las garantías que élla nos asegura. Pero al mismo tiempo, como que estamos mas ligados que los antiguos á la libertad individual, también la defenderémos, si llega á

¹⁶³ *Ibid.*, p. 187.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 193.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 195-196.

ser atacada, con mucha mas destreza é insistencia, teniendo infinitos mas medios para esto que los antiguos. (*sic*)

De lo dicho por CONSTANT, me gustaría resaltar dos ideas: La primera es que no podemos sacrificar la libertad individual a la libertad colectiva, o lo que es lo mismo las mayorías en ejercicio de su libertad política no pueden pasar por encima de la libertad civil de los individuos e inclusive de las minorías, porque tal y como lo advierte después de limitar la una el siguiente paso es restringir la otra.

La segunda es que debemos encontrar las formas en que ambas sean compatibles, *i.e.* las libertades políticas sirven y deben servir para acrecentar y garantizar todas las libertades y derechos no sólo las políticas sino también las civiles, o en otras palabras conciliar el republicanismo cívico o comunitarismo y el liberalismo. El problema para unos es que en la especie de republicanismo cívico liberal --a la Ronald DWORKIN-- los derechos anteceden a los deberes, mientras que para otros en el humanismo cívico liberal --a la Quentin SKINNER-- los deberes preceden a los derechos.¹⁶⁶ En palabras del último: “el ejercicio de nuestros deberes públicos [*i.e.* libertad política] es indispensable para el mantenimiento de nuestra libertad [civil].”¹⁶⁷

En este orden de ideas, si bien la libertad política o positiva es necesaria para el mantenimiento de la libertad civil o negativa también es cierto que ello implica que aquélla no

¹⁶⁶ *Vid.* Ronald DWORKIN, “Liberal Community”, *cit.*, y Quentin SKINNER “The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives” en Richard RORTY *et alli* (eds.), *Philosophy in History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, pp. 193-221; “The Paradoxes of Political Liberty”, en *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 7, Salt Lake City, University of Utah, 1986, pp. 225-250; y *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. *Cfr.* J.G.A. POCOCK, *The Machiavellian Moment*, Princeton, Princeton University Press, 1975; y Charles TAYLOR, “What’s Wrong with Negative Liberty” en Alan RYAN (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 175-193.

¹⁶⁷ Quentin SKINNER, “The Paradoxes of Political Liberty”, *cit.*, p. 230.

debe ir en contra de ésta. Lo anterior no sólo confirma cierta prioridad a una sobre la otra sino también reafirma la imperiosa necesidad de identificar cuáles son los alcances y las limitaciones de la libertad política o positiva, en general, y de la regla de la mayoría, en particular, sobre todo en relación con la libertad civil o negativa.

Ya sea que los derechos se antepongan a los deberes o éstos a aquéllos, pero en especial en el último caso, es necesario identificar cuáles son las formas y los límites de la libertad política, en general, y de la regla de la mayoría, en particular.¹⁶⁸ El problema es que nuestros deberes públicos y como tal nuestra libertad política o positiva parece agotarse a participar indirectamente en la toma de decisiones políticas, ya sea a través de nuestros representantes, o al elegir a quiénes han de tomarlas por nosotros.

Tal y como lo advirtió ROUSSEAU, respecto de los ingleses pero igualmente aplicable a todos los gobiernos electivos o representativos: “El pueblo inglés piensa que es libre y se engaña: lo es solamente durante la elección de los miembros del Parlamento: tan pronto como éstos son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada.” Y acto seguido concluye: “El uso que hace de su libertad en los cortos momentos que la disfruta es tal, que bien merece perderla.”¹⁶⁹

Es más, la regla de la mayoría al ofrecer un criterio para tomar decisiones, ya sea al responder --como uno de los *métodos de votación*-- a cómo deben tomarse éstas e inclusive -- como uno de los *métodos de elección* (de gobernantes-representantes)-- a cómo deben elegirse a quiénes han de tomarlas, las reduce a la voluntad de la mayoría, *i.e.* a cualquier cosa que diga o

¹⁶⁸ Vid. Imer B. FLORES, “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, pp. 26-52. “Sobre las formas y los límites de la legislación: A propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en Diego VALADÉS y Miguel CARBONELL (eds.), *El estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 271-292. (Hay versión revisada: “Sobre la constitucionalidad de una reforma constitucional”, *Precedente. Anuario Jurídico 2006*, Cali, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI, 2007, pp. 83-104.) “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *cit.*, pp. 247-266.

¹⁶⁹ Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social...*, *cit.*, Libro III, Capítulo XV, p. 125.

plazca a la mayoría y lo que es todavía peor a la mayoría de los mayoritariamente electos que es al fin una minoría del todo o tan sólo una multitud. A este fenómeno se le conoce desde Alexis de TOCQUEVILLE y John Stuart MILL como “la omnipotencia de la mayoría” y ha dado lugar a lo que conocemos como “la tiranía de la mayoría”¹⁷⁰ o en fechas más recientes al “gobierno de la mayoría o mayoritocracia”, y en países como el nuestro donde los actores políticos quedan subordinados a sus partidos, como “el gobierno de los partidos o partidocracia”.¹⁷¹

Si bien podemos considerar que la decisión tomada por la mayoría es *prima facie* legítima, ello no quiere decir que tenga un cheque en blanco para tomar cualquier decisión o que cualquier decisión sea legítima. En este orden de ideas, como ya lo adelantamos, tanto DWORKIN

¹⁷⁰ Vid. Alexis de TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, New York, Anchor Books, 1969, Vol. I, Segunda Parte, Capítulo VII. (Hay versión en español: *La democracia en América*, traducción de Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 257-259.) John Stuart MILL, “Introduction”, en *On Liberty, cit.*, pp. 8 y ss. Vid. también *Considerations on Representative Government*, Indianapolis, The Liberal Arts Press, 1958, pp. 102-126. (Hay versión en español: *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, traducción de Antonio Guzmán Balboa, México, Herrero Hermanos, 1966, pp. 120-147.)

¹⁷¹ Vid., Lani GUINIER, *The Tyranny of the Majority. Fundamental Fairness in Representative Democracy*, New York, Free Press, 1994; e Imer B. FLORES, “Crisis, fortalecimiento y valores de la democracia”, en AA.VV., *Los valores de la democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 1998, pp. 89-115; “Democracia y participación: Consideraciones sobre la representación política”, en J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ (comp.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del Tercer Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 195-238; “Participación y representación: consideraciones sobre el sistema democrático electoral”, *Iniciativa. Revista del Instituto de Estudios Legislativos de la Legislatura del Estado de México*, Año 2, No. 2, enero-marzo 1999, pp. 117-155; “Sistemas electorales: asignaturas pendientes y temas recurrentes”, en AA.VV., *Memoria del Tercer Congreso Regional de Tribunales Electorales del Noreste*, Sinaloa, Tribunal Estatal Electoral de Sinaloa, 2001, pp. 205-218; y “Gobernabilidad y representatividad: Hacia un sistema democrático electoral mayoritario y proporcional”, en Hugo A. CONCHA CANTÚ (coord.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo IV, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 209-236.

como RAWLS han advertido que la mayoría al tomar decisiones no está autorizada a pasar por encima de o pisotear los derechos de la minoría, ni en aras de la máxima felicidad del mayor número sacrificar al menor como lo sugiere el utilitarismo, ni mucho menos a violentar los principios sobre los cuales se sustenta no sólo el Estado y el Estado de derecho sino también la Constitución, la Democracia y el Derecho.¹⁷²

Antes de concluir este capítulo, es menester explicitar una gran paradoja que constituye un doble reto. Por un lado, ampliar las formas de libertad política o positiva, al abrir más espacios para la participación ciudadana en los procesos políticos. Por el otro, limitar el poder de la mayoría simple o multitud, al requerir mayorías calificadas e inclusive adoptar la regla de la *unanimidad* para (tratar de) fomentar y fortalecer la creación de consensos verdaderos y no meramente el intercambio de votos o *log-rolling* --para usar una afortunadísima metáfora anglosajona-- que les permite a los actores políticos alcanzar mayorías ficticias que son además altamente ineficientes.¹⁷³

Al respecto, habría que adelantar que ante la imposibilidad de alcanzar siempre la unanimidad y ante la necesidad de tomar decisiones, la regla de la mayoría se presenta desde LOCKE y ROUSSEAU como el mejor criterio al grado de parecer ser el único. Sin embargo, no

¹⁷² Vid. Imer B. FLORES, “Constitución, democracia y derecho: teoría constitucional y valores constitucionales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 13, 2003, pp. 145-159. (Hay una versión revisada en: Fernando SERRANO MIGALLÓN (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Antonio Martínez Baez*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 129-140.) Vid. también “Assessing Democracy and Rule of Law: Access to Justice” en Aleksander PECZENIK (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress, Lund (Sweden), 12-17 August, 2003, Part I: Justice*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2004, pp. 146-154.

¹⁷³ Vid. James M. BUCHANAN & Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent...*, *cit.*; James M. BUCHANAN, “Politics without Romance. A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications”, en *The Collected Works of James M. Buchanan. Volume 1: The Logical Foundations of Constitutional Liberty*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999, pp. 45-59; y Gordon TULLOCK *et alli*, *Government Failure: A Premier in Public Choice*, Washington, D.C., Cato Institute, 2002, pp. 29-41.

estamos ante una fatalidad sino --como diría UNGER-- ante una falsa necesidad: del hecho (contingente) de que la regla de la mayoría sea hasta el momento nuestra mejor opción no se sigue (necesariamente) que sea la única ni que siempre lo vaya a ser.¹⁷⁴

Históricamente, a los métodos de votación y de elección mayoritarios, *i.e.* fundados precisamente en la regla de la mayoría, se le han contrapuesto los proporcionales --como abogó el mismo MILL-- para garantizar que las minorías sean tomadas en cuenta, pero hay toda una gama de métodos (de votación y de elección) alternos que permiten tanto a la mayoría como a la minoría formar parte en la toma de decisiones.¹⁷⁵

Es más, la idea es buscar la creación del más amplio consenso y no nada más una mayoría numérica o multitud. Al respecto, habría que recordar lo dicho por HOBBS: “El mayor de los poderes humanos es el que se integra con los poderes de varios hombres unidos por el *consentimiento* en una persona natural o civil; tal es el poder de un Estado”,¹⁷⁶ y, por LOCKE: “Siendo, según se ha dicho ya, los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros sin que medie su propio *consentimiento*.”¹⁷⁷

No obstante, aunque el filósofo de Wrington admite que nadie puede ser obligado a salir del “estado de naturaleza” sin su propio consentimiento también advierte: “Una vez que un

¹⁷⁴ Vid. Roberto Mangabeira UNGER, *False Necessity*, *cit.*

¹⁷⁵ Vid. John Stuart MILL, *Considerations on Representative Government*, *cit.*, pp. 102-126 y 127-147.

¹⁷⁶ Thomas HOBBS, *Leviathan...*, *cit.*, First Part, Chapter X, “Of Power, Worth, Dignity, Honour, and Worthinesse”, p. 62: “The Greatest of humane Powers, is that which is compounded of the Powers of most men, united by consent, in one person, Naturall, or Civiil, that has the use of all their Powers depending on his will; such as is the Power of a Common-wealth”. (p. 69.) (El énfasis es nuestro.)

¹⁷⁷ John LOCKE, “The Second Treatise of Government...”, *cit.*, Chapter VIII “Of the Beginning of Political Societies”, § 95, p. 330: “Men being, as has been said, by Nature, all free, equal and independent, no one can be put out this Estate, and subjected to the Political Power of another, without his own *Consent*.” (p. 119)

determinado número de hombres ha *consentido en constituir una comunidad* o gobierno, quedan desde ese mismo momento conjuntados y forman *un solo cuerpo político*, dentro del cual la *mayoría* tiene el derecho de regir y de obligar a todos.”¹⁷⁸ Y acto seguido, en la § 96 desarrolla los alcances de la “voluntad de la mayoría”:¹⁷⁹

En efecto, una vez que, gracias al consentimiento de cada individuo, ha constituido cierto número de hombres una *comunidad*, han formado, por ese hecho, un cuerpo con dicha *comunidad*, con poder para actuar como un solo cuerpo, lo que se consigue por la voluntad y la decisión de la *mayoría*. De otra forma es imposible actuar y formar verdaderamente un solo cuerpo, una sola comunidad, que es a lo que cada individuo ha dado su consentimiento al ingresar en la misma. El cuerpo se mueve hacia donde lo impulsa la fuerza mayor, y esa fuerza es el *consentimiento de la mayoría*; por esa razón quedan todos obligados por la resolución a que llegue la *mayoría*. Por eso vemos que en las asambleas investidas por leyes positivas, pero sin que esas leyes positivas hayan establecido un número fijo para que puedan hacerlo, *la resolución de la mayoría* es aceptada por resolución de la totalidad de sus miembros, y por la ley natural y la de la razón, se da por supuesto que obliga, por llevar por dentro de sí el poder de la totalidad.

¹⁷⁸ *Id.*: “When any number of Men have so *consented to make one Community* or Government, they are thereby presently incorporated, and make *one Body Politick*, wherein the *Majority* have a Right to act and conclude the rest.” (El énfasis es original.) (*Id.*)

¹⁷⁹ *Ibid.*, § 96, pp. 331-332: “For when any number of Men have, by the consent of every individual, made a *Community*, they have thereby made that *Community* one Body, with a Power to Act as one Body, which is only by the will and determination of the *majority*. For that which acts any Community, being only the consent of the individuals of it, and it being necessary to that which is one body to move one way; it is necessary the body should move that way whither the greater force carries it, which is the *consent of the majority*: or else it is impossible it should act or continue one Body, *one Community*, which the consent of every individual that united into it, agreed that it should; and so every one is bound by that consent to be concluded by the *majority*. And therefore we see that in Assemblies impowered to act by positive Laws where no number is set by that positive Law which impowers them, the *act of the Majority* passes for the act of the whole, and of course determines, as having by the Law of Nature and Reason, the power of the whole.” (pp. 119-120)

De todo lo anterior, es imperativo resaltar que la “voluntad de la mayoría” es considerada como si fuera la de la totalidad de sus miembros, pero que la mayoría no está dada *a priori* como un número fijo sino *a posteriori* como un consenso más o menos amplio, resultado de una verdadera deliberación o discusión. Es más, el propio LOCKE estaba consiente que “ninguna resolución excepto el consentimiento de cada individuo puede convertir algo en la resolución del todo”.¹⁸⁰ Sin embargo, no sería sino ROUSSEAU, quien pondría el dedo en la llaga, en una conocidísima nota a pie de página:¹⁸¹

Para que la voluntad sea general, no es siempre necesario que sea unánime; pero sí es indispensable que todos los votos sean tenidos en cuenta. Toda exclusión formal destruye su carácter de tal.

En resumen, la “voluntad de la mayoría” --ya sea el *will (and determination) of the majority* con LOCKE o la *volonté general* con ROUSSEAU-- no se reduce a alcanzar una mayoría numérica predeterminada sino el más amplio consenso al tomar en consideración a todo el mundo sin excluir a nadie: tanto a la mayoría como a la minoría. Al grado tal que a diferencia de una mera mayoría o multitud, la voluntad de la mayoría o voluntad general se constituye tanto por el consenso como por el disenso.¹⁸² En este sentido, para poder alcanzar no un simple acuerdo sino un amplio consenso, *i.e.* fáctico o hipotético, y como tal un verdadero acuerdo de voluntades es

¹⁸⁰ *Ibid.*, § 98, p. 332: “nothing but the consent of every individual can make anything to be the act of the whole”. (La traducción es nuestra.)

¹⁸¹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, *cit.*, Libro Segundo, Capítulo II, p. 35.

¹⁸² *Vid.* Brian BARRY, *A Treatise of Social Justice. Vol. 1: Theories of Justice*, Berkeley, California, University of California Press, 1989, p. 361. *Vid.*, también Javier MUGUERZA, “La obediencia al derecho y el imperativo de la disidencia. Una intrusión en un debate”, en *Sistema*, No. 70, pp. 27-40; y “La alternativa del disenso”, en Javier MUGUERZA (comp.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 19-56.

preciso garantizar las condiciones para llegar en una “situación ideal de habla” a la Jürgen HABERMAS a un “consenso solapado” a la John RAWLS.¹⁸³

En conclusión, si de por sí la mayoría no está autorizada a tomar cualquier decisión mucho menos lo está si se limita a alcanzar una mayoría numérica preestablecida a través del intercambio de votos en lugar del más amplio consenso. De tal suerte con esta tesis doctoral pretendemos desarrollar estos dos puntos y de pasada resolver algunas cuestiones relacionadas con los alcances y limitaciones de la libertad política o positiva, en general, y la regla de la mayoría, en particular, sobre todo cuando atenta contra la libertad civil o negativa.

Como muestra de los límites de la (regla de la) mayoría, basta con adelantar su falibilidad y como tal recordar a Nicolaus COPERNICUS --o castellanizado Nicolás COPÉRNICO--, quien

¹⁸³ La idea del consenso en sus dos versiones, *i.e.* fáctico o hipotético, ha sido sostenida por diversos autores; entre los primeros destacan James FISHKIN, Jürgen HABERMAS y Niklas LUHMANN mientras entre los segundos sobresalen James BUCHANAN, David GAUTHIER y John RAWLS. Ahora bien, consideramos que HABERMAS y RAWLS son los más representativos de todos, así como que la tensión entre ambas posturas es más aparente que real. *Vid.* John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*, § 59 y § 64, pp. 387-388 (340-341) y 416-424 (365-372 y 460-469); “The Idea of an Overlapping Consensus”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, No. 1, 1987; y, “The Domain of the Political and Overlapping Consensus”, *New York University Law Review*, No. 64, 1989, pp. 233-255. (Reproducidos en: *Collected Papers*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999, pp. 421-448 y 473-496.) *Cfr.* Jürgen HABERMAS, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, traducción de William Reg, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1996. (Hay versión en español: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998.) Sobre la polémica entre HABERMAS y RAWLS, *vid.* Jürgen HABERMAS, “Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls’s *Political Liberalism*”, traducción de Ciaran Cronin, *The Journal of Philosophy*, Vol. XCII, No. 3, marzo, 1995. (Reproducido en: *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1998.) John RAWLS, “Reply to Habermas”, *The Journal of Philosophy*, Vol. XCII, No. 3, marzo, 1995. (Hay versión en español: “Reconciliación mediante el uso público de la razón” y “Réplica a Habermas”, en Jürgen HABERMAS & John RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, traducción de Gerard Vilar Roca, Barcelona, Ediciones Paidós, 1998.)

resistió la opinión mayoritaria, casi unánime, de su comunidad respecto a la creencia de que la Tierra era el centro del universo, en lugar de ser un planeta más y el Sol el centro del universo: “Consecuentemente, toda vez que nada evita que la Tierra esté en movimiento, sugiero que ahora deberíamos considerar cuales mociones le son propias, para que puede ser considerada como uno de los planetas. Ya que no es el centro de todas nuestras revoluciones.” De igual forma, a Galileo GALILEI, quien después de abjurar de la visión heliocéntrica del universo dicen que murmuró “*Eppur si muove*”, i.e. “Y sin embargo se mueve”. Y, finalmente a Albert EINSTEIN, quien cuando se enteró de la publicación del libelo “Cien autores en contra de Einstein” dicen que comentó “¿Por qué cien? Si estuviera equivocado, uno habría sido suficiente.”¹⁸⁴

¹⁸⁴ Al parecer hay otra versión de este comentario: “¿Por qué cien? Para derrotar a la relatividad no se necesitan cien científicos, solamente un hecho.”

II. ESTADO DE DERECHO:

HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

*El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor,
si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber.*

Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social. Ou principes du droit politique* (1761).

*La corrección de obvios errores u omisiones legislativas no significa
suplantar la voluntad del legislador, sino hacerla efectiva.*

Lon L. FULLER, *The Case of the Speluncean Explorers* (1949).

Recaracterizar el ‘Estado de derecho’ como un ‘Estado constitucional y democrático de derecho’ implica la identificación de aquellos principios que definen a un ‘Estado de derecho’ auténtico, propio o puro, e indica su ilustración a partir no de un mero ‘Estado legislativo de derecho’ sino de un verdadero ‘Estado constitucional de derecho’, así como de un verdadero ‘Estado democrático de derecho’. Entre estos aspectos destaca la crítica a las ideas de que el legislador y el juzgador están en conflicto o que dicho conflicto se resuelve necesariamente a favor del primero o que al segundo no le queda más que ser deferente, por su carácter aparentemente no electivo o representativo ni democrático. De igual forma, denunciamos la noción de que el

‘Estado de derecho’ se reduce a una aplicación estricta o rigurosa de la ley cuando en realidad se requiere una aplicación flexible y ponderada de la misma, a partir de un mejor entendimiento de las relaciones derecho-moral y derecho-poder.

De esta guisa, en primera instancia, presentamos al ‘Estado de derecho’ y a sus principales características no sólo como una expresión diferente a la suma de ‘Estado’ y ‘derecho’ sino también invertimos la implicación para sugerir que el análisis del ‘Estado de derecho’ será de gran provecho para el estudio tanto del ‘Estado’ como del ‘derecho’; en segundo lugar, proponemos una alternativa de la ‘legislación’ y de la ‘adjudicación’ que concibe al legislador y al juzgador no necesariamente en conflicto sino en colaboración, complementación y cooperación, en una especie de división de trabajo donde ambos observan ciertos límites y los mismos principios de racionalidad jurídica; y, en tercer término, proyectamos una revisión de nuestras categorías ‘derecho’, ‘moral’ y ‘poder’, así como de sus relaciones entre sí, para sugerir que el ‘Estado de derecho’ requiere que el ‘derecho’ sea el puente entre la ‘moral’ y el ‘poder’.

En este orden de ideas, para que el *Estado de derecho* sea auténtico, propio o puro es forzoso que sea además constitucional y democrático. Lo anterior implica una revisión de las relaciones entre ‘legislación’ y ‘adjudicación’, así como entre ‘derecho’, ‘moral’ y ‘poder’, las cuales darán sustento a un ‘Estado de derecho’ equiparado no con la aplicación estricta o rigurosa de la ley sino con la aplicación flexible y ponderada de la misma, la cual servirá para fundamentar, justificar o legitimar la organización justa de la vida humana mediante el derecho a partir de un nuevo paradigma integrador.

1. *Estado de derecho*

Para comenzar este apartado es imperioso formular algunas aclaraciones y precisiones acerca del concepto ‘Estado de derecho’, a partir de su relación con otros dos conceptos diferentes, a saber: ‘Estado’ y ‘derecho’. En este orden de ideas, pretendemos denunciar una equivocación: ya sea que se acoja --como la gran mayoría de los juristas-- lo que podemos caracterizar como la *tesis*

débil o bien que se adopte --como algunos tratadistas desde una perspectiva positivista como la de Hans Kelsen-- lo que podemos considerar como la *tesis fuerte*, el equívoco es el mismo.

De un lado, en el caso de la *tesis débil*, a saber: ‘Estado’ y ‘derecho’ forman un binomio inseparable al grado tal que la afirmación ‘todo Estado es de derecho’ (o ‘todo derecho es de Estado’) resulta ser una perogrullada y hablar de un ‘Estado de derecho’ un sinsentido. Y, del otro, en el caso de la *tesis fuerte*, a la sazón: ‘Estado’ y ‘derecho’ son *unum et idem* (i.e. uno y el mismo), a tal grado que la expresión ‘Estado de derecho’ parecería ser un pleonasma: ‘todo Estado es un Estado de derecho’ (o ‘todo derecho es un derecho de Estado’).¹

Al respecto, cabe abrir un breve paréntesis para evocar al mismísimo jefe de la *Wiener Schule*:²

[E]l Estado, como orden social, tiene que identificarse necesariamente con el derecho o, cuando menos, con un orden jurídico específico, relativamente centralizado, es decir, con el orden jurídico nacional, en oposición al internacional, que es un orden altamente descentralizado.

Y para invocar a uno de sus críticos:³

¹ Vid. Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949, pp. 215-229. (Hay versión en inglés: *General Theory of Law and State*, traducción de Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1945.) *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., cit., pp. 291-321; *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, traducción de Emilio O. Rabasa, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2001, pp. 53-58. (Esta versión apareció originalmente en: México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1960.) *Introduction to the Problems of Legal Theory*, traducción de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2002, §§ 46-48, pp. 97-106. (Publicación original: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Franz Deuticke, 1934.) (Hay versión en español: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, traducción de Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada 1955.)

² Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. viii.

³ Edgar Bodenheimer, *Teoría del derecho*, traducción de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 75. (Publicación original: *Jurisprudence*, New York, McGraw Hill, 1940.)

La teoría de que Estado y Derecho son la misma cosa la ha llevado a su forma más extrema Hans Kelsen. En su opinión Derecho y Estado no son meramente dos aspectos o lados del mismo fenómeno; son totalmente y sin reservas idénticos. Todo acto del Estado es a la vez acto jurídico. Toda definición del Estado es a la vez una definición del Derecho. No supone la más mínima diferencia que el Estado de que se trate sea autocrático o democrático, que sea Estado de poder o Estado de Derecho. Todo Estado, según Kelsen, tiene que ser Estado de Derecho. El poder del Estado es meramente la suma total de normas coactivas válidas en una sociedad dada; lo mismo es el derecho. Según Kelsen es algo totalmente injustificado hablar de un dualismo entre Estado y Derecho.

Una vez cerrado el paréntesis, podemos afirmar que de lo anterior resultan dos ideas centrales: Primera, es cierto que no todo 'Estado' es o debe ser necesariamente de 'derecho' ni todo 'derecho' es o debe ser necesariamente de 'Estado'. Baste pensar en cualquier Estado autoritario o totalitario contrario a 'derecho'; o bien, en el derecho de una comunidad o sociedad primitiva previo a la configuración de un 'Estado'.⁴ Segunda, está claro que la estrecha relación e incluso la 'identidad' entre los conceptos de 'Estado' y 'derecho' no cancela la 'diferencia' respecto a una tercera expresión distinta y con características diversas de los dos términos anteriores, como podría ser la de 'Estado de derecho', equiparado a guisa de ejemplo con el concepto alemán *Rechtstaat* y en abierta contraposición al 'Estado de fuerza' o *Machtstaat*.

En este sentido, a la Jeremy WALDRON,⁵ consideramos que el 'Estado de derecho' (*Ed*) es algo diferente tanto al 'Estado' (*E*) como al 'derecho' (*d*), así como a la unión de ambos (*E +*

⁴ Vid. H. L.A. HART, *The Concept of Law*, 2ª ed., cit., pp. 91-92.

⁵ Jeremy WALDRON ha insistido e instado no sólo a resistir la idea de que lo que identificamos con la expresión en inglés "rule of law" sea reducible a cualquiera de los dos conceptos "rule" o "law" o a la unión de ambos (*rule+law*) sino también a invertir la implicación (\rightarrow) según la cual basta con agotar el análisis de "rule" y "law" para conocer qué es el "rule of law": "rule"+"law" \rightarrow "rule of law"; y, en cambio, a partir del análisis de "rule of law" saber qué son tanto "rule" como "law": "rule of law" \rightarrow "rule"+"law". Vid. Jeremy WALDRON, "The Concept and the Rule of Law". (Ponencia presentada en el Congreso Internacional Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados 2005-2006: "Filosofía del Derecho", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México,

d), al grado que no puede ser equiparado a --o identificado con-- ni mucho menos reducido a ellos:

$$1) Ed \neq E$$

$$2) Ed \neq d$$

$$3) Ed \neq E + d$$

De esta manera, cuando nuestro conocimiento del ‘Estado’ y del ‘derecho’ parecía ser suficiente para nuestro entendimiento de un ‘Estado de derecho’ resulta que éste es diferente a aquéllos o al menos no necesariamente igual a la suma de ambos. En pocas palabras, si no cualquier ‘Estado’ y/o ‘derecho’ es idéntico al ‘Estado de derecho’, entonces para poder ser considerado como tal, *i.e.* como un ‘Estado de derecho’, tanto el ‘Estado’ como el ‘derecho’ deben tener algunas características o contar con ciertos principios más allá de simplemente ser un ‘Estado’ o un ‘derecho’. La doble pregunta abierta entonces es ¿cuáles son las características o los principios de un ‘Estado’ auténtico, propio o puro? ¿cuáles son las características o los principios de un ‘derecho’ auténtico, propio o puro?

$$4a) E = Ex$$

$$4b) d = dx$$

Así mismo, también *a la* WALDRON, estimamos que es posible invertir la implicación (\rightarrow) según la cual parecería que basta con agotar el análisis de ‘Estado’ y ‘derecho’ para aprender qué es un ‘Estado de derecho’:

$$5) E + d \rightarrow Ed$$

Y, en cambio, a partir del análisis del ‘Estado de derecho’ comprender qué son tanto el ‘Estado’ como el ‘derecho’:

D.F., México, 30 de marzo de 2006; y en el Colloquium in Legal, Political and Social Philosophy, New York University School of Law, New York City, Estados Unidos de América, el 14 de septiembre de 2006.) (Hay versión disponible en:

<http://www.law.nyu.edu/clppt/program2006/readings/Concept%20and%20Rule%20of%20Law%20WALDRON.pdf>.)

6a) $Ed \rightarrow E$

6b) $Ed \rightarrow d$

De este modo, cuando nuestro conocimiento del ‘Estado de derecho’ parecía estar subordinado a nuestro entendimiento tanto del ‘Estado’ como del ‘derecho’ resulta que el análisis del ‘Estado de derecho’ es esencial para entender tanto al ‘Estado’ como al ‘derecho’. En otras palabras, en lugar de deducir que es un ‘Estado de derecho’ a partir del análisis del ‘Estado’ y del ‘derecho’ es posible a partir de las características o de los principios del ‘Estado de derecho’ inferir las características o los principios tanto del ‘Estado’ como del ‘derecho’. La doble pregunta abierta entonces es ¿cuáles son las características o los principios de un ‘Estado de derecho’ auténtico, propio o puro? ¿qué nos dice de las características o los principios tanto de un ‘Estado’ auténtico, propio o puro como de un “derecho” auténtico, propio o puro?

7a) $Edx \rightarrow Ex$

7b) $Edx \rightarrow dx$

Para responder a las preguntas anteriores es menester proceder al análisis del ‘Estado de derecho’.⁶ De tal forma, habría que comenzar por recordar que se le asocia --o debe asociar-- no sólo con el ‘gobierno de (las) leyes’ en confrontación al ‘gobierno de (los) hombres’, con el ‘Estado de (la) razón’ en contraposición al ‘Estado de (la) pasión’ y a la ‘razón de Estado’, y con el *rechtstaat* en oposición al *machtstaat* --bajo la forma de ‘Estados autoritarios’ o ‘totalitarios’-- sino también con el ‘imperio del derecho’, identificado con las expresiones en inglés ‘*law’s empire*’ o ‘*rule of law*’ y hasta con la ‘moralidad del derecho’, *i.e.* ‘*morality of law*’.⁷

⁶ Vid. Diego VALADÉS, “La no aplicación de normas por la autoridad” en *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 1-79. (Hay otra edición: Buenos Aires, Depalma, 2004, pp. 11-98.)

⁷ Cfr. Ronald DWORKIN, *Law’s Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, p. 93. (Hay versión en español: *El imperio de la justicia*, Barcelona, GEDISA, 1988.) Lon L. FULLER, *The Morality of Law*,

Consideramos más que oportuno tener presente que ya desde los griegos es un lugar común cuestionar qué es mejor el ‘gobierno de los hombres’ o el ‘gobierno de las leyes’.⁸ Al respecto, ARISTÓTELES parte por inquirir “si acaso conviene más ser gobernados por el mejor hombre que por las mejores leyes”; o bien, por la ‘pasión’ o por la ‘razón’.⁹ Ciertamente, el filósofo estagirita se ha de inclinar por el gobierno de las mejores leyes, para regular los casos abstractos o generales, a partir de la *razón*. Sin embargo, no deja de identificar alguna ventaja del gobierno del mejor hombre, para resolver casos concretos o particulares, a través de la *pasión*:¹⁰

[E]s mejor aquello a lo que no se asocia lo pasional que aquello a que le es algo connatural. Efectivamente, en la ley esto no se encuentra, mientras que toda alma humana lo tiene necesariamente. Pero tal vez alguno diría que, a cambio de eso, un hombre decidirá mejor en los casos concretos.

No obstante, el preceptor de Alejandro Magno concluye: “Pero tanto queda claro que es preciso que haya un legislador y existan las leyes; pero que no deben ser soberanas donde se

Segunda edición, New Haven, Yale University Press, 1969, p. 96. (Publicación original: 1964) (Hay versión en español: *La moral del derecho*, Francisco Navarro, México, Trillas, 1967.)

⁸ Vid. Norberto BOBBIO, “Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes”, en *El futuro de la democracia*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 120-136.

⁹ En el fondo se trata de un falso dilema: debemos ser gobernados por las mejores leyes (razón) y por los mejores hombres (pasión). Es en el caso de un eventual conflicto entre ambos que las leyes y la razón deben prevalecer por encima de los hombres y la pasión.

¹⁰ ARISTÓTELES, *Política, cit.*, Libro III, Capítulo XV, 1286^a, p. 139. *Ibid.*, Libro III, Capítulo XVI, 1287^a, p. 142: “Por tanto, el que defiende el gobierno de la ley parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y la inteligencia, mientras que el que apoya el gobierno de un hombre, añade también un factor animal. Pues la pasión es eso y el impulso desvía a los gobernantes y aun a los hombres mejores. Por ello la ley es razón sin apetito.”

salgan de sus límites, aunque deben tener autoridad en todo lo demás.”¹¹ Es más, en su *Ética nicomaquea* instruye:¹²

Por este motivo no permitimos que gobierne el hombre, sino la ley, porque el hombre ejerce el poder para sí mismo y acaba por hacerse tirano. Pero el magistrado es el guardián de lo justo; y si de lo justo, también de lo igual. Si el magistrado es justo, no se atribuye, según la opinión general, nada excesivo, porque no se adjudica más de lo debido de los bienes en sí, a no ser una porción proporcional a sus méritos. Y así, el magistrado justo trabaja para los demás; y por eso se dice que la justicia es el bien de los demás.

En este sentido, el gobierno de las leyes en contraste al de los hombres implica el gobierno de la razón por encima de la pasión:¹³

Cada uno de ellos [*i.e.* de los ciudadanos] ciertamente, tomado como un individuo cualquiera, es seguramente inferior al mejor; pero la ciudad se compone de muchos, lo mismo que un banquete al que contribuyen todos es mejor que el de una sola persona; por eso juzga mejor muchas veces una multitud que un individuo cualquiera.

En este mismo orden de ideas, cabe recordar a CICERÓN, cuando cita a Catón el viejo:¹⁴

[L]a organización política de nuestro Estado [el romano] supera a la de los demás Estados [los cretenses, los lacedemonios, los atenienses]... porque en ellos fueron por lo común individuos quienes establecieron, cada uno, su constitución...; en cambio, nuestra constitución [la romana] no fue establecida por el ingenio de uno solo, sino por el de muchos, y no en una sola vida de un hombre sino en algunos siglos y edades; pues... ni había surgido un genio tan grande como para que alguna vez hubiera existido alguien a quien ninguna cosa se le escapara, ni todos los

¹¹ *Id.*

¹² ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, traducción de Antonio Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, Libro V, Capítulo VI, 1134^b, pp. 119-120.

¹³ ARISTÓTELES, *Política, cit.*, Libro III, Capítulo XV, 1286^a, p. 139.

¹⁴ Marco Tulio CICERÓN, *De re publica*, traducción de Julio Pimentel Álvarez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 39.

genios aplicados a una sola época como para que lo abarcaran todo sin la experiencia de las cosas y una larga duración.

Por su parte, Sir Edward COKE --o COOK-- a partir de su concepción del derecho como ‘razón artificial’ y a través del proverbio legal *per varios usus experientia legem fecit*-- arriba a una resolución muy parecida:¹⁵

Nuestros días sobre la tierra no son más que una sombra respecto a los días y épocas pasados. De donde se infiere que *las leyes han sido hechas por la sabiduría de los hombres más excelentes*, en muchas edades sucesivas, mediante dilatadas y continuadas experiencias (la prueba de la luz y de la verdad), acabadas y refinadas, lo cual ningún hombre (disponiendo de tan poco tiempo), aunque tuviese la sabiduría de todos los humanos, en ningún período podría haber obtenido.

El ‘Estado de derecho’ como ‘gobierno de (las) leyes’ o ‘imperio del derecho’ implica que de la misma manera en que nadie incluido el monarca o soberano puede estar arriba de la ley, ningún ser humano inclusive los más ricos o los mejores pueda pasar por encima de ésta. En resumen, el ‘Estado de derecho’ se equipara no sólo con el gobierno de las leyes sino también con el respeto a las libertades públicas: *non sub homine sed sub Deo et lege*. En otras palabras, se identifica con el principio de que efectivamente la ley gobierna a través del tiempo, ya sea *nómos basileus* para los griegos o *lex rex* para los romanos.

Por su parte, Friedrich August von HAYEK reconoce que las formulaciones más efectivas del ‘Estado de derecho’ como *rule of law* se le pueden atribuir a CICERÓN:¹⁶

1) La conveniencia de las leyes o reglas generales --*leges legum*;¹⁷

¹⁵ Sir Edward COKE citado por Friedrich August von HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, The Chicago University Press 1960, p. 433. (Hay versión en español: *Los fundamentos de la libertad*, traducción de José Vicente Torrente, Madrid, Unión Editorial, 1991.)

¹⁶ Vid. Friedrich August von HAYEK, *The Constitution of Liberty*, cit., pp. 166-167.

2) La obediencia a las leyes si queremos ser libres --*omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus*;¹⁸ y

3) La presencia del juez como la ley con boca/voz --*magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum*.¹⁹

Sin duda, estas tres máximas han llegado hasta nuestros días, al ser recibidas y reproducidas, entre otros, por Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de MONTESQUIEU, quien reitera la importancia de las leyes generales y retoma los pensamientos de CICERÓN, de un lado, para redefinir a la libertad como la obediencia a las leyes civiles.²⁰

[L]a libertad consiste principalmente en la imposibilidad de verse forzado a hacer una cosa que la ley no ordena; sólo se alcanza este estado cuando se está gobernado por las leyes civiles: así, pues, somos libres porque vivimos sujetos a leyes civiles.

¹⁷ Vid. Marco Tulio CICERÓN, *Las leyes*, traducción de Álvaro D'Ors, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953, Libro Segundo, 7, 18, p. 131: "Pero no serán dadas por mí leyes completamente hechas, porque sería una cosa infinita, sino las sumas mismas de las cosas y las sentencias".

¹⁸ Vid. Marco Tulio CICERÓN, "Discurso en defensa de Cluencio Avito" en *Obras Completas*, Tomo XIII, traducción de Díaz Tendero y Fernández Llera y Calvo, Madrid, Librería de Perlado, 1917, p. 319: "en fin, para poder ser libres, debemos todos ser esclavos de las leyes."

¹⁹ Vid. Marco Tulio CICERÓN, *Las leyes*, cit., Libro Tercero, 1, 2, pp. 192-195: "el magistrado es una ley con voz, y la ley un magistrado sin ella." Vid. también Sir Edward COKE, *Calvin's Case*, Capítulo IV, Nota 18, citado por Friedrich A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, cit., p. 462 (p. 204): "Judex est lex loquens".

²⁰ Charles Louis de Secondat Barón de la Brède y de MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona, Altaya, 1993, Libro XXVI, Capítulo XX, p. 344. (Hay otras versiones: traducción de Nicolás Estévanez, Paris, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1939; y Buenos Aires, Heliasta, 1984.)

Y, del otro, para reducir el papel del juez a ser la mera boca de la ley: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.”²¹

Cabe destacar que con relación al primer adagio hay una gran coincidencia entre la versión clásica del orador romano y la moderna del pensador francés. No obstante debemos resaltar que en lo referente al segundo aforismo, a pesar de la aparente convergencia entre las dos vertientes, hay más bien una profunda divergencia. Ciertamente no es lo mismo que la función de los jueces sea totalmente limitada como *la boca/voz de la ley*; en lugar de parcialmente liberada y restringida como *la ley con boca/voz*. La primera, a partir de un mal discernimiento de la separación de poderes, implica un conflicto entre el poder judicial y el poder legislativo, el cual se resolvía con la subordinación del juzgador al legislador; en tanto que la segunda, a través de un mejor entendimiento de la división de poderes, indica la colaboración, complementación y coordinación de ambos.²²

Visto con estos ojos, los juzgadores y los legisladores no necesitan ser caracterizados por estar en *competencia* unos y otros acerca de cuál tiene mayor valentía o una mejor visión moral. Por el contrario, cada uno puede ser considerado por contribuir, en sus formas únicas, desde sus perspectivas únicas, y dentro de contextos de decisión únicos, a la consecución de un Estado de

²¹ *Ibid.*, Segunda Parte, Libro XI, Capítulo VI, p. 120. Cfr. John MARSHALL, *Osborn v. Bank of United States*, 22 U.S. citado por Friedrich A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, cit., p. 463. (p. 205: “los jueces como personas «que hablan por boca de la ley» e «incapaces de imponer su voluntad para nada.»”)

²² Wilfrid J. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 269-270: “Seen in this light, judges and legislators need not be seen to be in *competition* with each other over who has more courage or the better moral vision. On the contrary, they can each be seen to contribute, in their own unique ways, from their own unique perspectives, and within their unique contexts of decision, to the achievement of a morally sensitive and enlightened rule of law... [and “justice”...] judicial review sets the stage for a “dialogue” between the courts and the legislature... not as an imposition that thwarts the democratic will but as one stage in the democratic process.” (La traducción es nuestra.)

derecho moralmente sensible e ilustrado... la revisión de la constitucionalidad de leyes prepara el escenario para un “diálogo” entre las cortes y la legislatura... no como una imposición que amenace la voluntad democrática sino como un paso más en el proceso democrático.

Al respecto, es conveniente recordar un pensamiento de Gustav RADBRUCH:²³

Es utópico y hasta desagradable representarse al juez como un simple aparato registrador, como un verdadero autómatas jurídico, como un mero instrumento del Derecho, a quien no se le deja el menor margen para apreciar o valorar, a quien se le niega la posibilidad de manejar la justicia, y la equidad y que, por consiguiente, debe considerarse más como un esclavo de la seguridad jurídica que como servidor de la justicia.

Junto a los tres apotegmas anteriores es común encontrar varios axiomas del ‘Estado de derecho’, entre los cuales sobresalen: 1) ‘la igualdad ante la ley’, la cual se desdobra a su vez: A) en la ‘igual aplicación de la ley’, sin distinciones de ninguna especie; y B) en el proverbio de que ‘casos iguales deben ser tratados de igual manera’ o *ubi eadem ratio ibi eadem iuris dispositio*; 2) ‘la sujeción de todos ante la ley’, incluidos gobernantes y gobernados, soberanos y súbditos; 3) ‘la prohibición a la creación de tribunales especiales’ --o *ad hoc*; y a la ‘proscripción de la aplicación retroactiva de la ley’ --o *ex post facto*; 4) ‘la certeza o seguridad de la ley’, la cual recuerda preceptos como *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, *i.e.* no hay crimen sin ley ni pena sin ley; y 5) ‘el debido proceso de ley’, el que refresca principios como *audi alteram partem*, *i.e.* nadie puede ser juez de su propia causa ni hacerse justicia por su propia mano, y si estamos en lo correcto de dicho principio deriva uno análogo: nadie puede ser legislador de su propia causa ni legislar en el beneficio de o en el nombre de una persona o de un grupo en particular cuando las leyes por definición deben ser generales.²⁴

Al respecto, cabe traer a colación la enmienda XXVII de la Constitución de los Estados Unidos de América: “Ninguna ley que varíe la remuneración de los servicios de los senadores y

²³ Gustav RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 123-124. (Publicación original: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948.)

²⁴ Vid. Imer B. FLORES, “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *cit.*, pp. 250 y 266.

representantes tendrá efecto hasta después de que se haya realizado una elección de representantes.”²⁵ De igual forma, habría que recordar, de un lado, en el caso de México, la (fallida) iniciativa de reforma constitucional que pretendía permitir la reelección de los miembros del Congreso de la Unión, pero que no tendría efecto sino hasta después de que se hubiera realizado una elección de los mismos.²⁶ Y, del otro, en el caso de Colombia, la impugnación de la reforma constitucional que permitió la reelección inmediata del presidente de la república sin la necesidad de que mediará una elección para que surtiera sus efectos.²⁷

2. Legislación y adjudicación

En este apartado procederemos a criticar no sólo la idea de que los legisladores y los juzgadores están necesariamente en competencia y como tal en conflicto sino también la imagen de que representan versiones conflictivas acerca de la justicia y las visiones a partir de las cuales el conflicto debe resolverse sin discusión ni lugar a dudas a favor del punto de vista del legislativo. Además de cuestionar que no están necesariamente en competencia ni en conflicto y que por el contrario tanto la colaboración como la complementación o cooperación ofrecen una mejor caracterización y explicación de la función que ambos desempeñan --y deben desempeñar-- para la realización de la justicia en un ‘Estado de derecho’ auténtico, propio, o puro, al cual vamos a recaracterizar como un Estado constitucional y democrático de derecho.

Estas ideas --*i.e.* que los legisladores y los jueces necesariamente están en competencia al mantener visiones conflictivas de la justicia y que en dicho caso las legislaturas deben prevalecer sobre las cortes-- derivan de la noción de que presumiblemente cualquier decisión política de la legislatura está justificada por el mero hecho del carácter electivo y representativo de los legisladores, en tanto que cualquier decisión técnica de la corte está legitimada en la medida en la

²⁵ *Ibid.*, p. 263.

²⁶ *Ibid.*, pp. 263-264.

²⁷ *Ibid.*, p. 264. *Vid.* también Imer B. FLORES, “Sobre las formas y los límites de la legislación...”, *cit.*, pp. 290-291.

cual ésta sea deferente al no apartarse de lo decidido con anterioridad por aquélla, debido a la naturaleza no-electiva o no-representativa de los juzgadores. De forma tal que cuando la corte tiene que apartarse de la decisión de la legislatura --o de plano resolver alguna ambigüedad y vaguedad, o subsanar alguna contrariedad u oquedad-- parece asumir indebidamente el papel legislativo. Aparentemente, en caso de conflicto entre la legislatura y la corte, la primera debe prevalecer sobre la segunda, meramente por su carácter electivo y representativo, conforme a la máxima de James MADISON: “En el gobierno republicano, la autoridad legislativa predomina necesariamente.”²⁸

Sin embargo, la mera existencia de elecciones o el hecho de ser electo no es una condición necesaria ni suficiente para ser representativo --e inclusive democrático--. Al respecto, baste traer a colación el pensamiento de Jean-Jacques ROUSSEAU:²⁹

La soberanía no puede ser representada por la misma razón de que es inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo, pues, no son ni pueden ser sus representantes, son únicamente sus comisarios y no pueden resolver nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no ratifica, es nula. El pueblo inglés piensa que es libre y se engaña: lo es solamente durante la elección de los miembros del Parlamento: tan pronto como éstos son elegidos, vuelve a ser esclavo no es nada.

Si los jueces fueran electos --y algunos en la actualidad lo son-- la presunción a favor de los legisladores desaparecería. Es más, los jueces a pesar de no ser electos de manera directa por el pueblo pueden ser considerados como un agente ‘representativo’ designado de modo indirecto por éste mediante otro(s) agente(s) ‘representativos’ tales como el ejecutivo o el legislativo y

²⁸ James MADISON, “No. 51”, en Alexander HAMILTON *et al.*, *The Federalist Papers*, New York, Mentor, 1961, p. 322: “In republican government, the legislative authority necessarily predominates.” (La traducción es nuestra.) (Hay versión en español: *El federalista*, traducción de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.)

²⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social, cit.*, Libro III, Capítulo XV, p. 125.

hasta pueden resultar ser más representativos de los intereses no sólo de las mayorías sino también de las minorías e inclusive proteger a las minorías de los abusos de las mayorías.³⁰

De igual forma, los legisladores son responsables de sus decisiones políticas y en consecuencia deben ser responsivos políticamente por ellas, mientras que los juzgadores son responsables de sus decisiones técnicas y por consecuencia pueden ser responsivos *prima facie* técnica y no políticamente por las mismas. Si los juzgadores fueran responsabilizados políticamente por sus decisiones --y algunos en la realidad lo son-- la presunción a favor de los legisladores también desvanecería.

Por tanto, no hay una razón conclusiva o concluyente para suponer que la visión de la legislatura debe prevalecer en casos de conflicto sobre la de la corte en automático, dada la ‘falsa necesidad’ tanto de su carácter no-electivo y no-representativo como de su naturaleza no-responsable y no-responsiva políticamente.³¹ Es más, la idea misma de que están necesariamente en competencia y en conflicto es falsa y por ello falseable, y debe ser reemplazada por la imagen de la colaboración, complementación y cooperación.

En este orden de ideas, es imperativo recordar, a partir de las enseñanzas de Duncan KENNEDY, que las nociones de competencia y conflicto derivan en gran medida de las “grandes dicotomías” de las teorías jurídica y política, tales como adjudicación/legislación,

³⁰ Vid. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., e “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38. (Hay versión en español: “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, traducción de Imer B. Flores, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 7, julio-diciembre 2002, pp. 3-52.) Vid. también John Hart ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980. (Hay versión en español: *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.) Y, Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

³¹ Cfr. Roberto Mangabiera UNGER, *False Necessity...*, cit.

aplicación/creación del derecho, juzgadores/legisladores, cortes/legislaturas, mismas que refuerzan la aparente separación entre derecho y política.³² Así, es un lugar común afirmar, de un lado, que la adjudicación como aplicación (del derecho) corresponde a los juzgadores en las cortes y como tal a la esfera del derecho y de lo que es propiamente jurídico; y, del otro, que la legislación como creación (del derecho) pertenece a los legisladores en la legislatura y como tal al espacio de la política y de lo que es aparentemente pre-jurídico.

De tal suerte en la adjudicación el elemento político e ideológico es negado y en consecuencia subestimado, en tanto que en la legislación el fundamento político e ideológico es reafirmado y por consecuencia sobreestimado. Al parecer, la adjudicación es objetiva y el elemento político-ideológico minimizado, mientras la legislación es subjetiva y el fundamento político-ideológico maximizado.

Aunque se alega que “la adjudicación es lo que las cortes hacen y la legislación lo que las legislaturas hacen... Sin embargo es perfectamente posible para una legislatura adjudicar y para una corte legislar.”³³ Como lo reconoce FULLER: “[L]a distinción entre las funciones legislativa y judicial, hoy dada por hecho, es un desarrollo comparativamente moderno.”³⁴ De hecho, como el mismo recuerda: “El parlamento inglés en su origen fue principalmente un órgano adjudicativo o aplicativo del derecho, y sólo gradualmente comenzó a ejercer abiertamente poderes legislativos”.³⁵ Así mismo, reitera que sobre este tema hay varias opiniones todavía encontradas:³⁶

³² Vid. Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997, pp. 23-38.

³³ *Ibid.*, p. 26: “adjudication is what courts do and legislation is what legislatures do... But it is perfectly possible for a legislature to adjudicate and for a court to legislate”. (La traducción es nuestra.)

³⁴ Lon L. FULLER, *The Anatomy of Law*, New York, Frederick A. Praeger, 1968, p. 32: “[T]he distinction between legislative and judicial functions, today taken for granted, is a comparatively modern development”. (La traducción es nuestra.)

³⁵ *Ibid.*, pp. 89-90: “The English Parliament in its origin was primarily an adjudicative or «law-finding» body, and it only gradually began openly to assert legislative powers”. (La traducción es nuestra.)

Éste es un punto en el cual la doctrina jurídica ha divergido profundamente. La versión vieja, todavía no abandonada por completo, mantenía que las cortes no creaban derecho, sino que meramente lo descubrían o discernían. La visión contraria es que las cortes crean derecho verdaderamente tal como lo hacen las legislaturas; la única diferencia es que las legislaturas crean reglas generales, en tanto que las cortes desarrollan reglas generales gradualmente en el curso de decidir caso-por-caso las controversias que se les presentan.

De igual forma, también es común y corriente asegurar “lo que las legislaturas hacen cuando legislan es crear derecho, y lo que las cortes hacen cuando adjudican es aplicar derecho”.³⁷ Y todavía más, aseverar: si el proceso de creación de derecho implica tomar decisiones políticas e ideológicas y presumiblemente subjetivas al tener que formular juicios de valor; entonces, los legisladores como operadores políticos, *i.e.* profesionales de la política al ser electos-representativos y responsables-responsivos políticamente, deberían legislar y los juzgadores abstenerse de hacerlo por el simple hecho de que no son necesariamente electos-representativos ni responsables-responsivos en lo político. O bien: si el proceso de aplicación del derecho indica tomar decisiones técnicas y jurídicas (no políticas ni ideológicas) y previsiblemente objetivas al no requerir formular juicios de valor; entonces, los juzgadores como operadores jurídicos, *i.e.* profesionistas del derecho, aunque no sean electos-representativos ni responsables-responsivos políticamente, deberían adjudicar y los legisladores refrenarse de

³⁶ *Ibid.*, p. 135: “This is a point on which legal scholarship has diverged sharply. The old view, still not entirely abandoned, maintained that the courts do not make law at all, but merely discover or discern it. The opposing view is that the courts just as truly make law as do legislatures; the only difference is that the legislature lays down in advance a general rule, whereas the courts develop general rules gradually in the course of a case-by-case decision of controversies as they are presented for decision.” (La traducción es nuestra.)

³⁷ Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication...*, *cit.*, p. 26: “what legislatures do when they legislate is make law, and what courts do when they adjudicate is apply law”. (La traducción es nuestra.)

hacerlo por el simple hecho de que no son necesariamente profesionistas del derecho. Como el propio KENNEDY ha subrayado:³⁸

Cuando se identifica con el contraste entre creación del derecho y aplicación del derecho, la dicotomía legislación/adjudicación parece no admitir un término medio. No obstante, en cuanto cambiamos a una noción más amplia de interpretación jurídica, se sigue que tanto la adjudicación involucra tanto creación como aplicación. Sin embargo no se sigue, y es controvertido, que la creación judicial del derecho deba ser o sea de hecho “legislación judicial” y por tanto aborrecible...

Para él, hay al menos cuatro estrategias para tratar de solucionar este problema:

1) Negar --o al menos ignorar-- la posibilidad de un término medio, lo que no es aplicación del derecho es creación del derecho y como tal ‘legislación judicial’;³⁹

2) Colapsar la distinción entre creación del derecho y aplicación del derecho: A) al demostrar que todo proceso jurídico implica tanto creación como aplicación;⁴⁰ y/o B) al ilustrar

³⁸ *Ibid.*, p. 28: “When identified with the contrast between law making and law application, the legislation/adjudication dichotomy seems to admit of no middle term. But as soon as we shift to this broader notion of legal interpretation, it follows that adjudication involves both making and applying. But it does not follow, and is controverted, that judicial law making must be or is in fact «judicial legislation» and therefore abhorrent...” (La traducción es nuestra.)

³⁹ *Vid.* H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *cit.*, pp. 204-205 (200): “Judicial decision, especially on matters of high constitutional import, often involves a choice between moral values, and not merely the application of some single outstanding moral principle; for it is folly to believe that where the meaning of the law is in doubt, morality always has a clear answer to offer. At this point judges may again make a choice which is neither arbitrary nor mechanical; and here often display characteristic judicial virtues, the special appropriateness of which to legal decision explains why some feel reluctant to call such judicial activity ‘legislative’.”

⁴⁰ *Vid.* Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, *cit.*, § 32, p. 77: “There is, in short, interpretation of all norms in so far as they are to be applied –that is, in so far as the process of creating and applying the law moves from one level of the legal system to the next.” *Vid.* también *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. (Esta traducción apareció originalmente

que la aplicación del derecho al igual que la creación del derecho no puede ser separado del elemento ideológico, político y subjetivo;⁴¹

3) Reducir la distinción al grado de que las cortes intersticialmente aplican derecho, como regla general, y crean derecho, como excepción;⁴² y

4) Proponer un auténtico término medio entre creación del derecho y aplicación del derecho: el método de la ‘coherencia’ o ‘encuadre/enmarque’, el cual concede el carácter ideológico y político de la adjudicación sin renunciar a la exigencia de objetividad al mantener que hay algún tipo de distinción entre adjudicar-interpretar y legislar-inventar.⁴³

en: *Anuario Jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, pp. 471-515.) *Ibid.*, p. 12: “cada una [tanto la legislación como la adjudicación]... se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del derecho.”

⁴¹ *Vid.* Roberto Mangabeira UNGER, *Knowledge and Politics*, *cit.*, pp. 88-89: “It is no help to have a doctrine for the justification of rulemaking unless we have one for the application of rules. Freedom requires general, impersonal, or neutral laws. The definition of neutrality and its reconciliation with the demands of concreteness are the central themes of the theory of legislation. Once we manage to formulate an adequate doctrine of lawmaking, we still have to be able to determine what it means to apply the laws to particular cases... Unless we can justify one interpretation of rules over another, the claim of legislative generality will quite rightly be rejected as a sham. The theory of adjudication is therefore a continuation of the theory of legislation.”

⁴² *Vid.* Oliver Wendell HOLMES Jr., “Dissenting opinion”, *Southern Pacific v. Jensen*, U.S., Vol. 244, 1917, pp. 221-222: “I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from ‘molar to molecular motions’.” *Vid.* también “The Path of Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 110, No. 5, 1997, pp. 991-1009. (Publicación original: 1897.) (Hay versión en español: *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.)

⁴³ *Vid.* Lon L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law --A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, p. 667: “This fabric [*i.e.* the interpretative process] is something we seek to discern, so that we may know truly what it is, but it is also something that we inevitably help to create as we strive (in accordance with our obligation of fidelity to law) to make a statute a coherent, workable whole.” *Vid.* también “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, 1978, pp. 393-405. (Hay una selección reproducido en: *The Principles of Social Order*, Durham, North Carolina, Duke University Press, 1981, pp. 87-124.) *Vid.* Ronald DWORKIN,

En nuestra opinión, por un parte, es imperativo rechazar 1) y 3) por completo al pretender evitar el problema y su eventual solución. No sólo al negar o ignorar la posibilidad de encontrar un término medio, al sostener que lo que no es aplicación del derecho es creación del mismo; sino también al reducir el problema a su mínima expresión, al sugerir que basta con una respuesta mixta: como regla general, aplicación del derecho; y, como excepción: creación del derecho. En ambos casos, se admite como legítima o justificada la posibilidad de la ‘legislación judicial intersticial’. La pregunta abierta es triple: se trata en realidad de una creación-interpretación; dicha creación es legítima y está justificada; o bien, es legítima y está justificada por ser excepcional. La respuesta, desde mi punto de vista, es negativa en los tres casos: no es propiamente una creación-interpretación, porque sería más bien una creación-invencción; no es legítima ni está justificada, porque constituiría una invasión por parte del juzgador en el proceso de adjudicar-interpretar de las funciones que le corresponden al legislador, tales como legislar-inventar; y mucho menos por ser excepcional, porque bastaría con que se convirtiera en una generalidad para perder cualquier viso de legitimidad o de justificación.

Por otra parte, es imperioso aceptar 2A) de manera total y 2B) de modo parcial, al colapsar la distinción entre creación del derecho y aplicación del derecho, de un lado, al demostrar que la legislación y la adjudicación, al igual que los demás procesos jurídicos, implican creación-aplicación; y, del otro, al ilustrar que tanto la creación del derecho como la aplicación del derecho indican un fundamento político e ideológico, pero no necesariamente subjetivo. De igual forma, es obligado adoptar 4) para proponer un auténtico término medio entre creación del derecho y aplicación del derecho, el cual concede el carácter político e ideológico de la

A Matter of Principle, cit., p. 146: “I shall argue that legal practice is an exercise in interpretation not only when lawyers interpret particular documents or statutes but generally. Law so conceived is deeply and thoroughly political. Lawyers and judges cannot avoid politics in the broad sense of political theory. But law is not a matter of personal or partisan politics, and a critique of law that does not understand this difference will provide poor understanding and even poorer guidance.” *Vid. también Law’s Empire, cit.*, pp. 176-224.

adjudicación análogo al de la legislación, pero sin renunciar a la exigencia de objetividad al mantener que ambas crean-aplican derecho en el proceso de legislar-inventar y de adjudicar-interpretar.

Para dilucidar las implicaciones, trataré de explicitar qué se sigue del hecho de que tanto la legislación como la adjudicación sea creativa-aplicativa y política-ideológica, pero objetiva. De un lado, implica diferentes actividades-procesos jurídicos con distintas fuerzas y grados de creación-aplicación y en consecuencia de libertad-restricción,⁴⁴ en lo que conocemos como el ‘marco’ kelseniano,⁴⁵ mismo que es aplicable tanto al legislador como al juzgador, como a cualquier otro operador jurídico, al punto que el primero puede inventar derecho (nuevo) y el último debe interpretar el derecho (existente).⁴⁶ Y, diversos productos-resultados, ya sean normas generales y abstractas creadas por los legisladores; o, normas particulares y concretas, así como criterios o precedentes de interpretación para casos futuros, creadas por los juzgadores.⁴⁷ Del otro,

⁴⁴ Vid. Duncan KENNEDY, “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education*, No. 36, 1986, pp. 518-562. (Hay versión en español: “Libertad y restricción en la decisión judicial”, traducción de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores *et al.*, 1999.) *A Critique of Adjudication...*, *cit.*, pp. 157-179. “A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation”, en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 371-383.

⁴⁵ Vid. Hans KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, *cit.*, §36, pp. 80-81.

⁴⁶ Vid. Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, *cit.*, p. 84: “If a court applies the statute to a weapon its draftsman had not thought of, then it would be *«legislating»*, not *«interpreting»*, as even more obviously it would be if it were to apply the statute to a weapon not yet invented when the statute was passed.” Vid. también Ronald DWORKIN, *Law’s Empire*, *cit.*, p. 366: “We cannot just dismiss that claim as obviously disingenuous, as masking what is really *invention* rather than *interpretation*.” *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2006, p. 15: “Any lawyer has built up, through education, training, and experience, his own sense of when an interpretation fits well enough to count as an *interpretation* rather than as an *invention*.”

⁴⁷ Vid. Imer B. FLORES, “Apuntes para una teoría --y práctica-- del derecho judicial: Algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, No. 7, enero-junio, 2006, pp. 3-25. Vid.

indica que es preciso un análisis crítico de la naturaleza objetiva tanto de la legislación como de la adjudicación. Por ende, en lo que sigue debemos identificar los criterios que ambas deben observar para ser objetivas.

No obstante, antes habría que aclarar y precisar algunas cosas. La palabra ‘legislación’ -- al igual que el término ‘adjudicación’-- está afectada por la ambigüedad actividad-proceso/producto-resultado. De esta forma, puede referirse tanto al ‘proceso legislativo’, es decir la acción de ‘legislar’, como al ‘resultado legislativo’, esto es el efecto de ‘legislar’, *i.e.* la ‘ley’; y *mutatis mutando* la ‘adjudicación’ tanto al ‘proceso adjudicativo’, es decir la acción de ‘adjudicar’, como al ‘resultado adjudicativo’, esto es el efecto de ‘adjudicar’, *i.e.* la ‘norma individualizada’.⁴⁸

De tal guisa, debemos clarificar que si bien el término ‘legislación’ se usa, por lo general, en un sentido estricto, para denotar tanto la actividad que realiza el legislador en la legislatura como el producto resultante de ella, o sea una ley. Además, se utiliza en un sentido amplio, para designar cualquier proceso o resultado legislativo, incluida la promulgación de una Constitución o de su eventual enmienda o reforma, la celebración de un tratado internacional o de un acuerdo interinstitucional, la elaboración de los reglamentos del poder ejecutivo y de los acuerdos generales del judicial y del legislativo, siempre y cuando el producto o resultado sea una norma general, abstracta, impersonal y permanente, con independencia del nombre que reciba.

Así, el vocablo ‘legislación’ como lo empleamos no está reservado solamente para los legisladores y las legislaturas que forman parte de lo que conocemos como poder legislativo, sino

también Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, *cit.*, § 31, p. 70; “The Law as a Specific Social Technique” en *What is Justice?...*, *cit.*, pp. 244-246; y *La garantía jurisdiccional de la constitución...*, *cit.*, p. 54.

⁴⁸ Esta parte tiene sus antecedentes inmediatos en: *Vid.* Imer B. FLORES, “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, p. 26; “Sobre las formas y los límites de la legislación...”, *cit.*, p. 272; y “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *cit.*, pp. 250-251; y mediatos en: Lon L. FULLER, “The Forms and Limits of Adjudication”, *cit.*, pp. 353-409.

para todos aquéllos que formulan normas generales, abstractas, impersonales y permanentes. De tal forma, incluimos tanto a las asambleas legislativas que promulgan leyes como a los agentes o cuerpos que asumen atribuciones legislativas, ya sea para promulgar una Constitución; para enmendar o reformar ésta; para adicionar o modificar, de un lado, y, para abrogar o derogar, del otro, una ley; para celebrar un tratado internacional, regional o bilateral, e incluso un acuerdo interinstitucional; para expedir un reglamento, etcétera.

De esta suerte, hay *formas permitidas o propias* de legislación y *pervvertidas o impropias*.⁴⁹ El caso problemático es el de la llamada ‘legislación judicial’, *i.e.* la idea de que como excepción bajo ciertas circunstancias excepcionales en las cuales el derecho parece haberse agotado los jueces legislan --o pueden legislar-- pues lo hacen de manera intersticial, de cuando en cuando, como lo sugirió Oliver Wendell HOLMES jr: “Reconozco sin duda alguna que los jueces legislan y deben legislar, pero solamente pueden hacerlo intersticialmente.”⁵⁰

O tal como lo admitió H.L.A. HART, al señalar que dada la “textura abierta del lenguaje”, en algunos casos, los jueces inevitablemente tienen que ejercer su discreción y al hacerlo asumen el papel del legislador para crear derecho, de modo intersticial, de vez en vez:⁵¹

⁴⁹ Vid. Imer B. FLORES, “Sobre las formas y los límites de la legislación...”, *cit.*, pp. 273-277; y “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *cit.*, pp. 256-260.

⁵⁰ Oliver Wendell HOLMES Jr., “Dissenting opinion”, *Southern Pacific v. Jensen*, *cit.*, pp. 221-222: “I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from ‘molar to molecular motions’.” (La traducción es nuestra.)

⁵¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *cit.*, p. 205 (p. 200) (p. 252): “Laws require interpretation if they are to be applied to concrete cases, and once the myths which obscure the nature of the judicial processes are dispelled by realistic study, it is patent... that the open texture of law leaves a vast field for a creative activity which some call legislative.” Vid. “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 128. (Hay versión en español: “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, traducción de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, en CASANOVAS, Pompeu, y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento*

Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente... que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa.

Al respecto habría que decir tres cosas:

1) *Los jueces no están autorizados para legislar, i.e. dar la ley o ius dare, sino para aplicar la ley, norma o regla general y abstracta a un caso particular y concreto;*⁵²

2) *La función primaria y propia de los jueces es adjudicar, i.e. aplicar la ley, norma o regla general y abstracta al caso particular y concreto para resolver autoritativamente una controversia jurídica al adjudicar a las partes sus respectivos derechos y obligaciones o ius iudicare;*⁵³ y

jurídico contemporáneo, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-350.) (Publicación original: *Georgia Law Review*, Vol. 11, No. 5, 1977.)

⁵² En el contexto de la polémica entre el rey JAMES I --castellanizado JACOBO I-- y Sir Edward COKE --o COOK--, en la cual éste en su calidad de juez advertía que aquél por más monarca o soberano que fuera no tenía un poder ilimitado, Sir Francis BACON escribió uno de sus celeberrimos ensayos --en concreto el que versa “Sobre la judicatura”-- que comienza con una recomendación: “Los jueces jamás deben olvidar que su oficio es *jus dicere* y no *jus dare*; es decir, que su oficio es interpretar y aplicar la ley, y no hacerla o imponerla como comúnmente se dice.” *Vid.* Francis BACON, “Of Judicature”, en *Essays, cit.*, p. 141: “Judges ought to remember that their office is *jus dicere*, and not *jus dare*; to interpret law, and not to make law, or give law”. (Hay versión en español: “Sobre los deberes de los jueces”, en *Ensayos sobre moral y política, cit.*, p. 226.) *Vid.* también Imer B. FLORES, “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, pp. 43-45.

⁵³ *Vid.* por ejemplo, Lon L. FULLER, “The Forms and Limits of Adjudication”, *cit.*, p. 96: “The proper province of adjudication is to make an authoritative determination of questions raised by claims of right and accusations of fault or guilt.” (“La provincia propia de la adjudicación es tomar determinaciones autoritativas acerca de las preguntas formuladas por disputas de derechos y acusaciones de culpa o dolo.”) (La traducción es nuestra.)

3) *Los jueces inevitablemente tienen que asumir otras funciones secundarias pero todavía propias*, para alcanzar su función primaria y propia, tales como:⁵⁴

a) Interpretar, *i.e.* atribuir o dar un sentido o significado a la ley, norma o regla aplicable al caso o *ius dicere*;

b) Integrar, *i.e.* encontrar o identificar --ante una oquedad, insuficiencia, laguna o vacío-- la norma o regla aplicable a un caso no previsto a partir de analogías con otras leyes, normas o reglas --*analogia legis*-- caracterizada como autointegración o *integratio legis*, y a falta de éstas con principios (generales) del derecho --*analogia iuris*-- conocida como heterointegración o *integratio iuris*; y

c) Argumentar, *i.e.* dar razones, a favor o en contra de una u otra interpretación o integración no sólo para justificar su decisión sino también para convencer o persuadir sobre su corrección formal y material.

No criticamos el hecho de que los jueces puedan crear derecho, ya sea al crear --como diría KELSEN-- la solución al caso concreto, es decir la norma individualizada:⁵⁵ “*x* está condenado a pagarle a *y*, porque es responsable de *z*”; ni que al hacerlo pueda crear un precedente, esto es un criterio, modelo o pauta de interpretación para casos futuros: “Cuando alguien como *x* --o comparable con *x*-- es responsable de algo como *z* --o comparable con *z*-- será condenado a pagarle a alguien como *y* --o comparable con *y*”. Lo que cuestionamos son dos cosas: primera, la idea de que los juzgadores en el proceso de adjudicar-interpretar legislen o deban hacerlo, *i.e.* crear normas generales, abstractas, impersonales y permanentes, no la idea de

⁵⁴ Vid. Imer B. FLORES, “Apuntes para una teoría --y práctica-- del derecho judicial...”, *cit.*, pp. 3-25. Vid. también “La técnica jurídica en la aplicación del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. XLV, Nos. 201-202, mayo-agosto, 1995, pp. 17-55.

⁵⁵ Vid. Hans KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, *cit.*, p. 54: “Por más que pueda distinguirse, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales.”

que alguna forma crean derecho, ya sea una norma individualizada, de un lado, o un criterio o precedente, del otro; y, segunda, la idea de que como lo hacen de modo intersticial, de vez en cuando, como excepción, pueden actuar de la nada como si fueran ellos mismos los legisladores, lo cual no sería otra cosa sino una “usurpación judicial” según FULLER.⁵⁶

Es más, actuar de la nada ni siquiera un legislador puede hacerlo, porque ello implicaría no respetar los límites explícitos e implícitos de sus funciones, en general, y los derechos humanos y la división de poderes, así como los principios de la racionalidad jurídica, en particular. Por el contrario, el juzgador deriva o desarrolla, a partir de las normas generales y de los principios generales del derecho, una decisión para el caso particular que sirve además de precedente para casos futuros, pero no una nueva norma general con lo cual suplantaría al legislador.

Así, KELSEN, por un lado, insiste: “Por más que pueda distinguirse, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales.”⁵⁷ Y, FULLER, por el otro, insta: “La corrección de obvios errores u omisiones legislativas no significa suplantar la voluntad del legislador, sino hacerla efectiva.”⁵⁸

Por límites de la legislación entendemos las restricciones explícitas e implícitas propias de las formas en que ésta se puede organizar y realizar. De este modo, en algún otro lugar hemos distinguido entre las funciones propias y las impropias para ser realizadas por el legislador (e

⁵⁶ Cfr. Lon L. FULLER, “The Case of the Speluncean Explorers”, *Harvard Law Review*, Vol. 112, No. 8, 1999, p. 1858. (Publicación original: 1949.) (Reproducido en: Peter SUBER, *The Case of the Speluncean Explorers. Nine New Opinions*, London, Routledge, 1998, p. 14.) (Hay versión en español: *El caso de los exploradores de cavernas*, traducción de Genaro R. Carrío, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 31.)

⁵⁷ Vid. Hans KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución...*, cit., p. 54.

⁵⁸ Lon L. FULLER, “The Case of the Speluncean Explorers”, cit., p. 1859: “The correction of obvious legislative errors or oversights is not to supplant the legislative will, but to make that will effective.” (p. 14.) (p. 32.)

inversamente impropias y propias para ser realizadas por el juzgador). Cabe aclarar y precisar que el hecho de que caractericemos algunas *decisiones* como primordialmente *políticas* no quiere decir que algunas no sean a la vez *técnicas* --o tengan componentes técnicos-- ni que no tengan que cumplir con los principios de racionalidad jurídica.⁵⁹

Por un lado, las primeras implican tomar *decisiones políticas* en nombre del interés general --o dependientes de consideraciones políticas-- como sería el caso de si el electorado está o no de acuerdo con el producto o resultado de la legislación. En este sentido, estas decisiones políticas que afectan a clases o a grupos de personas se relacionan no sólo con la discusión y aprobación de las reformas constitucionales, de las leyes y de sus adiciones o modificaciones, y la ratificación de los tratados internacionales celebrados por el presidente de la república, sino también con otras funciones, ya sean de colaboración con o de control de otros poderes u órganos, así como de otros actores, tales como la aprobación del presupuesto y la fiscalización del gasto público.⁶⁰

Y, por el otro, las segundas implican *decisiones técnicas*, las cuales si bien no son necesariamente apolíticas si son independientes de consideraciones políticas, al no importar si el electorado está o no de acuerdo con la decisión tomada. Es más, por definición las decisiones del juzgador deben ser imparciales o, lo que es lo mismo, técnicas, no políticas, al crear tanto la norma individualizada para el caso concreto como el criterio o precedente que le da sustento, así como resolver un problema de ambigüedad o de vaguedad, así como una contrariedad u oquedad.

⁵⁹ Vid. Imer B. FLORES, “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, pp. 37-38; “Sobre las formas y los límites de la legislación...”, *cit.*, pp. 277-279; y “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *cit.*, pp. 260-264.

⁶⁰ Por supuesto que el hecho de que estas *decisiones* sean primordialmente *políticas*, no quiere decir que algunas no sean a la vez *técnicas* --o tengan componentes técnicos-- ni que no tengan que cumplir con los principios de racionalidad jurídica. Vid. Imer B. FLORES, “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, pp. 37-38; y “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *cit.*, p. 200.

En este sentido, las decisiones dirigidas a individuos --no a clases o grupos de personas-- y los precedentes son decisiones técnicas --no políticas-- y como tales ambas son un claro límite a la legislación. Esto es verdad porque *per definitio* las primeras no son ni pueden ser generales; y, los segundos, aunque son expresados en términos más o menos amplios y tienen algún grado de obligatoriedad, no son una forma de legislación general obligatoria para todos, tanto gobernantes como gobernados, sino un criterio o precedente que sirve de modelo o pauta de interpretación para casos futuros con características particulares y concretas, obligatoria para algunos de los operadores jurídicos como son los jueces, pero no necesariamente para todos. Al grado tal que si el legislador está o no de acuerdo con el criterio o precedente adoptado por el juzgador podrá ratificarla o reformarla al legislar en la materia, siempre y cuando esté facultado para hacerlo.

El legislador, además de estar facultado para legislar --y, en su caso, para reformar la constitución-- y de seguir el procedimiento previsto para hacerlo, debe cumplir --a la Manuel ATIENZA-- con los “principios de racionalidad jurídica”,⁶¹ así como observar --a la Norberto

⁶¹ En este punto seguimos críticamente a Manuel ATIENZA, quien afirma que los principios de racionalidad jurídica son los mismos tanto para la adjudicación como para la legislación, a saber: *racionalidad lingüística* (R1); *racionalidad lógico-formal o sistemática* (R2); *racionalidad pragmática* (R3); *racionalidad teleológica* (R4); y *racionalidad ética* (R5). Vid. Manuel ATIENZA, “Sociología jurídica y ciencia de la legislación” en R. BERGALLI (ed.), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 41-70; “Contribución a la teoría de la legislación”, *Doxa*, Vol. 6, 1989, pp. 385-403; *Contribución a la teoría de la legislación*, Madrid, Tecnos, 1997; y “Reasoning and Legislation”, en Luc J. WINTGENS (ed.), *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, Aldershot, Hampshire, Ashgate, 2005, pp. 297-317. Vid. también Imer B. FLORES, “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, pp. 37-38; y “Legisprudence: the Forms and the Limits of Legislation”, *cit.*, p. 264.

BOBBIO-- “los atributos esenciales y no-esenciales del *bon législateur*”⁶² y obedecer --a la Lon L. FULLER-- “las leyes implícitas de la legislación” o “la moralidad interna del derecho”.⁶³

Por una parte, para BOBBIO los “atributos esenciales” son aquellas prescripciones necesarias que el (buen) legislador no puede violar, sin excepciones (como imperativos); y, los “atributos no-esenciales” son aquellas prevenciones contingentes, *i.e.* no necesarias, las cuales bajo ciertas condiciones pueden instituir prohibiciones al (buen) legislador con excepciones (como directivas). De esta manera, los primeros incluyen: 1) *justicia*: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; 2) *coherencia*: no contradicciones lógicas; 3) *racionalidad*: en el sentido lógico-formal o intrínseco de la *zweckrationalität* --a la WEBER; 4) *no-redundancia*: sin repeticiones ni reiteraciones innecesarias. Y los segundos incorporan: 1) *rigurosidad*: escrupuloso en el proceso de legislar; 2) *sistematicidad*: metódico en el orden de exposición; y 3) *exhaustividad*: completitud en la determinación de los casos específicos. En pocas palabras, asume un legislador necesariamente justo, coherente, racional y no-redundante; y presume un legislador contingentemente riguroso, sistemático y exhaustivo.⁶⁴

Por el otro, para FULLER las “leyes implícitas de la legislación” o la “moralidad interna del derecho” imponen limitaciones al legislador. De este modo, los límites son: 1) *generalidad*: las leyes deben ser generales no sólo al contemplar casos abstractos y generales sino también al promover el interés general; 2) *publicidad*: las leyes deben ser del conocimiento de todo el público al que pretenden gobernar para que puedan ser aplicadas, cumplidas u obedecidas; 3)

⁶² Norberto BOBBIO, “Le bon législateur”, en Hubert HUBIEN (ed.), *Le raisonnement juridique/Legal Reasoning/Die jurisdiche argumentation*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1971, pp. 243-249.

⁶³ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, *cit.* p. 39. “Implicit Elements in Made Law”, en *The Anatomy of Law*, *cit.*, pp. 91-110. (Una selección fue reproducida como: “The Implicit Laws of Lawmaking” en Kenneth I. WINSTON (ed.), *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham, North Carolina, Duke University Press, 1981, pp. 158-168.)

⁶⁴ *Vid.* Imer B. FLORES, “Legisprudence: the Forms and the Limits of Legislation”, *cit.*, p. 252.

irretroactividad-prospectividad: las leyes deben aplicarse a situaciones ocurridas con posterioridad a su promulgación, como regla general, y solamente en casos excepcionales --y sin abusar de la misma-- se admite su retroactividad; 4) *claridad*: las leyes deben estar redactadas en términos lisos y llanos para que cualquier persona pueda entender cuál es su alcance y sus limitaciones; 5) *no-contrariedad*: las leyes deben ser coherentes sin caer en contradicciones de cualquier tipo; 6) *posibilidad*: las leyes no deben exigir lo imposible y como tal no se debe abusar de la legislación simbólica; 7) *aplicabilidad (como constancia en su aplicación)*: las leyes deben ser generales no sólo en su creación sino también en su aplicación, misma que debe ser constante y consistente; y 8) *aplicabilidad (como congruencia en su aplicación)*: las leyes deben ser aplicadas de forma congruente con el propósito para el cual fueron creadas.⁶⁵

Como lo adelantamos un ‘Estado de derecho’ auténtico, propio o puro no se puede equiparar al ‘Estado’ ni al ‘derecho’ ni mucho menos identificar con --o reducir a-- la mera creación de normas sometidas a ciertos procedimientos adjetivos-formales y a su aplicación conforme a la estricta legalidad, es decir con el ‘Estado legislativo de derecho’ o ‘legalismo’, sino que al contrario requiere que la creación de normas esté limitada no sólo por procedimientos adjetivos-formales sino también por principios sustantivos-materiales y a su aplicación ponderada, esto es con el ‘Estado constitucional de derecho’ o ‘constitucionalismo’.⁶⁶

Así, el ‘Estado de derecho’ y la ‘legislación’ --al igual que la ‘adjudicación’-- están limitados por lo que podemos caracterizar como los ‘principios de racionalidad jurídica’, mismos que integran --o al menos pueden integrar-- tanto los “los atributos esenciales y no-esenciales del *bon législateur*” como las “leyes implícitas de la legislación” o la “moralidad interna del derecho”. Al punto que estos principios son.⁶⁷

⁶⁵ *Ibid.*, p. 254.

⁶⁶ *Vid.* Imer B. FLORES, “Constitución, democracia y derecho...”, *cit.*, pp. 145-159; “Assessing Democracy and Rule of Law...”, *cit.*, pp. 146-154; y “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, pp. 38-47.

⁶⁷ *Vid.* Imer B. FLORES, “Legisprudence: the Forms and the Limits of Legislation”, *cit.*, p. 265.

1) *Racionalidad lingüística*: las leyes deben ser claras y precisas para poder evadir --en la medida de lo posible-- los problemas de ambigüedad y de vaguedad (R1);

2) *Racionalidad sistemática --o lógico-formal*: las leyes deben ser no sólo vigentes sino también generales, abstractas, impersonales y permanentes, así como coherentes, no-redundantes, no-contradictorias, prospectivas o no-retroactivas y públicas, para evitar los problemas de contrariedad y de oquedad al mismo tiempo de promover la completitud y plenitud del derecho como un todo (R2);

3) *Racionalidad teleológica*: las leyes deben ser eficaces para poder alcanzar como medio un fin y en consecuencia no pueden obligar a lo imposible ni ser meramente declarativas o simbólicas (R3);

4) *Racionalidad pragmática*: las leyes deben ser consecuentes para cumplir con sus fines, funciones o propósitos y, en caso de conflicto, hacerlo de la manera más efectiva o más eficiente (R4); y

5) *Racionalidad ética*: las leyes deben ser justas, *i.e.* equitativas e imparciales, y por consecuencia no pueden admitir la injusticia y mucho menos la violación a principios fundamentales tales como la protección de los derechos humanos y la división del poder (R5).

En este orden de ideas, uno de los problemas capitales del 'Estado de derecho' de y en la actualidad es el relativo a la tensión existente entre la aplicación estricta o rigurosa de la ley, la cual evoca el apotegma *dura lex, sed lex*, y la no-aplicación de la misma, la que invoca el axioma *summum ius, summa injuria* para flexibilizar su rigidez.⁶⁸ En pocas palabras, el punto es sí cuando la aplicación excesiva del derecho tiene --o tendría-- como consecuencia la injusticia extrema hay buenas razones para cuestionar --o al menos para dudar-- si dicha aplicación o la no-

⁶⁸ Vid. Diego VALADÉS, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, cit., pp. 1-79. Cfr. Wilfrid J. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review...*, cit.

aplicación es lo que en realidad el derecho exige, o bien si aquella o ésta es necesaria para preservar el ‘Estado de derecho’.⁶⁹ Al respecto, VALADÉS ha insistido:⁷⁰

[E]s probable que cuando no se aplica una norma para evitar mayores daños que con su aplicación, se esté aplicando otra disposición normativa. En otros términos, es posible que a veces la regla específica ceda su lugar al principio general.

En este sentido, en lugar de una aplicación estricta o rigurosa de la ley, la cual revive el lema de FERNANDO I de Habsburgo, Emperador del Sacro Imperio Romano, “*Fiat iustitia, et pereat mundus*” (i.e. “Hágase justicia, aunque perezca el mundo”), es necesaria una aplicación flexible o ponderada. Ahora bien, eso no quiere decir que “todo se vale/valga”, pues como lo advirtió William Murray, Lord MANSFIELD: “La constitución no permite que las razones de estado influyeran en nuestros juicios: ¡Dios lo prohíba! No debemos considerar las consecuencias políticas; sin importar que tan formidables podrían ser: si una rebelión es la consecuencia cierta, estamos obligados a decir ‘*fiat iustitia, ruat caelum*’ (i.e. “Hágase la justicia incluso si el cielo cae”).”⁷¹

Por tanto, no hay un conflicto necesario e inevitable entre el legislador y el juzgador, puesto que ambos cumplen y deben cumplir con los mismos criterios objetivos para la realización

⁶⁹ Diego VALADÉS, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, cit., p. 2.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁷¹ A simple vista los dos adagios parecen ser muy semejantes, algo así como “hágase la justicia a cualquier precio o sin importar las consecuencias”. No obstante, hoy en día, el primero se usa para criticar una opinión o práctica jurídica que preserva máximas jurídicas a cualquier precio a pesar de tener una consecuencia absurda o contradictoria; y, el segundo se utiliza para elogiar la realización de la justicia aunque parezca ser superada por una consecuencia pragmática o utilitaria, e inclusive por una ‘razón de Estado’. Cfr. Emperador FERDINAND I, en *The Oxford Dictionary of Quotations*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 210; y Lord MANSFIELD, en *ibid.*, p. 328: “The constitution does not allow reasons of state to influence our judgments: God forbid it should! We must not regard political consequences; however formidable soever they might be: if rebellion was the certain consequence, we are bound to say (i.e. Let justice be done even if the heaven falls).” (Tomado de *Rex v. Wilkes*, 1768.)

de la justicia, ya sea a través de la legislación o de la adjudicación. Al respecto, baste recordar un pensamiento de DWORKIN:⁷²

Esperamos que nuestra legislatura reconocerá lo que la justicia requiere de forma tal que ningún conflicto práctico resulte entre la justicia y la supremacía legislativa; esperamos que los departamentos del derecho serán reorganizados, en el entendimiento profesional y público, para delinear las distinciones verdaderas de principio, de tal suerte que la prioridad local no presente un impedimento al juez que busca un flujo natural de principios a lo largo y ancho del derecho.

De forma tal, los jueces no tienen que ser completamente deferentes a las mayorías legislativas, sino proyectados para complementarlos al subsanar sus deficiencias e inclusive al controlar los actos de cualquier oficial público y hasta de un actor privado. Por cierto, al hacer esto, a los jueces se les imputa la ‘judicialización de la política’ y/o la ‘politización de la justicia’. Sin embargo, para algunos, si ahora un juzgador interviene precisamente en aquello que los políticos --oficiales propiamente electivos y representativos-- no pueden decidir, es exactamente lo opuesto, al grado que FERRAJOLI sugiere que debemos voltear la tortilla, al “afirmar que la justicia ha dejado de estar politizada y los jueces han dejado de hacer política en el momento en que han empezado a cumplir con sus obligaciones extendiendo su control también a la actuación ilegal del poder.”⁷³

Para concluir este apartado nada más restaría citar a WALUCHOW:⁷⁴

⁷² Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, *cit.*, p. 406: “We hope that our legislature will recognize what justice requires so that no practical conflict remains between justice and legislative supremacy; we hope that departments of law will be rearranged, in professional and public understanding, to map true distinctions of principle, so that local priority presents no impediment to a judge seeking a natural flow of principle throughout the law.”

⁷³ Luigi FERRAJOLI, “Jueces y política”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año IV, No. 7, enero, 1999, p. 74. *Cfr.* Philip PETTIT, “Depoliticizing Democracy”, *Associations. Journal for Legal and Social Theory*, Vol. 7, No. 1, 2003, pp. 23-36.

⁷⁴ Wilfrid J. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review...*, *cit.*, p. 225-226: “Why should judges in deciding moral questions under a system of judicial review be required, for reasons of democracy, fairness, and the like, to respect the community’s moral opinions on the matter --as opposed to the community’s *true* moral

¿Por qué deberían los juzgadores al decidir cuestiones morales en un sistema de control judicial de la constitucionalidad ser requeridos, por razones de democracia, justicia, y demás, a respetar las opiniones morales de la comunidad sobre el asunto --en contraposición a los *verdaderos* compromisos morales de la comunidad en un equilibrio reflexivo? ¿Por qué deben inclinarse ante los deseos *inauténticos*, en lugar de a los *auténticos*?... [L]os jueces no son reyes-filósofos con una línea directa a la verdad moral. No obstante podría estar en una muy buena posición para determinar los requerimientos de los verdaderos compromisos morales de la comunidad y sus deseos auténticos en casos particulares. Si esto es el caso... entonces no hay nada de extraño en pedir a los jueces que apliquen *estos* compromisos y deseos en contra de meras opiniones y deseos inauténticos de un público posiblemente desorientado por la disonancia evaluativa. Esto no es más problemático que reconocer el deber de los legisladores responsables... de hacer lo mismo... [E]l rol de los juzgadores no es inclinarse a los deseos inauténticos de la mayoría e imponer sus opiniones morales desorientadas y su disonancia evaluativa... Su trabajo es respetar y aplicar los compromisos verdaderos de la moralidad constitucional de la comunidad en equilibrio reflexivo.

3. *Derecho, moral y poder*

En este apartado formulamos algunas generalidades acerca de la ‘moral’ y el ‘poder’, donde precisamos que usamos estos léxicos como sustantivos y utilizamos los de ‘ética/o’ y ‘política/o’ como sus adjetivos; para después a partir de la comparación de estos dos dejar entrever que el ‘derecho’ puede ser visto como el puente entre ‘moral’ y ‘poder’. Para luego, profundizar en las particularidades de las relaciones tanto entre ‘derecho’ y ‘moral’ como entre ‘derecho’ y ‘poder’.

commitments in reflective equilibrium? Why should they bend to the community's *inauthentic* wishes, not its *authentic* ones?... [J]udges are not philosopher-kings with a pipeline to moral truth. But they may well be in a very good position to determine the requirements of a community's true moral commitments and authentic wishes in particular cases. If this is so... then there is nothing amiss in asking judges to enforce *these* commitments and wishes against the mere opinions and inauthentic wishes of a possibly misguided public gripped by evaluative dissonance. This is no more problematic than acknowledging the duty of responsible legislators... to do the same.” *Ibid.*, p. 237: “[T]he role of judges is not to bow to the inauthentic wishes of the majority and enforce their misguided moral opinions and evaluative dissonance... Their job is to respect and enforce the true commitments of the community's constitutional morality in reflective equilibrium.” (La traducción es nuestra.)

De tal suerte, al interior de cada una de éstas podemos advertir al menos dos posibilidades: ‘el derecho de la moral’ y ‘la moral del derecho’; y, ‘el derecho del poder’ y ‘el poder del derecho’. En otras palabras, de un lado, la coexistencia de una ‘moral externa al derecho’ o ‘moralidad política’ con una ‘moral interna al derecho’ o ‘moralidad jurídica’; y, del otro, la convivencia de una ‘poder externo al derecho’ o ‘poder político’ con un ‘poder interno al derecho’ o ‘poder jurídico’.

Cabe aclarar las razones por las cuales acogemos este léxico, en lugar de algún otro disponible, y los sentidos que damos a cada uno de los vocablos empleados. Acerca del ‘derecho’, afortunada o desafortunadamente, para bien o para mal, no hay ninguna sinonimia que le haga o le pueda hacer sombra. De hecho, el problema como abundaremos es precisamente el opuesto, al no tener un significado único e inequívoco la misma expresión sirve para designar muy diversos objetos o muy variadas facetas del mismo objeto. Por el momento, utilizamos en su acepción más genérica tanto el sustantivo ‘derecho’ --el derecho en general-- como el adjetivo ‘jurídica/o’ --lo perteneciente o relativo al derecho en general--. Por consiguiente, el sustantivo ‘derecho’ corresponde a nuestro objeto de estudio y el adjetivo ‘jurídica/o’ sirve para calificar a una disciplina que estimamos como científica, a la cual denominamos ‘ciencia jurídica’.⁷⁵

En cuanto a la palabra ‘moral’, como el término ‘ética’ aparece generalmente como su sinónimo, tendríamos que optar por elegir entre una u otra o utilizar una y otra. Conscientes de que ninguna de las dos opciones era beneficiosa, porque ambos términos aun cuando están estrechamente ligados al ser el *ethos* griego el antecedente del *mores* romano, no son completamente equivalentes ni mucho menos intercambiables, acogemos --a la Bernard WILLIAMS-- una estrategia mixta, la cual nos permite enfatizar el vocablo ‘moral’ sin dejar de emplear el voquible ‘ética’, aunque ya no necesariamente como su igual sino como algo

⁷⁵ Cfr. Imer B. FLORES, “El porvenir de la ciencia jurídica...”, *cit.*, pp. 999-1027.

diferente.⁷⁶ Con posterioridad acordamos la prioridad léxica o lexicográfica --a la John RAWLS-- de la ‘moral’ sobre la ‘ética’.⁷⁷

Si bien ‘ética’ y ‘moral’ pueden ser aplicadas en forma indistinta en algunos casos como cuando aludimos a Immanuel KANT, donde podemos hablar de la ‘ética’ o de la ‘moral’ kantiana; en otros, resulta contra-intuitivo como cuando apuntamos a ARISTÓTELES, donde solamente nos referimos a la ‘ética’ aristotélica. Dicha intuición apunta hacia una diferencia básica, ya sea de género, la ‘ética’ para lo individual y la ‘moral’ para lo social; o bien, de grado, la ‘moral’ siendo más amplia que la ‘ética’.

Aunque la primera diferenciación puede ser acertada en el caso del pensador de Königsberg,⁷⁸ cuya construcción ético-moral abarca ambas esferas, *i.e.* la individual --deberes hacia uno mismo-- y la social --deberes hacia los demás-- ésta no es adecuada en el caso del filósofo de Estagira,⁷⁹ para quien el nivel individual corresponde eso sí a la ‘ética’ en tanto que el social más bien a la ‘política’. En cambio, la segunda distinción no sólo es ajustada al uso corriente que se le da a las dos locuciones en la actualidad *urbi et orbi* sino también es apropiada para establecer la prioridad léxica de la ‘moral’ sobre la ‘ética’. Cabe caer en la cuenta que, en habla hispana, las voces ‘moral’ y ‘ética’ pueden referir tanto a un sustantivo como a un adjetivo y que en otros idiomas no existe dicha duplicidad. Por ejemplo, en el inglés, ‘*ethic*’ o ‘*ethics*’ y ‘*morals*’ son usados solamente como sustantivos mientras ‘*ethical*’ y ‘*moral*’ son utilizados únicamente como adjetivos.

⁷⁶ Cfr. Bernard WILLIAMS, *Morality: An Introduction to Ethics*, New York, Harper & Row, 1972; y *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.

⁷⁷ Cfr. John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*, § 8, pp. 42-44 (37-39 y 62-64).

⁷⁸ Cfr. Immanuel KANT, “Doctrina ética elemental” en *La metafísica de las costumbres*, *cit.*, pp. 274-351.

⁷⁹ Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, *cit.*; *Ética nicomaquea*, *cit.*; y *Ética eudemia*, traducción de Antonio_Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

En este orden de ideas, la ‘moral’ comprende “los principios o reglas de la conducta respecto del bien y del mal” y “lo relativo a la conducta buena y mala” entretanto la ‘ética’ contiene “los principios o valores morales que gobiernan la conducta de un individuo o de una comunidad” y “lo relativo a los principios o valores morales”. De esta manera, la ‘moral’ tiene una precedencia lexicográfica sobre la ‘ética’, ya que para tener un concepto de ésta es indispensable tener una noción previa de aquélla. En este sentido, toda vez que la ‘moral’ es más amplia que y tiene prioridad sobre la ‘ética’ le daremos un trato preferencial a la primera como el sustantivo y a la segunda como el adjetivo. Por ello, el sustantivo ‘moral’ corresponde a un objeto de estudio y el adjetivo ‘ética/o’ sirve para calificar a una disciplina científico-filosófica, a la cual podríamos llamar ‘ciencia ética’ aunque preferimos llamarla simplemente ‘ética’ y para la que reservamos el uso del sustantivo ‘ética/o’.

En tanto al vocablo ‘poder’, aunque el voquible ‘política’ no es su sinónimo como ambos están estrechamente emparentadas, teníamos --al igual que en el caso de la moral y de la ética-- que pronunciarnos por emplear una y/o la otra. A sabiendas de que ninguna de las dos opciones sería provechosa, porque ambas representaciones aunque son análogas no son pulcramente homólogas ni canjeables entre sí. Por un lado, coincidimos --a la WILLIAMS-- en la sutileza de enfocar el ‘poder’ sin dejar de explotar a la ‘política’; y, por otro lado, concordamos --a la RAWLS-- la prioridad léxica del ‘poder’ sobre la ‘política’.

En el idioma castellano y, por lo general, en los demás la dicción ‘poder’ puede representar tanto a un sustantivo como a un verbo y la locución ‘política’ puede reproducir tanto a un sustantivo como a un adjetivo; pero que en otros, verbigracia, en el inglés, ‘*politics*’ es usado como sustantivo mientras ‘*political*’ es utilizado como adjetivo. Ciertamente nos interesa confrontar la expresión sustancial de ‘poder’ y de ‘política’, pero también contrastar la extensión calificativa de la última.

De tal guisa, el ‘poder’ --como autoridad, dominio, facultad, gobierno, imperio, influencia, potestad o prerrogativa para hacer algo o para hacer que alguien haga o no algo-- compendia “el conjunto de las relaciones de fuerza entre los seres humanos o en la vida humana” mientras la ‘política’, por un lado, encierra como sustantivo “el conjunto de prácticas e instituciones sobre el gobierno o el ejercicio de la autoridad en un Estado o sociedad”⁸⁰ y, por el otro, encuadra como adjetivo “lo relativo a la política”. Sin embargo, para evitar dicha tautología --política es lo relativo a la política-- consideramos más afortunado, para los alcances de la presente investigación, que la ‘política/o’ sea simple y llanamente: “lo relativo al poder”. A final de cuentas, el conjunto de prácticas e instituciones sobre el gobierno o el ejercicio de la autoridad queda comprendido dentro del conjunto de las relaciones de fuerza. Baste recordar que Bertrand RUSSELL --en su ya clásico y excelso libro *Power*-- está preocupado en “probar que el concepto

⁸⁰ Cabe destacar que la política en la antigüedad es concebida como el “arte o ciencia de la prudencia”; y, en la modernidad es entendida como el “arte o ciencia de lo posible”. Cfr. PLATÓN, *Protágoras*, traducción de Ute Schmidt Osmanzik, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, §§ 318° y 319ª p. 14: “la prudencia en asuntos familiares, a saber, cómo podría administrar su casa de la mejor manera, y en los asuntos de la ciudad, como podría ser lo más capaz tanto para actuar como para hablar.” (Hay otra versión similar de este mismo pasaje incluida en: *Diálogos*, traducción de Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1984, p. 111: “la prudencia o el tino que hace que uno gobierne bien su casa, y que en las cosas tocante a la república, nos hace muy capaces de decir y hacer todo lo que le es más ventajoso.”) J.G.A. POCOCK, *The Machiavellian Moment*, cit., p. 8: “There is a historically resonant vocabulary in which politics is presented as ‘the art of the possible’ and therefore contingent, ‘the endless adventure’ of governing men, the ‘ship’ sailing ‘a bottomless and boundless sea’; and if we think of the domain of contingency as history, ‘the play of the contingent, the unexpected and the unforeseen’.” Sobre la complementariedad de ambas lecturas, vid. Roberto Mangabeira UNGER, *Social Theory...*, cit., p. 10: “The narrower sense [of politics] is the conflict over the mastery and uses of governmental power. The broader sense [of politics] is the conflict over the terms of our practical and passionate relations to one another and over all the resources and assumptions that may influence these terms.”

fundamental en las ciencias sociales es el de *Poder*, en el mismo sentido en que el de *Energía* es el concepto fundamental en las ciencias físicas.”⁸¹

Baste recordar que Niccolò MACHIAVELLI –o castellanizado como Nicolás MAQUIAVELO-- es abogado de la *raigone di stato* tanto como secretario de la República de Florencia pero sobre todo como autor del manual teórico-práctico más acreditado y citado sobre el ‘poder’ y la ‘política’, a saber: *Il Principe*. En dicha obra maestra el objeto del Estado, es decir “la adquisición, mantenimiento y extensión del poder”, se convierte en el criterio o la máxima para justificar toda acción estatal, esto es “la auto-preservación del Estado con todos los medios y a cualquier precio.”⁸²

De este modo, el ‘poder’ tiene una precedencia lexicográfica sobre la ‘política’, ya que para tener un concepto de ésta es indispensable tener una noción previa de aquél. En este sentido, toda vez que el ‘poder’ es más amplio que y tiene prioridad sobre la ‘política’ le daremos un trato preferencial al primero como el sustantivo y a la segunda como el adjetivo. Por ende, el sustantivo ‘poder’ corresponde a un objeto de estudio y el adjetivo ‘política’ sirve para calificar a una disciplina científica, a la cual podríamos llamar ‘ciencia política’ pero que llamamos simplemente ‘política’ y para la que retenemos la utilización del sustantivo ‘política/o’.

Para concluir este apartado comentaremos que a pesar de no haber una terminología homogénea el uso tanto estandarizado de ‘moral’ y ‘ética’ como estereotipado de ‘poder’ y ‘política’ no impide que sean considerados como si fueran homólogos en la literatura

⁸¹ Bertrand RUSSELL, *Power. A New Social Analysis*, New York, W.W. Norton & Company, 1938, p. 12: “To prove that the fundamental concept in social science is Power, in the same sense in which energy is the fundamental concept in physics.” (La traducción es nuestra.)

⁸² Nicolás MAQUIAVELO, *El príncipe*, traducción de Antonio Loíacono, Buenos Aires, Librería Hachette, 1946, *passim*.

especializada.⁸³ Sin embargo, insistimos que lexicográficamente lo atinado es colocar en primer plano junto al ‘derecho’ como nuestro objeto de estudio a la ‘moral’ y al ‘poder’ pues incluyen tanto a la ‘ética’ como a la ‘política’ y diferir a las últimas para que funcionen como calificativos de las primeras. Por tanto, ‘jurídica’ es a ‘derecho, lo que ‘ética’ es a ‘moral’, y lo que ‘política’ es a ‘poder’.

A simple vista derecho, moral y poder comparten el hecho de formar parte de lo que desde Grecia se conoce como *ethos*, es decir “el carácter, disposición o espíritu común que como pauta central de comportamiento --costumbres, creencias y prácticas-- acoge una comunidad, colectividad o sociedad”; y desde Roma como *mores*, esto es “los usos sociales que como prototipo fundamental de la conducta --normas, reglas y principios-- adopta una comunidad, colectividad o sociedad”. Cabe recordar que Jürgen HABERMAS ha insistido que la “política y el derecho son todavía supuestamente compatibles con la moralidad --sobre una base postmetafísica común de justificación.”⁸⁴

En este sentido, aunque los tres objetos pueden ser autónomos no tienen independencia absoluta entre sí. En el transcurso de esta tesis doctoral nos preocupa --a la DWORKIN-- tanto preservar la independencia relativa de las diversas esferas de la vida humana como promover su

⁸³ Vid. Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Gregorio PECES-BARBA, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, México, Fontamara, 2000; Carlos Santiago NINO, “Derecho, moral y política”, *Doxa. Cuadernos de filosofía y derecho*, Vol. II, No. 14, 1993; y Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “Derecho, moral y política: Tensiones centrípetas y centrífugas”, *Doxa. Cuadernos de filosofía y derecho*, Nos. 15-16, 1994.

⁸⁴ Jürgen HABERMAS, “Postscript to *Faktizität und Geltung*”, en *Philosophy & Social Criticism*, Vol. 20, No. 4, 1994, p. 140: “politics and law are still supposed to be compatible with morality --on a common postmetaphysical basis of justification.” (La traducción es nuestra.) (Reproducido como: “Postscript (1994)” en *Between Facts and Norms...*, *cit.*, pp. 447-462.)

interdependencia.⁸⁵ Lo anterior implica que aun cuando derecho, moral y poder están separados entre sí no están ni deben estar completamente desconectados unos de otros como tampoco lo están, como vimos en el capítulo anterior el Estado, como sociedad artificial por antonomasia, la sociedad --o sociedad civil-- y el gobierno --o sociedad política--.

Por una parte, referente a la independencia relativa de las varias esferas de la vida humana, cabe señalar que comúnmente se puede caer en la tentación de separarlas por completo o bien de subordinar una a la otra. Como muestra basta un botón, en el caso de la ‘ética’ y de la ‘política’ --o lo que es lo mismo de la ‘moral’ y del ‘poder’-- sus respectivos paladines tienden a desconectar una de la otra o bien a subyugar una a la otra. En ambos casos, por lo general, les atribuyen ciertas características que las hacen aparecer como los polos opuestos del espectro.

Así, a una, es decir la ‘ética’, se le considera como lo ideal en tanto que a la otra, esto es la ‘política’ como lo real, aquélla enlazada con el deber ser, los valores, lo prescriptivo, lo subjetivo y lo individual mientras ésta entrelazada con el ser, los hechos, lo descriptivo, lo objetivo y lo social. De igual forma, se cree que una representa todo lo bueno o positivo entre tanto la otra todo lo malo o negativo. En consecuencia, parecen sugerir que debemos sujetar la una a la otra al supeditar lo malo-negativo a lo bueno-positivo.

⁸⁵ Cfr. Ronald DWORKIN, “Introduction”, *A Matter of Principle*, cit., p. 2: “Part one of the book studies the role political convictions should play in the decisions various officials and citizens make about what the law is, as when it should be enforced and obeyed. It rejects the popular but unrealistic opinion that such convictions should play no role in these decisions at all, that law and politics belong to wholly different and independent worlds. But it also rejects the opposite view, that law and politics are exactly the same, that judges deciding difficult constitutional cases are simply voting their personal convictions as much as if they were legislators or delegates to a new constitutional convention.” “Introduction: Law and Morals”, *Justice in Robes*, cit., pp. 34-35: “[W]e might treat law not as a separate from but as a department of morality. We understand political theory that way: as part of morality more generally understood but distinguished, with its own distinct substance, because applicable to distinct institutional structures. We might treat legal theory as a special part of political morality distinguished by a further refinement of institutional structures.”

Sin embargo, ninguna de las dos simboliza ni puede simbolizar todo lo bueno o positivo ni todo lo malo o negativo. Por un lado, la ‘moral’ y la ‘ética’ pueden tener un sentido bueno-positivo pero también un significado malo-negativo. Por ejemplo, cuando los moralistas o los eticistas sobrevalúan la ‘moral’ o la ‘ética’ --sentido bueno o positivo-- y convierten a la ‘moralidad’ o a la ‘eticidad’ en el único criterio válido para la acción humana al ignorar o subordinar los demás, la ‘moral’ o la ‘ética’ degeneran en moralismo o eticismo --significado malo o negativo--. Por otro lado, la ‘política’ puede tener un sentido bueno-positivo pero también un significado malo-negativo. Verbigracia, cuando los partidarios de la *realpolitik* y de la *idealpolitik* se acusan recíprocamente los unos a los otros de idealistas o realistas, optimistas o pesimistas, ingenuos o desconfiados, se amparan en que su concepción es la única acertada al desconocer o someter las demás y encarnan dos extremos viciosos --significado malo o negativo-- pero entre ambos no hay que olvidar que puede haber un término medio virtuoso --sentido bueno o positivo--.

En resumen, cuando tanto la ‘moral’ o la ‘ética’ como el ‘poder’ o la ‘política’ se presentan a sí mismas como la última razón al ignorar la independencia de las diferentes esferas de la vida humana o al desconocer la coexistencia de las distintas concepciones alternativas tienden hacia una acepción mala o negativa entretanto cuando respetan las diferentes esferas de la vida humana y de las distintas concepciones alternativas tienen una significación buena o positiva. Por supuesto que la relación entre los dos extremos malos-negativos es mutuamente excluyente mientras que entre los dos polos buenos-positivos es y tiene que ser por definición incluyente.

Por otra parte, respecto de la interdependencia, conviene recordar que se le atribuye a MAQUIAVELO, quien en sus *Discursos* se muestra como creyente de la libertad y de la ‘moral

política’,⁸⁶ el apartar quizás sin proponérselo la ‘ética’ de la ‘política’ cuando en *El príncipe* glorifica al amoral e inescrupuloso Cesare BORGIA como el modelo de cómo mantener el ‘poder’ con todos los medios y a cualquier precio, lo que es sinónimo de excluir a la ‘ética’ del campo de la ‘política’ al grado de que cuando es necesario puede desentenderse de la ‘moral’ --e incluso del ‘derecho’-- en el nombre del ‘poder’: “el fin justifica los medios”. De igual forma, no hay que olvidar que bajo el imperio del káiser WILHELM I, el canciller y príncipe alemán Otto von BISMARCK ejerció el ‘poder’ real virtualmente como un dictador bajo la premisa “el poder siempre tiene prioridad sobre el derecho” y su *Kulturkampf* contra los católicos sería llevado *ad absurdum* bajo la supuesta supremacía aria frente a los judíos por el *führer* del Tercer Reich: Adolf HITLER.

De igual forma, la diferenciación entre los secuaces de la *realpolitik* y los seguidores de la *idealpolitik* radica en que tocante a la relación entre ‘ética’ y ‘política’, unos la afirman y otros la niegan, pero en ambos casos ignoran o desconocen la relativa independencia de ambas, o mejor dicho su interdependencia, especialmente cuando tratan de meter en cintura a una con la otra. Por regla general los primeros al separarlas por completo sojuzgan la ‘ética’ a la ‘política’ y los segundos aunque las mantienen unidas someten --o al menos tratan de hacerlo-- la ‘política’ a la ‘ética’.

De tal suerte, la aparición de los patrones de la *realpolitik* coincide con la de los patronos de la ‘razón de Estado’. Aunque los antecedentes teóricos se pueden rastrear tanto en el propio MAQUIAVELO como en Justus LIPSIUS --o castellanizado como Justo LIPSIO-- no es sino hasta que ENRIQUE IV de Francia, antes ENRIQUE III de Navarra, como líder protestante de los hugonotes primero lucha contra la Liga católica y después se convierte al catolicismo para acceder al trono de Francia que la *raison d’etat* se consagra: “París bien vale una misa.” No

⁸⁶ Vid., Nicolás MAQUIAVELO, “Discursos sobre la primera década de Tito Livio” en *Obras: El príncipe, Discursos sobre la primera década de Tito Livio, La mandrágora, Clizia*, traducción de Juan A.G. Larraya, Barcelona, Vergara, 1961, pp. ___-___.

obstante, el arquetipo lo encarna mejor que nadie Armand Jean du Plessis, Cardenal de RICHELIEU, quien bajo el reinado de Luis XIII, hijo de Enrique IV, se convirtió en un omnipotente primer ministro y símbolo del Estado absoluto, centralista y totalitario. En cambio, el prototipo de los padrinos de la *ideapolitik* lo personifica el presidente estadounidense Woodrow WILSON, quien tras la primera guerra mundial ideó y se esforzó por aplicar en Europa un sistema de seguridad colectiva, conocido como los *Catorce Puntos*, y crear la *League of Nations*.⁸⁷

Consideramos oportuno recordar que Henry KISSINGER,⁸⁸ flagrante asesor de Richard NIXON y uno de los más fervientes abogados tanto de la *realpolitik* como de la *reason of state*, no se cansa de contrastar el idealismo de WILSON con el realismo de Theodore “Teddy” ROOSEVELT al aclamar la política desconfiada del ‘*big stick*’ y al censurar la ética-política ingenua del wilsonismo por el fracaso de la Liga de Naciones. Por cierto, resulta curioso que tanto el idealista como el realista --la tesis y la antítesis-- compartan el honor de ser Premios Nobel de la Paz. Sirva esta aparente disgregación para allanar el camino para una posible síntesis, cuya primera nota característica es precisamente la interdependencia.

Aunque es difícil determinar a ciencia cierta cuál es la causa de la decepción ante la Liga de Naciones de WILSON o el motivo de la desilusión frente al ‘gran garrote’ de ROOSEVELT, permítasenos insinuar que en ninguno de los dos casos se respeta la relativa independencia de la ‘moral’ y del ‘poder’ ni se toma en serio la interdependencia de la ‘ética’ y la ‘política’. De tal suerte, por un lado, la primera falla no por la falta de ‘poder’ sino por ser inocente en su ejecución al no contar con el ‘poder’ o la cantidad idónea; y, por el otro, la segunda fracasa no por ser

⁸⁷ Cfr., Woodrow WILSON, *The League of Nations: Proposed Constitution of the League of Nations*, New York, s.e., 1919; y *Constitution of the League of Nations*, Boston, World Peace Foundation, 1919. Vid. *La paz mundial. (Doctrina del Presidente Wilson)*, traducción de V.E. Oliver, Madrid, Cervantes, 1919.

⁸⁸ Vid., Henry KISSINGER, *Diplomacy*, New York, Simon & Schuster, 1994.

‘amoral’ o ‘inmoral’ sino por ser hipócrita en su ejercicio al imponer una ‘moral’ por la fuerza sobre las demás. En ambos casos la dosis de la medicina no fue la indicada; en el primero la dosificación de poder fue menor a la imprescindible y en el segundo la ración fue mucho mayor a la indispensable. En otras palabras, en uno hay una sobredosis de ‘ética’ y en el otro de ‘política’. Así, la ‘moral’ precisa de ir acompañada por el ‘poder’ para no ser ilusoria y para ser efectiva mientras el ‘poder’ requiere de ir respaldada por la ‘moral’ para no ser meramente un acto de fuerza desde arriba hacia abajo y para ser instituida como un deber desde abajo hacia arriba.

Insistimos en que no hay una independencia absoluta y, por consiguiente, deben ser vistos como interdependientes y además como complementarios. Decir tanto que una acción ‘política’ está desligada por completo de la ‘ética’ como que una actividad del ‘poder’ no tiene ningún propósito ‘moral’ es absurdo, puesto que en todo tiempo y lugar hay una ‘política’ disimulada por la ‘ética’ o una ‘moral’ encubierta por el ‘poder’. Claro está que cualquier actividad política puede ser definida como un intento por realizar un cierto fin a través de un medio, pero está por verse si el ‘poder’ es un fin en sí o un medio para alcanzar un fin y la ‘moral’ un medio al servicio de dicho fin o el fin que se persigue por tal medio. En este sentido, la ‘política’ no se basa meramente en el ‘poder’ sino además en la ‘moral’ y la ‘ética’ no se funda puramente en la ‘moral’ sino además en el ‘poder’. Por tanto, nos permitimos no sólo criticar la pseudo neutralidad ‘moral’ del ‘poder’ o el supuesto neutralismo ‘político’ de la ‘ética’ sino también denunciar tanto la separación de la ‘moral’ del ‘poder’ como la subordinación de la ‘ética’ a la ‘política’.

El realista e internacionalista Hans J. MORGENTHAU⁸⁹ ofrece una especie de síntesis que vale la pena retomar. Aun cuando defiende la autonomía de la esfera ‘política’ aclara que ello no implica que se deba ignorar la existencia e importancia de las demás esferas; y, aunque subordina la ‘ética’ a la ‘política’ no separa por completo la ‘moral’ del ‘poder’. Lo anterior nos permite

⁸⁹ Vid. Hans J. MORGENTHAU, *Politics among Nations*, New York, Knopf, 1960.

reconciliar la dimensión de la ‘política’ empalmada con el ‘poder’ y la emparentada con la ‘moral’; así como, la de la ‘ética’ enlazada con la ‘moral’ y la entroncada con el ‘poder’. De tal guisa, parte de una concepción pluralista de la naturaleza humana: “el ser humano que fuera exclusivamente un ser político equivaldría a una bestia, puesto que carecería en absoluto de restricción moral y el que fuere solamente un ser moral sería un insensato, ya que carecería en su totalidad de prudencia.”⁹⁰ Si bien es cierto que los seres humanos no son ángeles ni demonios también es cierto que son una especie de mezcla o punto intermedio entre ambos. Al respecto, baste citar a H.L.A. HART:⁹¹

Pero si los hombres no son demonios, tampoco son ángeles; y el hecho de que sean una media entre esos dos extremos es algo que hace un sistema de indulgencias mutuas tanto necesario y posible. Con ángeles, que no caen en la tentación de lastimar a otros, las reglas que requieren indulgencias serían innecesarias. Con demonios preparados para destruir... serían imposibles.

Como en gran parte de lo escrito en este capítulo la referencia al derecho no ha sido explícita y ha permanecido más bien implícita es útil aclarar. Por un lado, el ‘derecho’ funciona -- y debe-- funcionar como el “puente” entre ‘moral’ y ‘poder’; así, lo ‘jurídico’ sirve y debe servir para tender puentes entre lo ‘ético’ y lo ‘político’, tal como el Estado sirve y debe servir para hacerlo entre la sociedad civil y la sociedad política.⁹²

Baste acordarse del epígrafe de este capítulo, a la sazón la sentencia de ROUSSEAU: “El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en

⁹⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁹¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^a ed., *cit.*, p. 196: “But if men are not devils, neither are they angels; and the fact that they are a mean between these two extremes is something which makes a system of mutual forbearances both necessary and possible. With angels, never tempted to harm others, rules requiring forbearances would not be necessary. With devils prepared to destroy...they would be impossible.”

⁹² *Cfr.* Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 13: “but it remains for jurisprudence to construct the bridges between legal and moral theory that support that claim.”

derecho y la obediencia en deber.”⁹³ Por otro lado, gran parte de lo expuesto hasta el momento sobre la relación entre ‘moral’ y ‘poder’ es aplicable como veremos más adelante tanto a la conexión derecho-moral como a la correlación derecho-poder.

Sin embargo, entre los juristas, las dos relaciones todavía califican dentro del rubro de “cuestiones disputadas”, tal como lo sugieren Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco J. LAPORTA.⁹⁴ Claramente, el nexos entre ‘derecho’ y ‘moral’ es mucho más cuestionado o disputado que el vínculo entre ‘derecho’ y ‘poder’, como se desprende de la basta literatura generada por las polémicas DEVLIN-HART, FULLER-HART y DWORKIN-HART.⁹⁵ Cabe adelantar que generalmente

⁹³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, cit., Libro Primero, Capítulo III, p. 10.

⁹⁴ Vid. Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral” en Ernesto GARZÓN VALDÉS & Francisco J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 397-424. (Reproducido en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 19-55.) Francisco J. LAPORTA, “Poder y derecho”, en Ernesto GARZÓN VALDÉS & Francisco J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, cit., pp. 441-453. Vid. también Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 8, 1990, pp. 111-130. (Reproducido en: Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*, cit., pp. 317-335; y en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral...*, cit., pp. 138-159). Francisco J. LAPORTA, *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993.

⁹⁵ La primera encierra el célebre *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, mejor conocido como el *Wolfenden Report* de 1957; la conocida conferencia (Maccabaen Lecture in Jurisprudence, British Academy, 18 de marzo de 1959) de Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1959. (Reproducido como: “Morals and the Criminal Law” en *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, pp. 1-25; y en R. M. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 66-82). La crítica de H.L.A HART en: “Immorality and Treason”, *The Listener*, 30 de julio de 1959, pp. 162-163. (Reproducido en: R. M. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, cit., pp. 83-88). “The Use and Abuse of the Criminal Law”, *Oxford Lawyer*, No. 4, 1961. *Law, Liberty, and Morality*, cit. La réplica de Patrick DEVLIN, en una serie de conferencias recopiladas, en *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965: “Morals and the Quasi-Criminal Law and the Law of Tort”; “Morals and the Law of Contract”; “Morals and the Law of Marriage”; “Democracy and Morality” (publicado originalmente como: “Law, Democracy, and Morality”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 110, 1962, pp. 635-649); “Mill on Liberty in Morals” (publicado originalmente en:

“Mill on Liberty in Morals”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 32, No. 2, 1964, pp. 215-235.); y “Morals and Contemporary Social Reality”. Y en el artículo: “Law and Morality”, *Manitoba L.S.J.*, No. 1, 1964-1965. Así como, la reacción de H.L.A. HART, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, 1967, pp. 1-13. Sobre la polémica Devlin-Hart, *vid.* Jorge MALEM, “De la imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart”, en *Estudios de ética jurídica*, México, Fontamara, 1996, pp. 35-56. (Publicado también en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 4, abril, 1996; y como “La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart”, en Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral...*, *cit.*, pp. 59-79.)

La segunda engloba la publicación de la celeberrima conferencia (Holmes Lecture, Harvard Law School, abril de 1957) de H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 593-629 (reproducido en: R. M. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, *cit.*, pp. 17-37) (hay versión en español: “Positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción de Genaro R. Carrío, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64); la réplica de Lon L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law...”, *cit.*, pp. 630-672; la publicación tanto de H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *cit.* como de Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, *cit.*; la reseña crítica realizada por H.L.A. HART, “Book Review of Lon L. Fuller’s *The Morality of Law*”, *Harvard Law Review*, Vol. 78, 1965, pp. 1281-1296 (reproducida como: “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, pp. 343-364.); y la respuesta a sus críticos: Lon L. FULLER, “A Reply to Critics” en *The Morality of Law*, 2ª ed., *cit.*, pp. 187-242.

La tercera envuelve --además de algunos escritos de las dos polémicas anteriores-- las críticas al positivismo hartiano recopiladas en Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*; los comentarios de H.L.A. HART, “Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976” en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, pp. 145-158 (publicado originalmente en: *New York University Law Review*, Vol. 51, 1976); “American Jurisprudence through the English Eyes...”, *cit.*, pp. 123-144; y “Between Utility and Rights”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, pp. 198-222 (publicado originalmente en: *Columbia Law Review*, Vol. 79, No. 5, 1979; y reproducido con algunas omisiones en: Marshall COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, *cit.*, pp. 214-226). Las réplicas a sus críticos de Ronald DWORKIN, “A Reply to My Critics”, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 291-368, especialmente 292-293; y “A Reply by Ronald Dworkin”, en Marshall COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, *cit.*, pp. 247-300, específicamente 282-291. La contra respuesta de H.L.A. HART, “Postscript”, en *The Concept of Law*, 2ª ed., *cit.*, pp. 238-276; y otras replicas a sus críticos de Ronald DWORKIN, “Ronald Dworkin Replies”, en Justine BURLEY (ed.), *Dworkin and his Critics*, Oxford, Blackwell, 2004, pp. 340-395. Sobre la polémica Dworkin-Hart, *vid.* Fernando SALMERÓN, “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de una controversia”, *Isonomía. Revista de*

ésta --la concomitancia derecho-poder-- es aceptada por casi todos los que rechazan la primera, mientras aquélla --la concordancia derecho-moral-- es admitida aunque en diferentes grados por algunos de los que aceptan e incluso parten de la segunda. Entre los primeros baste mencionar a John AUSTIN y entre los segundos cabe nombrar a H.L.A. HART, por un lado, y a Ronald DWORKIN, por el otro.

AUSTIN --en su apología al modelo de los mandatos-- advierte “Toda *ley* o *regla*... es un *mandato*. O, mejor dicho, las leyes o las reglas, propiamente así llamadas, son una *especie* de mandatos”⁹⁶ y afirma “la jurisprudencia general no tiene un interés inmediato en la bondad o maldad de las leyes”⁹⁷ y más adelante alega “todo el mundo tiene que admitir que el Derecho debe ser conocido, piense lo que piense del contenido que deba tener.”⁹⁸

HART --en su censura al modelo de los mandatos de AUSTIN y en su elogio al modelo de las reglas-- anota el derecho es algo más que “órdenes respaldadas por amenazas” y, en su lugar, lo presenta como “la unión de las reglas primarias --que imponen deberes-- y las reglas

Teoría y Filosofía del Derecho, No. 5, octubre, 1996, pp. 79-105. (Publicado como: “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”, en Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral...*, *cit.*, pp. 80-112.)

⁹⁶ John AUSTIN, “The Province of Jurisprudence Determined”, en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, *cit.*, p. 13: “Every law or rule... is a command. Or, rather, laws or rules, properly so called, are a *species* of commands.” (La traducción es nuestra.)

⁹⁷ John AUSTIN, “The Uses of the Study of Jurisprudence”, en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, *cit.*, p. 366: “the subject of general jurisprudence... [has no immediate concern]...[w]ith the goodness or badness of laws”. (Hay versión en español: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, traducción de Felipe González Vicen, México, Editora Nacional, 1974, p. 29: “La jurisprudencia general no se ocupa directamente de la conveniencia o inconveniencia de las leyes.”)

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 374-375: “everybody must admit that Law ought to be known , whatever he may think of the provisions of which it ought to consist.” (p. 45.)

secundarias --que confieren poderes--.”⁹⁹ Así mismo, en su *Postscript* dilucida “a pesar de haber múltiples conexiones contingentes entre derecho y moralidad no hay conexiones conceptuales necesarias entre el contenido del derecho y de la moralidad y, por ende, provisiones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos.” Y, más adelante “la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (p. ej. legislación, decisiones judiciales, costumbres sociales) sin referencia a la moralidad excepto donde el derecho así identificado ha incorporado él mismo el criterio moral para la identificación del derecho.”¹⁰⁰

DWORKIN --en su crítica al modelo de las reglas de HART y en su panegírico al modelo de los principios-- apunta el derecho utiliza “estándares que no funcionan como reglas, pero que operan de manera diferente como principios, políticas, y otros tipos de estándares.”¹⁰¹ Además,

⁹⁹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 24: “orders backed by threats”; y p. 79: “Law as the union of primary --duty imposing-- and secondary --power conferring-- rules”.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 268: “though there are many different contingent connections between law and morality there are no necessary conceptual connections between the content of law and morality; and hence morally iniquitous provisions may be valid as legal rules or principles”; y p. 269: “the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law.” Sobre la relación entre derecho y moral *vid. ibid.*, pp. 185-212; y *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción de Genaro R. Carrío, Buenos Aires, Depalma, 1962. *Vid.* también Eusebio FERNÁNDEZ, “Las relaciones entre el derecho y la moral en H.L.A. Hart”, *Revista de Ciencias Sociales*, No. 28, 1986; y Rodolfo L. VIGO, “Vinculaciones entre el derecho y la moral en H.L.A. Hart”, *Revista de Ciencias Sociales*, No. 28, 1986.

¹⁰¹ Ronald DWORKIN, “The Model of Rules I”, en *Taking Rights Seriously*, cit., p. 22: “standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards.” (Publicado originalmente como: “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, No. 35, 1967; y reproducido como: “Is Law a System of Rules?”, en Robert S. SUMMERS (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1970; y en: R. M. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 38-65.) (Hay versión en

elucida “los derechos legales deben ser entendidos como especies de derechos morales.”¹⁰² Dicha afirmación, por cierto ‘crucial’ para él, no le imposibilita sostener que algunas leyes injustas son todavía leyes, y le permite ofrecer un criterio que tiene la doble función de identificar el ‘derecho’ y proveer una justificación ‘moral’ para éste.

Antes de continuar, debemos recordar que Hans KELSEN al formular la teoría pura del derecho “quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños” y, a partir de ella, remata “el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo... en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas. Las relaciones entre los hombres sólo interesan... en cuanto son relaciones constituidas mediante las normas jurídicas.”¹⁰³ Lo curioso es que el jefe de la escuela vienesa ha insistido bastante en “La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética”¹⁰⁴ pero quizás no lo suficiente, al menos en nuestra opinión, en “la (consiguiente) exigencia de diferenciar el derecho del poder, y la ciencia jurídica de la política”. De tal suerte, a KELSEN se le puede atribuir el mérito de separar la ciencia jurídica de la (ciencia) ética --al igual que a MAQUIAVELO la (ciencia) política de la (ciencia) ética-- pero no necesariamente hacerlo respecto de la (ciencia) política. De hecho, para el propio autor vienés: “El derecho es una organización de la fuerza”.¹⁰⁵ De igual forma, para el realista escandinavo Alf ROSS: “el derecho consiste en

español: *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, traducción de Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.)

¹⁰² Ronald DWORKIN, “A Reply by Ronald Dworkin”, en Marshall COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, p. 260: “legal rights must be understood as species of moral rights”. (La traducción es nuestra.)

¹⁰³ Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., cit., pp. 15 y 83.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 81. Sobre la relación entre derecho y moral, *vid. ibid.*, pp. 71-82. *Vid.* también Dante CRACOGNA, “El tema de la moral y el derecho en Kelsen”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, No. 10, 1990.

¹⁰⁵ Hans KELSEN, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, traducción de Florencio Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 33. (Publicación original: 1942.) *Cfr. Ibid.*, p. 23: “El derecho es, en esencia, un

reglas concernientes al ejercicio de la fuerza”,¹⁰⁶ porque a final de cuentas, tal como diría el autor estadounidense Owen W. FISS: “Todo derecho es poder enmascarado.”¹⁰⁷

Como la relación entre ‘derecho’ y ‘moral’ es mucho más controvertida que la existente entre ‘derecho’ y ‘poder’, dejamos por el momento en corchetes a la primera y pasamos a la última, al considerar que ésta puede arrojar algunas luces sobre aquélla o al menos sobre la manera de abordar el tema. Cabe anticipar que adoptamos --al estilo de Javier MUGUERZA-- la figura retórica del ‘quiasmo’ o ‘retruécano’, *i.e.* la inversión de los términos de una proposición en otra subsecuente para que el sentido de la posterior sirva de contraste al de la anterior.¹⁰⁸

Con ese antecedente, sugerimos que al interior de ambas relaciones confluyen y convergen al menos dos lecturas posibles que se complementan una a otra y se legitiman o limitan recíprocamente: 1) ‘el poder del derecho’ y ‘el derecho del poder’; y 2) ‘la moral del derecho’ y ‘el derecho de la moral’. La maniobra anterior nos permite insistir en la importancia no sólo de aceptar su interdependencia sino también de rechazar que alguno de los dos elementos tenga o mucho menos deba tener prioridad sobre el otro y, al mismo tiempo, aclararnos en qué sentido debemos entender las relaciones entre ambos.

A. Relación derecho-poder: el poder del derecho y el derecho del poder

orden para promover la paz.” *Cfr.* también Hans Kelsen, *La paz por medio del derecho*, traducción de Luis Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946.

¹⁰⁶ Alf Ross, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959, p. 59: “the law consists of rules concerning the exercise of force”. (Hay otra edición: London, Stevens, 1958.) (Hay versión en español: *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1997.) (Publicación original: 1953.)

¹⁰⁷ Owen W. FISS, “Objectivity and Interpretation”, *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1982, p. 741: “All law is masked power.” (La traducción es nuestra.)

¹⁰⁸ *Cfr.* Javier MUGUERZA, “El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal”, en Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral...*, *cit.*, pp. 183-211.

De guisa por demás análoga y equivalente a la existente como veremos en el numeral ulterior entre ‘derecho’ y ‘moral’, en el caso de la relación derecho-poder cabe traer a colación y tener presente sobre todo a Francisco J. LAPORTA, para dilucidar en qué sentido a pesar del acuerdo generalizado la cuestión todavía califica como disputada:¹⁰⁹

Suele considerarse que entre *derecho* y *poder* se dan relaciones muy estrechas. Parece fuera de toda discusión que quien crea y pone en vigor las normas del *derecho*, está ejerciendo un cierto *poder*. Pero también se tiene por cosa sabida que aquellos que tienen *poder* son los que determinan cuál ha de ser el contenido del *derecho*. Lo que no acaba de estar tan claro es si la noción de “poder” que se usa para establecer la primera relación es equivalente a la que se usa para establecer la segunda.

A punto fijo la concepción de ‘poder’ que se usa en la primera conexión ‘el poder del derecho’, es decir quien crea, interpreta y aplica el *derecho* establece un *poder*, no es ni puede ser equivalente al concepto de ‘poder’ que se utiliza en la segunda correlación ‘el derecho del poder’, esto es quien detenta y dispone del *poder* estipula el *derecho*. La primera compete a lo que denominamos ‘poder jurídico’ o ‘poder interno *del* derecho’; en tanto que la segunda concierne a lo que designamos como ‘poder político’ o ‘poder externo *al* derecho’.

En consecuencia, ‘el poder del derecho’ radica en que al ejercer el *derecho* se establece el *poder jurídico*, mientras tanto ‘el derecho del poder’ reside en que al ejercitar el *poder político* se estipula el *derecho*. A reserva de que en el próximo capítulo profundizaremos en las relaciones tanto entre *derecho* y *poder* en general como entre *poder jurídico* y *poder político* en especial, a continuación tratamos de aclarar algunos aspectos y esclarecer nuestra posición al respecto.

En primer lugar, es conveniente revisar la clásica tríada de concepciones sobre ‘poder’, ‘autoridad’ e ‘influencia’ y de pasada diferenciarlas. Aun cuando las tres palabras pueden ser usadas como conceptos intercambiables e incluso como sinonimias, consideramos que deben y

¹⁰⁹ Francisco J. LAPORTA, “Poder y derecho”, *cit.*, p. 441.

pueden ser utilizados para referirse a distintos aspectos del fenómeno jurídico.¹¹⁰ Indudablemente, el ‘derecho’ como ‘poder jurídico’ al regular la conducta humana ejerce tanto su autoridad como su influencia sobre las acciones y omisiones de sus destinatarios y de sus operadores. Sin embargo, su autoridad y su influencia son efectos derivados o secundarios de su función primordial, *i.e.* regular la conducta humana. Así, el ‘derecho’ puede desdoblarse no sólo su autoridad al imponerse por la fuerza sobre la conducta de sus destinatarios u operadores sino también su influencia sobre unos u otros. Aunque en un momento dado, a la norma jurídica no se le reconozca autoridad alguna y no consiga proyectar ninguna influencia puede estar vigente como regla de conducta en una sociedad ‘política’ al ser tanto expresión como vehículo de ‘poder’.¹¹¹

Como segundo punto, a partir de la diferenciación de Robert DAHL entre la *base del poder* y los *medios del poder*, LAPORTA distingue entre la *base* y los *medios* del ‘poder jurídico’ a los que identifica como ‘normas-base jurídicas’ y ‘normas-medio jurídicas’. En otras palabras, en la terminología de uso corriente --desde la distinción hartiana entre reglas primarias y reglas secundarias-- como ‘normas de competencia’ o ‘normas que confieren poderes’ --consonantes a las secundarias-- y ‘normas de conducta’ o ‘normas (regulativas) que imponen deberes’ --correspondientes a las primarias--.¹¹² Claro está que en principio, las primarias tienden a desplegar su influencia sobre la conducta o deberes de sus destinatarios, en tanto que las secundarias su autoridad sobre la competencia o poderes de sus operadores, principalmente de los jueces pero también de cualquier otra autoridad, desde las legislativas hasta las administrativas.

¹¹⁰ Vid. Juan Carlos BAYÓN, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; y Ruth ZIMMERLING, *El concepto de influencia y otros ensayos*, México, Fontamara, 1993.

¹¹¹ *Cfr.* Francisco J. LAPORTA, “Poder y derecho”, *cit.*, p. 443.

¹¹² *Ibid.*, pp. 444-445.

En tercer término, al tomar en consideración las dos distinciones anteriores, es posible percibir cómo una parte de la sociedad puede desenvolver sobre otra porción su ‘poder jurídico’. En otras palabras, cómo los operadores están facultados por las ‘normas de competencia’ para ejercer y ejercitar en el nombre del ‘derecho’ tanto su autoridad como su influencia sobre los destinatarios de las normas jurídicas al dictar e imponer el contenido de las ‘normas de conducta’. Está claro que las autoridades al ejecutar el ‘poder jurídico’ del que están o se ven investidas también detentan o mejor dicho expresan y sirven de vehículo del ‘poder político’. En esta tradición que comienza con Thomas HOBBS --y que innegablemente ha llegado hasta nosotros-- se da por supuesto que el ‘derecho’ es el producto o resultado de la voluntad de quien fácticamente detenta el ‘poder’, en general, y el ‘poder político’, en particular, llámese ‘soberano’ o ‘autoridad’.¹¹³

Como vimos en el primer capítulo, el cuerpo político --ante la imposibilidad de que el consentimiento sea absolutamente unánime-- debe regirse de acuerdo con la “voluntad de la mayoría” de LOCKE o con arreglo a la “voluntad general” de ROUSSEAU. Lo anterior implica que hay un acuerdo o consenso general personificado por la mayoría que consiente pero también un desacuerdo o disenso particular representado por la minoría que disiente. De tal suerte, no sólo una fracción del Estado, es decir la sociedad política --las autoridades o los gobernantes-- ejerce el ‘poder jurídico’ sobre otra sección --los destinatarios o los gobernados-- sino también un fragmento de ésta, esto es también la sociedad política --la mayoría o la élite-- ejerce el ‘poder político’ sobre otro segmento --la minoría o el pueblo--.

Consecuentemente, en todo Estado la titularidad del ‘poder político’ personaliza la posibilidad de que la mayoría pueda imponer su ‘poder positivo’ a la minoría a través del ‘poder jurídico’ que las autoridades o gobernantes ejercen sobre los destinatarios o gobernados. No obstante, además simboliza la probabilidad de que la minoría y los destinatarios o gobernados

¹¹³ *Ibid.*, p. 446.

pueda impugnar a partir de su ‘poder crítico’ --también conocido como ‘poder negativo’-- tanto el ‘poder político’ de la mayoría como el ‘poder jurídico’ de las autoridades o gobernantes.

B. Relación derecho-moral: la moral del derecho y el derecho de la moral

De guisa por demás homóloga y semejante a la existente --como señalamos en el numeral precedente-- entre ‘derecho’ y ‘poder’, en el caso de la relación derecho-moral cabe aludir principalmente a Ernesto GARZÓN VALDÉS y tener presente la basta literatura generada a partir de las polémicas DEVLIN-HART, FULLER-HART y DWORKIN-HART, para elucidar en qué sentido la cuestión es todavía disputada.

El mismísimo GARZÓN VALDÉS reafirma “El debate acerca de la relación entre derecho y moral tiene, como todos sabemos, una tradición milenaria... No existe prácticamente ningún jurista con un mínimo de interés por cuestiones filosóficas que no haya intervenido en esta polémica.”¹¹⁴ De hecho, reitera “No conozco ningún teórico o filósofo del derecho, cualquiera que sea su posición teórica, que no haya dedicado alguna parte de su obra al análisis de la relación entre derecho y moral.”¹¹⁵ De esta forma, recalca que entre las posibilidades básicas concebibles por lo que respecta a la relación entre derecho y moral hay dos posturas tradicionales, a saber: la tesis de la vinculación y la tesis de la separación. Al respecto, remarca:¹¹⁶

[L]a polémica entre ambas tesis no se refiere a la relación empírica entre derecho y moral; ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral.

¹¹⁴ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, *cit.*, p. 111 (p. 317; y p. 138).

¹¹⁵ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral”, *cit.*, p. 397 (p. 19).

¹¹⁶ *Id.*

Por el momento, dejaremos en corchetes el problema de la relación conceptual necesaria o no entre ‘derecho’ y ‘moral’, para tratar de indagar si hay otros sentidos en los cuales la cuestión es todavía disputada. Al respecto, vale la pena recordar que ya HART¹¹⁷ había distinguido e identificado, acerca de la relación entre ‘derecho’ y ‘moral’, al menos cuatro tipos de preguntas:

1) La referente a la relación causal, empírica o histórica: ¿Ha sido el desarrollo del ‘derecho’ influenciado por la ‘moral’? ¿Ha sido el desarrollo de la ‘moralidad’ influenciado por el ‘derecho’?

2) La relativa a la relación analítica o conceptual: ¿Debe alguna referencia a la ‘moralidad’ entrar dentro de una adecuada definición del ‘derecho’ o del sistema jurídico? ¿O es un mero hecho contingente que el ‘derecho’ y la ‘moral’ con frecuencia se traslapen y que compartan un vocabulario común de derechos, obligaciones y deberes?

3) La tangente a la posibilidad o no de la crítica del ‘derecho’ por la ‘moral’: ¿Está el ‘derecho’ abierto a un criticismo ‘moral’? ¿O la admisión que una regla es una regla jurídica válida excluye el criticismo ‘moral’ o la condenación de ésta por su referencia a estándares o principios morales?

4) La tocante a la probabilidad o no de la imposición de la ‘moral’ por el ‘derecho’: ¿Es el hecho de que una cierta conducta sea ‘inmoral’ por estándares comunes suficientes para justificar hacer que la conducta sea castigada por el ‘derecho’? ¿Es moralmente permitido imponer una ‘moralidad’ como tal? ¿Debe la ‘inmoralidad’ como tal ser un crimen?

Es importante destacar, por un lado, que los dos tipos anteriores son independientes entre sí, puesto que quien desee afirmar la relación causal, empírica e histórica puede negar la relación analítica o conceptual. De hecho, como lo hace ver GARZÓN VALDÉS, acerca del primer tipo hay un acuerdo en el sentido afirmativo. Ciertamente, el ‘derecho’ ha sido influenciado por la ‘moral’

¹¹⁷ H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, cit., pp. 1-4.

y viceversa. Sin embargo, sobre el segundo a falta de un consenso, más o menos generalizado, en cualquier sentido, la cuestión todavía califica como disputada. Por otro lado, los dos posteriores son interdependientes entre sí, ya que por lo general quien quiera aceptar o rechazar la posibilidad de la crítica del 'derecho' por la 'moral' también debe admitir o refutar la probabilidad de la imposición de la 'moral' por el 'derecho'.

Como vimos en el caso del 'derecho' y del 'poder', ciertamente entre 'derecho' y 'moral' se dan algunas relaciones muy estrechas. Parece fuera de toda discusión que quienes detentan y ejercen el 'poder' en una sociedad determinada no sólo crean, interpretan y aplican el 'derecho' sino también determinan cuál ha de ser su contenido. Sin embargo, en este proceso no sólo critican --o al menos tienden a ajustar o someter-- el '*derecho*' a una '*moral*' sino también imponen --o al menos tratan de "enforzar" o "empoderar", *i.e.* imponer,-- su '*moral*' a través del '*derecho*'. Lo que no acaba de estar tan claro es si la noción de 'moral' que se usa para establecer las dos ulteriores relaciones es equivalente en ambos casos.

A punto fijo la concepción de 'moral' que se usa en la primera enunciación "la moral del derecho", es decir quien crea, interpreta y aplica o bien determina el contenido del *derecho* tiene que ajustarse y someterse a una *moral*, no es ni puede ser equivalente al concepto de 'moral' que se utiliza en la segunda proposición "el derecho de la moral", esto es quien crea, interpreta y aplica o bien determina el contenido del *derecho* impone una *moral* sobre los demás. Por esta razón consideramos oportuno formular un par de aclaraciones.

Por una parte, la idea de ajustar y someter el 'derecho' a algún tipo de 'moral' constituye un punto de acuerdo, más o menos amplio, entre HART y sus principales polemistas; claro que están en desacuerdo tanto de qué 'moral' se trata como de cuál debe ser la concreción de dicha 'moral'. Así, FULLER ha distinguido al interior de la 'moralidad del derecho' no sólo entre una 'moralidad del deber' y otra 'moralidad de la aspiración' sino también entre una 'moralidad interna del derecho' y otra 'moralidad externa al derecho'. Para él, visión que compartimos, el

‘derecho’ se debe ajustar y someter no necesariamente a una ‘moral externa’ sino a su ‘moral interna’.¹¹⁸

Por otra parte, la noción de imponer una ‘moral’ a través del ‘derecho’ instituye el *quid* de la discordia del mismo HART con Sir Patrick DEVLIN. Aunque parece imposible zanjar la desavenencia entre ambos, en nuestra opinión, es viable matizar las dos posiciones y llegar a un cierto compromiso. De contado lord DEVLIN está acertado cuando mantiene que la sociedad tiene ‘derecho’ a imponer la ‘*moralidad establecida*’.¹¹⁹

La sociedad tiene derecho por medio de sus leyes a protegerse de los peligros, ya sean de adentro o de afuera... La justificación de esto es que el gobierno establecido es necesario para la existencia de una sociedad y por lo tanto su incolumidad contra un derrocamiento violento debe ser asegurado. Pero una *moralidad establecida* es tan necesaria como un buen gobierno para el bienestar de la sociedad.

Sin embargo, damos por descontado que está equivocado cuando sostiene que “La supresión del vicio es tanto oficio del derecho como la supresión de actividades subversivas... No hay límites teóricos al poder del Estado para legislar en contra de la traición y sedición, y del mismo modo yo creo que no puede haber límites teóricos a la legislación contra la inmoralidad.”¹²⁰ Tal como lo advierte HART: “[Devlin] parece moverse de la proposición aceptable de que *alguna* moralidad compartida es esencial a la existencia de cualquier sociedad

¹¹⁸ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 3-32, 152-186 y 187-242.

¹¹⁹ Cfr. Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 13: “Society is entitled by means of its laws to protect itself from dangers, whether from within or without... The justification for this is that established government is necessary for the existence of society and therefore its safety against violent overthrow must be secured. But an *established morality* is as necessary as good government to the welfare of society.” (El énfasis y la traducción son nuestras.)

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 13-14: “The suppression of vice is as much the law’s business as the suppression of subversive activities... There are no theoretical limits to the power of the State to legislate against treason and sedition, and likewise I think there can be no theoretical limits to legislation against immorality.” (La traducción es nuestra.)

hacia la proposición inaceptable que una sociedad es idéntica con su moralidad... [y por tanto] que cualquier desviación de la moralidad compartida por la sociedad amenaza su existencia.”¹²¹

En su contra argumento DEVLIN se empecina y porfía: “No afirmo que *cualquier* desviación de la moralidad compartida por la sociedad amenace su existencia más que aseguro que *cualquier* actividad subversiva amenaza su existencia. Asevero que ambas son actividades capaces en su naturaleza de amenazar la existencia de la sociedad así que ninguna puede ser puesta más allá del derecho.”¹²²

Por supuesto que el parangón entre ‘traición’ e ‘inmoralidad’ ha sido severamente criticado por el propio HART,¹²³ toda vez que DEVLIN, al equiparar e identificar a ambas, pierde de vista no sólo la distinción público-privado y el distingo permitido-prohibido sino también los principios más elementales de la ‘moral interna del derecho’. Cabe recordar que el ‘derecho’ no cumple su función únicamente al prohibir determinados comportamientos y al castigar las desviaciones de la regla sino además al permitir otros proceder en los ámbitos tanto público como privado y al tolerar ciertas desviaciones especialmente si caen dentro de la esfera privada. De esta suerte, hay conductas que en público están prohibidas en tanto que en privado estarían permitidas.

¹²¹ H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, cit., pp. 51-52: “[Devlin] appears to move from the acceptable proposition that some shared morality is essential to the existence of any society to the unacceptable proposition that a society is identical with its morality... [and thus] that any deviation from a society’s shared morality threatens its existence.” (La traducción es nuestra.)

¹²² Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 13 (en la nota a pie de página): “I do not assert that any deviation from a society’s shared morality threatens its existence any more than I assert that any subversive activity threatens its existence. I assert that they are both activities which are capable in their nature of threatening the existence of society so that neither can be put beyond the law.” (La traducción es nuestra.)

¹²³ H.L.A. HART, “Immorality and Treason”, cit. pp. 162-163 (pp. 83-88).

Ahora bien, la primera conexión ‘la moral del derecho’ compete a lo que concebimos como la ‘moral interna *del* derecho’ entretanto la segunda correlación ‘el derecho de la moral’ corresponde a lo que conjeturamos como la ‘moral externa *al* derecho’. También podríamos calificar a aquélla --la ‘moralidad interna’-- si seguimos al propio FULLER como ‘moral o moralidad jurídica’¹²⁴ y clasificar a ésta --la ‘moralidad externa’-- como ‘moral o moralidad política’ o bien como la ‘moral o moralidad positiva’ de AUSTIN¹²⁵ y en contraste a la ‘moral o moralidad privada’ como la ‘moral o moralidad pública’ de DEVLIN.¹²⁶ Por su parte, HART da a una y otra un sentido desdeñoso o peyorativo: a la primera la caricaturiza como ‘moralismo jurídico’ y a la segunda la satiriza como ‘populismo moral’.¹²⁷

Como vimos en el apartado anterior, no sólo una fracción de la sociedad --las autoridades o los gobernantes-- ejerce el ‘poder jurídico’ sobre otra sección --los destinatarios o los gobernados-- sino también un fragmento de la sociedad --la mayoría-- ejerce tanto el ‘poder político’ como la ‘moral política’ sobre otro segmento --la minoría--. Consiguientemente, en todo Estado la titularidad tanto del ‘poder jurídico’ como del ‘poder político’ personifica la posibilidad de que la mayoría y las autoridades o gobernantes puedan imponer a la minoría y a los destinatarios o gobernados una ‘moral positiva’. No obstante, además significa la probabilidad de que la minoría y los destinatarios o gobernados --e incluso la mayoría y las autoridades o gobernantes-- puedan impugnar dicha ‘moral pública’ al recurrir, de un lado, como lo bosqueja HART a la ‘moral crítica’, a la que él aclama como ‘moralidad crítica’ en contraposición a la

¹²⁴ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 92: “legal morality”. Cfr. p. 42: “inner morality of law”; y p. 45: “internal morality of law”.

¹²⁵ Vid. John AUSTIN, “The Province of Jurisprudence Determined”, en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, cit., p. 11: “positive morality”.

¹²⁶ Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 3: “private morality”; y p. 7: “public morality”.

¹²⁷ H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, cit., p. 6: “legal moralism”; y p. 79: “moral populism”.

‘moralidad positiva’;¹²⁸ y, del otro, como lo esboza DWORKIN a la ‘moral jurídica’, a la que él exclama como ‘moralidad institucional’ en oposición a la ‘moralidad personal’.¹²⁹

En consecuencia ‘la moral del derecho’ radica en que al crear, interpretar y aplicar o bien determinar el contenido del ‘derecho’ es necesario ajustarse y someterse a la ‘moral jurídica’ o ‘moralidad interna del derecho’ mientras tanto ‘el derecho de la moral’ reside en que al crear, interpretar y aplicar o bien determinar el contenido del ‘derecho’ se impone una ‘moral política’ o ‘moralidad externa al derecho’. A reserva de que en un futuro profundicemos en las relaciones tanto entre ‘derecho’ y ‘moral’, en general, como entre ‘moral jurídica’ y ‘moral política’, en especial, a continuación aprovecharemos para aclarar algunos aspectos y esclarecer nuestra posición al regresar y quitarle los corchetes al tema de la relación conceptual necesaria o no entre ‘derecho’ y ‘moral’.

Toda vez que el ‘derecho’ y la ‘moral’ son tipos distintos de sistemas u órdenes normativos pretender incluir elementos éticos o morales en la definición del ‘derecho’ y principios jurídicos o legales en la delimitación de la ‘moral’ representa una restricción inadmisibles del campo de connotación y denotación de ambos conceptos. Lo anterior no implica que no haya relaciones entre ‘derecho’ y ‘moral’ ni mucho menos que no podamos indagar cuál es y cuál debe ser la relación entre ambos sino que indica la necesidad de evitar confusiones tal como lo sugiere KELSEN al distinguir, en general, ‘el derecho de la moral’ y, en especial, ‘el derecho de la justicia’, así como al no incorporar el contenido moral o justo como elemento conceptualmente necesario en la definición del derecho.¹³⁰

¹²⁸ *Ibid.*, p. 17 y ss: “positive and critical morality”.

¹²⁹ Ronald DWORKIN, “Hard Cases”, *cit.*, p. 1063 y en *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 87: “personal and institutional morality”.

¹³⁰ *Cfr.* Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., *cit.*, pp. 77-82.

A pesar de que no es afortunado introducir en la definición del ‘derecho’ referencia alguna a la ‘moral’, ello no es razón suficiente para descartar del todo la relación entre ‘derecho’ y ‘moral’. Al respecto es más que sensato no echar en saco roto el esfuerzo de GARZÓN VALDÉS¹³¹ al tratar de confrontar los argumentos de los adalides de la ‘tesis de la conexión/vinculación’ y enfrentar las objeciones de los paladines de la ‘tesis de la separación’ en la búsqueda de la mejor solución a este dilema. Con este autor podemos tanto mirar los pros y los contras como pasar por tamiz las interpretaciones más significativas. De esta forma, al interior de la ‘tesis de la conexión/vinculación’ es posible reconocer versiones tanto radicales como moderadas y, en ambos casos, recordar vertientes tanto fuertes como débiles.¹³²

Dentro de las radicales, por un lado, las fuertes abarcan la equiparación entre ‘derecho’ y ‘justicia’, la cual se remonta a San AGUSTÍN DE HIPONA “no es ley la que no es justa”¹³³ y se renueva en el *dictum* de algunos de los cabecillas de la escuela clásica del derecho natural

¹³¹ Vid. Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral”, *cit.*, pp. 397-424 (pp. 19-55).

¹³² Paralela a esta clasificación cabe tener en mente la sugerida por Robert ALEXY, quien primero distingue entre conexión conceptual “definitoria”, es decir “si a una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio moral, se le niega el carácter de norma jurídica o sistema jurídico”; y conexión conceptual “calificativa”, esto es “si alguien afirma que una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio moral, puede ser considerado como norma jurídica o sistema jurídico, aunque se puede decir, no obstante, que es una norma jurídica o sistema jurídico defectuoso por razones conceptuales. Lo que es decisivo aquí es que el defecto que se señala es jurídico y no sólo de carácter moral.” Y, luego incluye un tercer tipo, a saber una conexión conceptual “ideal”: “Los argumentos que se deben a conexiones conceptuales calificativas se basan en la suposición de que los ideales jurídicos están contenidos en la realidad de un sistema jurídico. En lugar de una conexión «calificativa» podría hablarse de una conexión «ideal».” Robert ALEXY, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, traducción de Pablo Larrañaga, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, p. 43. (Reproducido en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral...*, *cit.*, p. 120.) (Publicado originalmente como: “On Necessary Relations between Law and Morality”, *Ratio Juris*, Vol. 2, No. 2, July, 1989, pp. 167-183.)

¹³³ San AGUSTÍN DE HIPONA, “Del libre albedrío”, en *Obras completas*, Tomo III, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1947, Libro I, Parte V, Artículo 11, p. 263.

“solamente es derecho el que es justo”. En tanto que, por el otro, las débiles alcanzan la equivalencia entre ‘ley injusta’ y ‘ley corrupta’, la cual se restaura con el *slogan* de Santo TOMÁS DE AQUINO “*non lex sed legis corruptio*”, i.e. “no es ley sino una corrupción de la ley”.¹³⁴ Sin embargo, una norma jurídica por más injusta que pueda ser no deja por ello de ser válida. En este sentido, las leyes injustas o corruptas serán leyes, aunque sean imperfectas: “no son leyes *simpliciter*... pero ello no significa que pierdan validez jurídica.”¹³⁵

De entre las moderadas, por una parte, las fuertes comprenden la equivalencia, a su vez, entre “punto de vista interno” y “punto de vista moral” recreada por Philip SOPER y Ernesto GARZÓN VALDÉS,¹³⁶ quienes a partir de la distinción de HART acerca de las razones para obedecer al derecho entre “puntos de vista externo e interno”¹³⁷ han insistido que toda vez que las razones externas son prudenciales o utilitarias las razones internas tienen que ser morales o deontológicas. De hecho, SOPER --en la opinión del mismo GARZÓN VALDÉS-- ha puesto de manifiesto que si se admite, como suelen hacerlo las teorías iuspositivistas de orientación hartiana, que “una teoría del derecho tiene que incluir una descripción de las pretensiones normativas formuladas por quienes aceptan o aplican el sistema jurídico”. Ello resulta inconsistente con una tesis central del positivismo jurídico, es decir la que niega la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral.¹³⁸

¹³⁴ Santo TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, cit., I-II, q. 95 a. 2.

¹³⁵ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral”, cit., p. 399 (p. 21).

¹³⁶ Vid. Philip SOPER, “Legal Theory and the Claim of Authority”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 18, No. 3, 1989, pp. 209-237. Cfr. Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, cit., p. 113 y ss. (p. 320 y ss.; y, p. 140 y ss.).

¹³⁷ Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 89-91

¹³⁸ Philip SOPER, “Legal Theory and the Claim of Authority”, cit., p. 209. Cfr. Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, cit., p. 113 (p. 320; y, p. 140).

Dicho de otra manera, si el positivismo lleva a cabo coherentemente su proyecto de exponer las pretensiones normativas que las autoridades formulan con respecto al derecho, surge entonces un modelo en el cual la ‘esencia’ del positivismo (la negación de la conexión necesaria entre derecho y moralidad) es incompatible con la ‘esencia’ del derecho (una creencia justamente en tal conexión).

Al respecto cabe recordar el pensamiento del propio GARZÓN VALDÉS, quien resume:¹³⁹

El punto de vista interno podría ser traducido, pues, sin inconveniente semántico como punto de vista moral. Sin la presencia de este punto de vista moral de, por lo menos, los gobernantes, no sería posible decir que un sistema jurídico positivo existe. Dicho con otras palabras: todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo presupondría la existencia de un punto de vista moral. Es decir, habría una relación necesaria entre derecho y moral.

Por otra parte, las débiles contienen aquellas posiciones que aún cuando pueden ser vistas como complementarias aunque atenuadas de la anterior constituyen posturas diferentes al mantener que hay una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral, pero no como una *equivalencia* sino más bien como una *pretensión* e incluso --para usar la expresión afortunada de Sir Neil MACCORMICK-- como “fundamentación moral limitada” en contraste a un fundamento ilimitado, *i.e.* absoluto.¹⁴⁰ Todo sistema de derecho positivo cuenta con una pretensión de normatividad o de justicia, esto implica que cuenta con una estructura jurídica que establece dogmáticamente qué es lo que en el interior de una sociedad determinada se considera justo:¹⁴¹

Todo jurista práctico, tanto en su función interpretativa como legislativa, está sujeto a esta estructura dogmática, que es justamente la que posibilita la convivencia al permitir la coordinación

¹³⁹ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral”, *cit.*, p. 399 (p. 22).

¹⁴⁰ *Vid.*, Neil MACCORMICK, “En contra de la ausencia de fundamento moral”, traducción de María Lola González Soler, en *Derecho legal y socialdemocracia*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 27-42. (Reproducido en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral...*, *cit.*, pp. 160-182.)

¹⁴¹ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral”, *cit.*, p. 400 (p. 23).

de las acciones de los individuos que integran un colectivo cualquiera. La parte oficial del sistema jurídico es la que se encarga primordialmente de hacer valer la *intentio dogmática* del derecho, cuya corrección moral no puede poner en tela de juicio.

Esta *intentio dogmatica* ha sido identificada, de un lado, por Robert ALEXY y MACCORMICK entre otros como “pretensión de corrección”.¹⁴² Para uno “el punto decisivo” para diferenciar un sistema de reglas y un sistema de forajidos-bandidos “es que una *pretensión de corrección* está enraizada en la práctica del sistema de reglas y ésta se sostiene contra cualquiera. La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho.” Más adelante anota “Una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución y en este caso se trata, principalmente, de una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si en el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión.”¹⁴³ Para el otro “[H]abría una contradicción pragmática involucrada si una legislatura proclama una Ley con expresamente el propósito de servir a la implementación de una discriminación injusta... la idea de una legislación promulgada sin ni siquiera una pretensión de corrección es una especie de absurdez.”¹⁴⁴

De la misma forma, dicha intención dogmática ha sido igualada, del otro lado, por Ernesto GARZÓN VALDÉS, e inclusive por Gerald J. POSTEMA y Joseph RAZ como “pretensión de

¹⁴² Vid., Robert J. ALEXY, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *cit.*, pp. 167-183 (pp. 37-58, y pp. 115-137). Vid. también Neil MACCORMICK, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en Robert P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 105-133.

¹⁴³ Robert J. ALEXY, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *cit.*, p. 179 (p. 51 y p. 130).

¹⁴⁴ Neil MACCORMICK, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, *cit.*, p. 112: “there would be a pragmatic self-contradiction involved if a legislature enacted a Bill expressly purporting to be for the implementation of unjust discrimination... the idea of legislation passed without even a pretension of correctness is a kind of absurdity.” (La traducción es nuestra.)

legitimidad”.¹⁴⁵ Así, para el primero “el punto de vista interno puede ser llamado también «pretensión de legitimidad», es decir, que quien lo adopta formula una pretensión de corrección ética.”¹⁴⁶ Al respecto, para el segundo “La propiedad que distingue al derecho de otros ejercicios del poder social es que el derecho --o mejor dicho sus oficiales-- pretende autoridad para formular sus directivas, así como para respaldarlas con las amenazas de la fuerza.”¹⁴⁷ Finalmente, es conveniente citar al último:¹⁴⁸

Voy a argumentar que, a pesar de que un sistema jurídico puede no tener una autoridad legítima, o a pesar de que su autoridad legítima pueda no ser tan amplia como pretende, todo sistema jurídico pretende que posee autoridad legítima. Si la pretensión de autoridad es parte de la naturaleza del derecho, entonces cualquier cosa que sea el derecho debe ser capaz de poseer autoridad.

Cabe puntualizar que ambas presunciones, ya sea la de ‘corrección’ o la de ‘legitimidad’, suelen ir acompañadas por otras pretensiones. En el primer caso, a partir del argumento de la justificabilidad o de la razonabilidad práctica es plausible para ALEXY y MACCORMICK pasar a la “pretensión de justificabilidad” o a la “pretensión de razonabilidad” respectivamente. De esta manera, para uno “La pretensión de corrección implica la pretensión de justificabilidad... La

¹⁴⁵ Vid. Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, *cit.*, pp. 111-130 (pp. 317-335; y, pp. 138-159). Vid. también Gerald J. POSTEMA, “The Normativity of Law”, en Ruth GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1987; y Joseph RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

¹⁴⁶ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, *cit.*, p. 112 (p. 326 y p. 149).

¹⁴⁷ Gerald J. POSTEMA, “The Normativity of Law”, *cit.*, p. 92: “The property that distinguishes law from other exercises of social power is that the law --or rather its officials-- claim authority to issue directives, as well as to back them with threats of force.” (La traducción es nuestra.)

¹⁴⁸ Joseph RAZ, *Ethics in the Public Domain...*, *cit.*, p. 199: “I shall argue that, though a legal system may not have legitimate authority, or though its legitimate authority may not be as extensive as it claims, every legal system claims that it possesses legitimate authority. If the claim to authority is part of the nature of law, then whatever else the law is it must be capable of possessing authority.” (La traducción es nuestra.)

conexión que la teoría del discurso crea entre los conceptos de corrección, de justificación y de generalizabilidad puede transportarse al derecho con la ayuda de la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.”¹⁴⁹ En tanto que para el otro:¹⁵⁰

La tesis de que hay algo así como una razón práctica y que el derecho pertenece al ejercicio (empero defectuoso) de la razonabilidad práctica es por lo tanto de importancia fundamental. Es la base de la pretensión de que hay una conexión necesaria entre derecho y moralidad: ellos conectan por virtud de que ambos son modos del ejercicio de la razón práctica, al mismo tiempo que difieren por ser diferentes modos de éste, al tener diferentes criterios de validez para las normas o reglas que aplican.

En el segundo caso, a través del argumento de legitimidad es posible para GARZÓN VALDÉS pasar a la “pretensión de mínimo de moralidad” o a lo que HART llama “el contenido mínimo de derecho natural”.¹⁵¹ De este modo, en la opinión del propio GARZÓN “cualquiera que sea la concepción moral que se sustente, hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que respetar: el de la seguridad jurídica (entendida en el doble sentido de la convivencia pacífica y de la previsibilidad de las decisiones jurídicas).”¹⁵²

¹⁴⁹ Robert J. ALEXY, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *cit.*, pp. 180-181 (pp. 52-53; y pp. 131-132).

¹⁵⁰ Neil MACCORMICK, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, *cit.*, p. 120: “The thesis that there is such a thing as practical reason and that law belongs to the exercise (however defectively) of practical reasonableness is therefore of fundamental importance. It is the basis of the claim that there is a necessary connection between law and morality: they connect by virtue of both being modes of exercise of practical reason, at the same time as they differ in being different modes of it, having different criteria of validity for the norms or rules they apply.” (La traducción es nuestra.)

¹⁵¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *cit.*, pp. 193-200: “the minimum content of natural law”.

¹⁵² Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral”, *cit.*, p. 402 (p. 25). *Cfr.* “Seguridad jurídica y equidad”, en *Derecho, ética y política*, *cit.*, pp. 301-315, especialmente 311 y ss.

Independientemente de que la última aserción puede ser debatible lo cierto es que todo sistema jurídico pretende ser correcto y legítimo al tratar de realizar --o al menos eso se debe presumir-- algunos valores y fines supremos tales como la justicia, el bien común, la certeza o seguridad jurídica. Ahora bien, una de las principales objeciones contra las pretensiones de corrección y legitimidad es que, tal como lo advierte GARZÓN VALDÉS, para algunos autores como KELSEN --y más recientemente BULYGIN y LAPORTA-- “se trata tan sólo de pretensiones *subjetivas* (por más que ellas puedan ser compartidas en una sociedad) ya que se carece de todo criterio *objetivo* que permita determinar la corrección [y legitimidad] de estas pretensiones.”¹⁵³ Baste citar al jefe de la escuela vienesa:¹⁵⁴

Tiene el efecto que todo derecho positivo... ha de ser considerado a primera vista como justo ya que se presenta como derecho y es generalmente llamado derecho. Puede ser dudoso que merezca ser llamado derecho, pero tiene el beneficio de la duda. Quien niega la justicia de tal ‘derecho’ tiene que probarlo; y esta prueba es prácticamente imposible ya que no hay un criterio *objetivo* de la justicia.

Al respecto consideramos oportuno destacar que si bien es cierto que en parte el problema es la aparente falta de criterios objetivos para probar tanto la ‘justicia’ como la ‘injusticia’ del ‘derecho’, eso no quiere decir que éste pierda por este simple hecho “el beneficio de la duda” de ser justo ni mucho menos que sea imposible buscar y encontrar tales criterios. Ahora bien, como asegura BULYGIN: “Ninguna pretensión garantiza su corrección [o legitimidad]

¹⁵³ Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral”, *cit.*, (p. 37). (El énfasis es nuestro.)

¹⁵⁴ Hans KELSEN, “Law, State and Justice in the Pure Theory of Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 57, No. 3, January, 1948, p. 383 citado por Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, *cit.*, (p. 153). (El énfasis es nuestro.) Cfr. Eugenio BULYGIN, “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, en *Derecho, moral y política. Homenaje a Ernesto Garzón Valdés*, Córdoba, 1997; y Francisco LAPORTA, “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista”, en *Entre el derecho y la moral, cit.*, pp. 105-121. (Reproducidos en: Rodolfo VÁZQUEZ (coord.), *Derecho y moral...*, *cit.*, pp. 214-223 y pp. 247-264.)

ética, de la misma manera como ninguna creencia garantiza la verdad de lo creído.”¹⁵⁵ En efecto, la pretensión por sí sola no garantiza nada: ya sea la descripción del ser o la prescripción del deber ser de la corrección y la legitimidad del ‘derecho’. No obstante, tal como lo hace ver GARZÓN VALDÉS¹⁵⁶ --quien en esto sigue a Robert M. HARE-- las pretensiones de corrección y/o legitimidad no tienen un propósito descriptivo ni prescriptivo sino más bien adscriptivo, *i.e.* adscribir la presunción de la justicia del derecho y, en consecuencia, de la conexión entre derecho y moral.¹⁵⁷

Por último, toda vez que la conexión no es conceptualmente necesaria, es posible tal como asevera LAPORTA,¹⁵⁸ sin caer en una contradicción de términos, sostener que hay o puede haber un “derecho válido pero inmoral”. Sin embargo, no debemos perder de vista que ciertamente el ‘derecho’ puede ser ‘inmoral’ pero de acuerdo con las pretensiones de corrección y de legitimidad se presume que el ‘derecho’ es y debe ser ‘moral’ para poder ser aplicado, cumplido u obedecido y en caso de no serlo precisamente por eso para ser rechazado y revisado o mejor dicho reformado y abolido.

¹⁵⁵ Eugenio BULYGIN, “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, *cit.*, p. 223.

¹⁵⁶ *Vid.* Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral”, *cit.*, (p. 32).

¹⁵⁷ *Vid.* Julie DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001. (Hay versión en español: *Evaluación en la teoría del derecho*, traducción de Juan Vega Gómez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.)

¹⁵⁸ Francisco LAPORTA, “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista”, *cit.*, p. 249 y ss.

III. CONSTITUCIÓN:

HACIA UN SISTEMA CONSTITUCIONAL FUERTE

[E]s una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder.

Charles Louis de Secondat Barón de la Brède y de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois* (1750).

Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen (1789).

Constituir y construir un Estado, al instituir la manera de ordenar el gobierno --de arriba hacia abajo-- y al instaurar el modo de organizar a la sociedad --de abajo hacia arriba-- en una constitución, implica no sólo garantizar los derechos humanos y determinar la división o separación de poder sino también establecer y estipular las garantías constitucionales estructurales y procedimentales correspondientes.

De esta manera, en la primera parte, para comprender como el poder debe limitar al poder, comenzamos por estudiar las diferentes formas dicotómicas que puede acoger, ya sea como conflicto-colaboración, como mandato-obediencia/mandato-resistencia, o como medio-fin;

y, después por examinar los distintos tipos de poder, desde la categorización clásica que diferencia entre poder paternal, patronal y político hasta la clasificación moderna que distingue entre poder económico, ideológico y político. En la segunda parte, para comprender como la constitución es la síntesis donde están acotadas las relaciones del poder, continuamos el estudio a partir de la conexión derecho-poder y de la conjunción poder jurídico-poder político, así como del examen de la doble necesidad de garantizar los derechos humanos y determinar la división o separación del poder.

En este orden de ideas, para que la *Constitución* pueda limitar el poder y acotar las relaciones de poder en su interior es necesario establecer y estipular ciertas garantías constitucionales tanto estructurales como procedimentales, así como reconstituir una y otra vez dichas garantías con y en un mejor arreglo institucional a partir de una constante (re)ingeniería constitucional.

1. *Poder: poder versus poder*

Como vimos en el capítulo anterior, el poder es descrito y prescrito como una relación de fuerza y como tal compendia todas las relaciones de fuerza. De esta manera, el poder como relación de fuerza puede ser considerado unas veces como una forma de conflicto y en otras como la solución del mismo, *i.e.* una forma de colaboración. Al respecto, Thomas HOBBS identifica al primero, es decir el poder como conflicto, con el *Behemoth* --o Behemot-- (Job, 40: 15-24), la desconocida criatura bíblica, una especie de buey-cerdo-elefante-hipopótamo enorme, feo y terrible que solamente come plantas y que como “tirano de sus compañeros” personifica a la guerra y, por ello, al estado natural; y el segundo, esto es el poder como colaboración, con el *Leviathan* --o Leviatán-- (*Isaías*, 27: 1; *Job*, 40: 25-33 y 41: 1-26; y *Salmos* 74: 14 y 104: 26), la reconocida bestia marina, una forma de cocodrilo-serpiente o dragón del mar con muchas cabezas cuya piel

resiste espadas, flechas, lanzas como una coraza y que como “rey de todas las fieras” simboliza a la paz y, por ende, al estado civil.¹

De hecho, el *Leviathan* es el único correctivo posible del *Behemoth*, toda vez que se necesita un monstruo para controlar a otra monstruosidad y solamente aquél como le inquirió Yavé al santo Job: “¿Se comprometerá contigo en un contrato para servirte toda su vida?” (Job, 40: 28) Ahora bien, para HOBBS “El poder *de un hombre* (universalmente considerado) consiste en sus medios presentes para obtener algún bien manifiesto futuro.” Acto seguido aclara “El mayor de los poderes humanos es el que se integra con los poderes de varios hombres unidos por el consentimiento en una persona natural o civil; tal es el poder de un Estado.”² De tal suerte que tanto la guerra como la paz, el derecho y el poder son necesarios para fundar el Estado.³

Así, de un lado, advierte acerca de un incesante afán de poder en todos los seres humanos:⁴

¹ Vid. Thomas HOBBS, *Behemoth. Or the Long Parliament*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990; y *Leviathan*, *cit.* Cfr. Michelangelo BOVERO, “Lugares clásicos y perspectivas contemporáneas sobre política y poder” en Norberto BOBBIO y Michelangelo BOVERO, *Origen y fundamento del poder político*, *cit.*, pp. 37-64.

² Thomas HOBBS, *Leviathan*, *cit.*, Capítulo X, § 41, p. 62: “The POWER of a Man, (to take it Universally,) is his present means, to obtain some future apparent Good.” (*sic*) (p. 69.) *Id.*: “The Greatest of humane Powers, is that which is compounded of the Powers of most men, united by consent, in one person, Naturall, or Civill, that has the use of all their Powers depending on his will: such as is the Power of a Common-wealth.” (*sic*) (p. 69.)

³ Vid. Imer B. FLORES, “Reflexión sobre el binomio guerra-paz. Fundamento del derecho y relaciones internacionales”, *Indicador Jurídico*, Vol. 1, No. 4, mayo 1998, pp. 67-81. (Hay una versión anterior: “Naciones Unidas y la Paz Perpetua”, *Global. Revista del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado*, No. 1, noviembre, 1997, pp. 25-31.)

⁴ Thomas HOBBS, *Leviathan*, *cit.*, Capítulo XI, § 47, p. 70: “a general inclination of all mankind, a perpetuall and restless desire of Power after power, that ceaseth onely in Death. And the cause of this, is not always that a man hopes for a more intensive delight, than he has already attained to; or that he cannot assure the power and means to live well, which he hath present, without the acquisition of more.” (*sic*) (pp. 79-90.) Cfr. Bertrand RUSSELL, *Power...*, *cit.*, p. 11: “Of the infinite desires of man, the chief are the desires for power and glory. These are not identical, though

[Una] inclinación general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte. Y la causa de esto no siempre es que un hombre espere un placer más intenso del que ha alcanzado; o que no llegue a satisfacerse con un moderado poder, sino que no pueda asegurar su poderío y los fundamentos de su bienestar actual, sino adquiriendo otros nuevos.

De igual forma, del otro, alecciona sobre la vida fuera del Estado civil donde hay siempre una guerra de cada uno contra todos:⁵

Con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos. Porque la GUERRA no consiste en solamente batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente... así como la naturaleza del mal tiempo no radica en uno o dos chubascos, sino en la propensión a llover durante varios días, así la naturaleza de la guerra consiste no ya en la lucha actual, sino en la disposición manifiesta a ella durante todo el tiempo en que no hay seguridad de lo contrario. Todo el tiempo restante es de paz. (*sic*)

Por esta razón, HOBBS ha recalcado “El único camino para erigir semejante poder común... es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad.”⁶ A esta multitud unida en una sola persona se le denomina Estado o, en latín, *Civitas*:⁷

closely allied: the Prime Minister has more power than glory, the King has more glory than power. As a rule, however, the easiest way to obtain glory is to obtain power.”

⁵ Thomas HOBBS, *Leviathan, cit.*, Capítulo XIII, § 62, p. 88: “Hereby it is manifest, that during the time men live without a common Power to keep them all in awe, they are in that condition which is called Warre; and such a warre, as is of every man, against every man. For WARRE, consisteth not in Battell onely, or the acto of fighting; but in a tract of time, wherein the Will to contend by Battell is sufficiently known: and therefore the notion of *Time*, is to be considered in the nature of Warre; as it is in the nature of Weather. For as the nature of Foule weather, lyeth not in a showre or two of rain; but in an inclination thereto of many dayes together: So the nature of War, consisteth not in actuall fighting; but in the known disposition thereto, during all the time there is no assurance to the contrary. All other time is PEACE.” (p. 102.)

⁶ *Ibid.*, Capítulo XVII, § 87, p. 120: “The only way to erect such a Common Power... is, to conferre all their power and strength upon one Man, or upon one Assembly of men, that may reduce all their Wills, by plurality of

[U]na persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituída por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene *poder soberano*; cada uno de los que le rodean es SÚBDITO suyo.

Así mismo, ha remarcado “Entiendo por leyes civiles aquellas que los hombres están obligados a observar porque son miembros no de este o aquel Estado en particular, sino de un Estado.”⁸ Más adelante agrega: “Es evidente, en primer término, que ley en general no es consejo, sino orden; y no orden de un hombre a otro, sino solamente de aquel cuya orden se dirige a quien anteriormente está obligado a obedecerle. Y en cuanto a la ley civil, añade solamente el nombre de la persona que manda, que es la *persona civitatis*, la persona del Estado.”⁹ De esta suerte define: “LEY CIVIL *es*, para cada súbdito, aquellas reglas que *el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en*

voices, unto one Will...” (p. 140.)

⁷ *Ibid.*, Capítulo XVII, § 88, p. 121: “*One Person, of whose Actsa great Multitude, by mutuall Covenants one with another, have made themselves every one the Author, to the end he may use the strength and jeans of them all, as he shall think expedient, for their Peace and Common Defence. / And he that carryeth this Person, is called SOVERAIGNE, and said to have Sovereigne Power; and every one besides, his SUBJECT.*” (p. 141.) (El énfasis es original.)

⁸ *Ibid.*, Capítulo XXVI, § 136, p. 183: “By CIVILL LAWES, I understand the Lawes, that men are therefore bound to observe, because they are Members, not of this, or that Common-wealth in particular, but of a Common-wealth.” (p. 217.) (El énfasis es original.)

⁹ *Ibid.*, Capítulo XXVI, § 137, p. 183: “And first it is manifest, that Law in generall, is not Counsell, but Command; nor a Command of any man to any man; but only of him whose Command is addressed to one formerly obliged to obey him. And as for Civill Law, it addeth only the name of the person Commanding, which is *Persona Civitatis*, the Person of the Common-wealth.” (p. 217.) (El énfasis es original.)

distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley.”¹⁰

Cabe destacar que este doble legado de HOBBS, a saber el modelo de los mandatos y la teoría del soberano, como también vimos en el capítulo anterior, ha llegado hasta nosotros a través de la jurisprudencia analítica inglesa y del *continuum* que va desde Jeremy BENTHAM y John Stuart MILL hasta John AUSTIN y --al crítico de éste-- H.L.A. HART. De este modo, insistimos en caracterizar al poder --y en cierta medida al derecho-- como una relación de fuerza, es decir como la facultad que permite imponer obediencia a un mandato, por un lado, y ofrecer resistencia a dicho mandato, por el otro.

Aun cuando la posición dominante desde ARISTÓTELES había sido la de mandar-obedecer es necesario complementarlo con la visión influyente de Michelangelo BOVERO, a la sazón: la de mandar-resistir.¹¹ Por consiguiente, el poder puede y deber ser visto como una relación dual de fuerza binomial: 1) mandato-obediencia; y 2) mandato-resistencia. Sobre esta dualidad de circunstancias o perspectivas sobre el poder MAQUIAVELO nos ofrece una muy lúcida explicación: “en cada ciudad se encuentran dos tendencias, las cuales hacen que el pueblo no admita ser oprimido por los poderosos, y que éstos deseen oprimirlo.”¹²

Al respecto, resulta más que conveniente traer a colación el pensamiento de Max WEBER:¹³

Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad.

¹⁰ *Id.*: “CIVILL LAW, *Is to every Subject, those Rules, which the Common-wealth hath Commanded him, by Word, Writing, or other sufficient Sign of the Will, to make use of, for the Distinction of Right, and Wrong; that is to say, of what is contrary, and what is not contrary to the Rule.*” (p. 217.) (El énfasis es original.)

¹¹ *Cfr.* ARISTÓTELES, *Política, cit.*, Libro Primero, Capítulos V-XIII, 1254^a-1259^b, pp. 47-64; y Michelangelo BOVERO, “Lugares clásicos y perspectivas contemporáneas sobre política y poder”, *cit.*, pp. 37-64.

¹² Nicolás MAQUIAVELO, *El príncipe, cit.*, Capítulo IX, p. 34.

¹³ Max WEBER, *Economía y sociedad, cit.*, Capítulo I, § 16, p. 43. (El énfasis es original.)

Por *dominación* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato determinado contenido entre personas dadas; por *disciplina* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática.

Acto seguido, él mismo aclara:¹⁴

1. El concepto de *poder* es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables en un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada. El concepto de *dominación*... sólo puede significar la probabilidad de que un mandato sea obedecido.

2. El concepto de *disciplina* encierra el de una “obediencia habitual” por parte de las *masas* sin resistencia ni crítica.

Esta doble caracterización le permite no sólo diferenciar el poder (*macht*) de la dominación (*herrschaft*) sino también distinguir a ésta de la mera disciplina. En este orden de ideas, nos interesa resaltar que de acuerdo con esta dicotomía: 1) la disciplina radica en la “obediencia habitual” de un mandato sin resistencia ni crítica; y, 2) la dominación reside --y debe residir-- en la probabilidad de que un mandato sea obedecido, pero eso sí a partir de un proceder crítico en el cual exista la posibilidad de optar entre obedecer y resistir.

A continuación cabe hacer una pequeña digresión para recordar que AUSTIN¹⁵ había equiparado al derecho --a partir de su defensa de la teoría del soberano y del modelo de los mandatos-- con “hábitos de obediencia y pautas de conducta”, es decir el derecho como una simple y automática forma de *disciplina*; en cambio, HART¹⁶ lo ha identificado --a partir de su diatriba contra la teoría del soberano y el modelo de los mandatos-- no solamente con la “conducta convergente” sino además con una “actitud crítica reflexiva”, esto es el derecho como una compleja y no mecánica guisa de *dominación*.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ John AUSTIN, “The Province of Jurisprudence Determined”, en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, cit.

¹⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit.

Una vez cerrado el paréntesis, procedemos a retomar a WEBER: “La situación de dominación está unida a la presencia actual de *alguien* mandando eficazmente a *otro...*” Al respecto, de un lado, aclara: “Una asociación se llama *asociación de dominación* cuando sus miembros están sometidos a relaciones de dominación en virtud del orden vigente.” Del otro, clarifica: “Una asociación es siempre en algún grado *asociación de dominación* por la simple existencia de su cuadro administrativo.”¹⁷ Inmediatamente después, en la sección siguiente, amplía: “Una asociación de dominación debe llamarse asociación *política* cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un *ámbito geográfico* determinado, estén garantizados de un modo continuo por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo.” Por supuesto que el Estado es la asociación política por excelencia y el cuadro administrativo responsable de mantener “con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente.”¹⁸

Antes de pasar al siguiente numeral para analizar la tipología del poder, consideramos oportuno recordar algunas precisiones realizadas por el propio WEBER sobre: 1) la dominación; 2) los tipos de dominación; y 3) la dominación o autoridad legal. En lo referente al primer asentamiento:¹⁹

Debe entenderse por “dominación”... la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos.) No es, por tanto, toda especie de probabilidad de ejercer “poder” o “influjo” sobre otros hombres. En el caso concreto esta dominación (“autoridad”)... puede descansar en los más diversos motivos de sumisión: desde la habituación inconsciente hasta lo que son consideraciones puramente racionales con arreglo a fines. Un determinado mínimo de *voluntad* de obediencia, o sea de *interés* (externo o interno) en obedecer, es esencial en toda relación auténtica de autoridad.

¹⁷ Max WEBER, *Economía y sociedad, cit.*, Capítulo I, § 16, p. 43. (El énfasis es original.)

¹⁸ *Ibid.*, § 17, pp. 43-44. (El énfasis es original.)

¹⁹ *Ibid.*, Capítulo III, § 1, p. 170. (El énfasis es original.)

Consideramos imperativo realzar que debe haber un mínimo de “*voluntad* de obediencia” o “*interés* en obedecer” para que pueda haber una dominación legítima y que ésta puede descansar en los “puntos de vista externo e interno”. El primero equiparado con la simple habituación del miedo a la coacción y el segundo identificado con una compleja calculación de la “actitud crítica reflexiva” de HART o bien del “equilibrio reflexivo” de RAWLS y de la “deliberación discursiva” de HABERMAS.²⁰ Ahora bien, según WEBER, la “legitimidad” de una dominación debe considerarse sólo como una *probabilidad*, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante. De igual forma, la “obediencia” significa que la acción del que obedece transcurre *como si* el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta.²¹

Con relación al segundo aspecto, baste reproducir un conocidísimo pasaje sobre la existencia de tres tipos *puros* de dominación legítima y el fundamento primario de su legitimidad, el cual puede ser:²²

1. De carácter *racional*: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal).

2. De carácter *tradicional*: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional).

3. De carácter *carismático*: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (autoridad carismática).

²⁰ Vid. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., pp. 56-57; John RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., § 4, pp. 20-21 (pp. 18-19); y § 9, pp. 48-51 (pp. 42-45); y Jürgen HABERMAS, *Between Facts and Norms...*, cit. Vid. también Imer B. FLORES, “In the Dark Side of the Conventionality Thesis?”, cit., pp. 155-156; y Wilfrid J. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review...*, cit., pp. 221, 223, 225-226, y 237.

²¹ Cfr. Max WEBER, *Economía y sociedad*, cit., Capítulo III, § 1, pp. 171-172.

²² *Ibid.*, Capítulo III, § 2, p. 172. (El énfasis es original.)

Respecto del tercer asunto, cabe reconocer que “En el caso de la autoridad legal se obedecen las *ordenaciones impersonales* y objetivas legalmente estatuidas y las *personas por ellas designadas*, en méritos éstas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de su competencia.”²³ Así mismo, debemos recordar que la dominación legal descansa en la validez de algunas ideas entrelazadas entre sí, a la sazón:²⁴

1. Que todo derecho, “pactado” u “otorgado”, puede ser estatuido de modo racional -- racional con arreglo a fines o racional con arreglo a valores (o ambas cosas)--, con la pretensión de ser respetado, por lo menos, por los miembros de la asociación; y también regularmente por aquellas personas que dentro del ámbito de poder de la asociación... realicen acciones sociales o entren en relaciones sociales declaradas importantes por la asociación.

2. Que todo derecho según su esencia es un cosmos de *reglas* abstractas, por lo general estatuidas intencionalmente; que la judicatura implica la aplicación de esas reglas al caso concreto; y que la administración supone el cuidado racional de los intereses previstos por las ordenaciones de la asociación, dentro de los límites de las normas jurídicas y según principios señalables que tienen la aprobación o por lo menos carecen de la desaprobación de las ordenaciones de la asociación.

3. Que el soberano legal típico, la “persona puesta a la cabeza”, en tanto que ordena y manda, obedece por su parte al orden impersonal por el que orienta sus disposiciones.

4. Que --tal como se expresa habitualmente-- el que obedece sólo lo hace en cuanto *miembro de la asociación* y sólo obedece “al derecho”.

5. En relación con el número 3 domina la idea de que los miembros de la asociación, en tanto que obedecen al soberano, no lo hacen por atención a su persona, sino que obedecen a aquel orden impersonal; y que sólo están obligados a la obediencia dentro de la *competencia* limitada, racional y objetiva, a él otorgada por dicho orden.

Creemos imperioso recalcar que el derecho, la moral y el poder se enlazan en dicho orden impersonal; pero en especial nos interesa resaltar que, de un lado, los miembros de la asociación obedecen y deben obedecer al mandato del soberano no en atención a su persona sino de la

²³ *Id.*

²⁴ *Ibid.*, Capítulo III, § 3, pp. 173-174. (El énfasis es original.)

competencia a él atribuída por el mismo orden impersonal y, del otro, el soberano al ordenar y mandar obedece y debe obedecer al propio orden impersonal, *i.e.* mandar obedeciendo. De esta suerte, tal como lo hace ver Richard D. PARKER, quien cita a Thomas MANN: “mandando y obedeciendo” son “una indisoluble unidad”.²⁵ Sobre este punto regresaremos más adelante. Por lo pronto, solamente nos resta reiterar la gran actualidad y utilidad de los conceptos de WEBER. Y a continuación procedemos al análisis de los diferentes talantes del poder.

Como hemos adelantado, el poder es visto no sólo como una forma de *conflicto* y una guisa de *colaboración* sino también como una relación dual de fuerza binomial: *mandato-obediencia* y *mandato-resistencia*. Ahora bien, el poder también puede ser visto como un *medio* o como un *fin*, ya sea un medio al servicio de un fin o un fin en sí mismo, tal y como lo aconsejarían con pertinencia la tradición aristotélico-tomista, de un lado, y la doctrina maquiavélica, del otro. Por descontado, como vimos en el capítulo anterior, suponemos que ambas posturas --la de confección idealista y la de construcción realista-- aunque pueden ser antagónicas deben ser vistas como suplementarias la una de la otra: el poder como medio y el poder como fin.

Toda vez que las dicotomías anteriores conflicto-colaboración, mandato-obediencia/mandato-resistencia y medio-fin son insuficientes para explicar el fenómeno del poder, procedemos al estudio de las distintas clases o tipos de poder. La tipología clásica, como es de todos conocido, se remonta a ARISTÓTELES²⁶ y se renueva en LOCKE.²⁷

²⁵ Thomas MANN, “Mario and the Magician”, en *Death in Venice and Seven Other Stories*, citado por Richard D. PARKER, “Here, the People Rule.” *A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994, p. 23: “commanding and obeying” are “one indissoluble unity.”

²⁶ Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, *cit.*, Libro Primero, Capítulos I-XIII, 1254^a-1260^b, pp. 41-66.

²⁷ Cfr. John LOCKE, “The Second Treatise of Government...”, *cit.*, Capítulo I, § 2, p. 268: “That the Power of a *Magistrate* over a Subject, may be distinguished from that of a *Father* over his Children, a *Master* over his Servant, a *Husband* over his Wife, and a *Lord* over his Slave.” “[T]he difference betwixt a Ruler of a Common-wealth, a Father of

Por una parte, el filósofo de Estagira diferencía tres clases de poder: 1) paternal; 2) patronal; y 3) político. El primero es el poder que tiene el padre de familia sobre su hijo --o el marido sobre su mujer-- y que se ejecuta en interés del último. El segundo es el poder que tiene el amo sobre su esclavo --o el señor sobre su sirviente-- y que se ejerce en interés del primero. El tercero es el poder que tiene el gobernante sobre los gobernados y que se ejercita en interés de ambos.

Por otra parte, en su versión corregida y aumentada, el pensador de Wrington distingue entre “el poder de un *magistrado* sobre un súbdito, de aquél de un *padre* sobre sus hijos, del de un *amo* sobre sus criados, del de un *marido* sobre su mujer, y del de un *señor* sobre su esclavo” y divulga que “la diferencia entre el poder de un Gobernante de una República, de un Padre de una Familia, y de un Capitán de una Galera” debe radicar en la legitimidad del título --*ex tituli*--. Así, el poder del padre de familia sobre sus hijos tiene un basamento natural --*ex natura*--; el poder del capitán de la galera sobre los galeotes tiene un cimiento criminal o penal --*ex delictu*--; y, el poder del gobernante sobre el gobernado tiene un fundamento contractual --*ex contractu*--.

Una y otra caracterización además de proporcionar sendos cánones para determinar las clases o tipos de poder, ya sea el “interés en juego” y la “legitimidad del título”, sirven para proveer un criterio para discernir cuándo el ejercicio del poder es correcto y cuándo éste se ha corrompido y perdido su legitimidad. De hecho, esta clasificación resulta actual y útil para reconocer algunas de las formas corruptas del ejercicio del poder, en general, y del poder político, en particular.

De tal suerte, el ejercicio del *poder paternal* puede decaer en *paternalismo* o *proteccionismo* cuando el titular del poder o el gobernante lo ejerce como si fuera el padre y los sujetos o los gobernados sus hijos, cuyos intereses debe proteger de manera excesiva en nombre de éstos pero en su beneficio; el del *poder patronal* puede decrecer en *patrimonialismo* o

a Family, and a Captain of a Galley.” (*sic*) (pp. 28-29)

clientelismo cuando el titular del poder o el gobernante lo ejercita como si fuera el amo y los sujetos o los gobernados sus esclavos, cuyos intereses no debe patrocinar sino por el contrario ellos deben servir para su beneficio como si fueran parte de su patrimonio; y el del *poder político* puede degenerar en *autoritarismo* o *despotismo* cuando el titular del poder o el gobernante lo ejecuta sobre los gobernados pero solamente en su beneficio e incluso en contra del interés de éstos.

Ahora bien, la tipología contemporánea ha sido desarrollada por Bertrand RUSSELL²⁸ y divulgada --aunque ya un tanto depurada-- por Norberto BOBBIO y Michelangelo BOVERO,²⁹ quienes parten del pensamiento de WEBER pero ponen el énfasis no en la legitimidad sino en los motivos de sumisión, *i.e.* las maneras en que se manifiestan o los medios con que cuentan para imponer la obediencia u ofrecer resistencia a un mandato.

En este sentido, hay tantas formas del poder como maneras en que se presentan o medios a su servicio y estos pueden ser desde las más simples, palpables, y transparentes hasta los más complejos, sutiles, y turbios. El filósofo inglés menciona una infinidad de distinciones sobre las formas de poderes entre las cuales sacamos a relucir solamente algunas: ‘poder tradicional’ y ‘poder revolucionario’; ‘poder hereditario’ y ‘poder recientemente adquirido’; ‘poder de las organizaciones’ y ‘poder de los individuos’; ‘poder desnudo’ y ‘poder tras bambalinas’. Así mismo, menciona algunos otros tipos sueltos tales como: ‘poder económico’, ‘poder ideológico’, ‘poder político’, ‘poder militar’ y ‘poder religioso’.³⁰

Cabe señalar que él mismo había formulado una doble aclaración, por un lado, describe: “Como la energía, el poder tiene muchas formas, tales como la riqueza, los armamentos, la

²⁸ Cfr. Bertrand RUSSELL, “The Forms of Power”, en *Power...*, *cit.*, pp. 35-49.

²⁹ Cfr. Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 110-114; y Michelangelo BOVERO, “Lugares clásicos y perspectivas contemporáneas sobre política y poder”, *cit.*, p. 45.

³⁰ Cfr. Bertrand RUSSELL, *Power...*, *cit.*, pp. 35-49.

autoridad civil, la influencia en la opinión.” Por otro lado, inscribe: “el poder, como la energía, debe ser considerado como un pasar continuamente de cualquiera de sus formas a cualesquiera otras”.³¹ Más adelante, escribe: “Los poderes sobre los seres humanos pueden ser clasificados por la manera de influenciar a los individuos, o por el tipo de organización involucrada.”³² Empero, integra en un muy elocuente párrafo tanto de manera explícita ambos criterios como de modo implícito las dos aclaraciones previas:³³

Las más importantes organizaciones son distinguibles aproximadamente por la clase de poder que ellas emplean. La armada y la policía ejercen el poder coercitivo sobre la colectividad; las organizaciones económicas... usan las recompensas y los castigos como incentivos y disuasivos; las escuelas, las iglesias y los partidos políticos apuntan a influenciar la opinión. Pero estas distinciones no son clarísimas, desde que cada organización utiliza otras formas de poder en suplemento a la que le es más característica.

Sin negar las virtudes explicativas del acercamiento russelliano, que por el contrario reafirmamos y reiteramos, es preciso recurrir a la versión revisada y --hasta cierto punto-- abreviada de los filósofos italianos. Éstos nombran a tres tipos de poder que consideran los más ejemplificativos de las relaciones de poder al interior del Estado, del gobierno y de la sociedad.

³¹ *Ibid.*, pp. 12-13: “Like energy, power has many forms, such as wealth, armaments, civil authority, influence on opinion.” “[...] power, like energy, must be regarded as continually passing from any one of its forms into any other”. (La traducción es nuestra.) *Cfr.* Friedrich NIETZSCHE, *The Will to Power*, traducción de Walter Kaufmann & R.J. Hollingdale, New York, Vintage Books, 1968, § 1063, p. 547: “The law of the conservation of energy demands *eternal recurrence*.” (El énfasis es original.) (La traducción es nuestra.)

³² Bertrand RUSSELL, *Power...*, *cit.*, p. 36: “Powers over human beings may be classified by the manner of influencing individuals, or by the type of organization involved.”

³³ *Ibid.*, p. 37: “The most important organizations are approximately distinguishable by the kind of power that they exert. The army and the police exercise coercive power over the body; economic organizations... use rewards and punishments as incentives and deterrents; schools, churches, and political parties aim at influencing opinion. But these distinctions are not very clear-cut, since every organization uses other forms of power in addition to the one which is most characteristic.”

Ahora bien, aun cuando reconocen que existen otros tipos de poder que son o pueden ser también influyentes, tales como el militar y el religioso, sustentan que en alguna medida ya están comprendidos en y quedan contenidos por los tres principales, a saber: 1) el poder económico; 2) el poder ideológico; y 3) el poder político.

Si bien consideramos al poder como la fuerza para imponer la obediencia de un mandato u ofrecer resistencia al mismo, solamente nos resta identificar cuáles son los medios de los que se vale cada uno de los tres tipos principales. Así, el *poder económico* cuenta con los *medios de producción* --capital, materia prima o trabajo--; el *poder ideológico* con los *medios de persuasión* --conocimiento e ideas, comunicación e información--; y el *poder político* con los *medios de coerción* --fuerza pública, coacción o sanción--.

La investigación del poder económico y de los medios de producción es de capital importancia para Adam SMITH, quien no sólo crea la disciplina de la economía política sino también funda el “liberalismo económico” y la escuela clásica de economía.³⁴ Pero de la misma manera lo es para Karl MARX, el principal crítico del “capitalismo”, cuya obra magistral *Das Kapital* lleva precisamente el subtítulo de *Kritik der politischen Oekonomie, i.e.* “Crítica de la economía política”.³⁵ De hecho, una de las principales tesis del marxismo es que la clase dominante o privilegiada al controlar los medios de producción controla a las dominadas o no privilegiadas toda vez que la clase gobernante es la misma que la clase propietaria y que el poder político está determinado por el poder económico. A pesar de sus detractores, el liberalismo económico o capitalismo cuenta con sus defensores y ha llegado a nosotros remozado por la

³⁴ Cfr. Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Indianapolis, Liberty Fund, 1982. (Hay versión en español: *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, traducción de Gabriel Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1958.)

³⁵ Vid. Karl MARX, *El Capital. Crítica de la economía política*, traducción de Wenceslao Roces, III Tomos, México, Fondo de Cultura Económica, 1946. Vid. también Karl MARX y Friedrich ENGELS, *Manifiesto del partido comunista*, Moscú, Progreso, 1978.

escuela austriaca de Ludwig von MISES y de su discípulo Friedrich August von HAYEK, así como por la escuela de la elección pública (*public choice*) de James M. BUCHANAN y por la escuela de Chicago de Milton FRIEDMAN, bajo el alias de “(neo)liberalismo económico” y a pesar de las denuncias que lo tildan como un “capitalismo salvaje”.³⁶

La inquisición del poder ideológico y de los medios de persuasión ha sido cardinal desde la *polis* griega hasta la aldea global de nuestros días. Cabe apelar al *dictum* de Francis BACON: *Nam et ipsa scientia potestas est, i.e.*, “Conocimiento en sí es poder”.³⁷ Del mismo modo debemos, por un lado, evocar el poder del conocimiento y de las ideas, el cual va desde los argumentos veraces del filósofo-científico --ejemplificado por los sabios como SÓCRATES y PLATÓN-- hasta los razonamientos falaces del filósofo-retórico --ilustrado por los sofistas como PROTÁGORAS y GORGIAS-- para ejercer con inteligencia y elocuencia su influencia sobre los demás; y, por el otro, invocar el poder que en la era de la “globalización” tienen los medios de

³⁶ Vid. Ludwig von MISES, *Socialismo. Análisis económico y sociológico*, Buenos Aires, Centro de Estudios sobre la Libertad, 1986; y *A Critique of Interventionism. Inquires into the Economic Policy and the Economic Ideology of the Present*, New York, Arlington House Publishers, 1978. Friedrich August von HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, The University of Chicago Press, 1944. (Hay versión en español: *Camino de servidumbre*, traducción de José Vergara, Madrid, Alianza Editorial, 1978.) *The Constitution of Liberty, cit. Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, III Vols., Chicago, The University of Chicago Press, 1973, 1976, 1979. (Hay versión en español: *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Vol. I: “Normas y orden”, Vol. II: “El espejismo de la justicia social” y Vol. III: “El orden político de una sociedad libre”, traducción de Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 1985, 1988, 1991.) James M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty, cit.*; y *Ensayos sobre economía política*, traducción de Alberto Coria, México, Alianza Editorial Mexicana, 1990. Vid. también James M. BUCHANAN & Gordon TULLOCK, *The Calculus of Consent..., cit.*; y James M. BUCHANAN & Robert D. TOLLISON, *Theory of Public Choice*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1977. Milton FRIEDMAN, *Capitalismo y libertad*, Madrid, Rialp, 1966; y *Ensayos sobre economía política*, Madrid, Gredos, 1967.

³⁷ Francis BACON, *The Oxford Dictionary of Quotations, cit.* p. 28: “Knowledge itself is power.” (Tomado de “Of Heresies”, *Religious Meditations*).

comunicación e información para ejercitar con perspicacia y preponderancia su influjo sobre los otros.³⁸

Por último, la indagación del poder político y de los medios de coerción es central --como ya hemos visto-- desde la antigüedad y hasta la actualidad o, lo que es lo mismo, desde los clásicos hasta los contemporáneos encontramos como una constante la referencia a su titular --el Estado-- ya sea la ciudad-Estado o el Estado-nación. Aunque la globalización y el (neo)liberalismo imponen en apariencia una retirada forzosa del Estado, éste todavía es el titular por excelencia del poder político y de los medios de coerción. Al respecto, solamente nos restaría formular algunas observaciones y precisiones sobre la naturaleza del poder político y la relación con las otras formas de poder.

Por una parte, a diferencia del poder económico y del poder ideológico, el poder político cuenta y debe contar como advierte WEBER con el “monopolio legítimo” de los medios de coerción. Así, el vocablo ‘monopolio’ implica que solamente hay un titular de la fuerza pública: el Estado; en cambio, no es aconsejable el monopolio --ni público ni privado-- de los medios de producción ni de los de persuasión puesto que unos y otros necesitan por definición de varios titulares. Por su parte, el voquible ‘legítimo’ --el cual sirve de adjetivo calificativo al sustantivo ‘monopolio’-- indica que la fuerza pública solamente puede ser ejercida por su auténtico o genuino titular; mientras tanto, al no ser imprescindible que haya un único titular de los medios de producción ni de los de persuasión tampoco es indispensable que éste sea el auténtico o genuino.

Por otra parte, al igual del poder económico y del poder ideológico, el poder político es esencial para entender las relaciones de fuerza al interior del Estado, el gobierno y sociedad. Cabe

³⁸ Vid. Imer B. FLORES, “Revolución ciudadana e *intelligentia*: El poder del conocimiento y de las ideas”, en Vicente ARREDONDO RAMÍREZ (coord.), *Una sociedad de ciudadanos: Apuntes para una revolución ciudadana en México*, México, Demos, 2000, pp. 187-231; y “El derecho a la información”, *Indicador jurídico*, No. 1, 1995, pp. 21-44.

señalar que la interacción no se limita al paso de una a otra de las formas sino que además en unas ocasiones la interconexión es de colaboración, es decir hay una conjunción e integración de fuerzas, y en otras la interrelación es de conflicto, esto es hay una disyunción y desintegración de las mismas. De esta manera, el poder puede: 1) pasar de una a otra forma; 2) colaborar entre sí; y 3) conflictuar con las demás clases o tipos.

Para ilustrar esta tríada, en primer lugar, hay que acentuar el principio newtoniano “la energía no se crea ni se destruye, simplemente se transforma”, el cual fue acogido como vimos por RUSSELL e incluso con anterioridad adoptado por José VASCONCELOS, en su tesis profesional intitulada *Teoría dinámica del derecho* (1905), para concluir “el movimiento... es universal en todas las formas y en todas las esferas”.³⁹ Éste tiene en mente al derecho y aquél tiene presente al poder, pero ambos están convencidos que tanto el derecho como el poder no se crean ni se destruyen sino que simplemente se transforman al pasar de una forma o esfera a otra. En segundo plano, debemos enfatizar una versión débil de la tesis marxista de la determinación económica de la política, a la sazón: la coincidencia --o quizás colaboración-- del poder económico y del poder político en las clases dominantes o privilegiadas. En tercer término, procedemos a subrayar la manzana de la discordia entre PLATÓN y KANT. Para el primero el “rey-filósofo” representa la única salvación de la ciudad y de la humanidad:⁴⁰

A menos... que los filósofos no reinen en las ciudades, o que los llamados ahora reyes y soberanos no se dediquen auténticamente y en serio a la filosofía, de modo que concurren en el mismo sujeto el poder político y la filosofía, y a menos que no se aparte por la fuerza a la multitud de personas que siguen uno u otro camino exclusivamente, no habrá... tregua para los males que aquejan a las ciudades, ni tampoco... para los del género humano.

³⁹ José VASCONCELOS, “Teoría dinámica del derecho”, en *Obras completas*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1957, p. 13.

⁴⁰ PLATÓN, *La República*, traducción de Antonio Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, Capítulo V, 473d, p. 191.

Por el contrario, el segundo sentencia:⁴¹

No hay que esperar ni que los reyes se hagan filósofos ni que los filósofos sean reyes. Tampoco hay que desearlo; la posesión de la fuerza perjudica inevitablemente al libre ejercicio de la razón.

Para darle las últimas pinceladas a esta trinca, baste recordar que el advenimiento del capitalismo coincide --como lo apuntala Joseph A. SCHUMPETER-- con la aparición del humanismo, y las dos con el arribo del liberalismo. Sin duda la naciente burguesía --poder económico-- requería de los intelectuales --poder ideológico-- para aniquilar a la vieja clase gobernante y erigir una nueva clase política --poder político-- en su lugar. Cabe aclarar que los mismos intelectuales --poder ideológico-- por su naturaleza crítica primero acometen contra las efigies del *ancien regime* como el Papa y el rey --poder político-- luego arremeten contra los emblemas del sistema capitalista --poder económico-- tales como la propiedad privada de los medios de producción.⁴² Así como el poder puede ser caracterizado como una forma de colaboración y de conflicto e incluso como un continuo pasar de un estadio a otro, las clases o los tipos de poder pueden entrar en colaboración o estar en conflicto entre sí e incluso pasar de uno a otro estado.

Finalmente, para concluir este apartado solamente nos resta reiterar que por la naturaleza de esta investigación pretendemos poner especial hincapié en el poder político, el cual es fundamental para poder hacer referencia al Estado --ya sea visto desde arriba como gobierno o desde abajo como sociedad-- y, por supuesto, tanto a la constitución como a la democracia. Como ya vimos, el poder político se caracteriza por contar no sólo con los medios de coerción sino también con un monopolio legítimo. En otras palabras, el poder político descansa en el

⁴¹ Immanuel KANT, *La paz perpetua*, traducción de F. Rivera Pastor, Madrid, Espasa-Calpe, 1964, p. 131.

⁴² Cfr. Imer B. FLORES, "Revolución ciudadana e *intelligentsia*...", *cit.*, p. 193. Cfr. también Joseph A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 3ª ed., New York, Harper & Brothers, 1950, Capítulo XIII, 2, pp. 147-148. (Hay versión en español: *Capitalismo, socialismo y democracia*, II Tomos, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983, Tomo I, p. 200.)

monopolio de dichos medios y en la legitimidad de su titular pero también en los intereses en juego.

Al analizar la tipología clásica, habíamos afirmado que el poder político se distingue del poder paternal y del poder patronal toda vez que se debe ejercer en interés tanto del gobernante -- *ex parte principis*-- como de los gobernados --*ex parte populi*--. De esta manera, cuando el poder político se ejerce efectivamente en interés y beneficio tanto de los gobernados como de los gobernantes estamos ante una verdadera *república* y cuando se ejercita sólo en interés o beneficio de los últimos se está frente a un *principado*. Baste remitir a la dicotomía que realiza MAQUIAVELO, al iniciar su obra maestra: “Todos los estados y dominios, que han ejercido o ejercen imperio sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados.”⁴³

En este mismo orden de ideas, no basta con la legitimidad del poder político sino que es necesaria la legalidad de su ejercicio. Así, la legitimidad se refiere al origen del poder político mientras la legalidad a su ejercicio. La primera exige que su titular esté legitimado para ello y la segunda impone que lo haga conforme a la ley.⁴⁴ De este modo, cuando el poder político se ejerce realmente dentro de los límites que la misma ley establece estamos ante un Estado liberal o limitado, y cuando se ejercita --o trata de ejercitarse-- más allá de dichos linderos estamos frente a un Estado absoluto o ilimitado. Por consiguiente, desde la posición del gobernante, la legitimidad es el asiento de su facultad para mandar y la legalidad es el basamento de su obligación de no excederse; y desde la visión del gobernado, la primera es el cimiento de su deber para obedecer y la segunda es el fundamento de que sus derechos serán respetados o no oprimidos.

La antípoda del poder legítimo es el poder usurpador mientras que lo antitético al poder legal es el poder ilegal o tiránico. Cabe señalar que los abusos del título y de su ejercicio ya sean por defecto o por exceso pueden llevar en lugar de a la obediencia de un mandato a su resistencia.

⁴³ Nicolás MAQUIAVELO, *El príncipe*, cit., Capítulo I, p. 7.

⁴⁴ Vid. Norberto BOBBIO, “El poder y el derecho”, en Norberto BOBBIO y Michelangelo BOVERO, *Origen y fundamento del poder político*, cit., pp. 29-30.

Ahora bien, la resistencia es justificada como una forma de desobediencia no sólo cuando el mandato es ilegítimo e ilegal sino también cuando en lugar de libertad genera opresión, tal como lo explican Juan de MARIANA y Henry David THOREAU.⁴⁵ Por esta misma razón, toda vez que el poder es insaciable y tiende a transgredir los colindes establecidos o traspasar sus propios confines es imperioso imponer ciertos límites a su ejercicio. Baste recordar que si se abusa del poder, éste puede ser absoluto y corromper. Al respecto no hay que echar en saco roto la advertencia de John Emerich Edgard Dalberg-ACTON, mejor conocido como lord ACTON: “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”.⁴⁶ He ahí la importancia de que ante el poder de hecho o *de facto* haya siempre un poder de derecho o *de iure* que le haga frente precisamente como límite al ejercicio ilegítimo e ilegal del poder, *i.e.* el Estado de derecho, al interior del cual coexisten y conviven el poder jurídico y el poder político. A final de cuentas, como diría RUSSELL: “El poder último del derecho es el poder coercitivo del Estado... esta coerción física directa (con algunas limitaciones) es la prerrogativa del Estado, y el derecho es un conjunto de reglas de acuerdo con las cuales el Estado ejerce esta prerrogativa al tratar con sus propios ciudadanos.”⁴⁷

⁴⁵ Cfr. Harold J. LASKI, *Liberty in the Modern State*, London, Faber & Faber, 1930, p. 59: “resistance to the encroachments of power is essential to freedom because it is the habit of power continuously, if it can, to enlarge the boundaries of its authority.”

⁴⁶ Lord ACTON, en *The Oxford Dictionary of Quotations*, cit. p. 1: “Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely.” (Tomado de “Letter to Bishop Mandell Creighton”, 1887). Citado por Harold J. LASKI, *Where Do We Go From Here?*, New York, The Viking Press, 1940, p. 128: “absolute power corrupts absolutely”. *Vid.* John Emerich Edgard Dalberg-ACTON, *Ensayos sobre la libertad y el poder*, traducción de Paloma de la Nuez, Madrid, Unión Editorial, 1999.

⁴⁷ Bertrand RUSSELL, *Power...*, cit., p. 37: “The ultimate power of the Law is the coercive power of the State.” “[T]hat direct physical coercion (with some limitations) is the prerogative of the State, and the Law is a set of rules according to which the State exercises this prerogative in dealing with its own citizens.”

Por supuesto que no es fácil, al poner límites al ejercicio del poder, encontrar el término medio virtuoso sin caer en algún extremo vicioso: ni tanto que queme al santo ni tanto que no lo alumbre. En este sentido, una de las mejores estratagemas de las que se sirve el Estado de derecho para limitar el ejercicio del poder sin atrofiarlo y eso sí --en la medida de lo posible-- para amplificarlo es y debe ser la constitución. Para poder pasar al análisis de ésta, comenzamos por retomar el tema de la relación tanto entre derecho y poder, en general, como entre poder jurídico y poder político, en particular.

2. *Constitución: poder jurídico vis-à-vis poder político*

Como también vimos en el capítulo anterior, la relación derecho-poder no descansa ni debe descansar en la subordinación del uno sobre el otro ni viceversa sino en la interacción entre ambos. Por una parte, el derecho es necesario para la legitimación del poder y del orden político existente, y el poder es indispensable para la aplicación del derecho y del orden jurídico viviente. Por otra parte, el derecho es esencial para dictar los límites y reglas para el ejercicio del poder con legalidad, y el poder es imperativo para revitalizar los linderos y preceptos del estado de derecho y también del llamado estado constitucional y democrático de derecho.⁴⁸

A. *Derecho tête à tête poder*

El derecho y el poder son no sólo el objeto de estudio por antonomasia de la ciencia jurídica y de la ciencia política respectivamente sino también las nociones fundamentales por excelencia de la

⁴⁸ Cfr. Imer B. FLORES, *Law and Politics: Democratic Institutional Development. Government Reform and Separation of Powers in México*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Law School, Harvard University, LL.M. Paper, 1996, pp. III-IV y 15; “Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXI, No. 92, mayo-agosto, 1998, pp. 331 y 335 (hay versión en inglés: “Law and Power in the Defense and Engineering of the Constitution”, *Mexican Law Review*, No. 2, July-December, 2004: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/mlawr/cont/2/arc/arc3.htm); “Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXI, No. 93, septiembre-diciembre 1998, p. 611; y “Constitución, democracia y derecho...”, *cit.*, pp. 145-159.

filosofía y teoría jurídica, por un lado, y de la filosofía y teoría política, por el otro. Ahora bien, el derecho es y puede ser un objeto subsidiario del fenómeno político en tanto que el poder es y puede ser un objeto supletorio del fenómeno jurídico. De hecho, es un lugar común, a partir de la afortunada metáfora de BOBBIO, considerar que el derecho y el poder son las dos caras de la misma moneda.⁴⁹ Por supuesto que el contraste deriva de cuál es la “cara” y cuál la “cruz”. Por lo general, para un jurista el derecho es la cara y el poder la cruz, mientras que para un politólogo sería al revés. De igual forma, para algunos el “derecho” es un “discurso” y como tal “parte del fenómeno del poder”. Sin embargo, para otros el “poder” puede ser un “discurso” y como tal “parte del fenómeno del derecho”.

Por tanto, somos de la opinión de que a pesar de sus tensiones inherentes derecho y poder se complementan y deben complementar recíprocamente, el derecho sin poder es mandato impotente entre tanto que poder sin derecho es fuerza bruta. Para ilustrar este punto baste recordar a Rudolf von JHERING y a su ingeniosa apología de la diosa de la justicia Astrea, para los griegos, o Temis, para los romanos:⁵⁰

Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha á los que no los aceptaban... El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; hé ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle

⁴⁹ Vid. Norberto BOBBIO, *Contribución a la teoría del derecho*, traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, p. 356; y “El poder y el derecho”, *cit.*, p. 19-36. Cfr. *Teoría general del derecho*, traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991; y *Estado, gobierno y sociedad...*, *cit.*

⁵⁰ Rudolf von JHERING, *La lucha por el derecho*, traducción de Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa, 1982, pp. 2-3 (versión facsimilar de la edición de 1881). (Hay otras versiones: traducción de Adolfo González Posada, Buenos Aires, Atalaya, 1947 (reproducida en: *Tres estudios jurídicos: Del interés en los contratos, La posesión, La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Atalaya, 1947 (hay una versión facsimilar: México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003); y en: *Estudios jurídicos: La lucha por el derecho, Del interés en los contratos, La posesión*, Buenos Aires, Heliasta, 1974); y traducción de Diego A. de Santillán, México, Cajiga, 1957.)

efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia; se completan recíprocamente: y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale á la habilidad que emplea en manejar la balanza.(sic)

En cuanto al *vinculum* entre derecho y poder, por un lado, MAQUIAVELO ha insistido “los principales fundamentos que han de tener los Estados, sean antiguos, nuevos o mixtos, son las buenas *leyes* y las buenas *tropas*.”⁵¹ Por el otro, HOBBS anota “De aquí se sigue que los reyes cuyo poder es más grande traten de asegurarlo en su país por medio de *leyes*, y en el exterior mediante *guerras*”.⁵² Asimismo, apunta: “Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno.”⁵³ Por su parte, LOCKE ha insinuado:⁵⁴

⁵¹ Nicolás MAQUIAVELO, *El príncipe, cit.*, Capítulo XII, pp. 41-42. (El énfasis es nuestro.) *Cfr. ibid.*, Capítulo VI, pp. 22-23: “De aquí se explica que hayan triunfado todos los profetas armados, y fracasado los desarmados. Porque, a más de lo expuesto, la naturaleza de los pueblos es voluble, por lo cual es fácil persuadir y difícil hacerlos persistir, razón por la cual es necesario organizarse en forma que, cuando dejen de creer, se les pueda exigir por la fuerza. Moisés, Ciro, Teseo y Rómulo no habrían podido exigir, por tan largo tiempo, obediencia a sus estatutos, si no hubieran dispuesto de la fuerza, cual ocurrió... a fray Jerónimo Savonarola, cuyas reformas fracasaron en cuanto la multitud comenzó a dudar de ellas, por carecer él de medios para hacer que persistieran los que habían creído y para obligar a creer a los incrédulos.” En cambio, “Hierón el siracusano... contó con el apoyo de amigos y soldados, logró, sobre tales cimientos, edificar cuanto se propuso.”

⁵² Thomas HOBBS, *Leviathan, cit.*, Capítulo XI, § 47, p. 70: “And from hence it is, that Kings, whose power is greatest, turn their endeavors to the assuring it at home by *Lawes*, or abroad by *Wars*”. (p. 80.) (El énfasis es nuestro.)

⁵³ *Ibid.*, Capítulo XVII, § 85, p. 117: “And Covenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all.” (p. 137.)

⁵⁴ John LOCKE, “The Second Treatise of Government...”, *cit.*, Capítulo VI, § 57, pp. 305-306: “*the end of Law* is not to abolish or restrain, but to *preserve and enlarge Freedom*: For in all the states of created beings capable of *Laws*, *where there is no Law, there is no Freedom*. For *Liberty* is to be free from restraint and violence from others which cannot be, where there is no Law: But Freedom is not, as we are told, *A Liberty for every Man to do what he*

[L]a finalidad de la ley no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla. En todas las categorías de seres creados, susceptibles de regirse por leyes, si carecen de ellas, carecen también de libertad. Porque allí donde no hay ley no pueden los hombres librarse de la presión y de la violencia de los demás, que es en lo que consiste la libertad; no es la libertad, según se ha dicho por alguien, “el hacer cada cual lo que se le antoja”. ¿Puede alguien ser libre, si cada cual puede ser tiranizado por el capricho de los demás? De lo que se trata es de que cada cual tenga libertad para disponer, como bien le parezca, de su persona, de sus actos, de sus bienes y de todo cuanto le pertenece, sometiéndose a lo que ordenan las leyes bajo las cuales vive, para no verse sometido, de ese modo, a la voluntad arbitraria del otro, y poder seguir libremente la suya propia.

Consideramos oportuno recordar que, a partir del celeberrimo discurso *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos* de Benjamín CONSTANT,⁵⁵ la *libertas* para los primeros connota la condición del hombre no sujeto a esclavitud, cuyo estatus *libertatis* es requisito *sine qua non* para poder contar o mantener el status *civitatis*, *i.e.* de ciudadano y participar tanto en el manejo de los asuntos públicos como en la toma de decisiones de la comunidad; mientras tanto para los segundos, la libertad denota la ausencia de coerción o restricción tanto en sus goces privados como en su vida individual. Aunque los dos conceptos de libertad, para aprovechar el distinguido afortunado de Isaiah BERLIN,⁵⁶ a saber autodeterminación -- libertad positiva-- e independencia --libertad negativa-- pueden entrar o estar en contradicción entre sí son compatibles y deben complementarse el uno al otro. BOBBIO⁵⁷ ilustra dicha compatibilidad-complementariedad al recurrir a la interacción entre democracia y liberalismo a

lists: (For who could be free, when every other Man’s Humour might domineer over him? But a Liberty to dispose, and order, as he lists, his Person, his Actions, Possessions, and his whole Property, within the Allowance of those Laws under which he is; and therein not to be subject to the arbitrary Will of another, but freely follow his own.” (*sic*) (p. 81.)

⁵⁵ *Cfr.* Benjamín CONSTANT, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *cit.*

⁵⁶ *Cfr.* Isaiah BERLIN, “Two Concepts of Liberty”, *cit.*, pp. 118-172.

⁵⁷ *Cfr.* Norberto BOBBIO, *Liberalismo y democracia*, *cit.*; e *Igualdad y libertad*, *cit.*

partir de la interrelación entre la libertad democrática --de los antiguos o positiva-- y la libertad liberal --de los modernos o negativa--.

A final de cuentas, las libertades implican no solamente autonomía sino además una combinación de derecho y poder.⁵⁸ Así, el derecho --como hemos visto-- es y puede ser considerado unas veces como una forma de poder y otras como un límite del poder. En este orden de ideas, la historia de la humanidad se puede caracterizar como la lucha por la libertad en contra de su antítesis: la opresión. Sin duda alguna, el recuento histórico está lleno de ejemplos acerca de las tensiones tanto entre libertad-opresión como entre derecho-poder. Ahora bien, para superar dichas dicotomías debemos profundizar nuestra discusión concerniente a la voluntad de(l) poder y a la voluntad de(l) derecho.⁵⁹ Cabe recordar que Friedrich NIETZSCHE, en su *Der Wille zur Macht*, había caracterizado a la “voluntad de poder” como “la esencia más íntima al ser”.⁶⁰ Sin embargo, esta inclinación de y del poder es compensada como lo esboza Edgar BODENHEIMER por la

⁵⁸ Cfr. Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Libertad, como derecho y como poder. Definición positiva y ensayo de justificación filosófica del derecho de libertad*, México, Compañía General Editora, 1941. (Incluido como apéndice en: *Los principios de la ontología del derecho y su expresión simbólica*, México, Imprenta Universitaria, 1953, pp. 103-162. (Hay versión en inglés: “Liberty as Right and as Power”, traducción de Jorge Roberto Hayzus, en Luis RECASÉNS SICHES *et al.*, *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1948, pp. 513-547.) (La primera parte fue publicada originalmente como: “La libertad como derecho”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo I, No. 3, junio-agosto, 1939, pp. 299-310.) Vid. Imer B. FLORES, *Eduardo García Máynez (1908-1993): Vida y obra*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 51-59.

⁵⁹ Con anterioridad habíamos aludido tanto a la “voluntad del poder” como a la “voluntad del derecho” en lugar de a la “voluntad *de* poder” y a la “voluntad *de* derecho” como se desprendería de una traducción literal de “*will to power*” y de “*will to law*”. Ello obedece, a que en aquel momento nos interesaba poner el énfasis no en la voluntad de poder o de derecho de un “sujeto” y, por ello, “subjetiva” sino en lo que la voluntad del poder o del derecho implica por sí misma como “objeto” y, por ende, “objetiva”. Cfr. Imer B. FLORES, “Derecho y poder...”, *cit.*, p. 337. (Agradezco a Israel CASTELLANOS JIMÉNEZ su observación crítica sin la cual no hubiera hecho esta aclaración.)

⁶⁰ Friedrich NIETZSCHE, *The Will to Power*, *cit.*, § 693, p. 369. Cfr. Bertrand RUSSELL, “The Impulse to Power”, en *Power...*, *cit.*, pp. 9-15.

voluntad de y del derecho, la cual también está enraizada en el ser como una predisposición para poner ciertos límites al poder.⁶¹

Por cierto, ni la voluntad de(l) poder ni la voluntad de(l) derecho explican por sí solos la ambivalente naturaleza del ser humano. Incidentalmente, cabe señalar que así como el poder no simboliza todo cambio e inestabilidad el derecho tampoco puede simbolizar toda permanencia y estabilidad. De hecho, ambos se presentan indistintamente como facilidades u obstáculos del cambio y/o de la permanencia. Algunas veces uno es el acelerador y el otro es el freno en tanto que en otras ocasiones ocurre exactamente al revés. Así, uno sirve para contrabalancear los efectos del otro mientras que éste sirve para contrarrestar las causas de aquél. Por tanto, el derecho y el poder se alternan las funciones de cambio y permanencia, como si se tratara de un péndulo que oscila entre ambos extremos. De esta forma, tanto el derecho y el poder sirven y pueden servir para acelerar y frenar el cambio o bien para facilitar u obstaculizar la permanencia.⁶²

Para ilustrar este punto, nos permitimos parafrasear a Diego VALADÉS,⁶³ quien explica que en el caso mexicano durante el antiguo régimen “la inestabilidad jurídica es compatible con la estabilidad política.” Toda vez que “la estabilidad no dependía de la conducta normativa sino de la política puesto que era el resultado de la presencia de un partido hegemónico” e “inmutable.” Sin embargo, al cambiar la situación del sistema político mexicano y al trasladarse lo dinámico a la arena política es necesario reencontrar “un referente [jurídico] estable, que

⁶¹ Cfr. Edgar BODENHEIMER, *Power, Law and Society. A Study of the Will to Power and the Will to Law*, New York, Crane, Russak & Company, 1972.

⁶² Agradezco a Mark HOWENSTEIN la metáfora del péndulo para ilustrar este punto.

⁶³ Cfr. Diego VALADÉS, “Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo”, en *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 5. (Publicado originalmente en: *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 1, julio-diciembre 1999, pp. X-XI.)

organice y vertebral el cambio político.” Hoy en día, la doble pregunta sería ¿acaso la inestabilidad política es compatible con e incluso requiere de la estabilidad jurídica?

En otro orden de ideas, el ejercicio del poder --y en cierta medida del derecho-- trae aparejada la imagen de que cualquier ser humano investido del mismo tiende a abusar, ya sea por exceso o por defecto hasta degenerar en despotismo o anarquismo respectivamente. De hecho, tal como asegura PLATÓN: “En realidad, todo exceso en el obrar produce generalmente, como compensación, un cambio considerable en sentido contrario...” Más adelante añade: “El exceso de libertad, por tanto, no puede traer otra cosa consigo, a lo que parece, que el exceso de esclavitud...” Y, concluye: “de la extrema libertad viene la mayor y más salvaje esclavitud.”⁶⁴

Lo cierto es que desde los griegos hasta nuestros días la reflexión sobre los fenómenos de poder y su relación con el derecho han sido centrales para las filosofías y teorías tanto jurídicas como políticas. Como constante advertimos que los detentadores del poder tienden naturalmente a abusar del mismo y ejercerlo de manera ilegal como un tirano y de modo ilegítimo como un usurpador. Así, para combatir el ejercicio tiránico o usurpatorio, ha sido necesario instituir algunos mecanismos con el objeto de lograr que el poder se mantuviera dentro de ciertos límites y, en algunos casos, restituir el estado de cosas anterior cuando el poder se ha desbordado o sobrepasado más allá de los límites permisibles.

Al respecto, Héctor FIX ZAMUDIO⁶⁵ presenta algunos ejemplos muy elocuentes. En Esparta, los reyes eran dobles con el fin de que se vigilaran recíprocamente y no pudiesen abusar de la autoridad que les había conferido el pueblo; y además, se crearon éforos (*ephoros*) --cinco magistrados electos por el pueblo-- cuya función era contrapesar el poder del Senado y de los reyes al fungir como inspectores o vigilantes del ordenamiento constitucional. En Atenas, se

⁶⁴ PLATÓN, *La república, cit.*, Libro VIII, 564^a, p. 307.

⁶⁵ Héctor FIX ZAMUDIO, *Introducción a la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 11-14.

crearon paulatinamente diversas instituciones para restringir el poder de los gobernantes, tales como el areópago --el tribunal superior-- y los nomorfilacos.

Así mismo, la distinción atribuida al espartano LICURGO y al ateniense SOLÓN entre los principios-reglas básicos de la organización política denominadas *nomoi* y que en conjunto forman la *politeia* --o Constitución-- y las disposiciones expedidas por la *ekklêsia* o asamblea de los ciudadanos llamadas *psefismata* --o legislación-- dio lugar no sólo al reconocimiento de la primacía --o mejor dicho supremacía-- de las primeras sobre las segundas sino también al establecimiento de los instrumentos para evitar que la asamblea expidiera disposiciones contrarias a los principios-reglas elementales. Entre dichos mecanismos destaca la acción penal, calificada como *graphé paranomón*, la cual cualquier ciudadano podía ejercer en contra del otro que hubiere presentado una iniciativa de ley que hubiese sido aprobada por la asamblea, a pesar de ser contraria a los principios superiores, dicho delito se tipificaba por el engaño del proponente a la asamblea por medio de una proposición indebida.

En Roma, como es ampliamente sabido, durante el Imperio todas las facultades se concentraron en los emperadores, los cuales cometieron grandes abusos. Tal es el caso de Gaius Caesar CALIGULA, quien llegó al exceso --ya sea por extravagancia o por locura-- de querer hacer cónsul a su caballo. De tal suerte, no es nada extraño que en la República, los funcionarios fueran dobles para evitar que abusaran del poder al limitarse mutuamente: cuestores, ediles, censores, pretores y, en especial, cónsules.

Sin embargo, esta duplicidad llevó a enfrentamientos dramáticos, tanto en el caso de los cónsules Gaius MARIUS y Lucius Cornelius “Felix” SULLA como en el de Gaius Julius CAESAR y Cneius “Magnus” POMPEIUS, miembros --junto con Marcus Licinius “Dives” CRASSUS-- del primer triunvirato, porque una vez que alguno de los dos triunfó sobre el otro instauró una dictadura autoritaria. Asimismo, se crearon los tribunos de la plebe para defender los intereses populares, ya que tenían la facultad de impedir la aplicación de disposiciones legislativas,

contrarias a dichos intereses --*intercessio*-- y dar protección personal a los perseguidos por las autoridades --*ius auxilli*--.

Durante la edad media, los monarcas se consideraban a sí mismos por encima del *ius civile*, es decir de las disposiciones legislativas que ellos mismos expedían, pero se contemplaban como si estuvieran sometidos a los preceptos del *ius naturale*, esto es del derecho natural que presupuestamente tenían un carácter universal. Damos por descontado que los monarcas, pseudo-limitados por el derecho natural, también abusaron de su poder.

Para muestra basta un botón, como es sabido, JACOBO I Estuardo, rey de Escocia --como JAMES VI-- después de la abdicación de su madre MARÍA I Estuardo --Mary, Queen of Scots-- y rey de Inglaterra e Irlanda --como JAMES I-- tras la muerte de su prima lejana la “Reina virgen” ISABEL I --ELIZABETH I-- se caracterizó tanto por exaltar las nociones de la autoridad real y del derecho divino de los reyes como por su rigor y sus persecuciones contra los disidentes ingleses fueran éstos los católicos o los protestantes extremistas.

Para hacer una larga historia corta, Sir Edward COKE --también conocido como COOKE-- *chief justice* primero de las *Common Pleas* y luego del *King's Bench* no sólo abominó y rechazó la superioridad de la autoridad real y de la eclesiástica sino también abogó y respaldó la supremacía del “*common law*”; el cual, para él, no es un derecho racional sino un derecho histórico, captable no por la razón natural sino por una razón artificial: “la razón... es la vida del derecho, el *common law* en sí mismo no es otra cosa que razón.” Sin embargo ésta “debe ser entendida como una perfección artificial de la razón, adquirida por largo estudio, observación, y experiencia, y no por la razón natural de cada uno; porque *nemo nascitur artifex*.”⁶⁶

⁶⁶ Edward COKE, *Institutes: Commentary upon Littleton, First Institute*, 62^a, citado por Roscoe POUND, *Law Finding through Reason and Experience*, Athens, Atlanta, Georgia University Press, 1960: “«Reason,» said Coke, the oracle of our law, «is the life of the law, nay the common law itself is nothing else but reason.» But what did Coke mean by «reason»? He goes on to tell us that it «is to be understood of an artificial perfection of reason, gotten by long

La conclusión más importante de su argumento era la negación de que la prerrogativa real --literalmente la regalía-- fuera un ilimitado poder discrecional, sino que por el contrario se trata y debe tratar de un poder encuadrado y, por ende, limitado por el derecho. Las dos consecuencias prácticas más trascendentes de su razonamiento eran: 1) el rey no puede juzgar más que a través de los jueces (*Case of Prohibitions*, 1607); y 2) el rey carece de poder para alterar el derecho, en general, y para crear nuevos delitos, en particular (*Case of Proclamations*, 1611). Es inconcuso que además del Rey también el Parlamento estaba sujeto al reinado del *common law* y, en consecuencia, al del *rule of law*.

Ahora bien, los defensores de la tesis absolutista, que se remonta a Sir Robert FILMER y a Thomas HOBBS, y los detractores de la antítesis circunscrita no se hicieron esperar. Entre éstos descuella Sir Francis BACON, quien en sus consideraciones parte de la premisa regalista de JACOBO I “los reyes existían antes de que hubiera estamentos o rangos, antes de que se reunieran Parlamentos o se hicieran leyes..., y de ello se sigue necesariamente que los reyes fueron los autores de las leyes y no las leyes de los reyes”.⁶⁷ Así mismo, en sus razonamientos alega: “Los jueces jamás deben olvidar que su oficio es *jus dicere* y no *jus dare*; es decir, que su oficio es interpretar y aplicar la ley, y no hacerla o imponerla como comúnmente se dice.”⁶⁸ Y, para finalizar, en sus resolutivos, sentencia:⁶⁹

study, observation, and experience, and not of everyone’s natural reason; for *nemo nascitur artifex*.” (La traducción es nuestra.) (Agradezco a Lewis D. Sargentich por orientarme acerca de la trascendencia de este pasaje.)

⁶⁷ JACOBO I citado por Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1961, p. 263.

⁶⁸ Francis BACON, “Of Judicature”, *cit.* p. 141: “Judges ought to remember that their office is *jus dicere*, and not *jus dare*; to interpret law, and not to make law, or give law.” (p. 226)

⁶⁹ *Ibid.*, p. 144: “Let judges also remember that Salomon’s throne was supported by lions on both sides: let them be lions, but yet lions under the throne; being circumspect that they do not check or oppose any points of sovereignty. Let not judges also be so ignorant of their own right, as to think there is no left to them, as a principal part

Los jueces deben también acordarse de que el trono de Salomón estaba sostenido por leones. Por consiguiente, será bueno que los jueces sean leones, pero que estén colocados debajo del trono, velando continuamente para impedir que se ataquen los derechos de la soberanía. En fin, los jueces deben conocer suficientemente su autoridad y prerrogativas, y no ignorar que su deber les manda y su derecho les permite hacer un uso prudente y una juiciosa aplicación de las leyes. En este sentido deben aplicarse las siguientes palabras del apóstol, cuando se refiere a la ley superior a todas las leyes humanas: *Sabemos que la ley es buena, siempre que se usa legítimamente (nos scimus quia lex bona est, modo quis ea utatur legitime)*.

La observación de BACON es pertinente en cuanto a que los jueces como leones deben estar no sólo colocados por debajo del soberano e impedir que se ataquen los derechos de la soberanía sino también colindados por las leyes que ellos mismos implementan al interpretar y aplicar las mismas. No obstante, es improcedente en tanto identifica al soberano con el monarca, a quien pone en un trono, o mejor dicho en un pedestal, fuera de los alcances de la ley. Habrá que ver si el propio SALOMÓN --al igual que otros reyes bíblicos o no-- se consideraba a sí mismo como confinado por la ley que él mismo creaba.

Aun cuando podemos encontrar ejemplos históricos en uno y otro sentido, lo cierto es que tal como instó --hace unos doscientos cincuenta años-- Charles Louis de Secondat Barón de la Brède y de MONTESQUIEU: “es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quien lo diría! La misma virtud necesita límites.” Acto seguido, el propio autor *De l’Esprit des Lois* invita: “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder.”⁷⁰

of their office, a wise use and application of laws. For they may remember what the Apostle saith of a greater law than theirs: *Nos scimus qui lex bona est, modo quis eûtatur legitime.*” (sic) (p. 231).

⁷⁰ Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, cit., Primera Parte, Libro XI, Capítulo IV, p. 114. Cfr. Traducción de Nicolás Estévanez, cit., pp. 222-223: “...nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la

Como ya hemos acentuado la enfermedad, es decir la predisposición tanto al poder como a abusar de él. A continuación procedemos a poner mayor ahínco e hincapié en el remedio, esto es la propensión a detener al poder. Como ya vimos el poder se caracteriza por ser una relación de fuerza y como tal fáctica. Sin embargo, el poder no puede ser descrito como mero poder de hecho sino que por el contrario es y debe ser prescrito como el poder del derecho, es decir como poder jurídico; y como el derecho del poder, esto es poder político. Aun cuando hay quienes consideran que el poder como hecho es anterior y como tal superior al poder como derecho, lo cierto es que uno y otro se complementan de manera mutua. Ahora bien, al interior del poder de derecho es posible encontrar un poder jurídico y un poder político, los cuales también se comprenden de modo recíproco.

En este orden de ideas, por un lado, el derecho debe frenar al poder y de manera inversa éste a aquél; y, por otro lado, una forma de poder de derecho debe limitar a otra, *i.e.* el poder jurídico al poder político y de modo invertido el último al primero. Como hemos enfatizado el antídoto no debe ni puede ser optar por la supremacía de uno o del otro sino por el contrario debemos pronunciarnos por la integración de ambos. De forma tal que efectivamente el Estado de fuerza --*machtstaat*-- se vea contenido por el Estado de derecho --*rechtsstaat*-- como veremos más adelante.⁷¹

En nuestra opinión, como dijimos con anterioridad, la mejor estratagema para sintetizar las estrechas interacciones e interrelaciones que se dan no sólo entre derecho y poder sino

extralimitación. ¡Quién lo diría! ni la virtud puede ser ilimitada.” “Para que no pueda abusarse del poder, es preciso que, por disposición misma de las cosas, el poder detenga al poder.” Y, *cit.*, p. 186: “Pero es una experiencia eterna, que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación...” “Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límite la naturaleza misma de las cosas.”)

⁷¹ *Cfr.* Rune SLAGSTAD, “El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber” en Jon ELSTER & Rune SLAGSTAD (coords.), *Constitucionalismo y Democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 131-155.

también entre poder jurídico y poder político es y debe ser la Constitución. A reserva de que todavía falta profundizar sobre lo qué significa la constitución y su relación con la democracia, cabe recordar que VALADÉS, de un lado, detalla “la Constitución es el estatuto jurídico del poder” y, del otro, determina “la Constitución regula cuatro formas de relación con el poder: el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder y el control del poder.”⁷²

Consideramos oportuno destacar que las dos primeras formas de “regulación constitucional del poder” pueden ser equiparadas con lo que definimos como “el derecho del poder”, es decir con la reglamentación del acceso al poder político y la regulación de su funcionamiento u organización. En cambio, las dos últimas pueden ser identificadas con lo que delimitamos como “el poder del derecho”, esto es con la normativización y normalización del poder jurídico, al imponer medios de control a los órganos del poder político y el respeto a los derechos humanos. Al respecto BODENHEIMER afina: “la mejor garantía del imperio del derecho es la existencia de una constitución --escrita o no-- que defina y limite los poderes del gobierno y otorgue a los ciudadanos ciertos derechos fundamentales que no puedan serles fácilmente disminuidos o arrebatados.”⁷³

B. Derechos humanos et división de poderes

Con relación a la “regulación constitucional del poder” baste recordar uno de los más celebres y celebrados apotegmas de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 que da sustento --cuerpo y alma-- a su artículo 16: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”

⁷² Diego VALADÉS, “La constitución y el poder”, en *Constitución y democracia, cit.*, p. 25. (Publicado originalmente en: Diego VALADÉS y Miguel CARBONELL (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Cámara de Diputados e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.)

⁷³ Edgar BODENHEIMER, *Teoría del derecho, cit.*, p. 59.

Cabe aclarar que la separación de poderes por sí sola --al igual que la garantía de los derechos-- no es la panacea para todos los males. Por su parte, KELSEN ya había advertido sobre la incompatibilidad entre la teoría de la separación de poderes y las tesis tanto de la soberanía popular como de la democracia:⁷⁴

Desde el punto de vista ideológico, la separación de poderes y la distribución de los poderes legislativo y ejecutivo entre órganos diversos no es inherente a la idea de que el pueblo deba gobernarse por sí mismo... Tampoco la intención política con que se ha justificado desde Montesquieu el dogma de la separación de poderes ha sido la de allanar el camino a la democracia, sino que más bien servía para dar al monarca, más o menos postergado por el Poder legislativo, una última posibilidad para desenvolver su poder en la esfera de la función ejecutiva. El dogma de la separación de poderes es la piedra angular en la ideología de la Monarquía constitucional.

Tal como lo hace ver VALADÉS, aunque el principio de separación de poderes se ha aplicado en muchos sistemas democráticos, en realidad su origen atendía a la necesidad de proteger al monarca.⁷⁵ De hecho, a partir de una interpretación estricta o restringida del principio de separación de poderes se ha entendido, por ejemplo, que no se debe permitir interpelaciones por parte de los miembros del poder legislativo para proteger al titular del poder ejecutivo ante las exigencias de las asambleas populares o de sus representantes. Lo anterior ha resultado ser no sólo favorable sino también muy funcional para la construcción del sistema presidencial fuerte, en general, y del presidencialismo latinoamericano, en particular. Por esta razón, insistimos que no basta con la mera fragmentación y segmentación del poder, sino que por el contrario es necesaria su distribución y limitación. De suerte tal que la separación de poderes tenga como complemento perfecto un sistema de pesos y contrapesos para que podamos hablar de una verdadera teoría y práctica de la división de poderes.

⁷⁴ Hans KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 113.

⁷⁵ Cfr. Diego VALADÉS, “Relación y controles recíprocos entre órganos del poder”, en *Constitución y democracia*, cit., pp. 68-69. (Publicado originalmente en: AA.VV. *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana y Colegio de Abogados, 2000.)

En este sentido, toda constitución cuenta y debe contar con dos “caballitos de batalla” para que tanto el derecho como el poder jurídico puedan controlar o limitar el ejercicio del poder, en general, y del poder político, en especial, a la sazón: los derechos humanos y la división de poderes. Sin embargo, una y otra deben estar garantizadas cabal e íntegramente para que podamos hablar no sólo de un estado de derecho sino también de un estado constitucional de derecho.

En lo referente al estado de derecho cabe señalar que se equipara con la existencia de garantías tanto para la protección de los derechos humanos como para la distribución y limitación de las competencias o funciones públicas, pero además se identifica con el gobierno de leyes y no con el de hombres. Para concluir este apartado, solamente nos resta señalar que hoy en día todo estado constitucional de derecho por definición es o debe ser un estado de derecho y que a su interior puede ser un estado liberal, social o democrático de derecho. El primero caracterizado por la limitación del poder --liberalismo--; el segundo por la socialización del poder --socialismo--; y, el tercero por la distribución del poder --constitucionalismo democrático--. Así mismo, adelantar que el estado constitucional y democrático de derecho, constituye un estadio superior respecto tanto del estado liberal de derecho como del estado social de derecho.

3. Constitucionalismo e ingeniería constitucional

La importancia de la ingeniería constitucional es evidente para organizar el Estado, gobierno y sociedad mediante la distribución, limitación y hasta socialización del poder, para dar legitimidad al título y mantener la legalidad del ejercicio del poder; y, finalmente para instrumentar tanto el cambio como el control de cada uno de los arreglos institucionales y de las manifestaciones culturales. Así mismo, es menester señalar que la ingeniería constitucional se funda no sólo sobre el derecho y poder sino también sobre el poder jurídico y el poder político. De esta manera, a continuación discutiremos algunos aspectos de la ingeniería constitucional y su relación con el derecho y el poder, en general, y con el poder jurídico y poder político, en particular.

Así, se requiere: A) Organizar el poder político a partir de su división al distribuir competencias o funciones como poder jurídico; B) Legitimar al titular del poder político y legalizar su ejercicio a través del poder jurídico; C) Limitar el poder mediante el derecho; y D) Equilibrar la necesidad tanto de cambio-permanencia como de cambio-control del poder político.⁷⁶

El poder es definido como una relación binomial de fuerza tanto como mandato-obediencia como mandato-resistencia. La fuerza se manifiesta en la posesión de ciertos medios. En el caso del poder político lo característico es la posesión de los medios de coacción. En este sentido, el poder político es aquel que se sirve de la coacción para imponer la obediencia de su mandato y ofrecer resistencia a las demás clases o tipos de poder.

Así mismo, el poder político no se caracteriza exclusivamente por la posesión de los medios de coacción sino por el monopolio de su ejercicio. De este modo, es necesaria la organización del poder político no sólo para la centralización y concentración del poder sino también para su distribución y limitación al repartir sus competencias y separar sus funciones.

De tal suerte, no basta con el monopolio de la fuerza sino que el poder político requiere además de estar legitimado por algún interés o título. Por un lado, el poder político se legitima sobre la base de que se debe ejercitar en interés tanto del gobernante --*ex parte principis*-- como de los gobernados --*ex parte populi*--; y, por otro lado, se legitima por que la posesión del título deriva de la voluntad y del consenso de todos, plasmada en un contrato --*ex contractu*--.

⁷⁶ Vid. Luis RECASÉNS SICHES, "Sociología del derecho", en *Tratado General de Sociología*, México, Porrúa, 1971. Vid. también Imer B. FLORES, "Derecho y poder...", *cit.*, pp. 343-345; y "Heráclito *vis-à-vis* Parménides: Cambio y permanencia como la principal función del derecho en una democracia incipiente", en Luis J. MOLINA PIÑEIRO, J. Fernando OJESTO MARTÍNEZ P. y Fernando SERRANO MIGALLÓN (coords.), *Funciones del derecho en las democracias incipientes. El caso de México*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 149-171.

De esta forma, el poder político debe ejercerse de acuerdo con la legalidad. La legitimidad se refiere al título mientras que la legalidad a su ejercicio. El primero necesita que aquéllos que tienen el poder político estén legitimados para ello y la segunda requiere que aquéllos que lo ejercitan lo hagan de manera legal. Por tanto, el poder político debe ser tanto legítimo como legal.

La ilimitada naturaleza humana por la voluntad del poder requiere de ciertos comandos que limiten su ejercicio. Esta tesis se extiende especialmente al poder político, el cual requiere no sólo de legitimidad y legalidad sino también que la organización del poder esté limitada por el derecho. La organización del poder político por medio de la centralización o concentración del poder y el reparto de competencias o funciones se constituye en un importante límite para el mismo poder político.

Por una parte, la relación entre la constitución y el poder político es uno de los máximos reconocimientos a la existencia de una voluntad por el poder y una voluntad por el derecho que caracterizan al ser humano. Por esa misma razón es menester que el poder y el derecho se limiten recíprocamente, porque de lo contrario tanto uno como el otro serán una amenaza para la vida humana. De hecho cabe recordar que: “Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno.”⁷⁷

Por otra parte, la constitución tiene la finalidad de facultar los mandatos de los gobernantes sobre los gobernados y regular al gobierno para proteger al pueblo.⁷⁸

⁷⁷ James MADISON, “No. 51”, en Alexander HAMILTON *et al.*, *The Federalist Papers*, *cit.*, p. 322: “If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.” (p. 220.)

⁷⁸ *Id.*: “In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficult lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the

Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados; y luego obligarlo a que se regule a sí mismo. El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se requieren precauciones auxiliares.

Finalmente, como lo hemos advertido, a la ingeniería constitucional le interesa no sólo mantener el control sino también en su caso favorecer y propiciar el cambio. El control está estrechamente vinculado con la certeza y la seguridad, pero cuando éstas se mantienen a un costo muy alto incluso sobre la igualdad, la justicia y la libertad se impone un cambio para terminar con las desigualdades, las injusticias y las opresiones. De este modo, encontramos en el Estado, el gobierno y la sociedad diferentes fuerzas tanto conservadoras que pretenden controlar y mantener el *statu quo* como reformadoras que prefieren cambiar y progresar.

Al respecto, Luis RECASÉNS SICHES sostiene con su gran elocuencia y sencillez:⁷⁹

En efecto, sucede que si bien por una parte el derecho sirve para un propósito de certeza y seguridad, por otra parte sirve también a las necesidades suscitadas por el cambio social y por los deseos de progreso. Así pues, el derecho, por una parte pretende ser estable, mas por otra parte no puede permanecer invariable, sino que, por lo contrario, debe ir cambiando al compás de las nuevas circunstancias y necesidades sociales. La seguridad perfecta equivaldría a la absoluta inmovilidad de la sociedad. El cambio constante, sin ningún elemento y formas estables, haría imposible la vida social.

El control es insuficiente si no está complementado por el cambio constitucional, y viceversa. No basta con crear y reformar instituciones si son ajenas a la realidad o se les va a dejar a su suerte, pero tampoco pretender que proteger y salvaguardar la constitución se reduce a (pre)determinados arreglos institucionales o negar la dialéctica de la constante lucha por la efectividad de las disposiciones de carácter fundamental.

necessity of auxiliary precautions.” (pp. 220-221).

⁷⁹ Luis RECASÉNS SICHES, “Sociología del derecho”, *cit.*, p. 591.

De hecho, la revisión sobre las distintas posibilidades de protección y salvaguardia comenzó, como lo advierte Héctor FIX ZAMUDIO,⁸⁰ con el clásico de Carl SCHMITT *Der Hüter der Verfassung*⁸¹ y con la réplica de Hans Kelsen *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*.⁸² Desde entonces el desarrollo de la idea del control constitucional tanto teórico como práctico ha sido formidable. Así, los conceptos de justicia y jurisdicción constitucionales, o garantías y controles constitucionales son un lugar común. Sin embargo, hace falta una sistematización estricta del control de la constitucionalidad y de los mecanismos que se han establecido para la tutela de los principios o reglas fundamentales.

En primer término, el control constitucional está integrado por todos aquellos instrumentos estructurales y procesales que se han establecido no sólo para conservar el ordenamiento constitucional sino también para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento, y lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales. Desde esta perspectiva, el control constitucional tiende a lograr una aproximación al mantener una distancia corta entre, dos sectores que ocasionalmente se pueden encontrar muy distanciados, la constitución formal y la real. Sin duda, la primera tiene que adaptarse de manera paulatina a los cambios de la realidad económica, política y social, en tanto que la segunda debe trazarse el camino de su transformación, de acuerdo con los principios o reglas programáticas de la propia carta magna.

La constitución es y debe ser forzosamente dinámica, y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados. Por este motivo, el control constitucional tiene por objeto tanto el mantenimiento de los principios o reglas fundamentales como su evolución y su compenetración con la realidad, para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal

⁸⁰ Vid., Héctor FIX ZAMUDIO, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución...*, cit., p. 15.

⁸¹ Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Editorial Labor, 1931.

⁸² Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución...*, cit.

o semántica.⁸³ Por ello, resulta evidente la necesidad de tutelar un ordenamiento con un grado razonable de adaptación y proyección hacia el futuro.

El concepto genérico de control constitucional, el cual podemos identificar con las garantías constitucionales *lato sensu*, puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas. Comúnmente, a la primera se le denomina “instrumentos protectores de la Constitución”, pero utilizaremos el término “garantías constitucionales estructurales”, porque corresponden precisamente a la conservación del ordenamiento mediante la protección de la constitución desde su propia estructura. A la segunda, que se le llama “garantías constitucionales”, las precisaremos como “garantías constitucionales procedimentales” que permiten la corrección o restablecimiento procedimental del ordenamiento cuando es desconocido o violado.⁸⁴

A. Garantías constitucionales estructurales

Las garantías constitucionales estructurales como instrumentos protectores de la constitución son todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que son canalizados por medio de principios fundamentales al ser incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos por la propia carta magna, respecto a sus atribuciones y al respeto de los derechos humanos de los gobernados.

Estos mecanismos de protección son básicamente: 1) La división de poderes; 2) La participación de grupos sociales y partidos políticos; 3) La regulación de recursos económicos y financieros; y 4) Los principios jurídicos de supremacía constitucional y de procedimiento dificultado de reforma.

⁸³ Vid. Karl LOWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1965, pp. 218-222.

⁸⁴ Vid. Héctor FIX ZAMUDIO, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución...*, cit., pp. 15-18.

El instrumento político de protección más significativo radica en la llamada división de poderes, y en su complemento colateral, los sistemas de pesos y contrapesos. En la actualidad la tradicional división de poderes se encuentra en crisis respecto a su formulación original; empero, los principios esenciales que la sustentan permanecen vigentes hasta nuestros días. Lo importante no es en sí la separación tajante de las tres funciones esenciales del poder político: administración, correspondiente al poder ejecutivo; legislación, al poder legislativo; y jurisdicción, al poder judicial; sino el empleo de dicha separación para encomendar estas funciones a diversos organismos con el objeto de evitar la concentración del poder mediante su limitación recíproca, tal como lo sugirieron LOCKE y MONTESQUIEU. En este sentido, la división de poderes, así como la existencia de pesos y contrapesos a pesar de las transformaciones, todavía comprenden la idea de limitar el poder y proteger la constitución.⁸⁵

Cabe resaltar que el poder es uno, lo que se divide es su ejercicio en diferentes funciones. De este modo, el dogma de la división trinitaria de las funciones del poder se ha superado y ha sido modificado profundamente en nuestra época y se ha vuelto mucho más complejo al agregarse otros elementos y formas de limitación del poder. Hay países que a la división tradicional del poder en legislativo, ejecutivo, y judicial, han incorporado el electoral. Así mismo, hay quienes sostienen que los organismos protectores de los derechos humanos (*ombudsman*) pueden incorporarse como un poder custodiador; las contralorías como un poder controlador; y, la intervención de fuerzas armadas como un poder moderador. Para muchos el federalismo representa la existencia de un poder federal o federativo, que incluye un poder central de la federación frente al poder estatal de las distintas entidades federativas, e incluso un poder municipal de los gobiernos más locales, conocidos como municipios.⁸⁶

⁸⁵ Cfr. John LOCKE, *Two Treatises of Government*, cit.; y Charles Louis de Secondat Barón de la Bréde y de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit.

⁸⁶ Para muestra un botón: sobre la división de poderes y el poder federativo. Cfr. Immanuel KANT, *La paz perpetua*, cit.

Con base en lo anterior, resulta claro que la división del poder⁸⁷ se puede escindir en: a) división horizontal, la cual coincide con la tripartición clásica y que puede incluir otras funciones pero siempre en un plano de igualdad; y b) división vertical, la cual se refiere a la distribución del poder mediante diferentes competencias en una instancia central, cabeza del poder federal o federativo, y otras instancias regionales, estatales o locales, y hasta municipales.

La primera está consagrada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 49 relativo a la división de poderes, que dispone que el supremo poder de la federación se divide para su ejercicio en tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. Así mismo, los preceptos del 50 al 79 regulan todo lo referente al poder legislativo; del 80 al 93 al poder ejecutivo; y del 94 al 107 al poder judicial, aunque el artículo 102 hace referencia hoy en día tanto al Ministerio Público Federal como a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

La segunda tiene su fundamento en las diferentes disposiciones de la propia constitución que distribuyen competencias, en particular, el artículo 124 que consagra la “competencia residual” al precisar que las facultades que no están expresamente concedidas por esta constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados; y, especialmente, los artículos 115 a122, relativos a las distintas entidades federativas, incluidos no sólo los estados y municipios de la federación sino también el Distrito Federal.

Así mismo, algunos autores incluyen otros tipos: c) división temporal, como la duración limitada y la rotación en la titularidad de una función del poder político; d) división decisoria, como la participación de varios órganos en las mismas funciones; y, e) división social de poderes, entre los estratos o grupos de la sociedad.

La división temporal comprende la necesidad de que los titulares de los órganos del poder político no permanezcan de manera indefinida en el ejercicio de sus funciones. Por esta razón, el ejercicio del poder debe tener una limitación temporal. A fin de lograr la alternancia de dichos

⁸⁷ Vid. Héctor FIX ZAMUDIO, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución...*, cit., pp. 18-21.

funcionarios se han señalado plazos para el ejercicio de sus funciones públicas, tanto en el legislativo como en el ejecutivo. Empero, los miembros del judicial deben gozar de una permanencia más amplia al aducir las garantías no sólo de independencia sino también de imparcialidad, inamovilidad y seguridad por lo menos hasta la edad de retiro. Así mismo, dentro de los principios de la división temporal destaca la “no reelección”, ya sea absoluta o relativa.

La división decisoria resulta conveniente para garantizar que en la toma de decisiones los diferentes órganos del poder tendrán forzosamente que participar conjuntamente y colaborar entre sí para cumplir con los fines de la comunidad política. Por ejemplo, baste recordar la ratificación por parte del Senado de los tratados celebrados por el Presidente de la República.

La división social de poderes entre estratos y clases sociales aunque no es tan común como las formas de dividir el poder político presenta grandes ventajas al propiciar la limitación del poder del Estado no sólo desde el gobierno sino también desde la sociedad misma. Sin embargo, hay que tener bien claro que no se trata de una división del poder político sino de una limitación a éste mediante el uso del poder social. Por eso, pensamos que su ubicación dentro de la división de poderes no es la adecuada, por lo cual consideramos que propiamente forma parte de la siguiente subdivisión.

Un sector muy importante dentro de la protección y salvaguardia de la constitución es la participación de los diversos grupos sociales en la toma de decisiones.⁸⁸ El más indicado para proteger a la constitución es el pueblo mismo al ejercer su poder tribuncio, en recuerdo del tribuno de la plebe de la república romana. En este sentido, una de las características de los regímenes democráticos contemporáneos es la tendencia a la participación cada vez más activa de los sectores sociales en la toma de decisiones políticas trascendentales. A esto se debe que la democracia representativa de hoy sea complementada con mecanismos de la democracia directa o semi-directa, al grado de recibir el mote de democracia participativa.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 21-28.

Uno de los grandes avances del constitucionalismo moderno se debe a la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 5 de febrero de 1917, que introdujo dentro de sus preceptos, el reconocimiento universal de los grupos sociales marginados, como son los campesinos y los trabajadores, con lo cual inició el constitucionalismo social, el cual fue seguido por las cartas fundamentales de Alemania (1919) y de la República española (1931), entre otras.

El reconocimiento a la importancia de los grupos de presión, como son las organizaciones sociales que intervienen activamente ante los órganos del poder para la defensa de sus intereses, se ha incorporado a las legislaciones contemporáneas, tal es el caso de los sindicatos de trabajadores, las organizaciones de campesinos, las cámaras comerciales e industriales del sector empresarial, y los colegios profesionales. De igual forma, se ha reconocido la necesidad de acuerdos o concertaciones de los distintos grupos sociales, así como su participación para resolver las difíciles cuestiones sociales y económicas. Además de crear organismos de consulta, como el Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo en la carta magna italiana de 1948; y, el Consejo Económico y Social de la ley suprema francesa de 1958; se han establecido otros mecanismos de participación permanente de representantes sociales. Así sucede con la composición tripartita de los tribunales del trabajo, compuestos por representantes de los trabajadores, los empresarios y del gobierno, según lo dispone la fracción XX del artículo 123 de la Constitución; y los acuerdos o pactos entre los sectores productivos, avalados por el gobierno federal que fueron tan populares en España y que han sido implementados también en México.

Así mismo, junto a las instituciones de la democracia representativa se han incorporado instrumentos de la directa o semidirecta, como son el plebiscito, el refrendo, la iniciativa popular y la remoción de funcionarios. La utilidad práctica de cada uno de estos mecanismos es evidente, pero su instrumentación no se ha concluído por considerar que violentan la existencia de instituciones representativas, como es el Congreso de la Unión, y sus dos Cámaras; especialmente, la de Diputados que tienen la función de representar los intereses del pueblo. Así

mismo, por alguna razón maquiavélica, predominante en la teoría de la representación política, los mandatos no pueden ser revocados, solamente procede la remoción en casos graves de responsabilidad mediante previo juicio político de los funcionarios o servidores públicos de que se trate. De hecho, estos arreglos institucionales son marginados por considerar que son contrarios a la naturaleza de la democracia representativa y de la teoría de la representación.

Otro aspecto es la participación de los partidos políticos, que intervienen en la toma de las decisiones más importantes, por lo que se ha dado paulatinamente la “constitucionalización de los partidos políticos” cuya fundamentación constitucional se encuentra en las diferentes fracciones que se le han incorporado al artículo 41 de la constitución. Es inobjetable la tarea esencial de los partidos políticos en la toma de decisiones de los órganos del poder, ya que el funcionamiento de los mismos puede modificar sustancialmente el régimen político. La trascendencia de los partidos políticos han determinado el establecimiento de regulaciones cuantitativas y cualitativas, especialmente en cuanto a la estructura democrática y los requerimientos de un programa de acción, además de que se les han conferido prerrogativas en cuanto al acceso a los medios de comunicación y los recursos necesarios para su funcionamiento. Sin duda alguna, los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional, y canalizar el acceso de éste al ejercicio del poder político, con base en los programas que postulan, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. La introducción de los diputados de partido por medio de la representación proporcional, y recientemente --en 1996-- su extensión a los senadores, tienen el objeto de reforzar la participación y el papel de los partidos de oposición, no sólo como una posibilidad de alternancia en el poder, sino también como un sector que debe actuar de manera permanente en la toma de decisiones conjuntamente con la mayoría, al pluralizar el congreso con la presencia también de las minorías, como lo disponen los artículos 53, segundo párrafo, y 54 para el caso de los diputados; y, el 56, segundo párrafo, para los senadores.

En las constituciones contemporáneas se han incorporado un conjunto de medidas para la regulación adecuada de los recursos financieros y económicos de carácter público.⁸⁹ De acuerdo con dichos instrumentos, los órganos legislativos aprueban anualmente los presupuestos de ingresos y de egresos, fiscalizan los gastos públicos, autorizan los empréstitos y han establecido organismos autónomos, en su mayor parte vinculados pero no necesariamente subordinados a los parlamentos, para supervisar de manera permanente el empleo de los recursos públicos y resolver las controversias que surgen en su aplicación. A estos organismos se les denomina contralorías o tribunales de cuentas. En México, cada una de las tres funciones primordiales cuenta con su propio órgano controlador, el legislativo con la Auditoría Superior de la Federación; el ejecutivo con una Secretaría de la Función Pública; y el judicial con un Consejo de la Judicatura Federal. Además, se han creado mecanismos para redistribuir los recursos públicos entre las diversas entidades para evitar la concentración de aquéllas que cuentan con mayores ingresos.

En las constituciones contemporáneas se percibe la influencia de la globalización mundial de la economía, por esta razón es conveniente regular las facultades de dirección del Estado en materia económica y establecer las bases de una economía de mercado. En este sentido, es común el término economía mixta, que delimita la participación de los sectores públicos y privados en las actividades económicas. Sin embargo, la tendencia reciente tiende a reducir no sólo la función del Estado en favor del mercado sino también a restringir la participación del sector público y favorecer la del privado.

El principio de supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma, aunque en rigor pertenecen a la técnica jurídica tienen efectos esenciales sobre las disposiciones fundamentales y la vida política de la comunidad por lo que se consideran indispensables para la

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 29-34.

protección de la constitución.⁹⁰ Así, han sido consagrados expresa o tácitamente en la mayoría de las constituciones contemporáneas.

La supremacía constitucional debe considerarse como el principio básico de todo sistema jurídico. Baste recordar a KELSEN y sus afirmaciones sobre la jerarquía de las normas, en especial que el fundamento de validez de todo ordenamiento se encuentran en las disposiciones de carácter constitucional, y de éstas en una constitución anterior hasta llegar a una norma hipotética fundamental. Un ejemplo de este principio fue consagrado en el artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América y se desarrolló a partir del celeberrimo caso *Marbury versus Madison*,⁹¹ donde John MARSHALL, presidente de la Suprema Corte, sostiene que toda norma legislativa contraria a la constitución federal era nula y sin ningún valor. De este modo, el principio de la supremacía constitucional tuvo una influencia decisiva en el establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*) en varios países pertenecientes a la tradición anglo-sajona y en algunos países latinoamericanos por conducto del juicio de amparo. Así mismo, en México, el artículo 133 de la constitución señala que la Constitución, las leyes del Congreso y los Tratados que estén de acuerdo con la misma serán la Ley Suprema de toda la Unión.

El procedimiento dificultado de reforma o el procedimiento más riguroso para la reforma de disposiciones constitucionales es consecuencia del primer principio, en virtud de que, si las normas constitucionales se expiden o se modifican en la misma forma que las ordinarias, se menoscaba el principio de la supremacía de las primeras. Este procedimiento de reforma fue consagrado en el artículo V de la misma constitución estadounidense. De hecho, James Bryce clasifica a las constituciones en rígidas y flexibles según el criterio del procedimiento dificultado de reforma. El artículo 135 constitucional mexicano dispone que la constitución podrá ser

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 34-39.

⁹¹ *Vid. Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

adicionada o reformada, e instituye un procedimiento dificultado de reforma. No obstante, se requiere que el Congreso de la Unión apruebe las adiciones o reformas con el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, y además que estas sean ratificadas por la mayoría de las legislaturas de los estados.

La supremacía de la constitución y el procedimiento dificultado de reforma no quieren decir que sea imposible hacer reformas a la constitución. Para ello, básicamente se requiere que éstas cumplan con dos requisitos. Por un lado, no contrariar el espíritu de la carta magna y su supremacía; y, por otro lado, observar los procedimientos dificultados para su reforma.

B. Garantías constitucionales procedimentales

Las garantías constitucionales procedimentales⁹² son aquellas que se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado con el objeto de restaurarlo al corregir o reintegrar su justicia, vigencia y eficacia. De esta manera, consta básicamente de medios procesales para reparar el orden constitucional mediante los propios órganos del poder político. Cuando las garantías estructurales resultan insuficientes para lograr el respeto y el cumplimiento de los principios y reglas de la constitución, es necesario recurrir a las garantías procedimentales.

El derecho procesal constitucional mexicano⁹³ cuenta con diversos instrumentos tales como: 1) el juicio político; 2) las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad; 3) el procedimiento investigatorio; 4) el juicio de amparo; y 5) las comisiones de derechos humanos u *ombudsman*.

El juicio político⁹⁴ de los altos funcionarios se inspira en el *impeachment*, el cual se consagra en el artículo I, sección III, inciso c, de la constitución estadounidense, de acuerdo al cual corresponde al Senado el enjuiciamiento de los altos funcionarios de los tres órganos del gobierno. El fallo condenatorio tiene como consecuencia la destitución e inhabilitación del

⁹² Vid. Héctor FIX ZAMUDIO, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución...*, cit., pp. 41-48.

⁹³ *Ibid.*, pp. 48-49.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 49-53.

funcionario responsable, el cual además si su conducta es tipificada como delictiva, puede ser sometido a un proceso penal ante los tribunales ordinarios. Este principio con algunas variantes fue establecido en México en la constitución de 1857, en sus artículos 103-105, y en la de 1917, originalmente en el precepto 111, correspondiente al 110 actual y en vigor. Así, la inmunidad procesal de los altos funcionarios se conoce como “fuero constitucional” y el procedimiento para retirarla como “desafuero”.⁹⁵

El primero y segundo párrafos del artículo 110 precisan cuáles funcionarios o servidores públicos pueden ser sometidos a juicio político. El tercero señala que las sanciones consistirán en la destitución e inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público. El cuarto y el quinto indican cuál es el procedimiento para la aplicación de dichas sanciones. Así, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante el Senado, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con la audiencia del inculpado. El Senado, erigido en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado. Finalmente, el sexto párrafo, sentencia que las declaraciones y resoluciones de ambas cámaras son inatacables.

⁹⁵ Vid., Imer B. FLORES, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad de los servidores públicos: Apuntes para la resolución de casos futuros de ‘desafuero’”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ (Coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 1-24. “Sobre las respuestas (in)correctas en el derecho: A propósito del ‘desafuero’ de Andrés Manuel López Obrador”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 14, enero-junio, 2006, pp. 253-283. (Ambos son versiones revisadas de “Algunas lecciones sobre argumentación e interpretación jurídica: A propósito del ‘desafuero’ de Andrés Manuel López Obrador”, *Documento de trabajo*, No. 67, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en funciones de tribunal constitucional es competente para conocer y resolver en única instancia sobre todo tipo de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, las cuales se suscitan entre los diferentes órganos de la federación, entidades federativas y municipios, con excepción de las electorales.⁹⁶ Así, el artículo 105 de la constitución, señala en que casos proceden las controversias constitucionales para resolver conflictos entre dos o más entidades federativas; entre los poderes de una misma entidad sobre la constitucionalidad de sus actos; de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal; de los que surjan entre una entidad federativa o incluso un municipio y la federación; y finalmente, aquellos en los que la federación sea parte.

Al respecto, cabe abrir un breve paréntesis para comentar que la Suprema Corte al resolver en funciones de tribunal constitucional las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales ha ganado mucho terreno al grado de ser considerado como el árbitro entre poderes. No obstante, aunque la constitución comprende en teoría la regulación formal de los más diversos conflictos su aplicación real en la práctica no ha sido óptima. Por ejemplo, al resolver las Controversias Constitucionales 5/2001 y 8/2001, la Corte dirimió de manera formal una controversia entre el poder ejecutivo federal y un poder ejecutivo local, cuando en realidad resolvió de modo material una controversia entre cualquiera de los dos poderes ejecutivos, ya sea federal o local, y el poder legislativo federal, quien era el único facultado para legislar sobre la aplicación de husos horarios. Lo curioso del caso es que al resolverlo como una controversia formal entre los dos ejecutivos los efectos de la sentencia solamente eran entre las partes, en cambio en caso de solucionarlo como una controversia material entre alguno de los dos ejecutivos y el legislativo federal los efectos tendrían que ser generales.⁹⁷

⁹⁶ Vid. Héctor FIX ZAMUDIO, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución...*, cit., pp. 54-55.

⁹⁷ Vid. Imer B. FLORES, "Comentario a las Controversias Constitucionales 5/2001 y 8/2001", en *Horario de verano. Sólo el Congreso de la Unión puede legislar sobre la aplicación de husos horarios*, Serie "Decisiones

El procedimiento investigatorio⁹⁸ se le atribuye también a la Suprema Corte, a fin de que de oficio o a instancia del Presidente de la República, de las Cámaras del Congreso de la Unión o de los gobernadores de los estados, realice una investigación sobre determinados asuntos, tales como la conducta de los propios jueces federales, la violación de los derechos humanos o del voto público.

De este modo, el artículo 97 en sus párrafos segundo y tercero señala que la Suprema Corte podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros, juez de distrito, o magistrado de circuito, o bien, designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o a petición del Presidente de la República, de las cámaras del Congreso de la Unión o de los gobernadores de los estados, para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. Así mismo, podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que investigue la conducta de algún juez o magistrado federal. Finalmente, respecto a la averiguación de hechos que constituyen la violación del voto público, solamente la podrá iniciar cuando a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección. Cabe advertir que aunque se contempla la posibilidad de este procedimiento también brilla por su ausencia.

El juicio de amparo⁹⁹ constituye la garantía constitucional por antonomasia y la institución procesal más importante del ordenamiento mexicano. El juicio de amparo es el instrumento atribuido a los tribunales federales para resolver las controversias que se suscitaran por leyes y actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales, es decir los derechos humanos consagrados y reconocidos en la propia ley suprema; así como, las invasiones

Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, No. 8, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pp. 113-197.

⁹⁸ Vid. Héctor FIX ZAMUDIO, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución...*, cit., pp. 55-58.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 58-66.

por las autoridades federales o locales de sus respectivas competencias, siempre que se afectase con ello a los propios derechos individuales.

El juicio de amparo se fundamenta en los artículos 103 y 107 de la Constitución vigente, y en la ley de amparo, reglamentaria de dichos preceptos. Al respecto, sobre la complejidad del juicio de amparo, no bastaría con hacer un comentario sencillo pero por no ser el tema central de este ensayo y sin desconocer que por lo mismo es superficial, procedemos a esta breve reflexión. La función primordial del juicio de amparo es la protección de las garantías individuales. No obstante, por su trascendencia se le han incorporado otras funciones trascendentales para la protección de la Constitución. En primer lugar, se ha ampliado a la impugnación de las resoluciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país por violación a las leyes secundarias, esto convierte al “amparo judicial” en un tribunal de casación. En segundo lugar, tomó una mayor importancia sobre el control de la legalidad, al discutir la constitucionalidad directa de leyes y actos de autoridad. Finalmente, en tercer lugar, como verdadero tribunal constitucional le compete ser el intérprete final de las disposiciones constitucionales. Empero, el juicio de amparo a pesar de --o más bien por-- su noble naturaleza ha permitido grandes abusos en los que se ha caído y que le hacen perder su eficacia.

Por la trascendencia que tienen los derechos humanos no es suficiente con su mero reconocimiento como garantías individuales o sociales e incorporación en la estructura de la Constitución, sino que resulta imperioso crear procedimientos además del juicio de amparo, que se traduzcan en un mecanismo de apoyo y de colaboración con los tribunales en su función de tutela de dichos derechos fundamentales.¹⁰⁰

En este sentido, surgen otros organismos autónomos no jurisdiccionales como son las comisiones de derechos humanos que se han implementado de acuerdo con el modelo del *ombudsman* escandinavo. Así, desde la reforma constitucional de 1992, que adicionó un apartado

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 66-78.

B al artículo 102 de nuestra Constitución, se establecieron estos organismos, el cual mediante un procedimiento flexible pretenden tutelar los derechos humanos al investigar las quejas de los afectados por la conducta de las autoridades administrativas o de actos u omisiones de otras autoridades que infrinjan dichos derechos humanos, en los cuales se incluyen los consagrados en instrumentos internacionales ratificados y aprobados por el gobierno mexicano.

Al respecto, es preciso hacer una aclaración, las comisiones de derechos humanos como organismos protectores de los derechos humanos al estar incorporados al texto constitucional tiene una doble función. Por un lado, son una especie de las garantías constitucionales procedimentales al proveer un procedimiento para recibir quejas y formular recomendaciones. Por otro lado, son también una especie de las garantías constitucionales estructurales porque, como el resto de los organismos autónomos, están incorporados a la estructura de la propia constitución y sirve como instrumento protector de la misma al servir de freno a las arbitrariedades de los funcionarios administrativos o de cualquier autoridad. Así mismo, Héctor FIX ZAMUDIO señala que las comisiones de derechos humanos han desarrollado “una intensa labor no sólo de tutela de los derechos fundamentales sino también en el campo de la promoción, enseñanza, capacitación y divulgación de los propios derechos humanos.”¹⁰¹ No obstante, también esta garantía procedimental por su bondad desafortunadamente se ha prestado para algunos excesos, en algunas ocasiones parece que los delincuentes tienen más derechos humanos que los ciudadanos responsables.

De esta manera, los diferentes organismos autónomos que se han incorporado recientemente a la Constitución no se conforman simplemente con un lugar dentro de la estructura constitucional sino que requieren de procedimientos para ser efectivos en la solución de los problemas para los cuales fueron creados. Claro está que gran parte de su tarea no está exclusivamente en la innovación institucional sino en la renovación cultural. La ingeniería

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 85.

constitucional no puede descansar exclusivamente en las instituciones sino que debe ser complementada en la cultura y en la vida humana misma. Por tanto, no debe resultar sorprendente que la ingeniería constitucional impongan un permanente proceso de innovación de arreglos institucionales y renovación de manifestaciones culturales. Esta historia se escribe día a día en este constante proceso de lucha por igualdad, justicia y libertad que inspiran a nuestra constitución, la cual tratan de combatir los excesos de sus antítesis: la desigualdad, la injusticia, y la opresión.

La ingeniería constitucional impone un permanente proceso de innovación y renovación de los diferentes arreglos institucionales y de las diversas manifestaciones culturales. De este modo, el futuro del control constitucional es uno de los tópicos que sin duda serán objeto de análisis, crítica y reflexión en los próximos años. Especialmente la reforma constitucional que incorpora garantías constitucionales tanto estructurales como procedimentales a la Constitución para proteger y consolidar su justicia, vigencia y eficacia en el tercer milenio.

En las últimas décadas, México emprendió una reforma como respuesta a los “vientos del cambio”. Así, la modernización y transformación del país responde tanto a razones internas como a factores externos. De hecho, la reforma implica el replanteamiento de las estructuras económicas, políticas y sociales. Dichas reformas se han plasmado en nuestra carta magna y en las relaciones jurídico-políticas que la rigen. En este sentido, se pretende cambiar para mantener la capacidad de la constitución, al garantizar y promover la igualdad, la justicia y la libertad.

La reforma no debe pretender variar el proyecto nacional sino recobrar su viabilidad en el presente y asegurar su continuidad hacia el futuro, en la consolidación de un México más igual, justo y libre. Se trata de evitar excesos y enmendar errores. Sin duda alguna, dentro de este proceso de cambio va inmersa una reforma constitucional porque se requiere de un marco más acorde a la realidad presente. Ante la necesidad de cambios “ultrarrápidos” hay algunas instituciones que no han podido evolucionar con la suficiente rapidez. Por lo cual, parece que queremos hacer el trabajo de hoy con las herramientas de ayer. Así, el derecho y el poder en el

contexto de la ingeniería constitucional, así como su control, deben descubrir e inventar nuevas herramientas y métodos que puedan proveer caminos adecuados para regular los diferentes niveles de la organización humana.

La ineficacia del derecho se traduce en una crisis de sus instituciones que hace imperativo que las disposiciones jurídicas cuenten con efectividad social, como lo advierte Herman HELLER, para ello es menester analizar la relación entre la Constitución y la realidad social.¹⁰² Ante el binomio “ser” y “deber ser” preferimos la idea paralela de “normalidad” y “normatividad” de HELLER. De hecho, toda creación de normas es un intento de producir, mediante una normatividad creada conscientemente por medio de la voluntad del hombre, una normalidad de la conducta humana que concuerde con ella. Lo importante no es solamente que la norma se convierta en un ideal --alcanzable o no-- sino en algo real. De esta manera, el problema entre normalidad y normatividad se reduce a determinar de qué manera se pueden armonizar las leyes con el cambio constante de la realidad social. El derecho debe ir acorde con la evolución perpetua de ésta, la normalidad social que se expresa en los principios jurídicos va transformándose en la vida diaria, gracias a la normatividad.

Por tanto, la evolución gradual de los principios jurídicos debe traducirse en una completa renovación de sus textos y del propio ordenamiento. La constitución se caracteriza por la conducta normada y también por la no normada, pero si normalizada. Indudablemente, la normalidad tiene que ser siempre reforzada y complementada por la normatividad; ya que, cuando la realidad cambia es necesaria una nueva normatividad que propicie una nueva normalidad acorde con la nueva realidad.

Por esta razón, el derecho debe tener la capacidad de auto-ajustarse para prever soluciones justas a los requerimientos que plantea la cambiante realidad social. Sin lugar a dudas, el problema se reduce a la incapacidad del derecho para realimentarse en un mundo caracterizado

¹⁰² Vid. Herman HELLER, *Teoría del Estado*, cit., pp. 267-278.

por la globalización y la interdependencia. Es cierto que el derecho atraviesa por una crisis de sus instituciones, que se traduce en una falta de efectividad social, pero el derecho no puede ni debe ser un obstáculo para el cambio social. Al contrario, el derecho debe estar siempre subyacente como mundo paralelo en la vida humana para favorecer la evolución de la sociedad.

Así mismo, el derecho es el principal resguardo de los valores sociales, los cuales están plasmados en las normas, pero siempre como reflejo de los hechos que se aprecian en la realidad. Por esta razón, la reforma jurídica, como un proceso dinámico, caracterizado por la dialéctica y la *praxis*, debe favorecer que la ingeniería constitucional sean los factores que promuevan el cambio social. Pero este hecho no debe ser causa ni efecto de una revolución, sino de la evolución de la Constitución misma. El pensador de Königsberg, afirma que el género humano se encuentra en progreso constante orientado a ser cada día mejor. Por ello, el ideal kantiano sugiere que “el Estado debe reformarse a sí mismo de tiempo en tiempo, y ensayando la evolución en lugar de la revolución, progresará de continuo hacia mejor.”¹⁰³

Como ya lo sabemos una cosa es la constitución formal y otra la real o material. La constitución como norma debe reflejar --o de plano constituir-- la realidad. Por tanto, cuando éstas no coinciden, en lugar de torcer los brazos a los hechos sociales, generalmente se debe proceder a la reforma constitucional. De esta manera, las reformas deben hacerse de tiempo a tiempo, ya que en donde no hay evolución, no hay progreso. Sin embargo, el miedo a lo desconocido es el principal temor para el cambio. Pero como lo adelantó sir Francis BACON:¹⁰⁴

Toda medicina es una innovación, y quien no aplique los nuevos remedios debe esperar nuevos males. El mayor de todos los innovadores es el tiempo...

¹⁰³ Immanuel KANT, “Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor”, en *Filosofía de la historia*, traducción de Eugenio Ímaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 116.

¹⁰⁴ Francis BACON, “Of Innovations”, en *Essays, cit.*, p. 63: “Surely every medicine is an innovation; and he that will not apply new remedies must expect new evils: for time is the greatest innovator...” (Hay versión en español: “De las innovaciones”, en *Ensayos sobre moral y política, cit.*, p. 102.)

De igual forma, tal y como lo advirtió:¹⁰⁵

[U]n apego obstinado a las antiguas costumbres, causan iguales o mayores males y turbulencias que las mismas innovaciones, siendo mirados los que tienen gran veneración por las antigüedades como objeto de risa o de mofa para sus contemporáneos. En vista de esto, los hombres deberían imitar en las innovaciones la conducta del tiempo, que produce grandes y radicales mudanzas, pero poco a poco, por grados casi inadvertidos.

No obstante, las nuevas aportaciones deben verse sospechosamente y aplicarse en forma paulatina, porque como afirma René DESCARTES “no es verdaderamente probable... reformar un Estado con el propósito de cambiarlo todo desde los fundamentos y derrocarlo para reconstruirlo”¹⁰⁶ sino que debe tomar muchas de sus estructuras pasadas y presentes para mejorarlas o transformarlas en el futuro. Así, la reforma de la constitución no debe significar la ruptura con las instituciones del viejo orden; por el contrario, debe asegurar la continuidad de éste en su transición hacia uno nuevo. Solamente por la vía pacífica se pueden establecer las bases para la evolución del actual sistema.

En este sentido, debemos reequilibrar nuestras instituciones y cultura como una acción que permita utilizar cuanto tenemos en vigor. Pero con una diferente compensación entre derecho y poder para generar una nueva mecánica de pesos y contrapesos en una sociedad mucho más compleja que la considerada por LOCKE y MONTESQUIEU. La pérdida de efectividad social del derecho sugiere que, en buena parte, esto se debe no sólo a la falta de eficacia del derecho en México sino también al rezago histórico y probablemente a las excesivas reformas a la constitución de 1917. La ley fundamental es muy buena, pero no es perfecta. De hecho, como lo señala Michel ROCARD “No hay Constitución perfecta, sólo existen las que funcionan y las que

¹⁰⁵ *Id.*: “[A] froward retention of custom is as turbulent a thing as an innovation; and they that reverence too much old times are but a scorn to the new. It were good therefore that men in their innovations would follow the example of time itself, which indeed innovaeth greatly, but quietly and by degrees scarce to be perceived...” (*sic*) (pp. 102-103.)

¹⁰⁶ René DESCARTES, *Discurso del método*, *cit.*, p. 80.

no funcionan.”¹⁰⁷ Cabe cuestionarse si la mexicana opera correctamente. Baste recordar que fue realizada a principios del siglo XX, cuando la principal fuerza de locomoción eran los caballos, cuando el principal medio de transportarse era el tren, cuando un trayecto del Centro a Coyoacán significaba toda una travesía, y cuando para ir al viejo continente sólo se podían utilizar los barcos, como el Ipiranga que llevó al dictador al exilio.

La realidad social es cambiante, y el derecho como instrumento que trata de impulsar el cambio social no puede permanecer ajeno a las grandes transformaciones sociales. Por tanto, las reformas deben ser recogidas en la constitución. En este sentido, la ingeniería constitucional está determinada por el carácter dinámico de las relaciones entre el binomio derecho-poder, que se hallan en constante movimiento y cambian a cada momento en la sociedad, el gobierno y el Estado. Para Fernando LASSALLE la constitución “real” no es la hoja de papel sino las relaciones reales de poder que se dan en un país:¹⁰⁸

Constitución escrita (o formal) no corresponde a la real (o material), estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita --la hoja de papel--, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes del país.

Los problemas constitucionales son tanto jurídicos como políticos. Así, la verdadera constitución de un país reside en la relación entre el derecho y el poder. Por tanto, las constituciones escritas no tienen valor si no son la expresión fiel de los factores reales de poder imperantes en él. Por lo cual, cuando éstos han sufrido una profunda transformación, consideramos que esto se debe traducir en un nuevo contrato o pacto constitucional acorde con la nueva realidad social.

¹⁰⁷ Michel ROCARD, *Trabajar con el corazón*, traducción de Hugo Martínez Moctezuma, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 173.

¹⁰⁸ Fernando LASSALLE, *¿Qué es una constitución?*, México, Colofón, 1993, p. 62.

Al respecto, Rolando TAMAYO Y SALMORÁN señala que la constitución es el conjunto de normas que son establecidas por el primer acto creador del sistema --acto constituyente--, normas que determinan las formas y procedimientos de creación progresiva o escalonada del orden jurídico.¹⁰⁹ Así, sugiere la existencia de una “cadena normativa” que permite la existencia de lo que Joseph RAZ ha llamado una “cadena de validez” entre las diferentes normas jurídicas. Esta cadena normativa de validez permite afirmar que existe una continuidad en el sistema jurídico incluso entre las diferentes constituciones que ha tenido un Estado. De forma tal que existe un hilo conductor --o cadena normativa de validez-- entre las constituciones mexicanas de 1824, la de 1857 y la de 1917, e incluso con el paréntesis centralista de sendas leyes fundamentales de 1836 y de 1843, porque en ellas se ha plasmado en forma continua el devenir histórico-constitucional de México.

Hay autores que están en desacuerdo con la idea de la constitución como contrato o pacto. En nuestra opinión, la promulgación de una primera constitución, el acto del poder constituyente, puede ser vista como la fundación de un Estado y los siguientes actos constituyentes como la refundación del mismo. La unión surge de la voluntad de los individuos y de la comunidad a la que pertenecen que instituyen un poder público al cual se van a someter, pero sin imposibilitar que se puedan pactar nuevas reglas que fijen los derroteros de la sociedad, del gobierno y del Estado.

De esta manera, Norberto BOBBIO considera que ante la crisis del Estado se requiere la refundamentación del contrato político general, mediante “un nuevo pacto social, global y no parcial, de pacificación general y de fundación de una nueva condición social, una verdadera y propia nueva alianza.”¹¹⁰ Sin duda, como señala James M. BUCHANAN, es conveniente que el

¹⁰⁹ Rolando TAMAYO Y SALMORÁN, *Introducción al estudio de la constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 274.

¹¹⁰ Norberto BOBBIO, “Contrato y contractualismo en el debate actual”, en *El futuro de la democracia*, cit., p. 118.

contrato constitucional sea renegociado continuamente para que el orden legal existente no pierda su legitimidad ni su eficacia. Coincidimos en que es posible hacer cambios a las reglas del juego, siempre que éstos sean para mejorarlo. Para ello, se requiere de una discusión, pero una vez que se tiene un consenso o se ha llegado a un acuerdo se pueden cambiar las reglas, las cuales modifican el régimen y dan lugar a un nuevo contrato constitucional.¹¹¹

De lo anterior, se desprende que para tener una nueva constitución es preciso la existencia de la voluntad y participación activa de los individuos, porque de lo contrario nuestro orden social no va a evolucionar satisfactoriamente a lo largo del tiempo. Esta participación debe desembocar en la evaluación, modificación y cambio del conjunto de reglas constitucionales. Esto debe ser lo más conveniente a los intereses de los ciudadanos, quienes deben preferir el cambio dinámico de las reglas a su petrificación. Lo anterior forzosamente llevará a la revisión de las que sean obsoletas y a la creación de nuevas. Las reglas del juego son aquellas que han sido contratadas o pactadas por los jugadores y que les permiten jugar. De igual forma en la constitución se plasman las reglas que van a regir al Estado y que les serán aplicadas tanto a gobernados como a gobernantes.

Ya señalamos que para poder reformar totalmente la constitución se requiere la voluntad de los gobernados como lo señala HELLER. Así mismo, se necesita también de la voluntad política para realizar la reforma. En este punto consideramos imprescindible preguntarnos ¿Si es éste el momento conveniente para ello? En lo personal, considero que éste ya está próximo, porque ya no se puede aplazar por más tiempo el cambio de algunas decisiones políticas fundamentales y su adecuación a una realidad que se transforma vertiginosamente. Por tanto, la trascendencia del nuevo contrato constitucional requiere de la voluntad general para que sea fruto de un consciente proceso de maduración en el cual deben participar todas las fuerzas presentes en el México de principios del siglo XXI y del tercer milenio.

¹¹¹ Vid. James M. BUCHANAN, *Los límites de la libertad...*, cit., pp. 202-219.

Opinamos que cada pueblo tiene derecho a hacer reformas --parciales o totales-- a la Constitución. Esto no sólo incluye la derogación sino incluso la abrogación, para que los individuos puedan darse una nueva carta magna si lo estiman conveniente. En esta era de vertiginosos cambios muchos países han afrontado el reto de darse una ley fundamental. De hecho, como lo sentencia KANT: “Ningún pueblo debe ser impedido para que se dé a sí mismo la Constitución que bien le parezca.”¹¹²

A fin de cuentas, reformar la misma constitución que tenemos desde 1917 en más de 177 ocasiones. ¿No es acaso haber cambiado prácticamente ya de constitución? ¿Qué diferencia hace eso, de expedir otra? Nosotros consideramos que la reformabilidad de la constitución responde a la existencia de múltiples factores de cambio que han impulsado la transformación de los preceptos constitucionales.

Hay algunos autores que afirman la idea de inmutabilidad de ciertas decisiones políticas fundamentales. En este sentido, ante el peligro de echar por la borda grandes avances, y en vez de ir para adelante, marchar para atrás, es necesario respetar ciertas decisiones esenciales pero ajustadas a la nueva realidad social, a los nuevos factores reales de poder y a las necesidades de una sociedad más compleja en un mundo interdependiente y globalizado. Por esta razón, el respeto a estos principios básicos dentro de un proceso de reforma de la constitución nos permitiría que dentro de una cadena normativa de validez, se retome el valor histórico de la Independencia, el legado liberal de la Reforma, el contenido social de la Revolución, y la evolución del México de principios del siglo XXI.

De esta manera, la constitución debe ser, como señala André HAURIOU, el marco del Estado-nación, donde coexisten pacíficamente el poder político y la libertad individual.¹¹³ Sin embargo, la constitución no sólo es una técnica de control entre la libertad y la autoridad, sino

¹¹² Immanuel KANT, “Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor”, *cit.*, p. 106.

¹¹³ *Vid.* André HAURIOU, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, traducción de José Antonio González Casanova, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 41-49.

también un mecanismo de cambio que debe garantizar la viabilidad en el futuro próximo. Nuestro ordenamiento constitucional no prohíbe la reforma total pero tampoco señala cómo se pueda hacer, pero no hay duda --al interpretar el artículo 39 de la carta magna-- que la reforma debe ser producto de la soberanía nacional y de la voluntad general del pueblo. Por ende, éste está facultado para convocar a una asamblea o congreso constituyente. No obstante, ante la imposibilidad de que el pueblo convoque directamente a un nuevo constituyente, la convocatoria deberá ser hecha indirectamente por medio de alguno de los Poderes de la Unión que se instituyeron para el ejercicio de la soberanía nacional. Así, consideramos que el Congreso de la Unión, al representar tanto al pueblo como a las entidades federativas, puede convocar a dicho constituyente. Claro está que la Cámara de Diputados por sí sola está legitimada *a priori* porque en ella están representados los intereses del pueblo.

En relación con qué se debe dejar y qué se debe poner en una eventual nueva constitución, la discusión debe considerar en primer lugar el texto vigente de nuestra carta magna, que por su alto valor histórico --como heredera de los movimientos de Independencia, de Reforma y de Revolución-- y constitutivo de nuestro presente, debe ser el punto de partida que marque la directriz a seguir en las disertaciones y en los debates para que la eventual nueva constitución recoja la realidad social y el sentir del México del tercer milenio.¹¹⁴

¹¹⁴ Sobre las propuestas para un nuevo orden constitucional, *vid.* AA.VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. Jaime F. CÁRDENAS GRACIA, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994; y, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996. Jorge CARPIZO, “Propuestas de modificaciones constitucionales en el marco de la denominada reforma del Estado” en Diego VALADÉS & Miguel CARBONELL (eds.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 años de la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 183-226. (Reproducido en: Jorge CARPIZO, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en*

Por esta razón, en términos generales, existe consenso en que las constituciones no puedan ser eternas e inmutables, de modo que se permiten las sucesivas reformas constitucionales. El hecho de que las circunstancias cambien dentro de la sociedad sugiere que ninguna generación puede pretender sujetar a las siguientes a ciertas normas permanentemente. Sin embargo, muchos son incrédulos cuando se habla de la posibilidad de convocar a una asamblea o congreso constituyente para redactar una eventual nueva constitución. Para los escépticos, basta enunciar dos situaciones. Primera, algunos países han cambiado recientemente su constitución dentro del propio orden legal. Tal es el caso de Francia, en 1958; España, en 1978; Chile, en 1980; Brasil, en 1988; Colombia y Rumania, en 1991; y, segunda, si Carranza hubiera pensado que la constitución de 1857 no se podía sustituir por otra, no tendríamos la actual y más aún, tal vez no hubiera sido posible dar fin a la cruenta guerra fratricida. Por ende, es menester recordar el pensamiento de John LOCKE: “La verdad rara vez se ha alcanzado por votación en su primera aparición; las opiniones nuevas son siempre sospechosas, y resistidas usualmente, sin otra razón de que no son todavía comunes.”¹¹⁵

La constitución de 1917 es buena; su problema se reduce a la falta de efectividad y a que no funciona correctamente en la compleja realidad social. Sin duda, nos pronunciamos por un documento constitucional más sencillo, más simple y más general, heredero de los principios de la Independencia, de la Reforma y de la Revolución que simplemente marque los derroteros que ha de seguir nuestro país ante los retos de la globalización e interdependencia mundial.

América Latina, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 127-171.) Vid. también Imer B. FLORES, *El liberalismo y la reforma del Estado...*, cit.; y, *Law and Politics...*, cit.

¹¹⁵ John LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, London, George Routledge and Sons Limited, s/a, p. vii. “Truth scarce ever yet carried it by vote any where at its first appearance; new opinions are always suspected, and usually opposed, without any other reason but because they are not already common.” (Hay versión en español: *Ensayo sobre el entendimiento humano*, traducción de Edmundo O’Gorman, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 3.)

No pensamos que éste sea precisamente el mejor momento para emprender la titánica labor, pero la renuencia al cambio de las estructuras legales hacia su identificación con la realidad, es el principal factor de inconformidad social y de falta de efectividad del derecho. Lo que sí creemos, es que ese momento no debe estar muy lejano. La eventual nueva constitución debe ser fruto de una evolución pacífica y no esperar otra revolución para lograrlo. El derecho no debe ser un lastre para el cambio razonable y necesario, por el contrario, debe ser la brújula que oriente esa reforma y propicie el desarrollo de la ingeniería constitucional y de su control.

IV. DEMOCRACIA:

HACIA UNA DEMOCRACIA SIN ADJETIVOS

La idea pura de democracia, de acuerdo con su definición, es el gobierno de todo el pueblo por todo el pueblo, igualmente representados. La democracia, como se concibe por lo común y como se ha practicado hasta ahora, es el gobierno del pueblo entero por una simple mayoría del pueblo, representado parcialmente.

John Stuart MILL, *Considerations on Representative Government* (1861).

Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Construir y consolidar una democracia --o como diría Enrique KRAUZE una “democracia sin adjetivos”-- es el principal objetivo de quienes aspiran a contar no con una mera democracia adjetiva o formal, restringida a la elección de representantes o a los procedimientos de toma de decisiones, sino con una verdadera democracia sustantiva o material, extendida a la más amplia participación de todos, por todos, y para todos, ya sea directa o indirecta --mediante sus representantes-- tanto dentro como fuera del proceso político, de la toma de decisiones y de sus deliberaciones, así como de los beneficios y no nada más de las cargas.

De este modo, comenzamos, primero, por analizar la democracia como forma de gobierno y como modo de vida para evidenciar que la idea central y común a ambas es la de un sistema de participación *de, por, y para* todos los interesados en las deliberaciones y en la toma de decisiones, así como de sus beneficios. Continuamos, después, por estudiar la relación entre la democracia directa (o semi-directa) y la representativa, así como la evolución de la última, sobre todo para insistir que es necesario no sólo dejar atrás la democracia delegativa, electiva o representativa y sustituirla con una democracia participativa sino también promover un constante experimentalismo democrático.

En este orden de ideas, para que la *democracia* pueda ser el sistema de participación de, por y para todos es imperioso que su titularidad y ejercicio sea efectivamente de todos y no nada más de unos cuantos, ya sean muchos o pocos, la mayoría o la minoría. En este sentido, es preciso cuestionar la idea a partir de la cual la democracia es equiparada con --y pero aún reducida a-- la regla de la mayoría, cuando por definición para que sea de todos se requiere tanto de la mayoría que consiente como de la minoría que disiente.¹

1. *Democracia*

La filología de la palabra ‘democracia’ nos presenta ante un significado de gran complejidad, equivocidad y multiplicidad, ya sea: como una forma de gobierno y/o de vida; como una

¹ Vid. Imer B. FLORES, “Crisis, fortalecimiento y valores de la democracia”, *cit.*, pp. 89-115; “Democracia y participación...”, *cit.*, pp. 195-238; “Participación y representación...”, *cit.*, pp. 117-155; “Sistemas electorales...”, *cit.*, pp. 205-218; “Gobernabilidad y representatividad...”, *cit.*, pp. 209-236; “Constitución, democracia y derecho...”, *cit.*, pp. 145-159; “Assessing Democracy and Rule of Law...”, *cit.*, pp. 146-154; “Heráclito *vis-à-vis* Parménides...”, *cit.*, pp. 149-171; y “Actores, procesos e instituciones democráticas: Hacia una verdadera democracia en México” en Luis J. MOLINA PIÑEIRO, Fernando SERRANO MIGALLÓN y José Fernando OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO (coords.), *Instituciones, Actores y Procesos Democráticos en México 2007*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 311-340. Vid. también “Relatoría. Mesa VI. Representación Política”, en Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO y Pedro SALAZAR UGARTE (eds.), *Constitución, democracia y elecciones: la reforma que viene*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 167-173.

actividad-proceso y/o un producto-resultado; como las reglas del juego y/o el juego mismo; como una noble idealidad y/o una cruda realidad; como parte del problema y/o como su solución; como algo censurable y/o encomiable; entre otras. Así mismo, está afectada por: 1) la ambigüedad; 2) la vaguedad; y, 3) la emotividad.

Por su ‘ambigüedad’ puede denotar tanto una actividad o proceso como un producto o resultado. Así, podemos contraponer sin querer las reglas del juego al juego mismo, el continente al contenido, lo formal a lo material, lo adjetivo a lo sustantivo. En otras palabras, la ‘democracia adjetiva’ o ‘formal’, es decir la elección de representantes y la toma de decisiones, a la ‘democracia sustantiva’ o ‘material’, esto es la participación directa e indirecta en el proceso político, así como de sus beneficios. O bien, como diría Luigi FERRAJOLI, “quién” y “cómo” debe o puede decidir a “qué” debe o puede decidir.²

Por su ‘vaguedad’ propicia que al no tener límites claramente establecidos acerca de sus características definitorias o su caracterización definitiva, tengamos que estimar sobre su aplicación o no. Por desdicha, hace falta un criterio único sobre la calidad, cantidad, grado o medida en que éstas deben presentarse para poder determinar a partir de qué momento podemos atribuirle a algo el carácter de ‘democracia’ --o el calificativo de ‘democrático’. Por ello, no debería sorprendernos que a lo largo del tiempo y a lo ancho del espacio a la democracia se le atribuyan una infinidad de adjetivos, como una forma de ofrecer dicho criterio, tales como ‘adjetiva’ y ‘sustantiva’, ‘antigua’ y ‘moderna’, ‘directa’ e ‘indirecta’, ‘formal’ y ‘material’, ‘ideal’ y ‘real’, ‘participativa’ y ‘representativa’, entre muchos más.

En ambos casos, el problema subyacente es la falta de un “metacriterio” para determinar cuál de los diferentes calificativos es el que contiene la característica o caracterización inequívoca que derrota a las demás. O lo que es lo mismo, en caso de conflicto cuál debe prevalecer: la

² Vid., Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 855-868.

‘adjetiva’ o la ‘sustantiva’, la ‘antigua’ o la ‘moderna’, la ‘directa’ o la ‘indirecta’, la ‘formal’ o la ‘material’, la ‘ideal’ o la ‘real’, la ‘participativa’ o la ‘representativa’, etcétera.

Por su ‘emotividad’ implica que su utilización despierta --o puede despertar-- reacciones tanto negativas como positivas. Para muestra, de esta ambivalencia, basta un botón: “muchas formas de gobierno --dice Winston CHURCHILL-- han sido intentadas, y serán intentadas en este mundo de pecado y pesar. Nadie pretende que la democracia sea perfecta o sabelotodo. Ciertamente se ha dicho que la democracia es la peor forma de gobierno con excepción de las demás formas que han sido intentadas de tiempo en tiempo.”³

De tal suerte, desde tiempos remotos hasta nuestros días, la ‘democracia’ y sus adjetivos ‘democrático/a’ han sido algunas veces objeto de agrado o aprecio y otras de desagrado o desprecio. Es cierto que algunas veces se le atribuye ser la caja de Pandora --o la madre de todos los males-- y otras el remedio de Panacea --o la madre de todos los bienes-- está claro que lo que se le imputa es una característica buena como noble idealidad o mala como cruda realidad.

Al respecto, pensemos, de un lado, en el caso de Francisco I. MADERO, quien en *La sucesión presidencial en 1910*, identifica a la democracia con la estabilidad y la seguridad. Así, casi al comenzar, afirma: “Los triunfos que se obtienen por el sistema democrático son más tardados, pero más seguros y más fructíferos.”⁴ Y, poco antes de concluir, asegura: “Sobre todo, hay que tener presente que cualquier ventaja, cualquier concesión, cualquier conquista obtenida por las prácticas democráticas, será una cosa duradera, mientras que un triunfo, por importante

³ Winston CHURCHILL, en *The Oxford Dictionary of Quotations*, cit., p. 150: “Many forms of government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of government except all those other forms that have been tried from time to time.” (Tomado de “Parliament Bill. Speech on the House of Commons”, 11 de noviembre de 1947.) (La traducción es nuestra.)

⁴ Francisco I. MADERO, *La sucesión presidencial en 1910*, México, Colección Ideas, 1985, p. 24.

que sea, obtenido con las armas, no hará sino agravar nuestra situación...”⁵ Del otro, Boris PASTERNAK, por el contrario, en su novela *Dr. Zhivago*, por conducto de Gordon asevera: “Lo que fue concebido de un modo noble y con altura de miras, se convirtió después en tosca materia. Fue así como Grecia dió lugar a Roma, y la Ilustración Rusa se convirtió en la Revolución Rusa.”⁶

A. *Forma de gobierno*

A partir de su etimología --*demos* (pueblo) y *kratos* (gobierno o poder)-- la democracia es definida, a partir de su uso descriptivo o sistemático, como el “gobierno o poder del pueblo”.⁷ Así, la democracia es *prima facie* una forma de gobierno, pues como veremos en el siguiente apartado está inmersa en algo más amplio: un modo de vida. Cabe recordar que desde los griegos hasta nuestros días la típica clasificación de las formas de gobierno hace referencia, a partir de un criterio cuantitativo, al número de personas involucradas en la titularidad o en el ejercicio del poder político, más que en su origen electivo o hereditario.⁸

El *continuum* incluye: 1) la monarquía, 2) la aristocracia, y 3) la democracia, según sea *uno* --el monarca--, *unos cuantos* --los mejores--, o *todos* --todo el pueblo-- quienes son titulares del poder soberano y de su ejercicio. No hay que olvidar que a la par de estas tres formas propias o puras de gobierno hay sendas formas impropias o impuras, consideradas como corruptas o

⁵ *Ibid.*, p. 275.

⁶ Boris PASTERNAK, *Doctor Zhivago*, New York, Pantheon Books Inc., 1958, II, 16, 4, p. 431: “It has often happened in history that a lofty ideal has degenerated into crude materialism. Thus Greece gave way to Rome, and the Russian Enlightenment has become the Russian Revolution.”

⁷ *Vid.*, José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, *La democracia como forma de gobierno*, México, Instituto Federal Electoral, 1995. *Vid.* también *Filosofía política de la democracia*, México, Fontamara, 1994, pp. 16-19.

⁸ *Vid.*, Norberto BOBBIO, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. *Cfr.* Nicolás MAQUIAVELO, *El príncipe*, *cit.*, p. 7: “Todos los estados y dominios, que han ejercido o ejercen imperio sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados.”

degeneradas: 1) la tiranía, 2) la oligarquía, y 3) la demagogia, según sea *uno* --el tirano--, *unos cuantos* --los ricos--, o (aparentemente) *todos* --las masas, la muchedumbre o el populacho-- quienes gobiernan.

Cabe aclarar que el espectro de las formas de gobierno, bajo un criterio cualitativo, va desde las propias o puras hasta las impropias o impuras es: monarquía-aristocracia-democracia-demagogia-oligarquía-tiranía. Si bien la monarquía y la aristocracia son mejores que la democracia, la cual es ciertamente la peor de las formas propias y puras, resulta que la demagogia es a su vez la mejor de las formas impropias e impuras y como tal tanto la oligarquía como la tiranía son peores. De lo anterior se desprende, desde una perspectiva --como la de CHURCHILL-- que la democracia aunque es la peor de las buenas es la mejor de las malas, *i.e.* menos peligrosa o riesgosa que la aristocracia-oligarquía que lo es más y que la monarquía-tiranía que lo es mucho más.

Aunado a lo anterior, la democracia como el gobierno de todos los ciudadanos o de todo el pueblo no siempre es bien vista porque en algunas ocasiones no funciona verdaderamente como tal sino tan sólo como el gobierno de las masas, ya sea mayoritario o populista, al gobernar en beneficio de las mayorías o de los pobres y en perjuicio de las minorías o de los ricos. Cabe aclarar que, en el siglo IV a.C., ARISTÓTELES consideraba a la democracia como la forma impropia o impura y a la *politeia* como la propia o pura. Lo anterior porque esta última permitía mantener un balance entre los intereses de todos los ciudadanos tanto de las mayorías y minorías como de los pobres y ricos. En pocas palabras, ésta --como el gobierno de la clase media-- era el término medio virtuoso entre los dos extremos vicios de la democracia y la plutocracia (u oligarquía):⁹

Es evidente entonces que la comunidad política mejor es la de la clase media, y que puede tener un buen gobierno aquellas ciudades donde la clase media sea numerosa y muy superior a ambos partidos, y si no, a uno u otro; pues agregándose produce la nivelación y evita la aparición

⁹ ARISTÓTELES, *Política, cit.*, Libro IV, Capítulo XI, 1295^b-1296^a, pp. 168-169.

de los excesos contrarios. De aquí que la mayor felicidad consiste en que los ciudadanos posean una fortuna media y suficiente; puesto que donde unos tienen mucho en exceso y otros nada, o a aparece una democracia radical o una oligarquía pura o una tiranía, motivada por ambos excesos; ya que, de la democracia más vehemente y de la oligarquía, nace la tiranía, y de los regímenes intermedios o muy próximos, mucho menos.

En consecuencia, si consideramos a la democracia como una forma de gobierno propia y pura, la podemos equiparar con la *politeia* y como tal como una forma de gobierno en la cual el titular del poder político y de su ejercicio no es uno --el monarca o el tirano-- ni unos cuantos --los mejores o los ricos-- ni muchos --las masas o el populacho-- sino todos los ciudadanos, *i.e.* todo el pueblo. Tal y como lo advirtió TUCÍDIDES, un siglo antes, en el V a.C., en la oración fúnebre de PERICLES, incluida en su narración de la *Historia de la Guerra del Peloponeso*: “Nuestra constitución [*i.e.* la ateniense] es llamada una democracia porque el poder está en manos no de una minoría sino de todo el pueblo.”¹⁰ Análogamente, para ARISTÓTELES la mejor forma de gobierno es la *politeia* porque permite mantener un balance entre los intereses de todos los ciudadanos por igual: los pobres y de los ricos.¹¹ De hecho, tal como lo sugiere Richard D. PARKER “la *misión* que anima el derecho constitucional moderno es descrita de manera convencional como la corrección de las fallas endémicas atribuibles a la regla de la mayoría.”¹²

B. *Modo de vida*

¹⁰ THUCYDIDES, *History of the Peloponnesian War*, Londres, Penguin Books, 1972, Libro II, § 37, p. 145: “Our constitution is called a democracy because power is in hands not of a minority but of the whole people.” (La traducción es nuestra.)

¹¹ ARISTÓTELES, *Política, cit.*, Libro VII, Capítulos I- XVII, 1323^a-1337^a, pp. 246-285.

¹² Richard D. PARKER, “*Here, the People Rule*”..., *cit.*, p. 69: “the animating *mission* of modern constitutional law is conventionally described as the correction of failures allegedly endemic to majority rule.” (El énfasis es original. (La traducción es nuestra.)

No obsta el hecho de que la democracia sea considerada en principio como “forma de gobierno” para que esté inmersa en una configuración más amplia como “modo de vida”.¹³ La presunción es que si la democracia --como forma de organización humana-- es válida en el ámbito político también lo debe ser en otros espacios, incluidos el económico y el social, tal y como lo consagra el artículo tercero de la Constitución mexicana al precisar que el criterio que orientará a la educación: “Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Por esta razón, para Roberto Mangabeira UNGER el uso del término ‘democracia’ no se ha restringido, a lo político *strictu sensu*, como una forma de gobierno, sino que por el contrario se ha extendido, a lo político *lato sensu*, como cualquier forma de organización humana.¹⁴ Como diría Norberto BOBBIO desde la sociedad hasta el Estado.¹⁵ O bien como lo podríamos parafrasear, a cualquier comunidad humana, de dos o más personas, desde la familia hasta la comunidad internacional, incluida toda la gama de nuestras organizaciones sociales intermedias, desde las escuelas, los partidos políticos y los sindicatos hasta las autoridades u órganos educativos, electorales y laborales.

En la actualidad podemos identificar a la ‘democracia’ con una forma de gobierno en la cual el titular *del* poder político y de su ejercicio es el pueblo o todos aquellos que cuentan con un interés legítimo para participar, de manera directa o indirecta, de las deliberaciones y de la toma

¹³ Vid., Harold J. LASKI, *The Prospects of Democratic Government*, Virginia, The College of William and Mary, 1939: “Democracy is not merely a form of government; it is also a way of life. It is an insistence upon the eminent and inherent worth of the common man. It is an attempt, therefore, to find the institutions through which that worth may attain its full expression. We cannot confine those institutions to the political field. It is no use giving to the common man the power to define his own destiny, and then to rule out portions of the field of life as inadmissible to his entrance. If democracy is valid in the political realm, then it is valid in social life and economic life.”

¹⁴ Vid., Roberto Mangabeira UNGER, *Social Theory...*, cit., p. 10.

¹⁵ Cfr. Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad*, cit., pp. 218-220.

de decisiones que afectan a la comunidad política, así como de sus beneficios y cargas, en igualdad de circunstancias. Sin embargo, también la podemos identificar con un modo de vida en el cual todos aquellos miembros de una comunidad que tienen un interés legítimo para participar, de modo directo o indirecto, tanto de las deliberaciones y de la toma de decisiones que afectan a dicha comunidad como de sus beneficios y cargas, en igualdad de condiciones, deben poder hacerlo.

Por lo tanto, por democracia entendemos la forma de organización que puede adoptar cualquier comunidad, formada por dos o más seres humanos, en la cual todos los miembros de la misma participan, ya sea directa o indirecta, en las deliberaciones y en la toma de decisiones que les afectan, así como de los beneficios y de las cargas, en igualdad de circunstancias o condiciones.

Así, por un lado, una familia está estructurada como una democracia cuando todos sus miembros participan en igualdad de circunstancias de la decisión acerca de qué película ir a ver al cine el fin de semana, pero no cuando un miembro impone una decisión a los demás, o bien cuando algunos miembros toman una decisión pero excluyen a los otros o al menos no los toman verdaderamente en cuenta. Por otro lado, la comunidad internacional está organizada como una democracia cuando todos los países, tanto los desarrollados o ricos como los en vías de desarrollo o pobres, participan de la deliberación y de la toma de decisión en igualdad de condiciones sobre la intervención en un país, pero no cuando un país invade a otro y peor aún cuando lo hace sin la autorización de los demás.

C. Sistema de Participación de todos, por todos, y para todos

De lo dicho hasta el momento, no sólo consideramos que la democracia admite una triple caracterización sino también estimamos que éstas no se excluyen ni se implican y como tales se pueden complementar o sintetizar en una concepción integral.

Por un lado, las tres caracterizaciones principales son:

1) La ‘democracia ideal’ como forma de gobierno --y como modo de vida-- en la cual el titular *del* poder político y de su ejercicio es el pueblo o mejor dicho todos aquellos con un interés legítimo para participar de las deliberaciones y de la toma de decisiones;

2) La ‘democracia formal’ como proceso adjetivo *por* medio del cual el pueblo o todos los interesados de manera directa e indirecta, a través de sus representantes, participan de las deliberaciones y de la toma de decisiones; y

3) La ‘democracia real’ como resultado sustantivo *para* acceder a los beneficios --y no solamente a las cargas-- de dicha participación, los cuales abarcan no nada más lo político sino además lo económico y lo social.

Por el otro, la concepción integral, *i.e.* la ‘democracia integral’, la podemos equiparar a la elocuente sentencia de Abraham LINCOLN, la cual curiosamente constituye uno de los principios fundamentales de la Constitución francesa de la Quinta República: “el gobierno *del* pueblo, *por* el pueblo, *para* el pueblo” o si se quiere identificar como el gobierno *de* todos, *por* todos y *para* todos.¹⁶

Innegablemente, la democracia es más que el gobierno de, por y para *muchos*, ya sea mayoritario o populista, al gobernar en nombre de las mayorías o de los pobres, en detrimento de las minorías y de los ricos, porque se trata del gobierno del, por y para el *pueblo* o mejor dicho de la participación de, por y para *todos*: tanto de las mayorías y de las minorías como de los pobres y de los ricos. La explicación es más que evidente y simple: no se puede identificar a la democracia a partir de una concepción utilitarista, porque en nombre de la felicidad del mayor número se

¹⁶ Abraham LINCOLN, “The Gettysburg Address, November 19, 1863”, en *Lincoln on Democracy*, New York, Harper Collins, 1990, p. 308: “government *of* the people, *by* the people, *for* the people”. (El énfasis y la traducción son nuestros.)

podría pasar por encima de los derechos del menor número, tal y como lo han denunciado John RAWLS y Ronald DWORKIN, entre otros.¹⁷

2. *Democracia directa y democracia representativa*

No basta con que el titular *del* poder político y de su ejercicio sea todo el pueblo o todos aquellos con un interés legítimo para participar de las deliberaciones y de la toma de decisiones ni tampoco que los beneficios de dicha participación sean *para* todo el pueblo o todos los interesados sino que es necesario que éste o éstos participen *por* sí o por otros en dichas deliberaciones y en la toma de decisiones. Al respecto, el Artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 es más que contundente: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. Es menester recalcar que dicha participación puede ser tanto directa como indirecta. La primera es característica de la democracia antigua o directa, en la cual el pueblo concurre directamente por sí mismo. La segunda es propia de la democracia moderna o representativa en donde el pueblo contribuye no de manera directa sino de modo indirecto por medio de sus representantes.

Antes de continuar, cabe recordar el significado de los vocablos: 1) ‘participación’; y 2) ‘representación’. El primero como “acción y efecto de participar” implica “formar o tomar --y hasta recibir-- parte de algo”. En este orden de ideas, la participación (política) consiste en formar o tomar parte de las deliberaciones y de la toma de decisiones, ya sea directa o indirectamente, así como recibir parte de los beneficios correspondientes. El segundo, en cambio, como “acción y efecto de representar” indica “volver a presentar” y, por extensión “hacer presente algo o alguien que no lo está”, así como “actuar en nombre o por cuenta de otro”. En este sentido, la representación (política) consiste en hacer presentes los intereses y la voluntad del representado

¹⁷ Vid. John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*; y Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*; y “La lectura moral de la constitución...”, *cit.*, pp. 3-52. Vid. también Imer B. FLORES, “El liberalismo igualitario de John Rawls”, *cit.*, pp. 85-122; y “Constitución, democracia y derecho...”, *cit.*, pp. 145-159.

mediante su representante. Por consiguiente, tanto la participación como la representación son compatibles entre sí y en relación a la democracia misma.

Es menester recalcar que la participación puede ser tanto directa como indirecta. La primera es característica de la ‘democracia antigua’ o ‘directa’, en la cual el pueblo --o al menos los ciudadanos que lo integran-- concurre de manera directa por sí mismo. La segunda es propia de la ‘democracia moderna’ o ‘representativa’ en donde el pueblo contribuye no directamente sino de modo indirecto por medio de sus representantes.¹⁸

Ahora bien, en uno y otro caso, tanto en la democracia directa como en la democracia representativa, la participación tiene su base sobre tres principios fundamentales: 1) el sufragio universal; 2) la igualdad política; y 3) la regla de la mayoría.

El ‘sufragio universal’ estriba en que todos están facultados para participar en el proceso político al ejercer su derecho de voto, en principio, al votar y, en su caso, a ser votados para los cargos públicos. Cabe aclarar que no es necesario que todos los seres humanos voten o sean votados, baste pensar en la *polis* griega o sociedades esclavistas, sino más bien que todos los ciudadanos, *i.e.* los que tienen la calidad de pertenecer a la ciudad o comunidad política, puedan votar o ser votados, así como sin restricciones injustificadas, al ejercer su sufragio de manera libre, directa y secreta, como lo consagra la fracción I del artículo 41 de la Constitución y el numeral 2 del artículo 4º del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, el cual agrega que ser además personal e intransferible. Lo anterior implica: ‘libre’ o sin compulsión alguna; ‘directo’ o sin intermediarios; y, ‘secreto’ o sin ser --o tener que ser-- divulgado.

¹⁸ Vid., Norberto BOBBIO, “Democracia representativa y democracia directa” en *El futuro de la democracia*, *cit.*, pp. 32-50; “La democracia de los antiguos y de los modernos” en *Liberalismo y democracia*, *cit.*, pp. 32-38; y, *Estado, gobierno y sociedad*, *cit.*, pp. 209-218.

En este mismo orden de ideas, dado que “el derecho de sufragar es un asunto fundamental en una sociedad libre y democrática”,¹⁹ es imperativo destacar sendas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: 1) la del 22 de diciembre de 1969 relativa a la disminución de la edad para adquirir la calidad ciudadana a los dieciocho años, la denominada “ciudadanía pasiva”; y 2) la del 14 de febrero de 1972 respecto a la disminución de la edad requerida para ser diputado o senador a los veintiún y treinta años respectivamente, la denotada “ciudadanía activa”. Cabe señalar que en la actualidad, a partir de una controvertida reforma constitucional del 29 de julio de 1999, la edad mínima para ser senador es de veinticinco años.

La ‘igualdad política’, como complemento del anterior, reside en que todos los ciudadanos al votar tienen exactamente el mismo peso específico bajo la máxima: “un ciudadano, un voto”. Sin embargo, este mote no siempre ha sido respetado, ya que por razones de clase o posición económica, educación o instrucción, género, o raza, algunos han sido alienados o marginados, al negar de plano su acceso al derecho a votar y a ser votados, y otros diferenciados o discriminados, al otorgar un menor peso específico a su voto.²⁰

En el caso mexicano, el principio de igualdad política tanto de las mujeres como de los grupos étnicos e indígenas no siempre ha sido garantizado. Al respecto es preciso recalcar: 1) la reforma constitucional del 17 de octubre de 1953, referente al reconocimiento pleno de la

¹⁹ Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 1964: “the right of suffrage is a fundamental matter in a free and democratic society.” (La traducción es nuestra.)

²⁰ Vid., Robert A. DAHL & Charles E. LINDBLOM, *Politics, Economics, and Welfare*, New York, Harper & Brothers, 1953, p. 41: “Control over governmental decisions is shared so that the preferences of no one citizen are weighted more heavily than the preferences of any other one citizen”; y Giovanni SARTORI, *Democratic Theory*, New York, Frederick A. Praeger, 1965, p. 335: “every man counts for one vote, and that man’s vote is equivalent of the next man’s”. Cfr. *The Theory of Democracy Revisited*, II tomos, New York, Chatham House Publishers, 1987. (Hay versión en español: *Teoría de la democracia*, II tomos, trad. Santiago Sánchez González, Madrid, Alianza Universidad, 1988.) Vid. también, Jonathan W. STILL, “Political Equality and Election Systems”, *Ethics*, No. 91, 1981, pp. 375-394.

capacidad ciudadana de las mujeres para votar y ser votadas en el ámbito federal, por un lado; y, 2) la reforma constitucional del 28 de enero de 1992, relativa a la protección de las culturas y pueblos indígenas, así como la poco más reciente y muy discutida reforma constitucional del 14 de agosto de 2001, por el otro.

Empero, no se debe tomar literalmente el adagio “a cada ciudadano un voto” porque es posible sin quebrantar este aforismo otorgar “a cada ciudadano más de un voto” siempre y cuando corresponda “a cada voto el mismo peso específico o valor”. Para ilustrar este punto, ofrecemos dos ejemplos, uno positivo, es decir lo que *si* se debe hacer; y, otro negativo, esto es lo que *no* se debe hacer. El primero puede ser particularizado por los sistemas de votación limitada, acumulativa o preferente donde se otorga “a cada ciudadano más de un voto, pero el mismo peso específico o valor”. El segundo puede ser puntualizado por la práctica de la creación de distritos *ad hoc*, también conocida como *gerrymandering* y más recientemente como *bushmandering & bullwinkling*.²¹

Esta práctica, básicamente, consiste en dividir de manera arbitraria los distritos electorales para bajo el pretexto de garantizar la representación de las minorías predeterminar quiénes serán los ganadores. De esta forma, a pesar de respetar el primer apotegma “a cada ciudadano un voto” violenta el segundo axioma “a cada voto el mismo peso específico o valor”, lo cual constituye una forma inaceptable de “voto adulterado o diluido”.

²¹ La práctica de la creación de distritos *ad hoc*, en los Estados Unidos de América, ha recibido el sobrenombre de *gerrymandering* en memoria de Elbridge GERRY, gobernador de Massachusetts, quien en 1812, por primera vez, tuvo la sagaz idea de trazar un distrito en forma de salamandra, para concentrar sus votos y esparcir los de sus contrincantes. Desde aquel entonces hasta la fecha la práctica ha sido una constante, promovida legalmente por la administración del otrora Presidente George H. BUSH y protegida constitucionalmente por la Corte Suprema de aquel país, y que ha beneficiado indistintamente a políticos demócratas y republicanos, quienes manipulan los censos para ganar elecciones. *Cfr.* Mark MONMONIER, *Bushmanders & Bullwinkles. How Politicians Manipulate Electronic Maps and Census Data to Win Elections*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001.

La ‘regla de la mayoría’, como consecuencia de los dos anteriores, fundamenta que a falta de la unanimidad en la toma de decisiones, éstas deben reflejar las preferencias del mayor número de votos. De tal suerte, ante la dificultad de alcanzar siempre la unanimidad, el cuerpo social debe regirse por la “voluntad de la mayoría” y por la “voluntad general”, según John LOCKE y Jean Jacques ROUSSEAU, respectivamente.²² De hecho, el último afirma: “Para que la voluntad sea general, no es siempre necesario que sea unánime; pero sí es indispensable que todos los votos sean tenidos en cuenta.”²³

La democracia implica la participación y, en su caso, la representación de todos en dicha voluntad. Por lo tanto, incluye tanto al consenso como al disenso, al estar compuesta por y ser enriquecida tanto por la mayoría que consiente como por la minoría que disiente. En este sentido, cabe subrayar la importancia de las sucesivas reformas a la Constitución que abrieron la puerta para que los partidos minoritarios tuvieran voz y voto en el Congreso: 1) la del 22 de junio de 1963, referente a la incorporación de los “diputados de partido”; 2) la del 6 de diciembre de 1977, relacionada con la introducción de la fórmula de la “representación proporcional” en la Cámara de Diputados, con 100 de los 400 diputados, es decir el 25%; 3) la del 15 de diciembre de 1986, relativa a la adición de 100 diputados más electos conforme al principio de “representación proporcional”, *i.e.* 200 de los 500 diputados, esto es el 40%; y 4) la del 3 de septiembre de 1993, respecto a la duplicación del número de senadores a cuatro por cada entidad, electos tres conforme al principio de “votación mayoritaria relativa” y asignado uno a la “primera minoría”.²⁴

²² *Cfr.* John LOCKE, “Second Treatise of Government”, *cit.*; y, Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, *cit.*

²³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, *cit.*, Libro II, Capítulo II, p. 35.

²⁴ No obstante, este arreglo nunca llegó a aplicarse tal cual, al regir, primero, lo dispuesto en sus artículos transitorios y, después, una reforma ulterior de 1996. Así, en el artículo tercero transitorio de la reforma del 1993 se precisó, en el primer párrafo: “En la elección federal de 1994 se elegirán para cada Estado y el Distrito Federal, dos senadores de mayoría relativa y uno de primera minoría a las Legislaturas LVI y LVI del Congreso de la Unión,

Cabe señalar que con la reforma del 22 de agosto de 1996, tocante a la revisión del criterio anterior para que a partir de la elección del año 2000, los senadores fueran electos dos conforme al principio de “votación mayoritaria relativa” y asignado uno a la “primera minoría”, se realizó una indebida y por ende muy controvertida, por ser contraria al principio federativo, importación del principio de “representación proporcional” para la elección de los 32 senadores restantes.²⁵

Ahora bien, la regla de la mayoría, en términos generales, está conformada con por lo menos el cincuenta por ciento más uno del total de votos emitidos, conocida como *mayoría absoluta* y equiparada con el “modelo mayoritario de democracia”. No obstante, también puede estar formada por la voluntad de la mayor parte de los participantes, reconocida como *mayoría relativa* e identificada con el “modelo pluralista de democracia”. Sin embargo, en algunas ocasiones, en lugar de una mayoría simple se puede requerir una mayoría calificada o compleja, al exigir un porcentaje mayor para que la mayoría sea integrada, digamos dos terceras partes como en el caso de la aprobación de las reformas constitucionales.²⁶

quienes durarán en funciones del 1° de noviembre de 1994 a la fecha del término del ejercicio de la última legislatura citada.” Y, en el segundo párrafo: “En la elección federal de 1997, se elegirá para la Legislatura LVII un senador por Cada Estado y el distrito Federal, según el principio de mayoría relativa, quien durará en funciones del 1° de noviembre de 1997 a la fecha en que concluya la señalada Legislatura.” *Vid.*, Imer B. FLORES, “La Constitución de 1857 y sus reformas: A 150 años de su promulgación”, en Diego VALADÉS y Miguel CARBONELL (eds.), *El proceso constituyente mexicano...*, *cit.*, pp. 317-318.

²⁵ *Vid.* Imer B. FLORES, “Democracia y participación...”, *cit.*, p. 233; “Participación y representación...”, *cit.*, pp. 153-154; “Gobernabilidad y representatividad...”, *cit.*, p. 234; “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 13, julio-diciembre, 2005, p. 249; “Reconstituting Constitutions --Institutions and Culture. The Mexican Constitution and NAFTA: Human Rights *vis à vis* Commerce”, *Florida Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3, diciembre de 2005, p. 701; y “La Constitución de 1857 y sus reformas...”, *cit.*, pp. 317-318.

²⁶ *Vid.*, Robert A. DAHL, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989; y *Dilemmas of Pluralist Democracy. Autonomy versus Control*, New Haven, Yale University Press, 1981.

Como hemos visto, estos tres principios democráticos, en mayor o menor medida, son comunes tanto a la directa como a la representativa. En sociedades pequeñas o simples estos principios pueden ser ejercitados directamente por los miembros del grupo, pero en sociedades grandes o complejas es necesario que los ciudadanos elijan a sus intermediarios para que --en calidad de representantes-- puedan tomar las decisiones indirectamente por ellos. La pregunta obligada es cuál de los dos sistemas es mejor.

Por una parte, Jean Jacques ROUSSEAU aboga por la democracia directa y acentúa la participación, porque considera que la soberanía no puede ser representada porque es inalienable e indivisible: “La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa...”²⁷ No obstante, reconoció que “no ha existido ni existirá jamás verdadera democracia”²⁸ porque ésta presupone muchas cosas difíciles de encontrar unidas:²⁹

Primeramente, un Estado muy pequeño, en donde se pueda reunir el pueblo y en donde cada ciudadano pueda sin dificultad conocer a los demás. En segundo lugar, una gran sencillez de costumbres que prevenga o resuelva con anticipación la multitud de negocios y de deliberaciones espinosas; luego mucha igualdad en los rangos y en las fortunas, sin lo cual la igualdad de derechos y de autoridad no podría subsistir mucho tiempo; y por último, poco o ningún lujo, pues éste, hijo de las riquezas, corrompe tanto al rico como al pobre, al uno por la posesión y al otro por la codicia.

Y, finalmente, concluir: “Si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres.”³⁰

²⁷ Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, cit., Libro III, Capítulo XV, p. 125. Vid., Libro II, Capítulos I y II; Libro III, Capítulos IV y XV, pp. 33-37, 86-88, y 124-128.

²⁸ *Ibid.*, Libro III, Capítulo IV, p. 86.

²⁹ *Ibid.*, p. 87.

³⁰ *Ibid.*, p. 88.

Por otra parte, James MADISON --junto con Alexander HAMILTON y John JAY-- ataca a la democracia directa como el gobierno del “populacho” y, por el contrario, defiende la idea republicana encarnada en la democracia representativa y enfatiza la representación, la cual consiste en la delegación del gobierno a unos cuantos ciudadanos elegidos por el resto para que representen sus intereses o voluntad.³¹ De hecho, asegura:³²

Las dos grandes diferencias entre una democracia y una república son: primera, que en la segunda se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto; segunda, que la república puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio.

Los federalistas creían que el pueblo no debe ni puede gobernar por sí mismo sino por medio de sus representantes. Con lo cual la participación del pueblo queda limitada a la designación o elección de quienes han de decidir por ellos. Por ende, asevera “Una república, o sea, un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos.”³³ Lo curioso del caso es que MADISON --al igual que ROUSSEAU--considera al gobierno como un mal necesario: “Si los hombres fueran ángeles,

³¹ *Vid.*, James MADISON, “The Federalist Papers, No. 10”, en Alexander HAMILTON *et al.*, *The Federalist Papers*, *cit.*, pp. 77-84 (pp. 35-41).

³² *Ibid.*, p. 82: “The two great points of difference between a democracy and a republic are: first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens and greater sphere of country over which the latter may be extended.” (p. 39.) *Cfr.* Benjamin CONSTANT, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *cit.*, pp. 155-205.

³³ James MADISON, “The Federalist Papers, No. 10”, en Alexander HAMILTON *et al.*, *The Federalist Papers*, *cit.*, p. 81: “A republic, by which I mean a government in which the scheme of representation takes place, opens a different prospect and promises the cure for which we are seeking.” (p. 39.)

ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, ni los controles externos ni internos sobre el gobierno serían necesarios.”³⁴

En resumidas cuentas, la democracia directa es adecuada como forma de organización en territorios pequeños o para grupos sociales simples, en los cuales todos los interesados pueden participar por sí mismos. Por el contrario, la democracia representativa es apropiada para territorios grandes o grupos sociales complejos, en donde todos los interesados no pueden participar sino por otros. En este sentido, las sociedades grandes y plurales de la actualidad parecen darle la razón a MADISON --y a los federalistas-- por encima de ROUSSEAU. Empero, como veremos más adelante, no hay formas completamente puras de democracia directa ni representativa. El reto es identificar los diferentes mecanismos de una y otra que son apropiados para los distintos niveles de gobierno u organización social. Presumiblemente, en sociedades grandes y plurales, así como para gobiernos nacionales, las instituciones representativas son más aconsejables, en tanto que para las pequeñas y uniformes, así como para gobiernos locales, las directas son más recomendables.

De igual forma, no es para sorprenderse que cuando más se hablaba de la “crisis” y de las “falsas promesas” de la democracia,³⁵ ésta resurgió como el ave fénix de sus cenizas. A grado tal

³⁴ James MADISON, “The Federalist Papers, No. 51”, en Alexander HAMILTON *et al.*, *The Federalist Papers*, *cit.*, p. 322: “If men were angels no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.” (La traducción es nuestra.) (p. 220.)

³⁵ *Cfr.*, Michel J. CROZIER *et al.*, *The Crisis of Democracy*, New York, New York University Press, 1975; y Norberto BOBBIO, *El futuro de la democracia*, *cit.*, pp. 16-26. En pocas palabras, las “falsas promesas de la democracia” son: 1) El nacimiento de una sociedad pluralista y diversificada; 2) La no reivindicación de los intereses del pueblo que se mantienen sub-representados; 3) La persistencia de oligarquías que forman parte de la élite gobernante; 4) El espacio para participar se encuentra restringido, limitado o cerrado; 5) La subsistencia del poder invisible que evita la transparencia en el ejercicio del poder; y 6) La falta de educación y en la igualdad de oportunidades.

que el último cuarto del siglo XX es caracterizado como la “tercera ola democratizadora”.³⁶ Aunque habría sido casi imposible haber pronosticado esa mejoría, la enfermedad había sido diagnosticada por Harold J. LASKI, quien --después de la gran depresión de 1929-- advertía que la democracia estaba en crisis.³⁷

La explicación era simple mientras más democrático es un sistema más propenso está a ser responsable de todo y sobre todo a ser responsabilizado de lo malo. En especial, si la sobrecarga de demandas de la sociedad aumenta y la capacidad de respuesta del gobierno disminuye. Así, la multiplicación de las expectativas pueden propiciar un doble fracaso: 1) la degradación de la legitimidad de la autoridad; y, 2) la disminución de la capacidad de respuesta del gobierno a las demandas de la sociedad. De tal suerte, mientras que las demandas sobre el gobierno democrático crecen, su capacidad no sólo decrece o de plano se estanca sino también se cuestiona su gobernabilidad y hasta su viabilidad. Es irónico que las democracias se caractericen por producir “un incremento substancial en la actividad gubernamental y un decremento substancial en la autoridad gubernamental.”³⁸

En este sentido, para retomar el rumbo, léase para cumplir con sus promesas, la democracia debe: 1) consagrar la unidad de la sociedad más que fomentar la división; 2) proteger no unos cuantos intereses sino todos los intereses de la sociedad; 3) derrotar a los grupos hegemónicos y promover el equilibrio de fuerzas; 4) multiplicar las oportunidades para participar

³⁶ Vid. Samuel P. HUNTINGTON, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1991. Vid. también Larry DIAMOND & Marc F. PLATTNER (eds.), *The Global Resurgence of Democracy*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1993; y Emilio RABASA GAMBOA, *¿Por qué la democracia? Transiciones de 1974 a 1990*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

³⁷ Vid., Harold J. LASKI, *Democracy in Crisis*, North Carolina, University of North Carolina Press, 1933.

³⁸ Samuel P. HUNTINGTON, “The United States” en Michael J. CROZIER *et al.*, *The Crisis of Democracy*, *op. cit.*, p. 64: “a substantial increase in governmental activity and a substantial decrease in governmental authority.” (La traducción es nuestra.) Vid., Norberto BOBBIO, “Democracia e ingobernabilidad” en *Liberalismo y democracia*, *cit.*, pp. 103-109.

en lugar de restringirlas; 5) desconcentrar el ejercicio del poder para que sea visible para el pueblo; y, 6) proveer la igualdad de oportunidades, a partir de la educación.

Está claro que para dar respuesta a todas estas demandas se ha pretendido justificar el crecimiento tanto de la burocracia como de la tecnocracia.³⁹ Sin embargo, de un lado, la ampliación del aparato burocrático, al aumentar los costos y el presupuesto gubernamental, degrada todavía más la legitimidad de la autoridad sin haber atendido necesariamente a las demandas de la sociedad. Y, del otro, la expansión del dispositivo tecnocrático, al requerir especialistas o expertos para responder a problemas técnicos, disminuye la capacidad de respuesta del gobierno a otro tipo de demandas de la sociedad sin aportar ni un ápice a su legitimidad.

En definitiva, el fortalecimiento de una democracia debe ser complementado con la especialización y profesionalización del aparato burocrático y del dispositivo tecnocrático en lugar de sustituido por ellos. De hecho, la burocracia y la tecnocracia pueden ser consideradas como quimeras: “mientras que la más antigua utopía --la de Platón-- preconizaba el gobierno de los filósofos, la más moderna --la tecnocracia-- preconiza el gobierno de los técnicos.”⁴⁰

No obstante, en las últimas décadas, a pesar de las opiniones encontradas u opuestas, gradualmente se ha reconocido ante la “crisis de la democracia”, en general, y frente a la “decadencia de las instituciones de la democracia representativa”, en particular,⁴¹ que las instituciones de la democracia directa (o semi-directa) son o pueden ser una salvaguardia para la democracia misma. Por esta razón, en la actualidad cohabitan con una frecuencia cada vez mayor en la moderna democracia representativa algunos elementos de la antigua democracia directa, lo

³⁹ Vid., Max WEBER, *Economy and Society...*, cit., pp. 956-1005; y Norberto BOBBIO, *El futuro de la democracia*, cit., pp. 26-28.

⁴⁰ Umberto CERRONI, *Introducción a la historia del pensamiento político*, traducción de Arnaldo Córdova, México, Siglo XXI, 1968, pp. 4-5.

⁴¹ Vid., Harold J. LASKI, “The Decay of Representative Institutions” en *Democracy in Crisis*, cit., pp. 67-146.

cual simboliza, en mayor o menor medida, una devolución de poder del gobierno a la sociedad, o lo que es lo mismo de los gobernantes a los gobernados.

A. *Democracia directa (o semi-directa)*

A continuación, expresamos algunas consideraciones acerca de los mecanismos propios de la democracia directa (o semi-directa) que han sido adaptados o que se podrían adaptar para salvaguardar, en mayor o menor medida, a la democracia misma, no solamente al devolver poder al pueblo sino además al fortalecer su participación en el proceso político.⁴² Entre estos, descuellan: 1) el plebiscito; 2) el referéndum o refrendo; 3) la iniciativa popular; 4) la rendición de cuentas; y, 5) la remoción de funcionarios o revocación del mandato. Cabe aclarar que aun cuando, en el caso de México, no se ha incluido ninguno a nivel federal si se han incorporado a nivel local.

El ‘plebiscito’ o *plebiscitum* es la práctica de consultar de manera directa al pueblo para conocer cuál es --o sería-- su decisión, literalmente cuál es la *scitum-sciti* (decisión) del *plebs-plebis* (plebe o pueblo), acerca de la aprobación de la gestión de un gobernante o respecto a alguna cuestión de importancia. A nivel local, en el caso de la ciudad de México, tanto el artículo 68 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal como el numeral 12 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal facultan al jefe de gobierno para “consultar a los electores para que expresen su aprobación o rechazo previo a actos o decisiones del mismo que a su juicio sean trascendentes para la vida pública del Distrito Federal.”

El ‘refrendo’ o *referendum* --como una forma de plebiscito-- es la práctica de presentar de modo directo al pueblo una decisión jurídica para su ratificación o no, ya sea una medida legislativa, conocido como ‘referéndum legislativo’, o una reforma constitucional, denominado ‘referéndum constitucional’. Al respecto, el artículo 23 de la Ley de Participación Ciudadana del

⁴² Vid., Thomas E. CRONIN, *Direct Democracy. The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1989.

Distrito Federal, consagra: “El referéndum es un instrumento de participación directa mediante el cual la ciudadanía manifiesta su aprobación o rechazo sobre la creación, modificación, derogación o abrogación de leyes propias competencia de la Asamblea Legislativa.”

La ‘iniciativa popular’ es la práctica mediante la cual el pueblo --o un número predeterminado de ciudadanos-- puede presentar un proyecto de ley e incluso una reforma constitucional o legal para su discusión y, en su caso, aprobación. Al respecto, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, en su artículo 46, fracción IV, considera que los ciudadanos pueden “presentar a la Asamblea Legislativa, proyectos de leyes respecto de las materias de la competencia legislativa de la misma” y el numeral 34 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal precisa que se podrán presentar “proyectos de creación, modificación, reforma, derogación o abrogación de leyes y decretos propios de su ámbito de su competencia.”

La ‘rendición de cuentas’ es la práctica de exigir que un funcionario u oficial presente un informe, dé respuesta a dudas e interrogantes sobre su gestión, y, en última instancia, sea objeto de responsabilidad. En el caso de la ciudad de México, el artículo 49 de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, contempla que “Las y los habitantes de la Ciudad tienen el derecho de recibir de sus autoridades locales informes generales y específicos acerca de la gestión de éstas y, a partir de ellos, evaluar la actuación de sus servidores públicos.” Sin embargo, dicha evaluación no trae aparejada ninguna consecuencia --en el sentido de remover al funcionario o revocar su mandato-- más allá de que en el caso de que se presuma la comisión de delitos o de irregularidades administrativas debe denunciarlas ante la autoridad competente.

La ‘remoción de funcionarios’ o ‘revocación de mandatos’ --como complemento del mecanismo anterior-- es el proceso por medio del cual el pueblo puede deponer a un servidor público, en cualquier momento, antes de la conclusión de su período, como consecuencia de que después de rendir cuentas su evaluación ha sido negativa o poco satisfactoria.

Claro está que estas prácticas no son buenas ni malas *per se*, puesto que pueden atentar contra la propia democracia al servir como justificación de sus antípodas, como la autocracia, la

dictadura o la tiranía, o legitimación de sus antítesis: la demagogia. Baste pensar en los abusos plebiscitarios o refrendarios del general Charles de GAULLE, quien basado en su popularidad sometía al pueblo cualquier decisión en la cual no contaba con el apoyo del poder legislativo, e incluso en los excesos, *i.e.* violaciones a derechos humanos, del general Augusto PINOCHET, quien de haber sido favorecido por la consulta popular, léase plebiscito, sobre su permanencia en el poder aparentemente habrían sido convalidados por la mayoría.

No obstante, es necesario identificar cuáles de los mecanismos de la democracia directa (o semi-directa) pueden incluirse tanto a nivel federal como local con su reglamentación respectiva. En el caso de la ciudad de México, a la par de la rendición de cuentas, o mejor dicho como consecuencia de ésta, habría que incorporar la remoción de funcionarios o revocación de mandatos.

B. Democracia representativa

En este numeral, explicitamos algunas cuestiones sobre los instrumentos propios de la democracia representativa que se han aplicado, así como los ajustes que se adoptado y que podrían adoptar, para lo cual procederemos a revisar tanto su evolución en el pasado como sus tendencias en el futuro. Cabe adelantar que los tres principios democráticos fundamentales, *i.e.* sufragio universal, igualdad política y regla de la mayoría, aunque presuponen una amplia gama de libertades básicas, como lo son el derecho de voto --a votar y a ser votado-- y las libertades de asamblea, asociación o reunión, de pensamiento y de expresión o manifestación, así como de petición e inclusive de protesta, entre otras, son complementados por: 1) la elección; 2) el partido político; y 3) la representación (política) en sí.

La ‘elección’ es el procedimiento formal de votación a través del cual es plausible escoger a nuestros representantes. Ahora bien, al segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución consagra que las elecciones deben ser: “libres, auténticas y periódicas”. Lo anterior supone que las elecciones sean: 1) ‘libres’, al no estar sujetas a compulsión alguna y, por ello, se garantiza que el voto sea, como vimos, además ‘directo’, es decir sin intermediarios, y ‘secreto’,

esto es sin ser --o tener que ser-- divulgado; 2) ‘auténticas’, al ser efectivo el sufragio y respetada la decisión tomada en las urnas; y 3) ‘periódicas’, al ser realizadas con cierta regularidad.⁴³

Es conveniente abrir un breve paréntesis para recordar que en el caso de México el derecho a votar y ser votado es considerado como una prerrogativa de los ciudadanos en las fracciones I y II del artículo 35 de la Constitución, de un lado; y, a partir de la reforma del 22 de agosto de 1996, el derecho a votar es considerado a la vez como una obligación, en la fracción III del numeral 36, a la par del deber de desempeñar los cargos de elección popular, en la fracción IV de ese mismo numeral, del otro. Aunque parece un contrasentido que sea un derecho y un deber, habría que comenzar por decir que es una obligación imperfecta al no tener aparejada una sanción.

Es más, es pertinente señalar que el ejercicio del voto en las elecciones puede convertirse en mandado u obligado, inclusive como una obligación perfecta con sanción, y aclarar que lo anterior no constituye --ni constituiría-- una violación al derecho de votación ni mucho menos un acto de presión o coacción hacia los electores como lo prohíbe el numeral 3 del artículo 4° del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. El voto permanece libre y sin compulsión, lo que se vuelve mandatario u obligatorio es su ejercicio, pero ello no quiere decir que indebidamente se presione o coaccione al votante a votar en un sentido determinado.

De hecho, países como Australia, Bélgica e Italia, entre otros, han adoptado la votación mandada con sanciones compulsivas y tienen un porcentaje mayor de votación en comparación

⁴³ En relación con el primer requisito, cabe recordar el adagio latino “*Electio est interna libera et spontanea separatio unius rei ab alia sine compulsione, consistens in animo et voluntate.*” Relativo al segundo habría que recordar que el lema de Porfirio DÍAZ, primero, en contra de Benito JUÁREZ y, después, de Sebastián LERDO DE TEJADA, así como de Francisco I. MADERO, luego, en contra del mismo DÍAZ, era precisamente “Sufragio efectivo. No reelección”. Respecto al último, implica además que por medio de las elecciones, los gobernados pueden premiar o castigar a sus gobernantes, así como que éstos deban estar sujetos a los límites temporales de sus encargos y deban respetar los mismos. *Vid.*, Imer B. FLORES, “La Constitución de 1857 y sus reformas...”, *cit.*, pp. 314-316; y, “Sobre las formas y los límites de la legislación...”, *cit.*, pp. 290-291.

con otras naciones. Sin embargo, hay países que sin sanciones o con presiones simples como Austria y Suecia tienen votaciones altas; y, otros como España y Grecia que a pesar de incluir la votación obligada no tienen resultados impresionantes. Al parecer no hay una relación directa entre votación mandataria u obligatoria y mayor votación.

El ‘partido político’, aun cuando aparece como una asociación u organización de individuos o particulares reunidos para la protección de sus intereses como ejercicio del “derecho de asociación o de reunión” consagrado por el artículo 9º, es mejor entendida, tal como lo establece la fracción I del artículo 41 de la Constitución, como una entidad de “interés público”, la cual tiene como fines “promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organización de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público”. Para cumplir con estos fines los partidos políticos tienen derecho --a partir del reconocimiento del “derecho a la información” en el artículo 6º de la Constitución--⁴⁴ a hacer uso de los medios de comunicación social y al financiamiento, preponderantemente público, de sus actividades, como lo estipula la fracción II del citado numeral.

La ‘representación política’ es el vínculo por medio del cual es practicable ligar al ciudadano, en particular, y al pueblo, en general, con sus representantes y a éstos con su electorado o representados. De un lado, aun aquellos que no votaron por los candidatos que fueron electos están representados virtualmente por éstos, o bien por otros que si fueron elegidos pero por otra circunscripción o jurisdicción y por los cuales ni siquiera tuvo la oportunidad de votar. Del otro, los representantes están vinculados a sus representados y como tales deben

⁴⁴ A partir de la reforma constitucional del 6 de diciembre de 1977 se consagró el derecho a la información. Entendido, originalmente, como una garantía social para la protección de un grupo minoritario, como lo eran los partidos políticos de oposición fue extendida, como una garantía individual, a todos los individuos. *Vid.*, Imer B. FLORES, “El derecho a la información”, *Indicador Jurídico, cit.*, pp. 21-44.

representarlos, *i.e.* hacerlos presentes, al encarnar sus deseos, intereses y necesidades lo más fielmente posible para que concuerden con su voluntad.⁴⁵

La democracia, como cualquier otra obra humana, no es perfecta sino perfectible. En ese sentido, el paso de la democracia de los antiguos a la de los modernos se justifica en la necesidad de recobrar la viabilidad del proyecto democrático en territorios grandes y grupos sociales complejos como lo son las sociedades plurales de la modernidad. Sin embargo, con el tiempo la democracia representativa ha experimentado algunos ajustes. Al respecto, C. B. MACPHERSON advierte al menos cuatro etapas o modelos de democracia representativa: 1) como protección; 2) como progreso; 3) como equilibrio; y 4) como participación.⁴⁶

Antes de proseguir, cabe recordar que, desde sus orígenes federalistas, como ya vimos, la democracia representativa se puede caracterizar por tratar de recoger las ventajas de la democracia sin tener que retomar las desventajas del gobierno de la muchedumbre o del populacho. Según Thomas PAINE, las virtudes de la república como un sistema electivo y representativo son dignas de mención porque sacrifican los intereses individuales al bien mayor de la colectividad, *i.e.* la cosa pública. Igualmente, también porque sustentan la promesa de una nueva era de estabilidad y cooperación entre gobernantes y gobernados, conjuntamente con la protección de los derechos del hombre.⁴⁷

De hecho, la influencia del individualismo posesivo de HOBBS y del liberalismo de LOCKE, en los artículos federalistas de HAMILTON, JAY y MADISON, así como en el republicanism de PAINE, es más que evidente al justificar la protección de los derechos

⁴⁵ Vid., Hanna F. PITKIN, *Representation*, New York, Atherton Press, 1969; y, Lani GUINIER, *The Tyranny of the Majority...*, *cit.*, pp. 75-91.

⁴⁶ Vid., C.B. MACPHERSON, *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

⁴⁷ Vid., Thomas PAINE, “Common Sense”, “Public Good”, “Dissertations on Government”, “The Rights of Man” en *The Thomas Paine Reader*, London, Penguin Books, 1987, pp. 65-115, 124-138, 167-200, y 201-364.

humanos, en general, y del derecho de propiedad individual, en particular. Baste citar un pensamiento del filósofo de Wrington: “el gran y *principal fin* por lo tanto, de hombres unidos en una república, y puestos por sí mismos bajo un gobierno, *es la preservación de su propiedad.*”⁴⁸

Así, la democracia representativa nació precisamente para la protección de los individuos y sus derechos, en general, y su propiedad, en particular, de las diferentes formas de abuso del poder u opresión. En el primer modelo, la democracia como protección, Jeremy BENTHAM acuña el principio de utilidad, *i.e.* la máxima del utilitarismo, para asegurar y promover “la mayor felicidad del mayor número”.⁴⁹ De la misma manera, su discípulo James MILL mantiene que la seguridad no se encuentra presente en ninguna de las formas simples de gobierno y sostiene que el sistema representativo, como la doctrina que limita el poder gubernamental, es el único que puede proteger al pueblo de la opresión, al tutelar los derechos de propiedad y la economía de mercado.⁵⁰

Si bien, John Stuart MILL, el hijo de James MILL, acepta algunas de las premisas del utilitarismo, como son la protección de la propiedad y de la economía de mercado, rechaza que los intereses de la mayoría deban prevalecer sobre los de toda la sociedad, sobre todo sin tomar en consideración los intereses de las minorías, las cuales muchas veces no están representadas sino tan sólo virtualmente. De ahí que en el segundo modelo, la democracia como progreso, la mayoría no pueda ejercer legítimamente todo el poder. Al respecto, admite que no se puede eliminar todas las amenazas pero sí que se puede tratar de controlarlas, al incluir la representación de los intereses tanto de la mayoría como de la minoría. De esta manera, aboga por la

⁴⁸ John LOCKE, “Second Treatise of Government”, *cit.*, pp. 350-351: “The great and *chief end* therefore, of Mens uniting into Commonwealths, and putting themselves under Government, is the Preservation of their Property.” (El énfasis es original.) (La traducción es nuestra.) *Cfr.*, C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

⁴⁹ *Vid.*, Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *cit.*

⁵⁰ *Vid.*, James MILL, *Essay on Government*, Indianapolis, Liberal Arts Press, 1955.

incorporación de la representación proporcional, la cual asegura que las minorías no van a estar sin representación alguna u oprimidas por la mayoría. Lo anterior, además de garantizar la diversidad ideológica necesaria para el progreso de la humanidad, favorece la dinámica y dialéctica del sistema democrático.⁵¹

Por su parte, Joseph SCHUMPETER reconoce que las deficiencias de los dos primeros modelos incrementan la desigualdad dentro de la sociedad, al guiar tanto a un ejercicio desproporcionado del poder como a su concentración en una poderosa 'élite' u oligarquía que fomenta la servidumbre en nombre de la protección y del progreso. Para él, en el tercer modelo, la democracia como equilibrio, ésta no es una forma de vida ni un conjunto de principios morales sino un mecanismo para elegir y autorizar gobiernos. Por tanto, debe estar formada de dos o más élites que compitan --organizadas en partidos políticos-- en la contienda por los votos del pueblo que los legitiman a tomar las decisiones políticas y a partir de dicha competencia mantener un equilibrio de fuerzas en la organización del gobierno y de la sociedad.⁵²

Finalmente, según C.B. MACPHERSON a las equivocaciones de los dos primeros modelos se suma el error del tercer modelo que en lugar de mantener en equilibrio a las 'élites' contendientes polariza a la sociedad todavía más. Así, en el cuarto modelo, la democracia como participación, la solución para superar estos males es aumentar y multiplicar la calidad y la cantidad de veces en que no nada más las 'élites' sino todos intervienen en el proceso político.⁵³ Cuando este modelo apenas emergía y definir su contenido con precisión resultaba bastante

⁵¹ Vid., John Stuart MILL, "On Liberty", y *Considerations on Representative Government*, cit.

⁵² Vid., Joseph SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, cit.; Robert A. DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956; y, Gabriel A. ALMOND & Sidney VERBA, *The Civic Culture*, Boston, Little, Brown and Co., 1965.

⁵³ Vid., C.B. MACPHERSON. *The Life and Times of Liberal Democracy*, cit., pp. 113-138. Vid. también Robert A. DAHL, *After the Revolution. Authority in a Good Society*, New Haven, Yale University Press, 1970.

problemático, Gabriel A. ALMOND y Sydney VERBA se aventuraron a decir “un aspecto de la nueva cultura política mundial es discernible: será una cultura política de participación.”⁵⁴

En resumen, durante la evolución de la democracia representativa se han enfatizado diferentes aspectos: en el primero, con BENTHAM y MILL, padre, la legitimación de regla de la mayoría y, por ello, su identificación con “la mayor felicidad del mayor número”; en el segundo, con MILL, hijo, la inclusión de las minorías tanto en las deliberaciones como en la toma de decisiones y, por ende, la incorporación de la representación proporcional; en el tercero, con SCHUMPETER, la delegación en las élites gobernantes y, por eso, su organización en partidos políticos que compiten por representar los intereses del pueblo; y en el cuarto, con MACPHERSON, la participación de toda la sociedad y, por esto, la multiplicación de la misma tanto en cantidad como en calidad. Por tanto, consideramos que las cuatro etapas o modelos de la evolución de la democracia moderna o representativa se deben entender como la compleja armonización de al menos estos cuatro elementos definitorios: mayorías y minorías, gobernantes y gobernados.

Ya dijimos que ante la crisis de la democracia y la decadencia de las instituciones representativas, la adopción de los dispositivos de la democracia directa (o semi-directa) son o pueden ser una salvaguardia para la democracia misma, pero también es cierto que a partir de una revisión de los mecanismos propios de la democracia representativa es posible no sólo la representación de los intereses tanto de las mayorías como de las minorías sino también la participación de los gobernados por sí mismos y por medio de sus representantes, *i.e.* sus gobernantes.

Dejaremos el tema de cómo mejorar la representación de los intereses tanto de las mayorías como de las minorías pendiente para abordarlo en el “VI. REFORMA DEL ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD EN MÉXICO: LOS MÉTODOS DE VOTACIÓN Y LA REGLA DE

⁵⁴ Gabriel A. ALMOND & Sidney VERBA, *The Civic Culture*, *cit.*, p. 2: “one aspect of this new world political culture is discernible: it will be a political culture of participation.”

LA MAYORÍA, 3. *Métodos de votación (elección y decisión)*". En tanto que el tópico de cómo mejorar la participación de los gobernados por sí mismos y por medio de sus representantes será objeto de lo que resta de este apartado.

En primera instancia, en lo referente a las elecciones, habría que reconsiderar si la cuestión es o debe ser:

1) Aumentar o no el número de funcionarios que han de ser electos en los diferentes niveles de gobierno. Parecería que mientras más representantes sean elegidos más participativo o representativo es un sistema.⁵⁵ Aun cuando no es necesario que los funcionarios sean electos para ser democráticos o representativos, bastaría que fueran designados o nombrados bajo procedimientos más o menos democráticos, de manera indirecta por funcionarios que si fueron electos de modo directo y que están facultados para hacerlo. Es más, algunos funcionarios --como es el caso de los jueces-- no deben ser elegidos para garantizar su independencia del electorado, así como que su actuar se regirá bajo criterios técnicos más que políticos.⁵⁶

2) Disminuir o no la frecuencia con que se realizan las elecciones, e inclusive incorporar la figura de las "elecciones anticipadas" propia de los sistemas parlamentarios.⁵⁷ Parecería que mientras más frecuentes sean las elecciones más participativo y representativo es el sistema. No obstante si las elecciones son demasiado frecuentes pueden fomentar el desinterés por parte de los electores, e incluso fomentar la inestabilidad y, con ella, la ingobernabilidad.

⁵⁵ Vid., Jeremy WALDRON, "Large Legislatures", en Enrique VILLANUEVA (ed.), *Legal and Political Philosophy*, Rodopi, Amsterdam/New York, 2002.

⁵⁶ Vid., Imer B. FLORES, "Constitución, democracia y derecho...", *cit.*, pp. 145-159; y "Assessing Democracy and Rule of Law...", *cit.*, pp. 146-154.

⁵⁷ Las 'elecciones anticipadas' es la práctica de adelantar una votación al convocar a que sea el electorado con su voto, quien resuelva un *impasse* entre el partido oficial o la coalición en el gobierno y la oposición, al decidir darle la mayoría de sus votos a uno u otro le da la razón sobre la cuestión.

3) Organizar o no las elecciones de los diferentes niveles de gobierno y de sus respectivos poderes de forma concurrente. Parecería que mientras más elecciones se realicen en un mismo momento mayor uniformidad y menor disparidad en el sentido de las decisiones tomadas en cada una y, en consecuencia, se presume una mayor gobernabilidad. Sin embargo la práctica de que diferentes representantes --de un mismo nivel de gobierno o de varios-- sean electos en momentos distintos y para períodos diversos supuestamente fomenta un mayor equilibrio entre dichos funcionarios al servir como mecanismo de pesos y contrapesos.⁵⁸

En segundo lugar, en relación con los partidos políticos, habría que repensar si la discusión es o debe ser:

1) Introducir las elecciones primarias y/o las consultas a las bases de militantes (*sistema cerrado*) o al público en general (*sistema abierto*), para cumplir con el doble propósito, de un lado, de desalentar y erradicar las prácticas hegemónicas al interior de los partidos políticos para evitar los “dedazos”, “delfinatos” y “tapados”; y, del otro, de estimular y fomentar los procedimientos democráticos al interior de los mismos.⁵⁹

⁵⁸ En fechas recientes, diferentes órganos o poderes revisores, facultados para reformar sus respectivas constituciones locales, se han inclinado en aras de la gobernabilidad por organizar elecciones concurrentes, al homologar las elecciones federales con las locales, para evitar el “desgaste” que para la ciudadanía implica la existencia de tantas elecciones. Aun cuando, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo que resolver varias acciones de inconstitucionalidad relacionadas con estas reformas y las declaró en parte inconstitucionales, pero en ese punto las estimó constitucionales. *Cfr.*, Imer B. FLORES, “Sobre la (in)constitucionalidad de «reformas constitucionales»: A propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 17, julio-diciembre, 2007, pp. 259-280.

⁵⁹ Si bien, para algunos los partidos políticos son asociaciones entre particulares y como tales están sujetas a sus estatutos internos, por su naturaleza *sui generis* como canal comunicador-conductor entre sociedad y gobierno, gobernados y gobernantes, ciudadanos y representantes, son mejor entendidas como “entidades de interés público” y, en consecuencia, dichos estatutos deben respetar además ciertos principios democráticos. Al grado de que en el nombre de la democracia interna de los partidos políticos está justificado interferir en su vida interna, como lo podemos

2) Diferenciar los umbrales requeridos para que un partido político pueda tanto *acceder* a cargos de elección popular como para *obtener*, primero, y *mantener*, después, su registro. Actualmente, sin hacer dicha distinción se requiere de un umbral del 2% para no perder el registro, *i.e.* no sea cancelado, conforme a lo dispuesto por el artículo 32 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. No obstante, podría explicitarse el umbral del 2% para obtenerlo e incrementar, por ejemplo, a un 5% para mantenerlo.

3) Revisar la regulación de las coaliciones y de los candidatos comunes, para que la asignación de curules o escaños sea conforme a la proporción de la votación recibida en la elección y no al convenio de coalición celebrado entre los partidos, como está previsto por el numeral 63 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, al estar claramente diferenciados sus recuadros en las boletas y al votar no por la coalición sino por el candidato común.

4) Reconsiderar los términos tanto del financiamiento público y privado como la fiscalización de sus actividades y gastos de campañas, incluidas las precampañas y las primarias, y de pasada acortar la duración de las mismas, así como la contratación de espacios en medios electrónicos directamente por la autoridad electoral.⁶⁰

5) Reglamentar --a nivel Federal y Local-- para permitir las candidaturas independientes, tal como lo hicieron las autoridades competentes en el Estado de Yucatán con la reforma publicada en el Diario Oficial del Gobierno Local del 24 de mayo de 2006. Cabe recordar que dicha reforma fue impugnada en la Acción de Inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006, y la resolución por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la

constatar en varias resoluciones el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *Vid.*, Imer B. FLORES, “Gobernabilidad y representatividad...”, *cit.*, p. 216.

⁶⁰ *Vid.* Francisco José de ANDREA SÁNCHEZ, “El financiamiento de las actividades y de los partidos políticos”, Tesis Doctoral, México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 10-12.

sesión del 5 de octubre del mismo año, fue en el sentido de considerarla como constitucional por una mayoría de seis contra cinco.⁶¹

En tercer lugar, respecto de la representación (política) en sí, habría que retomar el tema de su razón misma de ser.

La pregunta central es si basta con representar sólo los intereses de las mayorías ganadoras o si se requiere también los de las minorías perdedoras. Adelantamos que la respuesta para nosotros es en el sentido de que se deben representar los intereses de ambos. Si bien es cierto que la mayoría está legitimada al tener el derecho para gobernar también lo es que se supone que representa --y debe representar-- a las minorías, al respetar sus derechos y al tomar en consideración sus intereses legítimos. El problema es que el modelo mayoritario de democracia crea ganadores que se llevan todo el poder sin compartirlo --o al menos sin compartir la parte correspondiente-- con los perdedores que se quedan sin nada. Así, la regla de la mayoría, en donde el ganador se lleva todo convierte a la política en un juego de suma cero en vez de uno donde todos ganan.

La justificación de la regla de la mayoría descansa en buena parte como hemos visto en la representación virtual, *i.e.* los representantes representan a todos tanto a los que votaron por ellos

⁶¹ Si bien es cierto que con anterioridad, en el SUP-JDC-037/2001, mejor conocido como el Caso Michoacán, por unanimidad los siete magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación confirmaron la negativa para otorgar el registro a un candidato independiente, la decisión fue concurrente en el sentido pero no en sus argumentos: tres consideraron que el COFIPE otorgaba una especie de monopolio a los partidos políticos para postular candidatos; dos más estimaron que dicho monopolio derivaba inclusive de la fracción I del artículo 41 de la Constitución; y, los dos restantes valoraron que había una omisión legislativa, ante la falta de reglamentación, ya fuera en el sentido de una permisón o de una prohibición, no había forma de proceder a registrar un candidato independiente: ni estaban permitidos ni prohibidos sino no regulados. En consecuencia, las candidaturas independientes estaban pendientes de regulación jurídica, en un sentido u otro. No obstante, somos de la opinión que en congruencia con el derecho a votar y ser votado, tal como está consagrado en la Constitución, así como en los Tratados Internacionales, la única opción de regulación es incorporar su permisón.

como a los que no lo hicieron, y además en dos premisas sobre la reciprocidad: 1) las mayorías son cambiantes, no fijas; y, 2) las minorías pueden convertirse, en el futuro, en parte de la mayoría.

Sin embargo, cuando la mayoría de manera consistente excluye a la minoría o de modo sistemático rechaza sus demandas, al grado tal de dejarlas al margen o de plano ignorarlas, tarde o temprano esto va a destruir la representación virtual y los principios de reciprocidad, al transformar el principio legítimo de la regla de la mayoría en su antítesis: la tiranía de la mayoría. Tal y como la caracterizó John Stuart MILL: “en las especulaciones políticas ‘la tiranía de la mayoría’ es ahora generalmente incluida entre los males en contra de los cuales la sociedad debe estar en guardia.”⁶² De igual forma, precisó:⁶³

La injusticia y la violación de un principio no son menos flagrantes porque quienes la sufren son una minoría; pues no hay igualdad de sufragio donde un individuo particular no cuenta igual que cualquier otro miembro de la comunidad. Pero no es sólo una minoría la que sufre. La democracia, así constituida, ni siquiera llega a alcanzar su objetivo pretendido, el de otorgar los poderes del gobierno en todos los casos a la mayoría numérica. Hace algo muy diferente: se los da a una mayoría de la mayoría, que puede ser, y frecuentemente es, apenas una minoría del todo.

La evidencia es que, a pesar de la representación virtual y de los principios de reciprocidad, la mayoría no reconoce ni representa los intereses de la minoría. Tal como lo advirtió Alexis de TOCQUEVILLE: “La mayoría, al estar en absoluto control tanto de la creación

⁶² John Stuart MILL, “On Liberty”, *cit.*, p. 8: “in political speculations ‘the tyranny of the majority’ is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard.” (La traducción es nuestra.) (p. 59.) *Vid.* también Lani GUINIER, *The Tyranny of the Majority*, *cit.*, pp. 102-105.

⁶³ John Stuart MILL, *Considerations on Representative Government*, *cit.*, p. 104: “The injustice and violation of principle are not less flagrant because those who suffer by them are a minority; for there is not equal suffrage where every single individual does not count for as much as any other single individual in the community. But it is not only a minority who suffer. Democracy, thus constituted, does not even attain its ostensible object, that of giving the powers of government in all cases to the numerical majority. It does something very different: it gives them to a majority of the majority, who may be, and often are, but a minority of the whole.” (La traducción es nuestra.) (p. 122.)

de las leyes como de la aplicación de las leyes, y al controlar tanto a gobernantes como gobernados, considera a los funcionarios públicos como sus agentes pasivos y se contenta en dejar a éstos la realización de sus planes.”⁶⁴

No obstante, cuando la mayoría posee todo el poder y lo ejerce fuera de toda proporción, puede llegar a perder toda su legitimidad. Sobre este peligro ya nos había advertido MADISON cuando considera que uno de los objetivos del gobierno es evitar el dominio de algún grupo de interés particular al reconocer, primero: “En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte.”⁶⁵ Y, un poco más adelante: “En una sociedad bajo la cual la facción más fuerte puede fácilmente oprimir a la más débil, la anarquía puede reinar tan verdaderamente como en el estado de naturaleza, donde el individuo más débil no está protegido en contra de la violencia del más fuerte.”⁶⁶

Por su parte, TOCQUEVILLE reitera que la voluntad de la mayoría es la esencia del gobierno democrático: “El imperio moral de la mayoría se funda en parte sobre la idea de que hay más luz y cordura en muchos hombres reunidos que en uno solo, en el número de legisladores que en su elección... El imperio moral de la mayoría se funda todavía en el principio de que los

⁶⁴ Alexis de TOCQUEVILLE, *Democracy in America, cit.*, pp. 253-254: “The majority, being in absolute command both of lawmaking and of the execution of the laws, and equally controlling both rulers and ruled, regards public functionaries as its passive agents and is glad to leave them the trouble of carrying out its plans.” (La traducción es nuestra.) (p. 259.)

⁶⁵ James MADISON, “The Federalist Paper, No. 51”, *cit.*, p. 323 “It is of great importance in a republic not only to guard the society against the oppression of its rulers, but to guard one part of the society against the injustice of the other part.” (p. 222.)

⁶⁶ *Ibid.*, p. 324 “In a society under the forms of which the stronger faction can readily unite and oppress the weaker, anarchy may as truly be said to reign in a state of nature, where the weaker individual is not secured against the violence of the stronger”. (La traducción es nuestra.) (p. 222.)

intereses del mayor número deben ser preferidos a los del menor.”⁶⁷ Sin embargo, advierte que el germen de la tiranía se encuentra precisamente en la ‘omnipotencia de la mayoría’: “Yo nunca concedería a muchos el poder para hacer cualquier cosa mismo que le niego a un sujeto en lo individual.”⁶⁸ Así, la voluntad de la mayoría debe ser moderada para controlar las posibilidades de convertirse en una tiranía. El poder de la mayoría va más allá de cualquier otro. No obstante, el uso del poder no es necesariamente bueno: “Ese poder irresistible es un hecho continuo y su buen empleo no es sino un accidente.”⁶⁹

En la democracia, la regla de la mayoría está justificada pero ésta no debe ni puede legítimamente ejercer todo el poder, porque puede llegar a oprimir a la minoría, ya sea al no proteger sus intereses, al cancelar la oportunidad de progreso, al dejarla fuera del equilibrio de fuerzas y al negar la posibilidad de participación en el proceso político. Es incuestionable que la mayoría debe tener la mayor parte de los asientos y de los puestos de representación pero no tiene porqué tener todos los lugares, porque algunos de ellos le corresponden a las minorías, ni tampoco predeterminedar su mayoría legislativa a través de las obsoletas cláusulas de gobernabilidad.⁷⁰

Por consiguiente, el cuerpo legislativo debe ser un microcosmos del electorado, donde cada grupo puede participar al estar representado, tanto las mayorías como las minorías, en

⁶⁷ Alexis de TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, *cit.*, p. 247: “The moral authority of the majority is partly based on the notion that there is more enlightenment and wisdom in a numerous assembly than in a single man, and the number of the legislators is more important than how they are chosen... The moral authority is also founded on the principle that the interest of the greater number should be preferred to that of those who are the fewer.” (p. 255.)

⁶⁸ *Ibid.*, p. 251: “I will never grant to several that power to do everything which I refuse to a single man.” (La traducción es nuestra.) (p. 258.)

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 254-256. (p. 262.)

⁷⁰ *Vid.*, Jonathan W. STILL, “Political Equality and Election Systems”, *cit.*, p. 384: “should have a majority of seats, but should not have all the seats.”

proporción a su verdadera representatividad, sin adulteraciones o diluciones de ningún tipo. La regla de la mayoría significa que no solamente ésta está representada sino que todo el pueblo lo está, lo cual forzosamente incluye a las minorías. La mayoría debe tener el mayor número de asientos pero no tiene porque tener todos los lugares.

Así, la advertencia de HAMILTON cobra mayor sentido: “Si se le da todo el poder a la mayoría, éstos oprimirán a la minoría; y, si se le otorga todo el poder a unos cuantos, éstos oprimirán a muchos. Por tanto, ambos deben tener poder, para defenderse los unos de los otros.”⁷¹ En otras palabras, la democracia es mucho más que la mayoría. De hecho, en una verdadera democracia el poder está en manos no de la mayoría ni de la minoría sino de todos, tal y como lo advirtió TUCÍDIDES.

Al respecto, John Stuart MILL reconoció: “La idea pura de democracia, de acuerdo con su definición, es el gobierno de todo el pueblo por el pueblo entero, representado equitativamente.” Sin embargo, acto seguido, recordó: “La democracia, como se concibe por lo común y como se ha practicado hasta ahora, es el gobierno del pueblo entero por una simple mayoría del pueblo, representado parcialmente.”⁷²

En otras palabras, el gran reto es representar los intereses de todos de manera equitativa y no solamente los intereses de la mayoría (o los de la minoría) de modo parcial, al mismo tiempo que se garantiza el derecho tanto de la mayoría como de la minoría a gobernar. En este sentido, es necesario apuntalar un sistema democrático electoral capaz de salvaguardar la gobernabilidad y la representatividad a la vez, al complementar los sistemas de votación propios como el mayoritario

⁷¹ Alexander HAMILTON, “Speech, June 18, 1787,” en *Selected Writings and Speeches of Alexander Hamilton*, Washington, D. C., American Enterprise Institute, 1985, p. 101. (La traducción es nuestra.)

⁷² John Stuart MILL, *Considerations on Representative Government*, *cit.*, p. 102: “The pure idea of democracy, according to its definition, is the government of the whole people by the whole people, equally represented. Democracy as commonly conceived and hitherto practiced is the government of the whole people by a mere majority of the people, exclusively represented.” (La traducción es nuestra.) (p. 122.)

y el proporcional, con otros como el de votación limitada, acumulativa, y preferente o preferencial.

3. *Experimentalismo democrático: de la democracia meramente representativa (electiva o delegativa) a la verdaderamente participativa*

Como hemos visto, es cierto que no es posible reducir la democracia a la representación ni mucho menos a la elección de los representantes y además está claro que debe complementarse no sólo con la adaptación de la democracia directa (o semi-directa) sino también con la adopción de la democracia participativa. Al respecto, es imperioso hacer una aclaración, en principio, la noción ‘democracia participativa’ parece ser una perogrullada o un pleonasma.

Cabe recordar que la participación, ya sea directa o indirecta, es un elemento esencial de la democracia, tanto en la antigua como en la moderna. Sin embargo, no es una reiteración sino un simple recordatorio de una condición fundamental para consolidar una democracia, en toda la extensión de la palabra. De hecho, podemos parafrasear a Giovanni SARTORI: *en la antigüedad decir democracia participativa habría sido un pleonasma, pero en la actualidad sólo nos recuerda algo que hemos olvidado.*⁷³

La democracia representativa y electiva al centrarse (casi) exclusivamente en lo adjetivo o formal tiende a perder de vista lo sustantivo y real. A tal grado que resulta ser una mera “democracia delegativa”, conforme a la caracterización y a la expresión acuñada por Guillermo O’DONNELL, donde más que representantes ligados a los intereses de los representados y que como tales son responsables ante ellos, son delegados que no están vinculados, más allá de cuando fueron electos por éstos, ni son --o pueden ser-- responsabilizados por su actuar.⁷⁴ De

⁷³ Cfr. Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, traducción de Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 218.

⁷⁴ Vid., Guillermo O’DONNELL, “On the State, Democratization and Some Conceptual Problems (A Latin American View with Glances at Some Post-communist Countries)”, *Kellogg Institute Working Paper*, Núm. 192, Abril, 1993. Vid. también “Delegative Democracy?”, en: <http://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/172.pdf>.

igual forma, por lo general, no representan de manera equitativa los intereses de todos sino solamente de modo parcial los de la mayoría, caracterizado como “mayoritocracia”, o los de su partido político, considerado como “partidocracia”.

El problema es garantizar que en realidad los gobernantes representen los intereses de los gobernados y los de todos, tanto de la mayoría como de la minoría. Como diría John Stuart MILL: “Lo que ahora se exigía era que los gobernantes estuviesen identificados con el pueblo, que su interés y su voluntad fueran el interés y la voluntad de la nación.”⁷⁵ Su consideración, hace ciento cincuenta años, era: “el hábito todavía subsistente de considerar al gobierno como representante de un interés opuesto al del público.”⁷⁶

La pregunta es cómo garantizar que el gobierno represente los intereses de la sociedad, lo cual solamente se puede conseguir si conocemos cuáles son esos intereses, así como sus decisiones u opiniones. En pocas palabras, el reto es reducir no sólo la brecha entre las decisiones u opiniones de los gobernantes y los gobernados,⁷⁷ sino también la distancia entre las prácticas hegemónicas, la autoritaria de arriba hacia abajo (*top-down*) por parte de los gobernantes y la democrática de abajo hacia arriba (*bottom-up*) por parte de los gobernados.⁷⁸

Innegablemente, la democracia es más que el gobierno de, por y para los *muchos*, ya sea mayoritario o populista, al gobernar en nombre de las mayorías o de los pobres, en detrimento de las minorías y de los ricos, porque se trata del gobierno del, por y para el *pueblo* o mejor dicho del, por y para *todos*: tanto de las mayorías y de las minorías como de los pobres y de los ricos.

⁷⁵ John Stuart MILL, “On Liberty”, *cit.*, p. 7: “What was now wanted was, that the rulers should be identified with the people; that their interest and will should be the interest and will of the nation.” (p. 57.)

⁷⁶ *Ibid.*, p. 12: “the still subsisting habit of looking on the government as representing an opposite interest to the public.” (La traducción es nuestra.) (p. 64.)

⁷⁷ *Vid.* Bruce ACKERMAN, *We the People. Foundations*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991, pp. 3-33.

⁷⁸ *Vid.* Ernesto LACLAU & Chantal MOUFFE, *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, London, Verso, 1985, pp. 47-91.

La explicación es más que evidente y simple: no se puede identificar a la democracia a partir de una concepción utilitarista, porque en nombre de la felicidad del mayor número se podría pasar por encima de los derechos del menor número, tal y como lo han denunciado John RAWLS y Ronald DWORKIN, entre otros.⁷⁹

Aunado a lo anterior, en muchas ocasiones se pretende reducir indebidamente a la democracia a lo adjetivo o formal, es decir a quién debe y a cómo se deben tomar las decisiones. Por un lado, ante la imposibilidad de que el *pueblo* o *todos* puedan tomar decisiones de manera directa hay que tomarlas de modo indirecto, a través de (nuestros) representantes, al grado tal que la democracia parece limitarse a postular candidatos y a elegirlos. Este error ha sido señalado por Jean Jacques ROUSSEAU, quien sentencia tajantemente: “El pueblo inglés piensa que es libre y se engaña: lo es solamente durante la elección de los miembros del Parlamento: tan pronto como éstos son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada.”⁸⁰ Por otro lado, ante la inviabilidad de poder tomar decisiones por unanimidad, hay que adoptar la regla de la mayoría. Sin embargo, ello no debe suponer la infalibilidad de la mayoría, como lo sugiere Edmund BURKE: “Es comúnmente dicho, veinticuatro millones deben prevalecer sobre doscientos mil. Verdad; si la constitución de un gobierno fuera un problema de aritmética”.⁸¹

En este sentido, es imperativo construir y consolidar una verdadera democracia participativa o sin adjetivos, *i.e.* una forma de organización en que todos los miembros de una comunidad --tanto las mayorías y las minorías como los pobres y los ricos-- participan en

⁷⁹ Vid. John RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*; y Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*; y “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, *cit.* Vid. también Imer B. FLORES, “El liberalismo igualitario de John Rawls”, *cit.*, pp. 85-122; y “Constitución, democracia y derecho...”, *cit.*

⁸⁰ Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, *cit.*, p. 124.

⁸¹ Edmund BURKE, *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative that Event in a Letter Intended to Have Been Sent to Gentleman in Paris*, New York, P.F. Collier and Son Corporation, 1937, p. 190: “It is said, that twenty-four millions ought to prevail over two hundred thousand. True; if the constitution of a kingdom be a problem of arithmetic.” (La traducción es nuestra.)

circunstancias y condiciones tanto de libertad como de igualdad de las deliberaciones y de la toma de decisiones que afectan a la misma, así como de los beneficios y no nada más de las cargas.

Si bien en México hemos transitado de un estado autoritario o no-democrático --donde un miembro de la comunidad impone (o unos cuantos imponen) su decisión a los demás-- a uno que todavía no es propiamente democrático --donde algunos miembros toman una decisión pero excluyen a los otros o al menos no los toman verdaderamente en cuenta-- ya sea al sobre enfatizar la decisión de la mayoría numérica en detrimento de la minoría (*mayoritocracia*) y peor aún cuando esta decisión no obedece al interés de todos ni siquiera a los intereses de la mayoría sino meramente al hecho de pertenecer a un grupo, como sería el caso de seguir la línea de un partido político (*partidocracia*).

Ahora bien, habría que preguntarnos qué falta para que podamos hablar de una verdadera democracia y no de una mera democracia incipiente.⁸² Cabe señalar que por lo general los académicos y los actores políticos, económicos y sociales se han enfocado principalmente --confiemos que ha sido de buena fe y sin ningún afán reduccionista-- a lo institucional, es decir a la adopción de instituciones caracterizadas como democráticas, no deja de ser menos cierto que ahora es el momento de voltear al complemento perfecto de la ecuación, *i.e.* a lo cultural, esto es a la promoción de una cultura considerada como democrática.

No es posible consolidar una democracia a partir exclusivamente de la innovación institucional, porque puede resultar estéril e infructuoso --como arar en el desierto o construir sobre arenas movedizas-- si no va acompañado de una profunda renovación cultural. Para que podamos hablar de democracia no basta con tener instituciones que en principio son consideradas como democráticas si la cultura subyacente es autoritaria. En este sentido es necesario conjugar instituciones con cultura para que la democracia pueda florecer como buen fruto en tierra fértil y

⁸² Vid. Imer B. FLORES, "Heráclito *vis-à-vis* Parménides...", *cit.*, pp. 149-171.

firme. Así, para que pueda haber una democracia debe haber instituciones democráticas y cultura democrática. En otras palabras, de que haya cultura democrática e instituciones democráticas superviene que a una comunidad se le considere como una democracia, al estar estructurada no sólo desde arriba como una forma de gobierno sino también desde abajo como un modo de vida.

De lo anterior resulta completamente absurdo pensar que para apuntalar la democracia en México basta con reformar las instituciones sin que ninguna otra pieza del engranaje deba cambiar. Así que el cambio institucional no es suficiente para construir y consolidar la democracia, porque forzosamente debe ir acompañado por una profunda transformación cultural para que pueda dejar de ser una mera democracia incipiente o en proceso de transición. De hecho, la palabra ‘transición’ implica la “acción y efecto de pasar gradualmente de un estado a otro”. No obstante, entre nosotros por la falta de acuerdos o consensos parece que nunca vamos a acabar de pasar (gradualmente) de un estado a otro. Por el contrario parece que estamos estancados de un lado sin la posibilidad de pasar del otro. De esta manera resulta que la transición sigue en curso y parece que nunca va a llegar a ninguna parte --mucho menos a la tierra prometida-- o que nunca vamos a terminar de transitar, sobre todo si no tenemos claro cuál es nuestra meta u objetivo.

Aunque hemos transitado de sistemas autoritarios a no-autoritarios o democráticos esto no deja de ser una verdad parcial. La cuestión es que hemos avanzado en la innovación institucional sin que esto se haya reflejado en la renovación cultural; o como diría Herman HELLER, la normatividad todavía no se traduce en la consecuente normalidad.⁸³ De hecho, en tanto que la “anormalidad” democrática no ceda su lugar a una verdadera “normalidad”, como lo sugieren Guillermo O’DONNELL y Philippe C. SCHMITTER, la transición continúa y la democracia es incipiente al estar pendiente su consolidación tanto institucional como cultural.⁸⁴

⁸³ Herman HELLER, *Teoría del Estado*, cit., pp. 199-216 y 267-289.

⁸⁴ Cfr. Guillermo O’DONNELL & Philippe C. SCHMITTER, *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1986, p. 65.

En este orden de ideas es menester identificar las principales funciones del derecho en una democracia incipiente, como sería en el caso de México. Entre ellas, comenzaremos con la función de organizar, legitimar y limitar el poder político, misma que recharacterizamos como *control jurídico-político*, al considerarla como propia no de todos los sistemas jurídicos sino tan sólo de los democráticos (y liberales). Aunque es ya un lugar común afirmar que derecho y poder son las dos caras de la misma moneda y que el derecho es imprescindible para controlar el poder,⁸⁵ habría que decir que esta función --el control del poder-- solamente se cumple a cabalidad en una república, al grado que una monarquía constitucional donde el poder está controlado podría pasar como si fuera una república.

En otro orden de ideas, las funciones del derecho en una democracia están condicionadas por los principios que FULLER ha identificado con la “moralidad interna del derecho”.⁸⁶ En pocas palabras las leyes, normas o reglas deben ser: 1) generales, al no ser creadas *ad hoc* o *ex profeso* (*generalidad*); 2) públicas, al ser del conocimiento público o al estar disponibles para todos (*publicidad*); 3) prospectivas, al no ser creadas retrospectivamente o al no abusar de la aplicación de la legislación retroactiva o ultractiva (*prospectividad*); 4) entendibles, al ser claras y precisas para sus destinatarios, sean las autoridades o los gobernados (*inteligibilidad*); 5) no contradictorias, al no poder permitir y prohibir una misma conducta para el mismo tiempo y espacio (*no-contradictoriedad*); 6) posibles, al no requerir algo imposible a lo que no se puede obligar a nadie (*posibilidad*); 7) estables, al no cambiar tan frecuentemente como para que no sea posible conocerlas ni tener certeza acerca de su contenido (*estabilidad*); y 8) congruentes, conformidad entre lo anunciado y lo observado tanto por los gobernados como por los gobernantes (*aplicabilidad*).

⁸⁵ Cfr. Imer B. FLORES, “Derecho y poder...”, *cit.*, pp. 331-352; y, Diego VALADÉS, *El control del poder*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

⁸⁶ Cfr. Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, 2ª ed., *cit.*, pp. 33-94.

Relacionado con esto es conveniente formular un par de comentarios: Primero, la idea de identificar la “moralidad interna del derecho” cuyos principios de legalidad se enfocaban sobre todo a censurar que pudieran existir sistemas jurídicos, como la Alemania nazi, donde ciertamente había derecho pero éste era injusto al ser más bien una forma corrupta o degenerada, como lo sugiere el aforismo de Santo Tomás de AQUINO: *non lex, sed legis corruptio*.⁸⁷

Segundo, todos estos principios son fundamentales para que podamos hablar no de un mero gobierno de los hombres --o de la pasión-- sino de un verdadero gobierno de las leyes --o de la razón-- como diría ARISTÓTELES.⁸⁸ Al respecto, H.L.A. HART sentencia: “En cualquier grupo grande las reglas, estándares y principios generales deben ser el principal instrumento de control social, y no las direcciones particulares dadas por cada individuo separadamente.”⁸⁹ De igual forma, Immanuel KANT --en el segundo apéndice de *La paz perpetua*-- sostiene: “Cada argumento acerca del derecho posee potencialmente este atributo de publicidad, y sin ella, no puede haber justicia (la cual solamente puede ser concebida si es *conocida públicamente*) y por lo tanto no hay derecho, toda vez que el derecho solamente puede surgir de la justicia.”⁹⁰

Si bien hemos adelantado que, con independencia de todas las funciones del derecho que le puedan corresponder, la principal función en una democracia incipiente, como México, es

⁸⁷ Cfr. Santo Tomás de AQUINO, *Summa de Teología, cit.*, I-II, q. 95, a.2 c, p. 742; y Lon L. FULLER, “Appendix: The Problem of the Grudge Informer”, en *The Morality of Law*, 2ª ed., cit., pp. 245-253.

⁸⁸ Cfr. ARISTÓTELES, *Política, cit.*, Libro III, Capítulo XVI, 1287^a, p. 142: “Por tanto, el que defiende el gobierno de la ley parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y la inteligencia, mientras que el que apoya el gobierno de un hombre, añade también un factor animal. Pues la pasión es eso y el impulso desvía a los gobernantes y aun a los hombres mejores. Por ello la ley es razón sin apetito.”

⁸⁹ H.L.A. HART, *The Concept of Law, cit.*, 2ª ed., p. __ (p. 121).

⁹⁰ Immanuel KANT, “Perpetual Peace: A Philosophical Sketch”, en *Political Writings*, traducción de H.B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 125: “For every claim upon right potentially possesses this attribute [of publicness], and without it, there can be no justice (which can only be conceived of as *publicly knowable*) and therefore no right, since right can only come from justice.” (La traducción es nuestra.)

conciliar lo aparentemente irreconciliable: el cambio y la permanencia, *i.e.* un cambio con permanencia. No obstante, habría que comenzar este apartado por insistir en la importancia de la generalidad y de la publicidad de las leyes.

Por una parte, la generalidad de las leyes tanto en su creación como en su aplicación es indispensable para que podamos hablar de una democracia, donde hay no sólo reciprocidad entre gobernantes y gobernados, es decir entre las normas que unos aplican y que otros obedecen, sino también solidaridad entre mayorías y minorías o --como diría Rolando TAMAYO-- entre opulentos y paupérrimos, esto es la idea de que la misma regla sea aplicable para unos y para otros.⁹¹

De hecho, la palabra ‘isonomía’ cuyo significado, a partir de su etimología, es “igualdad de las leyes para toda clase de personas” ha sido utilizada para describir la verdadera “igualdad legal (de todos)” o la “igualdad (de todos) ante la ley”, incluidas las autoridades de donde deriva la responsabilidad de los magistrados. Desafortunadamente, la igualdad ante la ley ha sido reducida a una mera formalidad al no ser aplicada a todos por igual ni por todos por igual: a los ricos y a los pobres, a las mayorías y a las minorías, a los gobernantes y a los gobernados.⁹²

Por otra parte, la publicidad de las leyes implica no solamente que éstas sean publicadas sino que además sean de verdad del conocimiento público, lo cual implica que sean publicitadas y entendidas por todos. Al respecto, FULLER había referido que el emperador romano CALÍGULA cumplía con respetar la tradición de publicar las leyes en lugares públicos, pero lo hacía con letras tan pequeñas y las colgaba en lugares tan altos que nadie podía leerlas.⁹³ Por su parte, MONTESQUIEU señalaba: “Las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de

⁹¹ Cfr. Rolando TAMAYO Y SALMORÁN, “Rights, Distribution, and Access to Justice” en Aleksander PECZENIK (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress, Part 1: Justice*, Stuggart, Franz Steuiner Verlag, 2004, pp. 137-145; e Imer B. FLORES, “Assessing Democracy and Rule of Law...”, *cit.*, 146-154.

⁹² Cfr. Friedrich August von HAYEK, *The Constitution of Liberty*, *cit.*, (pp. 200-201).

⁹³ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, 2^a ed., *cit.*, p. 93.

entendimiento medio. No son un arte de lógica, sino el argumento sencillo de un padre de familia.”⁹⁴

En una democracia incipiente las funciones del derecho incluyen entre otras cosas la obligación de la generalidad y la publicidad de las leyes. Sin embargo, la función primordial -- como lo hemos reiterado-- es conciliar lo aparentemente irreconciliable: el cambio y la permanencia, *i.e.* un cambio con permanencia. Si bien autores como FRANK y UNGER, han insistido que deberíamos abandonar el mito de la certeza porque la vida social por definición necesita cambio y experimentación,⁹⁵ resulta que ésta como ya vimos requiere además de cierta estabilidad.

Tal y como lo reconoció, en 1923, POUND: “El derecho debe ser estable pero también no puede permanecer inmóvil. Por tanto todo el pensar acerca del derecho ha luchado para reconciliar las demandas en conflicto de la necesidad de estabilidad y la necesidad de cambio.”⁹⁶

Al respecto, un año después, CARDOZO anotaría:⁹⁷

El derecho de nuestro tiempo enfrenta una necesidad con dos partes. La primera es la necesidad de alguna reformulación que traiga certeza y orden de la barbaridad del precedente. Esta

⁹⁴ Charles Louis de Secondat, Barón de la Bréde y de MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes, cit.*, Sexta Parte, Libro XXIX, Capítulo XVI, p. 408.

⁹⁵ *Vid.* Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Coward-McCann, 1949. (Publicación original: 1930) *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949. *Cfr.* Roberto Mangabeira UNGER, *Democracy Realized...*, *cit.*

⁹⁶ Roscoe POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, p. 1: “Law must be stable and yet it cannot stand still. Hence all thinking about law has struggled to reconcile the conflicting demands of the need of stability and of the need of change.”

⁹⁷ Benjamin N. CARDOZO, *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1924, p. 1: “The law of our day faces a twofold need. The first is the need of some restatement that will bring certainty and order out of the wilderness of precedent. This is the task of legal science. The second is the need of a philosophy that will mediate between the conflicting claims of stability and progress, and supply a principle of growth.” (La traducción es nuestra.)

es la tarea de la ciencia jurídica. La segunda es la necesidad de una filosofía que medie entre las pretensiones conflictivas de estabilidad y progreso, y que ofrezca un principio de crecimiento.

Y uno poco más adelante, apuntaría:⁹⁸

Sin embargo, dos palabras de preocupación debemos mantener entre nosotros. En nuestra adoración a la certeza debemos distinguir entre la certeza verdadera y la falsa, entre lo que es oro y lo que es oropel; y luego, cuando la certeza es alcanzada, debemos recordar que no es el único bien; que la podemos comprar a un precio demasiado alto; que hay peligro en la quietud perpetua así como en el movimiento perpetuo; y que un compromiso debe encontrarse en un principio de crecimiento.

No obstante, parece que la regla general es más bien la estabilidad y la excepción el cambio. El problema es que ciertamente el cambio en la mayoría de los casos es nulo o insignificante. En este sentido, aunque cambio y permanencia parecen excluirse recíprocamente esto no es cierto sino que además es necesario posibilitar al mismo tiempo el cambio y la permanencia. No obstante, habría que analizar tres posibilidades: 1) permanencia sin cambio; 2) cambio sin permanencia; y 3) cambio con permanencia.

La primera --permanencia sin cambio-- solamente da la apariencia de cambio pero todo permanece tal cual, como en *El gato pardo* de Giuseppe Tomasi, duque de Palma y príncipe de LAMPEDUSA, donde se alborota todo para que todo quede al final igual: “Si queremos que todo siga como está, es preciso que todo cambie.”

La segunda --cambio sin permanencia-- donde todo cambia y nada permanece se puede dar un cambio regresivo, es decir anarquía y revolución, como en *Dr. Zhivago* de Boris PASTERNAK, donde Gordon apuntala: “Lo que fue concebido de un modo noble y con altura de miras, se convirtió después en tosca materia.”

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 16-17: “Two words of caution, however, we must keep with us. In our worship of certainty, we must distinguish between the sound certainty and the sham, between what is gold and what is tinsel; and then, when certainty is attained, we must remember that it is not the only good; that we can buy it at too high a price; that there is danger in perpetual quiescence as well as in perpetual motion; and that a compromise must be found in a principle of growth.”

Y, finalmente, la tercera --cambio con permanencia-- donde algunas cosas cambian y otras permanecen pero hay un cambio al fin, *i.e.* un cambio progresivo, con orden y con cierta evolución. La ventaja de la tercera alternativa sobre la segunda opción es más que notoria, en palabras de KANT: “[E]sto significaría que también el Estado se reformará a sí mismo de tiempo en tiempo, al buscar la evolución en lugar de la revolución, y por ende hará un progreso continuo.”⁹⁹

Ahora bien, en una democracia incipiente que requiere cambio con permanencia para poder consolidarse, tanto en lo institucional como en lo cultural, al transformar la normatividad democrática en la normalidad, sin riesgo de ningún retroceso, es forzoso revisar no sólo la legalidad y legitimidad de la democracia en sí sino también las instituciones y la cultura cívica que tenemos, así como la democracia interna de los partidos políticos, su financiamiento y fiscalización, las candidaturas independientes y las coaliciones, entre otros.

De igual forma, consideramos que es importante implementar un principio de *gradualidad o progresividad* en la entrada en vigor de ciertas reformas, y en la designación o elección de miembros de órganos colegiados sean administrativo-electorales, representativos o jurisdiccionales. Sobre este último punto habría que matizar la tesis para distinguir entre la reelección legislativa --que no la del ejecutivo-- y la renovación parcial o escalonada de miembros de órganos colegiados. Así, en la primera, hay que promover que los representantes sean sometidos a la ratificación o revocación por parte de los electores; en la segunda, hay que propiciar la continuidad en los criterios. En uno y otro caso, ciertamente habría que limitar el tiempo o las veces que una persona puede ser reelecta o repetir en un mismo cargo.

En relación con la renovación parcial contamos con dos ejemplos; presumiblemente, uno positivo y otro negativo. De un lado, la reforma de 1994-1995 al Poder Judicial Federal implicó la

⁹⁹ Immanuel KANT, “The Contest of Faculties. A Renewed Attempt to Answer the Question: ‘Is the Human Race Continually Improving’”, en *Political Writings, cit.*, p. 189: “[T]his will mean that the state too will reform itself from time to time, pursuing evolution instead of revolution, and thus will make continuous progress.”

drástica reducción a once del número de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero también la posibilidad de que algunos de los ministros salientes fueran designados a esa nueva Corte con lo cual se garantizaba una cierta continuidad en los criterios jurisprudenciales. Del otro lado, la renovación de los consejeros electorales del Instituto Electoral Federal, a diferencia de lo sucedido con la reforma electoral de 1996, cuando los entonces consejeros ciudadanos fueron contemplados para formar parte del nuevo Consejo, en 2003, ninguno de los consejeros fue tomado en cuenta para el siguiente período, con lo cual se podría generar una disparidad de criterios administrativo-electorales.

Y, a partir de la reciente reforma constitucional en materia electoral de 2007 se ha retomado el punto al consagrar la renovación escalonada de consejeros, aunque todavía no se haya contemplado el caso de los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, donde de no haber una renovación parcial o escalonada sino total se propiciaría que no hubiera continuidad con lo cual se pondría en riesgo lo ya avanzado en la institución.

V. DERECHO:

HACIA UNA JURISPRUDENCIA COMPARADA E INTEGRADA

No es la regla la que crea el derecho, es el derecho el que hace la regla.

Digesto 50.17.1 (533).

Para todos los efectos prácticos, siempre habrá una respuesta correcta en la trama entretejida de nuestro derecho.

Ronald DWORKIN, "No Right Answer?" (1977).

Tomar en serio la posibilidad y hasta la necesidad tanto de una 'jurisprudencia comparada' --o *comparative jurisprudence*-- como de una 'jurisprudencia integrada' --o *integrative jurisprudence*-- resulta ser imperativa para la consolidación de una auténtica 'jurisprudencia general' a partir de todas las 'jurisprudencias particulares' --las cuales están constreñidas no sólo por los límites teóricos del iusnaturalismo, del iusformalismo y del iusrealismo sino también por los linderos del descriptivismo y del normativismo/prescriptivismo-- y con su ayuda posibilitar la construcción de un auténtico estado constitucional y democrático de derecho tanto global como local.

De esta suerte, primero, analizamos la provincia de la palabra ‘jurisprudencia’ como ciencia del derecho y arte de su aplicación; segundo, estudiamos la distinción entre ‘jurisprudencia general’ y ‘jurisprudencia(s) particular(es)’; y, finalmente, examinamos la conveniencia de una ‘jurisprudencia comparada’ e ‘integrada’, al retomar dos temas: el de una filosofía jurídica latinoamericana y el de una teoría integral del derecho.

En este orden de ideas, para que el *derecho* pueda ser entendido en toda su extensión es necesario superar la dicotomía formalismo/positivismo y anti-formalismo/anti-positivismo, al integrar en una sola concepción integrada o integral la tricotomía iusformalismo/iuspositivismo, iusrealismo y iusnaturalismo, caracterizada por una deliberación y discusión dialéctica y dialógica como síntesis superadora del constante y perpetuo proceso de (re)idealización, (re)formalización, y (re)realización.

1. *Jurisprudencia (re)determinada*

Antes que nada es imperioso, como lo hace John AUSTIN, proceder a determinar la provincia de la palabra ‘jurisprudencia’ y en su caso a redeterminar la misma. Ciertamente es que el término es anfibológico y que como tal se puede usar para denotar en *lato sensu* a la ciencia del derecho y el arte de su aplicación, y *strictu sensu* a la ciencia y el arte de la legislación y/o de la adjudicación:¹

La misma palabra Jurisprudencia no está tampoco libre de ambigüedad, y ha sido utilizada para designar lo siguiente:

El conocimiento del Derecho como una ciencia, junto con el arte, el hábito práctico o la destreza de aplicarlo;

La ciencia de la legislación, es decir, la ciencia de lo que *se debe hacer* para producir buenas leyes, junto con el arte de hacerlas.

¹ *Cfr.* John AUSTIN, “The Uses of the Study of Jurisprudence”, *cit.*, p. 372: “The word Jurisprudence is not free from ambiguity, it has been used to denote-- / The knowledge of Law as a science, combined with the art or practical habit or skill of applying it; or, secondly, / Legislation; --the science of what *ought to be done* towards making good laws, combined with the art of doing it.” (El énfasis es original.) (pp. 39-40.)

Toda vez que la jurisprudencia se ha centrado casi exclusivamente en la adjudicación-aplicación del derecho por el juzgador y no tanto en la legislación-creación del mismo por el legislador, con frecuencia se equipara el vocablo ‘jurisprudencia’ con la función judicial o jurisdiccional y el oficio del jurisconsulto, *i.e.* con la actividad-proceso y/o producto-resultado de ‘decir el derecho’ (*ius dicere*) y lo ‘jurídico con prudencia’ (*iuris prudentia*).²

Aunque en México y en buena parte de los países pertenecientes al sistema romano canónico germánico, el voquible ‘jurisprudencia’ se identifica más con la segunda acepción -- como actividad-proceso o producto-resultado de la función judicial o jurisdiccional y el oficio del jurisconsulto-- hemos optado por dar prioridad a la primera expresión --como ciencia del derecho y arte de su aplicación-- para rescatar el sentido más amplio y clásico.³

Cabe recordar que al comienzo del *Digesto* aparece la célebre definición de ‘jurisprudencia’ de ULPiano: “*Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*” (“Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”). De igual forma, en un pasaje adyacente florece una excelsa cita de CELSO: “*Jus est ars boni et æqui*” (“Derecho es el arte de lo bueno y equitativo”).

² Es más, en algún otro lugar, hemos aludido en español a ‘legisprudencia’ o en inglés a ‘*legisprudence*’, ambas a partir del latín ‘*lex/legis prudentia*’, para referirnos a la “teoría y práctica de la legislación”, o bien a la “ciencia, teoría o técnica de la legislación”, al “estudio y teoría de la legislación” o a la “teoría racional de la legislación”. *Vid.* Imer B. FLORES, “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, pp. 29-34; “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *cit.*, pp. 250-255; y “Sobre las formas y los límites de la legislación...”, *cit.*, pp. 272-273.

³ *Cfr.* Imer B. FLORES, “La definición del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. XLVI, Nos. 209-210, septiembre-diciembre, 1996, p. 71; “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXX, No. 90, septiembre-diciembre, 1997, p. 1005; “El porvenir de la ciencia jurídica...”, *cit.*, p. 1005; y, “Sobre la *Oración en laudanza de la jurisprudencia* de Juan Bautista Balli: a 450 años de la Universidad Nacional Autónoma de México”, *Conjeturas. Pensamiento jurídico estudiantil de la Facultad de Derecho*, Año 1, No. 0, febrero, 2003, p. 28.

Si bien AUSTIN acepta que la voz ‘jurisprudencia’ indica --y debe indicar-- la ciencia del derecho (y el arte de su aplicación) rechaza cualquier referencia a lo bueno y equitativo, a lo justo e injusto, a lo lícito e ilícito, por considerar que se trata no del derecho sino de la moral o moralidad positiva, de la ciencia de la legislación o de la deontología:⁴

Ahora la jurisprudencia, si es alguna cosa, es la ciencia del derecho, o a lo mucho la ciencia del derecho combinada con el arte de su aplicación; pero lo que es dado aquí como su definición, alcanza no sólo al derecho, sino también a la moralidad política, e incluso al criterio que ambas remiten. Por tanto, comprende la ciencia del derecho y la deontología.

De hecho, afirma “La *ciencia de la jurisprudencia* (o, simple y llanamente *jurisprudencia*) se ocupa de las leyes positivas, o leyes estrictamente llamadas, consideradas sin referencia a su bondad o maldad.”⁵ La concepción de AUSTIN --como toda aquella perteneciente al positivismo jurídico-- se asienta en la tesis de la separación entre derecho y moral: “Un análisis detenido de los términos principales sirve para distinguir el Derecho de la Moral, y la atención del estudiante de jurisprudencia queda así limitada a las distinciones y divisiones que se refieren exclusivamente al campo jurídico.”⁶ Y como afirma un poco más adelante:⁷

⁴ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, *cit.*, p. 189: “Now jurisprudence, if it is anything, is the science of law, or at most the science of law combined with the art of applying it; but what is here given as a definition of it, embraces not only law, but positive morality, and even the test to which both these are referred. It therefore comprises the science of legislation and deontology.”

⁵ *Ibid.*, p. 126: “The *science of jurisprudence* (or, simply and briefly, *jurisprudence*) is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodness or badness.” (La traducción es nuestra y el énfasis original.)

⁶ John AUSTIN, “The Uses of the Study of Jurisprudence”, *cit.*, p. 371: “[L]aw is detached from morals, and the attention of the student of jurisprudence is confined to the distinctions and divisions which relate to law exclusively.” (p. 38)

⁷ *Ibid.*, p. 372: “Inasmuch as the knowledge of what ought to be, supposes a knowledge of what is, legislation supposes jurisprudence, but jurisprudence does not suppose legislation. What laws have been and are, may be known

Así como el conocimiento de lo que debe ser presupone el conocimiento de lo que es, así también la ciencia de la legislación presupone la Jurisprudencia, mientras que, al contrario, la Jurisprudencia no presupone la ciencia de la legislación. Lo que las leyes han sido y son puede llegarse a conocer sin saber lo que ellas deberían ser. En cuanto a que todo conocimiento de lo que debe ser descansa en un conocimiento de antecedentes *cognato genere*, la ciencia de la legislación supone la Jurisprudencia.

De tal suerte, aunque admite “la Jurisprudencia es la ciencia de lo que es esencial al Derecho, a la vez que la ciencia de lo que el Derecho debe ser.”⁸ Para él, está claro que el conocimiento del ser es suficiente por ser primario a la jurisprudencia, en tanto que el del deber ser es secundario, a grado tal que “todo el mundo tiene que admitir que el Derecho debe ser conocido, piense lo que piense del contenido que deba tener.”⁹

En este sentido, asegura “La materia de la *jurisprudencia* es el *derecho positivo*: derecho, simple y estrictamente llamado: el derecho impuesto por los superiores políticos [o soberanos] a los inferiores políticos [o súbditos].”¹⁰ Sin embargo, asiente que el derecho positivo es confundido con frecuencia con otros objetos a los cuales no solamente se le relaciona por su parecido (*resemblance*) y por analogía (*analogy*) sino que además se les llama, propia e

without a knowledge of what they ought to be. Inasmuch as a knowledge of what ought to be, is bottomed on a knowledge of antecedents *cognate genere*, legislation supposes jurisprudence.” (El énfasis es original.) (p. 40.)

⁸ *Id.*: “Jurisprudence is the science of what is essential to law, combined with the science of what it ought to be.”

⁹ *Ibid.*, pp. 374-375: “everybody must admit that Law ought to be known, whatever he may think of the provisions of which it ought to consist.” (p. 45)

¹⁰ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, *cit.*, p. 9: “The matter of *jurisprudence* is *positive law*: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors.” (La traducción y el énfasis son nuestros.)

impropiamente, derecho. Al respecto, adelanta “Las leyes propias, o llamadas propiamente, son *órdenes*; las leyes que no son órdenes, son leyes impropias o llamadas impropiamente.”¹¹

Así, presenta cuatro clases de leyes o reglas, llamadas propia e impropiamente: 1) las leyes divinas o las leyes de Dios; 2) las leyes positivas; 3) las leyes de moralidad positiva o moral positiva; y 4) las leyes metafóricas o figurativas, o meramente metafóricas o figurativas. De tal suerte, asevera: “Las leyes divinas y las leyes positivas son leyes llamadas propiamente. De las reglas de moral positiva, algunas son leyes llamadas propiamente, pero otras son leyes impropias... opiniones o sentimientos meramente... Las leyes metafóricas o figurativas, o meramente metafóricas o figurativas, son leyes llamadas impropiamente.”¹²

Aun cuando hay varias ‘leyes llamadas propiamente’ para AUSTIN --y para los positivistas duros-- sólo las ‘leyes positivas o leyes estrictamente llamadas’ son derecho. Así que “Objeto propio de la Jurisprudencia... es el derecho positivo: Entendiendo por derecho positivo (o Derecho estrictamente así llamado), el Derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la autoridad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo.”¹³

Aunado a la disociación entre derecho y moral, el positivismo jurídico se cimienta en la dispersión entre hecho y valor, así como en la unión de las tesis de las fuentes (*sources*) y de los hechos sociales (*social facts*). Al respecto, Joseph RAZ sostiene: “Todas las leyes están basadas

¹¹ *Ibid.*, p. 1: “Laws proper, or properly so called, are *commands*; laws which are not commands, are laws improper or improperly so called.” (La traducción es nuestra y el énfasis original.)

¹² *Id.*: “The divine laws and positive laws are laws properly so called. Of positive Moral rules, some are laws properly so called, but others are laws improper... merely opinions or sentiments... Laws metaphorical or figurative, or merely metaphorical or figurative, are laws improperly so called.” (La traducción y el énfasis son nuestros.) *Cfr. ibid.*, pp. 1-2, 9-10, y 191-192.

¹³ John AUSTIN, “The Uses of the Study of Jurisprudence”, *cit.*, p. 365: “The appropriate subject of Jurisprudence... is positive law: Meaning by positive law (or law emphatically so called), law established or ‘*positum*’, in an independent political community, by the express or tacit authority of its sovereign or supreme government.” (El énfasis es original.) (p. 27)

en una fuente... Una ley está fundada en una fuente si su existencia y su contenido puede ser identificado por la sola referencia a los hechos sociales, sin recurrir a ningún argumento evaluativo.”¹⁴ Así, para identificar la existencia y el contenido del derecho (positivo) basta con la alusión al Estado, *i.e.* la comunidad política independiente por antonomasia, o al gobierno supremo o soberano, el cual actúa de manera inmediata por sí mismo como autoridad o de modo mediato por otros a quienes les ha delegado su autoridad: “La distinción... entre el Derecho que procede directamente de un soberano o legislador superior, y el Derecho que procede directamente de un súbdito o de un creador de Derecho subordinado, al que presta autoridad un legislador soberano o supremo.”¹⁵

En este orden de ideas, para reconocer la existencia y el contenido del derecho formalmente válido o vigente para un tiempo y espacio determinado parecería que es suficiente con la mención a meros hechos o hechos puros (*plain facts*) con absoluta independencia de valores o hechos axiológicos (*value facts*), ya sean argumentos, juicios o razonamientos estimativos, evaluativos o valorativos. Por supuesto que hoy en día ante la ascendente adopción de las declaraciones de derechos humanos y la incorporación de otros principios jurídicos en los textos constitucionales, así como a la creciente desnacionalización e internacionalización del derecho interno como consecuencia directa de la globalización, no basta con la mera alusión al

¹⁴ *Vid.* Joseph RAZ, “Authority, Law and Morality”, en *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, pp. 194-195: “All law is source-based... A law is source based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument.”

¹⁵ John AUSTIN, “The Uses of the Study of Jurisprudence”, *cit.*, pp. 367-368: “The distinction... between law proceeding immediately from a sovereign or supreme maker, and law proceeding immediately from a subject or subordinate maker (with the authority of a sovereign or supreme)” (p. 32).

Estado (nacional) ni es suficiente con la sola mención a hechos puros o sociales para identificar la existencia y el contenido del derecho como lo sugería el positivismo jurídico.¹⁶

Además de confirmar la validez extrínseca o formal del derecho a partir del más estricto *legalismo* resultante de lo que podemos caracterizar con Luigi FERRAJOLI como paleo-positivismo y con Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA como tradicional-positivismo, es menester confrontar su validez intrínseca o material desde el punto de vista de un (nuevo) *constitucionalismo* tanto global como local.¹⁷

Por si esto fuera poco el modelo de los mandatos y la teoría del soberano de AUSTIN, mismas que retoma de Thomas HOBBS y Jeremy BENTHAM, se fundamentan en el adagio latino *Quod principi placuit vigorem legis habet* ('Cualquier cosa que le plazca al príncipe tiene la fuerza de la ley') y en la creencia de que el rey por ser soberano no puede obedecer a otros, tanto en lo interno como en lo externo, sino a sí mismo y que como tal no es legalmente responsable porque no puede hacer ni querer el mal.¹⁸

¹⁶ Cfr. Mark GREENBERG, "How Facts Make Law", en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 211-262. (Publicación original: *Legal Theory*, Vol. 10, 2004, pp. 157-198.)

¹⁷ Vid. Imer B. FLORES, "Assessing Democracy and Rule of Law...", *cit.*, pp. 146-154; "The Quest for Legisprudence...", *cit.*, pp. 38-47; y "Constitución, democracia y derecho...", *cit.*, pp. 145-159. Cfr. Luigi FERRAJOLI, "Jueces y política", *cit.*, pp. 63-79; y Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, "Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica: Condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho", en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 415-457.

¹⁸ John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, *cit.* en la nota 1, pp. 264-265: "In fact or practice, the members considered severally, but considered as members of the body, are commonly free, wholly or partially, from legal and political restraints. For example: The king, as a limb of the parliament, is not responsible legally, or cannot commit a legal injury: and, as partaking in conduct of assembly to which he immediately belongs, a member of the house of lords, or a member of the house of commons, is not amenable to positive law." (La traducción es nuestra.)

De hecho o en la práctica, los miembros considerados estrictamente, pero considerados como miembros de un cuerpo, son comúnmente libres, en todo o en parte, de restricciones legales y políticas. Por ejemplo: El rey, como una extremidad del parlamento, no es responsable legalmente, o no puede cometer un daño jurídico; y, al tomar parte de la conducta de la asamblea a la cual pertenece inmediatamente, como miembro de la casa de los lores, o como miembro de la casa de los comunes, no está sujeto al derecho positivo.

Sin embargo, con el tiempo ha quedado más que claro que incluso el gobierno o poder del soberano no puede ser absoluto sino limitado y que incluso son responsables por sus acciones u omisiones tanto al interior de su comunidad como al exterior de la misma.

Por ende, en la actualidad la provincia de la jurisprudencia redeterminada, como ciencia del derecho y arte de su aplicación, no puede sino referirse a una visión más amplia del derecho. Para ello es imperativo ir más allá del positivismo jurídico, es decir de la explicación del derecho a partir de los hechos puros --o sociales-- al incluir referencias no secundarias sino primarias a valores como ‘hechos axiológicos’, ya sean argumentos, juicios o razonamientos estimativos, evaluativos o valorativos sobre derechos, fines, funciones, intereses o principios, tal y como lo hacen entre otros, Robert ALEXY con la ‘pretensión de corrección’, Ronald DWORKIN con el ‘modelo de los principios’ y Luigi FERRAJOLI con el ‘garantismo’.¹⁹

2. *Jurisprudencia general y particular*

A continuación procedemos a recordar que AUSTIN al tratar de precisar la provincia de la palabra ‘*jurisprudence*’, primero concede “la Jurisprudencia es la ciencia de lo que es esencial al derecho, combinado con la ciencia de lo que debe ser”²⁰ e inmediatamente después reintroduce la ya célebre distinción entre *General* o *Universal Jurisprudence* (‘jurisprudencia general’ o ‘universal’) y *particular* o *national jurisprudence* (‘jurisprudencia particular’ o ‘nacional’). Así, llega a caracterizar, de un lado, a la primera como la ciencia, filosofía o teoría de aquellos

¹⁹ Cfr. Por ejemplo, Robert ALEXY, *Derecho y razón práctica*, cit.; Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit.; y Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit.

²⁰ *Vid.*, supra nota 8.

“objetos y fines del Derecho que son comunes a todos los sistemas” y a la segunda como la parte de la ciencia, filosofía o teoría que se ocupa de “un sistema vigente de Derecho o de alguna parte de él”.²¹

Toda vez que damos por sentado la validez de la premisa fundamental de esta serie de Congresos Internacionales: “Al comparar no nada más comparamos o debemos comparar sistemas --e instituciones-- sino culturas jurídicas”, resulta que *mutatis mutando* la jurisprudencia general o universal se enfoca a lo que es común a todos los sistemas --e instituciones-- y culturas jurídicas, mientras que la jurisprudencia particular o nacional se enfoca en un sistema --e institución-- y cultura jurídica (o alguna de sus partes).

Para proseguir en nuestro análisis consideramos más que preciso citar un pasaje del mismo AUSTIN y formular un par de comentarios:²²

Consideradas como una totalidad y como relacionadas y conexas las unas con las otras, las leyes y normas positivas de una comunidad particular o específica constituyen un sistema o

²¹ John AUSTIN, “The Uses of the Study of Jurisprudence”, *cit.* en la nota 1, pp. 372-373: “Particular Jurisprudence is the science of any actual system of law, or any portion of it... The proper subject of General or Universal Jurisprudence... is a description of such subjects and ends of Law as are common to all systems...” (p. 41)

²² *Ibid.*, p. 365: “Considered as a whole, and as implicated or connected with one another, the positive laws and rules of a particular or specified community, are a system or body of law. And as limited to any one of such systems, or to any of its component parts, jurisprudence is particular or national. / Though every system of law has its specific and characteristic differences, there are principles, notions, and distinctions common to various systems, and forming analogies or likeness by which such systems are allied. / Many of these common principles are common to all systems; to the scanty and crude systems of rude societies, and the ampler and maturer systems of refined communities. But the ampler and maturer systems of refined communities are allied by the numerous analogies which obtain between all systems and also by numerous analogies which obtain exclusively between themselves. Accordingly, the various principles common to maturer systems (or the various analogies obtaining between them), are the subject of an extensive science: which science (as contra-distinguished to national or particular jurisprudence on one side, and, on another, to the science of legislation) has been named General (or comparative) Jurisprudence, or the philosophy (or general principles) of positive law.” (pp. 27-28.)

cuerpo de Derecho. Y en tanto que limitada a uno cualquiera de tales sistemas o a alguna de sus partes, la Jurisprudencia es particular o nacional.

Pero aun cuando cada sistema de Derecho tiene sus diferencias específicas y peculiares, hay principios, nociones y distinciones comunes a varios sistemas, las cuales forman analogías o semejanzas que los hacen afines.

Muchos de estos principios comunes lo son a todos los sistemas, lo mismo a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas. Ahora bien, los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas son afines, tanto por las numerosas analogías que se dan entre todos los sistemas, cuanto por numerosas analogías que se dan exclusivamente entre ellos mismos. En consecuencia, los diversos principios comunes a sistemas más perfectos --o bien las numerosas analogías que se dan entre ellos-- constituyen el objeto de una amplia ciencia, la cual, en contraposición, de un lado, a la jurisprudencia nacional o particular, y, de otro, a la ciencia de la legislación, ha sido llamada Jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía --o principios generales-- del Derecho positivo.

Por una parte, la distinción entre jurisprudencia general y jurisprudencia particular resulta ser muy afortunada porque permite diferenciar no sólo las pretensiones de los distintos científicos, filósofos o teóricos del derecho sino también los alcances y limitaciones de las diversas propuestas científicas, filosóficas o teóricas.²³ Así, por ejemplo, Hans Kelsen desde la primera edición de su *Reine Rechtlehre* anuncia --y en la segunda reanuncia-- que su teoría no versa sobre ningún sistema jurídico en particular sino sobre lo común a todo sistema jurídico en general, tal y como lo enuncia en los títulos mismos de su *General Theory of Law and State* y de su *Allgemeine Theorie der Norme*.²⁴

²³ Vid. Brian BIX, *Jurisprudence. Theory and Context*, London, Sweet & Maxwell, 2003, pp. 10-12. Vid. también "Some Reflections on Methodology in Jurisprudence", en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 67-96.

²⁴ Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho...*, *cit.*; *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., *cit.*; *Teoría general del derecho y del Estado*, *cit.*; y *Teoría general de las normas*, traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 1994.

Por su parte, H.L.A. HART en el “Postscript” a su celeberrimo *The Concept of Law*, aclara:²⁵

Mi objetivo en este libro fue proporcionar una teoría de lo que es el derecho, teoría que es a la vez, general y descriptiva. Es *general* en el sentido que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido, de aspecto ‘normativo’).

En cambio, DWORKIN en su crítica a la teoría jurídica entonces dominante cuestiona varios aspectos de la versión más poderosa del positivismo jurídico representada para él por el propio HART, pero advierte que su pretensión es mucho menor al concentrarse exclusivamente en dos países del sistema anglosajón o *common law*, a saber Inglaterra y los Estados Unidos de América, y al enfocarse en la teoría de la adjudicación, primero, y en la de la interpretación, luego.²⁶

Por otra parte, en la última parte de la cita, AUSTIN deja entrever que la *jurisprudencia general* o *universal* no puede serlo sin ser, al mismo tiempo, una *jurisprudencia comparada*. Es innegable que tiene toda la razón cuando afirma que la jurisprudencia general se ocupa de los “principios comunes... a todos los sistemas”, sobre todo si ciertamente quiere decir *a todos los sistemas* “lo mismo a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas.” Sin embargo, AUSTIN al indicar que las comparaciones se pueden hacer entre todos los sistemas y entre los sistemas más complejos y maduros entre sí, privilegia la segunda opción al grado de reducir “la jurisprudencia

²⁵ H.L.A. HART, “Postscript” en *The Concept of Law*, 2ª ed., *cit.*, p. 239: “My aim in this book was to provide a theory of what law is which is both general and descriptive. It is *general* in the sense that it is not tied to any particular legal system or legal culture, but seeks to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institution with a rule-governed (and in that sense ‘normative’) aspect.” (p. 11.)

²⁶ *Cfr.* Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. vii-xv.

general (o comparada)” al estudio de “los principios comunes a los sistemas más amplios y perfectos”.²⁷ De hecho un poco más adelante ampara:²⁸

Entiendo, pues, por Jurisprudencia general la ciencia que expone los principios, nociones, y distinciones comunes a los sistemas de Derecho; comprendiendo por sistemas de Derecho aquellos sistemas más amplios y perfectos que, por razón de su perfección y amplitud, mayor doctrina poseen.

Así que, para el jurista inglés, el objeto de estudio de la jurisprudencia general y comparada son “los principios, nociones, y distinciones comunes a los sistemas jurídicos más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas”. Claro está que en su opinión se trata de sistemas positivos y que su bondad o maldad no tiene un interés inmediato:²⁹

Así como los principios abstraídos de los sistemas positivos constituyen el objeto de la Jurisprudencia general, así también su cometido peculiar y exclusivo es la exposición de dichos principios. La Jurisprudencia general no se ocupa directamente de la conveniencia o inconveniencia de las leyes...

En este sentido, si de por sí resulta alarmante que la jurisprudencia general y comparada, en lugar de referirse a todos los sistemas jurídicos, queda reducida a los sistemas jurídicos más amplios y perfectos, o bien a los más complejos y maduros, de las comunidades “civilizadas” o de las sociedades “modernas”, todavía es más inquietante que el propio AUSTIN apunte.³⁰

²⁷ *Vid. supra* nota 22.

²⁸ John AUSTIN, “The Uses of the Study of Jurisprudence”, *cit.*, p. 367: “I mean, then, by General Jurisprudence, the science concerned with the exposition of the principles, notions, and distinctions which are common to systems of law: understanding by systems of law, the ampler and maturer systems which, by reason of their amplitude and maturity, re pre-eminently pregnant with instruction.” (p. 31.)

²⁹ *Ibid.*, p. 366: “As principles abstracted from positive systems are the subject of general jurisprudence, so is the exposition of such principles its exclusive or appropriate object. With the goodness or badness of laws... it has no immediate concern.” (pp. 28-29.)

³⁰ *Ibid.*, p. 373: “And these resemblances will be found to be very close, and to cover a large part of the field. They are necessarily confined to the resemblances between the systems of a few nations; since it is only a few systems

Estas semejanzas, muy estrechas y que cubren una gran parte del terreno a tratar, están confinadas necesariamente a las que existen entre los sistemas de unas pocas naciones, ya que son sólo unos pocos los sistemas que es posible conocer, siquiera imperfectamente. El conocimiento de éstos, sin embargo, permite suponer lo demás.

Y, peor aún, preocupante que como corolario aconseje “Son sólo los sistemas de dos o tres naciones los que merecen atención: los escritos de los juristas romanos, las decisiones de los jueces ingleses en la época moderna, y los preceptos de los códigos franceses y prusiano en cuanto a la sistemática.”³¹

Sin duda alguna sería muy difícil si no es que imposible comparar todos los sistemas jurídicos y estar bien interiorizados no digamos que en uno sino en varios sistemas, pero de ahí no se sigue que por estudiar unos cuantos sistemas ni mucho menos si todos se parecen o pertenecen a la misma familia o tradición podamos presumir lo que pasa en el resto del mundo. Al grado de hacer pasar unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ como la ‘jurisprudencia general’ o, como se dice coloquialmente, ‘dar gato por liebre’.

De esta forma, a la tesis de AUSTIN se le pueden formular, como ya lo hizo Jerome HALL, quien en esto sigue a Thomas HOLLAND, al menos un par de objeciones.³² Por un lado, la noción de ‘jurisprudencia particular’ puede resultar doblemente confusa, de un lado, al haber tantas jurisprudencias particulares como sistemas (y culturas) jurídicas nacionales o porciones singulares de éstas hay; y, de otro lado, porque se puede perder de vista que la generalidad o universalidad es una característica de toda ciencia, filosofía y teoría, ya sea del todo o de alguna

with which it is possible to become acquainted, even imperfectly. From these, however, the rest may be *presumed*.” (El énfasis es original.) (p. 41.)

³¹ *Id.*: “And it is only the systems of two or three nations which deserve attention: the writings of the Roman Jurists; the decisions of English Judges in modern times; the provisions of the French and Prussian Codes as to arrangement.” (*id.*)

³² Jerome HALL, “Legal Theory and Jurisprudence” en *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, New York, Oceana, 1958, pp. 7-8.

parte de la misma. Por otro lado, el paso de la 'jurisprudencia particular' a la 'jurisprudencia general' y viceversa, resulta ser --como se puede advertir-- problemático sino es que falaz.

Para poder rebatir la primera de las dos objeciones bastaría con una mayor claridad y precisión al referirse a la jurisprudencia particular, ya sea como jurisprudencia territorial --local, nacional, regional, e internacional-- de un lado, y como jurisprudencia teórica, del otro, pero sin olvidar que en todo caso el ideal de generalidad y universalidad debe mantenerse a toda costa. No obstante, para poder replicar a la segunda es imperioso no sólo replantear y tomar seriamente a la 'jurisprudencia general' como una verdadera 'jurisprudencia comparada' y no como la mera suma de unas cuantas 'jurisprudencias particulares' e inclusive identificada con una 'jurisprudencia particular' o con una cuantas 'jurisprudencias particulares'.

El problema con la 'jurisprudencia general', como ya adelantamos, es que en el proceso de comparar las diferentes 'jurisprudencias particulares' de distintas naciones y teorías entre sí, aunque obtenemos numerosas analogías, difícilmente éstas abarcan a todos los sistemas (y culturas), contentándose en analizar nada más a los sistemas jurídicos más amplios y perfectos, o bien los más complejos y maduros, de comunidades "civilizadas" o sociedades "modernas" o peor aún a unos cuantos de los pertenecientes a la tradición jurídica occidental, con los cuales entre ellos ciertamente las semejanzas serán muchas y muy significativas; en cambio, las diferencias pocas e insignificantes.

Por lo cual, lo que aparentemente es una 'jurisprudencia general' no es, como lo advertimos, sino la mera suma de unas cuantas 'jurisprudencias particulares', mismas que podemos agrupar al interior de una 'jurisprudencia familiar' que puede ser: 1) intra-familiar, cuando se comparan miembros del mismo núcleo: padres e hijos, hermanos entre sí, y cualquier ascendiente o descendiente en línea directa; y 2) inter-familiar, cuando se comparan miembros de una misma parentela: tíos y primos hermanos. Sin embargo, en ambos casos la referencia ya no digamos que a algún pariente lejano o remoto sino a cualquier extraño es omitida por completo,

con lo cual las posibilidades de una ‘jurisprudencia extra-familiar’ o ‘para-familiar’ son completamente nulas.

Como se puede percibir hay una fuerte tendencia a dar un paso indebido, sin la debida y suficiente comparación, de unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ o de una ‘jurisprudencia particular’ a la ‘jurisprudencia general’. Y lo que es todavía peor hay además una fuerte tendencia a dar un salto también injustificado, sin la debida y suficiente comparación, de ésta --la jurisprudencia general, a la cual llegamos por la vía espuria e ilegítima del paso inmundo de una jurisprudencia particular o de unas cuantas jurisprudencias particulares-- de regreso con una vuelta prohibida, al presuponer que toda ‘jurisprudencia particular’ comparte o tiene que compartir los principios comunes a una ‘jurisprudencia particular’ o a unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ que hacemos o hemos hecho pasar como la ‘jurisprudencia general’, al mismo tiempo de negar las particularidades de cada ‘jurisprudencia particular’.

Este fenómeno de asumir que es posible transitar, sin la debida y suficiente comparación, de una ‘jurisprudencia particular’ o de unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ a una ‘jurisprudencia general’, lo podemos caracterizar como la *‘falacia particularista’*, y el de suponer que también es posible trasladar caracteres de ésta --la ‘jurisprudencia general’-- a cualquier ‘jurisprudencia particular’ o cualesquiera ‘jurisprudencias particulares’, lo podemos caracterizar como la *‘falacia generalista’*.

Ambas falacias nos recuerdan la historia de PROCRUSTO, quien tenía que acortar o alargar, ensanchar o estrechar, adelgazar o engrosar su cama según fuera el caso para que el viajero en cuestión ‘cupiera’ en ella. De tal suerte, en lugar de tener que modificar la cama cada vez para que se acople a las necesidades del viajero o éste se ajuste a una cama que resulta insuficiente para sus necesidades, lo que requerimos es una cama universal, *i.e.* una verdadera jurisprudencia general y comparada que en realidad comprenda no sólo todas las jurisprudencias

particulares sino también lo común a todos los sistemas, instituciones y culturas jurídicas, y no de viajeros uniformes ni de camas creadas a la medida de cada cual y por lo mismo desechables.³³

3. Jurisprudencia comparada e integrada

Por esta razón si queremos reconstruir una verdadera 'jurisprudencia general' lo primero que debemos es tomar conciencia de la necesidad de una jurisprudencia comparada y en consecuencia de que no nada más comparamos o debemos comparar sistemas, instituciones y culturas jurídicas sino también confrontar sistemas, instituciones y culturas: 1) complejos, maduros o modernos con simples, crudos y primitivos; 2) monistas con pluralistas; 3) familiares --ya sean intra-familiares e inter-familiares-- con extra-familiares o para-familiares; 4) occidentales con orientales; 5) laicos o no-religiosos con religiosos; 6) vigentes con no-vigentes o históricos; y 7) nacionales o locales con internacionales, regionales, transnacionales e incluso globales.

Por supuesto que cada uno de estos siete temas daría para una conferencia. Cabe señalar que no obstante lo dicho, la consecución de una verdadera 'jurisprudencia general' no se puede contentar con una 'jurisprudencia comparada' sino que es menester que después en segundo lugar lleguemos hasta una 'jurisprudencia integrada' o mejor dicho 'reintegrada'. Así, en lo que resta de este apartado vamos a explorar la conveniencia de una 'jurisprudencia comparada' e 'integrada' que nos permita acceder a una verdadera 'jurisprudencia general' que en realidad comprenda todas las jurisprudencias particulares, tanto teóricas como territoriales, al analizar la posibilidad de una filosofía jurídica latinoamericana y la necesidad de una teoría integral del derecho.

*A. Filosofía jurídica latinoamericana*³⁴

³³ Le agradezco a Mark HOWENSTEIN la metáfora de PROCRUSTO para ilustrar el punto de los defectos y excesos en que se puede incurrir al construir o reconstruir indebidamente nuestras ciencias, filosofías y teorías, ya sea al limitar el universo de casos a unos cuantos más o menos uniformes, o bien al malear la generalidad *ad hoc* a partir de una particularidad o de unas cuantas particularidades.

A los peligros de pasar falazmente, sin la debida y suficiente comparación, de una 'jurisprudencia particular' o de unas cuantas 'jurisprudencias particulares' a la 'jurisprudencia general' y viceversa, se les puede agregar un problema más: el presuponer que toda 'jurisprudencia particular' comparte o tiene que compartir los principios comunes a unas cuantas 'jurisprudencias particulares' --y peor aún los de una 'jurisprudencia particular'-- que se ostentan --u ostenta-- como la 'jurisprudencia general', al mismo tiempo de que ésta niega las particularidades de cada 'jurisprudencia particular'.

Si bien hay que defender la singularidad de cada 'jurisprudencia particular', también es cierto que hay que mantener el ideal de universalidad de una 'jurisprudencia general'. Sin embargo, hay un riesgo doble: por un lado, examinar una 'jurisprudencia particular' o unas cuantas 'jurisprudencias particulares' como la 'jurisprudencia general' al negar las particularidades de las demás (*fundamentalismo*) e inclusive imponer sus particularidades a las demás (*imperialismo*); y, por el otro, exagerar las particularidades de una 'jurisprudencia particular' al rechazar la generalidad de todas (*excepcionalismo*) e incluso estimar que basta con su propia particularidad (*parroquianismo*).

Así, la cuestión es que si ante estos dos extremos viciosos --representados por el fundamentalismo e imperialismo, de un lado, y, por el excepcionalismo y parroquianismo, del otro-- es posible encontrar un término medio virtuoso: en el cual la filosofía jurídica latinoamericana pueda al mismo tiempo mantener sus particularidades y participar de la generalidad. Lo anterior implica escapar, como dice LÓPEZ MEDINA, de "las trampas que

³⁴ En este apartado sigo las reflexiones de un par de trabajos no publicados: "An Integrative Jurisprudence: Latin American Legal Philosophy and Anglo American Legal Thought", *The Fall 2000 Visiting Scholar and Visiting Researcher Colloquium Series*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Law School, 8 de noviembre de 2000; y "A Comparative and Integrative Jurisprudence: LatAls & LatCrits", *LatCrit VI Conference "Encountering Latin America: Exploring the Parameters and Relevance of LatCrit Theory"*, Gainesville, Florida, Latino and Latina Critical Theory, Inc., 26 de abril de 2001.

interpone la creencia en una teoría universal del derecho”, pero también de las tretas de una teoría singular del derecho.³⁵

En este sentido, hay que resistir en primera instancia la tendencia a reducir la filosofía (jurídica) latinoamericana a una mera extensión de la filosofía (jurídica) europea u occidental. Es indudable que esta sobre-simplificación ya es un lugar común. Como muestra basta citar la segunda edición de *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, en la cual la voz ‘Latin American Philosophy’, correspondiente a ‘Filosofía latinoamericana’, es precisada como: “La filosofía de América Latina, la cual es europea en su origen y constituye un capítulo en la historia de la filosofía occidental...”³⁶

De igual forma, tal y como lo señala LÓPEZ MEDINA “la teoría jurídica latinoamericana es fácilmente descartada y clasificada como un sub-producto de las iusteorías nacidas en otras tradiciones... América Latina parece ser uno de los sitios iusfilosóficos menos interesantes ya que es considerado como un mero apéndice del pensamiento jurídico europeo... América Latina es una extensión clara del proyecto civilizatorio de occidente...”³⁷

De lo anterior se desprende que la filosofía jurídica latinoamericana en apariencia no es ni ha sido *propiamente* latinoamericana sino europea u occidental. Claro está que este truismo ha sido aceptado y difundido no sólo por europeos u occidentales sino también por los propios latinoamericanos. Así, Joseph L. KUNZ --el famoso internacionalista, perteneciente a la escuela jurídica vienesa y uno de los juristas más allegados a KELSEN-- en la “Introducción” que prepara al volumen dedicado a la *Latin American Legal Philosophy* de la colección *20th Century Legal*

³⁵ Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica...”, *cit.*, p. 440. *Vid. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Santa Fé de Bogotá, Legis, 2004.

³⁶ Robert AUDI (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 483: “The philosophy of Latin America, which is European in origin and constitutes a chapter in the history of Western philosophy...”

³⁷ Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica...”, *cit.*, pp. 440-442.

Philosophy Series, primero cita a un comparatista latinoamericano Enrique MARTÍNEZ PAZ “en todas las naciones latinoamericanas, el pensamiento jurídico filosófico ha seguido en su evolución, aunque con cierta tardanza, el ritmo del pensamiento europeo continental” y luego procede a reforzar, a través de un recuento muy forzado, que la filosofía jurídica latinoamericana ha seguido siempre el ritmo del pensamiento europeo continental y occidental.³⁸

Es cierto que la filosofía del derecho es *prima facie* general o universal y como tal califica como dice Theodor VIEHWEG dentro de las ciencias internacionales del derecho que pueden ser estudiadas en cualquier lugar por ser las mismas para todo tiempo y espacio, en contraposición de las ciencias nacionales del derecho que deben ser examinadas *in situ* por ser diferentes para cada aquí y ahora.³⁹

No obstante, además de la fuerte tendencia a internacionalizar la filosofía del derecho, al grado de hablar como dice LÓPEZ MEDINA de una ‘teoría transnacional del derecho’, también es deseable en la medida de lo posible nacionalizar o regionalizar la filosofía jurídica. De tal suerte, la jurisprudencia comparada e integrada no tiene por qué presuponer la convergencia y homogeneidad de las jurisprudencias particulares, ya sean nacionales o regionales, y la unidad-uniformidad de la jurisprudencia general, sino por el contrario la divergencia y heterogeneidad de ésta, y de la pluralidad-diversidad de aquellas. Ahora bien, una cosa es la contraposición entre *ambientes hermenéuticos ricos* de alto nivel que están estacionados o posicionados en el centro como contextos de producción y *ambientes hermenéuticos pobres* de bajo relieve que han quedado estancados o ubicados en la periferia como contextos de recepción, pero otra muy

³⁸ Enrique MARTÍNEZ PAZ citado por Joseph L. KUNZ “Introduction” en Joseph L. KUNZ (ed.), *Latin American Legal Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1948, p. xix.

³⁹ Cfr. Theodor VIEHWEG, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 36-37.

distinta es que los últimos estén subordinados o sean dependientes por completo de los primeros al grado de ser meras continuaciones, repeticiones o reproducciones de los mismos.⁴⁰

En este sentido, una mayoría de las ideas originales han sido creadas o producidas en el centro para ser recreadas o recibidas en la periferia, pero esto no quiere ni debe querer decir que no hay originalidad en la periferia. Para probar este punto baste señalar que en la literatura sobre la exportación-importación de teorías e instituciones jurídicas aunque se usa la palabra ‘recepción’ también se utiliza el concepto de ‘transplantes jurídicos’, donde queda claro que no es una recepción pasiva sino activa. De forma tal que las mutaciones obedecen no sólo a la lógica del exportador sino también pero sobre todo a la del importador y más precisamente a sus agendas, estructuras y usos locales.⁴¹

Así, por ejemplo, a nadie le debería sorprender que en América Latina el pensamiento de KELSEN aparezca deformado al grado de resultar ser un relativista axiológico a quien se le imputa haber fomentado o propiciado los excesos formalistas del nazismo, cuando en realidad estaba comprometido con la democracia y el constitucionalismo. O bien, que HART un positivista inglés pueda ser usado --a falta de movimientos anti-formalistas, críticos o realistas en la región-- a partir de la noción de ‘textura abierta’ del lenguaje para criticar al formalismo.⁴²

De la misma manera es imposible nada más copiar e imitar y peor aún plagiar una teoría o institución de un lugar para adoptarla e implantarla en otro, porque forzosamente es necesario adaptarla e implementarla al contexto cultural de que se trata. Así, por ejemplo, la teoría de la argumentación jurídica reapareció en Europa después de la posguerra para contener, detener o enfrenar los argumentos y razones jurídicas válidas a las cuales se podía apelar, entre tanto en

⁴⁰ Vid. Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica...”, *cit.*, pp. 430-440. Vid. también *Teoría impura del derecho...*, *cit.*, pp. 15-21.

⁴¹ Cfr. Alan WATSON, “Aspects of Reception of Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. XLIV, No. 2, Spring, 1996, pp. 335-351.

⁴² Cfr. Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica...”, *cit.*, pp. 415-430.

América Latina la teoría de la argumentación ha servido exactamente para acelerar, animar o desenfrenar dichos argumentos y razones. En ese sentido, no se trata de lecturas erróneas o malas sino más bien de lecturas contextuales o personales. De hecho, estas tergiversaciones no son versiones incorrectas, sub-estándar, o a-normales que requieran corrección, estandarización o normalización sino verdaderas transformaciones o transmutaciones. Así, por ejemplo, nadie pensaría que al importar de Suecia a México la figura del *ombudsman* se pretendía que la situación de los derechos humanos era igual en los dos países, cuando a diferencia de los que pasa en el país escandinavo en nuestra latitud la preocupación principal era todavía la protección de los derechos más básicos de la llamada primera generación.

En resumidas cuentas, aunque la tendencia todavía dominante es la de aceptar y afirmar la dependencia de América Latina como la extensión de las ideas europeas-occidentales producidas en el centro --Francia, Alemania e Inglaterra-Estados Unidos de América, así como aunque en menor medida en España e Italia-- y recibidas en la periferia es preciso rechazar y negar la supuesta dependencia para rescatar la particularidad de las aportaciones y contribuciones de América Latina para el mundo.

De este modo, para reinventar la filosofía jurídica latinoamericana --y la mexicana para el mismo efecto-- hay que resistir el fundamentalismo e imperialismo que la reducen a una “mera extensión de la iusteoría europea o global” o una “devaluada práctica jurídica regional en la que, se supone, no existe ninguna teoría o reflexión valiosas.”⁴³ Ahora bien, sin caer en el otro extremo del excepcionalismo y parroquianismo, hay que proceder a identificar y resaltar aquellas particularidades que puedan ser de utilidad sin reducirlas a notas de derecho comparado, por ejemplo el juicio de amparo en México, ni a temas multiculturalistas que parecen más bien de antropología y sociología jurídica e historia del derecho, verbigracia los derechos humanos de los indígenas en México. Por el contrario, una verdadera jurisprudencia comparada e integrada

⁴³ *Ibid.*, p. 439.

implica tomar en serio no sólo las transmutaciones o transformaciones sino también la búsqueda de las aportaciones y contribuciones originales.

B. Teoría integral del derecho

El concepto de jurisprudencia integrada o *integrative jurisprudente*, como la llama HALL, ha estado ligado en primera instancia a la necesidad de superar las falacias de las tres jurisprudencias particularistas teóricas por excelencia y sus respectivas concepciones y/o construcciones del derecho: 1) iusnaturalismo, 2) iusformalismo y 3) iusrealismo. Al respecto, el propio HALL había sostenido desde finales de la década de los cuarentas del siglo pasado:⁴⁴

Si solamente hay un conocimiento de la ciencia del derecho, solamente hay un objeto de estudio que constituye el derecho. El problema jurisprudencial es el descubrir y describir esta materia, y también reducir las dificultades verbales relativas a ésta... Si solamente hay una ciencia del derecho, se sigue que los varios especialistas han dibujado sobre partes particulares de las cuales, por alguna buena razón, ellos han enfatizado o resaltado.

De hecho, esta idea estuvo en boca de varios autores a mediados del siglo veinte, después del fin de la Segunda Guerra Mundial, entre ellos el mismo KUNZ quien afirma:⁴⁵

⁴⁴ Jerome HALL, "Integrative Jurisprudence" en *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, cit., pp. 25-47: "If there is only one knowledge of science of law, there is only one subject matter, and also to reduce verbal difficulties regarding it... If there is only one science of law, it follows that the various specialists have drawn upon particular parts of which, for good reason, they have emphasized or supplemented." (La traducción es nuestra.) (Publicación original: P. SAYRE (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947.) (Hay versión en español: "Teoría jurídica integralista", traducción de Eduardo Ponssa, en Huntington CAIRNS et al., *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pp. 53-89.)

⁴⁵ Joseph L. KUNZ, *Latin American Philosophy of Law in the Twentieth Century*, New York, Law Institute, 1950, *passim*: "Legal positivism could solve the problem of the law in a period of codifications, of relative security and peace, of philosophical optimism and faith in science, as the nineteenth century was. But legal positivism cannot solve the problems of the law as it should be; and these problems dominate the twentieth century. Hence the revival of natural law, hence the modern philosophies in general, stressing the ethical not the logical element... In this spirit, they

El positivismo jurídico podía solucionar el problema del derecho en un período de codificaciones, de seguridad y paz relativas, de optimismo filosófico y de fe en la ciencia, tal como el siglo decimonónico era. Sin embargo el positivismo jurídico no puede solucionar los problemas del derecho como éste debería ser; y estos problemas dominan el siglo veinte --y lo que llevamos del veintiuno--. Por ello el retorno del derecho natural, por ende las filosofías modernas en general, enfatizan el elemento ético y no el lógico... En este sentido, ellas re-examinan los problemas fundamentales para poder llegar a soluciones satisfactorias que abarquen al derecho en su totalidad... Estamos en el camino hacia una concepción que nos permita integrar estos tres aspectos --lógico, sociológico y axiológico-- en una unidad fundamental.

Es indudable que esta noción tuvo eco también en América Latina bajo la forma de las ‘teorías tridimensionalista’ o ‘teoría tridimensional’ del derecho, encabezadas por el argentino Werner GOLDSCHMIDT y el brasileño Miguel REALE, respectivamente; e incluso, en México, con la ‘teoría de los tres círculos’ de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ⁴⁶ y también con la ‘teoría integral’ del derecho, como la recaracterizó Luis RECASÉNS SICHES.⁴⁷

En los últimos años, este pensamiento ha tenido cierta resonancia en varios autores, entre ellos baste mencionar al mismísimo Harold BERMAN, quien hace poco más de veinte años, en 1983, lo reintroduce en el “Prefacio” de su celeberrimo *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*:⁴⁸

re-examine fundamental problems in order to arrive at satisfactory solutions which embrace the law in its totality... We are on the way toward a conception which will allow us to bring all the three aspects --logical, sociological and axiological-- into one fundamental unity.” (La traducción es nuestra.) (Hay versión en español: *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*, traducción de Luis Recaséns Siches, Buenos Aires, Losada, 1951.)

⁴⁶ Vid. Imer B. FLORES, *Eduardo García Máynez...*, cit., pp. 151-164.

⁴⁷ Vid. Imer B. FLORES, “La teoría integral del derecho de Luis Recaséns Siches (1903-1977)”, en Luis J. MOLINA PIÑEIRO, J. Fernando OJESTO MARTÍNEZ P. y Fernando SERRANO MIGALLÓN (coords.), *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 51-78.

⁴⁸ Harold J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1983, pp. vi-vii: “We need to overcome the reduction of law to a set of

Necesitamos superar la reducción del derecho a una serie de instrumentos técnicos para hacer las cosas; la separación del derecho de la historia; la identificación del derecho con el derecho nacional y de toda la historia jurídica con la historia jurídica nacional; las falacias de una jurisprudencia exclusivamente política y analítica (“positivismo”), o una jurisprudencia exclusivamente filosófica y moral (“teoría del derecho natural”), o una jurisprudencia exclusivamente histórica y socio-económica (“la escuela histórica”, “la teoría social del derecho”). Necesitamos una jurisprudencia que integre a las tres escuelas tradicionales y vaya más allá de ellas. Tal jurisprudencia integrada enfatizaría que debemos creer en el derecho o este no va a funcionar; que implica no solamente razón y voluntad sino también emoción, intuición y fe. Implica un compromiso social total.

Ahora bien, este ‘compromiso social total’ implica no nada mas integrar las tres concepciones y/o construcciones del derecho --iusnaturalismo, iusformalismo y iusrealismo-- sino tomar muy en serio la conveniencia de una jurisprudencia comparada e integrada,⁴⁹ así como su enseñanza.⁵⁰ En pocas palabras, es indispensable establecer no sólo las condiciones para una

technical devices for getting things done; the separation of law from history; the identification of all law with national law and of all our legal history with national legal history; the fallacies of an exclusively political and analytical jurisprudence (“positivism”), or an exclusively philosophical and moral jurisprudence (“natural law theory”), or an exclusively historical and socio-economic jurisprudence (“the historical school”, “the social theory of law”). We need a jurisprudence that integrates the three traditional schools and goes beyond them.) Such an integrative jurisprudence would emphasize that law has to be believed in or it will not work; it involves not only reason and will but also emotion, intuition, and faith. It involves a total social commitment.” (La traducción es nuestra.) (Hay versión en español: *La formación de la tradición jurídica de occidente*, traducción de Mónica Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.)

⁴⁹ Vid. Imer B. FLORES, “La definición del derecho”, *cit.*, pp. 69-123; “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *cit.*, pp. 1001-1036; “El porvenir de la ciencia jurídica...”, *cit.*, pp. 999-1027; y “¿Ensueño, pesadilla o realidad?...”, *cit.*, pp. 173-194.

⁵⁰ Vid. Imer B. FLORES, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho: Enseñar a pensar y a repensar el derecho”, *Causas. Expresión de los Estudiantes de la Facultad de Derecho UNAM*, Año II, Nos. 5-7, enero-septiembre, 2003, pp. 30-38. “Langdell v. Holmes: On Legal Education --and the Legal Profession”, *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, Year III, No. 3, 2004, pp. 13-42. (Hay versión electrónica en: *Mexican Law Review*, No. 4, July-December, 2005: <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/4/arc/arc2.htm>.) “Prometeo

verdadera deliberación o discusión dialéctica y dialógica entre las diferentes teorías sino también los criterios para la ‘decibilidad’ o ‘derrotabilidad’ entre éstas, al superar lo que hasta ahora ha sido un monólogo o a lo mucho un diálogo de ciegos, mudos y sordos que como los changuitos no dicen, ni oyen ni ven nada, ya sea bueno del otro o malo de sí mismo.

Cabe aclarar que no se trata de la idea ingenua o *naïve* de simplemente añadir o sumar los elementos destacados por cada una de las tres concepciones y/o construcciones teóricas del derecho --valor, norma y hecho, o justicia, vigencia y eficacia-- para llegar a una teoría ecléctica o utópica porque hay que salvar y superar primero las contradicciones que son más que evidentes entre ellas. Por ejemplo, uno no puede ser al mismo tiempo iusnaturalista y iuspositivista (o iusformalista), porque una concepción se edifica sobre la correlación derecho-moral, en tanto que la otra construcción lo hace, como ya vimos, precisamente sobre la separación entre derecho y moral.

Para reforzar el punto de la falta de un verdadero coloquio entre las teorías, mismas que en su lugar se limitan cada una a dar un soliloquio, ofrecemos la siguiente ilustración: pareciera como si los teóricos se batieran en un duelo a muerte por largas horas, durante días y noches enteras, para que a final de cuentas cuando uno y otro creen que han vencido a su oponente al herirlo de muerte resulte que no se han hecho ningún daño, ni el más mínimo, y que a lo mucho el encuentro fue un ‘*round*’ de sombra.

(des)encadenado: La enseñanza del derecho y los estudios de posgrado”, *Cultura y derecho*, Nos. 14-15, mayo-diciembre, 2004, pp. 93-123. (Hay versión revisada: “Prometeo (des)encadenado: La enseñanza del derecho en México”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del derecho*, Año 4, No. 7, 2006, pp. 51-81.) “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates: Los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho”, en José María SERNA DE LA GARZA (coord.), *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 125-151.

Para tal efecto, es preciso que la deliberación o la discusión sea no sólo inter-multi-trans-disciplinaria⁵¹ sino también inter-teórica e intra-teórica y que contemos con mecanismos para garantizar la objetividad aunque sea por la vía de la intersubjetividad e intrasubjetividad, entendida ésta no como un mero acuerdo o consenso sino como la deliberación o discusión que permite confrontar las diferentes construcciones y reconstrucciones teóricas para decidir cuál de ellas derrota a las demás al ofrecer una mejor descripción del fenómeno.⁵²

Al respecto debemos formular algunos comentarios. La necesidad y conveniencia de una deliberación o discusión intra-teórica son más que evidentes al interior del propio positivismo jurídico, donde es posible hablar de diferentes versiones del mismo y de distintas polémicas, tales como entre positivistas duros y suaves, excluyentes e incluyentes, negativos y positivos,

⁵¹ Vid. Imer B. Flores, “Derecho, comunicación e información. Derecho informático e informática jurídica”, en AA.VV., *Memoria del Tercer Foro Internacional El Derecho Informático en el Umbral del Próximo Milenio*, Guatemala, COLADIC Guatemala y Universidad Francisco Marroquín, 1997, pp. 1-13. “Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985): Estampas del derecho en broma y en serio”, en Fernando SERRANO MIGALLÓN (coord.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 1-32. “Derecho y literatura: Finas estampas procesales en la obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, en Marcel STORME y Cipriano GÓMEZ LARA (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. I: Obtención de información y de asunción probatoria, procesos sumarios y familiares*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 3-23. “Derecho y salud: Algunas consideraciones sobre el proyecto del genoma humano”, en David CIENFUEGOS SALGADO y María Carmen MACÍAS VÁZQUEZ (coords.), *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 229-245. (Hay una versión anterior: “Derecho y genética: Algunas consideraciones éticas y jurídicas sobre el proyecto del genoma humano”, en AA.VV., *Memoria del Primer Congreso Nacional de Bioética*, México, Comisión Nacional de Bioética y Academia Nacional Mexicana de Bioética, 1998, pp. 278-290.)

⁵² Vid. Imer B. FLORES, “¿Ensueño, pesadilla o realidad?...”, *cit.*, pp. 173-194. Vid. también “Sobre la teoría de los derechos reales de Óscar MORINEAU: A propósito de la disputa SAVIGNY-JHERING acerca de la posesión”, en Nuria GONZÁLEZ MARTÍN (coord.), *Estudios en homenaje a Marta Morineau. T. I: Derecho Romano. Historia del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 197-218.

etcétera.⁵³ Lo anterior de pasada ofrece algunas ventajas adicionales, de un lado, es imposible reducir el iuspositivismo a una sola versión, y, del otro, es posible identificar las diversas construcciones teóricas alternativas que se presentan y pueden llegar a presentarse al interior de una misma concepción del derecho, al confrontar las aportaciones y contribuciones de diferentes autores.

Así, por ejemplo, a la pregunta de dónde deriva la validez del derecho, KELSEN responde que de la *grund norm* o ‘norma fundante’, la cual aparece como el cimiento o punto de partida de toda su teoría, en tanto que para HART sería de la *rule of recognition* o ‘regla de reconocimiento’, misma que ofrece como el remate o punto de llegada para la suya. Aunque AUSTIN no formula expresamente una ‘norma fundante’ o ‘regla de reconocimiento’, ello no impide que sea posible encontrar --o reconstruir-- al interior de su teoría alguna noción equivalente, como lo sería el *command of the sovereign* o ‘mandato del soberano’. De tal suerte, los tres presentan diferentes soluciones al mismo problema, pero todas parten --o al menos pretenden que lo hacen-- de la misma tesis positivista de los hechos sociales para explicar de dónde deriva la validez del derecho.

Si bien el diálogo intra-teórico puede ser fructífero, consideramos que el diálogo inter-teórico puede ser todavía más productivo y para ello baste pensar en la polémica entre DWORKIN-HART, misma que podemos replantear ya no como un binomio o dicotomía sino como un trinomio o tricotomía al incorporar a algún autor representativo de los movimientos anti-

⁵³ Vid. Wilfrid J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994. (Hay versión en español: *Positivismo jurídico incluyente*, traducción de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007.) Vid. también Juan BAUTISTA ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006; y Juan M. VEGA GÓMEZ, “En torno al debate Raz/Coleman: ¿Excluyente o incluyente?”, en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, cit., pp. 893-915.

formalistas, críticos o realistas como KENNEDY, pero al integrar a los tres no en un *continuum* --DWORKIN-HART-KENNEDY-- sino en un triángulo.⁵⁴

En este orden de ideas, una vez esbozada la conveniencia, posibilidad y hasta necesidad de una jurisprudencia integrada, *i.e.* una teoría integral del derecho, pero antes de continuar es imperativo considerar la coexistencia y convivencia de al menos dos paradigmas: uno dominante y otro crítico. Para tal efecto en los párrafos siguientes, analizaremos la dicotomía formalismo/positivismo y anti-formalismo/anti-positivismo, a partir de la polémica entre Christopher Columbus LANGDELL y Oliver Wendell HOLMES Jr. De igual forma, estudiaremos la construcción teórica de HART, quien al pretender seguir a HOLMES se posiciona entre el formalismo de LANGDELL y la jurisprudencia analítica de AUSTIN, de un lado, y la jurisprudencia sociológica de Roscoe POUND y el movimiento del realismo estadounidense de Jerome FRANK y Kart N. LLEWELLYN, del otro; y después examinaremos cómo ésta --la construcción teórica de HART-- en lugar de constituir el término medio virtuoso entre los dos extremos viciosos del *continuum* --el ensueño o noble sueño de POUND/DWORKIN y la pesadilla de FRANK-LLEWELLYN/KENNEDY-- es uno de los tres vértices de la teoría contemporánea del derecho y de lo que sería una teoría integrada o integral.

De vez en cuando el formalismo/positivismo, el cual abarca desde las escuelas exegética e histórica hasta las jurisprudencias analítica y conceptual, es atacado por una especie de anti-formalismo/anti-positivismo, el que abraza desde las jurisprudencias finalista, de intereses y sociológica hasta los movimientos de la libre investigación científica en Francia, del derecho libre en Alemania y del realismo en los Estados Unidos de América.

La objeción se centra en la excesiva confianza depositada en el pensamiento deductivo, formal, y abstracto, así como en el silogismo, *i.e.* premisa mayor, premisa menor y conclusión, o lo que es lo mismo en la mecánica subsunción de normas en hechos a partir de los cuales derivan

⁵⁴ Vid. Imer B. FLORES, “¿Ensueño, pesadilla o realidad?...”, *cit.*, p. 184.

necesariamente ciertas consecuencias jurídicas. De esta forma, denuncian la reducción del papel de los jueces a la de aplicar de manera pasiva un derecho preexistente para todo caso por igual y en cambio sugieren que el rol es el de crear --descubrir e inventar-- de modo activo el derecho aplicable a cada caso concreto.

En los Estados Unidos de América, John DEWEY y Thorsten VEBLEN encabezaron en la filosofía y en la economía, respectivamente, la ‘rebelión contra el formalismo’, en tanto que en el derecho sería Oliver Wendell HOLMES Jr. el primero en abrir fuego y su principal objetivo el creador del método de casos Christopher Columbus LANGDELL, quien había introducido este modelo en la enseñanza del derecho porque estaba convencido de que se debía acudir a las fuentes originales. En un país perteneciente al *common law*, éstas son las decisiones o resoluciones judiciales, pero con este mismo razonamiento si LANGDELL hubiera sido natural de un país perteneciente al sistema romano-canónico-germánico, sus fuentes originales habrían sido el código o la ley. De tal suerte que el método de enseñanza por casos es independiente del sistema o tradición jurídica y de la concepción del derecho que le dé cabida.

Antes de proseguir es imperativo recordar un par de referencias que hace el mismísimo H.L.A. HART acerca del pensamiento de HOLMES y de la relación de éste con la ‘pesadilla’ (*‘nightmare’*):⁵⁵

Holmes, ciertamente nunca cayó en estos extremos --representados por Llewellyn y Frank--. A pesar de que proclamaba que los jueces legislan y deben legislar en ciertos puntos, él admitía que una vasta área del derecho legislado y muchas de las doctrinas del *common law* firmemente establecidas... estaban suficientemente determinadas como para hacer absurda la visión del juez como, esencialmente, legislador. Así para Holmes, la función creadora de derecho de los jueces era “intersticial”. La teoría de Holmes no era una filosofía de “a toda máquina y olvidemos los silogismos”.

Y un poco más adelante:⁵⁶

⁵⁵ H.L.A. HART, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana...”, *cit.*, p. 332.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 333.

Tal vez la cita más erróneamente utilizada por cualquier jurista norteamericano sea la observación de Holmes de 1884 (*sic*) de que “La historia del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”. Esto, en su contexto, era una protesta contra la superstición racionalista (como Holmes la concebía) de que el desarrollo histórico del derecho por los tribunales podía ser explicado como la extracción de las consecuencias lógicamente contenidas en el derecho en sus fases primarias...

Si bien HART trata de minimizar el ataque frontal en contra de la ‘lógica’, o al menos del ‘uso excesivo de la lógica’, lo cierto es que todo el mundo conoce que el anti-formalismo/anti-positivismo y el movimiento del realismo estadounidense tienen como antecedente esta celeberrima frase: “La vida del derecho no ha sido la lógica: sino la experiencia.”⁵⁷ Sin embargo, no todos saben que el origen de la misma es anterior, a la publicación de *The Common Law* en 1881, ya que aparece por vez primera, publicada en enero de 1880, en una reseña bibliográfica a la segunda edición de *A Selection of Cases of the Law of Contracts with a Summary of the Topics covered by the Cases* de C.C. LANGDELL:⁵⁸

El ideal de Langdell en el derecho, el objetivo de toda su determinación, es la *elegantia juris*, o la integridad *lógica* del sistema como un sistema. Él es posiblemente el más grande teólogo viviente. Pero como un teólogo él está menos preocupado por sus postulados que por demostrar que las conclusiones se siguen necesariamente... tan enteramente está interesado en las conexiones

⁵⁷ Oliver Wendell HOLMES Jr., *The Common Law*, New York, Dover, 1991, p. 1: “The life of the law has not been logic: it has been experience.” (Publicado originalmente en 1881.) (La traducción es nuestra.)

⁵⁸ Oliver Wendell HOLMES Jr., “Book Notices”, *American Law Review*, No. 14, January, 1880, p. 234: “Mr. Langdell’s ideal in the law, the end of all his striving, is the *elegantia juris*, or *logical* integrity of the system as a system. He is perhaps the greatest living theologian. But as a theologian he is less concerned with his postulates than to show that the conclusions from them hang together... so entirely is he interested in the formal connection of things, or logic, as distinguished from the feelings which make the content of logic, and which actually shaped the substance of the law. The life of the law has not been logic: it has been experience... The form of continuity has been kept up by reasonings purporting to reduce every thing to a logical sequence; but that form is nothing but the evening dress which the new-comer puts on to make itself presentable according to conventional requirements. The important phenomenon is the man underneath it, not the coat; the justice and reasonableness of a decision, not is consistency with previously held views.” (El énfasis es original y la traducción es nuestra.)

formales de las cosas, o lógica, como algo diferente de los sentimientos que dan contenido a la lógica, los cuales en realidad dan forma a la sustancia del derecho. La vida del derecho no ha sido la lógica: sino la experiencia... La forma de continuidad ha sido mantenida por razonamientos que pretenden reducir cada cosa a una secuencia lógica; pero esta forma no es nada excepto el traje de noche el cual el nuevo-rico se pone para hacerse presentable de acuerdo con los requisitos convencionales. El fenómeno importante es el ser humano debajo, no el abrigo; la justicia y lo razonable de la decisión, no su consistencia con medidas tomadas previamente.

Ciertamente la crítica de HOLMES se enfoca en el excesivo logicismo de LANGDELL pero abarca también al método de casos. De hecho, unos cuantos años antes, en la segunda parte de la reseña bibliográfica a la primera edición, aunque confirmaba los elogios al libro como texto de clase, el cual había recomendado en la primera parte “A todas luces aconsejamos a todo estudiante de derecho comprar y estudiar el libro”,⁵⁹ no dejaba de manifestar: “Sin embargo, no estamos de acuerdo con él, en su creencia aparentemente exclusiva en el estudio de casos.”⁶⁰

Es conveniente matizar los alcances de la multicitada frase, la cual si bien constituye un ataque frontal a la lógica, de ninguna manera pretende abolir su uso. Baste recordar que, por un lado, en las líneas que la preceden HOLMES explica: “El objetivo de este libro es el presentar una visión general del *common law*. Para alcanzar este propósito, otras herramientas son necesarias además de la lógica. Una cosa es demostrar que la consistencia del sistema requiere de un resultado particular, pero eso no es todo.”⁶¹ Así mismo, en las que le siguen:⁶²

⁵⁹ Oliver Wendell HOLMES Jr., “Book Notices”, *American Law Review*, No. 5, April, 1871, p. 540: “At all events we advise every student of the law to buy and study the book.” (La traducción es nuestra.)

⁶⁰ Oliver Wendell HOLMES Jr., “Book Notices”, *American Law Review*, No. 6, January, 1872, p. 354: “We do not agree with him, however, in his seemingly exclusive belief in the study of cases.” (La traducción es nuestra.)

⁶¹ Oliver Wendell HOLMES Jr., *The Common Law*, *cit.*, p. 3: “The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all.” (La traducción es nuestra.)

⁶² *Id.*: “The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men have had a good deal more to do

Las necesidades de una época, las teorías morales y políticas prevalecientes, las intuiciones de política pública, declaradas no inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compatriotas tienen mucho más que ver que el silogismo a la hora de determinar las reglas bajo las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho personifica la historia del desarrollo de una nación a través de varios siglos, y no puede ser vista como si tuviera solamente los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas. Para saber que es, debemos saber que ha sido y a que tiende a convertirse.

Aunado a lo anterior, en su también clásico artículo “The Path of Law” de 1897, HOLMES denuncia “La falacia... de que la única fuerza que trabaja en el desarrollo del derecho es la lógica.”⁶³ Así, aun cuando reconoce que la lógica tiene un papel central, cínicamente nos dice que no lo es todo:⁶⁴

Esta forma de pensar es natural enteramente. La formación de los abogados es una formación en lógica. Los procesos de analogía, discriminación y deducción son aquellos con los que se siente como en su casa. El lenguaje de la decisión judicial es principalmente el lenguaje de la lógica. Y el método y la forma lógica aumentan el deseo de certeza y reposo que está en toda mente humana. Sin embargo la certeza es generalmente una ilusión, y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica descansa un juicio acerca de la relativa valía e importancia de diferentes

than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become.” (La traducción es nuestra.)

⁶³ Oliver Wendell HOLMES Jr., “The Path of Law”, *cit.*, p. 997: “The fallacy... that the only force at work in the development of the law is logic.” (La traducción es nuestra.)

⁶⁴ *Ibid.*, p. 998: “This mode of thinking is entirely natural. The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form.” (La traducción es nuestra.)

fundamentos legislativos, con frecuencia un juicio inarticulado e inconsciente, es en verdad, y así la mera raíz y espíritu de todo el procedimiento. Uno puede dar a cualquier conclusión una forma lógica.

En este sentido, podemos caracterizar *prima facie* al formalismo/positivismo con una fe ciega en la lógica y al anti-formalismo/anti-positivismo con la duda o escepticismo ante ella. Así, el primero está caracterizado por una confianza excesiva en la lógica y en las reglas, en tanto que el segundo por la desconfianza extrema. Al grado tal que ambos extremos pueden ser caricaturizados como la ‘jurisprudencia mecánica’ que contiene una respuesta predeterminada para cada caso y la ‘jurisprudencia no-mecánica’ --o ‘gastronómica’-- donde no hay una respuesta para cada caso ni mucho menos ésta está predeterminada, sino donde hay una infinidad de posibles respuestas: tantas como jueces o estados de ánimo hay.

Antes de proceder a recharacterizar el *spectrum* que según HART lo tiene a él en el centro y que va de un extremo vicioso a uno demasiado virtuoso para ser realidad, *i.e.* de la ‘pesadilla’ --personificada por FRANK/LLEWELLYN, en la década de los treinta, y por KENNEDY, en la de los ochenta-- al ‘noble sueño’ --protagonizado por POUND, primero, y DWORKIN, después-- cabría recordar algunas generalidades y genialidades de la postura del propio HART, así como de las de DWORKIN y KENNEDY.

Aun cuando HART pertenece a la jurisprudencia analítica comienza por criticar el modelo de los mandatos de AUSTIN y ante los embates tanto de la jurisprudencia sociológica como del movimiento del realismo estadounidense, se posiciona con gran habilidad del centro. De hecho su estrategia es auto evidente como se desprende del título que lleva el capítulo VII. ‘Formalismo y escepticismo ante las reglas’ de su *El concepto del derecho*.⁶⁵

Así, a partir de la introducción de la noción de la ‘textura abierta del derecho’ (*‘open texture of law’*), así como de la distinción entre el centro, corazón o núcleo de significado (*‘core’*) y la zona de duda o penumbra (*‘penumbra’*), podemos afirmar que para HART aquellos casos que

⁶⁵ Vid. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, *cit.*

caen dentro del centro, corazón o núcleo de significado la respuesta es determinada para cada uno; en tanto que cuando entran en la zona de duda o penumbra la respuesta será indeterminada y por ello el juez deberá ejercer su discreción para optar de entre las posibles respuestas por una, pero de ninguna manera es posible que haya tantas respuestas como jueces ni tampoco que la indeterminación alcance a todos los casos.

DWORKIN en su “¿Es el derecho un sistema de reglas?” cuestiona ‘el modelo de las reglas’ de HART y propone uno alternativo, a la sazón: ‘el modelo de los principios’.⁶⁶ Al insistir que el derecho no se reduce a las reglas sino que abarca además a los derechos/principios, en su “Casos difíciles” critica las tesis tanto de la indeterminación como de la discrecionalidad judicial, al grado tal que para él es posible encontrar respuestas correctas e inclusive una respuesta correcta aún para los casos más difíciles.⁶⁷

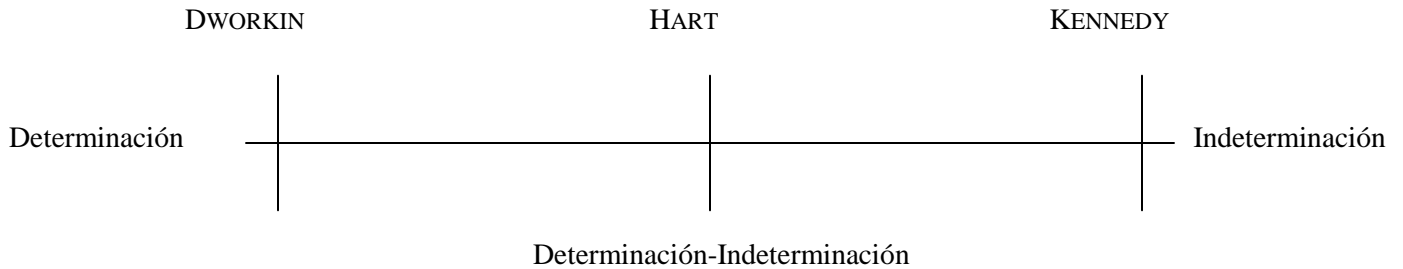
Por su parte, para KENNEDY la indeterminación no es solamente para unos cuantos casos difíciles sino que en cualquier caso, sea fácil o difícil, está ésta o puede estar presente. Este tipo de indeterminación es descrita como ‘radical’ en contraposición a la de tipo hartiano --o kelseniano-- que es detallada como ‘moderada’. Ahora bien, ha aclarado que la indeterminación que él tiene en mente no es ni puede ser tan radical: si bien es cierto que el juez tiene libertad para escoger entre una infinidad de posibilidades la sentencia a la que él quiere llegar, al punto de “dar --como dice HOLMES-- a cualquier conclusión una forma lógica”, también está claro que ante la existencia de toda una gama de restricciones no es absolutamente libre. De hecho, en la medida en que se limita la libertad del juez es más o menos posible hablar de cierta determinación e incluso de respuestas correctas únicas para ciertos casos donde no hay margen de maniobra para desestabilizar la interpretación dominante.⁶⁸

⁶⁶ *Vid.* Ronald DWORKIN, “The Model of Rules”, *cit.*

⁶⁷ *Vid.* Ronald DWORKIN, “Hard Cases”, *cit.*

⁶⁸ Duncan KENNEDY, “Freedom and Constraint in Adjudication...”, *cit.*; *A Critique of Adjudication...*, *cit.*, y “A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation”, *cit.*

En resumidas cuentas, el espectro tiene en un extremo a DWORKIN con la tesis de la determinación y en el otro a KENNEDY con la tesis de la indeterminación, entre tanto HART ocupa el centro con la tesis mixta: determinación en unos casos e indeterminación en otros.



Cabe señalar que a cada una de estas posturas le corresponde un tipo de juez:

A) El de HART se denomina --como él-- ‘Herbert’, cuyo significado es ‘brillante, excelente guerrero o gobernante’ (*‘ruler’*), *i.e.* gobierna conforme a las reglas, e implica que el juez de forma no-arbitraria u objetiva aplica la regla a los casos fáciles y es capaz de ejercer su discreción para elegir una de las posibles respuestas para los casos difíciles sin dejarse llevar necesariamente por sus propios prejuicios;

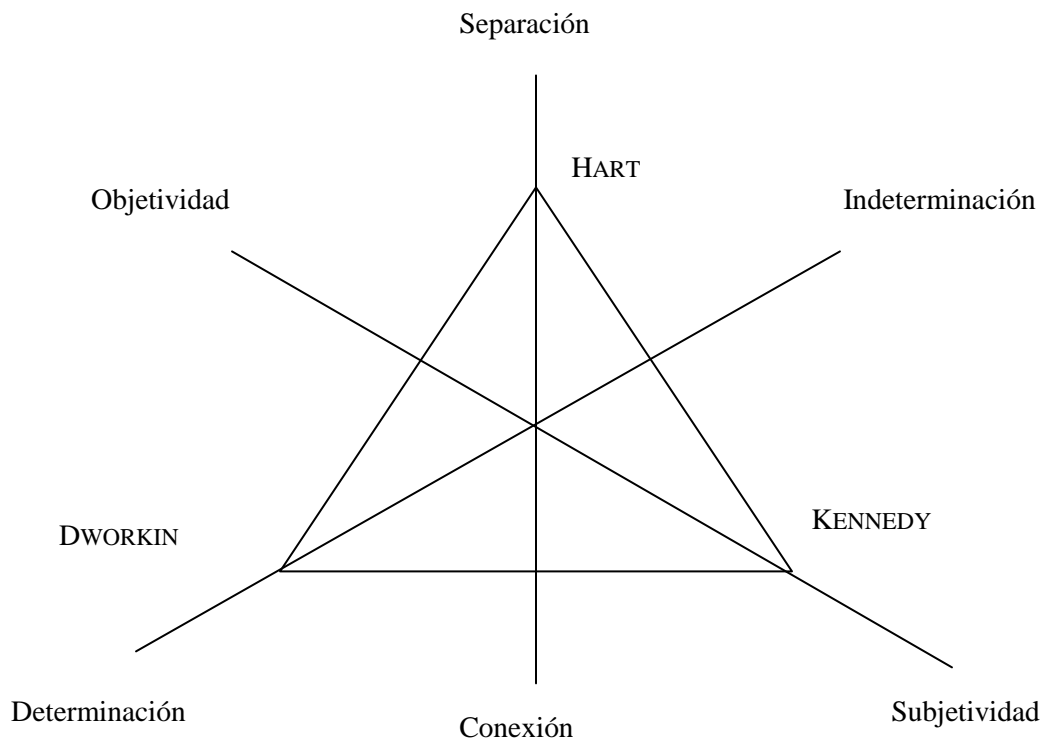
B) El de DWORKIN se llama ‘Hércules’, en alusión al ‘semidiós romano, hombre fuerte y robusto que tuvo que completar doce tareas para convertirse en un Dios’ e indica que el juez tiene capacidades sobrehumanas que le permiten encontrar de manera no-arbitraria u objetiva, a partir de la correlación entre derecho y moral, una respuesta correcta en casos fáciles y difíciles por igual; y

C) El de KENNEDY,⁶⁹ se podría llamar ‘Heráclito’, como el filósofo presocrático antidogmático y materialista que aboga por la doctrina del cambio y la unidad de los opuestos,

⁶⁹ Como KENNEDY ha sido renuente a ponerle un nombre a su juez, Diego E. LÓPEZ MEDINA ha sugerido que éste bien podría llamarse simplemente ‘Duncan’. Nosotros, en cambio, preferimos alguno que comience con el prefijo ‘Her’ para mantener cierto paralelismo con ‘Herbert’ y ‘Hércules’. Toda vez que KENNEDY pertenece al movimiento de *Critical Legal Studies* cuyo slogan es ‘todo es política’ (*‘it’s all politics’*), así como a una tradición filosófica

pero que en todo caso, involucra la noción de un juez que de modo arbitrario o subjetivo puede escoger entre una infinidad de posibles respuestas la que a él más le gusta incluso en los casos más fáciles.

Como ya lo hemos adelantado la construcción teórica de HART en lugar de constituir el término medio virtuoso entre los dos extremos viciosos del *continuum*, a saber el ensueño o noble sueño de DWORKIN y la pesadilla de KENNEDY, es uno de los tres vértices de un triángulo equilátero.



materialista que enfatiza el discurso y el arte de la persuasión, consideramos que ‘Heráclito’ es una excelente alternativa y que tanto ‘Hermes’ como ‘Hermokrates’ son muy buenas opciones. Ahora bien, aunque en principio ‘Herder’ era una buena idea tiene el problema de que su significado literal en inglés es el de ‘pastor’, *i.e.* la persona que cuida o guía a un rebaño, y por ello podría dar lugar al sentido negativo de que las ovejas lo siguen meramente por ser borregos; y, finalmente, ‘Heracles’, tendría la ventaja de evidenciar que se necesita de otro Hércules para poder hacerle frente, pero tiene la desventaja de que no sería posible diferenciar uno del otro más allá de que uno sea griego y el otro romano. En conclusión, optamos por ‘Heráclito’ toda vez que representa mejor las tres tesis que caracterizan a KENNEDY: indeterminación, conexión derecho y moralidad política, y subjetividad.

Una vez que el espectro se convierte en un triángulo, es posible identificar tres controversias en lugar de nada más una:

A) El debate *DWORKIN versus HART-KENNEDY*, acerca de la determinación o indeterminación del derecho: es plausible o no encontrar una respuesta correcta para todo caso, inclusive los más difíciles;

B) La discusión *HART versus DWORKIN-KENNEDY*, relativa a la separación o conexión entre derecho y moralidad política: es posible establecer que hay o no una relación necesaria entre ambos; y

C) La disputa *KENNEDY versus HART-DWORKIN*, sobre la subjetividad u objetividad en el derecho: es viable o no erradicar los elementos arbitrarios en el derecho, en general, o en cualquier decisión judicial, en particular.

En este orden de ideas, claro está que para HART no hay una relación necesaria entre derecho y moral, mientras que tanto para DWORKIN como para KENNEDY si la hay. Sin embargo, la diferencia entre ambos es que para el primero a partir de la conexión con la moralidad política el derecho es determinado y objetivo, en tanto que para el segundo por esa misma vinculación el derecho resulta ser indeterminado y subjetivo.

El análisis de este nuevo dilema --determinación-objetividad e indeterminación-subjetividad-- será objeto del próximo apartado. Cabe adelantar que es posible hablar de objetividad en el derecho y en su interpretación, porque independientemente de cierta indeterminación --en el mundo de lo posible puede haber una infinidad de respuestas-- el derecho requiere de determinación --en el mundo de lo necesario debe haber solamente una respuesta correcta-- para poder funcionar como tal. Así, aunque el derecho es en principio indeterminado, también es determinado --o mejor dicho determinable-- dadas todas las limitaciones y restricciones a la libertad tanto del juzgador como del legislador, como vimos en el capítulo II.

Es más, para cerrar este apartado y capítulo, solamente nos resta ofrecer un ejemplo de lo ventajosa que es una jurisprudencia integrada o integral, contrastada con las tres jurisprudencias

particularistas por excelencia y sus respectivas concepciones filosófico-jurídicas y/o construcciones teórico-jurídicas:

Así, al referirnos a la racionalidad jurídica hemos identificado cinco modelos de racionalidad que son aplicables a la argumentación jurídica tanto en la adjudicación como en la legislación: *lingüística* (R1); *jurídico-formal* (R2); *teleológica* (R3); *pragmática (económica y sociológica)* (R4); y *ética (deontológica)* (R5). Como ninguno de estos modelos se excluye ni implica pueden ser integrados en lo que sería una *racionalidad integral*: donde R1 --como claridad y precisión lingüística-- y R2 --como coherencia lógica-formal-- son características del iusformalismo --o positivismo jurídico--; donde R3 --como eficacia fáctica o práctica-- y R4 --como efectividad sociológica y eficiencia económica-- son específicas del iusrealismo --o antiformalismo/antipositivismo jurídico--; y donde R5 --como justificación ética o moral-- es típica del iusnaturalismo --o idealismo jurídico--.

VI. REFORMA DEL ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD EN MÉXICO:

LOS MÉTODOS DE VOTACIÓN Y LA REGLA DE LA MAYORÍA

Pero entonces se necesitaría que de tiempo en tiempo el Estado se reformara a sí mismo y progresara constantemente hacia lo mejor, ensayando la evolución en lugar de la revolución.

Immanuel KANT, *Der Streit der Facultäten* (1798).

Una de las grandes justificaciones de la democracia es que permite experimentación y una elección revisable entre tales alternativas.

H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961).

Reformar al Estado no implica variar el contenido económico, político y social del proyecto nacional consagrado en nuestra Carta Magna sino recobrar su viabilidad en el presente y asegurar su continuidad hacia el futuro. Volver a dar forma a ese proyecto si requiere de una cuidadosa y laboriosa reflexión acerca de nuestros arreglos institucionales y manifestaciones culturales para ver cuáles deben cambiar y cuáles deben permanecer, así como en qué medida deben hacerlo. Por tanto, si supone adiciones y modificaciones no sólo a instituciones jurídico-constitucionales y legales sino también a aspectos culturales, tales como nuestra doctrinas, hábitos de pensamiento y de acción.

De tal manera, además, de hacer un breve recuento de las reformas experimentadas en los últimos años; procedemos a revisar los métodos de votación, incluida la ‘regla de la mayoría’, la cual facilita tanto la elección de nuestros gobernantes y representantes, por medio de la votación y con ello la representatividad, como la toma de una decisión, también por medio de la votación y con eso la gobernabilidad. Sin embargo, la regla de la mayoría no es el único método de votación y por lo mismo no justifica por sí solo cualquier decisión o elección.

En este orden de ideas, la existencia de la *regla de la mayoría* y su aplicación no implica que cualquier elección o decisión estén justificadas *per se* ni mucho que sean legítimas por el simple hecho de que hubo una votación. Como ya advertimos no basta con cumplir procedimientos adjetivos-formales sino que además se deben observar principios sustantivos-materiales, tales como que las mayorías no son fijas sino cambiantes y la mayoría no puede constituirse *ex ante* sino *ex post* como producto o resultado contingente no sólo de la deliberación y discusión sino también de la reflexión que antecede a la votación y no como algo necesario ni mucho menos preestablecido de antemano.

1. *Reforma del Estado, gobierno y sociedad*

Con motivo del Primer Informe de Gobierno que rindió al H. Congreso de la Unión en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 69 de la Constitución, el entonces presidente Carlos SALINAS DE GORTARI formuló algunas de las razones y las medidas que su administración había emprendido para la modernización del país y para reformar al Estado. Ahora bien, unos cuantos meses después, amplió algunas cuestiones en un artículo intitulado “Reformando el Estado”, mismo que aparecería en la revista *Nexos*.¹

Ahí, aclaró que la reforma del Estado implicaba en gran medida modificar sus relaciones, incluidas las del gobierno, con la sociedad y con los ciudadanos. De igual forma, precisó que

¹ *Vid.* Carlos SALINAS DE GORTARI, “Reformando el Estado”, *Nexos*, No. 148, abril, 1990, pp. 27-32. (Publicado como folleto: México, Presidencia de la República, 1990.)

dicha reforma obedecía a razones tanto externas como internas. Entre las primeras evocaba las oportunidades y los retos que derivaban del contexto internacional marcado por una gran transformación mundial caracterizada por la globalización de la economía, la revolución científico-tecnológica, la formación de nuevos bloques económicos y centros de financiamiento, y una competencia más intensa por acceder a los diferentes mercados.² Entre las segundas invocaba la necesidad de recobrar la viabilidad del proyecto nacional y volver al espíritu original de la Constitución de 1917. En este sentido, podemos adelantar que las reformas constitucionales han obedecido a la necesidad de ajustar el proyecto consagrada en la Constitución al contexto tanto nacional como internacional.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Y con lo estipulado en el numeral 40:

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

No obstante, mucho se ha dicho de la naturaleza autoritaria, centralista y poco --o nada-- representativa del sistema económico-político-social mexicano, al grado de constituir un claroscuro o paradoja caracterizado por Frank R. BRANDENBURG como el “maquiavélico liberal”³

² Vid. Jürgen HABERMAS, *Legitimation Crisis*, traducción de Thomas McCarthy, Boston, Beacon Press, 1973. Vid. también “Crisis del capitalismo tardío y posibilidades de la democracia”, traducción de F. Fernández-Buey, *Cuadernos Políticos*, No. 19, enero-marzo, 1979, pp. 5-13.

³ Frank R. BRANDENBURG, “The Liberal Machiavellian”, en *The Making of Modern Mexico*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1964, pp. 141-165.

o por Octavio PAZ como el “ogro filantrópico”.⁴ Las contradicciones o tensiones inherentes al sistema, aunadas a la disparidad entre la constitución formal y la material o real justifican --y de hecho han justificado en el pasado y justificarán en el futuro-- la necesidad no sólo de reformar la Constitución para reducir la brecha entre ambas sino también para reconstituir una verdadera República representativa, democrática y federal.

Cabe recordar que la Constitución fue promulgada el 5 de febrero de 1917 y entró en vigor el 1° de mayo de ese mismo año con 136 artículos y 16 disposiciones transitorias. Desde aquel entonces, en noventa años, ha sido reformada por 177 decretos contados hasta el “Decreto que reforma los artículos 6°, 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día martes 13 de noviembre de 2007, relativo a la más reciente reforma político-electoral. Esos 177 decretos comprenden 459 adiciones o modificaciones al texto de la Constitución, incluidas 3 disposiciones transitorias. Vale la pena destacar que casi la mitad de esos decretos --88 para ser exactos-- fueron publicados hasta el 9 de enero de 1978 en poco más de seis décadas y la otra mitad --89 para ser precisos-- en poco más de seis lustros. En este sentido, 197 adecuaciones se realizaron en 61 años (3.22 por año), en tanto que 262 alteraciones en los últimos 30 años (8.73 por año): *i.e.* cuatro novenas partes en las primeras dos terceras partes de vida constitucional, mientras que cinco novenas partes en la restante tercera parte.

Es más, durante las presidencias de Luis ECHEVERRÍA ÁLVAREZ (1970-1976) y José LÓPEZ PORTILLO (1976-1982) las reformas comprendieron un total de 28 decretos (2.33 por año) y 74 adiciones o modificaciones al texto (6.16 por año). En cambio, ya con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en vigor, en la presidencia de Ernesto ZEDILLO PONCE

⁴ Octavio PAZ, “El ogro filantrópico” en *El ogro filantrópico: historia y política (1971-1978)*. México, Joaquín Mortiz, 1979.

DE LEÓN (1994-2000) se emitieron 18 decretos (3 por año) y 77 adecuaciones (12.8 por año) y en la de Vicente FOX QUESADA 19 decretos (3.16 por año) y 32 alteraciones, incluida una a un artículo transitorio de un decreto de reforma de 1997 (5.33 por año). Ahora bien, en los dos periodos presidenciales previos a la firma, ratificación y entrada en vigor del TLCAN, *i.e.* las presidencias de Miguel DE LA MADRID HURTADO (1982-1988) y Carlos SALINAS DE GORTARI (1988-1994), se aprobaron 34 decretos (2.83 por año) y 120 adiciones o modificaciones (10 por año): 19 decretos (3.16 por año) y 65 adecuaciones (10.83 por año), y 15 decretos (2.5 por año) y 55 alteraciones (9.16 por año), respectivamente. Por último, en tan sólo el primer año y medio de la presidencia de Felipe de Jesús CALDERÓN HINOJOSA (2006-a la fecha) podemos contabilizar 8 decretos de reforma constitucional con 17 adiciones o modificaciones al texto de la Constitución.

Como se puede apreciar en los últimos treinta años la gran transformación, al menos en términos cuantitativos, pero no necesariamente cualitativos, a partir del número de reformas constitucionales es auto-evidente. Ciertamente, el Estado mexicano se ha reformado a sí mismo al tratar de pasar de predominantemente rural a urbano; de una economía cerrada --bajo la forma del desarrollo estabilizador y del modelo de sustitución de exportaciones-- a una abierta, a partir de su inserción en los mercados globales y de la firma de tratados de libre comercio; y de una forma autoritaria de gobierno a una mucho más democrática.⁵ Sin embargo, la brecha entre los “dos Méxicos”, *i.e.* el desarrollado y el subdesarrollado, como los caracterizó el mismísimo PAZ

⁵ Vid. Sergio LÓPEZ AYLLÓN, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 89. Vid. también Imer B. FLORES & P. César FLORES MANCILLA, “Las paradojas entre cultura de la legalidad e instituciones jurídicas en México”, en Leticia AGUIAR MEUGNIOT (coord.), *Demos ante el espejo: Análisis de la cultura política y de las prácticas ciudadanas en México. Memoria del Seminario para el análisis sobre cultura política y prácticas ciudadanas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 205-217. (Hay una versión resumida en: “Conociendo a los ciudadanos mexicanos”, *Este país. Tendencias y opiniones* (suplemento), No. 152, noviembre, 2003, p. 22.)

subsiste y la pregunta --al no existir todavía una respuesta definitiva-- acerca de cuál de los dos va a prevalecer persiste.⁶

Hasta el momento la transformación ha sido principalmente económica al consolidar una economía de mercado, a partir de los lineamientos que conocemos como “Consenso de Washington” --para usar la caracterización de John WILLIAMSON-- o de lo que también se ha llamado “neoliberalismo”, los cuales pretenden derrotar los modelos tanto de economía centralmente planificada como de Estado benefactor o de bienestar al implementar una *reforma económica*, la cual comprende: 1) *estabilización*, al mantener balanceadas las finanzas públicas, así como al reducir el déficit y la deuda pública; 2) *integración*, ya sea tanto al abrir la economía nacional a los flujos de comercio de bienes y servicios, así como de inversión, aunque no de personas, como al eliminar las barreras arancelarias y el proteccionismo estatal; 3) *privatización*, al reducir la participación directa del Estado en la economía como empresario y al ampliar la participación de empresarios privados; y 4) *liberalización*, al desregular amplios sectores de la economía y al restringir la interferencia estatal en la misma.

Aun cuando, la gran transformación al responder a los factores tanto externos como internos, pero sobre todo a los primeros, ha sido esencialmente económica, también es cierto que ha sido complementada en los ámbitos político y social, incluido el jurídico. En este sentido, por una parte, la *reforma política* puede rastrearse, en 1953, a la incorporación del derecho de las mujeres a votar y ser votadas en las elecciones federales; y en 1963, a la introducción de la representación proporcional, bajo la figura de diputados de partido. O bien, remontarse a la reducción de la edad para votar a 18 años, en 1969, y para ser votados al Congreso de la Unión, ya sea a la Cámara de Diputados y al Senado, a los 21 y 30 años, correspondientemente, en 1972.⁷

⁶ Vid. Octavio PAZ, “Postdata”, en *El laberinto de la soledad, Postdata, Vuelta al laberinto de la soledad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 287.

⁷ Vid., Imer B. FLORES, “Gobernabilidad y representatividad...”, *cit.*, pp. 213-215.

No obstante, los diferentes aspectos de la reforma política fueron gradualmente adoptados con las reformas político-electoral de 1977, 1986, 1990, 1996 y la más reciente de 2007, para promover una mayor y mejor: 1) *representación*, al aumentar la representatividad en el Congreso de los miembros de los distintos partidos minoritarios a partir de la figura de la representación proporcional; 2) *separación*, al crear una autoridad responsable de la organización de las elecciones e independiente del titular del poder ejecutivo federal: Instituto Federal Electoral; y, 3) *profesionalización*, al crear al interior del poder judicial federal un tribunal especializado en la calificación de las elecciones en lugar del sistema estrictamente político encomendado a la rama legislativa: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Aunado a lo anterior, la reforma político-electoral de 1990 duplicó el número de Senadores, a partir de 1994, de 2 a 4 por cada entidad federativa, incluido el Distrito Federal, esto es de 64 a 128. De tal suerte, hoy en día, cada partido político puede postular a dos candidatos en una fórmula, con la idea de que a la fórmula ganadora del mayor número de votos se le adjudicarían los dos primeros asientos; a la primera minoría se le asignaría la tercera curul, misma que le correspondería a quien encabezara la fórmula; y, la cuarta silla correspondiente a cada entidad se designaría por la vía de la representación proporcional. Sin embargo, la última parte de este arreglo institucional compromete el federalismo y el principio federativo que consagra la igualdad de las entidades federativas sin importar su distancia respecto de la capital o centro político, su población, y su tamaño.⁸

La otra gran reforma político-electoral fue aquella que modificó, entre otras cosas, la naturaleza jurídica del Distrito Federal, en 1996. Con anterioridad las autoridades locales eran designadas directamente por el presidente de la República al ser considerado el Distrito Federal como un mero Departamento Administrativo. Hoy en día la gran mayoría de estas autoridades

⁸ *Ibid.*, p. 234. Vid. también “Democracia y participación...”, *cit.*, p. 233; “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados...”, *cit.*, p. 249; “Reconstituting Constitutions --Institutions and Culture...”, *cit.*, pp. 693-717; y “La Constitución de 1857 y sus reformas...”, *cit.*, pp. 317-318.

son electos, incluidos tanto el Jefe de Gobierno del Distrito como los Delegados, a partir de 1997 y 2000, respectivamente. No obstante, todavía hay algunas autoridades que son nombradas --o más propiamente ratificadas-- por el ejecutivo federal a propuesta del ejecutivo local y pueden ser removidas libremente por el primero, como es el caso del Procurador de Justicia del Distrito Federal y el Secretario de Seguridad Pública. Aunado a lo anterior, de 1988 a 1997 el Distrito Federal contó con una Asamblea de Representantes sin facultades legislativas, misma que se convirtió en Asamblea Legislativa, aun cuando el Congreso de la Unión mantiene la potestad de “Legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa”, conforme a la Fracción I, del Apartado A, del artículo 122 constitucional.⁹

Los cambios más significativos en el ámbito de la *reforma social* comprenden la adición o modificación a tres artículos torales de la Constitución, tales como el 3º, el 27 y el 130. En 1993, la reforma educativa amplió la obligación del Estado --en todos los niveles de gobierno-- de garantizar la educación obligatoria no sólo a la educación básica y primaria sino también a la secundaria. De igual forma, la reforma agraria y la religiosa requirieron la reforma a dos artículos considerados casi como “intocables” como decisiones políticas fundamentales al representar sendos momentos de nuestra historia jurídico-constitucional: la Revolución y la Constitución de 1917; de un lado, y la Reforma (liberal) y la Constitución de 1857, del otro.

No obstante, ambas fueron reformadas, a principios de 1992, la primera: para reconocer la personalidad jurídica de las propiedades ejidales y comunales; para remover algunas restricciones a la propiedad de la tierra y a su eventual comercialización; así como para establecer una jurisdicción federal, reservada para los Tribunales Agrarios y la Procuraduría Agraria; y la

⁹ Vid. Imer B. FLORES, “Reinventar el gobierno: renovarse o morir. Perspectivas del acceso a la justicia y a la gestión jurídica pública: El caso de la Ciudad de México”, en David CIENFUEGOS SALGADO y Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 235-254.

segunda: para reconocer personalidad jurídica en igualdad de condiciones a todas las “asociaciones religiosas” y al mismo tiempo fortalecer la “libertad de religión y/o de conciencia” de todas las personas por igual, con lo cual se mantenía el “principio histórico de la separación entre el Estado y la(s) iglesia(s)”.

En el ámbito jurídico-constitucional, una de las reformas más importantes y significativas fue la creación en 1990 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, al tomar prestada y transplantar la figura del *Ombudsman* de los países escandinavos para garantizar el respeto a los derechos humanos, sobre todo en los sectores penal y penitenciario al erradicar las desapariciones, la tortura, y demás violaciones a los derechos humanos del inculcado o indiciado, del procesado y del reo o sentenciado. De igual forma, desde la entrada en vigor del TLCAN, la reforma más trascendente ha sido la judicial, la cual entre otras medidas sirvió para: compactar la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 21 ministros numerarios y 5 supernumerarios a tan sólo 11, uno de los cuales sería el ministro presidente; crear el Consejo de la Judicatura, compuesto por 7 consejeros y presidido por el propio ministro presidente, como órgano encargado de las cuestiones administrativas del poder judicial federal; y contemplar entre las funciones de la Suprema Corte las que normalmente corresponden a un tribunal constitucional, tales como resolver las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. Aunado a lo anterior, al actuar como árbitro y tener que resolver un *impasse* entre los diferentes poderes tanto federales como locales, la Corte ha ganado una mayor relevancia en los asuntos nacionales.

En otro orden de ideas, cabe mencionar que muchas de estas transformaciones fueron acompañadas por la celebración, ratificación y entrada en vigor de varios tratados internacionales no sólo en materia de comercio sino también de derechos humanos. Ciertamente, en los últimos 38 años, México ha ratificado más de 100 tratados internacionales, la mitad sobre comercio y la otra sobre derechos humanos y otras materias afines. Como consecuencia, el Estado mexicano ha aceptado no sólo la competencia del Consejo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

donde el Estado ha sido demandado,¹⁰ sino también la jurisdicción de los comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.¹¹ Además, el Estado mexicano ha demandado a los Estados Unidos de América ante la Corte Internacional de Justicia por violaciones a los derechos humanos de nuestros compatriotas sentenciados a la pena de muerte y ejecutados en su territorio.¹²

De tal suerte, el impacto del derecho internacional, así como de los tratados internacionales, en el derecho nacional ha aumentado significativamente en especial dadas las condiciones de “globalización” en las cuales estamos inmersos.¹³ Por ejemplo, Sergio LÓPEZ-AYLLÓN y Héctor FIX-FIERRO, en un estudio que comprende los años 1917-1998, han evidenciado que de los 200,000 criterios jurisprudenciales dictados por la Suprema Corte solamente 106 hacían referencia a tratados internacionales: 68 establecidos entre 1917 y 1988

¹⁰ Vid. Jorge Ulises CARMONA TINOCO, “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 9, julio-diciembre, 2003; y “El caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, No. 5, 2005.

¹¹ Vid. Jorge Ulises CARMONA TINOCO, “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, No. 1, 2003.

¹² Vid. Juan Manuel GÓMEZ ROBLEDO, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, No. 5, 2005.

¹³ Vid. Imer B. FLORES, “Notas sobre globalización (y derechos humanos): A propósito de los claroscuros de 9/11”, en Luis T. DÍAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 47-67. (Hay versión en inglés: “On Globalization (and Human Rights): A Propos 9/11”, traducción de Carmen Valderrama Ramos, en *Mexican Law Review*, No. 7, January-June, 2007: <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/7/arc/arc7.htm>.) ; y “Notas sobre globalización (y derechos humanos): A propósito del libro *Who Are We?* de Samuel P. Huntington”, en Luis T. DÍAZ MÜLLER (coord.), *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 201-229.

(0.96 por año) y 38 entre 1988 y 1998 (3.45 por año).¹⁴ El incremento implica no solamente la reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, sino además una más rápida incorporación y recepción del primero en el segundo.

Por supuesto que la expectativa generada por las transformaciones anteriores, así como por la llegada a la presidencia de un candidato de un partido político distinto al PRI, fue en aumento. En un principio la idea parecía ser continuar y consolidar algunos caracteres de las reformas previas, como en el caso de la educativa. De igual forma, en el caso de la reforma política era necesario fortalecer al Congreso y controlar al titular del ejecutivo federal, así como consumir la reestructuración de las autoridades del Distrito Federal en igualdad frente a las demás entidades federativas. En cuanto a la reforma judicial era preciso reformar la Ley de Amparo para ampliar su protección, sobre todo en materia de derechos humanos, pero la iniciativa quedó en la “congeladora”. Recientemente, se ha promulgado una reforma en materia de justicia penal para implementar un sistema en principio más garantista, al pasar del modelo inquisitivo al acusatorio, e instrumentar la oralidad. No obstante, todavía falta mucho para complementar la reforma económica con una amplia y comprensiva reforma social, misma que requiere de reformas económicas de segunda y tercera generación, incluidas reformas financieras, fiscales, así como la reforma energética y laboral, entre otras.

2. Regla de la mayoría

Aunque la ‘regla de la mayoría’ facilita la elección de gobernantes, *i.e.* nuestros representantes, mediante la votación y con ello la representación (nacional), así como propicia la toma de una

¹⁴ Sergio LÓPEZ-AYLLÓN & Héctor FIX-FIERRO, “¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México 1970-1999”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, No. 97, enero-abril, 2000, pp. 252-253. *Vid.* Jorge Ulises CARMONA TINOCO, “La aplicación judicial de los tratados de derechos humanos” en Ricardo MÉNDEZ SILVA (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

decisión, también por medio de la votación y con eso la gobernabilidad, lo anterior no implica que cualquier elección o decisión estén justificadas *per se* ni mucho que sean legítimas por el simple hecho de que hubo una votación. Como ya advertimos no basta con cumplir procedimientos adjetivos-formales sino que además se deben observar principios sustantivos-materiales.

En nuestra opinión, en el caso del 'Estado de derecho' y de la 'legislación', uno de los temas centrales es si basta con tomar en consideración los intereses de las mayorías o si se requiere además tomar en cuenta a las minorías para que las leyes representen el interés general y sean verdaderamente generales tanto en su formulación como en su aplicación. Adelantamos que la respuesta para nosotros es en el sentido de que es necesario tomar el interés de ambas seriamente.

Si bien es cierto que la mayoría está legitimada al tener el derecho para gobernar también lo es que se supone que representa --y debe representar-- a las minorías, al respetar sus derechos y sus intereses legítimos. El problema es que la 'regla de la mayoría' crea ganadores que se pueden llevar todo el poder sin compartirlo --o al menos sin compartir la parte correspondiente-- con los perdedores que se pueden quedar sin nada. Así, la 'regla de la mayoría', en donde el ganador se lleva todo, convierte a la política en un juego de suma cero en vez de uno donde todos ganan.

La justificación de la 'regla de la mayoría' descansa, ante la dificultad de alcanzar siempre la unanimidad, en la noción de una 'representación virtual', *i.e.* los ganadores representan a todos tanto a los que votaron por ellos como a los que no lo hicieron, y además en dos premisas sobre la reciprocidad: 1) las mayorías son cambiantes, no fijas; y, 2) las minorías pueden convertirse, en el futuro, en parte de la mayoría.

Sin embargo, cuando la mayoría de manera consistente excluye a la minoría y/o de modo sistemático rechaza sus demandas, al grado tal de dejarlas al margen o de plano ignorarlas, tarde o temprano esto va a destruir la representación virtual y los principios de reciprocidad, al transformar el principio legítimo de la 'regla de la mayoría' en su antítesis: la tiranía de la

mayoría. Tal y como la caracterizó John Stuart MILL: “en las especulaciones políticas ‘la tiranía de la mayoría’ es ahora generalmente incluida entre los males en contra de los cuales la sociedad debe estar en guardia.”¹⁵ De igual forma, precisó:¹⁶

La injusticia y la violación de un principio no son menos flagrantes porque quienes la sufren son una minoría; pues no hay igualdad de sufragio donde un individuo particular no cuenta igual que cualquier otro miembro de la comunidad. Pero no es sólo una minoría la que sufre. La democracia, así constituida, ni siquiera llega a alcanzar su objetivo pretendido, el de otorgar los poderes del gobierno en todos los casos a la mayoría numérica. Hace algo muy diferente: se los da a una mayoría de la mayoría, que puede ser, y frecuentemente es, apenas una minoría del todo.

El problema es que, a pesar de la representación virtual y de los principios de reciprocidad, la mayoría no reconoce ni representa los intereses de la minoría. Tal como lo advirtió Alexis de TOCQUEVILLE:¹⁷

La mayoría, al estar en absoluto control tanto de la creación de las leyes como de la aplicación de las leyes, y al controlar tanto a gobernantes como gobernados, considera a los funcionarios públicos como sus agentes pasivos y se contenta en dejar a éstos la realización de sus planes

¹⁵ John Stuart MILL, “On Liberty”, *cit.*, p. 8: “in political speculations ‘the tyranny of the majority’ is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard.” (La traducción es nuestra.) (p. 59.)

¹⁶ John Stuart MILL, *Considerations on Representative Government*, *cit.*, p. 104: “The injustice and violation of principle are not less flagrant because those who suffer by them are a minority; for there is not equal suffrage where every single individual does not count for as much as any other single individual in the community. But it is not only a minority who suffer. Democracy, thus constituted, does not even attain its ostensible object, that of giving the powers of government in all cases to the numerical majority. It does something very different: it gives them to a majority of the majority, who may be, and often are, but a minority of the whole.” (La traducción es nuestra.) (p. 122.)

¹⁷ Alexis de TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, *cit.*, pp. 253-254: “The majority, being in absolute command both of lawmaking and of the execution of the laws, and equally controlling both rulers and ruled, regards public functionaries as its passive agents and is glad to leave them the trouble of carrying out its plans.” (La traducción es nuestra.) (p. 259.)

No obstante, cuando la mayoría posee todo el poder y lo ejerce fuera de toda proporción, puede llegar a perder toda su legitimidad. Sobre este peligro ya nos había advertido James MADISON cuando consideraba que uno de los objetivos del gobierno es evitar el dominio de algún grupo de interés particular al reconocer, primero: “En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte.”¹⁸ Y, un poco más adelante:¹⁹

En una sociedad bajo la cual la facción más fuerte puede fácilmente oprimir a la más débil, la anarquía puede reinar tan verdaderamente como en el estado de naturaleza, donde el individuo más débil no está protegido en contra de la violencia del más fuerte.

Por su parte, TOCQUEVILLE reitera que la voluntad de la mayoría es la esencia del gobierno democrático.²⁰

El imperio moral de la mayoría se funda en parte sobre la idea de que hay más luz y cordura en muchos hombres reunidos que en uno solo, en el número de legisladores que en su elección... El imperio moral de la mayoría se funda todavía en el principio de que los intereses del mayor número deben ser preferidos a los del menor.

Sin embargo, advierte que el germen de la tiranía se encuentra precisamente en la “omnipotencia de la mayoría”. Al respecto afirma: “Yo nunca concedería a muchos el poder para

¹⁸ James MADISON, “The Federalist Paper, No. 51”, *cit.*, p. 323: “It is of great importance in a republic not only to guard the society against the oppression of its rulers, but to guard one part of the society against the injustice of the other part.” (p. 222.)

¹⁹ *Ibid.*, p. 324: “In a society under the forms of which the stronger faction can readily unite and oppress the weaker, anarchy may as truly be said to reign in a state of nature, where the weaker individual is not secured against the violence of the stronger”. (La traducción es nuestra.) (p. 222.)

²⁰ Alexis de TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, *cit.*, p. 247: “The moral authority of the majority is partly based on the notion that there is more enlightenment and wisdom in a numerous assembly than in a single man, and the number of the legislators is more important than how they are chosen... The moral authority is also founded on the principle that the interest of the greater number should be preferred to that of those who are the fewer.” (p. 255.)

hacer cualquier cosa mismo que le niego a un sujeto en lo individual.”²¹ Así, la voluntad de la mayoría debe ser moderada para controlar las posibilidades de convertirse en una tiranía. El poder de la mayoría va más allá de cualquier otro. No obstante, el uso del poder no es necesariamente bueno: “Ese poder irresistible es un hecho continuo y su buen empleo no es sino un accidente.”²²

En la democracia, la ‘regla de la mayoría’ está justificada pero ésta no debe ni puede legítimamente ejercer todo el poder, porque puede llegar a oprimir a la minoría, ya sea al no proteger sus intereses, al cancelar la oportunidad de progreso, al dejarla fuera del equilibrio de fuerzas y al negar la posibilidad de participación en el proceso político. Es incuestionable que la mayoría debe tener la mayor parte de los asientos y de los puestos de representación pero no tiene porque tener todos los lugares, porque algunos de ellos le corresponden a las minorías, ni tampoco predeterminedar su mayoría legislativa a través de las llamadas ‘cláusulas de gobernabilidad’.

Por consiguiente, el cuerpo legislativo debe ser un microcosmos del electorado, donde cada grupo puede participar al estar representado, tanto las mayorías como las minorías, en proporción a su verdadera representatividad, sin adulteraciones o diluciones de ningún tipo. La ‘regla de la mayoría’ significa que no solamente ésta está representada sino que todo el pueblo lo está, lo cual forzosamente incluye a las minorías. La mayoría debe tener el mayor número de asientos pero no tiene porque tener todos los lugares. De igual forma, la decisión de la mayoría ciertamente debe prevalecer pero ello no quiere decir que pueda pasar por encima o pisotear los derechos de la minoría.

Asimismo, la advertencia de Alexander HAMILTON cobra mayor sentido: “Si se le da todo el poder a la mayoría, éstos oprimirán a la minoría; y, si se le otorga todo el poder a unos

²¹ *Ibid.*, p. 251: “I will never grant to several that power to do everything which I refuse to a single man.” (La traducción es nuestra.) (p. 258.)

²² *Ibid.*, pp. 254-256. (p. 262.)

cuantos, éstos oprimirán a muchos. Por tanto, ambos deben tener poder, para defenderse los unos de los otros.”²³ En otras palabras, la democracia es mucho más que la mayoría. De hecho, en una verdadera democracia el poder está en manos no de la mayoría ni de la minoría sino de todos, *i.e.* todo el pueblo.

Al respecto, MILL reconoció: “La idea pura de democracia, de acuerdo con su definición, es el gobierno de todo el pueblo por el pueblo entero, representado equitativamente.” Sin embargo, acto seguido, recordó: “La democracia, como se concibe por lo común y como se ha practicado hasta ahora, es el gobierno del pueblo entero por una simple mayoría del pueblo, representado parcialmente.”²⁴

En otras palabras, el gran reto es garantizar la más amplia representación del interés general, *i.e.* de los intereses de todos de manera equitativa y no solamente los intereses de la mayoría o de la minoría, al mismo tiempo que se garantiza el derecho tanto de la mayoría como de la minoría a gobernar y a que sus derechos sean respetados.

3. *Métodos de votación (elección y decisión)*

Una de las grandes preocupaciones de Friedrich August von HAYEK permanece latente, aunque la democracia liberal tradicionalmente promueve instituciones democráticas limitadas, el gobierno oprime al pueblo y no permite el progreso individual, al convertirlos en siervos en lugar de personas libres.²⁵ Por ello, para superar los dilemas de la democracia representativa, debemos formular un programa de reconstrucción del Estado, gobierno y sociedad inferido de los ideales

²³ Alexander HAMILTON, “Speech, June 18, 1787”, *cit.*, p. 101. (La traducción es nuestra.)

²⁴ John Stuart MILL, *Considerations on Representative Government*, *cit.*, p. 102: “The pure idea of democracy, according to its definition, is the government of the whole people by the whole people, equally represented. Democracy as commonly conceived and hitherto practiced is the government of the whole people by a mere majority of the people, exclusively represented.” (La traducción es nuestra.) (p. 122.)

²⁵ *Vid.* Friedrich August von HAYEK, *Law, Legislation and Liberty...*, *cit.*

de la democracia, así como del desarrollo de los arreglos institucionales y manifestaciones culturales existentes.²⁶

Consideramos que la identificación de los ideales democráticos es indispensable para poder construir una verdadera democracia representativa, capaz de superar sus disfunciones. Sin duda, ésta se debe fundar en la regla de la mayoría, pero su requisito *sine qua non* es un proceso de deliberación realmente democrático sobre el cual, ante la imposibilidad de la unanimidad se pueda determinar el consenso y su correlativo disenso. De hecho, lo característico de una democracia es que “cada miembro de la comunidad participe *igualmente* de la soberanía popular.”²⁷

Precisamente, la pieza que falta del rompecabezas para poder rehacer y reimaginar la democracia representativa es cómo superar la profunda división y jerarquía que imperan en la realidad. Así, el gran dilema es resolver, por un lado, el dualismo imperante que existe entre el pueblo y el gobierno, y, por otro lado, la tensión entre sendas relaciones hegemónicas: la autoritaria y la democrática. Al respecto, Bruce ACKERMAN trata de diferenciar, en el seno de la democracia dualista, entre dos decisiones: la primera hecha por el pueblo mismo; y, la segunda por su gobierno.²⁸ Por su parte, Ernesto LACLAU y Chantal MOUFFÉ pretenden distinguir, en el tema de las relaciones hegemónicas, entre las prácticas: democrática --de abajo hacia arriba-- por el pueblo mismo; y, autoritaria --de arriba hacia abajo-- por el gobierno en sí.²⁹

Cuando el pueblo toma la misma decisión que el gobierno no hay problema. Pero cuando hay un completo divorcio entre una y otra, el dilema surge: el dualismo crece y polariza aún más

²⁶ Vid. Roberto Mangabeira UNGER, *Critical Legal Studies Movement*, cit., pp. 15-42; e, Imer B. FLORES, *Law and Politics...*, cit.

²⁷ Karl MARX, “On the Jewish Question”, en *Writings of the Young Marx on Philosophy and Society*, New York, Anchor Books, 1967, p. 225. (La traducción es nuestra.)

²⁸ Vid. Bruce ACKERMAN, *We the People...*, cit., pp. 3-33.

²⁹ Vid. Ernesto LACLAU & Chantal MOUFFÉ, *Hegemony and Socialist Strategy...*, cit., pp. 47-91.

la relación hegemónica entre el pueblo y el gobierno. Por tanto, si la idea es combatir el dualismo democrático es imperativo no sólo reducir la distancia entre gobernantes y gobernados sino también restringir lo más posible las prácticas autoritarias del gobierno o desde arriba (*top-down*) al ser reemplazadas con prácticas verdaderamente democráticas por el pueblo o desde abajo (*bottom-up*).

Sin embargo, la idea es fortalecer tanto al pueblo como al gobierno --en lugar de debilitarlo-- para que se complementen recíprocamente. Un excedente de democracia no necesariamente debe significar un faltante en su gobernabilidad. La solución falsa es debilitar la democracia porque al hacer esto la volvemos impotente y por ende defectuosa. En cambio, proponemos que la receta verdadera es vigorizar la democracia: más, no menos.

Cabe recordar que etimológicamente “representar” consiste en volver a presentar y, por extensión, hacer presente algo o alguien que no está presente. En otras palabras, actuar en nombre o por cuenta de otra cosa o persona. Por ende, al sujeto que representa se le conoce como “representante” y a la acción o efecto de representar, se le denomina “representación”. La diferencia específica que hace a la representación “política” es que el representante está vinculado al titular del poder político. Por tanto, en una democracia, los representantes deben encarnar al pueblo y a la voluntad popular.³⁰ En este sentido, resulta evidente la estrecha vinculación que, *prima facie*, existe entre el derecho electoral y la propia democracia. Esto es entre la idea de democracia y de representación política que se funden en la moderna democracia representativa, la cual enlaza dichos elementos en la mecánica electoral.³¹

³⁰ Vid. Michelangelo BOVERO, “Democracia y representación” en AA.VV., *Democratización, partidos políticos y procesos electorales. Perspectivas de la modernización política*, México, PRI, 1990, pp. 3-9; y, Amador RODRÍGUEZ LOZANO, *Lo claroscuro de la representación política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Senado de la República, 1996.

³¹ Vid. Antonio de CABO DE LA VEGA, *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Por esta razón, vamos a enfocar nuestras consideraciones sobre la ‘regla de la mayoría’ a partir de la representación política, en general, y del sistema electoral, en particular. Indubitablemente, una de las tareas de las democracias representativas es elegir a sus representantes e, indiscutiblemente, ésta es la función esencial del sistema electoral como “conjunto de métodos para traducir los votos de los ciudadanos en escaños de representantes. De este modo el sistema electoral es el elemento más importante de la democracia representativa.”³²

De hecho, “El concepto sistema electoral se refiere al principio de representación que subyace al procedimiento técnico de la elección, y al procedimiento mismo, por medio del cual los electores expresan su voluntad política en votos que, a su vez, se convierten en escaños o poder público.”³³ Resulta evidente que un sistema electoral es y debe ser muy complejo porque se relaciona con la representación política, con el principio que la define y con todas aquellas reglamentaciones técnicas que abarcan todo el proceso electoral, tales como las circunscripciones electorales, las candidaturas, las votaciones, las reglas para atribuir escaños y otras muchas más.³⁴

No obstante, comúnmente, nos encontramos con posturas ambivalentes respecto al significado de los sistemas electorales. En un extremo hay quienes afirman que éste es mínimo en

³² Arend LIJPHART, *Sistemas electorales y sistemas de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 29.

³³ Dieter NOHLEN, *Los sistemas electorales en América Latina y el debate sobre reforma electoral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 11. *Vid.* Dieter NOHLEN, *Sistemas electorales del mundo*, traducción de Ramón García Cotarelo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 56: “Los sistemas electorales suponen procedimientos por medio de los cuales los electores expresan su voluntad en votos y los votos, a su vez, se convierten en escaños.” *Vid.* también Douglas W. RAE, *The Political Consequences of Electoral Laws*, New Haven, Yale University Press, 1967, p. 14: “Reglas electorales son aquellas que gobiernan los procedimientos por los cuales las preferencias electorales son articuladas como votos y por las cuales estos votos son traducidos en distribuciones de la autoridad gubernamental (típicamente escaños parlamentarios) entre los partidos políticos contendientes.” (La traducción es nuestra.)

³⁴ *Vid.* Dieter NOHLEN, *Sistemas electorales del mundo*, *cit.*, pp. 106-141.

tanto que en el otro existe el convencimiento que una democracia depende del sistema electoral. Sin duda, es un error tanto minimizar como maximizar su influencia. Al respecto, pensamos que el debate sobre el sistema electoral es uno de los temas fundamentales de la tan proclamada transición hacia la democracia de nuestro país. De igual forma, estamos conscientes de que es una de tantas cuestiones que hay que resolver. La justificación del tratamiento del sistema electoral se motiva en el sentido de que debemos ocuparnos de los puntos de ida y al mismo tiempo de regreso. De hecho, nuestro argumento es que el sistema electoral es precisamente una de las claves de este doble camino. Así, el sistema electoral es una variable potencialmente influyente, pero no es una variable causante de todo lo bueno ni de todo lo malo. Es una variable que puede influir en la representación política, en la configuración del sistema de partidos, e incluso en la conformación del sistema de gobierno.

Desafortunadamente, durante mucho tiempo se ha menospreciado la importancia de los sistemas electorales, porque resulta casi imposible precisar sus efectos con exactitud. Lo anterior aunado a que los detractores tienden a subestimar su influencia en el sistema político mientras que sus defensores, por el contrario, a sobrestimar dicha ascendencia. Ante los excesos de los dos extremos viciosos es menester identificar el término medio virtuoso que permita tener una actitud objetiva y realista del tema. Por esto, debemos considerar a los sistemas electorales en el marco de su desarrollo histórico, porque afecta y a la vez es afectado por las decisiones políticas y por su interrelación con el sistema de gobierno, el sistema de partidos y la representación política.

El primer autor que trata de precisar los efectos de los sistemas electorales, al menos con relación al sistema de partidos, es Maurice DUVERGER, quien formula tímidamente dos leyes: Primera, “*el escrutinio mayoritario de una sola vuelta tiende al dualismo de partidos.*” Segunda, “*el escrutinio mayoritario de dos vueltas o la representación proporcional tienden al multipartidismo.*”³⁵ Las críticas no se hicieron esperar, éstas comúnmente sostienen que las

³⁵ Maurice DUVERGER, *Los partidos políticos*, traducción de Julieta Campos y Enrique González Pedrero,

relaciones entre los sistemas electorales y los sistemas de partidos no se pueden enunciar en leyes científicas, porque estiman que no se pueden obtener generalizaciones comparativamente válidas. De hecho, razonan que el método comparativo es útil para encontrar particularidades más que generalidades.³⁶

Al respecto, cabe hacer referencia a un problema epistemológico o de la teoría del conocimiento. Por supuesto que las leyes de las ciencias humanas, sociales o culturales no pueden ser deterministas como las de las exactas --formales o ideales-- ni altamente probables como las de las físicas o naturales sino relativas y menos probables, por lo cual toleran alguna desviación. En ese sentido, las leyes son generalizaciones objetivas y racionales dotadas de un poder comprensivo y explicativo de ciertas regularidades, que admiten excepciones. Por ende, “las consideraciones *ad hoc* ofrecen bases para afirmar que tales excepciones debilitan a la ley, pero no la anulan.”³⁷

Giovanni SARTORI reformula las leyes de DUVERGER como leyes tendenciales: Ley de tendencia uno. *Las fórmulas electorales pluralistas facilitan (son condiciones que facilitan) un formato bipartidista e inversamente obstruyen (son condiciones que obstruyen) el multipartidismo.* Ley de tendencia dos: *Las fórmulas electorales de representación proporcional facilitan el multipartidismo y, en forma inversa, difícilmente conducen a un bipartidismo.*³⁸ Así mismo, presenta sus propias leyes.³⁹

México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 245 y 266.

³⁶ Vid. Vernon BOGDANOR & David BUTLER (eds.), *Democracy and elections*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

³⁷ Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada, cit.*, p. 45.

³⁸ Vid. Giovanni SARTORI, “La influencia de los sistemas electorales”, *Estudios Públicos*, No. 17, 1985, pp. 5-36.

³⁹ Vid. Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada, cit.*, pp. 61-62.

Por su parte, Dieter NOHLEN distingue entre diferentes tipos de efectos de los sistemas electorales: directos e indirectos. Los primeros residen en la conversión de preferencias políticas en poder político, es decir en escaños. Los segundos influyen en la cantidad y en el formato de los sistemas de partidos.⁴⁰ Por tanto, los efectos de los sistemas electorales son directos e inmediatos en el sistema de representación política e indirectos y mediatos en el sistema de partidos políticos, pero además alcanzan al sistema de gobierno.⁴¹

Respecto al efecto directo del sistema electoral es conveniente mencionar unos cuantos aspectos. En principio, su efecto general es dar forma a las preferencias políticas, resultado del proceso electoral, al adjudicar puestos legislativos y/o ejecutivos, e incluso judiciales. Así mismo, tiene algunos otros efectos colaterales: 1) influye en la votación misma, en la medida que colocan a los electores frente a una situación decisoria específica, que está marcada sobre todo por las diferentes posibilidades de éxito de los candidatos y de los partidos políticos; y, 2) genera distintos resultados que sirven para determinar la proporcionalidad o no de la relación entre votos y escaños, y el efecto reductivo o no sobre la cantidad de partidos en el Parlamento, así como el porcentaje de votos para elegir a un Presidente. Sin embargo, otra gran cuestión --elemental para una democracia representativa-- es la relación entre el votante y el elegido o representante, el mayor o menor grado de cercanía entre uno y otro, pero todo esto depende del tamaño de la circunscripción, de los candidatos, de la forma de voto, de la atribución de escaños y otros elementos técnicos.⁴²

Es oportuno reiterar la necesidad de dar un mayor énfasis en la dialéctica: representatividad y responsabilidad. No sólo a la semejanza o vínculo que permite ligar

⁴⁰ Vid. Dieter NOHLEN, *Los sistemas electorales en América Latina...*, cit., pp. 23 y 24.

⁴¹ Vid. Arend LIPHART, *Sistemas electorales y sistemas de partidos*, cit.; y, Dieter NOHLEN, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994. Vid. también Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada*, cit., pp. 95-156.

⁴² Vid. Dieter NOHLEN, *Los sistemas electorales en América Latina...*, cit., pp. 12-13.

representantes y representados, sino también la adecuación de la actividad de los representantes a los deseos de los representados. De esta manera, la representación debe ser responsable, y los representantes sujetos de responsabilidad, identificada con dos términos anglosajones: “*accountability*” y “*responsiveness*”.⁴³ No obstante, la responsabilidad requiere también de una mayor profesionalización de nuestros representantes. De tal suerte, el tema de la reelección --al menos en el campo legislativo-- es una opción viable que debemos reconsiderar. Sin embargo, conjuntamente, hay que exigir que los representantes sean profesionales y responsables, por lo cual es indispensable complementar estas medidas con otras para mantener a los representantes cerca de sus representados; es decir, de su electorado para que representen no los intereses del partido que los nomina sino del pueblo que los vota.

Por esta razón es congruente reintroducir la reelección inmediata *de iure* de los legisladores, pero quizás sea pertinente limitar el número de períodos; por ejemplo, a un máximo de tres o cuatro períodos. Así mismo es conveniente rescindir la posibilidad de la reelección inmediata *de facto* de los legisladores. Sobre este último aspecto, como es de todos conocido hay legisladores que a pesar de la prohibición a ser reelectos inmediatamente, con un ardid le dan la vuelta a tal provisión y ‘brincan’ de una Cámara a la otra o de un Congreso federal a uno estatal. Si bien el ‘brincar’ de un lado a otro ya es censurable de por sí --porque no fomenta la dialéctica representatividad-responsabilidad sino el oportunismo y la irresponsabilidad-- ni siquiera aquellos que son reelectos bajo el principio de mayoría y que se someten periódicamente a la ratificación del electorado se salvarían del todo de esta condena, con más razón es criticable en el de quienes conforme al principio de representación proporcional han sido reelegidos indirectamente, en más de una ocasión consecutiva, y han pasado a través del sistema de listas de partido --o más bien de los favores del mismo o de sus dirigentes-- de una asamblea local a un congreso federal y de la cámara de diputados a la de senadores, y de ahí para el real, sin haber sido refrendados nunca por

⁴³ Vid. Antonio de CABO DE LA VEGA, *El derecho electoral en el marco teórico...*, cit., p. 58.

los gobernados. Con esta orientación procedemos a realizar un análisis somero de los sistemas electorales, al enfocarnos a sus efectos directos tanto generales como colaterales.

Una vez cerrada nuestra digresión sobre la reelección de los legisladores. Los sistemas electorales se pueden clasificar en mayoritarios y proporcionales. Los primeros sacrifican la proporción de la representatividad parlamentaria al gobierno eficiente, al formar mayorías; mientras que los segundos sacrifican la gobernabilidad (gobierno eficiente) a la proporcionalidad (representatividad parlamentaria). Así funcionan, por ejemplo, Inglaterra y Francia, respectivamente. Sin duda, el gran reto es construir --diseñar e inventar-- un sistema representativo que pueda a la vez cumplir, de principio a fin, con su función de gobernar de manera eficiente y de representar de modo proporcional. Está claro que los dos sistemas --tanto el mayoritario como el proporcional-- cuentan con sus ventajas y desventajas.

Por una parte, se defiende a los sistemas mayoritarios con base en cuatro puntos: 1) sirven para elegir a los representantes y a una mayoría gobernante; es decir, a un gobierno; 2) reducen la fragmentación de los partidos, e incluso originan un formato bipartidista; 3) crean una relación directa o más directa entre los electores y sus representantes; 4) mejoran la calidad de los funcionarios elegidos.⁴⁴

Al respecto, un breve comentario: los dos primeros puntos --elección de los representantes y del gobierno; y, la tendencia tanto a la reducción de la fragmentación partidista como al bipartidismo-- parecen indiscutibles, los dos últimos son muy controvertibles. Así, la relación electores-representantes y la calidad de los funcionarios elegidos dependen de otras circunstancias, relacionadas más con el sistema de castigos y recompensas que con el propio sistema electoral, tales como la profesionalización de los cuerpos legislativos y la consiguiente reelección de sus miembros, entre otros instrumentos. No obstante, los cuatro --en menor o mayor medida-- enfatizan algunas de las generalidades de los sistemas electorales mayoritarios, cuyas

⁴⁴ Vid. Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada, cit.*, pp. 68-69.

excepciones confirman la regla general al ponerla a prueba, ante distintas particularidades que se pueden presentar.

Sin embargo, al sacrificar la proporcionalidad de la representatividad ante la gobernabilidad, el sistema mayoritario puede caer en algunos excesos que fomentan la desproporcionalidad entre votos y escaños: 1) la sobrerrepresentación de la mayoría en detrimento de las minorías, las cuales se puede quedar no solamente en una forma de subrepresentación o de plano sin representación; y, 2) la distorsión puede llegar al extremo de que un partido --o un representante-- pueda subir al gobierno, aunque termine en segundo lugar, según el voto popular.

En el caso de la desproporcionalidad, la distorsión de la mayoría puede llegar al extremo de que un partido o un candidato pueda subir al gobierno a pesar de haber quedado en segundo lugar según el voto popular. Por ejemplo, en Inglaterra, en 1974, los laboristas obtuvieron la mayoría parlamentaria y en consecuencia el gobierno con el 37.2% de la votación, a pesar de que los conservadores tuvieron el 39.9% de los votos;⁴⁵ y, más recientemente, en los Estados Unidos de América, en 2000, con el caso *Bush v. Gore* quedó de manifiesto que no era necesario para ser Presidente ganar el voto popular pues era suficiente con conseguir el voto del colegio electoral.⁴⁶

⁴⁵ Así mismo, en Estados Unidos, en 1960, John F. KENNEDY fue electo con 303 de los 537 votos del Colegio Electoral, es decir con un claro 56.4%, mientras que el voto popular lo favorecía con el 49.7% ante el 49.5% de Richard M. NIXON, esto es una diferencia de solamente 114,673 votos del total de 68,828,960. Es más, en 2000, George W. BUSH fue electo con 271 votos del Colegio Electoral, es decir con apenas 50.46% frente a los 49.35% de los 266 votos de Al GORE, mientras que el voto popular favorecía a éste con el 48.4% por tan sólo 47.9% de aquél correspondientes a 51,003,926 votos contra 50,466,110 votos, esto es una diferencia de 543,816 votos menos para el ganador del voto del Colegio Electoral en una elección con poco más de cien millones de votos, *i.e.* una diferencia de 0.5%.

⁴⁶ Aun cuando hay quienes sobre esta base critican y hablan de “deficiencias” del sistema electoral estadounidense es conveniente señalar que, salvo este caso excepcional que se suma a tres elecciones controvertidas del siglo XIX --la de 1824 entre John Quincy ADAMS y Andrew JACKSON, la de 1876 entre Rutherford B. HAYES y Samuel J. TILDEN, y la de 1888 entre Benjamin HARRISON y Grover CLEVELAND-- y que sin duda comprueban la regla general

Cabe enfatizar que en el caso de irrepresentatividad, la distensión entre proporción y representación puede llegar al extremo de que algunos sectores puedan quedar no solamente subrepresentados sino además sin representación alguna.

Por otra parte, el argumento para defender a los sistemas de representación proporcional conlleva y destaca un interés principal: la asignación equitativa de escaños “en proporción” al número de votos. Innegablemente, el gran mérito es la equidad en la representación, ya sea por la proporcionalidad entre votos y escaños como por el fiel reflejo del electorado en el Parlamento. Sin embargo, a menudo se le hacen dos críticas: 1) permite la fragmentación excesiva de los partidos; y, 2) no propicia la gobernabilidad ni el gobierno efectivo.

Sin lugar a dudas, estas acusaciones tienen su razón de ser, pero no son del todo correctas. La primera, relativa a la fragmentación partidista, depende muchas veces más del sistema de partidos que del mismo sistema electoral. Es decir, es más una consecuencia de los propios partidos y de los instrumentos empleados, para restringir tanto el registro como el acceso a los escaños. No obstante, la fragmentación del sistema multipartidista puede ser mayor como

al ponerla a prueba, el Presidente electo ha sido el ganador tanto del voto del colegio electoral como del voto popular; esto es, de los 43 presidentes de los Estados Unidos de América solamente cuatro no han ganado el voto popular. De hecho, ni ADAMS ni HAYES ganaron el voto del colegio electoral y fueron elegidos por el Congreso de acuerdo con lo previsto por el artículo II, sección 1, párrafo 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América. Ahora bien, en el caso tanto de HARRISON como del propio BUSH, aunque ambos tuvieron menos votos populares que sus contrincantes fueron favorecidos por el sistema de elección indirecta, el primero con 233 votos del colegio electoral contra 168 de CLEVELAND y el segundo en una elección muy cerrada con 271 frente a 266 de GORE.

Cabe señalar que los 51,003,926 votos a favor de GORE se concentraron en 20 estados y el Distrito de Columbia, en tanto que los 50,460,110 votos en favor de BUSH corresponden a 30 estados. En este orden de ideas, queda claro que en caso de ser favorecido solamente por uno de los dos criterios, el voto del colegio electoral y el voto popular, el primero prevalece sobre el segundo, con lo cual se le confiere un peso mayor al principio democrático-federativo que al estrictamente democrático-mayoritario o populista. *Cfr.* Eduardo ANDRADE, *Deficiencias del sistema electoral norteamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

consecuencia de adoptar una representación proporcional pura o casi pura, en lugar de una forma impura.

La segunda, relacionada con el sacrificio de la gobernabilidad, también es consecuencia en gran parte del sistema de partidos y de otros mecanismos utilizados, para designar a quien ha de gobernar. Empero, por la naturaleza del problema sobre el gobierno eficiente se relaciona estrechamente con el sistema de gobierno. En general, se afirma que con la representación proporcional casi todos los gobiernos resultan ser de coalición. En este sentido, la interrogante es sí los gobiernos de coalición pueden ser gobiernos eficientes. La respuesta es: depende. Primero, del número de socios de la coalición, una coalición de pocos partidos es más gobernable que una de muchos partidos. Segundo, depende de la distancia ideológica que separa a los socios de la coalición, sí los partidos están muy polarizados es menos gobernable que una en la que no lo están.

Por consiguiente, tanto el número de partidos que forman parte del gobierno de coalición como el grado de polarización del sistema de partidos son cuestiones determinantes para responder a la pregunta sobre la eficiencia de los gobiernos de coalición. En un sistema político polarizado, los votantes y los partidos se consideran extraños entre sí y están distanciados el uno del otro, lo cual implica que es muy difícil y poco probable ponerse de acuerdo en algo y mucho menos alcanzar un compromiso. En cambio, en un sistema político no polarizado, los votantes y los partidos no se consideran como extraños y están relativamente cerca entre sí, lo que facilita y hace viable llegar a acuerdos y compromisos. En el primer caso las coaliciones son heterogéneas y, por ende, poco cooperativas mientras que en el segundo, son homogéneas y, por tanto, pueden ser muy cooperativas.⁴⁷

Antes de proseguir, conviene hacer diversas acotaciones sobre a quién se elige en la votación, ya sea una persona o una lista de partido. En términos generales, en los sistemas

⁴⁷ Vid. Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada, cit.*, pp. 74-75.

mayoritarios se debe elegir al candidato que obtiene la mayoría absoluta o relativa de votos, mientras que en los proporcionales se debe reflejar la distribución de los sufragios entre los partidos. La diferencia significativa es el voto por una persona o por una lista de partido. Básicamente, en el primero votamos por personas, sí nos importa quién es quién, la persona concreta con nombre propio; en tanto que en el segundo votamos por el partido y su lista, sin importar realmente quién es quién. De hecho, cabe recordar que la expresión “los caballos de Calígula” se refiere al emperador romano que gobierna tiránicamente afectado por una enfermedad mental y que llega al abuso de disolver el Senado e incluso nombrar senador a su caballo. Metafóricamente, resulta mucho más difícil cometer el mismo exceso cuando se vota por una persona que cuando se vota por una lista de partido.

Por una parte, el *sistema primario* consiste en realizar una primera elección entre aquellos precandidatos que se pueden autoproclamar por sí mismos o nominar por el propio partido para participar en la elección interna del candidato del partido, con el propósito de debilitar la oligarquía del partido y evitar los “delfinatos”. La prudencia recomienda que las primarias deben ser cerradas, para que exclusivamente participen los militantes del partido y no abiertas al público en general.

Por otra parte, las listas partidistas pueden ser: a) cerradas, lo que significa que se elige a los candidatos, en el orden determinado por el partido; y, b) abiertas, lo cual implica que no hay un orden de rango predeterminado, y se deja a los votantes expresar una o más preferencias. Las unas reservan el dominio absoluto de la elección de sus candidatos al partido. En cambio, las otras dan al electorado el control de la selección, al atenuar la fuerza de la cúpula partidista y debilitar alguna de sus prácticas desde arriba o autoritarias. De hecho, en nuestra opinión, es más congruente con la democracia que las listas partidistas sean abiertas en lugar de cerradas.

Así mismo, el problema de los sistemas mayoritarios es que se favorecen la manipulación o sobrerrepresentación de la mayoría, en tanto que el problema de los proporcionales es que permiten muchos partidos. El proporcional se justifica para contrarrestar la fragmentación del

sistema de partidos mientras que el mayoritario para garantizar la gobernabilidad. Sin embargo, además de la cuestión de quién es electo y cómo se elige una representación individual, otro cuestionamiento es cómo favorecer la representación de los partidos minoritarios y/o minorías como representación en bloque. Es indudable que los sistemas proporcionales son muy propicios, pero no son la única vía, pueden ser complementados por otras posturas intermedias como son el voto limitado, acumulativo o preferente o mediante la creación de distritos *ad hoc*.

La creación de distritos *ad hoc* consiste en dividir arbitrariamente los distritos electorales para sacar ventaja y ser favorecido en las elecciones, de modo que al trazar las fronteras de los mismos se pueda determinar anticipada e intencionalmente quién va a ganar por mayoría, absoluta o relativa. El sobrenombre estadounidense para esta práctica como ya vimos en el Capítulo IV es *Gerrymandering*, en recuerdo de Elbridge GERRY, gobernador de Massachusetts, quien en 1812, por primera vez, tuvo la sagaz idea de trazar un distrito en forma de salamandra, para concentrar sus votos y esparcir los de sus contrincantes. Aunque esta práctica ha sido defendida en los Estados Unidos porque permite garantizar la representación de las minorías -- sobre una base racional y legitimidad legal, al ser justificada por políticos y aprobada por jueces-- simplemente por el hecho de respetar la máxima: una persona, un voto, y de ser utilizada indistintamente por demócratas y republicanos. Por el contrario, es indefendible, puesto que semejante trazado es un abuso, una burla vergonzosa porque al manipular las fronteras entre los distritos intencionalmente se predeterminan a los ganadores, los cuales están muy cerca de ser fraudes, especialmente cuando hay otras posturas que pueden servir al mismo fin, sin caer en excesos.

Los sistemas electorales de tipo mayoritario tienden a favorecer a los partidos grandes, al producir una brecha entre los porcentajes de votos y escaños asignados a los diversos partidos en detrimento de los pequeños. En cambio, los de tipo proporcional tienden a producir una mayor concordancia entre los votos y escaños obtenidos por los diversos partidos, tanto grandes como

pequeños, pero supuestamente pone en peligro la gobernabilidad.⁴⁸ Al respecto, uno de los puntos claves es evitar: la sobrenominación (un número excesivo de candidatos que son todos derrotados) y la subnominación (desperdiciar demasiados votos en un solo candidato, aunque éste resulte el ganador). En ambos casos el problema es que el voto, su fuerza o impacto, es diluido.⁴⁹

Dentro del pensamiento ortodoxo es común reducir la gran variedad y las enormes posibilidades de recombinación de los sistemas electorales, a los *mayoritarios*, en los cuales el ganador se queda con todo “*winner-takes-all*”, y a los *proporcionales*, en los que los triunfadores son todos aquellos que alcanzaron un porcentaje electoral determinado, conocido como “cociente electoral” o “umbral de admisión”. La palabra alemana para designar este artificio es *Sperrklausel*, es decir “cláusula de la barrera”. De igual forma, es de uso corriente, por un lado, incluir dentro de los sistemas electorales a los mal llamados *mixtos* y a los mecanismos de *doble ronda* o *segunda vuelta*; y, por el otro, excluir a otras posturas intermedias --entre los mayoritarios y proporcionales-- como son los *sistemas de votación limitada, acumulativa y preferente o preferencial*.

Es menester aclarar que en este punto nos alejamos de la ortodoxia y preferimos hablar: En primer lugar, de sistemas *propios*, es decir propiamente calificados así, los cuales comprenden tanto a los sistemas mayoritarios, en los cuales el triunfador se queda con todo “*winner-takes-all*”, como a los sistemas proporcionales, en los que el triunfo es compartido entre todos aquellos que alcanzan un porcentaje electoral determinado. En segundo término, de sistemas *impropios*, esto es impropriamente considerados como tales, los cuales contienen tanto a los mal llamados sistemas mixtos --mecanismos que pueden ser usados como combinación de los dos sistemas propios-- como a los de doble ronda o segunda vuelta --mecanismos que pueden ser utilizados como complemento de los dos sistemas propios-- . Y, por último, de *otros* sistemas --o propiamente

⁴⁸ Vid. Dieter NOHLEN, *Los sistemas electorales en América Latina...*, cit., p. 15.

⁴⁹ Vid. Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada*, cit., pp. 37-38.

mixtos-- como son los sistemas de votación limitada, acumulativa y preferente, los cuales al recombinar los criterios mayoritarios y proporcionales no sólo multiplican la amplia gama de variaciones a su interior sino también exponencian las posibilidades de garantizar al mismo tiempo la gobernabilidad y la representatividad.

A. *Sistemas propios*

a. Mayoritarios

Los sistemas mayoritarios tradicionalmente no procuran que la elección refleje la distribución de votaciones sino a un vencedor indiscutible. En este sentido, su propósito es elegir a un representante y, a la vez, elegir, aunque indirectamente, a un gobernante, legitimado por la regla de la mayoría. Como ya advertimos, ésta tiene sus matices, al contar con implicaciones directas en los sistemas mayoritarios: a) *mayoría absoluta*; y, b) *mayoría relativa*.

i. Mayoría absoluta (*majority*)

La mayoría absoluta está compuesta del cincuenta por ciento más uno del total de votos emitidos y se identifica con el 'modelo de mayoría o mayoritario de democracia'. Empero, ante este modelo de *mayoría simple* (50% + 1) se puede requerir uno de *mayoría calificada* o *compleja*, al exigir una mayor cantidad de votos para conformar el principio de la mayoría (cualquier criterio preestablecido con la única condición de exceder del 50% + 1, ya sea: 60%; dos terceras partes o 66.66%; tres cuartas partes o 75%, etcétera). Ambos modelos de mayoría absoluta, tanto el simple como el calificado o complejo, ofrecen una amplia base de legitimidad para el representante electo; así como, para el que eventualmente ha de gobernar. El segundo, aunque es más difícil de alcanzar, tiene una mayor legitimidad respecto al primero.

ii. Mayoría relativa (*plurality*)

En otras ocasiones, por la dificultad o de plano imposibilidad de alcanzar una mayoría absoluta, tanto simple como calificada o compleja, puede ser suficiente con lograr una mayoría relativa, formada por aquella pluralidad que obtiene el mayor número de votos, cualquiera que éste sea, y que se relaciona con el 'modelo de pluralidad o pluralista de democracia', donde el triunfador es

aquel que queda en primer lugar aunque no sea por una mayoría absoluta: “*first-past-the-post*”. La flexibilidad de este modelo presenta grandes ventajas para el pluralismo y la tolerancia, porque con “cualquier mayoría” tenemos un ganador indiscutible aunque éste no logre el 50% + 1 o alguna votación calificada mayor. Sin embargo, una de sus desventajas es la falta de legitimidad-representatividad de un ganador, el cual muchas veces es la minoría de una pluralidad más grande o numerosa y, que va a gobernar a todo el pueblo. En este sentido, ya es una práctica común establecer frente al modelo de *mayoría relativa simple* uno de *mayoría relativa calificada o compleja*, al requerir un porcentaje determinado para que pueda haber un ganador indiscutible, *verbigratia* 40%.

b. Sistemas proporcionales (proportionality)

Los sistemas proporcionales ponderan, a diferencia de los mayoritarios donde el triunfador toma todo, un triunfo de todos, tanto de la mayoría como de la minoría, del consenso y del disenso, mediante las listas de partidos. En principio, los sistemas proporcionales parecen ser una mejor solución para las democracias representativas porque incluyen a la mayoría que consiente y a la minoría que disiente de la voluntad general.

Sin duda, los sistemas electorales de tipo proporcional tienden a producir una mayor concordancia entre los porcentajes de votos y escaños obtenidos por los diversos partidos. No obstante, la concordancia en realidad no es exacta sino más o menos relativa a la proporcionalidad de los votos. Así, podemos distinguir al menos tres subtipos de representación proporcional, los cuales varían según los efectos que ejerce sobre el votante en el acto mismo de votar y la mayor o menor relación de proporcionalidad entre votos y escaños: i) pura; ii) casi pura; y iii) impura.⁵⁰

i. Pura

⁵⁰ Véase Dieter NOHLEN, *Los sistemas electorales en América Latina...*, cit., pp. 15-16.

En el primer caso, la *representación proporcional pura*, la proporción de votos logrados y de escaños alcanzados por un partido se corresponden, al coincidir por completo o muy aproximadamente. Por ello, no existe ningún tipo de barrera, directa --umbrales mínimos-- e indirecta --tamaño de las circunscripciones--, que alteren el efecto proporcional del voto ni que requieran que los votantes estructuren sus preferencias políticas de acuerdo con cálculos de voto útil.

ii. Casi pura

En la segunda opción, la *representación proporcional casi pura*, también denominado *con barrera inicial*, se limita el número de partidos con posibilidad de acceder a una representación parlamentaria de su electorado por medio de una barrera directa, como umbral de admisión. Con esto se afecta la decisión del votante, al restringir las opciones a los partidos con posibilidades de franquear dicha barrera, para distribuir la totalidad de los escaños de manera proporcional entre los partidos que lograron tal meta. Salvo dicha restricción el resultado es bastante proporcional y el grado de éste depende del método empleado, al convertir los votos en escaños.

iii. Impura

Por último, en la tercera, la *representación proporcional impura*, por medio de barreras indirectas, como es la división del territorio en una gran cantidad de distritos de tamaño pequeño o mediano, se impide un efecto proporcional inmediato que iguale o al menos se aproxime al porcentaje de escaños y de votos. Mientras más fuertes son esas barreras, al depender del tamaño de las circunscripciones o distritos electorales, mayor es el efecto concentrador que tienen sobre el comportamiento de los votantes.

En relación a las listas partidistas cabe recordar --como mencionamos anteriormente-- que pueden ser: a) cerradas, lo que significa que se elige a los candidatos en el orden determinado por el partido y no puede ser alterado en ningún caso por el votante; y, b) abiertas, lo cual implica que no hay un orden de rango predeterminado y se deja a los votantes expresar una o más preferencias. Así, los sistemas de listas abiertas permiten diferentes grados de “apertura”, según

las condiciones particulares de su voto preferente. Las preferencias se pueden realizar: por solamente un candidato, sembrado como “*case de tête*”, es decir como cabeza de serie; por una selección de candidatos ordenados según su preferencia; o, simplemente, por una enumeración alfabética de aquellos candidatos preferidos o seleccionados.

Así mismo, la magnitud de la circunscripción tiene efectos muy importantes sobre la proporcionalidad. De hecho, la proporcionalidad o no del sistema depende del tamaño del distrito electoral y del número de representantes que se eligen en cada distrito. De este modo, se define a la magnitud de la circunscripción como el número de representantes que se eligen en un distrito (o circunscripción). El estudio clásico de Douglas W. RAE es muy elocuente, al sostener que se trata de una relación curvilínea: “*la proporcionalidad del resultado incrementa a una tasa decreciente cuando las magnitudes del distrito son aumentadas.*” Por tanto, el mensaje entre líneas es: “*las fórmulas electorales diseñadas para producir proporcionalidad dependen en gran medida de las magnitudes del distrito para su eficacia.*”⁵¹

Otro aspecto importante es el umbral electoral; es decir, el mínimo de apoyo que un partido necesita para obtener representación, y que se puede aplicar a nivel nacional, o distrital e incluso en un punto intermedio, ya sea regional o territorial. Este mínimo puede definirse por un cierto número o porcentaje de votos que permite acceder a los escaños. No obstante, la gran complejidad de los métodos para el cálculo, cómputo y atribución de escaños cuestionan la efectividad de los umbrales. De hecho, la respuesta sobre cuál es el umbral efectivo es: depende de qué queremos. Si se pretende apoyar a los partidos pequeños se aconseja el método del “mayor residuo” pero sí, por el contrario, el objetivo es favorecer a los partidos grandes el método de D’Hondt o del “mayor promedio” es más recomendable. Además, hay toda una serie de posturas intermedias como el método Sainte-Laguë, que pueden ser menos proporcional que el del mayor

⁵¹ Douglas W. RAE, *The Political Consequences of Electoral Laws*, cit., pp. 118-119. (El énfasis es original. La traducción es nuestra.)

residuo pero más proporcional que el del mayor promedio, porque trata a los partidos grandes y pequeños con una mayor imparcialidad. Así mismo, los sistemas de “restos mayores” como son la cuota Hare es imparcial y bastante proporcional mientras que las cuotas Droop, Imperiali normal o reforzada, proporcionan resultados menos proporcionales.⁵²

En definitiva, el sistema proporcional por lo general es utilizado en distritos plurinominales o de varios representantes donde se vota por lista de partido. Empero, el sistema de representación proporcional también puede ser personalizado. Por un lado, el sistema electoral alemán, es un sistema mixto. Para la elección de la Cámara Baja o *Bundestag*, se dan a los electores dos papeletas, en una eligen, a la mitad de los miembros de la Cámara en distritos de pluralidad con un solo representante, mientras que con la otra eligen a la mitad restante, basados en la representación proporcional de listas partidarias cerradas. Por otro lado, el sistema Hare elimina del todo a las listas partidistas y las sustituye por una votación preferente sobre las bases del voto único transferible. Finalmente, en el caso japonés, antes de 1994, al votante se le entrega una papeleta en blanco, en la que debe escribir el nombre de un candidato, sin ninguna indicación de quiénes son los contendientes ni mucho menos de su filiación partidista. A continuación, en cada distrito se eligen a aquéllos que han recibido la mayor proporción de votos.

B. *Sistemas impropios*

a. ‘Mixtos’

Erróneamente, se considera que si en un congreso bicameral se elige una cámara conforme al criterio mayoritario y la otra al proporcional esto es suficiente para considerar al sistema como mixto. El equívoco es absoluto simplemente se trata de un sistema mayoritario en una y uno proporcional en la otra. De hecho, como se verá más adelante, no basta con elegir una parte de la cámara bajo el criterio de mayoría y otra con el principio de proporcionalidad para que podamos hablar de un sistema mixto. Más bien se trata de un mal llamado sistema mixto porque es

⁵² Vid. Arend LJPHART, *Sistemas electorales y sistemas de partidos, cit.*, pp. 41-100.

impropiamente considerado como tal, toda vez que ni combina los sistemas mayoritario y proporcional ni tampoco es propiamente un sistema electoral sino tan sólo un mecanismo a través del cual se elige una parte de la cámara bajo la regla de la mayoría y otra parte conforme el principio de la representación proporcional. De esta manera, solamente los que eligen una misma cámara al combinar criterios de mayoría y de proporcionalidad son verdaderos sistemas mixtos.

b. Doble ronda o segunda vuelta

Para algunos autores, como es el caso del propio SARTORI “la práctica de la doble ronda constituye un sistema por sí sola... que permite a los electores votar dos veces, con un intervalo de una o dos semanas entre la primera votación y la votación final, y esto significa que los votantes pueden reorientar conscientemente sus preferencias considerando los resultados de la primera elección.”⁵³ No obstante, a pesar de todas sus innovaciones, la doble ronda electoral puede ser utilizado como un mecanismo complementario de los dos sistemas tradicionales, tanto mayoritario como proporcional, porque puede servir indistintamente para cualquiera de los dos. Indudablemente, una de sus ventajas es su flexibilidad, puesto que hace posibles acuerdos de mayoría en los distritos uninominales y de proporcionalidad en los plurinominales. Sin embargo, por esta misma razón, no lo consideramos propiamente como un sistema, sino como un instrumento común que puede ser empleado como complemento tanto de los sistemas mayoritarios como de los proporcionales.

Como regla general, la doble ronda o segunda vuelta electoral se limita a ser un desempate entre los dos candidatos que obtuvieron el mayor número de votos (*majority run-off*). Empero, como excepción, puede abrirse la contienda a tres o más contendientes, o bien a todos aquellos que alcancen un “umbral de admisión”, que debe estar fijado previamente. Resulta claro que si se admiten dos candidatos en la segunda votación, conocida como *ballotage*, es muy probable que alguno de ellos pueda ganar por mayoría absoluta (decimos que con alta

⁵³ Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada*, cit., p. 24.

probabilidad, porque existe la muy remota posibilidad de un empate e inclusive de que al contabilizar los votos nulos o por algún otro candidato no sea posible alcanzar una mayoría absoluta).

Este mecanismo permite alcanzar en principio una mayoría absoluta entre los dos contendientes en la segunda votación o, al menos, una mayoría relativa o pluralidad entre aquellos participantes, para garantizar una mayor gobernabilidad o al menos una mayor legitimidad de quien(es) resulta(n) electo(s). Sin embargo, tal como lo hace ver Diego VALADÉS,⁵⁴ el instrumento de segunda vuelta “genera una ilusión política que no corresponde a la realidad” al propiciar una “apreciación distorsionada del poder de los presidentes” que no garantiza ni la gobernabilidad ni mucho menos la legitimidad de un sistema de gobierno.⁵⁵

Cabe recordar que la característica central de esta herramienta es que los electores vuelven a votar, mientras que los demás sistemas electorales exclusivamente dan una oportunidad para votar. Así, la diferencia específica consiste en que es el único que da, como su propio nombre lo indica, dos oportunidades para votar, e incluso permite a los votantes cambiar su voto. De hecho, la primera votación es una selección, más que propiamente una elección, al menos que

⁵⁴ Cfr. Diego VALADÉS, *Constitución y democracia*, cit., pp. 129-130 y 152-160.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 155. Cfr. *Ibid.*, pp. 129-130: “En principio, se podría pensar que un presidente elegido por minoría presentaría una condición de debilidad contraria a la función que debe desempeñar. Al razonarse de esa manera se obedece a la lógica de una presidencia dominante, que no corresponde a los propósitos del cambio que se pretende... Si se quiere preservar la configuración actual de una presidencia plebiscitaria, la segunda vuelta es decisiva; pero si se aspira a un nuevo equilibrio institucional, la presidencia plebiscitaria es prescindible, y, por ende, lo es la segunda vuelta.

Además, se sabe que la mayoría obtenida en la segunda vuelta no necesariamente supone una base de apoyo equivalente en el Congreso...

Conforme a estas consideraciones, no es necesario incluir la segunda vuelta en nuestro sistema constitucional para elegir al presidente de la República. Desde luego, existiría la posibilidad de que el presidente sea elegido por una minoría, pero esto, lejos de debilitar a las instituciones, obligará a interacciones más decididas.”

un candidato gane inmediatamente la mayoría absoluta, así como algún porcentaje predeterminado o bien por un margen preestablecido que lo haga ganador indiscutible.⁵⁶ Así, su función es seleccionar --más que elegir-- a los candidatos con mayor preferencia para el mayor número de votantes y hacerlos contender en una segunda votación, a realizarse con posterioridad, por lo general una o dos semanas después de la primera vuelta, pero puede ser en cualquier momento siempre y cuando haya sido reglamentado con anterioridad.

La diferencia entre la doble vuelta abierta o cerrada es una diferencia real e importante. En este sentido, la cuestión es qué tan abierto o cerrado debe ser el acceso a la segunda votación. En el primer caso el acceso está abierto a todos aquéllos que participaron en la primera, mientras que en el segundo el acceso está cerrado a todos, menos a los dos mejores candidatos --según las preferencias del electorado en la primera votación-- para que puedan contender por el triunfo en la segunda. Sin embargo, la prudencia presenta una tercera vía, una solución semiabierta o semicerrada, la cual permite el acceso a un número limitado de candidatos sin reducirlo a dos. Para obtener este nivel de apertura, hay dos formas: 1) directa; e 2) indirecta. La directa consiste en estipular que se admite a la segunda votación a los tres o cuatro candidatos que obtengan más votos en la primera votación. La indirecta permite fijar dicho acceso mediante el recurso de los umbrales de admisión, limitado a aquéllos que obtengan un porcentaje determinado.

Cabe mencionar la diferenciación de SARTORI sobre los sistemas de doble ronda electoral: a) *fuertes*; b) *fuertes-a-débiles*; y c) *débiles*.⁵⁷ Por consiguiente, la doble ronda electoral es: fuerte, cuando requiere una mayoría absoluta (*cerrado*); fuerte-débil, cuando requiere un alto

⁵⁶ Tal es el caso de Argentina, en donde se introdujo una versión “atenuada” de doble ronda o segunda vuelta para la elección de presidente y vicepresidente. Por un lado, se proclamará triunfadora la fórmula de candidatos a la presidencia y vicepresidencia que obtenga más del 45% de la votación válida (artículo 97); y, por el otro, se reconocerá también la victoria de la fórmula que alcance el 40% de la votación válida si además cuenta con una diferencia superior al 10% de los votos con relación a la planilla que le siga (artículo 98). *Cfr. Ibid.*, p. 154.

⁵⁷ *Vid. Giovanni SARTORI, Ingeniería constitucional comparada, cit.*, p. 84.

umbral de admisión (*semicerrado*) o inversamente débil-fuerte cuando requiere un bajo umbral de admisión (*semiabierto*); y, débil, cuando no hay umbral de admisión (*abierto*). Al respecto, formula sus “reglas de tendencia” flexibles:⁵⁸

Regla 1. La doble ronda electoral fuerte eliminará la importancia de los partidos opuestos al sistema y subrepresentará en forma importante a los “terceros” partidos dispersos que carecen de núcleos regionales o distritales de consideración.

Regla 2. La doble ronda electoral fuerte-débil también eliminará a los partidos opuestos al sistema, pero permite que los terceros partidos dispersos negocien su camino a una posición importante.

Regla 3. La doble elección débil-fuerte subrepresentará a los partidos opuestos al sistema y a los partidos pequeños, pero podría permitir su sobrevivencia a un nivel significativo.

Regla 4. La doble ronda débil tiene el efecto no representativo, y posiblemente también reductor, de la regla 3 en una medida menor y más incierta.

C. Otros sistemas --o propiamente mixtos:

Entre los dos extremos caracterizados por los sistemas mayoritarios y los proporcionales, podemos encontrar un sin fin de posturas intermedias, abiertas a la recombinación de aspectos propios tanto de la gobernabilidad como de la representatividad, tanto de unos como de otros, entre los cuales destacan: a) votación limitada; b) votación acumulativa; y c) votación preferente o preferencial.

a. Votación limitada

El *sistema de votación limitada*, consiste en dar a cada elector más de un voto, pero en un número menor al de los representantes a elegir. En términos generales, el sistema de voto limitado se usa en distritos de varios representantes, en los que cada votante tiene menos votos que el número total de escaños. Cuando cada votante tiene un solo *voto limitado*, que no puede transferir a otras opciones, por lo cual también se le llama *voto único no transferible*. Por lo anterior, este sistema podría ser utilizado en la elección tanto de los ayuntamientos o cabildos como en la de senadores.

⁵⁸ *Id.*

Por ejemplo, si hay que elegir cinco puestos en un ayuntamiento o cabildo, a cada votante se le otorgarían tres o cuatro votos y resultarían electos los cinco candidatos con el mayor número de votos.

b. Votación acumulativa

El *sistema de votación acumulativa*, también conocido como sistema de “*lista libre*” o “*plural*”, permite al elector distribuir sus votos --tiene tantos votos como el número de candidatos a ser electos-- en cualquier combinación, inclusive puede dar todos sus votos a un mismo candidato o distribuirlos entre diferentes candidatos que además pueden ser de distintos partidos. Como regla general, a cada votante se le dan tantos votos como el número de escaños que se llenarán, y se le permite distribuirlos como él quiera y en ocasiones darlos todos a un candidato. Sin embargo, excepcionalmente, en el *voto por puntos*, al elector se le pueden dar más votos (puntos) que el número de escaños en juego, y después se le deja que ordene a los candidatos, según los puntos que se le asigna a cada uno. Por las características descritas, este sistema podría ser utilizado en la elección no sólo de ayuntamientos o cabildos y de senadores sino también en la de diputados ya sean locales o federales. Por ejemplo, si hay que elegir cuatro senadores por entidad a cada votante se le otorgarían cuatro votos, los cuales puede distribuir como él quiera e incluso dar todos a un candidato, y resultarían electos los cuatro candidatos con el mayor número de votos.

c. Votación preferente o preferencial

El *sistema de votación preferente o preferencial* consiste en permitir a los votantes hacer un “*rank*” o selección de los candidatos, en el orden de su preferencia. Por lo general, el voto preferente se aplica a sistemas proporcionales en distritos con varios representantes, donde los votantes tienen que enumerar a los candidatos por el orden de su preferencia. Éstos resultan ganadores cuando alcanzan un umbral denominado “*cociente electoral*”, mientras que todo voto por encima de la cuota como excedente o sobrante es reasignado a la segunda preferencia y transferidos a los siguientes candidatos, sucesivamente, hasta tener todos los ganadores requeridos, es decir hasta que todos los escaños son asignados, por esta razón se le conoce como

voto único transferible. Ahora bien, el *voto alternativo* es un subsistema de votación preferente dentro de distritos con un solo representante, que exige que el elector numere a todos los candidatos en el orden de sus preferencias. De forma tal, que a los candidatos con el menor número de votos se les elimina y se redistribuyen las preferencias hasta que se puede determinar un vencedor, por mayoría absoluta. Así, el voto alternativo puede ser considerado como un sistema mayoritario. Por estas razones este sistema podría ser utilizado en la elección además de ayuntamientos o cabildos, senadores y diputados --locales y federales-- de presidentes municipales, gobernadores e incluso presidentes al evitar algunos de los defectos o excesos del sistema de doble ronda o de segunda vuelta. Por ejemplo, si hay que elegir a un presidente municipal, a cada votante se le permitiría ordenar sus preferencias para que haya un claro y único ganador bajo el principio de mayoría al transmitir los votos desperdiciados a los dos candidatos con posibilidades reales de ganar en la contienda.

Para concluir las consideraciones sobre los sistemas electorales, hay que recapitular algunas ideas. Los sistemas electorales son producto de la evolución histórica, su variedad es contingente y depende del desarrollo institucional y cultural de los distintos países, tanto en el tiempo como en el espacio. Así mismo, su significado es trascendental, porque sus efectos se manifiestan en la representación política y en el sistema de partidos, e incluso en el sistema de gobierno. Los dos tipos básicos o propios son el mayoritario y el proporcional, que pueden ser complementados por los sistemas impropios, ya sean el mal llamado mixto y la doble ronda o segunda vuelta, pero sobre todo por una amplia gama de posturas intermedias, semimayoritarias y semiproporcionales, o propiamente mixtas, como son la votación limitada, acumulativa y preferente que no sólo garantizan la participación y la representación de todos sino también concretizan la gobernabilidad y la representatividad.

Dentro de los sistemas electorales es un sin sentido preguntarnos cuál es mejor, porque todos lo son o pueden llegar a serlo. De hecho, no hay sistemas electorales buenos ni malos; simplemente, hay los que funcionan y los que no. Empero, esto también depende de lo que

esperamos de cada sistema. La democracia representativa fundamenta su legitimidad, por un lado, con el *sistema proporcional* en la representación política y ésta solamente es equitativa cuando es proporcional a la representatividad, y, por otro lado, con el *sistema mayoritario* (o *pluralista*) en el principio mayoritario (o de pluralidad) y éste únicamente es justo cuando está limitado o restringido. En otras palabras, la voluntad de la mayoría tiene el derecho de prevalecer dentro de los límites que le impone el respeto a los derechos de la minoría, porque de no ser así, la democracia se destruiría a sí misma.⁵⁹

Como las dos vías no son necesariamente excluyentes y pueden ser complementadas tanto por el mal llamado *sistema mixto* como por la *doble ronda o vuelta electoral*. En nuestra opinión lo mejor es una combinación o una mezcla, de mayoría y de proporcionalidad, *i.e.* de gobernabilidad y de representatividad. Como nos pronunciamos por un resultado semi-mayoritario y semi-proporcional es imperativo deliberar sobre la viabilidad de otros sistemas, propiamente llamados mixtos, como son la votación limitada, acumulativa y preferente o preferencial. Sin embargo, debemos reiterar que ningún sistema es el mejor en todos los casos. Todo lo anterior depende de las circunstancias concretas de cada país y de cada momento histórico. De hecho, los diferentes sistemas pueden ser empleados para distintas elecciones en un mismo tiempo y espacio.

⁵⁹ Vid. Giovanni SARTORI, *The Theory of Democracy Revisited...*, cit., pp. 31-34 y 132-133; e, *Ingeniería constitucional comparada*, cit., p. 89.

VII. LÍMITES A LA REGLA DE LA MAYORÍA:

EL PROBLEMA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La verdad rara vez se ha alcanzado por votación en su primera aparición; las opiniones nuevas son siempre sospechosas, y resistidas usualmente, sin otra razón de que no son todavía comunes.

John LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding* (1689).

[L]a misión que anima el derecho constitucional moderno es descrita de manera convencional como la corrección de las fallas endémicas atribuibles a la regla de la mayoría.

Richard D. PARKER, “*Here the People Rule*”. *A Populist Constitutional Manifesto* (1994).

Declarar la invalidez, en parte o en todo, de una ‘reforma constitucional parece constituir un gran claroscuro: cómo algo que puede ser calificado como ‘constitucional’ debe ser declarado como ‘inconstitucional’, ya sea parcial o totalmente. Lo anterior implica que inclusive la reforma constitucional --como una forma de legislación-- al ser objeto del control de constitucionalidad está sujeta a ciertas limitaciones. Las cuestiones debatibles, en el caso de México, han sido si a pesar de no contemplarse límites explícitos y materiales, como las cláusulas de intangibilidad o

pétreas, se puede reconocer la existencia de límites implícitos y competenciales, más allá de los meramente formales.¹

De tal modo, para reflexionar precisamente sobre este problema, *i.e.* la existencia o no de dichos límites, pretendemos recordar --como marco teórico-- las formas y los límites de la legislación, en general, y de la reforma constitucional, en particular, e insistir que las reformas constitucionales sí son objeto de control constitucional. Además, procederemos a repasar --como cerco práctico-- las cuestiones más relevantes resueltas a principios del 2007 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tres acciones de inconstitucionalidad y sus acumuladas; así, como algunas implicaciones para el tema.

En este orden de ideas, la *reforma constitucional*, como una especie de un género está --y debe estar-- sujeta a los mismos *límites* que las demás formas de legislación y como tal al control de la constitucionalidad. Claro está que por tratarse de una forma (jerárquicamente) superior de legislación las limitaciones de la reforma constitucional no son necesariamente las mismas que las limitantes aplicables a las demás formas de legislación. Sin embargo, está claro que entre los límites comunes a todas las formas de legislación, incluida la reforma constitucional, no basta con haber sido aprobada conforme a la ‘*regla de la mayoría*’, ya sea simple o calificada, para ser constitucional.

1. *Formas y límites de la legislación*

Este apartado tiene por objetivo identificar a la reforma constitucional como una de las formas de la legislación y como tal --como una especie de un género-- es objeto del control de constitucionalidad y está sujeta *prima facie* a los mismos límites.² Ahora bien, como la palabra ‘legislación’ está afectada por la ambigüedad proceso-resultado, debemos aclarar que la

¹ Vid., Imer B. FLORES, “Sobre las formas y los límites de la legislación...”, *cit.*, pp. 271-292.

² Los próximos párrafos tienen sus antecedentes inmediatos en: Imer B. FLORES, “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *cit.*, pp. 247-266; y mediatos en: Lon L. FULLER, “The Forms and Limits of Adjudication”, *cit.*, pp. 357-409 (pp. 87-124).

‘legisprudencia’ --como la teoría y práctica de la legislación-- comprende el estudio no sólo del “proceso legislativo”, es decir del “legislar” como actividad legislativa, sino también del “resultado legislativo”, esto es de la “ley” como producto legislativo. Así mismo, connota el examen del “legislador” y de la “legislatura”.

De igual forma, debemos clarificar que si bien el término ‘legislación’ se usa, por lo general, en un sentido estricto, para denotar tanto la actividad que realiza el legislador en la legislatura como el producto resultante de ella. Además, se utiliza en un sentido amplio, para designar cualquier proceso o resultado legislativo: Desde los padres que asumen el rol del legislador para establecer principios fundamentales o reglas básicas --vélgase la redundancia para “legislar leyes”-- para sus hijos hasta quienes lo hacen para promulgar una Constitución y su eventual enmienda o reforma, incluida la celebración de un tratado internacional o de un acuerdo interinstitucional, los reglamentos del poder ejecutivo y los acuerdos generales del poder judicial y del poder legislativo, siempre y cuando el producto o resultado sea una norma general, abstracta, impersonal y permanente, con independencia del nombre que reciba.

Cabe aclarar que el vocablo ‘legislación’ como lo empleamos no está reservado solamente para los legisladores y las legislaturas que forman parte de lo que conocemos como poder legislativo, sino para todos aquéllos que formulan normas generales, abstractas, impersonales y permanentes. De tal suerte, incluimos tanto a las asambleas legislativas que promulgan leyes como a los agentes o cuerpos que asumen atribuciones legislativas, ya sea para promulgar una Constitución; para enmendar o reformar ésta; para adicionar o modificar, de un lado, y, para abrogar o derogar, del otro, una ley; para celebrar un tratado internacional, regional o bilateral, e incluso un acuerdo interinstitucional; para expedir un reglamento, etcétera.

Por una parte, por ‘formas’ de la legislación entendemos las maneras legítimas en que ésta se puede organizar y realizar. De esta manera, tratamos de diferenciar: ¿cuáles son las formas permitidas o propias de la legislación y cuáles no lo son?

De un lado, las *formas permitidas o propias* de la legislación son aquellos productos o resultados que son verdaderamente generales, abstractos, impersonales y permanentes, independientemente del agente o cuerpo que asumen las atribuciones legislativas, siempre y cuando éstos actúen de acuerdo con los principios de la racionalidad jurídica y estén autorizados para hacerlo.³ Por esta razón entre las variantes de la legislación, además del caso obvio de *una asamblea legislativa que promulga una ley o decreto*, están:

- 1) *Una asamblea constituyente que promulga una Constitución;*
- 2) *Una asamblea legislativa extraordinaria que como órgano o poder revisor de Constitución enmienda o reforma una Constitución;*
- 3) *Una asamblea legislativa ordinaria que adiciona o modifica, de un lado, y, abroga o deroga, del otro, una ley;*
- 4) *Un jefe de Estado --o cualquier autoridad-- que celebra junto a sus similares un tratado internacional, regional, o bilateral, e incluso un acuerdo interinstitucional; y*
- 5) *Un jefe de gobierno --o los responsables o titulares de alguno de los poderes u órganos autónomos del Estado-- que formula un reglamento, acuerdo general o memorando.*

Del otro, las *formas pervertidas o impropias* de la legislación son aquellos productos o resultados que no son verdaderamente generales, abstractos, impersonales y permanentes, independientemente del agente o cuerpo que asume las atribuciones legislativas, porque éstos no actúan de acuerdo con los principios de la racionalidad jurídica o no están autorizados para hacerlo.

El caso problemático como vimos es el de la llamada “legislación judicial”, *i.e.* la idea de que bajo ciertas circunstancias excepcionales los jueces legislan o al menos lo hacen de manera intersticial, de cuando en cuando, como lo aceptaron tanto HOLMES como HART. No criticamos el hecho de que los jueces puedan crear derecho, ya sea al crear --como diría Hans KELSEN-- la

³ *Vid. supra* II.2.

solución al caso concreto, es decir la norma individualizada ni que al hacerlo pueda crear un precedente, esto es un criterio o modelo de interpretación y hasta de integración para casos futuros. Lo que cuestionamos son dos cosas: primera, la idea de que los juzgadores legislan o bien que deban o puedan legislar, *i.e.* crear normas generales, abstractas, impersonales y permanentes, no la idea de que alguna forma crean derecho, ya sea una norma individualizada, de un lado, o un criterio o precedente, del otro; y, segunda, la idea de que como lo hacen de modo intersticial, de vez en vez, como excepción, pueden actuar de la nada como si fueran ellos mismos los legisladores, lo cual no sería otra cosa sino una verdadera “usurpación judicial” como lo denunció FULLER.

Es más, actuar de la nada ni siquiera un legislador puede hacerlo, porque ello representaría no respetar los límites explícitos e implícitos de sus funciones, en general, y los derechos humanos y la división de poderes, así como los principios de la racionalidad jurídica, en particular. Por el contrario, el juzgador deriva o desarrolla, a partir de las normas generales y de los principios generales del derecho, una decisión para el caso particular ante él que sirve además de criterio o precedente para casos futuros, pero no una nueva norma general con lo cual suplantaría al legislador. Al respecto, tal y como lo aclaró el mismo FULLER: los juzgadores no tienen por que competir ni mucho menos conflictuar con los legisladores cuando deben colaborar con ellos y complementar sus tareas en una división del trabajo efectiva.

Por otra parte, por ‘límites’ de la legislación entendemos las restricciones explícitas e implícitas propias de las formas en que ésta se puede organizar y realizar. De este modo, en primerísimo lugar, tratamos de distinguir: ¿cuáles son las funciones que se pueden asignar propiamente a los legisladores y cuáles no? Lo anterior nos permitió adelantar algunas luces acerca de los límites de la legislación.

Por un lado, las funciones propias asignadas a los legisladores dada su naturaleza representativa, implican tomar *decisiones políticas* --por definición, ideológicas, pero como vimos no necesariamente subjetivas-- o dependientes de consideraciones políticas, como sería el

caso de si el electorado está o no de acuerdo con el producto o resultado de la legislación. En este sentido, estas decisiones políticas que afectan a clases o grupos de personas se relacionan no sólo con la discusión y aprobación de las reformas constitucionales, de las leyes y de sus adiciones o modificaciones, y la ratificación de los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República sino también con otras funciones, ya sea de colaboración con y de control de otros poderes u órganos, así como de otros actores, tales como la aprobación del presupuesto y la fiscalización del gasto público.

Por el otro, hay funciones impropias para ser realizadas por los legisladores, porque implican *decisiones técnicas*, las cuales si bien no son necesariamente apolíticas si son independientes de consideraciones políticas, sin importar si el electorado está o no de acuerdo con la decisión tomada. Es más, por definición las decisiones de los jueces deben ser imparciales o lo que es lo mismo técnicas, no políticas. Aunado a lo anterior los problemas jurídicos que H.L.A. HART caracterizó como de la “textura abierta del lenguaje”, tales como la ambigüedad y la vaguedad, así como las antinomias y lagunas, los conflictos de reglas y las colisiones de principios son resueltos de manera técnica y no de modo político.⁴

En este sentido, las decisiones dirigidas a individuos --no a clases o grupos de personas-- y los precedentes son decisiones técnicas y como tales no políticas. Esto es verdad porque *per definitio* las primeras no son ni pueden ser generales; y, los segundos, aunque son expresados en términos más o menos amplios y tienen algún grado de generalidad, no son una forma de legislación obligatoria para todos, tanto gobernantes como gobernados, sino un criterio o precedente de interpretación e incluso de integración para casos futuros con características particulares y concretas, obligatorias para algunos de los operadores jurídicos como son los jueces, pero no necesariamente para todos. Al grado tal que si el legislador está o no de acuerdo

⁴ Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 121-132 (pp. 155-169) (pp. 124-136).

con el modelo o la pauta adoptada por el juzgador podrá ratificarla o reformarla al legislar en la materia, siempre y cuando esté facultado para hacerlo.

El legislador, además de estar facultado para legislar --y, en su caso, para reformar la constitución-- y de seguir el procedimiento previsto para hacerlo, debe cumplir a cabalidad comovimos con “los principios de racionalidad jurídica”, al obedecer --a la Lon L. FULLER-- “las leyes implícitas de la legislación” o “la moralidad interna del derecho”, y observar --a la Norberto BOBBIO-- “los atributos esenciales y no-esenciales del *bon législateur*”.

2. *El problema de la reforma constitucional*

Este apartado tiene como propósito identificar cuáles son los límites de la reforma constitucional, en particular, al reconocer la tipología genérica y el caso específico de México. Así, tanto la promulgación de una ley como la realización de una reforma constitucional implican como actividad o proceso el tomar decisiones políticas y como producto o resultado una norma general, abstracta, impersonal y permanente. Por ende, a final de cuentas, son encargadas a poderes u órganos que tiene una naturaleza democrática, electiva y representativa. En cambio, las decisiones técnicas como la del control de constitucionalidad son encomendadas a poderes u órganos que no participaron en dichos procedimientos y que como tales pueden ser imparciales al decidir sobre éstas, en especial, porque son independientes de las presiones políticas.⁵

Desde la célebre disputa entre Carl SCHMITT y Hans KELSEN, misma que comienza con la publicación del libro de aquél *Der Hüter der Verfassung* --literalmente “El Protector de la Constitución”-- y que continúa con la réplica de éste *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* --

⁵ Nótese que esto no quiere decir que los jueces no sean democráticos ni representativos por el simple hecho de no ser electos, lo cual es un hecho meramente contingente. Es más, ser electos no es condición necesaria ni mucho menos suficiente para ser democráticos o representativos. *Cfr.* Imer B. FLORES, “Assessing Democracy and Rule of Law...”, *cit.*, pp. 151-152; y “Constitución, democracia y derecho...”, *cit.*, pp. 150-153 (pp. 134-137).

i.e. “¿Quién debe ser el Protector de la Constitución?”--⁶ esta atribución --la de proteger la Constitución-- ha recaído por lo general en poderes u órganos jurisdiccionales, a la sazón: en el poder judicial, ya sea en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como en el caso de México; en un Tribunal Constitucional, como en el caso de España; o bien, en lo que ha dado lugar a una fórmula mixta, en una Sala Constitucional o de Constitucionalidad, como en el caso de Colombia.

Hasta ahí --a partir de las semejanzas entre la promulgación de la ley y la realización de la reforma constitucional-- no hay problema para concebir tanto a una como la otra como objeto de control constitucional. Las diferencias entre ambas parecen sugerir que el control de constitucionalidad de una reforma constitucional queda o puede quedar en entredicho.

Al respecto, debemos traer a colación para el caso de México al menos dos distinciones: 1) Entre el titular de la facultad legislativa, es decir el órgano o poder legislativo --un poder constituido--, y el de la facultad reformativa, esto es el órgano o poder revisor de la constitución, el mal llamado “constituyente permanente”,⁷ un poder constituido, conformado por dos poderes constituidos, a saber: el legislativo y el federativo; y, 2) Entre el procedimiento en uno y otro caso, aunque ambos parten del procedimiento legislativo ordinario, en la reforma constitucional --como un procedimiento dificultado diverso al legislativo ordinario y como tal extraordinario, pero ciertamente parte de aquél-- se requiere además de una votación calificada de dos terceras partes, así como la mayoría (simple) de las legislaturas de los Estados.⁸

Por una parte, en lo referente al mal llamado “poder constituyente permanente”, también caracterizado como “poder constituyente constituido, derivado o instituido”, para distinguirlo del

⁶ *Cfr.* Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución...*, *cit.*; y, Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución...*, *cit.*

⁷ *Cfr.* Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1993, pp. 45-64.

⁸ En los Estados Unidos de América, país del cual adoptamos o mejor dicho adaptamos la fórmula, para ratificar las enmiendas a la Constitución se requiere no de una mayoría simple de las legislaturas de los Estados sino de tres cuartas partes, tal y como lo consagra el Artículo V.

“poder constituyente originario”, habría que decir que ni es constituyente ni es permanente sino constituido. Al respecto, el mismísimo Felipe TENA RAMÍREZ anota:⁹

La separación en el tiempo del Poder Constituyente, autor de la Constitución, y de los Poderes constituidos, obra y emanación de aquél, no presenta dificultad; en el momento en que la vida del primero se extingue, por haber cumplido su misión, comienza la de los segundos. La diferenciación teórica tampoco es difícil de entender: el Poder Constituyente únicamente otorga facultades, pero nunca las ejercita, al contrario de los Poderes constituidos, que ejercitan las facultades recibidas del constituyente, sin otorgárselas nunca a sí mismos.

No obstante, este mismo autor apunta que el poder u órgano reformador o revisor de la constitución puede cumplir con una función constituyente. Su equívoco se explica pero no se justifica en el hecho de que distingue --además del “constituyente originario”-- un “constituyente reformador” --al que denomina “constituyente permanente”-- y otro “constituyente revolucionario”, los cuales en un momento dado podrían cambiar la Constitución vigente en su totalidad por una distinta.¹⁰

Para reforzar que la naturaleza del poder u órgano reformador de la constitución es siempre la de un poder constituido y nunca la de un constituyente, y que como tal no habría problema para que sea objeto de control por otro poder constituido, ofrecemos tres argumentos: En primera instancia, un poder constituyente, por definición, es aquél convocado *ad hoc* para crear una constitución y de pasada --entre otras-- para ordenar u organizar jurídicamente el poder. Así que una vez creada la constitución y constituidos a su interior los poderes u órganos del Estados, el poder constituyente originario desaparece. En segundo lugar, todos los poderes u órganos constituidos al interior de una constitución --incluido el poder u órgano reformador de la misma-- son como el mismo nombre lo indica “constituidos” y de ninguna forma pueden confundirse con el “constituyente”. En tercer término, el poder u órgano reformador de la

⁹ Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano, cit.*, p. 45.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 45-64, y 65-74.

constitución como poder constituido se integra a su vez por dos poderes constituidos, a saber: el legislativo y el federativo, pero a diferencia de éstos que sí son permanentes aquél no lo es.

Ahora bien, del hecho de que en el proceso de reforma constitucional participen dos poderes constituidos --el legislativo y el federativo-- no se sigue que un poder constituido no los pueda controlar, ya sea el poder judicial, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en funciones de Tribunal Constitucional, o un Tribunal Constitucional como órgano constitucional autónomo. Claro está que en este último caso el argumento resultaría más fácil y hasta más fuerte, porque no se trataría de uno de los poderes constituidos tradicionales --el judicial-- controlando al poder u órgano revisor de la Constitución integrado por el legislativo y el federativo sino un poder u órgano constitucional autónomo el que ejercería el control.

Aunado a lo anterior, el poder u órgano revisor al no ser un poder constituyente sino constituido tiene límites. Si bien, para casi todos los tratadistas el constituyente al ser originario no tiene límites, habría que adelantar la hipótesis de que para algunos hasta un poder constituyente tiene límites. A guisa de ejemplo, el propio TENA RAMÍREZ admite:

1) *Limitaciones inmanentes*: la finalidad de integrar un sistema u orden jurídico;¹¹

2) *Limitaciones históricas (o sociológicas)*: los derechos humanos y la división de poderes;¹²

3) *Limitaciones políticas*: los factores reales de poder;¹³ y

¹¹ *Ibid.*, p. 27: “Si el fin de toda Constitución consiste en implantar un orden jurídico, su primera y fundamental limitación la tiene en la determinación de establecer, no la anarquía ni el absolutismo, sino precisamente un orden jurídico.”

¹² *Ibid.*, p. 28. *Vid.* Artículo 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789: *Tout société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.* (“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de constitución.”)

¹³ Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, *cit.*, p. 28: “[E]l Constituyente no debe prescindir de numerosos factores políticos, que condicionan el éxito de su obra.” *Cfr.* Ferdinand LASSALLE, *¿Qué es la*

4) *Limitaciones internacionales*: el derecho internacional, en general, y la internacionalización de los derechos humanos, en particular.¹⁴

Por otra parte, en relación con la votación calificada de dos terceras partes (de los individuos presentes), es decir el 66.66%, y la mayoría (simple) de las legislaturas de los Estados, esto es el 50% + 1, habría que recordar que conforme a lo previsto por el artículo 105 constitucional, para que la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenga efectos generales en algunos supuestos de las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad se requiere de la aprobación de una mayoría de por lo menos ocho votos (de los once ministros), esto es una votación calificada de 72.72%.¹⁵ En este sentido, el hecho de que una reforma constitucional sea aprobada por una mayoría calificada no cancela por sí sola la posibilidad de ser objeto de control, bastaría con que la decisión técnica de control constitucional sea adoptada por una votación calificada superior a la de la decisión política.

Por todo lo anterior, consideramos que tanto el procedimiento o forma como el producto o fondo de la reforma *puede ser* objeto de control constitucional, siempre y cuando sea controlado por un órgano independiente que no participa en la misma, y que por ello puede ser imparcial al constatar su constitucionalidad, sobre todo si requerimos de una votación calificada mayor a la de la propia reforma constitucional para que ésta pueda tener efectos generales.

Constitución?, traducción de Wenceslao Roces, Buenos Aires, Siglo XX, 1946, p. 62: “Se cogen esos factores *reales* de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión *escrita* y, a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores *reales de* poder, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.”

¹⁴ Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, cit., pp. 32-37. Vid. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de Naciones Unidas y la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de los países de América, ambas de 1948.

¹⁵ Los casos en sí son lo de menos, lo que me interesa es establecer una racional entre la votación calificada requerida para aprobar una reforma constitucional al interior del poder u órgano reformador de la Constitución, de un lado, y para controlar la constitucionalidad de la misma al interior del poder u órgano encargado de hacerlo, del otro.

La reforma constitucional tiene, como una especie del género legislación, además de las limitaciones de ésta, sus propios límites. En primerísimo lugar, en lo que sería una especie de *límite competencial*: el poder u órgano reformador o revisor de la Constitución está facultado precisamente para ello, *i.e.* para adicionar o modificar una constitución, no para destruirla o sustituirla por otra. Al respecto, Emilio RABASA, en 1912, en *La constitución y la dictadura*, formuló un argumento que *mutatis mutando* es vigente hoy en día: la Constitución de 1857, en su artículo 127, autoriza “adiciones y reformas, pero no *destrucción constitucional* de la Constitución.”¹⁶

De igual forma, la tipología de límites de la reforma constitucional comprende una gran variedad de clases o tipos, entre los cuales destacan:¹⁷

A) *absolutos*, impuestos por voluntad expresa del Constituyente y que como tales no se pueden superar al exceptuar un artículo, capítulo o título del ámbito de las reformas; y, *relativos*, mismos que si se pueden superar, ya sean: *temporales*, permitidos después de pasado cierto tiempo desde su promulgación o última reforma; y, *circunstanciales*, prohibidos bajo determinadas condiciones pero permitidos una vez que éstas ya no están presentes;

B) *autónomos*, incluidos en la misma Constitución como podrían ser las llamadas cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas; y, *heterónomos*, incorporados por fuentes distintas al propio texto constitucional, como podrían ser los principios generales del derecho o del derecho natural;

¹⁶ Emilio RABASA, *La constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, México, Porrúa, 1990, p. 237. (El énfasis es original.) Cfr. Mario Alberto CAJAS SARRÍA, “La reforma constitucional: límites de la corte al congreso”, en *Precedente. Anuario Jurídico. 2004*, Cali, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad ICESI, 2005, p. 15: “[E]l Congreso puede reformar la Constitución pero no le está permitido *sustituirla*.” (El énfasis es nuestro.)

¹⁷ Está más que claro que las tipologías no son exhaustivas sino meramente indicativas. Cfr. Pedro DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional*, Madrid, Tecnos, 1985.

C) *explícitos*, formulados expresamente en el texto de la Constitución; e, *implícitos*, derivados tácitamente de los anteriores, como tales también se conocen como *lógicos*; y

D) *formales*, referidos al procedimiento o la forma; y *materiales o sustanciales*, relacionados al contenido o el fondo en sí, como tales también se conocen como *axiológicos*.

A. *Antecedentes derecho mexicano: Amparo* Manuel CAMACHO SOLÍS

Ahora bien, la Constitución mexicana no contiene límites explícitos ni materiales o sustanciales, tales como las cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas, y tampoco tiene --según la mayoría de los tratadistas-- límites implícitos ni competenciales e incluso formales que se deduzcan o deriven lógicamente de los preceptos y de los principios formulados en la constitución. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer del amparo en revisión, promovido por Manuel CAMACHO SOLÍS, estableció un importantísimo criterio: “el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, sí puede conocer de la constitucionalidad del procedimiento legislativo desarrollado para dar vida a una reforma constitucional.”¹⁸ Con lo cual parece sugerir que el poder u órgano reformador o revisor de la Constitución sí tiene límites implícitos pero, en principio, solamente formales.

Cabe recordar que Manuel Camacho Solís promovió un amparo para impugnar la reforma constitucional al artículo 122 de la Constitución, del 22 de agosto de 1996, misma que incluyó entre los requisitos para ser Jefe de Gobierno del Distrito Federal, uno que le impedía a él contender por dicho puesto de elección popular, al requerir: “no haber desempeñado anteriormente el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal con cualquier carácter.”

¹⁸ Genaro David GÓNGORA PIMENTEL, “¿Puede plantearse en Juicio de Amparo la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional? (El caso del señor Manuel Camacho Solís)”, *Lex. Difusión y análisis*, 3ª época, año III, no. 24, junio, 1997, p. 6. *Cfr.* Joel CARRANCO ZÚÑIGA, “El juicio de amparo de Manuel Camacho Solís, un nuevo enfoque constitucional”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 7, 2000, pp. 77-125; y Elisur ARTEAGA NAVA, “El amparo Camacho. La impugnación de una reforma constitucional”, *Alegatos*, No. 46, septiembre-diciembre, 2000, pp. 511-542.

Por su parte, el Juez Cuarto de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal que por razón de turno conoció del asunto resolvió, por tratarse de un amparo contra una reforma constitucional, por auto del 30 de agosto de 1996, desechar la demanda por ser en su consideración “notoriamente improcedente”. Sin embargo, el dolido interpuso la revisión y solicitó a la Suprema Corte que ejerciera su facultad de atracción para resolver dicho recurso. Después de prolongadas y apasionadas sesiones, el 3 de febrero de 1997, la Corte decidió --por una mayoría de seis votos contra cinco-- revocar el auto del Juez de Distrito y le ordenó examinar la demanda de garantías identificada bajo el expediente 207/96-AUX.

Desafortunadamente, antes de que el Juez resolviera el fondo, el juicio de amparo aparentemente se quedó sin materia, ya que en el ínterin se realizó la elección de Jefe de Gobierno del Distrito Federal, motivo fundamental por el cual el quejoso había solicitado el amparo y la protección de la justicia federal. Por ello, el juez optó por sobreseer el asunto. Si bien esta decisión puede considerarse como técnica y hasta como adecuada, al hacerlo el juez dejó sin resolver no sólo la cuestión primaria de si procede o no el amparo contra una reforma constitucional sino también la pregunta secundaria, en caso de decir que sí procede, debería precisar si procede solamente en contra de vicios formales o también materiales.

Al respecto, uno de los ministros que formuló el proyecto de la mayoría, al publicar las razones que lo llevaron a votar de esa forma, reconoció:¹⁹

De ahí que mientras la reforma constitucional no provenga de quien tiene el poder de darla, la reforma es nula y, por tanto, inconstitucional, por violar precisamente las formalidades constitucionales para su expedición.

En otros términos, cualquiera que sea el contenido de la reforma, la Constitución condiciona toda la creación del Derecho, por cuanto no formarán parte del ordenamiento más que las normas material y formalmente acordes con las prescripciones constitucionales. La Constitución

¹⁹ Genaro David GÓNGORA PIMENTEL, “¿Puede plantearse en Juicio de Amparo la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional?...”, *cit.*, p. 9.

opera así un acondicionamiento negativo en cuanto que excluye la posibilidad de que formen parte del ordenamiento jurídico normas que la contradigan.

Lo anterior parece sugerir que, al menos para él, el amparo procede contra vicios tanto formales como materiales. Ahora bien, después de citar la fracción I del artículo 103 constitucional: “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales”, procedió a precisar que esta norma sirve de “fundamento para que a través del juicio de amparo pueda examinarse la constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional.”²⁰

Cierto es que su argumentación se funda, en el hecho de que el silencio acerca de “la procedencia expresa del juicio de amparo en contra del procedimiento de reforma constitucional” no es un “problema insalvable”. Para tal efecto, cubrir la laguna u omisión, propone reconocer la naturaleza de “ley”, en un sentido amplio, para incluir a la reforma constitucional, al realizar primero una *interpretación extensiva* y luego una *integración analógica a la par*.²¹ Toda vez que el artículo 70 estipula: “Toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto.” Resulta incontrovertible que la reforma constitucional como resolución del Congreso tiene la forma de una ley o decreto, y que como tal el amparo es procedente, en los términos de la

²⁰ *Ibid.*, p. 11.

²¹ Para reforzar este punto es conveniente recordar que este mismo argumento o razonamiento --a partir de una interpretación extensiva de la palabra ‘ley’ para abarcar e incluir el vocablo ‘constitución’ y de una integración analógica a la par, por la identidad de razón, entre la ‘reforma legal’ y la ‘reforma constitucional’-- ya ha sido fructífero en el pasado: a falta de mención explícita o expresa acerca de quién está facultado para presentar una iniciativa de reforma constitucional, a partir de lo previsto en la fracción F del artículo 72 de la Constitución “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación” se aplica supletoriamente el numeral 71 de la misma que establece: “El derecho de iniciar leyes o decretos compete: I. Al Presidente de la República; II. A los diputados y senadores al Congreso de la Unión; y III. A las Legislaturas de los Estados.”

fracción I del artículo 103 de la Constitución, contra leyes --en general-- y contra reformas constitucionales --en particular-- que violen garantías individuales.²²

Una vez admitido tanto que la constitución es una clase de ley como que la reforma constitucional es un tipo de reforma legal: “Habría entonces que reconocer que la vía del amparo está expedita para quien sufra una afectación en sus garantías individuales por una reforma constitucional con violación al procedimiento establecido para tal efecto.”²³ A partir de lo anterior, el amparo procede cuando menos por vicios formales o en el procedimiento. No obstante, el propio ministro recuerda:

[E]l Tribunal Constitucional es el único órgano constituido que, con el arma de la jurisdicción, puede determinar el contenido de la voluntad del constituyente, es decir, puede precisar de manera vinculante y definitiva qué es lo que ha querido decir el constituyente cosa que no ocurre con ninguno de los demás poderes.

Así, estimamos que si la Suprema Corte puede determinar el contenido de la voluntad del poder constituyente, con mayor razón puede precisar la del poder u órgano reformador de la constitución, el cual es un poder constituido, y como tal podría verificar que el resultado de la reforma constitucional se ajuste a lo dispuesto por la propia Constitución. En este sentido, nos permitimos destacar por lo pronto una par de conclusiones --la segunda y la quinta-- del ministro:

Segunda. Si la reforma constitucional es la manifestación de un poder jurídicamente regulado y sometido a límites (ya sean éstos materiales o formales), el control judicial de la reforma aparece como una exigencia ineludible para garantizar el respeto de esos límites, que no es sino el respeto de la propia normatividad de la Constitución.

En efecto, ese control es perfectamente factible ante el órgano jurisdiccional en lo que respecta al procedimiento agravado de reforma. Se trata sólo de un control formal, sobre el cumplimiento de los trámites establecidos para la reforma, puesto que dicho procedimiento carece,

²² Lo anterior sin perjuicio de que el amparo también es procedente, en los propios términos de la fracción I del artículo 103, contra “actos de autoridad que violen garantías individuales.”

²³ Genaro David GÓNGORA PIMENTEL, “¿Puede plantearse en Juicio de Amparo la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional?...”, *cit.*, p. 11.

en principio, de límites materiales. En dicho procedimiento puede intervenir el poder constituyente permanente apartándose de los requisitos y formalidades fijados expresamente en el artículo 135 de la Constitución Federal, dando lugar a alteraciones que provocan auténticas rupturas en el orden constitucional.

Si bien, primero, aclara que la reforma constitucional es el producto o resultado de un poder constituido y como tal sujeto a límites, ya sean formales o materiales; luego, precisa que en el caso de México, a falta, en principio, de límites materiales, se trata de un control formal y como tal solamente procede si el poder u órgano reformador de la constitución se aparta del procedimiento establecido. Y, un poco más adelante resalta:

Quinta. La procedencia del amparo que reconocemos, permite que haya reforma constitucional, sí, pero con Constitución. De no realizarse la reforma constitucional conforme a la Constitución, no puede hablarse en puridad de la existencia de un régimen constitucional, sino más bien de un pseudoconstitucionalismo.

De esta manera, para que podamos hablar de un régimen constitucional --y no de una destrucción o ruptura constitucional-- es imperioso que las reformas constitucionales sean conforme a la constitución. No obstante, hasta aquí, el control de constitucionalidad --o la revisión de dicha conformidad-- no procede necesariamente respecto del fondo o contenido de la reforma constitucional, pero si al menos de su forma o procedimiento.

Al respecto, debemos recordar que la reforma constitucional como un procedimiento dificultado parte de las formalidades propias del proceso legislativo ordinario, pero requiere de algunas más previstas en el texto del artículo 135 de la Constitución:

Artículo 135. La presente constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

De este modo, además de las formalidades propias del procedimiento legislativo ordinario --contempladas en los numerales 71 y 72 de la Constitución, tales como la presentación de la iniciativa por las autoridades facultadas para tal efecto, así como la sucesiva discusión y aprobación en ambas cámaras-- se requiere de la aprobación por una mayoría calificada de dos terceras partes de los individuos presentes en cada una de las Cámaras, de la mayoría simple de las legislaturas de los Estados y, finalmente, el cómputo de los votos y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Lo curioso del caso es que en el amparo de Manuel Camacho Solís, con independencia de que se impugnara algún vicio de procedimiento durante la discusión de la reforma constitucional lo que se impugnaba en sí era el contenido mismo de la reforma. Ésta le impedía a él acceder a un cargo o puesto de elección popular equivalente a uno que antes no era electivo y que había ocupado cuando dependía de la designación directa del Presidente de la República.

Con lo cual la reforma era violatoria en su perjuicio del derecho de sufragio pasivo, *i.e.* a ser votado para un cargo de elección popular, consagrado en la fracción II del artículo 35 constitucional. Aunado a lo anterior, el producto o resultado de la reforma constitucional no cumplía con uno de los elementos característicos de una ley, puesto que, además de ser general, abstracta y permanente, debía ser impersonal, en lugar de ser personal y tener un destinatario con nombre y apellido, y también resultaba violatorio del principio de irretroactividad, al establecer una prohibición *ex post facto* en perjuicio de una persona.²⁴

²⁴ Si bien consideramos que la reforma constitucional del 22 de agosto de 1996 es inconstitucional en la parte que requiere “no haber desempeñado anteriormente el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal con cualquier carácter”. Paradójicamente en tanto que no se cambie el criterio de “interés jurídico” --y de pasada la relatividad de las sentencias de amparo, la conocidísima fórmula Otero-- los únicos que pueden reclamar dicha inconstitucionalidad para sí serían aquéllos que habían ocupado ese cargo con anterioridad a la reforma y no con posterioridad. Es más, conforme a la doctrina de los actos consentidos, en principio, estos últimos han aceptado tal requisito como parte de las reglas del

Por supuesto que si permitimos que las reformas constitucionales se lleven a cabo sin el menor respeto a las formalidades del procedimiento ni a los principios más elementales de racionalidad jurídica, tales como “las leyes implícitas de la legislación” o “la moralidad interna del derecho”, y “los atributos esenciales o no-esenciales del buen legislador” no estaríamos ante una reforma conforme a la constitución sino frente a la destrucción, ruptura o sustitución constitucional o lo que es lo mismo un pseudoconstitucionalismo. Lo interesante del caso es que de un vicio en apariencia material superviene uno formal y como tal el amparo fue reconocido como procedente.

B. Derecho comparado: Colombia

Para reforzar el punto de cómo a partir de vicios aparentemente materiales supervienen formales y, en consecuencia, la reforma constitucional sí es objeto de control de constitucionalidad, había que traer a colación un caso reciente que se presentó en Colombia, para recordar tres cosas:²⁵

En primera instancia, la Constitución colombiana --a diferencia de la mexicana-- reconoce expresamente en su artículo 241 que la Corte Constitucional tiene como función: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.”

En segundo lugar, la aprobación del Acto Legislativo No. 02 del 27 de diciembre de 2004 expedido por el Congreso de la República, el cual aprueba la reelección presidencial inmediata y por lo tanto hace posible una eventual candidatura del actual Presidente de la República, y que además ordena la expedición de una ley estatutaria para garantizar la igualdad en la contienda electoral y los derechos de la oposición, vino a reabrir el debate sobre la inconstitucionalidad de

juego aplicables. Nótese que no quiero decir que el requisito sea constitucional para éstos, sino que tal como están las cosas no tienen interés jurídico para reclamar su inconstitucionalidad.

²⁵ *Vid.*, Mario Alberto CAJAS SARRÍA, “La reforma constitucional...”, *cit.*, pp. 13-48.

una reforma constitucional, por vicios no sólo de procedimiento en su formación sino también por otros vicios.

En tercer término, la jurisprudencia colombiana ha construído, a partir de los vicios de procedimiento en su formación, un tercer concepto, entre los límites formales y los materiales, a la sazón: los *límites competenciales* o *vicios de competencia*. El *quid* del asunto es determinar si quien ejerce el poder de reforma constitucional se excedió o no en sus facultades reformativas, *i.e.* en sus competencias, si no lo hizo estamos ante una verdadera reforma, en cambio si se excedió en la misma frente a una sustitución.

En resumidas cuentas, si bien no se puede demandar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional por una violación material, sí es posible impugnarla por un vicio competencial: el poder constituyente autorizó al poder u órgano reformador de la constitución precisamente para que la reformara, no para que la sustituyera por otra. En otras palabras, una cosa es reformar un parte de la constitución y otra sustituir un elemento definitorio de la Constitución.

En el caso concreto, entre otras cosas, además de vicios de procedimiento en sí, se argumentó --y se podría argumentar-- que dos principios fundamentales --la garantía de los derechos humanos y la determinación de la separación de poderes-- habían sido comprometidos por la reforma. Al permitir una eventual candidatura del actual Presidente de la República, para la elección inmediata posterior, se atenta no sólo contra la igualdad en la contienda electoral entre todos los eventuales candidatos a la presidencia sino también contra el régimen presidencial acotado o limitado y el equilibrio de poderes. En pocas palabras, se sustituyó la igualdad en la contienda --a pesar de ordenar la expedición de una ley estatutaria-- por la inequidad en la misma y el sistema presidencial con equilibrio de poderes por un presidencialismo más fuerte sin tantos equilibrios.

Aunado a lo anterior, consideramos que el actual Presidente de la República, el cual fue electo para un solo período sin posibilidad de reelección inmediata, no se puede ver beneficiado

por una aparente reforma constitucional que implica una sustitución de la misma. Sobre todo porque ésta violenta, más que el principio de irretroactividad, la división temporal del poder, al permitir que a través de una eventual candidatura a la presidencia, el actual Presidente pueda extender su permanencia y hasta perpetuarse en el poder, en especial, dada la sospecha de inequidad en la contienda electoral.

La cuestión es que la reforma constitucional no cumplió con uno de los elementos característicos de una ley, puesto que, además de ser general, abstracta y permanente, debía ser impersonal, en lugar de ser personal al tener un destinatario con nombre y apellido. De tal suerte, para que la reforma fuera constitucional, bastaría con introducir la reelección presidencial inmediata, pero no podría entrar en vigor para la elección siguiente sino para una subsiguiente para evitar que la reforma fuera tildada de personal, en lugar de ser verdaderamente impersonal.

De todo lo anterior se desprende que las reformas constitucionales cuentan con límites implícitos, si bien no necesariamente son materiales si al menos son formales. Lo anterior ha dado lugar a una nueva pregunta: ¿existen o no los límites competenciales o vicios de competencia? La respuesta la esperamos encontrar a partir de la revisión de tres acciones de inconstitucionalidad y sus acumuladas resueltas recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3. Tres casos en México:

Antes de proceder a revisar los tres casos, consideramos oportuno presentar un resumen de cada uno:

A. Acciones de Inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006, y 51/2006 (o caso Chiapas)

La reforma a los artículos 16, primer párrafo, 36 y 61, segundo párrafo, de la Constitución estatal, identificada como Decreto 419 y publicada en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas, el 14 de octubre de 2006, tenía como principal objetivo hacer coincidir las elecciones federales y

locales, para que éstas se celebren concurrentemente el primer domingo de julio del año correspondiente a la elección.

Lo anterior no representaba ningún problema para hacer concurrir la elección de presidente de la República con la del gobernador del Estado, porque ambas se realizaban el mismo año pero en fechas diferentes (artículo 36). No obstante, en realidad, el dilema era cómo homologar la elección de representantes federales con los locales, es decir la de los diputados y senadores al Congreso de la Unión con la de los diputados al Congreso del Estado e integrantes de los Ayuntamientos, puesto que éstas se realizaban con un año de diferencia (artículos 16 y 61, respectivamente).

Así, con el objeto de empalmar las elecciones locales con las federales para el 2012, en los artículos transitorios, se establecía:

1) La prórroga por un año tanto de la Sexagésima Segunda Legislatura como de los Ayuntamientos, en funciones en ese momento, para concluir en 2008, en lugar de 2007 (artículos transitorios Tercero y Quinto); y

2) La ampliación del período de tres a cuatro años para que tanto la Sexagésima Tercera Legislatura como los Ayuntamientos, en funciones a partir de 2008 --como consecuencia del punto anterior-- concluyan en el 2012 (artículos transitorios Cuarto y Sexto).

Así, el *quid* del asunto, al dejar de lado la ampliación del período para funcionarios futuros, por su dependencia en el otro punto, era decidir --como se advierte en los Considerandos Noveno y Décimo Tercero-- acerca de la ampliación, léase prórroga, del mandato de los representantes en funciones. En otras palabras, la pregunta era “si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe o no la ampliación del mandato de determinados órganos locales de representación popular (Legislatura local y Ayuntamientos) más allá del período para el cual han sido electos por la comunidad de la entidad federativa.”

Es conveniente recordar que el tres de octubre de 2004 fueron electos los integrantes de los Ayuntamientos y del Congreso del Estado de Chiapas. Los primeros con un mandato que

abarca del 1º de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2007, en tanto que los segundos con uno del 16 de noviembre de 2004 al 15 de noviembre de 2007.

Ahora bien, en los artículos transitorios Tercero y Quinto, se disponía que los diputados integrantes de la Sexagésima Segunda Legislatura prolongarán su mandato y funciones hasta el 15 de noviembre de 2008; y, los miembros de los Ayuntamientos, hasta el 31 de diciembre del mismo año. En ambos casos por un año más. Así mismo, en los transitorios Cuarto y Sexto, se preveía que los diputados integrantes de la Sexagésima Tercera Legislatura y los miembros de los Ayuntamientos fueran electos, conforme a los artículos 16 y 61 reformados, en el primer domingo de julio, en este caso de 2008, y que el mandato de aquéllos durará del 16 de noviembre de 2008 al 15 de noviembre de 2012; y, el de éstos del 1º de enero de 2009 al 31 de diciembre también de 2012.

En este sentido, la materia de esta acción de inconstitucionalidad --como se percibe en los Considerandos Décimo Tercero y Décimo Cuarto-- no era decidir la constitucionalidad de los artículos 16, 36 y 61 sino “determinar la constitucionalidad de dichas disposiciones transitorias”, al limitarse a “examinar si es o no acorde a la norma suprema la alternativa transitoria elegida por el Constituyente Local para la operatividad de la reforma electoral aludida.” En pocas palabras, el problema era si está prohibida la prórroga del mandato de determinados órganos locales “más allá del período para el cual fueron electos democráticamente”.

De esta forma, la Suprema Corte de Justicia consideró que si estaban esencialmente fundados los conceptos de invalidez y, por unanimidad de diez votos, al estar pendiente la designación de un ministro, resolvió que sí estaba prohibido prorrogar dichos mandatos en la manera en que se hizo, como lo reconoció en el Considerando Décimo Cuarto, segunda parte:

[N]o se está determinando que los Estados no pueden extender o acortar los mandatos de los gobernantes locales, pero en caso de hacerlo debe ser como una previsión a futuro en el que el electorado esté plenamente informado y tenga conocimiento cierto del periodo que va a

desempeñar el funcionario que elija de modo que se respete su voluntad. Es decir, aplicando tales ajustes para las próximas elecciones más no a quienes actualmente ocupan estos cargos.

Lo anterior en atención a que implicaba la violación a los principios: 1) de no reelección; 2) de renovación periódica de los poderes representativos mediante elecciones; 3) del derecho a votar y ser votados; 4) de irretroactividad de la ley; y 5) de supremacía constitucional. Sin embargo, los ministros no consideraron operantes los conceptos de invalidez en cuanto a la violación de principios tales como del deber de protesta constitucional y de legalidad, entre otros. Así mismo, tampoco estimaron oportuno pronunciarse sobre la existencia de límites materiales.

En otro orden de ideas, la ministra instructora precisó los efectos de la sentencia, toda vez que al declarar la invalidez de los artículos transitorios Tercero y Quinto, el ejercicio de los cargos concluiría tal y como estaba previsto, con anterioridad a la promulgación del Decreto 419, en 2007. De tal suerte, sería absurdo que hubiera elecciones hasta el 2008 y más aún que los electos en dicho año entraran a ejercer sus cargos el 16 de noviembre de 2008 y el 1° de enero de 2009, así como que permanecieran en ellos hasta el 15 de noviembre y 31 de diciembre de 2012, y, en consecuencia, conforme al artículo 41, fracción IV, en relación con el 73, ambos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución federal, declararon además la invalidez de los transitorios Cuarto y Sexto.

De igual forma, para no afectar de invalidez los artículos 16 y 61, en la porción normativa relativa a que las elecciones se realizarán “el primer domingo de julio del año de la elección”, procedió a declarar inválido el artículo transitorio Primero el cual establece que el decreto “entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado” para diferir la misma a un momento posterior a la elección de octubre de 2007, para ser aplicable al siguiente proceso electoral, cuya elección se realizaría en principio el primer domingo de julio de 2010. Así mismo, dada la inminencia del proceso electoral fue necesario salvaguardar las disposiciones que con anterioridad a la reforma estaban en vigor y, por ende, también se anuló el artículo transitorio Segundo que ordena la derogación de “todas las disposiciones que se opongan” al mismo.

En resumen, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en este caso, resolvió: *Primero*, considerar parcialmente procedentes y fundadas las acciones de inconstitucionalidad; *Segundo*, sobreseer en relación con los artículos 16, 36 y 61, con excepción del siguiente resolutivo; *Tercero*, reconocer la validez de los artículos 16 y 61, en la porción normativa “el primer domingo de julio del año de la elección”; *Cuarto*, declarar la invalidez de los artículos transitorios Segundo a Sexto, así como del artículo transitorio Primero, exclusivamente respecto a la vigencia de la porción normativa a que se refiere el resolutivo anterior; y, *Quinto*, publicar la ejecutoria.

B. Acciones de Inconstitucionalidad 39/2006 y sus acumuladas 40/2006 y 42/2006 (o caso Michoacán)

La reforma a los artículos 20, 51 y 117, entre otros, de la Constitución estatal, identificada como Decreto 69 y publicada en el Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán, el 22 de septiembre de 2006, y con una “fe de erratas” el 26 del mismo mes y año, tenía --al igual que en el caso de Chiapas-- como principal objetivo “hacer coincidir el calendario local con el federal”, para que las elecciones se efectúen de manera concurrente el primer domingo de julio del año correspondiente a la elección, con excepción de la de los Ayuntamientos que se realizaría de modo coincidente modo cada dos procesos, al alternar una en dicho día y la otra en el primer domingo de diciembre.

Lo anterior --a diferencia del caso de Chiapas-- representaba un problema adicional para hacer concurrir la elección del gobernador del Estado con una elección federal, porque se realizaba poco más de un año después (artículo 51). Así, el dilema era además cómo hacer coincidir la elección de representantes federales con los locales, esto es la de los diputados y senadores al Congreso de la Unión con la de los diputados al Congreso del Estado e integrantes de los Ayuntamientos, puesto que éstas se celebraban con un año y cuatro meses de diferencia (artículo 20 y 117).

Así, con el objeto de empalmar las elecciones locales con las federales, ya sea para el 2009 y el 2012, en los artículos transitorios, se establecía:

1) El nombramiento, por única vez, por parte del Congreso del Estado, con el voto de dos terceras partes de la totalidad de sus integrantes, de un gobernador, para un período de “transición” de 19 meses y medio, del 15 de febrero de 2008 al 30 de septiembre de 2009 (artículo transitorio Segundo);

2) La prórroga por ocho meses tanto para la Septuagésima Legislatura como para los Ayuntamientos, en funciones en ese momento, para concluir a mediados de septiembre y a finales de agosto de 2008, respectivamente, en lugar del 14 de enero de ese mismo año y del 31 de diciembre del año anterior (artículos transitorios Tercero y Quinto);

3) La ampliación del período de tres a cuatro años para que tanto la Septuagésima Primera Legislatura como los Ayuntamientos, en funciones a partir de 2008 --como consecuencia del punto anterior-- concluyan en el 2012 (artículos transitorios Cuarto y Sexto).

Al dejar de lado la ampliación del período de funcionarios futuros, como en el caso de Chiapas, el *quid* del asunto era doble: decidir si la designación o nombramiento del gobernador, por parte del Congreso del Estado, mediante el voto de dos terceras partes de la totalidad de sus integrantes, sin que medie una elección directa, de un lado, y la extensión o prórroga del mandato de los miembros de la Legislatura y de los Ayuntamientos en funciones, del otro, están prohibidos por o son contrarias a la Constitución federal.

Cabe señalar que el gobernador del Estado fue electo el 11 de noviembre de 2001, con un mandato del 15 de febrero de 2002 al 14 de febrero de 2008; y los integrantes de los Ayuntamientos y del Congreso del Estado de Michoacán el 14 de noviembre de 2004, los primeros con un mandato que abarca del 1º de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2007, en tanto que los segundos con uno que comprende del 15 de enero de 2005 al 14 de enero de 2008.

Ahora bien, en los artículos transitorios Segundo, Tercero y Quinto, se disponía que el Congreso estatal nombrara al gobernador del Estado, para un período de “transición” de 19 meses y medio del 15 de febrero de 2008 al 30 de septiembre de 2009; los diputados de la Septuagésima Legislatura prolongarán su mandato y funciones hasta el día 14 de septiembre de 2008; y, los

integrantes de los Ayuntamientos hasta el día 31 de agosto de 2008, por ocho meses más. Así mismo, en los transitorios Cuarto y Sexto, se preveía que los miembros de la Septuagésima Primera Legislatura y de los Ayuntamientos fueran electos, conforme a los artículos 20 y 117 reformados, en el primer domingo de julio, en este caso de 2008, y que el mandato de aquéllos durará del 15 de septiembre de 2008 al 14 de septiembre de 2012; y, el de éstos del 1º de septiembre de 2008 al 31 de agosto de 2012.

En este sentido, la materia de esta acción de inconstitucionalidad --como se percibe en el Considerando Sexto-- no era tanto el decidir la constitucionalidad de los artículos 20, 51 y 117 sino más bien determinar la constitucionalidad del “mecanismo que permitiera que los mandatos que concluían tanto de Gobernador, Diputados y Ayuntamientos pudieran coincidir con los nuevos cuyo inicio de funciones se postergaría en razón del aplazamiento de la jornada electoral en la cual serían electos.”

Es conveniente recordar que los conceptos de invalidez eran: 1) la prórroga de los diputados en funciones de la Septuagésima Legislatura del Congreso del Estado; 2) la prórroga de los integrantes también en funciones de los Ayuntamientos; y 3) el nombramiento de un gobernador de “transición” mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso del Estado.

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia, consideró que estos tres conceptos de invalidez estaban esencialmente fundados y, por unanimidad de diez votos, al estar pendiente la designación de un ministro, resolvió que sí estaba prohibido tanto prorrogar los mandatos de los diputados y de los miembros de los Ayuntamientos como nombrar, sin que medie elección, al gobernador del Estado. Al respecto, baste traer a colación lo dicho en el Considerando Sexto.

Por una parte, en el caso de los primeros, estimaron:

[E]s indudable que si... el mandato del pueblo Michoacano al elegir a los actuales funcionarios integrantes de los Ayuntamientos y del Congreso del Estado, fue expreso para que dichos funcionarios ocuparan los cargos conferidos por cierto plazo, no es válido que se prorrogue el

mandato que les fue conferido únicamente para ser ejercido por un tiempo determinado, aún y cuando existiera una justificación que pudiera ser razonable e incluso loable.

Sin embargo, al igual que en el caso de Chiapas, precisaron:

[N]o se está determinando que los Estados no pueden extender o acortar los mandatos de los gobernantes locales, pero en caso de hacerlo debe ser como una previsión a futuro en el que el electorado esté plenamente informado y tenga conocimiento cierto del periodo que va a desempeñar el funcionario que elija de modo que se respete su voluntad. Es decir, aplicando tales ajustes para las próximas elecciones más no a quienes actualmente ocupan estos cargos.

Por otra parte, en el caso del segundo, evaluaron:

[E]l texto del artículo 116 constitucional es lo suficientemente claro cuando expresa que la elección de los Gobernadores de los Estados debe ser directa y, asimismo, que las Constituciones y leyes de los Estados deben garantizar que la elección de dicho funcionario se realice mediante sufragio universal, libre, secreto y directo, todo lo cual no se cumple con lo dispuesto en el artículo segundo transitorio...

En otro orden de ideas, el ministro instructor precisó los efectos de la sentencia, toda vez que al declarar la invalidez de los artículos transitorios Tercero y Quinto, relativos a la prórroga de los cargos de los diputados al Congreso del Estado y de los integrantes de los Ayuntamientos, éstos concluirían tal y como estaba previsto, con anterioridad a la promulgación del Decreto 69, a finales de 2007 y principios de 2008. De tal suerte, sería absurdo que hubiera elecciones hasta el 6 de julio del 2008 y peor aún que los electos en dicha elección entrarán a ejercer sus cargos el 15 y el 1º de septiembre de 2008, respectivamente, así como que durarán en ellos hasta el 14 de septiembre y el 31 de agosto de 2012, y, por ende, en consecuencia, conforme al artículo 41 de la Ley Reglamentaria --al igual que en el caso de Chiapas-- declararon además la invalidez de los transitorios Cuarto y Sexto.

En resumidas cuentas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió: *Primero*, sobreseer la acción de inconstitucionalidad 42/2006 por haber sido presentada extemporáneamente; *Segundo*, considerar procedentes y parcialmente fundadas las acciones de inconstitucionalidad 39/2006 y 40/2006; *Tercero*, declarar la invalidez de los artículos transitorios

Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto; *Cuarto*, reconocer la validez de los artículos 20, 51, y 117, en los términos de los Considerandos Quinto y Séptimo; y, *Quinto*, publicar la ejecutoria.

C. Acciones de Inconstitucionalidad 41/2006 y su acumulada 43/2006 (o caso Oaxaca).

La reforma al artículo 25, Apartado A, fracción I, entre otros, de la Constitución estatal, identificada como Decreto 317 y publicada en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, el 28 de septiembre de 2006, tenía --al igual que en los dos casos anteriores-- como “objeto homologar los calendarios de los procesos electorales locales y federales”, para que las elecciones se realicen de forma concurrente el primer domingo de julio del año correspondiente a la elección.

Lo anterior --a diferencia del caso de Chiapas, pero al igual de Michoacán-- representaba un problema adicional. Así, el dilema era cómo hacer coincidir --como en el caso de Michoacán-- la elección del gobernador del Estado con una elección federal y cómo hacer concurrir --como en los dos casos anteriores-- la elección de representantes federales con los locales, esto es la de los diputados y senadores al Congreso de la Unión con la de los diputados al Congreso del Estado e integrantes de los Ayuntamientos

Así, con el objeto de empalmar las elecciones locales con las federales, para el 2012, en los artículos transitorios, se establecía:

1) La prórroga por un año tanto de la Quincuagésima Novena Legislatura como de los Ayuntamientos, en funciones en ese momento, para concluir a mediados de noviembre y a finales de diciembre de 2008, respectivamente (artículos transitorios Segundo y Quinto);

2) La ampliación del período de tres a cuatro años para que tanto la Sexagésima Legislatura como los Ayuntamientos, en funciones a partir de 2008 --como consecuencia del punto anterior-- concluyan en el 2012 (artículos transitorios Tercero y Sexto); y

3) El nombramiento, por parte del Congreso del Estado, con el voto de dos terceras partes de sus integrantes, de un gobernador “interino” constitucional, para un período de dos años, del 1º de diciembre de 2010 al 30 de noviembre de 2012 (artículo transitorio Décimo).

Al dejar de lado la ampliación del período de funcionarios futuros, como en los dos casos anteriores, el *quid* del asunto era doble: decidir si la extensión o prórroga del mandato de los miembros de la Legislatura y de los Ayuntamientos en funciones, de un lado, y la designación o nombramiento del gobernador, por parte del Congreso del Estado, mediante el voto de dos terceras partes de la totalidad de sus integrantes, sin que medie una elección directa, del otro, están prohibidos por o son contrarias a la Constitución federal.

Cabe recordar que las elecciones pasadas de gobernador del Estado y de diputados al Congreso estatal se efectuaron en agosto de 2004 y la de integrantes de los Ayuntamientos en octubre de ese mismo año. De esta forma, el primero fue electo con un mandato del 1° de diciembre de 2004 al 30 de noviembre de 2010; los segundos del 13 de noviembre de 2004 al 13 de noviembre de 2007; y los últimos del 1° de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2007.

Ahora bien, en los artículos transitorios Segundo y Quinto, se disponía que los diputados de la Quincuagésima Novena Legislatura prolongarán su mandato y funciones hasta el 13 de noviembre de 2008; y, los miembros de los Ayuntamientos hasta el 31 de diciembre de ese mismo año. En ambos casos por un año más. Así mismo, en los transitorios Tercero y Sexto, se establecía que los integrantes de la Sexagésima Legislatura y de los Ayuntamientos que fueran electos, el primer domingo de julio, en este caso de 2008, ejercerían su mandato del 13 de noviembre de 2008 al 13 de noviembre de 2012, y del 1° de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2012, respectivamente. Por último, en el transitorio Décimo, se preveía que el mandato del gobernador “interino” comprendería del 1° de diciembre de 2010 al 30 de noviembre de 2012.

En este sentido, la materia de esta acción de inconstitucionalidad --como se desprende del Considerando Quinto-- al impugnarse vicios tanto formales como materiales requería --a

diferencia de las dos acciones anteriores-- del análisis previo de las violaciones al procedimiento legislativo que dió origen a la reforma constitucional:²⁶

Si bien la acción de inconstitucionalidad es un medio de control abstracto, cuando se hagan valer violaciones al procedimiento legislativo que dio origen a la norma general impugnada, deberán éstas analizarse en primer término, ya que de resultar fundadas, por trastocarse los valores democráticos que deben privilegiarse en nuestro sistema constitucional, su efecto invalidante será total, siendo, por tanto, innecesario, ocuparse de los vicios de fondo de la ley impugnada, que invoquen los promoventes.

Sin embargo, una vez que se estimaron infundados los conceptos de invalidez por vicios de forma, procedieron al estudio de los vicios de fondo. No obstante, el objeto --al igual que en los dos casos anteriores-- no era decidir --como lo refiere el Considerando Sexto-- sobre la constitucionalidad de la reforma en sí, *i.e.* “calificar los motivos o criterios que llevaron al Órgano Legislativo estatal a modificar el inicio del próximo proceso electoral” sino que “sólo le compete determinar si la disposición impugnada contraviene o no algún precepto de la Carta Fundamental.” Al analizar el artículo 25, Apartado A, fracción I, de la Constitución estatal se llegó a la conclusión de que no contraviene a la Constitución federal, ya que en ésta “no se prevé alguna limitación para que los Constituyentes locales determinen las fechas en las cuales se llevarán a cabo las elecciones locales y, por el contrario, establece que los Estados de la República gozan de libertad para legislar en su régimen interior.”

²⁶ Cabe aclarar que este criterio lo estableció la propia Suprema Corte, por unanimidad, al resolver el 4 de enero de 2007, las acciones de inconstitucionalidad 52/2006 y sus acumuladas 53/2006 y 54/2006, con posterioridad a los dos casos anteriores, y al apartarse de la tesis de jurisprudencia aislada P./J. 6/2003: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. DEBE PRIVILEGIARSE EL ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ REFERIDOS AL FONDO DEL ASUNTO Y SÓLO EN CASO DE QUE ÉSTOS RESULTAREN INFUNDADOS, SE PROCEDERÁ AL ANÁLISIS DE LAS VIOLACIONES PROCEDIMENTALES.”

Es pertinente recordar que los conceptos de invalidez eran: 1) la prórroga de los diputados en funciones de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso del Estado; 2) la prórroga de los concejales también en funciones de los Ayuntamientos; y 3) el nombramiento de un gobernador “interino” por medio del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso del Estado.

De este modo, la Suprema Corte de Justicia consideró que estos tres conceptos de invalidez estaban esencialmente fundados y, por unanimidad de once votos --salvo en un solo punto, con una amplia mayoría de diez-- resolvió que sí estaba prohibido tanto prorrogar los mandatos de los diputados al Congreso estatal y de los concejales de los Ayuntamientos como nombrar, sin que medie elección, al gobernador del Estado. Al respecto, razonaron --en el Considerando Séptimo-- que si bien no hay una prohibición expresa lo cierto es que su existencia deriva de la interpretación de los principios democráticos.

Entre ellos despunta el principio de renovación de los Poderes Ejecutivos y Legislativo, así como de los Ayuntamientos, mediante elecciones libres, auténticas y periódicas en las que la ciudadanía ejerce su derecho al sufragio, lo anterior con la única finalidad de designar a las personas que han de fungir como representantes de la voluntad popular al ser electos para un período determinado. Así, la Corte --en el mismo Considerando Séptimo-- reproduce los mismos argumentos que en el caso de Michoacán, al grado de reiterar:²⁷

²⁷ El problema es que al transcribir el mismo párrafo se refiere a los artículos transitorios Segundo --como en el caso de Michoacán-- y al Quinto, con lo cual comete un desliz. El gazapo es que ni uno ni otro son contrarios al artículo 116 de la Constitución, pues uno se refiere a la prórroga de la Quincuagésima Novena Legislatura y el otro a la de los Ayuntamientos del Estado, sino que el propiamente contradictorio es el Décimo: “Con la finalidad de homologar los calendarios de los procesos electorales locales y federales, al concluir el periodo constitucional para el que fue electo el actual Gobernador del Estado, la legislatura con la aprobación de las dos terceras partes de sus integrantes, designará un Gobernador Interino Constitucional, para un periodo de transición que comprenderá del primero de diciembre de 2010 al 30 de noviembre de 2012.”

[E]n el caso del Gobernador del Estado, el texto del artículo 116 constitucional es lo suficientemente claro cuando expresa que la elección de los Gobernadores de los Estados debe ser directa y, asimismo, que las Constituciones y leyes de los Estados deben garantizar que la elección de dicho funcionario se realice mediante sufragio universal, libre, secreto y directo, todo lo cual no se cumple con lo dispuesto en los artículos segundo y quinto transitorios...

En otro orden de ideas, el ministro instructor precisó los efectos de la sentencia, toda vez que al declarar la invalidez de los artículos transitorios Segundo y Quinto, relativos a la prórroga de los cargos de los diputados al Congreso del Estado y de los concejales de los Ayuntamientos, éstos concluirían tal y como estaba previsto, con anterioridad a la promulgación del Decreto 317, a finales de 2007. Al grado de que sería absurdo que hubiera elecciones hasta el 6 de julio del 2008 y peor aún que los electos en dicha elección entrarán a ejercer sus cargos el 13 de noviembre de ese año y el 1° de enero del 2009, así como que durarán en ellos hasta el 13 de noviembre y 31 de diciembre de 2012, respectivamente. Y, en consecuencia, conforme al artículo 41, fracción IV, en relación con el 73, ambos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución federal, al igual que en los dos casos anteriores, declararon además la invalidez de los transitorios Tercero, Cuarto, Sexto y Séptimo.

Para resumir la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió: *Primero*, con precedentes y parcialmente fundadas las acciones de inconstitucionalidad 41/2006 y 43/2006; *Segundo*, reconocer la validez del artículo 25, Apartado A, fracción I, de la Constitución estatal; *Tercero*, declarar la invalidez de los artículos transitorios Primero, única y exclusivamente en la parte que se relaciona con el artículo 25, Apartado A, fracción I, de dicha Constitución, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo y Décimo; y, *Cuarto*, publicar la ejecutoria.

Una vez resumidos los tres casos podemos proceder a su análisis y explicitar las implicaciones para el tema de esta tesis. Las tres acciones de inconstitucionalidad implicaban el mismo problema: determinar si una reforma constitucional, como una forma de legislación, al ser objeto de control de constitucionalidad y por ende sujeta a ciertos límites, era inconstitucional. Lo

anterior tenía imbricado un problema adicional: delimitar de qué clase o tipo son dichos límites, ya sean explícitos e implícitos, así como materiales, formales y hasta competenciales.

En realidad, lo que estaba a discusión no era el fondo o contenido de las reformas constitucionales en sí, es decir si se puede hacer coincidir las elecciones federales con las locales, sino la forma o método para ejecutarlo, esto es cómo hacerlas concurrir. En otras palabras, la disputa no era sobre lo sustantivo, es decir la posibilidad de hacer las elecciones federales y locales coincidentes, sino sobre lo adjetivo, esto es si para hacerlas concurrentes estaba prohibido --o al menos no permitido-- en los artículos transitorios tanto ampliar o prorrogar el mandato de los integrantes de determinados órganos estatales en funciones, así como designar o nombrar a un gobernador de “transición” o “interino”, sin que medie una elección.

De un lado, en lo relativo a lo sustantivo, no existe prohibición para homologar las elecciones federales con las locales, pero había una limitación, la de llevarlo a cabo sin contrariar los principios de la Constitución federal. Así, aunque no existe prohibición para alterar o modificar la duración de los períodos tanto de los integrantes de los Ayuntamientos y del Congreso del Estado como del gobernador del Estado, en el caso de este último el período no podría exceder de seis años. En este orden de ideas, dentro de los méritos de las reformas, sobresale que en el caso de Michoacán, una vez transcurrida la prórroga y un período de cuatro años, a partir del 2012, la duración de los mandatos de los Ayuntamientos sería de cuatro años y medio, de forma tal que su elección sería concurrente con las federales cada nueve años.

Del otro lado, en relación con lo adjetivo: 1) en los tres casos, el mecanismo establecido en los artículos transitorios para llevar a cabo la reforma consistía en la ampliación o prórroga del mandato, tanto de los miembros de los Ayuntamientos como de los diputados al Congreso del Estado, para un período más allá del que fueron electos democráticamente; 2) en los casos de Michoacán y Oaxaca, además, incluía en los mismos artículos transitorios la designación o nombramiento del gobernador del Estado por parte del Congreso estatal; y 3) en el último caso, la materia de la acción de inconstitucionalidad --como se desprende de su Considerando Quinto-- al

impugnarse vicios tanto formales como materiales requería, a diferencia de los otros dos casos, del análisis previo de las violaciones al procedimiento legislativo que dió origen a la reforma constitucional:²⁸

Si bien la acción de inconstitucionalidad es un medio de control abstracto, cuando se hagan valer violaciones al procedimiento legislativo que dio origen a la norma general impugnada, deberán éstas analizarse en primer término, ya que de resultar fundadas, por trastocarse los valores democráticos que deben privilegiarse en nuestro sistema constitucional, su efecto invalidante será total, siendo, por tanto, innecesario, ocuparse de los vicios de fondo de la ley impugnada, que invoquen los promoventes.

En ninguno de los dos supuestos --la ampliación o prórroga, de un lado, y la designación o nombramiento, del otro-- existía una prohibición explícita en el sentido de no poder hacer ni una ni otra, sino implícita al derivar de la violación de uno o de varios principios constitucionales como lo plasmaron los ministros instructores en los Considerandos Sexto y Séptimo, de los casos de Michoacán y de Oaxaca, respectivamente:

[S]i bien ningún precepto de la Constitución Federal prohíbe la prórroga de los mandatos de los Ayuntamientos y de los Diputados integrantes del Congreso del Estado; así como, el nombramiento por parte del Congreso de un Gobernador para un cierto período, lo cierto es que la necesidad de su previsión en las Constituciones estatales y la prudencia de su magnitud, derivan de... principios democráticos...

Así, el artículo 116 de la Constitución federal establece: “La elección de los gobernadores de los Estados y de las legislaturas locales será directa” y la fracción I del numeral 115 que

²⁸ Cabe aclarar que este criterio lo estableció la propia Suprema Corte, por unanimidad, al resolver el 4 de enero de 2007, las acciones de inconstitucionalidad 52/2006 y sus acumuladas 53/2006 y 54/2006, con posterioridad a los dos casos anteriores, y al apartarse de la tesis de jurisprudencia aislada P./J. 6/2003: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. DEBE PRIVILEGIARSE EL ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ REFERIDOS AL FONDO DEL ASUNTO Y SÓLO EN CASO DE QUE ÉSTOS RESULTAREN INFUNDADOS, SE PROCEDERÁ AL ANÁLISIS DE LAS VIOLACIONES PROCEDIMENTALES.”

estipula: “Cada municipio será gobernado por un ayuntamiento de elección popular directa”. Con este fundamento, sobre todo en el caso de designar o nombrar al gobernador del Estado, por parte del Congreso, es cierto que se violaría el principio de su “elección directa”. Así, la Corte en el Considerando Séptimo del caso Oaxaca reproduce los mismos argumentos que en el Considerando Sexto del caso de Michoacán, al grado de reiterar:²⁹

[E]n el caso del Gobernador del Estado, el texto del artículo 116 constitucional es lo suficientemente claro cuando expresa que la elección de los Gobernadores de los Estados debe ser directa y, asimismo, que las Constituciones y leyes de los Estados deben garantizar que la elección de dicho funcionario se realice mediante sufragio universal, libre, secreto y directo, todo lo cual no se cumple con lo dispuesto en los artículos segundo y quinto transitorios...

Dicha violación bastaba en el caso de Michoacán, es decir para invalidar la designación de un gobernador para un período de “transición”, pero no en el de Oaxaca, esto es para invalidar el nombramiento de un gobernador “interino”, donde se requería de un argumento adicional para desvirtuar que en los hechos se trataba de uno. La designación o nombramiento de un gobernador interino, presupone por definición la existencia de un gobernador constitucional y algún supuesto de falta temporal o absoluta que debe cubrir. El argumento era simple y como tal reforzaba la violación al principio de “elección directa”: no se había elegido de manera directa al gobernador cuya falta habría que suplir.

Sin embargo, el hecho de ampliar o prorrogar el mandato de los diputados al Congreso del Estado, así como de los miembros de los Ayuntamientos, no implica que se violentaría el principio de “elección directa”, sino algún otro --o algunos otros-- como el de “La renovación de los poderes Ejecutivos y Legislativos se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas”, contenido en el segundo párrafo del artículo 41 constitucional. En este sentido, al parecer en los casos de Michoacán y de Oaxaca, para los ministros instructores bastaba con la violación al principio de renovación periódica de los poderes públicos mediante sufragio

²⁹ *Vid. supra* nota 27.

universal, como sustento del concepto de invalidez, para declarar fundada y procedente la acción de inconstitucionalidad. El argumento era que una vez decidida la inconstitucionalidad de las normas impugnadas resultaba innecesario ocuparse del análisis de los demás conceptos de invalidez.³⁰

No obstante, en el caso de Chiapas, resuelto con antelación a los otros dos, la ministra instructora procedió a realizar un estudio más exhaustivo. En el mismo concluyó que había violación a los principios: 1) de no reelección; 2) de renovación periódica de los poderes representativos mediante elecciones; 3) del derecho a votar y ser votados; 4) de irretroactividad de la ley; y 5) de supremacía constitucional.

Está claro que al no tratarse de un límite explícito, éste resultaba ser implícito y que como tal se constituía de la violación de uno o varios principios. A diferencia de la designación o nombramiento del gobernador del Estado, donde bastaba con uno, puesto que dicho funcionario debía ser electo de manera directa en lugar de designado o nombrado de modo indirecto, la ampliación o prórroga de los diputados al Congreso del Estado y de los integrantes de los

³⁰ Ciertamente, este fue el criterio de los ministros instructores, en ambos casos, pero solamente el segundo lo explicitó, al apoyarse en la tesis de jurisprudencia P./J. 37/2004: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ESTUDIO INNECESARIO DE CONCEPTOS DE INVALIDEZ. Si se declara la invalidez del acto impugnado en una acción de inconstitucionalidad, por haber sido fundado uno de los conceptos de invalidez propuestos, se cumple el propósito de este medio de control de constitucionalidad y resulta innecesario ocuparse de los restantes argumentos relativos al mismo acto.”

Lo curioso es que después de citar dicha tesis afirma: “Similar criterio sostuvo este Tribunal Pleno al resolver las acciones de inconstitucionalidad 39/2006 y sus acumuladas 40/2006 y 42/2006 [*i.e.* el caso Michoacán], así como la 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006 [*i.e.* el caso Chiapas] en sesión de fecha siete de diciembre de dos mil seis.” Efectivamente, ambos casos fueron decididos ese día. Sin embargo, el de Chiapas fue resuelto con antelación, pero lo relevante es que no fue bajo ese criterio ni uno semejante. Por estas dos razones, la anterioridad de la decisión, pero sobre todo la inaplicabilidad del criterio, resultaba innecesario traerlo a colación.

Ayuntamientos implicaba la violación de varios principios y por tanto un argumento bastante complejo, compuesto de varios razonamientos, ya de por sí bastante complicados.

Por una parte, al no elegir directamente a un funcionario que debe ser electo no se respeta la renovación de los poderes públicos mediante sufragio universal realizado periódicamente y al ampliar el mandato del que está en funciones se le da la vuelta a la prohibición de la reelección, al extender unilateralmente el mandato de un poder representativo y al evitar la alternancia en los cargos. Lo anterior “conlleva a suponer que no es válido que autoridades electas mediante el voto popular prorroguen [sobre todo si son ellas mismas quienes lo hacen] el nombramiento que les fue conferido por la voluntad de los electores para cierto tiempo”. Referente a la violación del principio de elecciones mediante sufragio universal, libre, secreto y directo, destaca el argumento formulado en la segunda parte del Considerando Décimo Cuarto:

Ahora bien, para poder ejercer realmente el sufragio, el elector debe tener oportunidad de conocer para qué cargos y qué períodos elegirá a la persona que decida; asimismo, debe tener la oportunidad de elegir y gozar de la libertad de elección, pues sólo quien tiene la opción de elegir y, además, de hacerlo entre varias alternativas --dos por lo menos--, puede ejercer verdaderamente el sufragio. Asimismo, debe tener libertad para decidirse por cualquiera de ellas; de lo contrario, no tendrá opción.

Al mismo tiempo, aunque no se cancela ni se impide a los ciudadanos ejercer su derecho a votar y, en su caso, a ser votado, si se pospone su ejercicio. Lo anterior implica una aplicación retroactiva de la ley, toda vez que indebidamente se amplía o prorroga el mandato de un funcionario para un lapso para el cual no fue electo originalmente y se posterga una elección que --como se dice coloquialmente-- estaba “a la vuelta de la esquina”. Al respecto, se suponía que los integrantes tanto de la Legislatura estatal como de los Ayuntamientos locales que estaban en funciones los abandonarían al fenecer su período de tres años y entregarían el poder a quienes hubieran accedido a él legítimamente a través de elecciones auténticas, periódicas y mediante sufragio universal, libre, secreto y directo. De forma tal que para la ministra instructora como lo advierte en ese mismo considerando:

[N]o hay duda de que el traslado de esos sufragios a una fecha posterior a la conclusión del período para el que fueron popularmente designados, fractura, por un lado, el derecho adquirido de los ciudadanos para emitir su voto en el momento oportuno que permita el reemplazo de los referidos gobernantes, y por otro, el de los partidos políticos para postular antes de que concluya el trienio a quienes deban llevar a cabo dicha sustitución.

Finalmente, todas las violaciones anteriores resultaban contrarias al principio de supremacía constitucional, el cual presupone la supeditación de las disposiciones contenidas en la Constitución local a la federal.

Por la otra, no es que se violen algunos de estos principios a la letra sino en su espíritu. A guisa de ejemplo, no se viola el principio de no reelección en sí, pero si se violenta la prohibición fundamental contenida en él relativa a la permanencia y hasta perpetuación de una persona en un mismo cargo, ya sea mediante una nueva elección o la ampliación del período para el cual fue electo, como lo advierte en la primera parte del Considerando Décimo Cuarto:

Es verdad que la ampliación del mandato de la Legislatura local y de los miembros de los Ayuntamientos más allá del período para el cual han sido electos democráticamente no ha implicado, en estricto sentido, una reelección, porque la legislatura no convocó a la comunidad a pronunciarse mediante el voto público sobre su extensión en el poder.

No obstante, esa ampliación del mandato ha significado la violación del principio de no reelección, porque, como se ha dicho, este principio implica una prohibición fundamental: la prórroga o extensión del mandato más allá para el cual se ha sido electo democráticamente, sea mediante la organización de nuevas elecciones, sea mediante un incremento con esos efectos.

Aun cuando se reconoció que se violaron varios principios, en nuestra opinión se violentaron, tal y como se expresaron en los conceptos de invalidez, además el del deber de protesta constitucional y el de legalidad. De un lado, no es que con la reforma se viole la protesta en sí o su rendición, sino que la misma implicaba el juramento de un encargo previsto para un período determinado y no para más allá. Por ejemplo, del 16 de noviembre de 2004 al 15 de noviembre de 2007, lo cual no incluía del 16 de noviembre de 2007 hasta el 15 de noviembre de 2008. Del otro, tampoco es que se viole la legalidad de la reforma en sí sino que la actuación

de los funcionarios durante el tiempo de la prórroga estaría viciada y en consecuencia todo lo actuado sería ilegal.

En nuestra opinión, también se violentó el principio de certeza y seguridad jurídica y, con esto, la división temporal del poder, no sólo al ampliar la duración de un mandato, lo cual no era del conocimiento de los electores al momento de elegir a sus representantes, sino también al postergar la renovación de los cargos públicos. De igual forma, los principios de generalidad e impersonalidad de la ley, al ser inadmisibles que la reforma sea aplicable o beneficie a una persona o a un grupo personal, en particular, y no a una clase impersonal, en general. Especialmente, cuando quienes realizaron la reforma se ven beneficiados de modo directo por la misma, al prorrogarse ellos mismos sus mandatos. El hecho de que la reforma sea producto de un órgano o poder revisor de la Constitución no cancela que el actuar de quienes participaron en la misma, tales como los miembros del Congreso del Estado y de los Ayuntamientos, como poderes constituidos, este sujeto al control de la constitucionalidad.

Aunque la Suprema Corte de Justicia, al respetar los principios de división de poderes y de soberanía estatal, en su decisión --como legislador negativo-- se limita a declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, y no tiene por qué esbozar ni mucho menos preparar --como legislador positivo-- una reforma alterna que si sería constitucional, ésta podría haber sido:

1) En el caso de Chiapas: A) reducir, en el caso de los diputados al Congreso del Estado y de los integrantes de los Ayuntamientos, a dos años alguno de los dos períodos de tres, para quedar ya sea 2007-2010 y 2010-2012, o 2007-2009 y 2009-2012 (con la segunda opción las elecciones federales y locales habrían estado empalmadas inclusive para la elección federal del

2009); o bien ampliar, por única vez, a cinco años el período que normalmente dura tres de 2007 a 2012.³¹

2) En el caso de Michoacán: A) elegir directamente al gobernador del Estado para un período de transición, ya sea de 19 meses y medio, del 15 de febrero de 2008 al 30 de septiembre de 2009, o bien de poco más de cuatro años y medio, hasta el 30 de septiembre de 2012; y B) reducir, al igual que en el caso de Chiapas, en el caso de los diputados al Congreso del Estado y de los miembros de los Ayuntamientos, a dos años alguno de los dos períodos de tres; o bien ampliar, por única vez, a cinco años dicho período.³²

3) En el caso de Oaxaca: A) reducir, al igual que en los dos casos anteriores, en el caso de los integrantes tanto del Congreso del Estado como de los Ayuntamientos, a dos años alguno de los dos períodos de tres; o bien, ampliar, por única vez, a cinco años el período que normalmente duraría tres, también de 2007 a 2012; y B) elegir directamente al gobernador del Estado para un

³¹ Hoy en día, de las dos primeras la única opción que les quedaría constitucional es la segunda, es decir la reducción a dos años del período siguiente del 2010 a 2012; o bien, su ampliación a cinco años de 2010 a 2015; así como algún compromiso entre ambas, como sendos períodos de dos años y medio cada uno. En cualquier caso, esta nueva reforma se tendría que realizar con al menos 90 días de antelación al inicio del proceso electoral del 2010, algo así como a más tardar en la primera quincena de octubre de 2009.

³² Con posterioridad a la resolución de las acciones de inconstitucionalidad, el 25 de enero de 2007, el Congreso del Estado aprobó una nueva reforma constitucional, en la cual optó por: A) elegir directamente al gobernador del Estado, el 11 de noviembre de este mismo año, para un período de cuatro años del 15 de febrero de 2008 al 14 de febrero de 2012, y a su sucesor para uno de tres años con siete meses y medio del 15 de febrero de 2012 al 30 de septiembre de 2015, para que a partir de la elección del 2015, las elecciones de gobernadores sean concurrentes con las federales intermedias y la duración de sus cargos de seis años; y B) ampliar la duración de los períodos de los Ayuntamientos y de las Legislaturas a cuatro años del 1° de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011 y del 16 de enero de 2008 al 15 de enero de 2012, así como a tres años con ocho meses del 1° de enero de 2012 al 31 de agosto de 2015 y del 16 de enero de 2012 al 15 de septiembre de 2015, respectivamente, para que a partir de la elección del 2015, las elecciones de los diputados al Congreso del Estado concurren cada tres años con las federales y la de los integrantes de los Ayuntamientos coincidan cada nueve años, al durar cada período cuatro años y medio.

período, ya sea de dos años del 1° de diciembre de 2010 al 30 de noviembre de 2012, o bien de cinco, hasta el 30 de noviembre de 2015.³³

En otro orden de ideas, la ministra instructora en el caso de Chiapas afirmó --en el Considerando Décimo Octavo-- que “no es oportuno ni relevante emitir un pronunciamiento en torno a la existencia de límites materiales”. No obstante, aludió --en la segunda parte del Considerando Décimo Quinto-- a la existencia de límites, en los siguientes términos:

[...] la democracia implica, sin embargo, una esfera de lo indecidible, que impone límites y vínculos a los sujetos autorizados para adoptar decisiones...

La legitimidad de las decisiones de las mayorías depende tanto de la forma en que son adoptadas, como de su contenido o sustancia, de tal suerte que sólo son legítimas las decisiones que se adaptan a la Constitución...

[...] el hecho de que haya sido el Constituyente Local --en su carácter de órgano representativo-- el que ha establecido la reforma impugnada, ello no conduce a determinar que su actuación esté exenta de límites...

[...] la democracia no sólo se traduce en gobierno de la mayoría... también implica una esfera indisponible para las mayorías coyunturales. Ese núcleo inafectable está representado por los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente.

De lo anterior se desprende que para la ministra instructora si hay limitaciones, al parecer inclusive materiales. Aunque es cierto que en los casos analizados no necesariamente se trata de un límite de esta clase, sobre todo porque no hay una prohibición expresa en el sentido de no ampliar o prorrogar el mandato de los miembros de los Ayuntamientos y de las Legislaturas en funciones ni de designar o nombrar al gobernador del Estado. Sin embargo, está claro que en

³³ Al igual que en el caso de Chiapas, hoy por hoy, las opciones que les quedarían, tanto en el caso de los miembros del Congreso del Estado y de los Ayuntamientos como en el caso del gobernador del Estado, son la reducción a dos años del período siguiente de 2010 a 2012; o bien, su ampliación a cinco años de 2010 a 2015; así como algún compromiso entre ambas, como sendos períodos de dos años y medio cada uno. En cualquier caso, esta nueva reforma se tendría que realizar con al menos 90 días de antelación al inicio del proceso electoral del 2010, algo así como a más tardar en la primera quincena de octubre de 2009.

ambos casos se trata de uno implícito, *i.e.* derivado de uno formulado. No es un límite meramente formal, es decir uno que por definición sería subsanable al bastar que la reforma se hiciera --o se hubiera hecho-- de otra forma, sino competencial, esto es uno que sería insubsanable al requerir de un fundamento diferente que facultara la reforma en ese sentido.

Al respecto, el ministro instructor en el caso de Oaxaca recordó --en el Considerando Séptimo-- que los promoventes aducen que el órgano o poder revisor de la Constitución no es competente para hacer una ni otra cosa:

[L]a voluntad popular conferida al Congreso del Estado no lo faculta para que, de manera unilateral, prorrogue en el tiempo las funciones que les fueron atribuidas a los actuales integrantes del Congreso del Estado y de los Ayuntamientos, ni para designar a un Gobernador interino, para un período de mandato de transición, modificando el procedimiento de elección popular, directa y periódica.

A partir de esta hipótesis de trabajo, podemos concluir que se trataba de un límite competencial, puesto que aunque el órgano o poder revisor está facultado para reformar la Constitución no lo está para destruirla ni sustituirla por otra. De tal suerte, al ampliar o prorrogar el mandato de los miembros tanto de los Ayuntamientos como de las Legislaturas en funciones y al designar o nombrar al gobernador del Estado sin que medie una elección directa, el poder reformador desconoce la Constitución y como tal excede su competencia y sus atribuciones.

Para finalizar solamente resta explicitar la principal implicación de esta serie de decisiones. La Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar fundados los conceptos de invalidez y procedentes las tres acciones de inconstitucionalidad, llega al punto de resolver que los artículos transitorios de sendas “reformas constitucionales” eran inconstitucionales, al exceder algunos límites que hemos caracterizado como competenciales e implícitos.

El criterio es claro: si una reforma a la Constitución local viola ciertos límites, competenciales e implícitos, debe ser declarada como inconstitucional. No obstante, las implicaciones del precedente no es tan diáfana: si una reforma a una Constitución, ya sea local o

federal, violenta ciertos límites, al menos competenciales e implícitos, debe ser declarada como inconstitucional.

En otras palabras, la Suprema Corte al decidir que una reforma a la Constitución local debe ser declarada inconstitucional si excede ciertos límites, ha resuelto que una reforma a la Constitución federal también debe ser declarada inconstitucional si excede esos mismos límites. Imaginemos que el poder reformador amplíe o prorrogue el mandato de ciertos representantes federales en funciones para un lapso más allá del período para el que fueron electos originalmente. Lo coherente y congruente --aunque parezca una paradoja-- sería declarar inconstitucional dicha “reforma constitucional”, porque a pesar de su apariencia no lo es al implicar inclusive el desconocimiento o ruptura, la destrucción o sustitución de la Constitución.

Ya para concluir con este último capítulo de esta tesis, nos gustaría reiterar que ésta quizás no sea nueva pero si novedosa, al preparar el terreno intelectual para que futuras reformas constitucionales, incluida una futura revolución constitucional, sean el producto o resultado no de la mera aplicación de la ‘regla de la mayoría’ sino de una deliberación y discusión amplia entre todos los actores políticos y sociales tanto de la mayoría que consiente como de la minoría que disiente y recordar que así hablaba ZARATUSTRA o ZOROASTRO:³⁴

Gira el mundo --imperceptiblemente-- alrededor de los inventores de valores nuevos. Mas la gente y la fama giran alrededor de los actores.

³⁴ Friedrich NIETZSCHE, *Así hablaba Zarathustra*, cit., p. 52.

CONCLUSIÓN:

INNOVACIÓN INSTITUCIONAL Y RENOVACIÓN CULTURAL

La revolución que cuenta es la revolución de la sociedad civil, una revolución dentro de cada célula, desde el piso de trabajo a la familia nuclear a la oficina y al salón de clases.

Duncan KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy.*

A Polemic against the System (1983).

Una revolución constitucional puede tener lugar solamente hasta que el terreno intelectual ha sido preparado primero.

Morton HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960.*

The Crisis of Legal Orthodoxy (1992).

Concluir esta tesis doctoral exige explicitar que confirmamos nuestra hipótesis principal, a saber: para que las reformas constitucionales produzcan un cambio significativo y verdadero en la constitucionalidad es indispensable tanto la innovación institucional como la renovación cultural, es decir reformar o abolir leyes e instituciones y revisar o rechazar sus precondiciones y prerequisites. Ahora bien, entre las últimas, resultó que no bastaba con el simple hecho de que las “reformas constitucionales” --como las demás formas de legislación-- sean aprobadas conforme a la regla de la mayoría para ser declaradas “constitucionales”. Así, para que la regla de la mayoría --tal y como se ha entendido y practicado en las últimas fechas-- no violente las

aspiraciones que sustentan al “Estado”, al “Estado de derecho”, a la “Constitución”, a la “Democracia”, y al “Derecho” fue imperioso revisar sus implicaciones y rechazarlas por su falsedad. Aunado a lo anterior, en el contexto de la “Reforma del Estado, gobierno y sociedad en México” no es posible reducir los métodos o sistemas de votación, ya sean de decisión y/o de elección, a los mayoritarios, ni mucho menos pensar que las votaciones sean suficientes para que las decisiones y/o elecciones sean constitucionales. Para reforzar este punto, aludimos en el capítulo VII a los límites a la regla de la mayoría, a partir del problema de las “reformas constitucionales” y para ello estudiamos tres casos que fueron resueltos a principios de 2007 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por ende, no sólo revisamos las alternativas y sus aplicaciones, sino también procedimos a proponer algunos cambios concretos para reformar y abolir aquéllas que son injustas.

En el desarrollo de esta investigación se puede constatar que nuestras principales conclusiones y propuestas son:

Primera.- Integrar en una sola concepción los binomios justicia y verdad, individualidad y comunidad, libertad e igualdad, libertad negativa y positiva, así como los trinomios derecho, moral y poder, vigencia, justicia y eficacia, el Estado de derecho, la constitución y la democracia, exige la construcción de una *teoría integral del derecho*. En consecuencia, apreciamos que la *jurisprudencia integrada* constituye la mejor versión para superar la dicotomía formalismo/positivismo y anti-formalismo/anti-positivismo, o bien la tricotomía iusformalismo/iuspositivismo, iusrealismo y iusnaturalismo, así como para sustituirla a partir de la deliberación y discusión tanto dialéctica como dialógica caracterizada por el constante y perpetuo proceso de (re)idealización, (re)formalización, y (re)realización del derecho, mismo que integra --y debe integrar-- referencias necesarias a la moralidad.

Segunda.- Mediar --o de plano resolver-- algunas de las tensiones que se presentan no sólo entre diferentes nociones del ser humano (y de la vida humana), tales como la aristotélica y la kantiana, la deontológica y la utilitaria, la liberal y la republicana, sino también entre las

dicotomías clásicas sociedad natural y sociedad artificial, sociedad civil y sociedad política, Estado natural o de naturaleza y Estado civil, así como entre individualidad y comunidad, libertad e igualdad, libertad negativa y positiva, conlleva el estudio de nuestra noción de '*Estado*' y la revisión de su fundamento. De esta forma, colegimos que la mejor explicación es la ofrecida por el *contractualismo*, misma que hemos defendido a partir del *constructivismo* y de un paradigma liberal fundado tanto en los derechos y libertades como en la comunidad liberal, el cual hemos caracterizado como *liberalismo igualitario y comunitario*.

Tercera.- Establecer la existencia de tensiones entre individualidad y comunidad, libertad e igualdad, libertad negativa y positiva, entraña no solamente el examen de dichas tensiones para constatar en qué medida no son necesarias sino contingentes pero además para corroborar la exigencia de estipular una cierta prelación entre ellas. De esta guisa, conjeturamos que la *prioridad* es de la *libertad (negativa)* sobre lo demás, con la doble condición de no cancelar la libertad de uno mismo o de los demás, al ser igual para todos los miembros de la comunidad, ni de dañar a otros o a uno mismo. Dicha prioridad es básica para justificar por qué la mayoría de los individuos que forman parte de la comunidad en el ejercicio de su libertad (positiva) no puede pasar por encima ni mucho menos pisotear los derechos y libertades, incluido el derecho a la igual libertad, de un individuo o de una minoría de la misma comunidad.

Cuarta.- Recaracterizar el '*Estado de derecho*' como un '*Estado constitucional y democrático de derecho*' implicó la identificación de aquellos principios que lo definen, y su ilustración a partir no de un mero '*Estado legislativo de derecho*' sino de un verdadero '*Estado constitucional de derecho*' y de un '*Estado democrático de derecho*'. De esta manera, consideramos fundamental resistir la tendencia a reducirlo, ya sea al '*Estado*', al '*derecho*', o bien, a la suma de ambos. Lo anterior no solamente da sustento a un '*Estado de derecho*' auténtico, propio o puro, como un concepto diferente tanto de los dos anteriores como de su suma sino además permite evidenciar el error de equiparar e identificar sus caracteres a partir de los del

‘Estado’ y del ‘derecho’, cuando el estudio no viciado de las características de aquél resulta ser indispensable para arrojar luces sobre éstos.

Quinta.- Buscar un mejor entendimiento del ‘Estado de derecho’ exigió la exploración de sus caracteres a partir del escrutinio de las relaciones entre derecho-moral y derecho-poder, así como la revisión de sus características mediante el estudio de las tensiones entre legislación y adjudicación. De este modo, convenimos que el *legislador* y el *juzgador* no están necesariamente en conflicto ni mucho menos que el primero debe prevalecer sobre el segundo dado su naturaleza electiva, representativa y/o democrática sino que por el contrario al colaborar en la empresa de gobernar la conducta humana mediante leyes, ambos observan --y deben observar-- ciertos *límites* y los mismos *principios de racionalidad jurídica*. De igual forma, denunciamos la noción de que el ‘Estado de derecho’ se reduce a una aplicación estricta o rigurosa de la ley cuando en realidad se requiere de una aplicación flexible y ponderada de la misma.

Sexta.- Fundamentar la existencia de una *Constitución* en la doble función de garantizar los *derechos humanos* y determinar la *división del poder* y fundar un sistema constitucional fuerte o *constitucionalismo* implica no sólo reglamentar o regular el uso del poder sino también limitarlo al exigir el respeto a los derechos humanos, mismos que implican una especie de coto vedado al poder en sí y a la mayoría misma. De esta suerte, creemos que a partir del estudio de las diferentes dicotomías como conflicto-colaboración, mandato-obediencia/mandato-resistencia, o medio-fin y el examen de los distintos tipos de poder, ya sea paternal, patronal y político, o bien económico, ideológico-religioso y político, podemos evidenciar como el poder limita al poder, o mejor dicho como una forma de poder sirve para limitar a otra forma de poder. Por lo mismo es preciso dividir o separar el poder para que una parte pueda controlar a la otra y viceversa.

Séptima.- Limitar el poder con el poder mismo y acotar las relaciones de poder al interior de una Constitución implica la necesidad de incluir además ciertas *garantías constitucionales* tanto *estructurales* como *procedimentales*, así como reconstituir una y otra vez dichas garantías con y en un mejor arreglo institucional a partir de una constante *ingeniería constitucional*. En

consecuencia, deducimos que una constitución sirve además para organizar el poder político a partir de su división al distribuir competencias o funciones como poder jurídico, legitimar al titular del poder político y legalizar su ejercicio por medio del poder jurídico, y equilibrar la necesidad tanto de cambio-permanencia como de cambio-control del poder político. De lo anterior se desprende que inclusive las reformas constitucionales como forma de poder están --y deben estar-- limitadas por otras formas de poder, como sería algún tipo de control constitucional.

Octava.- Ordenar y organizar a un Estado democráticamente implica garantizar que la participación sea de, por y para todos, ya sea directa o indirecta --mediante sus representantes-- tanto dentro como fuera del proceso político, de la toma de decisiones y de sus deliberaciones o discusiones, así como de los beneficios y no nada más de las cargas. En este orden de ideas, discutimos que es preciso cuestionar que la democracia sea equiparada con --y pero aún reducida a-- la regla de la mayoría, cuando por definición para que sea una verdadera *democracia* (integral) se requiere de la participación de, por y para todos, tanto de la mayoría como de la minoría. Toda vez que la regla de la mayoría está justificada en la idea de que las mayorías-minorías no son fijas sino cambiantes al ser más bien el producto o resultado contingente de la decisión y/o de la deliberación o discusión, en lugar de algo necesario o preestablecido.

Novena.- Revisar las diferentes concepciones de democracia como forma de gobierno y como modo de vida, sus distintas clases o tipos tales como democracia directa (o semi-directa) y representativa (o semi-representativa), así como las diversas caracterizaciones que ha recibido la representativa a lo largo de su evolución histórica propició que encontráramos algunos principios comunes a todas las formas de democracias y que evidenciáramos la existencia de infinidad de alternativas institucionales para concluir que la democracia implica por definición la posibilidad de cambio y experimentación. En este sentido, estimamos que ante los excesos de la regla de la mayoría que han propiciado la caracterización de la democracia como meramente delegativa, electiva o representativa es preciso fomentar la participación de, para y por todos, así como promover un constante *experimentalismo democrático*.

Décima.- Examinar --y en su caso reexaminar-- la provincia de la palabra '*jurisprudencia*' como ciencia del derecho y arte de su aplicación para determinar --y en su caso redeterminar-- la naturaleza del '*derecho*' como su objeto de estudio, implicó tanto el estudio de la distinción entre '*jurisprudencia general*' y '*jurisprudencia(s) particular(es)*' como el examen de la conveniencia de una '*jurisprudencia comparada*' e '*integrada*'. Por consiguiente, evaluamos que la jurisprudencia para que sea verdaderamente general y no meramente particular debe ser comparada e integrada en una misma visión compartida por todos, ya sean sociedades modernas o primitivas, países desarrolladas o en vías de desarrollo, pobres y ricos, en el centro o en la periferia, vencedores o vencidos. Al respecto, nos percatamos de la posibilidad y de la necesidad de una *filosofía jurídica latinoamericana*.

Décima Primera.- Suponer que la 'regla de la mayoría' constituye la 'regla de la democracia' resulta ser una gran equivocación, pues ni es el único método de votación ni mucho menos justifica por sí sola cualquier decisión o elección. Por ende, razonamos que la existencia de la *regla de la mayoría* y su aplicación no implica que cualquier decisión y/o elección estén justificadas *per se* ni mucho menos que sean legítimas por el simple hecho de que hubo una votación. Como ya advertimos no basta con cumplir procedimientos adjetivos-formales sino que además se deben observar principios sustantivos-materiales, tales como que las mayorías no son fijas sino cambiantes y la mayoría no puede constituirse *ex ante* sino *ex post* como producto o resultado contingente tanto de la deliberación y discusión como de la reflexión que antecede a la votación y no únicamente como algo necesario ni mucho menos preestablecido de antemano.

Décima Segunda.- Moderar --o modular-- la fuerza de la *regla de la mayoría* exigió la revisión de sus *límites* y además su aplicación al *problema de la reforma constitucional*. Para tal efecto recordamos las formas y los límites de la legislación, en general, y de la reforma constitucional, en particular, e insistimos que a pesar de tratarse de una forma (jerárquicamente) superior de legislación, las reformas constitucionales sí son objeto de control constitucional, por violaciones tanto formales como competenciales. Por tanto, valoramos que las limitaciones de la

reforma constitucional no son forzosamente las mismas que las limitantes aplicables a las demás formas de legislación, pero que entre los límites comunes a todas sus formas, incluida la reforma constitucional, está el hecho de que para ser constitucional no debe ser suficiente con haber sido aprobada conforme a la regla de la mayoría, ya sea simple o calificada.

Para finalizar con este apartado conclusivo nos gustaría reforzar la importancia del doble hilo conductor de buscar la verdad y perseguir la justicia, al parafrasear un pensamiento de Mahatma “Alma Grande” GANDHI: “Más vale ser vencido diciendo la verdad --y la justicia-- que triunfar por la mentira --y la injusticia--.”

----- O -----

BIBLIOGRAFÍA

No sé cómo, pero nada puede decirse en forma tan absurda que no sea dicho por alguno de los filósofos.

Marco Tulio CICERÓN, *De Divinatione* (c. 45 a.C.)

Hay libros de los cuales sólo se debe gustar un poco, otros que se deben devorar, y otros, en fin, aunque en pequeño número, que es necesario, por decirlo así, masticarlos y digerirlos. Lo que quiero expresar con esto es que hay libros de los cuales no debe leerse más que cierta parte; que hay otros que conviene leerlos por entero, pero rápidamente y sin analizarlos; y por último, que hay un pequeño número de obras que es preciso leer y releer con extremada aplicación.

Francis BACON, "Of Studies" (1625).

AA.VV., *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

-----, *The Oxford Dictionary of Quotations*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1979.

ACKERMAN, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

ACTON, John Emerich Edgard Dalberg, *Ensayos sobre la libertad y el poder*, Traducción de Paloma de la Nuez, Madrid, Unión Editorial, 1999.

ADAME GODDARD, Jorge, *Naturaleza, persona y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, traducción de Manuel Atienza *et al.*, México, Fontamara, 1993.

- , "On Necessary Relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, Vol. 2, No. 2, July, 1989, pp. 167-183.
(Hay versión en español: "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", traducción de Pablo Larrañaga, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, pp. 37-58; y reproducido en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 115-137.)
- ALMOND, Gabriel A. & VERBA, Sidney, *The Civic Culture*, Boston, Little, Brown and Co., 1965.
- ANDRADE, Eduardo, *Deficiencias del sistema electoral norteamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- ANDREA SÁNCHEZ, Francisco José de, *El financiamiento de las actividades y de los partidos políticos*, Tesis Doctoral, México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- ARISTÓTELES, *Ética eudemia*, traducción de Antonio Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- , *Ética nicomaquea*, traducción de Antonio Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- , *Metafísica*, edición trilingüe de Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 1982.
- , *Política*, traducción de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Barcelona, Altaya, 1993. (Título original: *Πολιτικά*.)
- ARTEAGA NAVA, Elisur, "El amparo Camacho. La impugnación de una reforma constitucional", *Alegatos*, No. 46, septiembre-diciembre, 2000, pp. 511-542.
- ATIENZA, Manuel, "Contribución a la teoría de la legislación", *Doxa*, Vol. 6, 1989, pp. 385-403.
- , *Contribución a la teoría de la legislación*, Madrid, Tecnos, 1997.
- , "Reasoning and Legislation", en Luc J. WINTGENS (ed.), *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, Aldershot, Hampshire, Ashgate, 2005, pp. 297-317.
- , "Sociología jurídica y ciencia de la legislación" en R. BERGALLI (ed.), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 41-70.
- AUDI, Robert (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett, 1998.
- , "The Uses of the Study of Jurisprudence", en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett, 1998, pp. 363-393. (Hay versión en español: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, traducción de Felipe González Vicen, México, Editora Nacional, 1974.)

- BACON, Francis, *Essays*, London, Everyman, 1994. (Hay otra edición: *The Essays of Francis Bacon*, Cambridge, Massachusetts, The Riverside Press, 1936.) (Hay versión en español: *Ensayos sobre moral y política*, traducción de Arcadio Roda Rivas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.)
- BARRY, Brian, *A Treatise of Social Justice. Vol. 1: Theories of Justice*, Berkeley, California, University of California Press, 1989.
- , *La teoría liberal de la justicia. Examen crítico de las principales doctrinas de Teoría de la justicia de John Rawls*, traducción de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993. (Publicación original: *The Liberal Theory of Justice. A Critical Examination of Principal Doctrines in A Theory of Justice by John Rawls*, Oxford, Clarendon Press, 1973.)
- BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (J.H. Burns & H.L.A. Hart eds.), Oxford, Clarendon Press, 1996.
- , *Escritos económicos*, traducción Francisco J. Pimentel, México, Fondo de Cultura Económica, 1965.
- , *The Works of Jeremy Bentham*, XXXVI Vols., Edinburgh, Simpkin, Marshall & Co, 1843.
- , *Theory of Fictions*, London, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1932. (Hay otra edición: New York, Harcourt, 1932; y más reciente: New York, AMS Press, 1978.) (Hay versión español: *Tratado de los sofismas políticos*, traducción de Francisco Ayala, Rosario, Rosario, 1944.) (Primera edición: *Political fallacies*, London, s.e., 1825.)
- BERLIN, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, pp. 118-172. (Hay versión en español: "Dos conceptos de libertad", traducción de Julio Bayón, en *Cuatro Ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 215-280. Reproducida en: *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, pp. 205-255.)
- BERMAN, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1983. (Hay versión en español: *La formación de la tradición jurídica de occidente*, traducción de Mónica Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.)
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BIX, Brian, *Jurisprudence. Theory and Context*, London, Sweet & Maxwell, 2003.

- , "Some Reflections on Methodology in Jurisprudence", en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 67-96.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, IV Vols., Philadelphia, R. Welsh, 1897.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990.
- , *El futuro de la democracia*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- , "El modelo iusnaturalista" en Norberto BOBBIO & Michelangelo BOVERO, *Origen y fundamento del poder político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Grijalbo, 1985.
- , "El modelo iusnaturalista", en Norberto BOBBIO & Michelangelo BOVERO, *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- , "El poder y el derecho", en Norberto BOBBIO y Michelangelo BOVERO, *Origen y fundamento del poder político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Grijalbo, 1985.
- , *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- , *Igualdad y libertad*, traducción de Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, 1993.
- , *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- , "Le bon législateur", en Hubert HUBIEN (ed.), *Le raisonnement juridique/Legal Reasoning/Die jurisdiche argumentation*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1971, pp. 243-249.
- , *Liberalismo y democracia*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- , *Teoría general del derecho*, traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991.
- & BOVERO, Michelangelo, *Origen y fundamento del poder político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Grijalbo, 1985.
- & -----, *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*, traducción de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1942. (Publicación original: *Jurisprudence*, New York, McGraw Hill, 1940.)

- , *Power, Law and Society. A Study of the Will to Power and the Will to Law*, New York, Crane, Russak & Company, 1972.
- BOGDANOR, Vernon & BUTLER, David (eds.), *Democracy and elections*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- BOVERO, Michelangelo, “Democracia y representación” en AA.VV., *Democratización, partidos políticos y procesos electorales. Perspectivas de la modernización política*, México, PRI, 1990, pp. 3-9.
- , “Lugares clásicos y perspectivas contemporáneas sobre política y poder” en Norberto BOBBIO y Michelangelo BOVERO, *Origen y fundamento del poder político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Grijalbo, 1985, pp. 37-64.
- , “Política y artificio. Sobre la lógica del modelo iusnaturalista”, en Norberto BOBBIO y Michelangelo BOVERO, *Origen y fundamento del poder político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Grijalbo, 1985.
- BRANDENBURG, Frank R., *The Making of Modern Mexico*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1964.
- BUCHANAN, James M., *Ensayos sobre economía política*, traducción de Alberto Coria, México, Alianza Editorial Mexicana, 1990.
- , “Politics without Romance. A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications”, en *The Collected Works of James M. Buchanan. Volume 1: The Logical Foundations of Constitutional Liberty*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999, pp. 45-59.
- , *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975. (Hay versión en español: *Los límites de la libertad: entre la anarquía y el leviatán*, traducción de Carlos Millet, México, Premia, 1981.)
- & TOLLISON, Robert D., *Theory of Public Choice*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1977.
- & TULLOCK, Gordon, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 1962. (Hay versión en español: *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, traducción de Javier Salinas Sánchez, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.)
- BULYGIN, Eugenio, “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, en *Derecho, moral y política. Homenaje a Ernesto Garzón Valdés*, Córdoba, 1997. (Reproducido en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 214-223.)
- BURLEY, Justine (ed.), *Dworkin and his Critics*, Oxford, Blackwell, 2004.

- BURKE, Edmund, *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative that Event in a Letter Intended to Have Been Sent to Gentleman in Paris*, New York, P.F. Collier and Son Corporation, 1937.
- CABO DE LA VEGA, Antonio de, *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- CÁCERES, Enrique, “Las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXV, No. 103, enero-abril, 2002, pp. 27-62.
- *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- CAJAS SARRÍA, Mario Alberto, “La reforma constitucional: límites de la corte al congreso”, en *Precedente. Anuario Jurídico. 2004*, Cali, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad ICESI, 2005.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime F., *Transición política y reforma constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- , *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- CARDOZO, Benjamin N., *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1924.
- , *The Paradoxes of Legal Science*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1970.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 9, julio-diciembre, 2003.
- , “El caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, No. 5, 2005.
- , “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, No. 1, 2003.
- , “La aplicación judicial de los tratados de derechos humanos” en Ricardo MÉNDEZ SILVA (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

- , “Propuestas de modificaciones constitucionales en el marco de la denominada reforma del Estado” en Diego VALADÉS & Miguel CARBONELL (eds.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 años de la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 183-226. (Reproducido en: Jorge Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 127-171.)
- CARRANCO ZÚÑIGA, Joel, “El juicio de amparo de Manuel Camacho Solís, un nuevo enfoque constitucional”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 7, 2000, pp. 77-125.
- CERRONI, Umberto, *Introducción a la historia del pensamiento político*, traducción de Arnaldo Córdova, México, Siglo XXI, 1968.
- , *Reglas y valores en la democracia. Estado de derecho, estado social, estado de cultura*, traducción de Blanca Chacel, México, Patria, 1991.
- CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, Barcelona, Antalbe, 1978.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De re publica*, traducción de Julio Pimentel Álvarez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- , “Discurso en defensa de Cluencio Avito” en *Obras Completas*, Tomo XIII, traducción de Díaz Tendero y Fernández Llera y Calvo, Madrid, Librería de Perlado, 1917.
- , *Las leyes*, traducción de Álvaro D’Ors, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953.
- COHEN, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984.
- CONSTANT, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *Curso de política constitucional*, Tomo III, traducción de Marcial Antonio López, Madrid, Imprenta de Lavalle, 1821, pp. 155-205. (Título y publicación original: “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes”, en *Collection Complète des Ouvrages*, París, Béchét Libraire, 1820.)
- CRACOGNA, Dante, “El tema de la moral y el derecho en Kelsen”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, No. 10, 1990.
- CRONIN, Thomas E., *Direct Democracy. The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1989.
- CROZIER, Michel J. et al., *The Crisis of Democracy*, New York, New York University Press, 1975.
- DAHL, Robert A., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956.
- , *After the Revolution. Authority in a Good Society*, New Haven, Yale University Press, 1970.
- , *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.
- , *Dilemmas of Pluralist Democracy. Autonomy versus Control*, New Haven, Yale University Press, 1981.

- & LINDBLOM, Charles E., *Politics, Economics, and Welfare*, New York, Harper & Brothers, 1953.
- DESCARTES, Renatus, *Discurso del método*, traducción de Juan Carlos García Borrón, Barcelona, Bruguera, 1972.
- DEVLIN, Patrick, "Law and Morality", *Manitoba Law School Journal*, Vol. 1, No. 3, 1964-1965.
- , "Law, Democracy, and Morality", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 110, 1962, pp. 635-649.
(Reproducido como: "Democracy and Morality", en *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, pp. 86-101.)
- , "Mill on Liberty in Morals", *University of Chicago Law Review*, Vol. 32, No. 2, 1964, pp. 215-235.
(Reproducido en: *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, pp. 102-123.)
- , *The Enforcement of Morals*, (Lecture), Oxford, Oxford University Press, 1959. (Reproducido como: "Morals and the Criminal Law" en *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, pp. 1-25; y en R. M. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 66-82).
- , *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.
- DIAMOND, Larry & PLATTNER, Marc F. (eds.), *The Global Resurgence of Democracy*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1993.
- DICKSON, Julie, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001. (Hay versión en español: *Evaluación en la teoría del derecho*, traducción de Juan Vega Gómez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.)
- DIETERLEN, Paulette, "La filosofía política de John Rawls", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Nueva Época, Año XXXVII, No. 150, octubre-diciembre, 1992.
- DIÓGENES LAERCIO, *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, traducción José Ortiz y Sanz, II Tomos, Madrid, Librería de Perlado, Paéz y Cia, 1910.
- DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos*, traducción de Julieta Campos y Enrique González Pedrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.
- , "A Reply by Ronald Dworkin", en Marshall COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, pp. 247-300.
- , "Equality of Resources" en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 65-119. (Publicación original: "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, Fall, 1981, pp. 283-345.)
- , "Equality of Welfare" en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 11-64. (Publicación original: "What is Equality? Part 1: Equality of

- Welfare”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, Summer, 1981, pp. 185-246.)
- , *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.
- , “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Vol. 88, 1975, pp. 1057-1109. (Hay versión en español: “Casos difíciles”, traducción de Javier Esquivel, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981.)
- , “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38. (Hay versión en español: “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, traducción de Imer B. Flores, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 7, julio-diciembre 2002, pp. 3-52.)
- , *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2006.
- , *Law’s Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986. (Hay versión en español: *El imperio de la justicia*, Barcelona, GEDISA, 1988.)
- , “Liberal Community” en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 211-236. (Publicación original en *California Law Review*, Vol. 77, No. 3, 1989, pp. 479-509.) (Hay versión en español: *La comunidad liberal*, traducción de Claudia Montilla, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1996.)
- , “No Right Answer?”, en P.M.S. HACKER & J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977. (Hay otra versión: “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 119-145.)
- , “Ronald Dworkin Replies”, en Justine BURLEY (ed.), *Dworkin and his Critics*, Oxford, Blackwell, 2004, pp. 340-395.
- , *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000.
- , *Taking Rights Seriously*, 2^a ed. (con “Appendix: A Reply to Critics”), Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press (y, London, Duckworth), 1978. (Hay versión en español: *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.) (Primera edición: 1977.)
- , “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, No. 35, 1967, pp. 14-___. (Reproducido como: “Is Law a System of Rules?”, en Robert S. SUMMERS (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1970; y en: R. M. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 38-65.) (Hay versión en español: *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, traducción de Javier Esquivel y Juan

- Rebolledo G., México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.) (Publicado también como “The Model of Rules I” en *Taking Rights Seriously*, 2ª ed. (con “Appendix: A Reply to Critics”), Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press (y, London, Duckworth), 1978, pp. 14-45.)
- , *The Place of Liberty*”, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 120-183. (Publicación original: “What is Equality? Part 3: The Place of Liberty”, *Iowa Law Review*, Vol. 73, 1987.)
- (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- ELSTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (coords.), *Constitucionalismo y Democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- ELY, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980. (Hay versión en español: *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores et al., 1997.)
- FERNÁNDEZ, Eusebio, “Las relaciones entre el derecho y la moral en H.L.A. Hart”, *Revista de Ciencias Sociales*, No. 28, 1986.
- FERNANDEZ SANTILLAN, José F., *Filosofía política de la democracia*, México, Fontamara, 1994.
- , *Hobbes y Rousseau. Entre la autocracia y la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- , *La democracia como forma de gobierno*, México, Instituto Federal Electoral, 1995.
- , *Locke y Kant*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1995.
- , “Jueces y política”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año IV, No. 7, enero, 1999, pp. 63-79.
- FISH, Stanley, *Surprised by Sin. The Reader in Paradise Lost*, 2ª ed., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997. (Primera edición: 1967.)
- , *The Trouble with Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.
- FISS, Owen W., “Objectivity and Interpretation”, *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1982.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- FLORES, Imer B., “Actores, procesos e instituciones democráticas: Hacia una verdadera democracia en México” en Luis J. MOLINA PIÑEIRO, Fernando SERRANO MIGALLÓN y José Fernando OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO (coords.),

- Instituciones, Actores y Procesos Democráticos en México 2007*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 311-340.
- , “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad de los servidores públicos: Apuntes para la resolución de casos futuros de ‘desafuero’”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ (Coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 1-24. (Versión revisada de “Algunas lecciones sobre argumentación e interpretación jurídica: A propósito del ‘desafuero’ de Andrés Manuel López Obrador”, *Documento de trabajo*, No. 67, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.)
- , “Algunas consideraciones sobre los derechos humanos. Apuntes para la solución de nuevos desafíos y viejos dilemas”, en AA.VV., *Liber ad honorem. Sergio García Ramírez*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 211-234.
- , “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho: Enseñar a pensar y a repensar el derecho”, *Cauces. Expresión de los Estudiantes de la Facultad de Derecho UNAM*, Año II, Nos. 5-7, enero-septiembre, 2003, pp. 30-38.
- , “Apuntes para una teoría --y práctica-- del derecho judicial: Algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, No. 7, enero-junio, 2006, pp. 3-25.
- , “Assessing Democracy and Rule of Law: Access to Justice” en Aleksander PECZENIK (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress, Lund (Sweden), 12-17 August, 2003, Part I: Justice*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2004, pp. 146-154.
- , “Comentario a las Controversias Constitucionales 5/2001 y 8/2001”, en *Horario de verano. Sólo el Congreso de la Unión puede legislar sobre la aplicación de husos horarios*, Serie “Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, No. 8, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pp. 113-197.
- , “Constitución, democracia y derecho: teoría constitucional y valores constitucionales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 13, 2003, pp. 145-159. (Hay una versión revisada en: Fernando SERRANO MIGALLÓN (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Antonio Martínez Baez*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 129-140.)
- , “Crisis, fortalecimiento y valores de la democracia”, en AA.VV., *Los valores de la democracia*, México, Instituto Federal Electoral, 1998, pp. 89-115.
- , “Democracia y participación: Consideraciones sobre la representación política”, en J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ (comp.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del Tercer Congreso*

- Internacional de Derecho Electoral*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 195-238.
- , “Derecho, comunicación e información. Derecho informático e informática jurídica”, en AA.VV., *Memoria del Tercer Foro Internacional El Derecho Informático en el Umbral del Próximo Milenio*, Guatemala, COLADIC Guatemala y Universidad Francisco Marroquín, 1997, pp. 1-13.
- , “Derecho y literatura: Finas estampas procesales en la obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, en Marcel STORME y Cipriano GÓMEZ LARA (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. I: Obtención de información y de asunción probatoria, procesos sumarios y familiares*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 3-23.
- , “Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXI, No. 92, mayo-agosto, 1998, pp. 331-362. (Hay versión en inglés: “Law and Power in the Defense and Engineering of the Constitution”, *Mexican Law Review*, No. 2, July-December, 2004: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/mlawr/cont/2/arc/arc3.htm.)
- , “Derecho y salud: Algunas consideraciones sobre el proyecto del genoma humano”, en David CIENFUEGOS SALGADO y María Carmen MACÍAS VÁZQUEZ (coords.), *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 229-245. (Hay una versión anterior: “Derecho y genética: Algunas consideraciones éticas y jurídicas sobre el proyecto del genoma humano”, en AA.VV., *Memoria del Primer Congreso Nacional de Bioética*, México, Comisión Nacional de Bioética y Academia Nacional Mexicana de Bioética, 1998, pp. 278-290.)
- , *Eduardo García Máynez (1908-1993): Vida y obra*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- , “El derecho a la igualdad en el derecho comparado: El caso de México”, en AA.VV., *La Constitucionalización de las sociedades contemporáneas*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2007, pp. 99-130.
- , “El derecho a la información”, *Indicador jurídico*, No. 1, 1995, pp. 21-44.
- , “El liberalismo igualitario de John Rawls”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 1, julio-diciembre, 1999, pp. 85-122.
- , *El liberalismo y la reforma del Estado. La evolución del derecho*, Tesis de licenciatura, México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- , “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho”, en AA.VV., *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 999-1027.

- , “¿Ensueño, pesadilla o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho” en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 173-194.
- , “Gobernabilidad y representatividad: Hacia un sistema democrático electoral mayoritario y proporcional”, en Hugo A. CONCHA CANTÚ (coord.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo IV, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 209-236.
- , “Heráclito *vis-à-vis* Parménides: Cambio y permanencia como la principal función del derecho en una democracia incipiente”, en Luis J. MOLINA PIÑEIRO, J. Fernando OJESTO MARTÍNEZ P. y Fernando SERRANO MIGALLÓN (coords.), *Funciones del derecho en las democracias incipientes. El caso de México*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 149-171.
- , “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas): A propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, en Carlos de la TORRE MARTÍNEZ (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 263-306. (Versión revisada del *Documento de trabajo*, No. 76, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.)
- , “In the Dark Side of the Conventionality Thesis?”, en Enrique VILLANUEVA (ed.), *Social, Political, & Legal Philosophy*, Vol. 1 “Legal and Political Philosophy”, New York, Rodopi, 2002, pp. 143-156.
- , “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXX, No. 90, septiembre-diciembre, 1997, pp. 1001-1036.
- , “La Constitución de 1857 y sus reformas: A 150 años de su promulgación”, en Diego VALADÉS y Miguel CARBONELL (eds.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 años de la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 285-324.
- , “La definición del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. XLVI, Nos. 209-210, septiembre-diciembre, 1996, pp. 69-123.
- , “La técnica jurídica en la aplicación del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. XLV, Nos. 201-202, mayo-agosto, 1995, pp. 17-55.
- , “La teoría integral del derecho de Luis Recaséns Siches (1903-1977)”, en Luis J. MOLINA PIÑEIRO, J. Fernando OJESTO MARTÍNEZ P. y Fernando SERRANO MIGALLÓN (coords.), *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 51-78.

- , “Langdell v. Holmes: On Legal Education --and the Legal Profession”, *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, Year III, No. 3, 2004, pp. 13-42. (Hay versión electrónica en: *Mexican Law Review*, No. 4, July-December, 2005: <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/4/arc/arc2.htm>.)
- , “Las andanzas y las hazañas de la libertad”, en Sergio SARMIENTO (coord.), *Primer Concurso de Ensayo “Caminos de la Libertad”*. Memorias, México, Grupo Salinas y Fundación Azteca, 2007, pp. 129-152.
- , *Law and Politics: Democratic Institutional Development. Government Reform and Separation of Powers in México*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Law School, Harvard University, LL.M. Paper, 1996.
- , “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 247-266. (Hay versiones anteriores con el mismo título en: José Juan MORESO (ed.) *Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005. Volume I: Legal Theory / Teoría del derecho. Legal Positivism and Conceptual Analysis / Positivismo jurídico y análisis conceptual*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007, pp. 194-202; y como: “Lon L. Fuller’s Implicit Laws of Lawmaking: The Forms and Limits of Legislation”, *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, Año V, No. 5, 2006, pp. 83-103.)
- , “Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985): Estampas del derecho en broma y en serio”, en Fernando SERRANO MIGALLÓN (coord.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 1-32.
- , “Notas sobre globalización (y derechos humanos): A propósito de los claroscuros de 911”, en Luis T. DÍAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 47-67. (Hay versión en inglés: “On Globalization (and Human Rights): A Propos 9/11”, traducción de Carmen Valderrama Ramos, en *Mexican Law Review*, No. 7, January-June, 2007: <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/7/arc/arc7.htm>.)
- , “Notas sobre globalización (y derechos humanos): A propósito del libro *Who Are We?* de Samuel P. Huntington”, en Luis T. DÍAZ MÜLLER (coord.), *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 201-229.
- , “Participación y representación: consideraciones sobre el sistema democrático electoral”, *Iniciativa. Revista del Instituto de Estudios Legislativos de la Legislatura del Estado de México*, Año 2, No. 2, enero-marzo 1999, pp. 117-155.

- , “Prometeo (des)encadenado: La enseñanza del derecho y los estudios de posgrado”, *Cultura y derecho*, Nos. 14-15, mayo-diciembre, 2004, pp. 93-123. (Hay versión revisada: “Prometeo (des)encadenado: La enseñanza del derecho en México”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del derecho*, Año 4, No. 7, 2006, pp. 51-81.)
- , “Protágoras *vis-à-vis* Sócrates: Los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho”, en José María SERNA DE LA GARZA (coord.), *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 125-151.
- , “Reconstituting Constitutions --Institutions and Culture. The Mexican Constitution and NAFTA: Human Rights *vis à vis* Commerce”, *Florida Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3, diciembre, 2005, pp. 693-717. (Hay versión revisada y electrónica: “Reconstituting the Mexican Constitution and NAFTA: Human Rights *vis-à-vis* Commerce”, en *Mexican Law Review*, No. 8, July-December, 2007: <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/8/arc/arc4.htm>.)
- , “Reflexión sobre el binomio guerra-paz. Fundamento del derecho y relaciones internacionales”, *Indicador Jurídico*, Vol. 1, No. 4, mayo 1998, pp. 67-81. (Hay versión anterior: “Naciones Unidas y la Paz Perpetua”, *Global. Revista del Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado*, No. 1, noviembre, 1997, pp. 25-31.)
- , “Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXI, No. 93, septiembre-diciembre 1998, pp. 611-637.
- , “Reinventar el gobierno: renovarse o morir. Perspectivas del acceso a la justicia y a la gestión jurídica pública: El caso de la Ciudad de México”, en David CIENFUEGOS SALGADO y Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 235-254.
- , “Relatoría. Mesa VI. Representación Política”, en Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO y Pedro SALAZAR UGARTE (eds.), *Constitución, democracia y elecciones: la reforma que viene*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 167-173.
- , “Revolución ciudadana e *intelligentsia*: El poder del conocimiento y de las ideas”, en Vicente ARREDONDO RAMÍREZ (coord.), *Una sociedad de ciudadanos: Apuntes para una revolución ciudadana en México*, México, Demos, 2000, pp. 187-231.
- , “Sistemas electorales: asignaturas pendientes y temas recurrentes”, en AA.VV., *Memoria del Tercer Congreso Regional de Tribunales Electorales del Noreste*, Sinaloa, Tribunal Estatal Electoral de Sinaloa, 2001, pp. 205-218.

- , “Sobre la (in)constitucionalidad de «reformas constitucionales»: A propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 17, julio-diciembre, 2007, pp. 259-280.
- , “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 13, julio-diciembre, 2005, pp. 235-249.
- , “Sobre la *Oración en laudanza de la jurisprudencia* de Juan Bautista Balli: a 450 años de la Universidad Nacional Autónoma de México”, *Conjeturas. Pensamiento jurídico estudiantil de la Facultad de Derecho*, Año 1, No. 0, febrero, 2003, pp. 22-30.
- , “Sobre la teoría de los derechos reales de Óscar MORINEAU: A propósito de la disputa SAVIGNY-JHERING acerca de la posesión”, en Nuria GONZÁLEZ MARTÍN (coord.), *Estudios en homenaje a Marta Morineau. T. I: Derecho Romano. Historia del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 197-218.
- , “Sobre las formas y los límites de la legislación: A propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en Diego VALADÉS y Miguel CARBONELL (eds.), *El estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 271-292. (Hay versión revisada: “Sobre la constitucionalidad de una reforma constitucional”, *Precedente. Anuario Jurídico 2006*, Cali, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI, 2007, pp. 83-104.)
- , “Sobre las respuestas (in)correctas en el derecho: A propósito del ‘desafuero’ de Andrés Manuel López Obrador”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 14, enero-junio, 2006, pp. 253-283. (Versión revisada de “Algunas lecciones sobre argumentación e interpretación jurídica: A propósito del ‘desafuero’ de Andrés Manuel López Obrador”, *Documento de trabajo*, No. 67, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.)
- , “The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism”, en Luc J. WINTGENS (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 26-52.
- & FLORES MANCILLA, P. César, “Las paradojas entre cultura de la legalidad e instituciones jurídicas en México”, en Leticia AGUIAR MEUGNIOT (coord.), *Demos ante el espejo: Análisis de la cultura política y de las prácticas ciudadanas en México. Memoria del Seminario para el análisis sobre cultura política y prácticas ciudadanas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 205-217. (Hay una versión resumida en: “Conociendo a los ciudadanos mexicanos”, *Este país. Tendencias y opiniones* (suplemento), No. 152, noviembre, 2003, p. 22.)

- FRANK, Jerome, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1949.
- , *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Coward-McCann, 1949. (Publicación original: 1930.)
- FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo y libertad*, Madrid, Rialp, 1966.
- , *Ensayos sobre economía política*, Madrid, Gredos, 1967.
- FULLER, Lon L., "Implicit Elements in Made Law", en *The Anatomy of Law*, New York, Frederick A. Praeger, 1968, pp. 91-110. (Una selección fue reproducida como: "The Implicit Laws of Lawmaking" en Kenneth I. WINSTON (ed.), *The Principles of Social Order. Selected essays of Lon L. Fuller*, Durham, North Carolina, Duke University Press, 1981, pp. 158-168.)
- , *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967. (Hay versión en español del primer capítulo: "¿Qué es una ficción jurídica?", en Daniel MENDOÇA & Ulises SCHMILL (comps.), *Ficciones jurídicas. Kelsen, Fuller, Ross*, México, Fontamara, 2003.)
- , "Positivism and Fidelity to Law --A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 630-672.
- , *The Anatomy of Law*, New York, Frederick A. Praeger, 1968.
- , "The Case of the Speluncean Explorers", *Harvard Law Review*, Vol. 112, No. 8, 1999, pp. 1851-1875. (Publicación original: 1949.) (Reproducido en: Peter SUBER, *The Case of the Speluncean Explorers. Nine New Opinions*, London, Routledge, 1998, pp. 5-32.) (Hay versión en español: *El caso de los exploradores de cavernas*, traducción de Genaro R. Carrío, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.)
- , "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2, 1978, pp. 353-409. (Una selección fue reproducida en: Kenneth I. WINSTON (ed.), *The Principles of Social Order*, Durham, North Carolina, Duke University Press, 1981, pp. 87-124.)
- , *The Morality of Law*, 2ª ed., New Haven, Yale University Press, 1969. (Publicación original: 1964) (Hay versión en español: *La moral del derecho*, Francisco Navarro, México, Trillas, 1967.)
- GARCÍA BACCA, Juan David, *Refranes pre-socráticos. Refranero, poemas, sentenciaro de los primeros filósofos griegos*, Caracas, Edime, 1962.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1974.
- , *Introducción al estudio del derecho*, II Tomos, México, Jus, 1940-1941. (Hay 51ª ed.: México, Porrúa, 2000.) (La 2ª ed. y la 5ª ed. fueron revisadas por el autor.)
- , *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, México, Stylo, 1948. (Hay 2ª ed.: Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.)

- , *Libertad, como derecho y como poder. Definición positiva y ensayo de justificación filosófica del derecho de libertad*, México, Compañía General Editora, 1941. (Incluido como apéndice en: *Los principios de la ontología del derecho y su expresión simbólica*, México, Imprenta Universitaria, 1953, pp. 103-162.) (Hay versión en inglés: “Liberty as Right and as Power”, traducción de Jorge Roberto Hayzus, en Luis RECASÉNS SICHES *et al.*, *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1948, pp. 513-547.) (La primera parte fue publicada originalmente como: “La libertad como derecho”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo I, No. 3, junio-agosto, 1939, pp. 299-310.)
- , *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1968. (Hay reimpresión: México, Fontamara, 1998.)
- , “Prólogo”, en Antonio CASO, *Positivism, neopositivism y fenomenología*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Filosóficos, 1941.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1961.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más sobre la relación entre derecho y moral”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 8, 1990, pp. 111-130. (Reproducido en: Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 317-335; y en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 138-159).
- , *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Derecho y moral” en Ernesto GARZÓN VALDÉS & Francisco J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 397-424. (Reproducido en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 19-55.)
- & LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- GAVISON, Ruth (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1987.
- GEORGE, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- GÓMEZ ROBLEDO, Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, No. 5, 2005.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, “¿Puede plantearse en Juicio de Amparo la inconstitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional? (El caso del señor Manuel Camacho Solís)”, *Lex. Difusión y análisis*, 3ª época, año III, no. 24, junio, 1997.

- GREENBERG, Mark, "How Facts Make Law", en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 211-262. (Publicación original: *Legal Theory*, Vol. 10, 2004, pp. 157-198.)
- GUIBOURG, Ricardo A., "Igualdad y discriminación", *Doxa*, No. 19, 1996.
- GUINIER, Lani, *The Tyranny of the Majority. Fundamental Fairness in Representative Democracy*, New York, Free Press, 1994.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, traducción de William Reg, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1996. (Hay versión en español: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Editorial Trotta, 1998.)
- , "Crisis del capitalismo tardío y posibilidades de la democracia", traducción de F. Fernández-Buey, *Cuadernos Políticos*, No. 19, enero-marzo, 1979, pp. 5-13.
- , *Legitimation Crisis*, traducción de Thomas McCarthy, Boston, Beacon Press, 1973.
- , "Postscript to *Faktizität und Geltung*", en *Philosophy & Social Criticism*, Vol. 20, No. 4, 1994. (Reproducido como: "Postscript (1994)" en *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, traducción de William Reg, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1996, pp. 447-462.)
- , "Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's *Political Liberalism*", traducción de Ciaran Cronin, *The Journal of Philosophy*, Vol. XCII, No. 3, marzo, 1995. (Reproducido en: *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1998, pp. 49-73.) (Hay versión en español: "Reconciliación mediante el uso público de la razón", en Jürgen HABERMAS & John RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, traducción de Gerard Vilar Roca, Barcelona, Ediciones Paidós, 1998, pp. 41-71.)
- , *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1998.
- & RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, traducción de Gerard Vilar Roca, Barcelona, Ediciones Paidós, 1998.
- HALL, Jerome, "Integrative Jurisprudence" en P. SAYRE (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford University Press, 1947. (Hay versión en español: "Teoría jurídica integralista", traducción de Eduardo Ponssa, en Huntington CAIRNS *et al.*, *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pp. 53-89.) (Reproducido también en: *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, New York, Oceana, 1958, pp. 25-47.)
- , *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, New York, Oceana, 1958.

- HAMILTON, Alexander, *Selected Writings and Speeches of Alexander Hamilton*, Washington, D. C., American Enterprise Institute, 1985.
- , MADISON, James & JAY, John, *The Federalist Papers*, New York, Mentor, 1961. (Hay versión en español: *El federalista*, traducción de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.)
- HARE, R.M., “Ethical Theory and Utilitarianism”, en Amartya SEN & Bernard WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- HARSANYI, J.C., “Morality and the Theory of Rational Behaviour” en Amartya SEN & Bernard WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- HART, H.L.A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 123-144. (Hay versión en español: “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, traducción de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, en CASANOVAS, Pompeu, y MORESO, Jose Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-350.) (Publicación original: *Georgia Law Review*, Vol. 11, No. 5, 1977.)
- , “Between Utility and Rights”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 198-222. (Publicado originalmente en: *Columbia Law Review*, Vol. 79, No. 5, 1979; y reproducido con algunas omisiones en: Marshall COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, pp. 214-226).
- , “Book Review of Lon L. Fuller’s *The Morality of Law*”, *Harvard Law Review*, Vol. 78, 1965, pp. 1281-1296. (Reproducida como: “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, en H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, New York, Oxford University Press, 1983, pp. 343-364.)
- , *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción de Genaro R. Carrío, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- , *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, New York, Oxford University Press, 1983.
- , “Immorality and Treason”, *The Listener*, 30 de julio de 1959, pp. 162-163. (Reproducido en: R. M. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 83-88.)
- , “Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976” en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 145-158. (Publicado originalmente: *New York University Law Review*, Vol. 51, 1976.)
- , *Law, Liberty, and Morality*, Stanford, California, Stanford University Press, 1963.

- , "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 593-629 (Reproducido en: R. M. DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 17-37.) (Hay versión en español: "Positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral", en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción de Genaro R. Carrío, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64.)
- , "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, 1967, pp. 1-13.
- , *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961. (Hay versión en español: *El concepto del derecho*, traducción de Genaro R. Carrío, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.) (Hay 2ª ed. con "Postscript": 1994.) (Hay versión en español: *Postscriptum a El concepto del derecho*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 3-60.)
- , "The Use and Abuse of the Criminal Law", *Oxford Lawyer*, No. 4, 1961.
- HAURIOU, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, traducción de José Antonio González Casanova, Barcelona, Ariel, 1980.
- HAYEK, Friedrich August von, *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, III Vols., Chicago, The University of Chicago Press, 1973, 1976, 1979. (Hay versión en español: *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Vol. I: "Normas y orden", Vol. II: "El espejismo de la justicia social" y Vol. III: "El orden político de una sociedad libre", traducción de Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 1985, 1988, 1991.)
- , *The Constitution of Liberty*, Chicago, The Chicago University Press 1960. (Hay versión en español: *Los fundamentos de la libertad*, traducción de José Vicente Torrente, Madrid, Unión Editorial, 1991.)
- , *The Road to Serfdom*, Chicago, The University of Chicago Press, 1944. (Hay versión en español: *Camino de servidumbre*, traducción de José Vergara, Madrid, Alianza Editorial, 1978.)
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, traducción de Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 1942. (Publicación original: *Staatslehre*, 1934.)
- HOBBS, Thomas, *Behemoth. Or the Long Parliament*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.
- , *De Homine & De Cive*, Indianapolis, Hackett, 1993.
- , *Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civill*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991. (Hay versión en español: *Leviatán, o la materia, forma y poder de una*

- república eclesiástica y civil*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.)
- HOLMES, Oliver Wendell Jr., "Book Notices", *American Law Review*, No. 5, April, 1871.
- , "Book Notices", *American Law Review*, No. 6, January, 1872.
- , "Book Notices", *American Law Review*, No. 14, January, 1880.
- , "Dissenting Opinion", *Southern Pacific v. Jensen*, U.S., Vol. 244, 1917.
- , *The Common Law*, New York, Dover, 1991. (Publicación original: 1881.)
- , "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Vol. 110, No. 5, 1997, pp. 991-1009. (Publicación original: 1897.)
- (Hay versión en español: *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.)
- HUNTINGTON, Samuel P., *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1991.
- , "The United States" en Michael J. CROZIER *et al.*, *The Crisis of Democracy*, New York, New York University Press, 1975.
- JAMES, William, "Great Men, Great Thoughts, and the Environment" (Lecture delivered before the Harvard Natural History Society), *Atlantic Monthly*, October, 1880.
- JHERING, Rudolph von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de sus desarrollo*, traducción de Enrique Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998.
- , *La lucha por el derecho*, traducción de Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa, 1982, pp. 2-3 (versión facsimilar de la edición de 1881). (Hay otras versiones: traducción de Adolfo González Posada, Buenos Aires, Atalaya, 1947 (reproducida en: *Tres estudios jurídicos: Del interés en los contratos, La posesión, La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Atalaya, 1947 (hay una versión facsimilar: México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003); y en: *Estudios jurídicos: La lucha por el derecho, Del interés en los contratos, La posesión*, Buenos Aires, Heliasta, 1974); y traducción de Diego A. de Santillán, México, Cajiga, 1957.)
- JUVENAL, Décimo Junio, *Sátiras*, traducción de S. Villegas, Madrid, Ediciones Clásicas, 2001.
- KANT, Immanuel, *Antropología en sentido pragmático*, traducción de José Gaos, Madrid, Revista de Occidente, 1935.
- , *Crítica del juicio*, traducción de Alejo García Moreno y Juan Ruvira, Madrid, Librerías de Francisco Iravedra y Antonio Novo, 1876.
- , *Crítica de la razón pura*, traducción de José Rovira Armengol, II Tomos, Buenos Aires, Losada, 1960.
- , *Crítica de la razón práctica*, traducción de V.E. Lollini, Buenos Aires, Librería Perlado, 1939.
- , *Filosofía de la historia*, traducción de Eugenio Ímaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

- , *La metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1993.
- , *La paz perpetua*, traducción de F. Rivera Pastor, Madrid, Espasa-Calpe, 1964. (Título y publicación original: *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1795.)
- , “Perpetual Peace: A Philosophical Sketch”, en *Political Writings*, traducción de H.B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991. (Título y publicación original: *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, 1795.)
- , *Political Writings*, traducción de H.B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- , *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, traducción de Arnaldo Córdoba, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- , “Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor”, en *Filosofía de la historia*, traducción de Eugenio Ímaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- , “The Contest of Faculties. A Renewed Attempt to Answer the Question: ‘Is the Human Race Continually Improving’”, en *Political Writings*, traducción de H.B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, traducción de Florencio Acosta, México, Fondo de Cultura Económica, 1943. (Publicación original: 1942.)
- , *Esencia y valor de la democracia*, traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Labor, 1934.
- , *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, traducción de Emilio O. Rabasa, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2001. (Esta versión apareció originalmente en: México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1960.)
- , *Introduction to the Problems of Legal Theory*, traducción de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2002. (Publicación original: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Franz Deuticke, 1934.) (Hay versión en español: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, traducción de Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada 1955.)
- , *La garantía jurisdiccional de la constitución. (La justicia constitucional)*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. (Esta versión apareció originalmente en: *Anuario Jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, pp. 471-515.)

- , *La paz por medio del derecho*, traducción de Luis Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946.
- , "Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *Yale Law Journal*, Vol. 57, No. 3, January, 1948, pp. 373-390.
- , *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, London, K. Paul Trench, 1946. (Hay versión en español: *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, traducción de Jaime Perriau, Buenos Aires, Depalma, 1945.)
- , *Teoría general de las normas*, traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 1994.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949. (Hay versión en inglés: *General Theory of Law and State*, traducción de Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1945.)
- , "The Function of a Constitution", en Richard TUR & William TWINING (eds.), *Essays on Kelsen*, New York, Oxford University Press, 1986.
- , *The Pure Theory of Law*, 2ª ed., Berkeley, University of California Press, 1967. (Hay versión en español: *La teoría pura del derecho*, traducción de Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.) (Publicación original: *Reine Rechtslehre*, Viena, Franz Deuticke, 1960.)
- , "What is Justice?" en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkley, University of California Press, 1957. (Hay versión en español: *¿Qué es la justicia?*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992.)
- , *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkley, University of California Press, 1957.
- KENNEDY, Duncan, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- , "A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation", en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 371-383.
- , "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", *Journal of Legal Education*, No. 36, 1986, pp. 518-562. (Hay versión en español: "Libertad y restricción en la decisión judicial", traducción de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores *et al.*, 1999.)
- KISSINGER, Henry, *Diplomacy*, New York, Simon & Schuster, 1994.

- KUNZ, Joseph L., *Latin American Philosophy of Law in the Twentieth Century*, New York, Law Institute, 1950. (Hay versión en español: *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*, traducción de Luis Recaséns Siches, Buenos Aires, Losada, 1951.)
- (ed.), *Latin American Legal Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1948.
- LACLAU, Ernesto & MOUFFE, Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, London, Verso, 1985.
- LAPORTA, Francisco J., “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista”, en *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993, pp. 105-121. (Reproducido en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 247-264.)
- , *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993.
- , “Poder y derecho”, en Ernesto GARZÓN VALDÉS & Francisco J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 441-453.
- LASKI, Harold J., *Democracy in Crisis*, North Carolina, University of North Carolina Press, 1933.
- , *Liberty in the Modern State*, London, Faber & Faber, 1930.
- , *The Prospects of Democratic Government*, Virginia, The College of William and Mary, 1939.
- , *Where Do We Go From Here?*, New York, The Viking Press, 1940.
- LASSALLE, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, traducción de Wenceslao Roces, Buenos Aires, Siglo XX, 1946. (Hay otra edición: México, Colofón, 1993.)
- LIJPHART, Arend, *Sistemas electorales y sistemas de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- LINCOLN, Abraham, “The Gettysburg Address, November 19, 1863”, en *Lincoln on Democracy*, New York, Harper Collins, 1990.
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988. (Hay versión en español del primer tratado: “Sobre el gobierno” en Robert FILMER & John LOCKE, *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, traducción de Carmela Gutiérrez Gamba, Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1966.) (Hay versión en español del segundo tratado: *Ensayo sobre el gobierno civil*, traducción de Amando Lázaro Ros, Buenos Aires, Aguilar, 1955; y otras versiones: traducción de José Carner, México, Fondo de Cultura Económica, 1941; y *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, traducción de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 1990.)
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

- & Héctor FIX-FIERRO, “¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en Mexico 1970-1999”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, No. 97, enero-abril, 2000.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica: Condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho”, en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 415-457.
- , *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Santa Fé de Bogotá, Legis, 2004.
- Karl LOWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1965.
- MACCORMICK, Neil, “En contra de la ausencia de fundamento moral”, traducción de María Lola González Soler, en *Derecho legal y socialdemocracia*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 27-42. (Reproducido en: Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 160-182.)
- , “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en Robert P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 105-133.
- MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame, Notre Dame University Press, 1981.
- MACPHERSON, C.B., *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- , *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- MADERO, Francisco I., *La sucesión presidencial en 1910*, México, Colección Ideas, 1985.
- MALEM, Jorge, “De la imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart”, en *Estudios de ética jurídica*, México, Fontamara, 1996, pp. 35-56. (Reproducido en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 4, abril, 1996; y como “La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart”, en Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 59-79.)
- MANN, Thomas, “Mario and the Magician”, en *Death in Venice and Seven Other Stories*, traducción de H.T. Lowe-Porter, New York, Vintage Books, 1930.
- MAQUIAVELO, Nicolás, “Discursos sobre la primera década de Tito Livio” en *Obras: El príncipe, Discursos sobre la primera década de Tito Livio, La mandrágora, Clizia*, traducción de Juan A.G. Larraya, Barcelona, Vergara, 1961.
- , *El príncipe*, traducción de Antonio Loíacono, Buenos Aires, Librería Hachette, 1946.
- MARÍ, Enrique, *La teoría de las ficciones*, Buenos Aires, EUDEBA, 2002.
- MARX, Karl, *El Capital. Crítica de la economía política*, traducción de Wenceslao Roces, III Tomos, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.

- , *Writings of the Young Marx on Philosophy and Society*, New York, Anchor Books, 1967.
- & ENGELS, Friedrich, *Manifiesto del partido comunista*, Moscú, Progreso, 1978.
- MENDOÇA, Daniel & SCHMILL, Ulises (comps.), *Ficciones jurídicas. Kelsen, Fuller, Ross*, México, Fontamara, 2003.
- MERQUIOR, José Guilherme, *Liberalismo viejo y nuevo*, traducción de Stella Mastrangelo, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- MILL, James, *Essay on Government*, Indianapolis, Liberal Arts Press, 1955.
- MILL, John Stuart, *Considerations on Representative Government*, Indianapolis, The Liberal Arts Press, 1958. (Hay versión en español: *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, traducción de Antonio Guzmán Balboa, México, Herrero Hermanos, 1966.)
- , “On Liberty” en *On Liberty and other Writings*, New York, Cambridge University Press, 1989. (Hay versión en español: *Sobre la libertad*, traducción de Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 1970.)
- , *On Liberty and other Writings*, New York, Cambridge University Press, 1989.
- MILLER, David, & WALZER, Michael (eds.), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- MILTON, John, *Paradise Lost*, New York, W.W. Norton & Co, 1995.
- MISES, Ludwig von, *A Critique of Interventionism. Inquires into the Economic Policy and the Economic Ideology of the Present*, New York, Arlington House Publishers, 1978.
- , *Socialismo. Análisis económico y sociológico*, Buenos Aires, Centro de Estudios sobre la Libertad, 1986.
- MONMONIER, Mark, *Bushmanders & Bullwinkles. How Politicians Manipulate Electronic Maps and Census Data to Win Elections*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat Barón de la Brède y de, *El espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona, Altaya, 1993. (Hay otras versiones: traducción de Nicolás Estévanez, Paris, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1939; y Buenos Aires, Heliasta, 1984.)
- MORGENTHAU, Hans J., *Politics among Nations*, New York, Knopf, 1960.
- MOUFFÉ, Chantal, “El liberalismo norteamericano y sus críticos: Rawls, Taylor, Sandel, Walzer”, *Estudios. Filosofía/Historia/Letras*, No. 15, invierno, 1988.
- MUGUERZA, Javier, “El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal”, en Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 183-211.
- , “La alternativa del disenso”, en Javier MUGUERZA (comp.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 19-56.
- , “La obediencia al derecho y el imperativo de la disidencia. Una intrusión en un debate”, en *Sistema*, No. 70, pp. 27-40.

- NAGEL, Thomas, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para ninguno*, traducción de Eduardo Ovejero y Maury, Buenos Aires, M. Aguilar, 1947. (Hay otra versión: *Así hablaba Zaratustra*, traducción de F. Morán, México, Editores Mexicanos Unidos, 1987.)
- , *The Will to Power*, traducción de Walter Kaufmann & R.J. Hollingdale, New York, Vintage Books, 1968.
- NINO, Carlos Santiago, "Derecho, moral y política", *Doxa. Cuadernos de filosofía y derecho*, No. 14, 1993.
- , *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- , *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1980.
- NOHLEN, Dieter, *Los sistemas electorales en América Latina y el debate sobre reforma electoral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.
- , *Sistemas electorales del mundo*, traducción de Ramón García Cotarelo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books, 1974. (Hay versión en español: *Anarquía, Estado y utopía*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.)
- O'DONNELL, Guillermo, "On the State, Democratization and Some Conceptual Problems (A Latin American View with Glances at Some Post-communist Countries)", *Kellogg Institute Working Paper*, No. 192, Abril, 1993. Vid. también "Delegative Democracy?", en: <http://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/172.pdf>.
- , & SCHMITTER, Philippe C., *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1986.
- PAINE, Thomas, *The Thomas Paine Reader*, London, Penguin Books, 1987.
- PARKER, Richard D., "Here, the People Rule." *A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994.
- PASCAL, Blais, *Pensamientos*, traducción de X. Zubiri, Madrid, Espasa-Calpe, 1940.
- PASTERNAK, Boris, *Doctor Zhivago*, New York, Pantheon Books Inc., 1958.
- PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad, Postdata, Vuelta al laberinto de la soledad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- , *El ogro filantrópico: historia y política (1971-1978)*. México, Joaquín Mortiz, 1979.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, México, Fontamara, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Derecho, moral y política: Tensiones centripetas y centrífugas", *Doxa. Cuadernos de filosofía y derecho*, Nos. 15-16, 1994.

- PETTIT, Philip, "Depoliticizing Democracy", *Associations. Journal for Legal and Social Theory*, Vol. 7, No. 1, 2003, pp. 23-36.
- PITKIN, Hanna F., *Representation*, New York, Atherton Press, 1969.
- PLATÓN, *Diálogos*, traducción de Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1984.
- , *La República*, traducción de Antonio Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.
- , *Protágoras*, traducción de Ute Schmidt Osmanczik, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.
- , "Teeteto", traducción Álvaro Vallejo Campos, en *Diálogos*, Vol. V, Madrid, Gredos, 1988.
- POCOCK, J.G.A., *The Machiavellian Moment*, Princeton, Princeton University Press, 1975.
- POPPER, Karl R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, traducción de Néstor Míguez, Madrid, Paidós, 1972.
- , *La lógica de la investigación científica*, traducción de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1977.
- POSTEMA, Gerald J., "The Normativity of Law", en Ruth GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1987.
- POUND, Roscoe, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946. (Publicación original: Cambridge, Cambridge University Press, 1923.)
- , *Justice According to Law*, New York, Kennikat Press, 1973. (Publicación original: New Haven, Yale University Press, 1951.)
- , *Law Finding through Reason and Experience*, Athens, Atlanta, Georgia University Press, 1960.
- , "What is Justice?" en *Justice According to Law*, New York, Kennikat Press, 1973. (Publicación original: New Haven, Yale University Press, 1951.) (Hay versión en español: "¿Qué es la justicia?", en *Justicia conforme a derecho*, traducción de Martín Esteve, México, Letras, 1965, pp. 1-27.) (Hay otra edición: México, Colofón, 1995, pp. 9-35.)
- PUFENDORF, Samuel von, "On Recognition of the Natural Equality of Men" en *On The Duty of Man and Citizen According to the Natural Law*, I, 7. (Título y publicación original: *De Officio Hominis et Civis prout ipsi praescribuntur lege naturali*, 1673.)
- Emilio RABASA, *La constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, México, Porrúa, 1990. (Publicación original: 1912.)
- RABASA GAMBOA, Emilio, *¿Por qué la democracia? Transiciones de 1974 a 1990*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1951. (Publicación original: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948.)
- RAE, Douglas, *Equalities*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981.
- , *The Political Consequences of Electoral Laws*, New Haven, Yale University Press, 1967.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971. (Hay 2ª ed. revisada: 1999.) (Hay versión en español: *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.)
- , *Collected Papers*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.
- , "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 14, No. 3, 1985.
- , "Reply to Habermas", *The Journal of Philosophy*, Vol. XCII, No. 3, marzo, 1995. (Hay versión en español: "Réplica a Habermas", en Jürgen HABERMAS & John RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, traducción de Gerard Vilar Roca, Barcelona, Ediciones Paidós, 1998, pp. 75-143.)
- , "The Domain of the Political and Overlapping Consensus", *New York University Law Review*, No. 64, 1989, pp. 233-255. (Reproducido en: *Collected Papers*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999, pp. 473-496.)
- , "The Idea of an Overlapping Consensus", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, No. 1, 1987. (Reproducido en: *Collected Papers*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999, pp. 421-448.)
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1993.
- , *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1991.
- , *Tratado general de sociología*, México, Porrúa, 1971.
- , *Vida Humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945.
- ROCARD, Michel, *Trabajar con el corazón*, traducción de Hugo Martínez Moctezuma, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- RODRÍGUEZ LOZANO, Amador, *Lo claroscuro de la representación política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Senado de la República, 1996.
- ROEMER, John E., *Equality of Opportunity*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1998.

- , "Equality of Opportunity" en K. ARROW *et alli* (eds), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000.
- , "Equality of Opportunity: A progress report", *Social Choice and Welfare*, Vol. 19, No. 2, 2002, pp. 455-471.
- ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959. (Hay otra edición: London, Stevens, 1958.) (Hay versión en español: *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1997.) (Publicación original: 1953.)
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Bogotá, Ediciones Universales, s.f. (Publicación original: 1755.)
- , *El contrato social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962. (Hay otra versión: traducción María José Villaverde, Barcelona, Altaya, 1993.)
- RUSSELL, Bertrand, *Power. A New Social Analysis*, New York, W.W. Norton & Company, 1938.
- SALINAS DE GORTARI, Carlos, "Reformando el Estado", *Nexos*, No. 148, abril, 1990, pp. 27-32. (Publicado como folleto: México, Presidencia de la República, 1990.)
- SALMERÓN, Fernando, "Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de una controversia", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 5, octubre, 1996, pp. 79-105. (Reproducido como: "Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin", en Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 80-112.)
- SAN AGUSTÍN DE HIPONA, "Del libre albedrío", en *Obras completas*, III Tomo, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1947.
- SANDEL, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, New York, Cambridge University Press, 1982.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, traducción de José Martorell Capó, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1998.
- SARTORI, Giovanni, *Democratic Theory*, New York, Frederick A. Praeger, 1965.
- , *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, traducción de Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- , "La influencia de los sistemas electorales", *Estudios Públicos*, No. 17, 1985, pp. 5-36.
- , *The Theory of Democracy Revisited*, II tomos, New York, Chatham House Publishers, 1987. (Hay versión en español: *Teoría de la democracia*, II tomos, traducción de Santiago Sánchez González, Madrid, Alianza Universidad, 1988.)
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Editorial Labor, 1931.

- SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, 3ª ed., New York, Harper & Brothers, 1950. (Hay versión en español: *Capitalismo, socialismo y democracia*, II Tomos, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983.)
- SEN, Amartya, *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992.
- & WILLIAMS, Bernard (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- SHAKESPEARE, William, *The Tragedy of Macbeth*, New York, Washington Square Press, 1992.
- SKINNER, Quentin, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- , "The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives" en Richard RORTY *et alli* (eds.), *Philosophy in History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, pp. 193-221.
- , "The Paradoxes of Political Liberty", en *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. 7, Salt Lake City, University of Utah, 1986, pp. 225-250.
- SLAGSTAD, Rune, "El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber", en Jon ELSTER & Rune SLAGSTAD (coords.), *Constitucionalismo y Democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 131-155.
- SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Indianapolis, Liberty Fund, 1982. (Hay versión en español: *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, traducción de Gabriel Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1958.)
- SOPER, Philip, "Legal Theory and the Claim of Authority", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 18, No. 3, 1989, pp. 209-237.
- STILL, Jonathan W., "Political Equality and Election Systems", *Ethics*, No. 91, 1981, pp. 375-394.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- , "Rights, Distribution, and Access to Justice" en Aleksander PECZENIK (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress, Part I: Justice*, Stuttgart, Franz Steuiner Verlag, 2004, pp. 137-145.
- TAYLOR, Charles, *Hegel*, New York, Cambridge University Press, 1975.
- , "What's Wrong with Negative Liberty" en Alan RYAN (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 175-193.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1993. (Publicación original: 1944.)
- THUCYDIDES, *History of the Peloponnesian War*, Londres, Penguin Books, 1972.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America*, New York, Anchor Books, 1969. (Hay versión en español: *La democracia en América*, traducción de Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.)
- TULLOCK, Gordon *et alli*, *Government Failure: A Premier in Public Choice*, Washington, D.C., Cato Institute, 2002.

- UNGER, Roberto Mangabeira, *Democracy Realized. The Progressive Alternative*, London, Verso, 1998.
- , *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, New York, Cambridge University Press, 1987.
- , *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press, 1975. (Hay versión en español: *Conocimiento y política*, traducción de Leonardo Rodríguez Ozan, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.)
- , *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1976.
- , *Passion. An Essay on Personality*, New York, The Free Press, 1984.
- , *Politics, a Work in Constructive Social Theory*: 1) *Social Theory: Its Situation and Its Task. A Critical Introduction to Politics, a Work in Constructive Social Theory*; 2) *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*; y, 3) *Plasticity into Power: Comparative-Historical Studies on the Institutional Conditions of Economic and Military Success*, New York, Cambridge University Press, 1987. (Hay una versión resumida: Zhiyuan CUI, *Politics. The Central Texts*, London, Verso, 1997.)
- , *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.
- , *What Should Legal Analysis Become?*, London, Verso, 1996.
- VAIHINGER, Hans, *The Philosophy of 'As If'. A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, traducción de C.K. Ogden, London, Routledge & Kegan Paul LTD, 1968.
- VALADÉS, Diego, *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- , “La constitución y el poder”, en *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. (Publicado originalmente en: Diego VALADÉS y Miguel CARBONELL (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Cámara de Diputados e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.)
- , “Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo”, en *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. (Publicado originalmente en: *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 1, julio-diciembre 1999, pp. IX-XXIV.)
- , *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. (Hay otra edición: Buenos Aires, Depalma, 2004.)
- , “Relación y controles recíprocos entre órganos del poder”, en *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. (Publicado originalmente

- en: AA.VV., *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana y Colegio de Abogados, 2000.)
- & CARBONELL, Miguel (eds.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 años de la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- VASCONCELOS, José, “Teoría dinámica del derecho”, en *Obras completas*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1957.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, *La reforma constitucional*, Madrid, Tecnos, 1985.
- VEGA GÓMEZ, Juan M., “En torno al debate Raz/Coleman: ¿Excluyente o incluyente?”, en Enrique CÁCERES *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 893-915.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991.
- VIGO, Rodolfo L., “Vinculaciones entre el derecho y la moral en H.L.A. Hart”, *Revista de Ciencias Sociales*, No. 28, 1986.
- VILLANUEVA, Enrique (ed.), *Studies in Social, Political and Legal Philosophy. Philosophy of Law and of Politics*, Amsterdam, Rodopi, 2002.
- WALDRON, Jeremy, “Large Legislatures”, en Enrique VILLANUEVA (ed.), *Legal and Political Philosophy*, Rodopi, Amsterdam/New York, 2002.
- , “The Concept and the Rule of Law”. (Ponencia presentada en el Congreso Internacional Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados 2005-2006: “Filosofía del Derecho”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., México, 30 de marzo de 2006; y en el Colloquium in Legal, Political and Social Philosophy, New York University School of Law, New York City, Estados Unidos de América, el 14 de septiembre de 2006.) (Hay versión disponible en: <http://www.law.nyu.edu/clppt/program2006/readings/Concept%20and%20Rule%20of%20Law%20WALDRON.pdf>.)
- WALUCHOW, Wilfrid J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- , *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994. (Hay versión en español: *Positivismo jurídico incluyente*, traducción de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007.)
- WALZER, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983. (Hay versión en español: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, traducción de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.)

- WATSON, Alan, "Aspects of Reception of Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. XLIV, No. 2, Spring, 1996, pp. 335-351.
- WEBER, Max, *Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology*, New York, Bedminister Press, 1968. (Hay versión en español: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, traducción de José Medina Echavarría *et al.*, II Tomos, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.)
- WESTEN, Peter, *Speaking Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- , "The Empty Idea of Equality", *Harvard Law Review*, Vol. 95, No. 3, January, 1982, pp. 537-596.
- WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.
- , *Morality: An Introduction to Ethics*, New York, Harper & Row, 1972.
- WILSON, Woodrow, *Constitution of the League of Nations*, Boston, World Peace Foundation, 1919.
- , *La paz mundial. (Doctrina del Presidente Wilson)*, traducción de V.E. Oliver, Madrid, Cervantes, 1919.
- , *The League of Nations: Proposed Constitution of the League of Nations*, New York, s.e., 1919.
- WINSTON, Kenneth I. (ed.), *The Principles of Social Order. Selected essays of Lon L. Fuller*, Durham, North Carolina, Duke University Press, 1981
- ZIMMERLING, Ruth, *El concepto de influencia y otros ensayos*, México, Fontamara, 1993.