



DERECHO Y POLÍTICA

Análisis filosófico de tópicos jurídicos

ANA LILIA ULLOA CUÉLLAR

DERECHO Y POLÍTICA

Análisis filosófico de tópicos jurídicos

DR © 2019 Ana Lilia Ulloa Cuéllar

DR © 2019 Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docencia de
la Administración Pública del Estado de Nuevo León

DR © 2019 Fondo Editorial de Nuevo León

Foto portada: ID 9346762 © Kheng Ho Toh | Dreamstime.com

Impreso en México

ISBN 978-607-8485-49-9



Zuazua 105 Sur, Centro, C.P. 64000,
Monterrey, N.L., México
T. (81) 8344-2970 y 71
www.fondoeditorialnl.gob.mx



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y DOCENCIA
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Torre Administrativa, piso 7
Washington 2000 Oriente
Colonia Obrera, C.P. 64010
Monterrey, Nuevo León

Reservados todos los derechos. Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos los electrónicos.

DERECHO Y POLÍTICA

Análisis filosófico de tópicos jurídicos

ANA LILIA ULLOA CUÉLLAR

PRESENTACIÓN

La publicación de la obra *Derecho y política. Análisis filosófico de tópicos jurídicos*, de la doctora Ana Lilia Ulloa Cuéllar, se hace bajo los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docencia de la Administración Pública del Estado de Nuevo León, organismo público desconcentrado de la Secretaría General de Gobierno, responsable de la formación, capacitación y especialización permanente de los servidores públicos adscritos a las áreas jurídicas de la Administración Pública Estatal.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docencia de la Administración Pública del Estado de Nuevo León tiene por objeto la formación de cuadros profesionales para el servicio público, a través de dos actividades fundamentales: una, encaminada a llevar a cabo investigación aplicada en las diversas ramas del Derecho, dirigida principalmente a la prevención y solución de problemas institucionales que requieran una mayor profundidad en su análisis y desarrollo en su solución, con objeto de lograr una mayor seguridad jurídica para los gobernados; y la segunda actividad orientada a impartir educación superior, a nivel posgrado, para formar especialistas en administración pública conforme a estrictos criterios pedagógicos en los que se integre la investigación y la práctica administrativa, para vincular la solidez de la parte teórica con la experiencia o praxis cotidiana.

Esta obra de la doctora Ana Lilia Ulloa Cuéllar, investigadora invitada, constituye la primera aportación de la actividad científica del Instituto en la disciplina jurídica y será el punto de partida de más contribuciones al mundo de la academia para el mejoramiento de la praxis administrativa y el desarrollo del servicio público.

Í N D I C E

Introducción	9
I. Reflexiones filosóficas sobre la participación ciudadana	12
II. Reflexiones filosóficas sobre el concepto de corrupción	37
III. Reflexiones metajurídicas sobre el concepto de Constitución	55
IV. Fundamentación filosófica de los derechos humanos	70
V. La <i>episteme</i> de la política desde la <i>doxa</i> y la <i>epojé</i> de los hechos y la historia en Maquiavelo	96
VI. Discusión legislativa	111
VII. La metodología de la filosofía política en la Edad Media	128
VIII. Constitución y Constitucionalismo	151
IX. Democracia y pacto constitucional	182
X. La ciencia jurídica en el modelo garantista de Ferrajoli	206

Introducción

En este libro se presenta un análisis filosófico de diez tópicos jurídico-políticos. Si bien los trabajos en derecho y en política deben apuntar más a la praxis que a cuestiones teóricas, también es cierto que las cuestiones ético-filosóficas de fundamentación y análisis de conceptos son necesarias. Autores como Garzón Valdés o Spector señalan atinadamente que la clarificación de conceptos, el análisis de propuestas y el trabajo de fundamentación son de gran importancia y en épocas de crisis se hacen más necesarios. Por esta razón, este texto presenta un análisis conceptual, filosófico y analítico de acciones y tópicos selectos que son parte fundamental de los campos de derecho y política.

En el primer capítulo, se resalta la participación ciudadana, sin duda una de las actividades más significativas de la sociedad civil para la construcción de un gobierno democrático. Abarca varias acciones y procesos entre los cuales cabe destacar: el combate a la corrupción, el conocimiento de la Constitución por parte de la ciudadanía, el respeto a los derechos humanos, las acciones político-electorales, las reformas electorales correspondientes y la discusión legislativa, entre otros.

En el segundo, se presenta una reflexión filosófica-lingüística sobre el fenómeno de la corrupción, se analizan algunas definiciones, se estudia la complejidad de la corrupción desde lo cultural, lo normativo y el fenómeno de la condena moral. Señalo la importancia de una educación ética y el desarrollo de las competencias sobre el juicio reflexivo como antídoto para la corrupción.

“Reflexiones metajurídicas sobre el concepto de Constitución” es el título del capítulo tercero, donde se revisa el significado de Constitución, especialmente el actual, por estar directamente relacionado con la comunidad política, así como con la doctrina o doctrinas que la describen. También tenemos el hecho de que casi toda palabra del campo jurídico-político tiene un bagaje muy amplio dentro del cual tienen significados emotivos, valorativos, persuasivos, hasta cabalísticos y el término Constitución no es ajeno a esta característica.

El capítulo IV está dedicado a un estudio general introductorio de algunas propuestas significativas sobre la fundamentación de los derechos humanos. A lo largo de la historia, el trabajo de fundamentación de los derechos humanos ha producido diversas corrientes: iusnaturalismo, historicismo, consensualismo y el enfoque ético.

A cerca de quinientos años de la publicación de *El príncipe* pareciera que ya no hay más que añadir sobre el político florentino. A él dedico el quinto capítulo, pues considero que conforme pasan los años estamos en mejor posición y disposición de apreciar con toda objetividad el pensamiento de Maquiavelo, quien sin duda, aún tiene mucho que enseñarnos sobre política y estado. Y no se diga de la vigencia que hoy día tienen sus categorías analíticas como razón de estado, virtud, pasión, fortuna y acción política.

La discusión legislativa es un asunto de argumentación jurídica y, por ello, una forma de entrar al terreno de la discusión legislativa es por medio de la lógica del jurista, tema en el que se centrará el capítulo VI.

En el capítulo VII, “La metodología de la filosofía política en la Edad Media”, se presentan dos grandes enfoques metodológicos medievales: el método de la Patrística y el de la Escolástica.

En los siguientes dos capítulos me centro en Constitución y constitucionalismo, democracia y pacto constitucional. En ellos se habla de conceptos como Estado de derecho, relación interna entre política y derecho

y los conceptos democracia y constitucionalismo. Una noción robusta de constitucionalismo contiene tres elementos fundamentales: la constitución histórica, los procesos democráticos y participativos y la protección de los derechos individuales. Cuando estos tres elementos presentan un equilibrio entre sí, entonces el constitucionalismo apunta directamente hacia una auténtica democracia.

Para finalizar, en el décimo capítulo, me centro en el modelo garantista de Luigi Ferrajoli, quien a partir de la crisis en que se encuentra el Derecho, construye un modelo con el cual pretende no solo describir el sistema jurídico sino también interpretarlo, comprenderlo y con ello, enfrentar de mejor forma los problemas jurídicos de esta época. El interés de Ferrajoli radica en última instancia en su preocupación por la democracia y por la defensa de los derechos fundamentales.

De esta manera en cada capítulo el lector encontrará una serie de reflexiones filosóficas sobre propuestas, tesis y categorías analíticas de cuestiones políticas y jurídicas. Como afirma Spector:

[...] el examen del problema filosófico puede presentar amplias contribuciones institucionales. Al comprender más claramente qué sentido tienen los Derechos Humanos en nuestro pensamiento moral y político, estaremos mejor pertrechados para tomar decisiones relativas al alcance de estos derechos, particularmente cuando se hallan en conflicto entre sí o con otras consideraciones éticas y políticas, como el bien social o el principio de mayoría en la toma de decisiones política.¹

¹ Ronald H. Spector, “La filosofía de los Derechos Humanos”, *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 33, México, 2010, p. 8.

Reflexiones filosóficas sobre la participación ciudadana

INTRODUCCIÓN

La participación ciudadana constituye, sin duda, una de las actividades de la sociedad civil más significativas para la construcción de un gobierno democrático. Constituye un mecanismo reflexivo, crítico y de acción que el ciudadano con derechos civiles, políticos y sociales utiliza para influir en las decisiones públicas. Por ello, participación ciudadana y democracia caminan por el mismo sendero.

En una época de crisis política, económica y social, como la que padece México, la participación ciudadana es una de las mejores armas para iniciar la deconstrucción de la sociedad y el gobierno.

La idea de involucrar a la sociedad civil en la lucha contra la corrupción y en el proceso de construcción de ciudadanía se encuentra inserta dentro de una lógica de acción pública para un gobierno deliberativo, crítico, reflexivo y, por ende, democrático.

Y si bien es cierto que abordar la participación ciudadana supone hablar más cuestiones prácticas que teóricas, no obstante, como en cualquier otra temática política, la fundamentación y el análisis de conceptos son imprescindibles. Por ello, a continuación desarrollo una reflexión iusfilosófica sobre la participación ciudadana.

Autores como Ziccardi enfatizan la trascendencia que tiene la participación ciudadana en la formación de la gobernabilidad.¹ Señala que es un componente fundamental de la gobernabilidad democrática, puesto que apunta específicamente a la forma en que los intereses particulares de los ciudadanos se incluyen en los procesos decisorios. Los seres humanos se forman y conforman desde el actuar en la cosa pública.

A través de la participación ciudadana se da lugar a la inclusión de las diferentes aspiraciones; se construyen y desarrollan planes de vida desde lo individual hasta lo comunitario, de los ideales de un pueblo frente a quienes toman las decisiones. Es en su ejercicio donde las identidades se pueden construir desde lo multicultural.²

Por su parte, Mario Constantino entiende por participación ciudadana el proceso por el cual los sujetos, a título individual o colectivo, desarrollan una acción tendiente a vincular una expectativa o una opinión con el ámbito público-político.³ También podemos definir el concepto de ciudadanía apelando a su contrario, como señaló Smend: ciudadano como lo contrario a burgués.⁴

De acuerdo con Sánchez Praga, la ciudadanía es un efecto de la ciudadanización, entendida esta como el proceso por el cual “un individuo

1 Véase A. Ziccardi, “Políticas de inclusión social de la Ciudad de México”, en C. Barba Solano, *Retos para la integración social de los pobres en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2009.

2 Autores como Luis Villoro consideran que la participación ciudadana es de mayor calidad cuando se da desde la asociación comunitaria y a partir de una igualdad en las condiciones mínimas para satisfacer las necesidades básicas, así como de una igualdad de oportunidades sociales y civiles para ejercer nuestra elección. Se trata de una asociación comunitaria basada en la conciencia de pertenencia común a una misma entidad social. Véase Luis Villoro, “De la libertad a la comunidad”, Ariel, México, 2001, p. 27.

3 Mario Constantino, en Miguel Ángel Sánchez Ramos, “La participación ciudadana en la esfera de lo público”, *Espacios Públicos*, vol. 12, núm. 25, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 2009, pp. 85-102.

4 Véase Rudolf Smend, “Ciudadano y burgués”, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

integra o fusiona su expresión individual con la esfera pública, conservando sin embargo su individualidad por el ejercicio de sus obligaciones y la consecución de sus derechos”.⁵ La ciudadanización es un proceso democrático a corto y largo plazo.

La participación ciudadana responde entonces a un proceso de culturalización; no es *a priori* ni natural, no abarca solo lo político ni se reduce a los procesos electorales, permea los procesos sociales y civiles. De manera que por medio de una auténtica participación ciudadana podemos lograr la integración de los derechos humanos tradicionales con los económicos, sociales y culturales y, con ello trabajar la exigibilidad de estos últimos.

Por ello, la noción de ciudadanía remite más a una práctica social concientizada que a un concepto teórico. El auténtico debate público se produce desde la ciudadanía, dando lugar a un proceso democratizador. Pero este quehacer se da solo a través de hombres y mujeres empoderadas y con responsabilidad.

Desde la ciudadanización podemos asegurar la pertenencia de todos a una misma colectividad, superando la noción de sociedad por contrato.

La comunidad, en cambio, se dirige por el interés del todo. Cada individuo se considera a sí mismo un elemento perteneciente a una totalidad, de manera que lo que afecta a esta le afecta a él: al buscar su propio bien busca el bien del todo. En cualquier comunidad existe una tensión que no se puede evitar entre los intereses particulares y los del todo. Solo cuando los sujetos de la comunidad incluyen en sus deseos lo deseable para todos, la comunidad se realiza cabalmente; cuando no es así, permanece como una meta regulativa, en tensión perpetua, a la que podemos acercarnos, pero nunca alcanzar.⁶

5 Sánchez Praga, en E. Castillo Guzmán y C. Sánchez, “¿Democratizar la escuela o escolarizar la democracia? Dilemas de la Socialización Política en la Escuela Colombiana”, *Revista Colombiana de Educación*, núm. 45, Colombia, 2003, p. 5.

6 L. Villoro, *op. cit.*, p. 29. Villoro señala como ejemplo a las comunidades indígenas de México.

Por supuesto que hoy en día esta comunidad no puede ser una comunidad tradicional, pero recuperar sus valores ayuda mucho a los problemas que arroja el individualismo moderno, dando sentido a nuestras vidas colectivas y superando el egoísmo de la sociedad actual excluyente. Con una comunidad con fundamento y reconocimiento en la autonomía individual

[...] la persona recobraría el valor y el sentido de su vida colectiva por su servicio a su comunidad. Pero en el nuevo tipo de comunidad ese servicio no sería producto de una convención social, menos aún de la imposición de una colectividad: sería efecto de una elección social y política plenamente libre, acordada democráticamente. Dejaría de ser, por lo tanto, una costumbre heredada, para convertirse en un programa colectivo por alcanzar de carácter ético. La comunidad no sería entonces algo dado, que se impone desde el nacimiento; sería un fin asumido para dar un sentido superior a nuestras vidas: la nueva comunidad sería un mundo otro, construido por la voluntad concertada de muchos.

Ese proyecto no destruiría los valores de la modernidad. Sería un movimiento para restituir los valores de la comunidad, levantándolos, es decir, conservándolos al transformarlos, al nivel del pensamiento moderno.⁷

La participación ciudadana tiene múltiples significados, pero todos forman parte de la construcción de la democracia. Hay entonces distintas visiones y concepciones sobre la participación.

En toda participación ciudadana hay motivación. Está la motivación básica de satisfacer una necesidad, pero también la de cambiar las estructuras del poder existente. Además, la participación puede ser microsocial o macrosocial. Y tanto una como otra son necesarias para el desarrollo democrático de una nación. Incluso para restar algunos efectos

7 *Ibid.*, pp. 36-37.

negativos de la democracia representativa, la participación ciudadana es también la mejor medicina, con ella se garantiza que la ciudadanía, de manera directa, sin intermediarios, pueda acceder a los espacios públicos de toma de decisiones. De allí la importancia de empoderar también, a todas las instituciones de participación civil.

La participación ciudadana se traduce en el actuar del ciudadano, el ser agente o cooperante, ser parte de, estar presente, tomar parte en la gestión de la *res pública*. “Una participación ciudadana empoderada, es una participación que se caracteriza por enfrentarse tanto al poder fáctico como al poder legalizado”.⁸

DECONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA, PERSPECTIVA DE GÉNERO Y FILOSOFÍA DE LA ACCIÓN

Dejando a un lado la gran variedad de definiciones que nos ofrecen los especialistas, vale la pena señalar que, tomando en cuenta los procesos de globalización y digitalización, los conceptos de ciudadanía y de participación ciudadana deben ser reconstruidos, pero sobre todo, deconstruidos desde una nueva visión holística, dejando los enfoques epistémicos y esencialistas de la participación ciudadana para girar hacia una concepción ontológica realista de estos procesos.

En este cambio de paradigma, los movimientos de género aportan mucha luz, ya que se caracterizan por ser no esencialistas y, sin dejar a un lado la realidad global de las políticas actuales, hacen énfasis en lo local. Tienen mucha experiencia en promover las capacidades y las habilidades de las mujeres para involucrarse en procesos políticos y económicos. Además, la conceptualización del empoderamiento desde lo femenino es aplicable

8 Raúl Hernández Vega, “El discurso ético de la sociedad civil”, *Poder y Sociedad Civil*, Biblioteca Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 1995, p. 33.

a toda la realidad social y a la sociedad civil, pues la lucha de las mujeres por intervenir en los procesos de decisión, así como la incorporación de políticas públicas con perspectiva de género, ofrecen enseñanzas para el desarrollo de una participación ciudadana de mujeres y de hombres y, por tradición, esta perspectiva de género tiene un efecto multiplicador que debe ser tomado en cuenta para la participación ciudadana de toda la sociedad civil.

El trabajo de las feministas implica, entre otras cosas, adoptar una nueva visión del desarrollo y de la concepción de la gestión municipal, ligada a los conceptos de desarrollo humano, democracia y gobernabilidad local.

La importancia de la comunidad de la que hablábamos queda patente, también, desde dos actividades intersubjetivas dadas por los movimientos de género: la cooperación y la solidaridad, que pueden ser categorizadas desde la sororidad, categoría desarrollada por los estudios de género.

La participación de las mujeres en los procesos de planificación, presupuestación, gestión y control social en los gobiernos locales, así como en actividades de exigibilidad para el cumplimiento de derechos y generación de oportunidades para mejorar la calidad de vida, deben ser recuperados por la participación ciudadana en general.

Otro asunto significativo es que la participación de género siempre apunta a grupos excluidos y el análisis de la participación ciudadana desde el punto de vista de la diversidad de los participantes es otro aspecto en donde podemos hacer uso de las técnicas y resultados de los trabajos de diversidad desde la perspectiva de género. Además, desde una perspectiva de género se podrá dejar de hablar de una participación ciudadana abstracta para bajar a una real y concreta; se trata de construir una ingeniería social y humana. Ello puede hacerse desde el desarrollo de habilidades y competencias en y desde el juicio reflexivo.

Con la categoría de género se interpretan como características históricas las diferencias y desigualdades de los comportamientos, también se

pueden interpretar las diferencias y desigualdades entre participación y no participación ciudadana y al igual que sirve para explicar y comprender la distinta distribución del poder entre hombres y mujeres, bien se puede aplicar para entender la distribución de poder entre gobierno y sociedad civil. De allí que la metodología de género sea una importante herramienta de análisis en la deconstrucción de la participación ciudadana.

Desde un enfoque holístico del significado de participación ciudadana podemos entender por ejemplo, el presupuesto participativo como un mecanismo por el cual la población define o contribuye a definir el destino de todo o una parte de los recursos públicos. Es un proceso de democracia directa, voluntaria y universal, en el cual la sociedad civil empoderada e informada puede dialogar y decidir sobre el presupuesto, las políticas públicas y la vida civil en sociedad.

La perspectiva de género nos invita a reflexionar y teorizar desde una filosofía de la acción que se encuentra desarrollada por autores como Hannah Arendt y John Dewey.⁹

Además, para el análisis y deconstrucción del concepto de ciudadanía hay que recuperar la subjetividad de los sujetos sociales y, nuevamente, la perspectiva de género tiene mucho que aportar. Desde el concepto de sororidad, podemos recuperar la subjetividad objetiva de una comunidad compuesta por hombres y mujeres con derechos y obligaciones. La subjetividad es "...la particular concepción del mundo y de la vida del sujeto; construida por el conjunto de normas, valores, creencias, lenguajes y formas de aprehender el mundo, conscientes e inconscientes, físicas, intelectuales, afectivas y eróticas".¹⁰

9 Véase Hannah Arendt, *¿Qué es la política?*, Paidós, Barcelona, 1997 y John Dewey, *Democracia y educación*, 4ª edición, Ediciones Morata, Madrid, 2001.

10 Marcela Lagarde, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, 4ª edición, UNAM, México, 2005, p. 302.

La actual participación ciudadana debe apuntar a un actuar cívico por la obtención de un bienestar de calidad y no de cantidad. Todo esto, desde un diálogo deliberativo de ida y vuelta entre ciudadanía y gobierno, con una visión holística que interrelaciona lo cultural con las necesidades reales de los hombres y las mujeres en un contexto sociopolítico real y concreto.

La construcción de presupuestos participativos, por ejemplo, basados en la priorización de demandas de la sociedad civil permite realizar programas, proyectos y la asignación de recursos en los diferentes niveles de la administración pública, partiendo siempre de la búsqueda de una calidad de vida y desde un enfoque garantista de los derechos humanos.

Además, la acción de la participación ciudadana conlleva un desarrollo humano acorde con un enfoque ecológico y de derechos humanos. En donde el centro es cada uno de los seres humanos individuales y en comunidad. De esta forma, el crecimiento económico va acompañado de justicia social sin comprometer los recursos para generaciones futuras. Se parte de las potencialidades de hombres y mujeres, de su forma de pensar, necesidades, valores culturales y organización para articular las acciones con todos los actores y construir un poder local participativo.

El reconocimiento de diversos tipos de diferencias cambia las concepciones de sujeto político, de mujeres y de poder, y la preexistencia de una esencia colectiva y pone de manifiesto la necesidad de dotarse de herramientas para buscar un lugar común que afronte la dispersión como una potencialidad y no como una debilidad.¹¹

El desarrollo humano es, entonces, el proceso de ampliación de las opciones de las personas mediante el fortalecimiento de sus capacidades para conseguir la igualdad y la gobernabilidad democrática.

11 Silvia Gil, *Nuevos feminismos. Sentidos comunes en la dispersión. Una historia de trayectorias y rupturas en el Estado español*, Traficantes de sueños, Madrid, 2011, p. 192.

Además, no podemos olvidar que un sistema de gobernabilidad democrática es aquel que permite que normas y reglas sean producto de la participación, de la reflexión, de la crítica, de la deliberación, de la confrontación de intereses y formas de vida diferentes, de enfoques y modelos mentales diversos entre actores que tienen en cuenta no solo sus derechos e intereses, sino también la estabilidad y los avances en el orden global.

Hoy más que nunca, nuestros gobernantes deben tener la capacidad para canalizar y atender adecuadamente las demandas ciudadanas, tomando como base la premisa de que el auténtico poder político del estado está en el pueblo. Y que la sociedad civil remite siempre a hombres y mujeres con necesidades de educación, salud, vestido y cultura, entre otras, pues, el núcleo central de la gobernabilidad es la calidad de las relaciones entre gobierno y sociedad. Apuntamos entonces hacia una participación ciudadana histórica, holística y sistémica.

Para esta deconstrucción de ciudadanía, como sucede con todas las categorías analíticas contemporáneas, de una u otra forma hay que recurrir a los clásicos para retomar ideas aún vigentes y que aclaren nuestro entorno.

Siguiendo a Hegel, por ejemplo, hay que reconocer el papel de las tradiciones y de las instituciones heredadas para la continuidad de la vida histórica de los grupos, desde una visión democrática del acontecer histórico. La acción política para Hegel no remite a un ente abstracto de derecho, sino a un hombre ontológicamente existencial, el ciudadano que se forma en la convivencia con otros, que tiene un entorno y una voluntad que se mueve entre otras voluntades. El ciudadano se desarrolla en diferentes juegos de lenguaje y formas de vida. La construcción de ciudadanía se debe dar desde la identidad y la diferencia de cada uno de los miembros de una comunidad, que se constituye desde los rasgos culturales de la propia comunidad. Esta construcción debe darse entonces desde una dia-

lética que va de lo individual a lo comunitario y de lo comunitario a lo individual, todo esto en y desde un proceso histórico. Todo esencialismo debe desterrarse ya que la realidad y en particular la ciudadanía se caracterizan por la variedad de los seres humanos.

La singularidad y la particularidad, que son momentos del espíritu, tienen en las esferas de la familia y de la sociedad civil su realidad inmediata y reflejada. En estas esferas ya aparece, sin embargo, la universalidad objetiva o el espíritu se muestra como el poder de la racionalidad, que les impone leyes a lo singular y lo particular, y los somete a la necesidad. El espíritu universal se presenta en la familia y la sociedad civil en la forma de las instituciones.¹²

Además, el mismo autor dice: “la existencia como ciudadano es la verdadera sustancialidad en la cual acontecen y tienen sentido todas las determinaciones particulares y en la que cada individuo puede retornar a sí mismo bajo su más auténtica determinación de llevar ‘una vida universal’”.¹³

La multiplicidad de los asuntos humanos logra el desarrollo de la cultura:

La cultura teórica se desarrolla a propósito de la multiplicidad de los asuntos que llegan a interesarle a los hombres. Pues no adquieren solo una gran variedad de representaciones y conocimientos sino también una movilidad y rapidez tanto de la mente y de la capacidad de pasar de una representación a otra como de la facultad de captar relaciones complejas y universales, etc. Se trata de la educación del entendimiento en general y con ella viene también el desarrollo del lenguaje.¹⁴

12 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, en Carla Cordua, *Explicación sucinta de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Temis, Bogotá, 1992, pp. 201, 202.

13 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, en Roberto Solarte, “Los derechos del ciudadano en Hegel”, *Revista Universitas Philosophica*, núm. 25, Bogotá, 1996, p. 193.

14 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, en Carla Cordua, *op. cit.*, p. 160.

En cuanto a la ética, el autor opina:

...en el sistema de la sociedad civil la actitud ética es la rectitud. Es estamento adoctrina al individuo a que por sí mismo se convierta, mediante su actividad, aplicación y habilidad, en un miembro de uno de los momentos de la sociedad civil y a mantenerse como tal. El individuo no debe preocuparse más que por sí mismo a través de esta relación con el universal. En su representación ha de reconocerse como miembro de un estamento social y ser reconocido como tal por otros.

La moralidad tiene su lugar propio en esta esfera de la sociedad civil en la que predomina la reflexión acerca de la actividad destinada a procurarse el bienestar. El individuo reflexiona acerca de su actividad, sobre sus necesidades como fines de la acción y sobre el azar de que depende su satisfacción. En estas circunstancias cualquier ayuda que por casualidad se pueda prestar a otros se convierte en un deber.¹⁵

Por otra parte, el actuar ciudadano se caracteriza por la voluntad y el ejercicio cívico de las acciones desde la libertad humana de cada uno de los individuos. De Hegel, debemos rescatar su idea de participación en el sentido concreto de estar cada uno de los ciudadanos en el acontecer de lo público, que remite al deber de participación por las cosas que nos corresponden y que apunta a la no exclusión. Se trata de entender y, a partir de aquí, realizar la vida activa donde el trabajo juega un papel fundamental y la libertad se despliega en cada una de una de las acciones particulares.

ÉTICA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

De acuerdo a Revello¹⁶ existen cinco dimensiones de la participación

¹⁵ *Ibid.*, p. 166.

¹⁶ María del Rosario Revello, "Ciudades y desarrollo en Iberoamérica. Descentralización y participación: la experiencia montevideana", *Revista Cidob D'Afers Internacionals*, España, 1999, pp. 149-168.

ciudadana: 1. La participación como expresión de demandas sociales. 2. La participación como estrategia de cooperación. 3. La participación como proceso de articulaciones institucionales y sociales. 4. La participación como dimensión de control. 5. La participación como estrategia de concertación para el desarrollo.

Si reflexionamos con detenimiento vemos que cada una contiene implícita o explícitamente el valor de la solidaridad y la cooperación que, en última instancia, remiten a una dimensión ética.

En la nueva deconstrucción del concepto de participación ciudadana se debe apuntar a las prácticas de autogestión, cooperación, solidaridad y socialización, todo ello desde el desarrollo de las capacidades de tolerancia e inclusión contextual. De esta forma, la participación ciudadana apunta a una filosofía moral.

Debemos recordar que Hegel es el primer gran filósofo moderno que conceptualizó de manera compleja el término sociedad civil. Solo desde un estado ético se puede comprender esta noción hegeliana y, desde la sociedad civil, se puede dar la superación de los extremos individuo-estado y particular-universal. De acuerdo con este filósofo, en la sociedad civil nace la política.

El estado ético para Hegel es un estado racional de libertad y satisfacción para el individuo.

La sociedad civil es entonces el punto de encuentro entre lo particular y lo universal, el interés individual y el general, el ámbito público y el ámbito privado. La política nace en su seno, en el propio centro de la sociedad civil.

Por medio del estado ético, entendido como la libertad objetiva en plena realización, la sociedad civil es dignificada desde el individuo. Y desde la ciudadanía, todos y cada uno de los individuos, aprenden la razonabilidad de sus deseos particulares. En el estado ético se lleva a cabo la intersubjetividad y la conciencia de esta por cada una de los

ciudadanos. Es en este momento histórico-racional en que da lugar el espíritu objetivo. Esa eticidad, sin duda debe ser recuperada en la reconstrucción actual de la participación ciudadana, no la filosofía idealista y esencialista que contiene el sistema hegeliano ya superado, pero que en su tiempo aportó mucho en el desarrollo del pensamiento político.

Para Hegel, la sociedad civil y el Estado se encuentran lejos de ser dos ámbitos completamente escindidos, por el contrario, se interrelacionan de manera compleja. La eticidad se desborda desde lo dialéctico en la configuración de un primer momento: la familia; un segundo momento: la sociedad civil y un tercer momento: el estado. La sociedad civil obtiene el rol primordial de mediar entre lo estrictamente privado (la familia) y lo estrictamente público (el estado).

La participación no es realmente efectiva mientras no se vayan modificando y ampliando las relaciones de poder. Esto y su ámbito ético, es lo que legitima la gran importancia de la acción política efectuada por la sociedad civil. Aquí vale la pena enfatizar nuevamente la recuperación de la eticidad hegeliana, pero no su orden transcendental, pues la eticidad debe ser contextual y local, de hombres y mujeres reales.

La participación ciudadana es un proceso de generación de conciencia crítica y propositiva en el ciudadano. El fin de la participación ciudadana es la mejora sostenible de las condiciones de vida de la sociedad. “La opinión pública es el modo inorgánico como se da a conocer lo que un pueblo quiere y opina. Lo que se hace realmente vigente en el Estado, tiene que confirmarse ciertamente de manera orgánica y este es el caso de la Constitución”.¹⁷

Aquí, guardando las distancias correspondientes, podemos señalar que muchas de las cualidades señaladas por autores contemporáneos del

17 G. W. F. Hegel, *Filosofía del Derecho*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 316.

neoconstitucionalismo y por juristas culturales, como es el caso de Peter Häberle, están ya presentes en la *Filosofía del derecho* de Hegel.

De acuerdo con Hegel una constitución no puede hacerse *a priori*, ni tampoco es una estructura que se acomode a todo pueblo. Una buena constitución es el resultado de trabajo serio, de experiencia y de siglos de progreso y apunta a la posibilidad del desarrollo humano de los individuos. El hombre es libre solo en el estado y a partir de su acción ciudadana.¹⁸

De esta forma, para Hegel, el individuo llega a ser auténticamente real dentro de un estado en el que interviene en los procesos de la intersubjetividad, dejando a un lado su individualidad. La dialéctica de la eticidad se conforma entonces por la tesis: familia, la antítesis: sociedad civil y la síntesis: estado.

Solo como ciudadano, el sujeto es capaz de aprender lo que es razonable en sus deseos particulares y desde la instancia ética el mismo individuo alcanza la plena conciencia de la realización de la intersubjetividad. Siendo la libertad y la satisfacción la finalidad del individuo.

De esta forma, la sociedad civil, en la versión hegeliana, es colocada en el lugar de la mediación, siempre en el movimiento dialéctico de lo privado a lo público,¹⁹ en este caso, de la familia al estado.

EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA Y LOS APORTES DEL POSTMODERNISMO

Hemos señalado que en el mundo contemporáneo, complejo y global, conviene recuperar la eticidad hegeliana de la sociedad civil, así como el importante método dialéctico de este filósofo alemán, pero también se ha subrayado la importancia de no cargar con el pensamiento idealista,

18 G. W. F. Hegel Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Francisco Larroyo, (Editor), Porrúa, 7ª edición, México, 1997.

19 G. W. F. Hegel Hegel, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 317-318.

sustancialista y esencialista, ya superado por corrientes de pensamiento actual. Las propuestas de filósofos como Hannah Arendt, Richard Rorty y Michel Foucault, aportan mucha luz.

La sociedad civil en el contexto actual cobra relevancia en la medida en que posee solidez para problematizar y procesar públicamente todos los asuntos que afecten a ciudadanas y ciudadanos. La actividad de esta sociedad civil debe ser en dos vías: la exigencia en el establecimiento de las leyes que se requieren y la concretización de estas leyes a través de la participación efectiva de la ciudadanía. La acción debe ser de ida y vuelta: un medio de socialización de la política y la ampliación de lo público hacia una sociedad civil crítica y reflexiva.

Se trata de lograr un fortalecimiento del Estado desde y a partir del fortalecimiento de la sociedad civil, lo cual supone un movimiento más cultural que legal. Desde la participación ciudadana, los hombres y mujeres pueden garantizar su derecho a tener derechos.

Hannah Arendt considera que la propuesta de ciudadanía democrática se configura sobre las siguientes experiencias políticas: 1. La experiencia política consistente en el acto de fundación a partir del cual se organiza la comunidad política: construcción y establecimiento de la Constitución y las leyes. 2. Arraigo de este discurso jurídico normativo en las acciones deliberadas de la ciudadanía, en el espacio público. 3. En la capacidad de la sociedad civil para juzgar los asuntos públicos. Todo ello teniendo como base la virtud cívica, la cual consiste entre otras cosas, en el amor a la igualdad, el reconocimiento de uno a través del reconocimiento en los otros y la cooperación o solidaridad de la cual brillantemente ha hablado Rorty.²⁰

20 Cfr. Para el pensamiento de H. Arendt, *¿Qué es la política?*, Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona. España, 1997; *La condición humana*, Seix Barral, Barcelona, 1974 y *La vida del espíritu*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. Así como, Richard Rorty, *¿Esperanza o conocimiento? Una Introducción al Pragmatismo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997.

De la misma forma, Arendt expone con claridad y sencillez las tres experiencias antidemocráticas con las que la acción ciudadana puede ser destruida: 1. La defensa de ideales absolutos. 2. El creciente individualismo y 3. El auge de los despotismos.²¹

Señala también la confianza mutua ciudadana como el eje impulsor de la acción política democrática de la ciudadanía. Sin confianza poco se puede lograr en cuanto a la construcción de una participación ciudadana democrática. Lo importante es la innovación y repensar las experiencias que favorecen en la construcción de ciudadanía; se trata de una filosofía de la acción.

Arendt se hace la pregunta aristotélica sobre las condiciones de la acción política, con el propósito de establecer los límites para el ejercicio de la libertad y la política tomando siempre en cuenta la contingencia de la realidad humana y por ende la contingencia de la propia política. Con esto se logra superar el transcendentalismo hegeliano sin soltar la eticidad.

De acuerdo a su pensamiento se debe contar con dos procesos importantes: uno, el conocimiento y respeto de las leyes y las instituciones y el otro, las acciones responsables de los individuos en y desde el espacio público.

Se trata de la reformulación de la participación ciudadana como una participación crítica y reflexiva desde un desarrollo moral e histórico. De manera que, sin desconocer la legalidad, se le asigne mayor peso a la cotidianidad en lo cultural. También es necesario tener en cuenta siempre que las condiciones histórico-sociales definen, en parte, el proceso de constitución moral, político y jurídico de la ciudadanía. En otras palabras: práctica cotidiana en contingencia y cultivo de la virtud cívica.

De acuerdo con Arendt, hay situaciones históricas, sociales y políticas que favorecen la construcción democrática de ciudadanía, pero también

21 Confróntese H. Arendt, *Sobre la revolución*, Alianza, Madrid, 2006.

hay situaciones histórico-sociales y políticas que evitan esta construcción. Inspirada en la *Crítica del juicio* de Kant, reconfigura los conceptos en el campo de la política. La participación ciudadana debe ser creativa, pero sobre todo basada en el desarrollo del juicio reflexivo, el cual es el auténtico juicio político.

La política es entonces entendida como una relación entre todos, caracterizada por su historicidad y contingencia. Es el mundo de la posibilidad, el consenso y la ponderación. No es la deducción ni la subsunción lo que cobra importancia en la política, sino el acuerdo entre todos y la posibilidad de construir un mundo mejor. En este mundo de contingencias, la estabilidad está dada por el establecimiento de una normatividad aceptada tanto por la sociedad civil como por el gobierno en situación de libertad.²²

La política trata del estar juntos y los unos con los otros de los diversos. Los hombres se organizan políticamente según determinadas comunidades esenciales en un caos absoluto, o a partir de un caos absoluto de las diferencias. En la medida en que se construyen cuerpos políticos sobre la familia y se los entienda a imagen de esta, se considera que los parentescos pueden, por un lado, unir a los más diversos y, por otro, permitir que figuras similares a individuos se distinguan las unas de las otras.²³

Es así que para Arendt, la política debe ser ejercida por una ciudadanía responsable y plural, dispuesta a llegar a acuerdos, sobre asuntos que le son comunes, en y desde un diálogo deliberativo en un espacio público. Por ello la actividad humana por excelencia es, para Arendt, la política, y la principal fuente del poder político es una ciudadanía crítica y unida.

La política, entonces, surge de las relaciones entre hombres y mujeres que haciendo uso prudente de sus palabras e ideas tratan de resolver

22 Véase H. Arendt, *¿Qué es la política?*, op. cit., p. 45.

23 *Idem.*

los conflictos por medios pacíficos en el espacio público. Es un ejercicio que supone la aceptación de la diversidad en cuanto a ideas, personas, tradiciones, acciones y opiniones. Es el conjunto de acciones de reconocimiento de diversidad e igualdad en la diferencia, y, lejos de apuntar a un imperativo categórico, es el reconocimiento de lo que es sin necesidad, porque justo puede ser de otra forma.²⁴

Es lo que tiene que ver con saber ponderar y elegir entre opciones, todas en principio valiosas. De allí la importancia de la deliberación pública y la confrontación de diversos juicios para, desde un ejercicio de dialéctica argumentativa, adoptar la decisión que sea más conveniente, aunque nunca pueda satisfacer a todos.

El juicio político remite entonces a “. . . la simultánea presencia de innumerables perspectivas y aspectos en los que se presenta el mundo común y para el que no cabe inventar medida o denominador común”.²⁵

Por todo ello la participación ciudadana debe ser ejercida desde el juicio reflexivo. Se trata de una tarea compartida entre todos, es el diálogo entre los múltiples, ponerse en los zapatos del otro es lo que da la legitimidad a este proceso de juzgar en y desde el espacio público. Es el juicio que siempre requiere la perspectiva del otro en un ambiente de comunidad. Es el ser en el actuar de la vida activa en la arena pública, siendo la materia del juicio la particularidad y no la universalidad.

El juicio reflexivo, el discurso y la acción se compaginan en un espacio compartido de libertad e igualdad. Lo contrario a la actividad del juicio reflexivo es el aislamiento y esto es muy peligroso toda vez que abona al desarrollo del despotismo. Aislamiento es individualismo y egoísmo: falta de autonomía. En cambio, en el ejercicio de la acción comunicativa y la participación ciudadana desde el juicio reflexivo está

24 *Ibid*, pp. 46-47.

25 *Idem*.

siempre un compromiso moral. Y la falta de legitimidad de un mundo globalizado fomenta una falsa democracia, en donde solo hay intereses económicos y técnicos con un enorme deterioro de la esfera política. Política y ciudadanía se convierten en mercancía y un mundo de humanos y para humanos se diluye. De ahí la urgencia de una educación cívica centrada en el desarrollo de la potencialidad crítica y reflexiva de la ciudadanía, donde se anteponga el bien común.

Una ciudadanía impotente e incapaz de construir acuerdos para el bien común es lo que puede terminar con la política democrática. Nunca estamos a salvo del surgimiento de grandes déspotas y tiranos, por ello hay que estar atento ante los errores del totalitarismo económico.

El trabajo político siempre debe ir de la mano de la imaginación, pues aún en épocas difíciles de crisis y proliferación de fundamentalismos, se pueden imaginar nuevas posibilidades de politización, todo ello con la importancia de los movimientos ciudadanos en resistencia, en donde los pequeños esfuerzos, pero constantes, adquieren relevancia.

El trabajo de las diversas asociaciones civiles y movimientos sociales (ecologista, pacifista, feminista, entre otros) tiene también importancia en la construcción de ciudadanía responsable.

CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA Y LA IMPORTANCIA DE UNA EDUCACIÓN CRÍTICA REFLEXIVA

Como se deja ver, mucho es trabajo de educación, pero sobre todo de desarrollo de metodologías y didácticas que ayuden al desarrollo de hábitos para la conformación de ciudadanía. Es la ejercicio constante en las buenas acciones en la comunidad, en la solicitud de cuentas claras e información relevante y pertinente, en las conductas morales y cívicas, en la exigencia de los derechos, en los trabajos colectivos y en el reconocimiento del otro, de la otra, de los otros y las otras.

Por ello sostengo que la importancia no está en una educación, algo en lo cual en principio, todos estamos de acuerdo, sino en el cómo de la impartición de la educación y de allí la importancia de la didáctica, que debe ser crítica filosófica, basada en el desarrollo de hábitos y competencias. Se trata de un trabajo dialéctico. Las condiciones económicas, políticas y sociales condicionan mucho la construcción de ciudadanía, pero la contingencia también trabaja con los acontecimientos negativos y, en general con los obstáculos. La pobreza condiciona, pone obstáculos, pero también los puede mover. La complejidad y la contingencia siempre sobresalen a cualquier situación concreta.

Para pensar las condiciones que hacen posible la ciudadanía también han de establecerse una serie de límites a las desigualdades reales producidas y reproducidas por los Estados-nación en la sociedad global. Igual el empoderamiento y las condiciones de crítica, emancipación y la virtud del amor a la igualdad en libertad juegan un papel importante. Por ello, como ya se señaló, es de suma importancia una buena educación cívica, pero sobre todo su ejercicio.

La educación crítica reflexiva y su correspondiente didáctica deben ser holísticas, y tomar en cuenta las condiciones económicas, políticas y sociales que subyacen en todo problema o proceso educativo.

Desde nuestro ámbito académico universitario proponemos que: 1. Los universitarios desarrollemos nuevas herramientas conceptuales en y para la construcción de una participación ciudadana, responsable, solidaria y reflexiva. 2. Los universitarios en coordinación con otros niveles educativos debemos participar en los foros de consulta ciudadana. 3. Uno de nuestros trabajos es lograr que el nuevo gobierno escuche las demandas y actúe en consecuencia. 4. Lograr los hábitos correspondientes para tener una participación ciudadana permanente que constituya una forma de vida. 5. La construcción de ciudadanía debe empezar desde la sensibilización de lo local para llegar finalmente a una ciudadanía planetaria.

6. Los universitarios tenemos la obligación de construir ciudadanía desde la investigación y la docencia, tomando en cuenta siempre los desafíos de este siglo XXI. 7. Hay que crear nuevas formas y estrategias de motivación para la participación ciudadana autónoma, reflexiva y crítica.

Una de las razones primarias de la marginación en un estado se debe, sobre todo, a la ausencia de información, al desconocimiento del marco jurídico, al reconocimiento formal de espacios de participación y, por supuesto a la no interiorización de nuestra ciudadanía. La educación crítica reflexiva que proponemos estaría constituida como mínimo de tres ingredientes: información (contenido), desarrollo de hábitos y competencias (la ejercitación) y la interiorización del sistema jurídico local e internacional de los derechos humanos.

Desde esta visión podemos decir que la participación ciudadana es un proceso de generación de conciencia y de actividad participativa.

En el proceso de construcción de ciudadanía la soberanía política es importante, pero esta no se puede ejercer plenamente sin soberanía cognitiva, de allí la importancia de una educación crítica reflexiva con contenido y con un enfoque constructivista participativo, tratando siempre los asuntos de interés colectivo. En este tipo de participación se democratiza el saber; un saber con valores, pero con procesos históricos. Una educación humanística y ética que dé lugar a educandos y educadores responsables y comprometidos. Así, la participación ciudadana desde la escuela inicia con el trabajo de resolver el monopolio del saber y la construcción de la soberanía cognitiva. Los saberes en la educación deben ser contruidos por todos y todas y entre todos y todas. El aprender haciendo es una ruta adecuada para la construcción de una educación democrática que construye ciudadanía. La formación de valores desde los procesos históricos debe ser el eje de toda educación y la aplicación correcta y oportuna de las asignaturas debe darse desde una participación ciudadana democrática.

Como conclusión señalo los siguientes diez puntos:

1. La participación ciudadana no se limita al voto o a los procesos electorales, ni siquiera se limita a lo jurisdiccional, tiene una dimensión multidireccional. Es un conjunto de acciones democráticas en todos los espacios sociales de lo público; remite a un ser holístico desde el enfoque garantista de los derechos humanos.
2. Desde la participación ciudadana se da el reconocimiento explícito de los derechos políticos y sociales de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación. Es desde donde se deben construir las políticas públicas dirigidas a proteger, promover y atender los derechos humanos.
3. Desde un nuevo enfoque de ciudadanía y bajo el paradigma de los derechos humanos, se construye el sujeto social dando lugar a una ciudadanía activa y democrática, empoderada tanto local como globalmente.
4. En el trabajo de formación de ciudadanía, las teorías de género desarrolladas por los movimientos feministas ayudan en la construcción de categorías analíticas y supuestos teóricos. Sus conceptos de empoderamiento, visibilidad, igualdad sustantiva y crítica social aportan mucha luz a la construcción de ciudadanía.
5. Los derechos están en la Constitución, pero hay que hacerlos valer y en ello la participación ciudadana juega un papel fundamental. La ciudadanía activa pide actuar en consecuencia y fortalecer los lazos de acción comunicativa, colaborativa y dialógica. Todo esto desde un enfoque cultural y no esencial ni fundamentalista, por ello, la presencia de ciudadanos en los asuntos públicos es una condición necesaria para alcanzar la gobernabilidad democrática.
6. El consenso social da legitimidad a lo legal y la legitimidad del poder visibiliza las aspiraciones de diferentes sectores sociales. A más participación ciudadana más respeto y reconocimiento de los derechos humanos.

7. La toma de decisiones sobre los asuntos públicos debe ser el trabajo cooperativo y reflexivo de todas y de todos. La presencia del ciudadano en las decisiones que le afectan, tanto individual como colectivamente, precisa de un tipo adecuado de estrategias centrado en el aprendizaje participativo. Se trata de una educación funcional-democrática, que facilite el acceso y la conformación no excluyente de centros de decisión a partir de lo local, y de este nivel incidir en las decisiones del Estado nación.
8. La participación ciudadana es gradual y es tanto individual como colectiva; apunta a la toma de decisiones, al establecimiento de políticas públicas, a la fiscalización y a todo aquello que afecta a lo económico, social y ambiental, entre otras.
9. La participación es un proceso de generación de conciencia crítica y propositiva en el ciudadano. Su fin no es tanto ella misma, sino la mejora sostenible de las condiciones de vida de la sociedad.
10. La mejor participación ciudadana tiene sus raíces en los cimientos de una cultura de la responsabilidad y en una educación crítica reflexiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Arendt, Hannah, *La vida del espíritu*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- _____, *¿Qué es la política?*, Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona, 1997.
- _____, *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 2005.
- _____, *Sobre la revolución*, Alianza, Madrid, 2006.
- Cordua, Carla, *Explicación sucinta de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Temis, Bogotá, 1992.
- Constantino, Mario, en Sánchez Ramos, Miguel Ángel, “La Participación Ciudadana en la Esfera de lo Público”, *Espacios Públicos*, vol. 12, núm. 25, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 2009.
- Gil, Silvia, *Nuevos feminismos. Sentidos comunes en la dispersión. Una historia de trayectorias y rupturas en el Estado español*, Traficantes de sueños, Madrid, 2011.

- Hegel Friedrich, Wilhelm Georg, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Larroyo, Francisco (Editor), Porrúa, 7ª edición, México, 1997.
- _____, *Filosofía del Derecho*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
- _____, *Principios de la Filosofía o Derecho Natural y Ciencia Política*, Verma, Juan Luis (Trad.), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2012.
- Hernández Vega, Raúl, “El discurso ético de la sociedad civil”, *Poder y Sociedad Civil*, Biblioteca Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, 1995.
- Lagarde, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, 4ª edición, UNAM, México, 2005.
- Leal González, Nila, “Participación ciudadana y la construcción de ciudadanía”, *Cuestiones Políticas*, vol. 24, núm. 40, Venezuela, 2008, pp. 9-24, disponible en: http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/Participacion_ciudadana_y_construccion_de_ciudadania_N.L.Glez_Cuests.Pols._VEN_2008_24379.pdf.
- Novella, Ana M.; Ingrid Agud, Asud Llena y Jaume Trilla, “El concepto de Ciudadanía construido por jóvenes que vivieron experiencias de participación infantil”, *Bordón, Revista de pedagogía*, Sociedad Española de Pedagogía, vol. 65, núm. 3, España, 2013, pp. 93-108.
- O'Donnell, G., *La democracia en América Latina: contribuciones para el debate*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 2004.
- Olvera, Alberto J., *Ciudadanía y democracia, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, Instituto Nacional Electoral, México, 2016.
- Ortiz Jiménez, W., “La ciudadanía: espacios de construcción del concepto”, *Jurídicas*, vol. 6, núm. 1, Colombia, 2009, pp. 33-51.
- Peña, J., “Nuevas Perspectivas de la Ciudadanía”, en Quesada Castro, *Ciudad y ciudadanía, senderos contemporáneos de la filosofía política*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 231-252.
- Ramírez Sáiz, J. M., “Democracia Universal y Ciudadanía Mundial”, en J. Luque Brazán y J. J. Naranjo Giraldo, *Democracia y ciudadanía en América Latina. Realidades diversas y retos teóricos*, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias -UNAM, México, 2009.
- Revello, María del Rosario, “Ciudades y Desarrollo en Iberoamérica. Descentralización y Participación: La Experiencia Montevideana”, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 47, Barcelona, España, 1999.

- Rorty, Richard, *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997.
- Sánchez Praga, en Castillo Guzmán, E. y Sánchez, C., “¿Democratizar la Escuela o Escolarizar la Democracia? Dilemas de la socialización política en la escuela colombiana”, *Revista Colombiana de Educación*, núm. 45, Colombia, 2003, disponible en <https://doi.org/10.17227/01203916.5494>.
- Smend, Rudolf, “Ciudadano y Burgués”, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985.
- Somuano, M. F., “Evolución de valores y actitudes democráticos en México (1990-2005)”, *Foro Internacional*, XLVII (4), El Colegio de México, México, octubre-diciembre 2007.
- Tonucci, Francesco, “La verdadera reforma empieza a los tres años”, *Revista Investigación en la Escuela*, núm. 33, España, 1997, pp. 5-16.
- Vallaey, F., “El ethos oculto de la Universidad», en CD: Responsabilidad social universitaria, Red Universitaria de Ética y Desarrollo Social (RED), Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo del BID” en Eduardo Gasca-Pliego; Julio César Olvera García, “Construir ciudadanía desde las universidades, responsabilidad social universitaria y desafíos ante el siglo XXI”, *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, núm. 56, México, 2011.
- Villoro, Luis, *De la libertad a la comunidad*, Ariel, México, 2001.
- Ziccardi, A., “Políticas de inclusión social de la Ciudad de México”, en C. Barba Solano, *Retos para la integración social de los pobres en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2009.

Reflexiones filosóficas sobre el concepto de corrupción

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se presenta una reflexión filosófica-lingüística sobre el fenómeno de la corrupción, se analizan algunas definiciones y se realizan unos breves comentarios sobre la antigüedad de este fenómeno. Posteriormente se estudia la complejidad de la corrupción desde lo cultural, lo normativo y el fenómeno de la condena moral. Contiene también un breve apartado sobre corrupción y política. Para terminar, en las consideraciones finales, señalo la importancia de una educación ética y el desarrollo de las competencias sobre el juicio reflexivo como antídoto para la corrupción.

ALGUNAS DEFINICIONES DE CORRUPCIÓN

Si bien es cierto que en el estudio del fenómeno de la corrupción es importante el análisis de casos concretos en determinadas situaciones, así como de las propuestas de solución a este problema, una reflexión filosófica-lingüística sobre este fenómeno arroja luz y amplía la perspectiva de análisis.

Corrupción viene del vocablo latino *corruptio* que se encuentra formado por el prefijo con que es sinónimo de junto y el verbo *rumpere* que puede traducirse como hacer pedazos y finalmente el sufijo *tio* que es equivalente a acción y efecto. Desde la definición etimológica, corrupción

significa acción y efecto de corromper (depravar, echar a perder, sobornar a alguien, pervertir, dañar, pudrir algo).

A lo largo de la literatura y la historia encontramos múltiples definiciones de corrupción, de las cuales mencionaré varias. Roberto Zavala señala que corrupción es “el aprovechamiento indebido de la administración de un patrimonio común y, en particular, de la gubernamental, como la desviación de los fines de la función pública”.¹

Vázquez Godina y Aguirre Sotelo señalan que “De acuerdo con la organización México sin Corrupción (...) la corrupción es un mal endémico que enferma a las instituciones justas y daña las relaciones entre las personas (...) es el caso de aquel que busca el beneficio propio desde un puesto público”.² Para el Banco Mundial, la corrupción es un abuso de poder público para el beneficio privado.

Pero también es importante señalar que hay otro tipo de definiciones³ que tienen un enfoque crítico, que recogen el contexto histórico social y se reconfiguran desde un enfoque antropológico; de tal forma que la corrupción es entendida como una práctica social compleja y con variaciones locales y diacrónicas. Otro dato importante del concepto corrupción es el hecho de que siempre conlleva una fuerte carga emotiva-negativa, implica decadencia, desintegración y degeneración.⁴

1 Juan Roberto Zavala, “Breves apuntes sobre la historia de la corrupción”, en *Ética y Corrupción. Dos mundos en conflicto*, núm. 123, Ciencia, Conocimiento, Tecnología, Nuevo León, 2012, p. 5.

2 José Manuel Vázquez Godina y Víctor Néstor Aguirre Sotelo, “Ética y corrupción en los funcionarios públicos”, en *Ética y Corrupción. Dos mundos en conflicto*, núm. 123, Ciencia, Conocimiento, Tecnología, Nuevo León, 2012, p. 61.

3 De acuerdo con la filosofía del segundo Wittgenstein tendríamos una multiplicidad de definiciones sobre corrupción, pues son muchos y diferentes los juegos del lenguaje donde interviene este término. Confróntese Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM y Secretaría de Cultura (CENART), Ulises Moulines (Trad.), México, 2017. De acuerdo con Foucault tendríamos múltiples definiciones, producto de la línea histórica de los discursos. Véase Michel Foucault, *La arqueología del saber*, vigesimosegunda edición, Siglo XXI, México, 1969.

4 Me parece que el análisis de casos concretos de corrupción amerita un estudio previo de arqueología foucaultiana del concepto. Sin duda la revisión de los discursos de corrupción mostraría la historicidad y los cambios evolutivos. Véase M. Foucault, *op. cit.*

Siguiendo a Heidenheimer, podemos señalar que el uso del término corrupción ha tenido modificaciones a lo largo de la historia y por eso hoy son múltiples y diferentes sus definiciones. Muchas están enfocadas en los deberes del funcionario y la individualidad de la función pública, otras apuntan a determinadas acciones económicas, como demanda, oferta e intercambio de acciones corruptas y otras más pueden apuntar al interés público.⁵ Dejemos aquí las definiciones y vayamos brevemente a la historia.

LA CORRUPCIÓN DESDE LA ANTIGÜEDAD

El fenómeno de la corrupción no es nuevo, se encuentra presente desde la Antigüedad. En la época de los sumerios hay relatos de corrupción, también en la mitología griega se señala el hecho cuando Prometeo roba el fuego del cielo para dárselo a los hombres. En Grecia, Sócrates en su misión educadora desde los principios éticos, encuentra la muerte de una forma bastante injusta. Por otra parte, algunos autores señalan que la caída del Imperio romano se debe al auge de la corrupción desde la pérdida de las virtudes cívicas.

Por su parte, la Biblia, nos relata cómo un apóstol, con un acto de corrupción, deslealtad y por unas monedas, señala quién es y dónde está Cristo.

También la corrupción ha dejado su huella en países del Lejano Oriente. Durante muchos siglos China vivió acontecimientos de soborno y nepotismo y por ello se estableció el concepto de alimentar la no corrupción: *Yang-lien*.⁶ Con los gobernantes Han del oeste (202 a. C. - 9 d. C.), el Imperio chino instauró una división administrativa del país y algo similar a lo que hoy se llama servicio civil de carrera para abatir la

5 Véase A. Heidenheimer, *et al.* (1993), citado por Jorge F. Malem Seña, "El fenómeno de la corrupción", en *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 73.

6 Cfr. Juan Roberto Zavala Treviño, *Apuntes sobre la historia de la corrupción*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, 2013, pp. 27-29.

corrupción, así como una serie de reglas y medidas con ese fin que no tuvieron el éxito esperado.

Durante los 200 años de las cruzadas no solo el fervor cristiano empujó a los grandes guerreros, también estaban luchando por intereses privados, conquistas de tierra y el control del comercio en grandes regiones, y, finalmente en la cuarta cruzada, culminó con el asedio y saqueo de los propios cruzados hasta la repartición del Imperio bizantino. La corrupción de la Iglesia en la Edad Media ha sido narrada de múltiples formas y por diversos historiadores. Se trata, entonces, de una historia tan vieja como la propia humanidad.

Además, es un fenómeno que está en todo espacio, en toda clase social, en todo tipo de gobierno. De manera que es mentira que la corrupción solo está en los países pobres subdesarrollados, pues también en países ricos como Estados Unidos encontramos casos graves.

LA CORRUPCIÓN Y SU COMPLEJIDAD: CULTURA, NORMATIVIDAD Y CONDENA MORAL

Dado que la corrupción se rastrea desde la Antigüedad y en todas las culturas, hay quienes señalan que es algo consustancial al hombre.

Si acudimos a las teorías de género podemos decir que la corrupción, como el machismo o los roles de género son solamente constructos, y esto es de la mayor importancia porque entonces sí se puede trabajar teórica y empíricamente, y, sobre todo, prevenir estos fenómenos negativos. En efecto, aunque en muchas ocasiones parece estar adherida a ciertas sociedades o individuos, no es algo natural.

Los tipos de corrupción son múltiples: soborno, extorsión, arreglos, alteraciones fraudulentas del mercado, malversaciones y fraudes, especulación financiera con fondos públicos, parcialidad, colusión privada y pública, información privilegiada, entre otros.

Por otra parte, este fenómeno requiere un sistema normativo, porque se presenta al ser violada una norma, aunque esta no necesariamente tiene que ser jurídica, puede ser social o religiosa o de otro tipo. Así, la corrupción tiene que ver con la desobediencia a una norma. Además, se necesita de una persona (o varias) que violen ese sistema. Autores especializados en este análisis conceptual como Francisco Laporta, Garzón Valdés o Rodolfo Vázquez, han señalado un nombre para el individuo que desobedece la norma: decisor.

En un análisis conceptual profundo de la corrupción no podemos dejar de señalar que, aunque en primera instancia corrupción denota y connota negatividad y apunta a acciones éticamente incorrectas, no obstante, por ser un fenómeno sistémico y complejo, hay un pequeño espacio, muy pequeño, donde la corrupción no implica algo malo o éticamente incorrecto. Para entender esto, brevemente mencionaré el caso de Schindler.

En la película *La Lista de Schindler*, el protagonista, en la época de Hitler, soborna a los generales con dinero a cambio de que judíos, niños y ancianos no vayan a las cámaras de gas. Schindler soborna al general, realiza actos de corrupción y, sin embargo, no hace un acto moralmente incorrecto. Más bien realiza un acto correcto desde el punto de vista moral, pues salva muchas vidas.⁷

Es aquí donde se muestra la complejidad mayúscula del fenómeno de la corrupción. Desde un análisis sistémico y holístico podemos ver un mundo como el de Rorty⁸ donde se borran las dicotomías de blanco-negro, teoría-observación, izquierda-derecha. En el caso de Antígona, por ejemplo, muchos estarían de acuerdo en que al dar sepultura a su hermano hizo lo correcto. No importa que haya violado una norma y cometido un acto de

7 Véase Francisco J. Laporta, "La corrupción política: introducción general", *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 21-23.

8 Véase Richard Rorty, *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

desobediencia. De acuerdo con estos ejemplos, la condena moral de la corrupción puede cuestionarse.⁹ Estos casos enfatizan la alta complejidad de este fenómeno y la importancia de estudiarlo desde una teoría de sistemas.¹⁰

Regresando a nuestro análisis conceptual del fenómeno de la corrupción bien vale la pena mencionar la siguiente definición formulada por Garzón Valdés:

La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado.¹¹

Por su parte Adela Cortina, en un estilo menos formal, señala que corrupción significa cambiar la naturaleza de una cosa volviéndola mala; remite al acto de pervertir esa cosa. Refiriéndose al concepto de corrupción en la administración pública, esto se da cuando un funcionario actúa de forma diferente a lo establecido por el sistema normativo; se favorecen intereses particulares a cambio de una recompensa.¹² Cortina también afirma que las actividades sociales adquieren legitimidad en la medida en que apuntan a un bien interno y lo que en última instancia realiza la corrupción es mover y afectar esta legitimidad. “Cuando una actividad y las instituciones a través de las cuales se realiza dejan de perseguir el fin por

9 Véase Ernesto Garzón Valdés, “Acerca de la calificación moral de la corrupción, tan solo una propuesta”. *Isonomía*, México, pp. 11-15.

10 Creo que la mejor forma de acercarse al análisis profundo de este fenómeno es hacerlo desde una teoría de sistemas; es decir, un estudio y análisis a la manera de Luhmann. También vale la pena un análisis de este fenómeno desde la propuesta de Gunther Teubner. Véase Gunther Teubner y Pierre Bourdieu, *La fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000.

11 E. Garzón Valdés, *op. cit.*, p. 14.

12 Confróntese Adela Cortina, “Ética de la sociedad civil. ¿Un antídoto contra la corrupción?”, *La corrupción política*, *op.cit.*, p. 266.

el que están socialmente legitimadas, se desnaturalizan, se corrompen y, obviamente, se deslegitima".¹³

Pero en la defensa de la legitimidad y la abolición de la corrupción, Adela Cortina insiste en señalar que no es un asunto de creación de leyes jurídicas, es un asunto de

...mostrar que la construcción de una sociedad verdaderamente humana no se logra con mayor número de leyes. El derecho es un mal menor, inevitable en un mundo en que hay motivos más que sobrados para la desconfianza mutua, pero una sociedad juridificada no es una sociedad deseable; y no solo porque hecha la ley, hecha la trampa, sino porque unas relaciones entre personas, precedidas por el recurso, la impugnación, la instancia y la sentencia condenatoria, unas relaciones en las que debe dirimir un tercero, por más señas, falible, no son relaciones verdaderamente humanas. El impulso vital que necesitamos, la reanimación de nuestras relaciones y actividades que nos permitirá construir juntos, requiere que seamos las personas mismas, como miembros de profesiones e instituciones, como protagonistas de la sociedad civil, quienes recuperemos para ellas la confianza, la dignidad.¹⁴

CORRUPCIÓN Y POLÍTICA

En cuanto a la relación entre esos dos términos, cabe señalar que el fenómeno de la corrupción siempre nos remite en primera instancia al ámbito político. Por ejemplo, en México, la mayoría de la gente concibe la política como sinónimo de corrupción. Incluso diría que las mejores definiciones de corrupción son las realizadas por sinonimia o denotativas, como la siguiente: "Corrupción significa Salinas, Duarte, Granier, Padrés, Bejarano y un largo etcétera".

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, pp. 267-268.

Vale la pena mencionar lo que Nicolás López Calera irónicamente dice de la corrupción política después de proporcionar dos definiciones formales:

La corrupción política es como un conjunto de pecados y delitos que no siempre se pueden probar y que amenazan con extenderse por todo un tejido social, económico y político-estatal. La corrupción puede ir, por tanto, desde la desmesura (¿inmoralidad?, ¿imprudencia?) en el uso de fondos públicos hasta la compra (ilegal=delito) de decisiones políticas (generalmente de contenido económico).¹⁵

Otro de los aspectos negativos de la corrupción es que el desorden social que produce tiene siempre el riesgo de extenderse. Se trata de una patología que prácticamente se desborda en todo el tejido social y probar estas transgresiones representa muchas dificultades. En las primeras líneas de este capítulo señalé que la corrupción se encuentra desde la Antigüedad. Entonces, quizá, una diferencia que puede presentarse en la actualidad es una mayor conciencia o conocimiento de ese mal social, sobre todo en sociedades democráticas. Autores como Nicolás López señalan que hoy se exige un mayor nivel de abolición de la corrupción.¹⁶ También es importante señalar que, aunque la corrupción se caracteriza por ser señalada y adjetivada con reproches, lo que cuenta como corrupción varía de una época a otra y de un pueblo a otro.

Dentro de las circunstancias sociales y económicas de mayor incidencia en y para el surgimiento de la corrupción tenemos: 1. El rápido crecimiento y modernización de una comunidad. 2. Un creciente número de oportunidades políticas frente a las oportunidades económicas. 3. Salarios y remuneraciones públicas de bajo nivel. 4. Escasez de sanciones efectivas. 5. Ineficiencia de la regulación administrativa. 6.

15 Nicolás López Calera, "Corrupción, ética y democracia", en *La corrupción política*, op.cit. p. 118.

16 *Ibid.*, p. 119.

Falta de control interno, jerárquico y funcional en la mayoría de las instituciones públicas. 7. Magnitud económica.¹⁷

Además de estas y otras situaciones que coadyuvan al desarrollo y extensión de la corrupción, Laporta ha señalado que la principal causa de la corrupción es la conducta deshonesta del actor público.

En último término la corrupción se da única y exclusivamente porque un individuo sea cual sea su entorno, toma la decisión de realizar una acción determinada, la acción corrupta. Y esa es precisamente la razón por la que siempre existirá la corrupción: no hay ningún sistema de control posible ni ningún antídoto tan eficaz como para impedir totalmente una opción individual de este tipo. En todo caso ese sistema o ese antídoto tendrán mucha más fuerza si son internos al individuo (educación, convicciones, etc.) que si son meramente externos.¹⁸

Siguiendo a Laporta, afirmamos que las medidas contra la corrupción deben ser medidas contra motivaciones, de tal forma que el acto corrupto no sea ya deseado y el estado democrático es el sistema político con mejores condiciones para luchar contra la corrupción. En el estado democrático hay menos decisiones arbitrarias en las que no se asume responsabilidad. “En las democracias se está en disposición de descubrir con cierta facilidad los casos de corrupción. Lo cual nos debe llevar a la conclusión de que lo que hay que hacer es incrementar los efectos del sistema democrático y no restringirlos”.¹⁹

El autor también señala que la corrupción política es un asunto de grado y que siempre estará presente en mayor o menor medida en cada sociedad y ello porque en última instancia, este fenómeno remite a la moralidad individual tanto pública como privada.

¹⁷ Véase Deysine, 1980, en F. J. Laporta, *op.cit.*, p. 26.

¹⁸ F. J. Laporta *op. cit.*, p. 28.

¹⁹ *Ibid.*, p. 30.

Por su parte, Nicolás López Calera señala que hay una experiencia política y moral que ofrece criterios para entender qué clase de inmoralidad presenta la corrupción política. Los ciudadanos reclaman las promesas de campaña a los políticos y ello porque continuamente los políticos las olvidan cuando ya han ocupado su puesto. De igual manera señalan los altos salarios y dietas de los funcionarios, así como privilegios inalcanzables para los individuos que conforman el pueblo. Estos señalamientos se dan por una base mínima de moralidad establecida desde el buen ejemplo, la solidaridad y, en general, desde un actuar razonable, procurando siempre el establecimiento de límites para evitar cualquier exceso de moralización.

La opinión pública, indica por ejemplo, que los políticos debieran cumplir las promesas electorales, que no debieran asignarse salarios y dietas desproporcionados, que no debieran utilizar los fondos públicos para gastos lujosos y suntuarios, que no debieran favorecer a compañeros de partido, a amigos y parientes para cubrir cargos de libre designación, que no se insultaran entre sí, que no mintieran, que no antepusieran sus intereses privados o partidistas a los intereses generales, etcétera, cosas que hacen y que no son delitos. En definitiva, la moralización apunta a valores como la austeridad, la solidaridad, la veracidad, el buen ejemplo, etcétera, de los que depende, según la ciudadanía, una política más razonable.²⁰

Todo esto daría lugar a la construcción de una crítica pública, con y desde una auténtica convivencia política. Pero lo más importante, señala López Calera, es la construcción en los políticos de una sensibilidad democrática y la conformación de políticos con sensibilidad amplia para escuchar y atender las demandas sociales y pluralistas del pueblo que gobiernan. “Esas críticas políticas formularán, frecuentemente en términos de deber

20 N. López Calera, *op. cit.*, p. 125.

ser (exigencias morales), lo que los políticos han de hacer más allá de las estrictas exigencias jurídicas”.²¹

Un paso importante consiste en no idealizar la división de poderes, aunque es necesaria para atacar la corrupción y tampoco el propio sistema democrático, pues nunca serán perfectos.

Por otra parte, al igual que Manuel Jiménez de Varga, considero que la corrupción política nace de la falta de una autentica moral cívica y pública.

Las sociedades no sobreviven solo por la existencia de un tejido jurídico-normativo. Necesitan también del tejido moral-normativo. La corrupción no podrá reducirse a límites tolerables mientras no haya un tejido social cosido por una moral cívica y pública en el ámbito político y más allá del ámbito político y entre todas las gentes, desde los políticos hasta los estudiantes de bachillerato.²²

Pero, aunque la mayor parte de los trabajos sobre corrupción se enfocan en lo político es importante tener presente que se puede encontrar en cualquier ámbito social, ya sea público o privado.

Aquí vale la pena recoger las siguientes frases del humorista español Forges:

Arquitecto que trapichea con las constructoras, indignado con la corrupción política. Tendero que usa balanza truncada, indignado con la corrupción política. Piloto divorciado que no pasa la pensión a su mujer, indignado con la corrupción política. Arcipreste que se niega a bautizar a “hijos naturales”, indignado con la corrupción política. Periodista que cobra “sobres” de un banco, indignado con la corrupción política, etc. Luego están los profesores de Universidad que no dan clase, los

21 *Ibid.*, p. 127.

22 *Ibid.*, p. 128.

estudiantes que se copian, los defraudadores sistemáticos de Hacienda, los empresarios que han corrompido a los políticos corrompibles, los ciudadanos que viven entre lujos y encima se quejan de “adónde vamos a llegar” cuando hay millones de parados y miles de seres humanos que se mueren de hambre todos los días, etc., etc.²³

Se dice que el corrupto solo tiene una dimensión simbólica y/o retórica del sistema de normas que obedece y viola, y en este sentido, como Garzón Valdés señala, es la negación a ver al sistema la justificación última de las obligaciones de todo decisor.²⁴ Se trata de una acción anti-sistémica y junto a esta dimensión se presenta la cooperación entre los beneficiarios de la corrupción: se forma una red de complicidad.

CONSIDERACIONES FINALES

Aunque este capítulo contiene una breve reflexión filosófica sobre el concepto de corrupción, voy a finalizar mencionando algunas propuestas encaminadas a tratar de erradicar y prevenir la corrupción. De manera general podemos decir que hay dos medios para atacarla: uno externo o institucional y otro interno.

La forma externa consiste principalmente en formular una serie de leyes o consideraciones al sistema normativo y a las instituciones para impedir los hechos de corrupción. Garzón Valdés ha señalado algunos recursos como los siguientes para que un sistema normativo pueda impedir o reducir la corrupción. 1. Sustituir las decisiones discrecionales por decisiones mecánicas. 2. Eliminar la posibilidad de obtención de ganancias extraposicionales. 3. Establecer un sistema de sanciones severas. 4.

23 Véase Forges en N. López Calera, *op. cit.*, pp. 128, 129.

24 Esto es lo que Hart ha llamado el punto de vista interno. Véase Herbert Hart, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

Asignar a los decisores salarios significativos. 5. Explicar y convencer a los decisores que es más redituable ser honesto y que esto es un comportamiento racional. 6. Procurar establecer una relación de cooperación con los intereses organizados. 7. Reducir el ámbito del poder decisorio del Estado y aumentar el de las decisiones directas de los ciudadanos por lo que respecta al nombramiento de los funcionarios. 8. Promover la adquisición de bienes para uso estatal en las condiciones generales del mercado, entre otras.²⁵

Por otra parte, aunque suene contradictorio, las democracias son más vulnerables a la corrupción ya que los estados totalitarios imponen vallas al ingreso de influencias ajenas al aparato decisor del estado.

Un sistema democrático debería establecer un equilibrio estructural entre las organizaciones sociales y el Estado, evitando la promoción exclusiva de intereses personales.

La corrupción se produciría por un desequilibrio estructural esencial entre la habilidad y capacidad del Estado y de las organizaciones sociales para influenciar el comportamiento político: si predominan los intereses de las organizaciones sociales, existe una tendencia fuerte al soborno; si las organizaciones estatales no tienen el contrapeso de las sociales, aquellas tenderán al abuso del poder y la extorsión.²⁶

Importante es el siguiente texto de Garzón Valdés donde señala que un número considerable de medidas adecuadas no rebasa la importancia que tiene el que los funcionarios se adhieran realmente a las normas del sistema democrático; lo que implica un auténtico compromiso cívico. La adhesión al sistema normativo, es la mejor arma para evitar la corrupción.

25 Véase E. Garzón Valdés, *op. cit.*

26 E. Garzón Valdés, "Acerca del concepto de corrupción", *La corrupción política, op.cit.* p. 62.

La lista de estas medidas podría, por cierto, extenderse aún más. Pero todas ellas serán probablemente ineficaces si no están basadas en una práctica efectiva de la adhesión interna al sistema democrático por parte de sus decisores. Es ella la que asegura aquel cumplimiento de las obligaciones “a veces religiosamente” para usar la expresión de Stephen D. Morris. Es interesante en este sentido señalar que Amitai Etzioni, al concluir su análisis de los grupos de intereses buenos y malos en el sistema democrático afirma: “lo mejor sería estimular las fuerzas que sostienen la comunidad y hacerlas menos vulnerables a las presiones de los grupos de intereses fuerzas que incluyen un cambio de actitud (o de corazón) desde un excesivo egoísmo a mayores compromisos cívicos y de revitalización de las instituciones”.²⁷

Una de las características del sistema democrático es la legitimidad que se le puede adjudicar y por ello la corrupción en este tipo de sistema se vuelve disfuncional e inmoral. La corrupción se hace entonces *sui generis* en los sistemas democráticos; adquiere una especial caracterización que no está presente en los otros sistemas políticos.

En el análisis de la corrupción, Garzón Valdés señala algo de la mayor importancia: considera que el estudio del fenómeno de la corrupción no es tan importante en sí mismo sino que este es un síntoma de problemas mayores.

Si la corrupción política fuera únicamente una vida de enriquecimiento de camarillas, si afectase directamente solo intereses gubernamentales, como afirma Feinberg, de competidores en ámbitos más o menos delimitados, o si se redujese a elevar el costo de servicios del Estado, entonces, a pesar de que no habría dudas acerca de su relevancia delictiva, podría pensarse que una sociedad democrática podría convivir con este

27 *Ibid.*, p. 64.

tipo de delito, tal como lo hace con otros manifiestamente graves. En todo caso, podría aducirse, mucho más grave que el enriquecimiento ilegítimo es el homicidio, delito no poco frecuente también en las sociedades democráticas (...). La corrupción es una forma de “explotación segmentaria de la desconfianza” cuyas probabilidades de éxito están directamente relacionadas no solo con la existencia de beneficios extrapositionales, sino también con la pérdida de la confianza en formas de cooperación y distribución de cargas y beneficios sobre la base del respeto de la autonomía individual, de la igualdad de oportunidad y de la confianza recíproca, propuestas por la democracia.

Los actos y actividades corruptos (as) son solo la punta de un iceberg que indica la existencia de un problema mucho más profundo: el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático. La alarmante difusión de la corrupción se debe no solo al atractivo cada vez mayor de los beneficios extrapositionales, sino también al hecho de que la realización efectiva de la democracia representativa tropieza con obstáculos tan serios que cada vez es también mayor el número de quienes atribuyen carácter utópico al proyecto democrático de la modernidad. Por ello, la recuperación de la fe democrática y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de una convivencia en condiciones de equidad es el medio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción en una sociedad democrática.²⁸

Por ello considero más importantes las propuestas internas, las cuales tienen que ver con el cambio del individuo y apuntan al desarrollo cívico y moral de los habitantes de un país. Creo firmemente que el mejor antídoto para la corrupción es una educación crítica basada en el juicio reflexivo.

28 *Ibid.*, pp. 66-67.

Hannah Arendt ha señalado que el juicio reflexivo se caracteriza por ser dialógico, deliberativo y consensual. Con el juicio reflexivo adquirimos habilidades para la argumentación y la defensa de nuestras tesis a través de razones y dejando a un lado la agresión y las armas, aprendemos el fenómeno de la pluralidad y la contingencia como características de la verdadera acción ética-política. Con el juicio reflexivo tenemos como objetivo principal llegar a un acuerdo y apuntar siempre hacia la paz.

[Arendt demanda el juicio reflexivo desde el cual] Los seres humanos sean capaces de distinguir el bien del mal incluso cuando lo único que tienen para guiarse es su propio juicio, que, además, resulta que está completamente en desacuerdo con lo que deben ver como la opinión unánime de todos cuantos los rodean [...]. Los pocos que todavía eran capaces de distinguir el bien del mal se basan simplemente en su propio juicio, y lo hacían libremente. No había reglas a las que atenerse, bajo las cuales pudieran ser subsumidos los casos particulares que tenían delante. Tenían que decidir ante cada caso a medida que iban apareciendo porque no existían reglas para lo que no tenía precedentes.²⁹

Pero el desarrollo e implementación de una educación crítica basada en el juicio reflexivo no es algo fácil de construir y aplicar. Lo primero que tenemos que hacer es atender la corrupción presente en todos los niveles educativos, pero principalmente en los niveles de la infancia. Se trata entonces de un trabajo dialéctico de ida y vuelta, educación para la corrupción y educación para combatir la corrupción en la educación.

En cuanto a la enseñanza de la moral y la educación cívica, esta no remite a un conjunto de normas ni a una mera transmisión de información,

29 Véase Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Viking Press, Nueva York, 1962, pp. 294-295.

de allí la importancia del ejemplo y de la literatura, así como la recuperación de las tradiciones.

No es un trabajo fácil pero tampoco es imposible. Manejo de la ciencia y profesionalismo son necesarios, pero, sobre todo, convicción interna de hacer las cosas y hacerlas bien.

La recuperación de la fe democrática y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de una convivencia cooperativa entre todas y todos, entre ricos y pobres entre izquierda y derecha en condiciones de equidad es el medio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción en una sociedad democrática.³⁰

BIBLIOGRAFÍA

- Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Viking Press, Nueva York, 1962.
- Carbonell, Miguel y Rodolfo Vázquez, *Poder, derecho y corrupción*, Siglo XXI, México, 2003.
- Casarín León, Manlio Fabio, *El Sistema Nacional Anticorrupción a la Luz del Paradigma del Estado Constitucional y Democrático de Derecho*, *Revista de direito administrativo e infraestrutura*, Vol. 4, Thomson Reuters, Brasil, 2018.
- Cortina, Adela, “*Ética de la sociedad civil. ¿Un antídoto contra la corrupción?*”, en Francisco J. Laporta y Silvina Álvarez, (eds.) *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- Foucault, Michel, *La arqueología del saber*, vigesimosegunda edición, Siglo XXI, México, 1969.
- Garzón Valdés, Ernesto, “*Acerca del concepto de corrupción*”, en *La corrupción política*, en Francisco J. Laporta, Silvina Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- _____, “*Acerca de... propuesta*”, *Isonomía*, 2004, núm.21, pp. 9-19, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pi

30 E. Garzón Valdés, “Acerca del concepto de corrupción”, *op. cit.*, p. 67.

d=S1405-02182004000200001&lng=es&nrm=iso. ISSN 1405-0218 (consultado el 16 de abril de 2019).

- Hart, Herbert, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.
- Laporta, Francisco J., “La corrupción política: Introducción general”, en Francisco J. Laporta y Silvina Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- López Calera, Nicolás, “Corrupción, ética y democracia”, en Francisco J. Laporta y Silvina Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 118.
- Malem Seña, Jorge F., “El fenómeno de la corrupción”, en Francisco J. Laporta y Silvina Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- Rorty, Richard, *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al Pragmatismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- Teubner, Gunther y Pierre Bourdieu, *La fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000.
- Vázquez Godina, José Manuel y Víctor Néstor Aguirre Sotelo, “Ética y corrupción en los funcionarios públicos”, en *Ética y corrupción. Dos mundos en conflicto*, núm. 123, Ciencia, Conocimiento, Tecnología, Nuevo León, 2012.
- Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM y Secretaría de Cultura (CENART), Ulises Moulines (Trad.), México, 2017.
- Zavala, Juan Roberto. “Breves apuntes sobre la historia de la corrupción”, *Ética y Corrupción. Dos mundos en conflicto*, núm. 123, Ciencia, Conocimiento, Tecnología, Nuevo León, 2012.
- _____, *Apuntes sobre la historia de la corrupción*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Nuevo León, 2013.

Reflexiones metajurídicas sobre el concepto de Constitución¹

INTRODUCCIÓN

Uno de los primeros problemas lingüísticos respecto a la Teoría de la Constitución, es el referente al significado del propio concepto Constitución. Hay múltiples significados de “significado”. Así, significado puede remitir a un referente concreto o a uno abstracto, un uso etimológico, un sentido, una conducta, un uso dentro de un juego del lenguaje, entre otros.

Para nuestros propósitos nos adherimos a la propuesta del segundo Wittgenstein que sostiene que el auténtico significado de un término es aquel que remite al uso dentro de un contexto, es decir, significamos siempre dentro de determinados juegos del lenguaje. Además, los significados de los conceptos no son estáticos, evolucionan con el tiempo. Es el caso de Constitución, término que ha variado su significado en diferentes épocas y lugares.

Pero es el significado actual de Constitución el que nos interesa, sobre todo el que está directamente relacionado con la comunidad política, así como con la doctrina o doctrinas que la describen, sin negar que el significado actual, como sucede con muchos otros conceptos jurídicos, ha incorporado algunos usos antiguos del término. Así, por ejemplo, la Dogmática Constitucional retoma mucho del método escolástico, es

¹ Texto publicado por primera vez en Ana Lilia Ulloa Cuéllar, *Lógica y Filosofía en el Derecho. Estudios Metajurídicos*, Toma y Lee, México, 2008.

decir, de la interpretación jurídica de la Edad Media. El constitucionalismo racionalista, por su parte, retoma las propuestas iusfilosóficas de los filósofos griegos.

También tenemos el hecho de que casi toda palabra del campo jurídico-político tiene un bagaje muy amplio dentro del cual hay significados emotivos, valorativos, persuasivos, hasta cabalísticos y Constitución no es ajeno a esta característica.

Al estudiar el significado contemporáneo de Constitución, queremos obtener el campo de aplicación de esta palabra con cierta precisión (quitar ambigüedad, reducir vaguedad) sin la cual ningún trabajo metajurídico en el campo del derecho constitucional puede tener un buen inicio. Estamos conscientes que ese campo de aplicación no tendrá límites precisos de aplicación, no obstante, contendrá siempre un núcleo significativo, lo que algunos autores han llamado el objeto paradigmático.²

ANTECEDENTES SIGNIFICATIVOS

En la época moderna, Constitución está en íntima relación con el término Estado, sin embargo, se necesitaría un largo trabajo de investigación sobre el análisis de textos políticos y filosóficos-jurídicos para afirmar con certeza cuándo aparece, por vez primera, esta noción moderna de Constitución. McIlwain afirma que la noción de Constitución en interconexión con la de Estado, no se encuentra antes del siglo XVII.³

En cuanto a los antecedentes significativos del uso actual del término, consideramos que tres son los más representativos: a) la tradición política de Inglaterra, b) la práctica constitucional de las colonias inglesas de Norteamérica y c) la filosofía de la Ilustración.

2 Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, Fontamara, México, 1998, p. 21.

3 Citado en *Ibid.*, p. 61.

En términos generales podemos decir que las propuestas de Locke fueron axiomas para la comunidad política de los Estados Unidos. Los colonos ingleses de 1770-1778 fueron casi todos partidarios de su doctrina y siempre que el caso lo ameritaba, las *Houses* de las colonias defendían sus privilegios como lo hacía el Parlamento inglés. En cuanto a la práctica constitucional de las colonias inglesas de Norteamérica, tenemos que, a diferencia de lo que sucede en Inglaterra, en estas la supremacía radica en las Cartas que regían las colonias que reciben el estatus de ley y esto da lugar a la práctica de las constituciones escritas. Esta supremacía de las Cartas se refleja posteriormente en las constituciones tras la independencia de las colonias, en especial en la Constitución de 1787.

Con respecto a los ideales de la filosofía política de la Ilustración, la noción de Constitución tendrá otro elemento significativo más, el de la racionalidad. Los ideales filosóficos de libertad, autonomía y racionalidad entre otros, no eran nuevos, pero sí su proclamación. La creencia en la racionalidad de la naturaleza humana y sus leyes eran rasgos característicos de la doctrina política ilustrada, que dejaba a un lado los dogmas y el modelo bíblico para dar entrada a la argumentación racional. Así, la Constitución encuentra su paradigma en la razón y en la comunidad política laica. Los derechos naturales tienen ahora su fundamento en la naturaleza humana, eminentemente racional. No solo los mandatos bíblicos, también la tradición y la historia son dejados de lado.

La Constitución tiene que ser de tal manera que la comunidad política dé cabida a todos los derechos del hombre y a sus libertades. Corresponde, pues, establecer una constitución conforme con la razón. La nueva noción de “Constitución” va a encontrar en la Ilustración todo un aparato doctrinal en qué apoyarse.⁴

4 *Ibid.*, p. 74.

La tradición política de Inglaterra, la práctica constitucional de las colonias inglesas norteamericanas y la filosofía de la Ilustración son los elementos fundamentales que preparan el camino para la aparición de ciertas legislaciones llamadas constituciones, las cuales, al ser votadas en foros constituyentes, establecían las bases del ejercicio del poder y de la libertad ciudadana. Legislaciones laicas dominadas por ejercicio de la razón. Es así como con estos elementos semánticos se va construyendo el significado actual de Constitución.

Una vez aparecidas las constituciones de Virginia (1776) y la Federal de Estados Unidos de 1787, así como las de New Jersey (1776), Delaware (1776), Pennsylvania (1777) y New Hampshire (1784), entre otras, muchos países empezaron a conformar las suyas tomándolas de modelo. Se trataba del hecho político fundamental consistente en que la soberanía del pueblo no solo creaba un nuevo Estado, sino un documento que limitaba el poder de ese Estado. El texto tenía un carácter creador, reconocía la libertad del individuo y era sobre todo un documento que se puede leer, observar, conocer: es el surgimiento de la Constitución escrita. Y este hecho es definitivo para el significado de Constitución. Algunos autores afirmarán que solo esta es la verdadera, como es el caso de Thomas Paine (1737-1809). Con respecto al carácter creador, elemento constitutivo de la semántica actual de Constitución,

...era necesario que se afirmara la situación del órgano constituyente. La Constitución pudo ser un aparato creador y renovador desde el momento en que el órgano constituyente fue capaz de crear una constitución que no se limitara a esclarecer la situación institucional existente.⁵

Una vez aparecida la Constitución escrita en Europa el fenómeno se vuelve casi universal. En aquella época, a excepción de Gran Bretaña, Nueva

5 *Ibid.*, p. 79.

Zelanda e Israel, todos los Estados llegan a poseer una de estas características.

La idea de la constitución escrita era simple. Las conquistas del constitucionalismo tenían que ser sancionadas solemnemente por un pacto, el cual sería considerado como la garantía de que, de una vez y para siempre, el ejercicio del poder no podía ser más que constitucional. “Porque solo la escritura puede dar a las formas jurídicas la fijeza y aún la rigidez muchas veces indispensable para la defensa de la libertad”. De ahí el nuevo dogma: la distribución, el límite y el control del poder, los derechos humanos, etcétera “todo esto (estado de derecho) es imposible de conseguir si la constitución no está escrita, porque solo bajo tales condiciones es una constitución propiamente dicha”.⁶

Basándonos en lo anterior, se dice que Constitución significa “ley escrita establecida por un órgano constituyente específico que determina los límites de la acción gubernamental”.⁷ La gran cantidad de constituciones escritas, ha hecho también que en la actualidad Constitución tenga como referente *prima facie* los documentos constitucionales que se dan en cada país.

Importante resulta señalar también que el desarrollo de todas esas constituciones, aunque principalmente las de Norteamérica de 1776 y 1787, tienen mucha influencia en la vida política de Francia. Después de 1789, la idea que finalmente se impone en la comunidad política jurídica de este país es que “...la Constitución es una norma, una ley; obra consciente de la comunidad política que, al adoptarla, funda, a la vez, el poder y las condiciones de su ejercicio”.⁸

A raíz de todo esto es que el término Constitución, entrelazado con la noción de Estado, representa la estructura básica jurídica de la comunidad.

6 *Ibid.*, p. 198.

7 *Ibid.*, p. 197.

8 *Ibid.*, p. 79.

Desde el punto de vista formal, la Constitución es una regla en dos sentidos: uno remite a que debe su autoridad a la calidad de su autor; el otro corresponde al hecho de que el ejercicio del poder que la misma Constitución regula, se funda en cierto tipo de formas por ella misma consagradas y estipuladas a través de reglas de competencia. Esto, a su vez, nos proporciona dos elementos constitutivos del significado actual: uno remite al origen, es el resultado de un constituyente. El otro, nos dirige a la validez jurídica formal y convencional: se es titular de un poder en razón del procedimiento que la Constitución establece, se trata del ámbito de la legalidad que da lugar al Estado de derecho.

Así, la semántica de Constitución se encontrará inseparablemente unida a la idea de Estado de derecho. Y en un gobierno donde permanece el Estado de derecho los gobernantes no son soberanos, son simplemente detentadores de funciones. Se basa en leyes que regulan tanto a funcionarios como a ciudadanos y determina la legalidad de los actos oficiales; es un gobierno que vive un Estado constitucional.

Pero es importante señalar que el significado del término Constitución no se conforma solo con el aspecto descriptivo. El lenguaje de la política, como atinadamente señala Luis Villoro, no es solo uno. El discurso político en general y el constitucional en particular, se conforma tanto por un lenguaje descriptivo como por un lenguaje prescriptivo.⁹ Nos falta examinar los aspectos prescriptivos y quizá connotativos de Constitución, los cuales a su vez nos conectan con cuestiones emotivas y valorativas.

En las primeras constituciones surgidas en Estados Unidos predomina su enfoque descriptivo formal. En Francia, en la Constitución de la Asamblea,

9 Luis Villoro, *El poder y el valor*, Colegio de México, México, 1998. Los términos usados por Villoro son: lenguaje explicativo y lenguaje justificativo. Cfr. El capítulo cuarto de este libro.

destacó el aspecto prescriptivo y fue entendida más como un ideal que como un instrumento jurídico. En gran parte, el carácter prescriptivo deriva de las características de nobleza, respetabilidad y otras cualidades reconocidas al movimiento constitucionalista que pasa a la Constitución todas las virtudes del Derecho de la jurisprudencia dogmática.

No cabe duda que lo que más ha determinado el carácter eulogístico de “Constitución” es que este término representa la aspiración y objetivo principal del constitucionalismo. Epopeya sin paralelo en la historia llevada a cabo por hombres de diferentes tiempos y lugares, especialmente por aquellos visionarios que veían en la Constitución la solución, de una vez y para siempre, del problema de la libertad, la paz y la justicia de la comunidad política. Toda la nobleza, respetabilidad y demás cualidades reconocidas al movimiento constitucionalista son traspasadas, sin más a Constitución, convirtiéndola en un objeto no solo de admiración y respeto sino a veces de veneración.¹⁰

En *Introducción al estudio de la Constitución*, Tamayo caracteriza el Constitucionalismo

...como los intentos por establecer o señalar límites *jurídicos* a los gobernantes o detentadores del poder en una comunidad política. Encuentro que el constitucionalismo tiene una característica esencial: es una *limitación jurídica* impuesta al gobierno. El constitucionalismo se propone, así, sustituir el gobierno arbitrario y despótico, por un gobierno “del derecho”.¹¹

Otra parte fundamental *del Constitucionalismo* es la presencia siempre de una ideología jurídica, que a su vez se convierte en la ideología jurídica de la dogmática constitucional.

10 R. Tamayo, *op. cit.*, p. 90.

11 *Ibid.*, p. 91.

...el movimiento constitucionalista se ve identificado con específicas ideas políticas (v.g.: liberalismo, capitalismo, socialismo, etcétera), con lo que el movimiento constitucionalista, no solo reclama el establecimiento de una constitución sino, además una constitución con cierto contenido (división de poderes, derechos del hombre, libre empresa, derechos sociales, socialización de los medios de producción, etcétera; o bien, procedimiento legislativo especial, aprobación refrendaria, etcétera). Solo si se reúnen estas características se podrá decir que cierta comunidad política tiene un régimen “constitucional”.¹²

Alf Ross es otro autor que también señala ese aspecto ideológico del Constitucionalismo y señala que es la ideología jurídica de la dogmática constitucional.¹³

Junto a la exigencia de una Constitución escrita, el constitucionalismo predica también condiciones mínimas de subsistencia para todos y cada uno de los miembros de la sociedad. El reclamo era un Estado de derecho y un estado de bienestar. Importante resulta observar que, a este aspecto prescriptivo de la semántica de Constitución, se le puede dar un uso persuasivo que puede desembocar en falacias de llamado al pueblo y a la autoridad. Este asunto tan delicado lo trataremos más adelante.

En resumen, el concepto actual de Constitución tiene un doble significado fundamental. Por un lado, remite a un carácter jurídico, al Estado de derecho, es decir, a la norma suprema que establece las reglas fundamentales del ejercicio y creación del poder. Por otro, remite a los ideales de libertad, igualdad, así como a la defensa de los derechos humanos. Aquel primer elemento de la semántica de Constitución al que podemos llamar aspecto de la validez legal, o simplemente legalidad, tiene

¹² *Ibid.*, p. 92.

¹³ *Cfr. Ibid.*, p. 93.

dentro de sus funciones primordiales crear, definir y limitar el ejercicio del poder gubernamental. En cambio, el aspecto prescriptivo nos refiere a un ideario y tiene como modelo las constituciones de finales del siglo XVIII y su función primordial es llegar a establecer el tipo de sociedad que contempla tal ideario.

De acuerdo con esto, la semántica de Constitución hace referencia a un texto escrito y solemne que funciona como legislación y como ideario. La semántica del discurso constitucional se conforma entonces por dos tipos de lenguaje: uno descriptivo y uno prescriptivo. A través de ambos se construye el significado correcto de Constitución.

Sin embargo, algunos autores como Tamayo consideran que la semántica moderna de Constitución debe solo remitir al aspecto formal y, por lo tanto, el significado moderno tendrá como referencia únicamente el Estado de derecho, es decir la legalidad del sistema jurídico. También afirma que son muchas las ocasiones en las que el significado de Constitución remite solo a ese aspecto ideario, que él llama eulogístico, y que tal cosa debe evitarse.

...Una vez aparecidas las constituciones escritas en Europa, dos nociones de constitución se iban a acuñar; una: predominantemente ideológica, la europea y la otra: jurídico-dogmática, la estadounidense. Estos divergentes puntos de partida originaron una muy diferente concepción de la disciplina, denominada, erróneamente, “derecho constitucional”, que estudia la constitución: por un lado, es una doctrina “jurídica de las instituciones de gobierno, de corte crítico, histórico e ideológico; por el otro, una disciplina dogmática...”: la Dogmática Constitucional.¹⁴

La presencia de la carga emotiva en el uso de constitución constituye un problema para la dogmática constitucional. Las nociones de constitución dadas por los constitucionalistas tienen la pretensión de ser nociones

14 *Ibid.*, p. 207.

jurídicas; sin embargo, las más de las veces, su noción de constitución depende de los dogmas del constitucionalismo, los cuales nunca son explicitados. De ahí que las nociones de constitución solo aludan a imágenes imprecisas que relacionan a la constitución con la libertad, con los anhelos de los hombres, con la vida, la historia, etcétera.¹⁵

Por nuestra parte, creemos que Tamayo está en un error. El asunto se nos antoja más complejo. No se trata de que una parte del discurso constitucional (la parte prescriptiva o valorativa) deba quitarse o reducirse a la otra, menos aún que la parte descriptiva se reduzca a la valorativa. Consideramos que se trata de establecer las auténticas relaciones que median entre ambos discursos que conforman el verdadero significado de Constitución. Tamayo se mantiene en una línea positivista-dogmática del Derecho, como se ve en sus siguientes afirmaciones: “Uno de los rasgos más característicos de la jurisprudencia es su naturaleza dogmática”¹⁶, y “La labor del jurista... como expliqué (es) necesariamente positivista”.¹⁷

Al igual que Carlos Nino, creemos que el significado emotivo proporciona indicios relevantes para comprender cualquier uso de un término.¹⁸ La doctrina wittgenstania¹⁹ del significado de un término como el uso de ese término, nos lleva a recuperar el aspecto pragmático. Por ello sostenemos que el significado prescriptivo o valorativo de Constitución no puede quedar fuera del significado de dicho término.

El problema en Tamayo es que parte de una noción reductivista de Derecho. Su concepción ontológica-epistémica es la que suele llamarse positivista y que en términos generales enuncia que Derecho es Derecho

15 *Ibid.*, p. 206.

16 *Ibid.*, p. 215.

17 *Ibid.*, p. 216.

18 Cfr. Carlos Nino, *Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica*, Fontamara, México, 1993. Último capítulo.

19 Cfr. Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, UNAM, México, 1990.

positivo-vigente. En otras palabras, Tamayo equipara la disciplina del Derecho con la Dogmática jurídica, una propuesta ya superada.

Si bien es cierto que no podemos negar los valiosos aportes que el jurista por antonomasia Hans Kelsen proporcionó a la ciencia jurídica, hoy día no podemos caracterizar al Derecho solo como un conjunto de leyes de cierta naturaleza o como un determinado sistema normativo. Es verdad que la parte medular la constituye el sistema normativo, no obstante, aquel no se reduce a este. Derecho es un sistema que tiene como núcleo el normativo, pero en interrelación con otros sistemas y/o elementos fundantes del Derecho, como el conjunto de relaciones entre el sistema normativo y las relaciones económicas y políticas del sistema social, así como las relaciones del sistema normativo con las cuestiones de legitimidad, es decir con otros elementos también constituyentes del ámbito jurídico y que Ronald Dworkin²⁰ ha llamado principios jurídicos, distintos de las normas jurídicas pero que conforman también el universo del discurso jurídico.

EL CONSTITUYENTE Y LA SEMÁNTICA DE CONSTITUCIÓN

Además del constitucionalismo, hay un órgano fundamental que contribuye en mucho a la conformación de la semántica de Constitución; se trata del constituyente. Este órgano, en una función especial implica, a su vez, la existencia de la Constitución. Como nos dice Tamayo, “De todas las características distintivas dadas a la constitución, la más señalada es que esta... , en tanto norma fundamental, es norma suprema. De la idea de ley fundamental, la dogmática constitucional deriva la tesis de la supremacía constitucional”.²¹

20 Cfr., Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Paidós, España, 1990.

21 R. Tamayo, *op. cit.*, p. 221.

El constituyente confiere a la Constitución el carácter de ley suprema de la comunidad y regla de competencia: "...La Constitución pudo ser un aparato creador y renovador desde el momento en que el órgano constituyente fue capaz de crear una constitución que no se limitara a esclarecer la situación institucional existente".²²

Hay varias maneras de caracterizar el constituyente, Tamayo nos proporciona la siguiente: "X es REX (primer legislador, órgano constituyente) si, y solo si, X es habitualmente obedecido".²³ Más adelante, continúa:

Todo acto que establece normas pretende ser obedecido. Cuando ciertas normas son establecidas se espera que sean aplicadas u observadas por ciertos actos (los actos que las normas prevén). Ahora bien, si los actos que establecen normas esperan ser seguidos u obedecidos, entonces estos actos proponen el establecimiento de una determinada normatividad; proponen el establecimiento de un específico orden jurídico. Detrás de todo acto que establece normas, existe la propuesta de una cierta normatividad.

De esta forma, tenemos que los actos de X al establecer N proponen una determinada normatividad A; proponen la creación de un específico orden jurídico; el orden jurídico previsto, mayor o menormente, en N. Ahora bien, si ciertos actos se conforman a lo dispuesto por N, quiere decir que la propuesta en ella contenida: A, ha sido seguida.²⁴

El sistema jurídico remite a un conjunto de cadenas normativas en relaciones de antecedentes o consecuentes. Pero estas cadenas tienen un principio: ese primer acto es el constituyente. Ciertos actos son actos constituyentes si y solamente si, dichos actos son el primer acto de un orden jurídico.

²² *Ibid.*, p. 79.

²³ *Ibid.*, p. 281.

²⁴ *Ibid.*, p. 228.

En el estudio del condicionamiento sucesivo de los materiales jurídicos se observa que las relaciones entre las normas de un sistema jurídico y el primer acto de dicho sistema media la relación de Facultamiento entre una norma que confiere facultades y los actos que la aplican.

La progresión de una etapa a otra del condicionamiento sucesivo de una cadena normativa se da con la conformidad de ciertos actos con lo dispuesto por las normas que los autorizan (por las normas que regulan su creación). Una cadena normativa ocurre solo cuando los actos que la componen aplican las normas que los regulan. De esta manera, tenemos que *x* es el acto constituyente. . . ., el primer acto de una cadena normativa (más allá del cual no es posible remontar) si las normas que establecen son “seguidas” u “obedecidas”, así como las etapas ulteriores.²⁵

La importancia del constituyente es recogida en otra definición de Constitución que, en *Introducción al estudio de la Constitución*, Tamayo nos proporciona: “La constitución de un orden jurídico es el conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico”.²⁶

EL DISCURSO POLÍTICO Y LA SEMÁNTICA DE CONSTITUCIÓN

En el discurso político actual el término Constitución se usa, las más de las veces, con el significado valorativo, pero conviene señalar que este uso es *sui generis* y prevalece más un lenguaje prescriptivo que un lenguaje descriptivo. Así, escuchamos conceptos libertarios y enunciados sobre la defensa de derechos humanos o el estado de bienestar. Hoy en día el significado de Constitución se inclina hacia un elemento valorativo, es

25 *Ibid.*, p. 278.

26 *Ibid.*, p. 260.

decir, al aspecto que Tamayo llama sentido eulogístico del término. Sin embargo, en esos mismos discursos políticos aparece continuamente la noción fundamental de Estado de derecho. Pero esta noción remite *prima facie* al aspecto formal procedimental del sistema jurídico, es decir, al aspecto legal, se presenta una paradoja: el discurso constitucional contiene términos descriptivos como Estado de derecho para referir a elementos prescriptivos y, a su vez, términos prescriptivos son enunciados para referir a aspectos descriptivos.

Esto nos lleva a pensar que en el lenguaje de la política y en particular en el discurso político constitucional, se presentan equivocada e intencionalmente lineamientos descriptivos con ropaje prescriptivo y lineamientos prescriptivos con ropaje descriptivo.

Al igual que Luis Villoro, considero que ambos lenguajes conforman el universo del discurso del lenguaje político, pero la relación entre ambos requiere de una correcta mediación para evitar, entre otras cosas, la conocida falacia naturalista y para evitar sobre todo las falacias del llamado a la autoridad y al pueblo.

En un análisis detallado de los discursos políticos donde interviene la categoría de Estado de derecho que remite al aspecto descriptivo de la semántica de Constitución, se observa que dicha categoría es generalmente usada con un sentido prescriptivo o eulogístico. A su vez, categorías prescriptivas como derechos humanos y estado de bienestar son usadas para el establecimiento de lineamientos descriptivos; situaciones de legalidad mas no de legitimidad.

Este fenómeno se explica, de acuerdo a nuestra interpretación, por el hecho de que a través de un lenguaje descriptivo se pretende, bajo supuestas premisas objetivas (la objetividad que arroja siempre el lenguaje descriptivo) lograr la aceptación de cierto juicio político, o ideología, o de cierta autoridad o bien de todas estas cosas juntas. La otra cara de la moneda es que con términos emotivos se preten-

de la aceptación de términos descriptivos que generalmente remiten a normas coactivas. Todo esto da lugar a la presencia de una serie de razonamientos incorrectos con apariencia de corrección, es decir a falacias. Ante estas, consideramos que la obligación del jurista y de todos los universitarios es no permitir más que se siga ocultando el lenguaje descarnado del poder bajo el lenguaje de la ética.

Urge entonces que la sociedad civil detecte, señale y denuncie tales falacias, pero para ello se requiere al menos de la creación, el establecimiento y el impulso de una educación filosófica, jurídico-política tanto institucional como fuera del aula.

BIBLIOGRAFÍA

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Paidós, España, 1990.

Moreno, José Juan, *Normas jurídicas y estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997.

Nino, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica*, Fontamara, México, 1993.

_____, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 4ª edición, Barcelona, 1991.

Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, Porrúa, 3ra. Edición, México, 1998.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2ª edición, Distribuciones Fontamara, México, 1998.

Ulloa Cuéllar, Ana Lilia, *Lógica y Filosofía en el Derecho. Estudios Metajurídicos*, Toma y Lee, México, D.F. 2008.

Villoro, Luis, *El poder y el valor*, Colegio de México, México, 1998.

Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, UNAM, México, 1990.

Fundamentación filosófica de los derechos humanos¹

INTRODUCCIÓN

Algunos especialistas² consideran que la fundamentación de los derechos humanos no solamente es un tópico recurrente en la literatura sobre esta temática, sino que dicha fundamentación constituye, junto con el problema del concepto, los dos aspectos que conforman el objeto de estudio de la filosofía de los derechos humanos. Y, aunque coincido con otros autores como Arendt, Dewey o Rorty,³ quienes consideran que hay que tener cuidado con el énfasis en la fundamentación de las cosas, más aún cuando remite a cuestiones esencialistas, por el peligro de caer en teorías metafísicas, creo, también, que el trabajo de fundamentación filosófica aporta luz a los importantes problemas de exigibilidad de los derechos humanos.

...el examen del problema filosófico puede presentar amplias contribuciones institucionales. Al comprender más claramente qué sentido tienen los derechos humanos en nuestro pensamiento moral y político,

1 Texto publicado por primera vez en la revista *Conocimiento y Cultura Jurídica*, núm. 20, vol. 10, Universidad Autónoma de Nuevo León, Nuevo León, 2016.

2 Véase: Horacio Spector, “La Filosofía de los Derechos Humanos”, en *Isonomía*, no. 33. México, 2010. Rodolfo Vázquez, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Serie Estudios Jurídicos, ITAM, UNAM, México, 2015. Así como Javier Saldaña, “Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 96, IJ UNAM, 1999.

3 Véase: Hannah Arendt, *La condición humana*, Paidós, España, 1988 y *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974. John Dewey, *La miseria de la epistemología*, Biblioteca Nueva, España, 2000. Así como Richard Rorty, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1983.

estaremos mejor pertrechados para tomar decisiones relativas al alcance de estos derechos, particularmente cuando se hallan en conflicto entre sí o con otras consideraciones éticas y políticas, como el bien social o el principio de mayoría en la toma de decisiones políticas.⁴

Además, con la fundamentación de los derechos humanos se intenta también clarificar conceptos, quitar ambigüedad y reducir vaguedad, hablar correcta y coherentemente de estos, así como encontrar aplicaciones y lecturas consistentes y con mayor precisión de los mismos.

En el proceso de fundamentación de los derechos humanos, se apunta a enunciados básicos, monolíticos; los ladrillos ontológicos que racionalmente justifiquen las afirmaciones acerca de la existencia, connotación y denotación de los derechos humanos. Son estos ladrillos los que proporcionan objetividad a los propios derechos humanos.

Uno de los objetivos principales en cualquier trabajo sobre derechos humanos es la protección real y concreta de estos, pero esto depende también de un correcto uso del lenguaje en el que ellos intervienen. Lo que nos lleva nuevamente a su fundamentación, pues hablar de su fundamentación es también hablar de su lógica, su lenguaje y su realidad. De manera que el trabajo teórico-filosófico, así como la concientización de los resultados, consigue la unión de praxis y fundamentación teórica, lo que puede constituir el freno más perdurable y eficaz contra la acción de los enemigos de la justicia humana.

En palabras de Spector: “La filosofía política contemporánea se caracteriza por un gran entusiasmo en la noción de derechos. Por ello la pregunta ¿está fundado ese entusiasmo?, que nos lleva al estudio y análisis de la fundamentación de los derechos humanos, no tiene desperdicio”.⁵ En el mismo libro se plasman las palabras del profesor Iganaki: “La

4 H. Spector, *op.cit.*, p. 94.

5 *Ibid.*, p. 44.

universalización de la problemática (su fundamentación filosófica) de los derechos humanos lleva a su enriquecimiento y flexibilización”.⁶

Este capítulo está dedicado a un estudio general introductorio de algunas propuestas significativas sobre la fundamentación de los derechos humanos. A lo largo de la historia, el trabajo de fundamentación de los derechos humanos ha producido diversas corrientes: iusnaturalismo, historicismo, consensualismo y el enfoque ético.

IUSNATURALISMO

De manera general podemos decir que para los partidarios del iusnaturalismo, los derechos humanos se fundamentan en un derecho natural, anterior a todo derecho positivo.⁷ Como ha señalado Maritain:

...el hombre, en razón de las exigencias de su esencia, posee ciertos derechos, fundamentales e inalienables, anteriores (por su naturaleza) y superiores a la sociedad, y por ella misma nace y se desarrolla la vida social, con cuantos deberes y derechos implica.⁸

Para la fundamentación iusnaturalista hay una esencia humana común, universal e inmutable para todos los hombres y esa esencia constituye el fundamento de los derechos humanos. Este enfoque se puede documentar desde épocas remotas. La filosofía antigua se caracterizaba por la preocupación por la naturaleza así como por la postulación de entes transcendentales y lo mismo aplicaba para el ser humano; no eran los atributos

6 Paul Ricoeur, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, UNESCO, Barcelona, 1985, p. 22.

7 Es importante señalar que actualmente se distinguen dos tipos de fundamentación iusnaturalista: uno que está en íntima relación con el derecho natural ontológico, el cual tiene como tarea fundamental el ser del derecho natural anterior a todo derecho positivo. Y otro que se conecta con el derecho natural deontológico, siendo este un conjunto de valores que determinan el carácter de obligación del derecho positivo y su medida. Véase: Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, España, 1991.

8 Jacques Maritain, *Los derechos del hombre*, tomado de E. Fernández, *op.cit.* p. 84.

cambiantes del hombre los importantes para la reflexión filosófica, por el contrario, la naturaleza de este era digna de estudio, una naturaleza abstracta, universal y transcendental. De estos asuntos tratan la mayor parte de las enseñanzas de los filósofos clásicos como Sócrates, Platón y Aristóteles y en cuanto a los derechos estos también se mantenían en esa tónica.

Para Aristóteles, el derecho natural era núcleo de la unidad política

De lo justo civil hay uno que es natural y por naturaleza tiene fuerza de ser justo, como es la defensa de la propia vida, otro que obliga, no por naturaleza, sino por voluntaria aceptación de los hombres, y porque ellos voluntariamente quisieron ponerse aquellas leyes de vivir por vivir vida más quieta, como prohibir tal o tal traje [...] Pero aquello es justo natural, que donde quiera tiene la misma fuerza, y es justo no porque les parezca así a los hombres, ni porque deje de parecerles justo legítimo es lo que al principio no había diferencia de hacerlo de esta manera o de la otra.⁹

Mañón Garibay con respecto a la cultura helena de la igualdad entre los hombres reflexiona:

Se ha hablado mucho sobre la originalidad del orden democrático heleno, que consideraba a todos los hombres como iguales. Y ha habido muchos intentos de explicarlo, en un mundo donde nada era más ajeno a la mentalidad de la época que la consideración de todos los hombres como iguales. Por ello, mucho debe occidente a los griegos en materia de cultura política; además de la concepción de los hombres como iguales, la diferenciación entre los distintos sistemas políticos y su caracterización.

El mayor logro político de los griegos fue la filosofía política; exactamente su preocupación por la aplicación de la ética a la vida del Estado”.¹⁰

9 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, cap. VIII, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 145.

10 Guillermo José Mañón Garibay, *Historia de los Derechos Humanos*, en Guerrero Galván y Pelayo Moller, 100 años de la Constitución Mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos, UNAM, México, 2016, p. 2.

A Roma le debemos el importante desarrollo de su derecho. Durante esta época los derechos naturales están presentes en importantes pensadores y se produce, por ejemplo, el reconocimiento de derechos anteriores a cualquier legislación. Cicerón considera que hay una ley natural anterior a toda otra ley, incluso antes de la existencia de cualquier comunidad.

Ciertamente existe una ley natural verdadera de acuerdo con la naturaleza, conocida por todos, constante y sempiterna... a esta ley no es lícito agregarle ni derogarle nada, ni tampoco eliminarla. No podemos disolverla por medio del senado o del pueblo. Tampoco hay que buscar otro comentador o intérprete de ella. No existe una ley en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra en el porvenir, sino una misma ley eterna e inmutable, sujeta a toda la humanidad en todo tiempo.¹¹

Las propuestas modernas del iusnaturalismo siguen insistiendo en que antes del Estado, los seres humanos cuentan con ciertos derechos e incluso sin estar escritos, todo ser humano los tiene. Con el propósito de alejarse de cualquier rasgo religioso de la Edad Media, en la época moderna, se exalta la fuerza de la razón, se mantiene el concepto de derecho natural pero ahora desde la racionalidad y no de la fe cristiana.

La concepción cristiana del derecho natural deja de ser la doctrina de Europa, pierde gran parte de su fuerza frente a las grandes corrientes del pensamiento renacentista. De allí la importancia de los textos de Hugo Grocio en el siglo XVII, donde desarrolla la idea de que existe realmente un derecho natural fundamentado en la razón. Es en la época de la Revolución Francesa en que se localiza la hegemonía del iusnaturalismo.

El derecho natural queda entonces fuera del ámbito religioso. Se percibe como un conjunto de principios deducibles de la razón. Con un pensamiento de avanzada, ya que considera que los principios se

11 Marco Tulio Cicerón, *De la República*, libro III, capítulo XVII.

deducen también de la experiencia de los usos normales en los pueblos civilizados.

A finales del siglo XIX parecía estar ya muerto el iusnaturalismo de la Edad Media y del modernismo, sin embargo, en el siglo XX, después de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial resurge con fuerza y con variaciones. Se recurre a la justicia material y se insiste en contenidos concretos y en un conjunto detallado de principios generales, solo que ahora se admite cierta flexibilidad y no se hace énfasis en la prioridad de este respecto del derecho positivo, solo se señala que el legislador y las normas deben apegarse a ciertos principios. Después de los crímenes del nazismo, se pensó que mucho del desastre se debió al abandono del iusnaturalismo y, tras un periodo de desgaste nuevamente renace en el siglo XX.¹²

Es realmente en Alemania donde ese nuevo iusnaturalismo ha tenido más auge, pero en forma más o menos abierta, el deseo de buscar un sistema de valores a que aferrarse se encuentra en otros muchos países e influye, por ejemplo, en forma poderosa en las últimas corrientes de la filosofía jurídica norteamericana.¹³

Atinadamente, Latorre ha señalado que:

Es dudoso si el nuevo iusnaturalismo ha logrado superar las viejas objeciones que se hicieron a sus predecesores (...) los principios en que intenta apoyarse son de una vaguedad que no resuelve más que los problemas ya resueltos, o se trata de cristalizaciones de opiniones y corrientes ideológicas, muy respetables sin duda, pero a las que es difícil dar una fundamentación con una validez general.¹⁴

12 Actualmente se habla de un iusnaturalismo clásico como el sostenido por Aristóteles y un iusnaturalismo moderno de corte racionalista representado por autores como Grocio o Pufendorf.

13 Ángel Latorre, *Introducción al Derecho*, Editorial Ariel, 1985, p. 135.

14 *Ibid.*, *op.cit.*, pp. 135-136.

Por ello, otros autores formulan una fundamentación histórica de los derechos fundamentales. Desde mi punto de vista, recurrir a derechos naturales implica siempre, de una u otra forma discursos metafísicos de dudosa demostración.

El derecho natural apuntará siempre a una naturaleza humana cuyos atributos implican a su vez ese derecho natural. De acuerdo con Hervada: “El derecho natural designa (...) aquel sector del orden jurídico constituido por normas, derechos y relaciones cuyo origen y fundamento es la naturaleza humana”.¹⁵

De manera que hay derecho natural solo y exclusivamente en virtud de lo esencial del ser humano. Pero es en la conceptualización de la naturaleza de la persona humana donde esta corriente encuentra su problemática. Pues en última instancia ¿qué es la naturaleza humana? Las respuestas a esta pregunta han apuntado a la dignidad humana, a la esencia o a un *substratum*, pero finalmente a una entidad que en principio no deja de ser metafísica y transcendental.

Una defensa contemporánea del iusnaturalismo la encontramos en el texto: “Nota sobre los fundamentos de los derechos humanos” de Javier Saldaña,¹⁶ quien, siguiendo a Hervada, señala que la naturaleza humana no tiene por qué remitir únicamente a subsistencias o abstracciones, sino que bien se puede referir a una estructura fundamental pero real de la persona humana; una idea no abstracta realizada en la persona; una estructura fundamental y real, un constitutivo caracterizador de cada una de las personas.

Contrario a lo que se pueda pensar, la naturaleza humana, como realidad, no es una idea abstracta separada del ser humano, sino que está

15 J. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsu, 1991. p 18.

16 J. Saldaña, “Nota sobre los fundamentos de los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXII, núm. 96, septiembre-diciembre de 1999.

realizada en la persona; es una dimensión o estructura fundamental de la persona humana. O aún mejor, en cada persona humana existe una real estructura fundamental la cual, en cuanto la observamos en las demás personas humanas y la captamos como constitutivo caracterizador y especificador suyo, la universalizamos conceptualmente y la llamamos naturaleza humana. Es la estructura ontológica del ser humano.¹⁷

Aunque se reconoce el importante esfuerzo que realizan autores como Saldaña y el propio Hervada, para superar el esencialismo tradicional del iusnaturalismo tradicional, bajo mi óptica esto no se logra. Su propuesta no deja de ser una postulación ontológica *a priori*, difícil de demostrar.

Más adelante en el mismo texto, Saldaña señala la inteligencia y la voluntad como constituyentes de la naturaleza humana. Pero con esto, la situación se complica aún más ya que muchos seres humanos con problemas físicos y psíquicos quedarían fuera de la cobertura del derecho natural y por ende sin derechos fundamentales, consecuencia bastante grave. Para esto recomiendo el texto de Mark Platts titulado “¿Quiénes tienen derechos humanos?” en donde en forma brillante, como siempre, analiza muchos casos de los cuales solo quiero enunciar el de las “personas encarceladas en sus propios cuerpos”.¹⁸

HISTORICISMO

La corriente historicista sostiene que los derechos humanos son el resultado de la evolución histórica de la sociedad: “El hombre en razón del desarrollo histórico de la sociedad se ve revestido de derechos de continuo variables y sometidos al flujo del devenir y que son el resultado

¹⁷ *Ibid.*, p. 954.

¹⁸ Mark Platts, “¿Quiénes tienen derechos humanos?”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, núm. 33, México, octubre, 2010.

de la sociedad misma, a medida que progresa al compás del movimiento de la historia”.¹⁹

Así, los derechos humanos son variables y relativos a cada contexto histórico. No son anteriores a la sociedad sino producto de esta, se dan por y a través de ella. Son resultado de la propia evolución social. Lo importante para los seres humanos, considerados en forma individual y grupal, son sus necesidades concretas, cotidianas y cambiantes, y es el proceso de desarrollo social el que elabora y otorga derechos humanos.

Se señala entonces que los derechos humanos tienen su fundamento en las necesidades humanas y en la posibilidad de su satisfacción dentro del ámbito social. Toda comunidad concreta apunta siempre a fines por realizar en relación a sus valores, y los derechos humanos estarán en función de esos valores. Son las circunstancias históricas sociales las que conforman los propios derechos.

El concepto y formulación de los derechos humanos se ha ido decantando a través de la historia a partir del núcleo teórico más amplio de humanidad, entendida esta no en su apoyo sentimental, sino como un proceso de autoconcienciación, mediante el cual se ha objetivado la esencia del hombre como un concepto unitario y abstracto. Ha sido un largo camino, cuyos momentos históricos principales fueron la filosofía estoica y el iluminismo.²⁰

Para este tipo de fundamentación, los derechos humanos se justifican en el aspecto histórico, cambiante y variable del ser humano. En lugar de ser anteriores y superiores a la sociedad, se habla de derechos de origen social (en cuanto que son resultados de la evolución de la sociedad). Autores historicistas como Croce consideran que los derechos humanos deben reducirse

19 E. Fernández, *op.cit.*, 1991, pp.84-85.

20 M. Perris, *Juez, Estado y derechos humanos*, Fernando Torres-Editor, España, 1976, p 135.

...a lo sumo, a derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos del hombre son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata, por consiguiente, de demandas eternas, sino solo de derechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época e intentos de satisfacer dichas necesidades.²¹

En el pasado, la escuela histórica de Savigny puso el fundamento del derecho en la expresión espontánea del espíritu popular; los individuos en comunidad conforman su pueblo y su derecho. El derecho apunta a valores socialmente reconocidos.

Bajo esta mirada el fundamento de los derechos humanos es histórico y cultural. Pero aquí como en el iusnaturalismo los problemas no se hacen esperar. Vale mencionar el problema del relativismo extremo: si el fundamento es histórico y por ende relativo, los derechos humanos no son ni universales ni absolutos. En cada época existe un conjunto de valores socialmente reconocidos a los que el derecho debe ajustarse. Resulta difícil aceptar que derechos fundamentales como el derecho a la vida dependan, en última instancia, del consenso de un determinado momento histórico-social. Tenemos entonces que ni el iusnaturalismo ni el historicismo fundamentan los derechos humanos.

LA PROPUESTA ÉTICA

Algunos autores como Eusebio Fernández consideran que tanto el iusnaturalismo como el historicismo son incorrectos y sostienen que la verdadera fundamentación debe encontrarse en el ámbito de la ética, pues ninguna de las anteriores remiten satisfactoriamente al fundamento de los derechos humanos.

21 B. Croce, "Los derechos del hombre y la situación histórica presente", en E. Fernández, *op. cit.*, pp. 143-144.

En *Teoría de la justicia y derechos humanos* presenta lo que él considera una tercera alternativa al problema de la fundamentación de los derechos humanos: la fundamentación ética o axiológica. Esta argumentación “... parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El derecho positivo no crea los derechos humanos”.²²

Fernández entiende por fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos “...la idea de que ese fundamento no puede ser más que un fundamento ético [...] en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna”.²³

Para esta fundamentación, tales derechos aparecen como derechos morales; es decir, como exigencias éticas. Una nota importante de esta nueva propuesta es el hecho de que sostiene que los valores éticos a los que remiten los derechos humanos no están fuera del contexto social, por el contrario, se hace hincapié en que la referencia a las circunstancias históricas no carece de importancia para el tema de la fundamentación ética de los derechos humanos.

Por mi parte, comparto con Fernández las críticas que formula tanto al iusnaturalismo como al historicismo y sostengo con él que la fundamentación de los derechos humanos está en conexión con valores éticos. Sin embargo, difiero cuando sostiene que esos valores morales son el fundamento de los derechos humanos. Me parece que Fernández olvida algo fundamental y es que la ética requiere, a su vez, de una fundamentación.

En efecto, no debemos olvidar que frente a una norma moral cabe siempre preguntar por qué origina una obligación. Tenemos entonces que indagar, primero, cuál es el fundamento de las normas morales válidas.

²² E. Fernández, *op. cit.*, p. 106.

²³ *Ibid.*, p. 107.

En este capítulo no es posible entrar en el análisis detallado de este problema de metaética tan complicado. Sin embargo, me parece que no es erróneo sostener que el fundamento de la propia ética finalmente estará dado por la naturaleza humana. Si esto es correcto, entonces no podrá haber ninguna reforma profunda en el plano ético o de teoría política y social si no se forja previamente una idea clara del hombre.

Por otra parte, ni el historicismo ni el iusnaturalismo presentan distintos fundamentos de los derechos humanos, sino más bien distintas formas de concebir el mismo fundamento, siendo este la naturaleza humana.

Así, la posición iusnaturalista nos remite a la naturaleza humana y la concibe como una esencia simple, inmutable, universal y eterna. Por su parte, la fundamentación historicista remite también a la naturaleza humana, pero de ella toma en cuenta un solo aspecto: su devenir histórico. Algo parecido sucede también con la propuesta de Fernández: los valores morales finalmente encuentran su fundamento en el ser humano. Esos tres intentos de fundamentación de los derechos humanos no presentan diferentes fundamentos, sino diferentes formas de concebir el mismo fundamento: la naturaleza humana.

CONSENSUALISMO Y POSITIVISMO

La propuesta del consensualismo considera que la existencia de los derechos humanos depende solo del consenso al que intersubjetivamente se llegue. De manera que sostiene Bobbio, “buscar fundamento a los derechos humanos es aducir motivos para justificar la elección que hemos realizado y que querríamos realizaran también los demás”.²⁴ Porque hay una convención compartida de manera general de que existen los derechos humanos o, en todo caso, el supuesto fundamento se

24 Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, España, 2009, p. 121.

encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y en última instancia, un fundamento absoluto, de acuerdo con Bobbio, es una ilusión.

Por otra parte, me parece que esta postura, hasta cierto punto, corre en paralelo con la del positivismo. En palabras de Bulygin

...no habiendo derecho natural entendido como un sistema moral universalmente válido, no hay derechos humanos como derechos morales; los derechos humanos recién adquieren existencia tangible cuando se positivizan y, cuando ello ocurre, ya no son derechos morales sino derechos humanos jurídicos.²⁵

El positivismo es un enfoque que por mucho tiempo se ha mantenido en la mayor parte de las escuelas de Derecho. Se desarrolló a partir de la propuesta de Kelsen, en una época en que se consideraba ciencia a lo demostrable, lo formado por proposiciones cuya referencia se podría encontrar en forma concreta en el mundo. Y el modelo de ciencia para esa época era la matemática, por ello este jurista quiso hacer del derecho una axiomática. Para el positivismo, derecho es igual a derecho codificado, derecho positivo. Los derechos humanos tienen valor en la medida en que se encuentren plasmados en la Constitución y esto es su origen y no hay que investigar más allá de la norma. El aspecto formal es lo importante y su validez se da en la norma positiva.

POR UN UNIVERSALISMO A POSTERIORI DE LOS DERECHOS HUMANOS

En principio, puedo admitir, al igual que las anteriores propuestas, que la naturaleza humana es el fundamento real de los derechos humanos. Sin

25 Eugenio Bulygin, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 1987, p. 82.

embargo, esta es compleja y sistémica y el error, en la mayor parte de las fundamentaciones de los derechos humanos, se encuentra en centrar la atención solo en uno o dos aspectos de esa naturaleza. Esto desgaja el haz de propiedades y relaciones que forman y constituyen al ser humano.

Cuando decimos que un particular tiene una propiedad, no nos estamos refiriendo de forma implícita a algo constituyente del particular que sea categóricamente diferente de las propiedades que atribuimos al particular en cuestión.²⁶ Estamos solamente afirmando la existencia de una relación entre una propiedad y la totalidad de propiedades que forman el particular. Pero tampoco se trata de concebir al individuo como un simple agregado de propiedades y relaciones, pues, como atinadamente ha señalado Russell:

...aunque se conciba a un particular como un haz de cualidades en copresencia, no basta con enumerar las cualidades y la copresencia para capturar al particular. Un complejo de copresencia no debe ser concebido, a semejanza de una clase, como una mera construcción lógica... Una colección dada de cualidades solo forma un complejo de copresencia si las cualidades son todas mutuamente copresentes; cuando lo son, el complejo es algo nuevo, por encima de las cualidades.²⁷

Porque es un haz de propiedades, el hombre es estudiado por diversidad de ciencias: psicología, biología, antropología, anatomía. Y porque el hombre no se reduce a un agregado de dichas cualidades, tales ciencias solo nos presentan fragmentos o aspectos del hombre, pero no nos muestran a la persona humana en su integridad. De allí la importancia de la labor filosófica unida siempre, por supuesto, con los resultados de las ciencias particulares.

26 Las ideas de este punto fueron desarrolladas por primera vez en "La naturaleza de los particulares y la fundamentación ontológica de los derechos humanos" *Revista de la CEDH*, Veracruz, 1999.

27 Bertrand Russell, *Conocimiento humano*, Tauros, Argentina, 1982, p. 303.

Hablamos por lo tanto, de una esencia que es producto de propiedades y relaciones de un hombre concreto. Algunas de esas propiedades son: la racionalidad, la historicidad, la capacidad de diálogo, la de creación o la de elegir, entre otras. También cabe señalar que muchas de esas características que constituyen al ser humano forman parte de la esfera de valores. Bajo esta nueva concepción, ni el historicismo ni la fundamentación ética puede reclamar el aspecto histórico y los valores éticos fundamentales en todo ser humano.

El error de las fundamentaciones iusnaturalista e historicista e incluso de la ética radica en enfatizar solo uno o dos aspectos del ser humano y en no captar la unidad resultante de las interrelaciones de todas y cada una de las propiedades y relaciones que constituyen la esencia humana.

La individualidad está determinada por una multitud de cualidades y relaciones que dan lugar a una unidad que no se puede seccionar, en la que todos estos aspectos se reúnen y entrecruzan en un todo único armónico: el ser humano. Y así, únicamente una idea cabal y adecuada de lo que este es en todas sus dimensiones sociales, históricas, individuales, grupales, permitirá apreciar la profunda raíz y la importantísima función de los atributos jurídicos que le son inherentes.

Cabe ahora preguntar si esta unidad, esta esencia humana, que no se reduce a un agregado o suma de cualidades, tiene alguna nota distintiva. Podemos aceptar que esa nota distintiva sea la dignidad humana, pero conceptualizada de otra forma, ya que no remite a una sola entidad ni menos a un *substratum* transcendental.

Así, cada vez que se afirma que el ser humano tiene derechos por su propia naturaleza o por el hecho de ser persona, se arguye realmente que los tiene por esa dignidad, pero una dignidad compleja sistémica y *a posteriori*.

El segundo error de la mayor parte de las fundamentaciones de los derechos humanos es, además de centrarse en un sola característica, concebir esta como un ente transcendental.

Apuesto por una dignidad que dista mucho de la dignidad abstracta, esencialista y *a priori*, propuesta por los iusnaturalistas y tampoco considero una dignidad variante cada segundo, como el relativismo extremo de una concepción historicista, tendría que sostener.

Al tener su fundamento en la dignidad humana, entendida como una unidad en la diversidad de propiedades y relaciones, los derechos humanos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Bajo esta nueva concepción de naturaleza humana, no hablamos del hombre concebido en forma general y abstracta, sino de hombres y mujeres vivas, reales, de carne y hueso. De un ser que no solo trabaja, sino que también actúa, siente y se relaciona.

Llamo a esta propuesta Universalismo *a posteriori*. Se trata de deconstruir una noción coherente de naturaleza humana sin apelar a entidades distintas de las propiedades asociadas a los seres humanos. Seres humanos que por supuesto son históricos y cuyos actos se desarrollan en un contexto sociopolítico. Ahora bien, los dos errores antes señalados están en relación directa con un tercero: la concepción tradicional de filosofía, lo cual analizo en el siguiente apartado.

FILOSOFÍA TRADICIONAL VS FILOSOFÍA DE LA ACCIÓN POLÍTICA

La filosofía tradicional se caracteriza, entre otras cosas, por apuntar siempre a un sistema totalitario, no recupera el contexto sociopolítico de los fenómenos estudiados, postula entes o sustancias transcendentales, considera que la realidad y la verdad es universal, *a priori* y transcendental; remite siempre a una metafísica nunca demostrable.²⁸ Tiene sus orígenes en

28 Algunas ideas presentadas en este apartado se enunciaron por primera vez en: Ana Lilia Ulloa Cuéllar y Ana Matilde Chávez, "Sobre las relaciones ontológicas entre los derechos individuales y los DESC. Un universalismo *a posteriori*", *Derechos Sociales, políticas públicas, exigibilidad, justiciabilidad*, Aranzandi, España, 2015.

la filosofía griega de los presocráticos, pero se establece de forma magistral con los tres grandes filósofos griegos: Sócrates, Platón y Aristóteles.

Abarca diferentes corrientes como el platonismo, el idealismo, la fenomenología, el existencialismo, el empirismo y el racionalismo, entre otros. En cuanto a los filósofos tradicionales tenemos, además de a los griegos, a grandes personajes como Berkeley, Leibniz, Kant, Hegel, Hume, Descartes, Husserl. Es decir, los conocidos tradicionalmente como filósofos.

Pero a raíz del círculo de Viena y el surgimiento del positivismo y la filosofía analítica se empieza a conformar un diferente tipo de análisis filosófico. Los positivistas, partiendo del rechazo al esencialismo y a todo lo no demostrable y a cualquier tipo de metafísica, dan los primeros pasos para la construcción de una filosofía no tradicional. Los filósofos analíticos hacen lo propio al señalar que la filosofía se reduce solo al análisis conceptual y lingüístico y a la disolución de las paradojas. En estos enfoques destacan Frege, Russell, Ayer y Moore, así como el primer Wittgenstein. Niegan los enfoques abstractos, esencialistas, *a priori* y universalistas de la filosofía tradicional. Pero con esta negación, todo el sentido positivista se va al otro extremo filosófico, entendiendo por conocimiento científico solo lo formal, axiomático y completamente demostrable. Empieza así el culto a las matemáticas y a la razón formal.

Posteriormente, con la crisis del positivismo se empieza a conformar el paradigma crítico hermético llegando hasta las propuestas de la filosofía postmoderna. Se recupera de Aristóteles la importancia de la política y con autores como Dewey, Arendt y Foucault se empieza a entender la filosofía como práctica: la filosofía de la acción. La filosofía felizmente se transforma en política y se supera todo relato metafísico.

Se ve entonces con claridad que recurrir a la postulación de la dignidad humana como una entidad esencialista, fundamentalista y transcendental es de poca ayuda para una correcta y efectiva fundamentación

de los derechos humanos. Desde esta perspectiva de la filosofía como política, sostengo al igual que Hannah Arendt que:

...no es verdad que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, como afirma el art. 1º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU, de 1948. No nacemos iguales: nos volvemos iguales como miembros de una colectividad en virtud de una decisión conjunta que garantiza a todos derechos iguales. La igualdad no es algo dado, no es *physis*, ni deriva de un absoluto trascendente externo a la comunidad política. Es una construcción, elaborada convencionalmente por la acción conjunta de los hombres a través de la organización de la comunidad política. De ahí la insolubilidad de la relación entre el derecho individual del ciudadano de autodeterminarse políticamente, en conjunto con sus conciudadanos, a través del ejercicio de sus derechos políticos y el derecho de la comunidad a autodeterminarse, construyendo convencionalmente la igualdad.²⁹

Por su parte, la filosofía crítica o postmoderna puede dar lugar a una fundamentación iusfilosófica más acorde con la defensa de los derechos humanos. Desde la filosofía no tradicional podemos entender cómo la historia de los derechos humanos es una historia jurídico-política y no solo jurídica, de allí la importancia de estudiarlos desde un enfoque holístico como propone la filosofía postmoderna o no tradicional. Los derechos humanos tanto individuales como sociales son y han sido constitucionalizados y conquistados por movimientos revolucionarios.

Propongo una filosofía de la acción y, desde esta, la fundamentación de los derechos humanos puede estar en mejores condiciones que sus contrarios. Una filosofía de la acción que, al igual que el proyecto de Hannah Arendt o de Rorty, identifique la política (la acción de convivencia y de

29 Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, New York, Harvester Book, 1973, pp. 292-300.

acuerdos basados en el diálogo deliberativo) como la tarea principal de la filosofía. Y a partir de aquí, entender al derecho desde su rol garantista. Es así como el universalismo de los derechos fundamentales lo entiendo como un universalismo *a posteriori*.

La dignidad que subyace a los derechos fundamentales es una dignidad basada no en un esencialismo, sino en el reconocimiento de una sociedad compleja, no de los individuos o de los yo, sino en el reconocimiento del nosotros.

Las mejores críticas a las posturas esencialistas, así como las propuestas alternativas para la superación de esos fundamentalismos las encontramos en la teoría de género. Las categorías analíticas de esta perspectiva: deconstrucción, constructivismo y naturaleza adquirida, así como sus principales tesis sobre la igualdad jurídica, sustancial y en la diferencia ayudan en la fundamentación de los derechos humanos.

En particular respecto a la fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales es conveniente partir de los hechos, sin el uso de categorías metafísicas y exigir su justiciabilidad. Así, la fundamentación de los derechos humanos debe partir de una explicación real y del reconocimiento de que estos son producto de la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial.

Hay que entender, siguiendo a Arendt, que el fundamento de los derechos humanos es, finalmente, el mundo común de la pluralidad y la diversidad humana donde se encuentra la igualdad y la diferencia.

Por ello, los derechos fundamentales, cualesquiera que estos sean, son universales *a posteriori*, no son según Ferrajoli, derechos caídos del cielo, sino conquistas humanas, realizadas en un contexto histórico, político y social. Solo desde una fundamentación realista que rompa con un universalismo y esencialismo falso y represivo podemos apuntar hacia una efectiva fundamentación de los derechos humanos que logre finalmente la exigibilidad y justiciabilidad de todos.

Por otra parte, me parece que mi propuesta, puede correr en forma paralela con la de Spector, quien considera que “la fuerza o la exigencia de las razones morales debería ser buscada, no en la necesidad lógica o racional, a la manera kantiana, sino en la supervivencia de la identidad personal”.³⁰ Spector señala también que la importancia del elemento objetivo de la deliberación moral se explica apelando a la dimensión comunal de la moral enfatizada por los comunitaristas y que sobre todo nutren la identidad personal.³¹ Igualmente sostiene:

A partir del dato fenomenológico de que los sentimientos de arrepentimiento y remordimiento van unidos a los de alienación y pérdida de la identidad personal en la experiencia del agente moral que viola los mandatos morales de su comunidad, sugerí, que la “fuerza” de las razones morales podía ser explicada de modo similar a la “fuerza” de las costumbres y tradiciones comunales. Así, la tesis ontológica del comunitarismo queda robustecida con una afirmación sobre la vinculación esencial entre los hechos morales (concebidos como hechos sociales) y la constitución del yo.³²

SOBRE EL CONCEPTO

A diferencia de lo que quizá dicta una buena didáctica, he dejado para este apartado el asunto del concepto y ello porque la literatura sobre los derechos humanos es basta, tanto en papel como en línea, además de que nociones introductorias sobre estos derechos se imparten, afortunadamente, desde los niveles de primaria, secundaria y bachillerato. Por ello, como estrategia, consideré pertinente primero entrar de lleno a las

30 H. Spector, *op. cit.*, p. 36.

31 Cfr., *Ibid.*, p. 35.

32 *Ibid.*, p. 36.

corrientes presentadas para analizar al concepto y mencionar o recuperar algunas definiciones que ahora pueden y deben ser mejor apreciadas.

En “Sobre el concepto de los derechos humanos”, Laporta nos proporciona una definición, con los siguientes componentes analíticos:

- a. La descripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de [ser humano]...
- b. ...una disposición, situación, aspecto, estados de cosas, etc...
- c. ...que se considera por el sistema normativo un bien tal que constituye una razón fuerte...
- d. ...para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc.³³

Para Laporta los derechos son valoraciones o principios que un sistema normativo, moral o jurídico contienen. Remiten siempre a un bien o meta que se persigue por el sistema normativo que los contiene. En este sentido decir que “x tiene un derecho” es enunciar un juicio de valor que tiene un significado tanto descriptivo como valorativo. Y todo ello sin recurrir a ningún ente metafísico.

Bulygin, por su parte, considera que los derechos humanos son todo menos derechos morales y que adquieren existencia real solo cuando se positivizan.³⁴ En “¿Quiénes tienen derechos humanos?”, Platts ha dicho que

...hay un derecho humano a disfrutar de \emptyset cuando hay un argumento moral suficientemente fuerte en favor de dar reconocimiento y protección legales especiales al interés humano en tener \emptyset y, ese reconocimiento y

33 F. Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Alicante, núm. 4, España, 1987, p. 31.

34 E. Bulygin, *op. cit.*, pp. 82-83.

esa protección son factibles desde un punto de vista práctico independientemente de que sean innovadores o continuados.³⁵

También en relación con el concepto, pero específicamente con su problemática filosófica, Spector señala respecto a la pregunta ¿qué son los derechos humanos?

...el estudio de los derechos humanos en las facultades de derecho y en los departamentos de ciencia política con frecuencia pasa por alto este problema, que evidentemente no puede ser resuelto por la mera lectura o análisis de los textos constitucionales o los tratados internacionales que enumeran derechos humanos, ni de los fallos de los tribunales nacionales o internacionales que interpretan y aplican aquellas normas [...]. El examen del problema filosófico puede presentar amplias contribuciones institucionales.³⁶

Nino, por su parte, distingue dos tipos de derechos morales: los derechos fundamentales, que, sin ser metafísicos, están más allá de cualquier constitución, y los institucionales, promulgados por una autoridad legítima.³⁷

Igualmente es importante recordar la afirmación de Dworkin que señala que los derechos humanos son triunfos políticos en el estado constitucional.³⁸

Pero para nuestro interés didáctico, resulta útil quedarnos solo con la siguiente noción de derechos humanos que nos proporciona el *Manual de Educación en Derechos Humanos* del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos:

35 M. Platts, *op. cit.*, p. 141.

36 H. Spector, *op. cit.*, p. 8.

37 Cfr., Carlos Nino, *Ética y Derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 322-323.

38 Véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1984.

Los derechos humanos son principios sobre la base de los cuales los individuos pueden actuar, y los estados pueden legislar y juzgar. También son valores que reflejan aspiraciones humanas. Como tales, los derechos humanos representan un ideal y un horizonte que, aunque sea difícil de alcanzar, puede dar sentido a la vida en sociedad. A lo largo de la historia de la humanidad, los derechos de los seres humanos han sido definidos y protegidos sobre la base de los valores que se atribuyen a cada individuo, y a la libertad, la igualdad y la justicia.³⁹

PROPIEDADES FUNDAMENTALES

No quisiera finalizar este capítulo sin escribir unas breves líneas sobre ciertas características, muy reconocidas, que se predicán de los derechos humanos: universalidad, carácter absoluto e inalienabilidad.⁴⁰

Mientras los sistemas jurídicos son particulares, los derechos humanos son universales. Por eso se dice que estos no son producto de aquellos. Cualquier ordenamiento jurídico se considera siempre dentro de un espacio y un tiempo. Pero esta universalidad es considerada para algunos autores, como Rodolfo Vázquez, una universalidad lógica y no sustantiva.

el carácter de absoluto de los derechos humanos alude a la fuerza que tienen los derechos. [...], en realidad, la fuerza de los derechos le viene dada [...] porque poseen una relevancia constitutiva obtenida por los mismos bienes que protegen.⁴¹

Por otra parte, se dice que los derechos humanos son inalienables porque los seres humanos, los titulares, no pueden renunciar a ellos. Sin embargo,

39 IIDH, *Manual de Educación en Derechos Humanos*, Costa Rica, 1999, p. 21.

40 Para esta temática tomo como base el texto de Rodolfo Vázquez, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, ITAM, UNAM, México, 2015.

41 *Ibid.*, pp. 13-14.

autores como Cruz Parcer o Rodolfo Vázquez consideran que esto no es del todo cierto. Sí se puede renunciar, esto quiere decir que no se pueden abandonar los bienes o necesidades, pero en cambio, sí se puede renunciar a los derechos jurídicos. Tenemos entonces que, al igual que con la universalidad, el carácter de inalienable debe predicarse solo de los bienes y necesidades.

Aquí también por cuestiones didácticas conviene quedarnos con la siguiente noción que nos proporciona el *Manual de Derechos Humanos* del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos:

Los derechos humanos son abarcadores. Se aplican en todas partes y a todas las personas sin distinción de color, sexo, país, religión, riqueza u opinión. Se basan en valores universales (dignidad, libertad, igualdad, justicia) que representan un ideal para la humanidad, así como también son principios capaces de regir las vidas de los hombres, mujeres y niños. Además de ser universales, los derechos humanos son concretos porque sirven para identificar acciones que son inhumanas, tales como la esclavitud, la tortura y la privación de la libertad sin juicio previo. Depende de cada individuo condenar las violaciones a los derechos humanos actuando con sentido ético porque cada derecho humano pertenece a la humanidad en su conjunto. En este sentido, significa que cada ser humano es sujeto de derechos, participa de manera más o menos directa en la elaboración de estos. Es, por principio, creador de derechos, de la ley y es sujeto de derechos, de todos los Derechos Humanos. Teniendo en cuenta sus obligaciones, sus deberes, y en resguardo del interés general.⁴²

Finalmente resulta importante señalar que:

simplemente desear la paz, odiar la guerra y conmoverse con el sufrimiento que ella causa no es de ninguna manera suficiente. Uno también

42 IIDH, *op. cit.*, p. 25.

debe entender que el conocimiento y el respeto de los Derechos Humanos pueden conducir a la humanidad y a todos los seres humanos a la paz universal a la que aspiramos. Los regímenes auténticamente democráticos, y la comprensión y la práctica de los derechos humanos son los medios a través de los cuales el mundo puede alcanzar justicia y paz.⁴³

BIBLIOGRAFÍA

- Alemaný Verdaguer, Salvador, *Curso de derechos humanos*, Bosch, España, 1984.
- Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Harvester Book, New York, 1973.
- _____ *La condición humana*, Paidós, España, 1988.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1989.
- Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, España, 2009.
- Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXII, no 96, septiembre-diciembre 1999, México.
- Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 1987.
- Cicerón, Marco Tulio, *De la República*, Tecnos, España, 1986.
- Dewey, John, *La miseria de la epistemología*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
- Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, España, 1991.
- Guerrero Galván, Luis René y Carlos María Pelayo Moller, *100 años de la Constitución Mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, UNAM, México 2016.
- Hervada, J. *Historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1991.
- Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, Alianza Universidad, España, 1976.
- IIDH, *Manual de Educación en Derechos Humanos*, Costa Rica, 1999.
- Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987.
- Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, FCE, México, 1994.
- Latorre, Ángel, *Introducción al Derecho*, Editorial Ariel, 1985.

43 *Ibid.*, p.15.

- Perris, M., *Juez, Estado y derechos humanos*, Fernando Torres-Editor, España, 1976.
- Platts, Mark, “¿Quiénes tienen derechos humanos?”, *Isonomía*, núm. 33, ITAM, México, octubre 2010.
- Ricoeur, Paul y otros, *Los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1985.
- Rorty, Richard, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1983.
- Russell, Bertrand, *Human Knowledge*, Allen & Unwin, Londres, 1948.
- , *My philosophical development*, Allen & Unwin, Londres, 1959.
- Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos*. Astrea, Argentina, 1989.
- Saldaña, Javier, "Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 96, IJ UNAM, 1999.
- Spector, Horacio, “La filosofía de los Derechos Humanos”, *Isonomía*, 15, ITAM, México, octubre, 2008.
- Ulloa Cuéllar, Ana Lilia y Ana Chávez, “Sobre las relaciones ontológicas entre los derechos individuales y los DESC: Un universalismo *a posteriori*”, *Derechos Sociales. Políticas Públicas, exigibilidad y justiciabilidad.*, Aranzadi, España, 2015.
- y Álvarez, “Sobre la fundamentación iusfilosófica de los derechos económico, sociales y culturales”, *Lex social. Revista Jurídica de los derechos sociales*, v. 6 núm. 2, Universidad Pablo Olavide, España, 2016.
- , “Fundamentación filosófica de los Derechos Humanos”, *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*, núm. 20, vol. 10, UANL, Nuevo León, 2016.
- Vazquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Serie Estudios Jurídicos, ITAM, UNAM, México, 2015.

La *episteme* de la política desde la *doxa* y la *epojé* de los hechos y la historia en Maquiavelo¹

INTRODUCCIÓN

A cerca de quinientos años de la publicación de *El príncipe* y con tanta producción sobre esta obra y otros textos fundamentales de Nicolás Maquiavelo, pareciera que ya no hay más que añadir sobre el político florentino, sin embargo, al igual que Gómez Robledo, considero que conforme pasan los años estamos en mejor posición y disposición de apreciar con toda objetividad el pensamiento de Maquiavelo.²

Sin duda, aún tienen mucho que enseñarnos sus afirmaciones:

1. La política es un arte; el arte del Estado.
2. La política es una comprobación realista.
3. El Estado ya no es un ser abstracto o una categoría suprahistórica.
4. Solo bajo la referencia del carácter específico de un ordenamiento político puede emprenderse y ejercerse una educación política con sentido.
5. El Estado es un ordenamiento concreto, histórico que por sus principios constitucionales está profundamente determinado a fundar y fundamentar los derechos y los deberes.
6. El Estado no es el Estado sino los Estados.

1 Texto publicado por primera vez en Petra Armenta Ramírez y Armando Chaguaceda Noriega, (Coords.), *Maquiavelo, política y derecho. Reflexiones multidisciplinarias a quinientos años*, Instituto de Investigaciones Histórico Sociales e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UV, Xalapa, 2013.

2 Antonio Gómez Robledo, "Nicolás Maquiavelo en su 5° centenario" en Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

7. República remite solo a eso; a los diferentes tipos de estado.
8. Hay que detener los problemas; no hay que dejar el curso de ellos.
9. La historia es lo más importante para el presente y el futuro del Estado.
10. Los errores y aciertos del pasado (de los pasados estados) proporcionan sabiduría al presente.
11. La religión y la ética no están relacionadas con ninguna esfera trascendente, sino con intereses específicos de oligarquías dominantes.
12. Los guiados por la virtud política deben actuar dejando de lado la piedad inmediata para, de este modo, lograr evitar un mal mayor para nosotros y nuestra comunidad.
13. La razón política presupone que los hombres son malos.
14. Y que finalmente un gobierno no se gobierna con padres nuestros.

Y no se diga de la vigencia que hoy día tienen sus categorías analíticas como razón de estado, virtud, pasión, fortuna y acción política. Así como sus finas nociones de zorro y león, junto con su importante conceptualización de la historia.

Nicolás Maquiavelo fue filósofo, crítico literario, politólogo y hombre de estado, y sobre todo hombre de su tiempo y del futuro. Nació en Florencia el 3 de mayo de 1469 y murió el 21 de julio de 1527. En sus obras destacan: *Discurso sobre la corte de Pisa* (1499), *Retrato de la corte de Alemania* (1508-1512), *Retrato de la corte de Francia* (1510), *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, en tres volúmenes (1512-1517), *El Príncipe* (1513), *Andria*, comedia, 1517, *Della lingua* (1514), *Del Arte de la Guerra* (1519-1520), *La vida de Castruccio Castracani* (1520) e *Historia de Florencia*, en ocho libros (1520-1525).

Para iniciar el estudio de sus principales obras estableceré tres de los múltiples significados de metodología. Luego se revisará el paradigma metodológico de Maquiavelo entendido como la construcción de la epistemología política desde la *doxa*, a través del método dialéctico y, finalmente elaboraré las conclusiones.

La palabra metodología tiene múltiples significados, pero quiero destacar tres:

1. Metodología como paradigma, como una concepción del mundo y de la ciencia.
2. Metodología como un conjunto de pasos que se deben seguir en la investigación científica.
3. Metodología como técnica.

Nos centraremos en la metodología como paradigma del pensamiento político de Maquiavelo. Sin embargo, antes de pasar a este asunto, haré algunos comentarios sobre los significados de metodología.

Al ocuparse la filosofía del problema del conocimiento a través de la epistemología o teoría del conocimiento, su pregunta capital sobre cómo conocemos se desdobra en el estudio de la metodología para la obtención del conocimiento filosófico y científico.

Por ello en muchas ocasiones la teoría del conocimiento se considera como una teoría de los métodos o la teoría de la metodología. La pregunta epistémica se convierte en una pregunta por el método o la metodología para la obtención del conocimiento.

Pero si en última instancia la metodología es en mucho epistemología y esta es una parte de la filosofía, entonces se establece una estrecha relación entre metodología y filosofía. Y una forma de presentar y estudiar esta relación es a través del estudio de la filosofía de la ciencia.

En cuanto a la metodología como paradigma, esta nos lleva a una concepción del mundo, a una postura ontológica respecto a la vida, pero sobre todo respecto a la ciencia: qué es y cómo se trabaja en la investigación científica. Remite entonces a un conjunto de supuestos teóricos con los cuales se pretende explicar la realidad a través de cada una de

las ciencias. La metodología como paradigma implica el planteamiento de qué se conoce, es decir, el objeto que se conoce (una ontología) y de cómo sé (epistemología) tomando siempre en cuenta el contexto cultural, ideológico, económico y sociopolítico.

Así, un paradigma o una metodología como paradigma es un conjunto de compromisos compartidos; es un marco de presupuestos o compromisos ontológicos, conceptuales, epistemológicos, epistémicos, metodológicos, instrumentales y pragmáticos. Este marco de supuestos previos hace posible y a la vez constriñe, el desarrollo de las teorías. Cuando entendemos la metodología como un paradigma, esta abarca:

1. Leyes explícitamente establecidas.
2. Supuestos teóricos comparables con el núcleo central de un programa de investigación.
3. Las formas normales de aplicar las leyes fundamentales a los diversos tipos de situaciones (pasos metodológicos).
4. Instrumentos y técnicas instrumentales necesarios para hacer que las leyes del paradigma se refieran al mundo real (metodología como técnica).
5. Algunos principios generales metafísicos y/o ontológicos.

En cuanto a la metodología como un conjunto de pasos que se deben seguir para llegar a cabo una investigación o cierta interpretación, es importante señalar que a su vez implica y comprende una serie de métodos: inductivo, deductivo, hipotético-deductivo o método científico, exegético y otros. Desde este significado de metodología encontramos en la obra política de Maquiavelo la aplicación de varios métodos como el inductivo, el sintético, el exegético, el intuitivo, el literario y, en especial, el histórico, Relacionado con este último muchos autores consideran a Maquiavelo como el padre de la historiografía moderna.

De la metodología como técnica hay que señalar que remite a la parte más concreta del paradigma metodológico. Además, la técnica es muy

variada y no solo cambia de una ciencia a otra, sino que dentro de cada una hay variedad. Las técnicas metodológicas varían dependiendo del tipo de investigación e incluso del tópico que se trabaja, pueden decantarse hacia la observación, las entrevistas, aplicación de cuestionarios, recopilación de información, entre otras.

EL PARADIGMA METODOLÓGICO DE MAQUIAVELO: LA CONSTRUCCIÓN
DE LA EPISTEMOLOGÍA POLÍTICA DESDE LA *DOXA*, A TRAVÉS
DEL MÉTODO DIALÉCTICO

El paradigma metodológico del pensamiento político de Maquiavelo, desde mi punto de vista, es una *episteme* desde la *doxa*, obtenida a través de los movimientos de la aplicación magistral de la dialéctica. Es una *episteme* porque Maquiavelo concibe la política como un conocimiento científico, pero este se da desde la *epojé* de los hechos presentes y pasados y por ende desde una *doxa* y todo ello a través de la aplicación magistral de la dialéctica.

En *El Príncipe*, el autor expresa todo lo que había recolectado durante su vida, lo que había observado en los gobiernos, es decir, lo que fallaba, lo que tenía éxito y las situaciones a las que se puede enfrentar un gobierno. La obra presenta una serie de verdades prácticas sobre el poder, señala con detalle formas en que una persona puede llegar a ser príncipe: por herencia, por suerte o por regalo, por sus virtudes, mediante delitos o perversidades, por ayuda de los nobles y otras.

Presenta también una serie de consejos prácticos para que no llegue a su fin el principado. Propone una serie de expresiones y enseñanzas conocidas como maquiavélicas. Me limitaré a mencionar algunas:

1. Maquiavelo sostiene que el príncipe debe ser amado y temido a la vez, ya que los hombres tienen menos cuidado en ofender a uno que se haga

- amar que a uno que se haga temer, porque el amor es un vínculo de gratitud que hombres perversos por naturaleza rompen cada vez que pueden beneficiarse, pero el temor es miedo al castigo, que no se pierde nunca.
2. Para Maquiavelo la moral no puede existir si no es defendida y creada por medios inmorales.
 3. Cuando la violencia es necesaria debe administrarse de un solo golpe y los beneficios deben ser otorgados de una manera gradual, lo que crea una imagen de benignidad.
 4. Ante el poder aplastante de circunstancias adversas, el príncipe debe tener la astucia, el cinismo y el ansia depredadora del zorro.
 5. Por supuesto las ideas sobre las cuales se ha interpretado en abundancia lo siguiente: “cualquier medio, por inmoral que resulte, es políticamente válido, siempre que sea eficaz al mantenimiento y engrandecimiento, del propio poder”.

Es importante resaltar que lo referido por Maquiavelo lo respalda con hechos históricos. La mayoría son situaciones ocurridas en Italia, España y Francia; habla sobre los papados y acerca del reinado de Fernando de Aragón.

En Maquiavelo la historia es política y esta política remite a un patrón histórico caracterizado por su linealidad y su total aspecto descriptivo. El desarrollo de la historia está caracterizado por ese patrón. Se hace historia de la República, del Estado, del gobierno, de la lucha por el poder. Y en última instancia el patrón que va a marcar la temporalidad es la lucha y la sucesión de las clases y las facciones en el poder. Maquiavelo entiende que todo príncipe debe tener virtud y fortuna para subir al poder: virtud al tomar buenas decisiones y fortuna al tratar de conquistar un territorio y encontrarse con una situación que lo ayuda o beneficia.

En *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* se declara partidario de la república, considera que una república organizada, como la romana, es el mejor régimen. Señala que toda comunidad tiene dos espíritus contra-

puestos: el del pueblo y el de los grandes que quieren gobernar al pueblo y que están en constante conflicto. Insiste mucho sobre la apariencia de lo virtuoso y otras características de los príncipes, aunque de hecho no lo sean ni cuenten con esas propiedades. Trata del fundador de las grandes reformas quien, desde la virtud, establece orden y hace a un lado la fortuna. Pero esta visión del fundador es también estratégica.

...[El] fundador es el único sujeto en sentido estricto, y el resto de la comunidad son los objetos a manipular certeramente para lograr sus objetivos. Su autonomía absoluta es, entonces, el punto de partida primordial de sus praxis y en este sentido una confianza ilimitada debe ser puesta en él y su virtud (este acto de fundación es) la acción política suprema”.³

Y en el acto de fundación, que ya es un acto político, el fundador debe proceder completamente solo.

En esta obra existe también una gran cantidad de referencias al poder político del pueblo, al que considera materia que debe ser trabajada por el líder con el objeto de dotarla de la forma adecuada.

Desde los hechos históricos concretos y sus agudas observaciones del pasado y el presente, Maquiavelo llega a sostener que el hombre actúa por la ambición de poder. De manera que la historia está hecha por acciones de individuos que representan intereses de clases o facciones, y cada individuo actúa por el interés del grupo al que pertenece. La acción humana es disparada entonces por las ambiciones personales, condicionadas a su vez por el contexto y la época. Se trata de una concepción antropológica de la modernidad.

Su unidad de análisis la constituye lo que él llama la República, es decir, el estado, la ciudad-estado: Florencia. De manera que cuando Maquiavelo escribe la historia de Florencia, no está trabajando sobre

3 Fernando Vallespín, *Historia de la Teoría Política 2*, Alianza, España, 1995, p. 105.

la ciudad en sí, lo hace sobre la ciudad entendida como estado; escribe sobre la historia del surgimiento y el desarrollo del estado florentino.

Su método histórico se da desde la contextualización y la consideración de los factores internos y externos de la unidad de análisis (Florencia). Se trata de una concepción sociológica de la historia, con un ordenamiento de los eventos en una secuencia cronológica lineal y con la presencia de regularidades, pero sin implicar con ello necesidad o determinismo divino.

Hace énfasis en la descripción detallada, ya que ello nos permite verificar los principios de acción política que justifican la utilidad de la historia para el presente de las repúblicas y sus gobernantes. A lo largo de la historia, desde una línea cronológica, se dan una multitud de acciones. Pero estas siempre son producto de fines o intenciones interrelacionadas con factores fortuitos. Toda acción trae consecuencias y es a la vez un eslabón dentro de la cadena sucesiva de acontecimientos.

En realidad, Maquiavelo escribió historia como un político, no como un historiador y además de seguir fielmente el desarrollo de los hechos, también estaba preocupado por extraer lecciones, principios y doctrinas.

Es así que *El Príncipe* y *Discursos*, son obras con temáticas y enfoques diferentes, pero con la misma unidad en cuanto al pensamiento político, un libro sobre la república y otro sobre los principados; obras con una analítica distinta, pero sin contradicciones. *El Príncipe* trata únicamente de los principados, adopta el género del consejo y se dirige a un monarca reinante, *Discursos* se realiza por encargo de ciudadanos privados, (Buondelmonti y Rucellai) y se dedican a un análisis de las repúblicas.

Para Maquiavelo la ciencia política debe hacerse cargo de todo aquello que se mantiene por la fuerza: del régimen político, del proceso legal, del poder del príncipe. Todo esto debe ser estudiado con objetividad como si estuviéramos en el terreno de las ciencias naturales. Da consejos para el estado y para el príncipe, pero en especial para el estado naciente y propone como modelo a César Borgia.

De acuerdo a este brevísimo repaso de las ideas de *El Príncipe* y *Discursos*, se define qué es y qué estudia la ciencia política, qué es y cuáles son las características del príncipe, Maquiavelo los formula con y desde la *epojé* de los hechos históricos, de los hechos de su presente y su pasado.

Maquiavelo no llega al hecho político con una teoría o con una filosofía política. Él hace su paréntesis y llega a los hechos históricos y describe, por lo menos en un primer momento. El paradigma metodológico de su pensamiento político es una *episteme* desde la *doxa*. Y esto lo logra gracias a su metodología (entendida esta como pasos a seguir): la dialéctica. Es así como Maquiavelo postula un conocimiento científico de la política, es decir, una *episteme*. Pero esto lo logra desde la *epojé* de los hechos históricos concretos; desde una *doxa*, es un conocimiento no necesario ni apodíctico lo que lo lleva, a través de la dialéctica, a la *episteme* de su pensamiento político.

Desde la *epojé* de los hechos políticos del presente y el pasado, Maquiavelo muestra abiertamente y sin ningún disimulo lo que los hombres hacen y no lo que deben ser; lo que el estado es y no lo que debe ser, lo que la política es y no lo que debe ser. Y aunque Maquiavelo no se limitó solo a describir, también juzgó, aconsejó, aprobó y desaprobó, lo hace en un movimiento posterior. Este segundo movimiento es una fenomenología política que sale de su primer movimiento de acercamiento desnudo ante los hechos históricos.

En otras palabras, el pensamiento político de Maquiavelo es una *episteme* porque juzga, aprueba, aconseja y desaprueba, pero a partir de un primer momento, que es el acercamiento a los hechos sin ningún velo conceptual. Es así como llega al objeto de la ciencia, el estado, no por deducción de postulados metafísicos, fundamentalismo o esencialismos sino simplemente por observación e historiografía.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar que su doctrina surge de una lucha desesperada por conseguir la unidad de Italia, la expulsión de los bárbaros y la liberación del dominio extranjero para conseguir la

construcción de una patria libre y segura. Como él mismo lo predica, ama a su patria más que a su alma.

En *El Príncipe y Discursos* se realiza una clara referencia al aprendizaje de la virtud, la cual en principio es del fundador y por derivación de los miembros del pueblo. Fortuna y virtud, como la mayor parte de sus dicotomías, mantienen entre sí una interconexión de términos excluyentes pero que a la vez se requieren mutuamente.

Respecto a la fortuna, esta es determinante, pero no en forma absoluta. Es determinante en forma holística con otros aspectos. La fortuna no atrapa la libertad humana, es detenida en parte por voluntad humana, es decir, por la virtud. El príncipe debe tomar en cuenta la fortuna, pero no confiarse de ella. “El príncipe que confía ciegamente en la fortuna parece en cuanto ella cambia”.⁴

En cuanto a su gran tema: el estado y la política, este es trabajado siempre desde su visión central del hombre y sus pasiones.

RAZÓN Y PASIÓN

Maquiavelo reconoce y recupera el importante papel de las pasiones en la esfera política. Resalta las categorías analíticas presentes en la acción pública como: ánimo, deseo, apetito, humor, pasión y ambición. Respecto a este último, la ambición, de acuerdo con Maquiavelo, constituye un impulso de los seres humanos y tiende a establecer los objetivos y fines de la política. Las pasiones dan la fuerza necesaria para enfrentar los complejos hechos políticos.

Maquiavelo entiende al hombre despojado de toda transcendencia, como una pura fuerza natural, de allí su énfasis en la aproximación estratégica en y para el fenómeno político. Es una aproximación técnica

4 Nicolás Maquiavelo, *El Príncipe*, Porrúa, México, 2005, p. 65.

instrumental de la política, se trata de la técnica; lo que no es ni moral ni inmoral. Y en este sentido se separa del pensar político del humanismo renacentista. Es la aparición de la modernidad desde la separación del debe del es, o del es del debe. Razón y pasión, así como todos sus pares antagónicos: virtud y fortuna, virtud y vicio, son obtenidos desde los hechos y trabajados también desde la dialéctica.⁵ Importante resulta destacar que la razón pierde su lugar central en la guía de la actividad política. La razón debe apuntar a la elección estratégica de medios, deja de ejercer un control sobre las pasiones y se convierte en su servidora. La pasión termina entonces por desbancar a la razón.

Pero además, como Maquiavelo sabe perfectamente que la pasión puede cegar a la razón, sostiene, a la vez, la primacía de la razón sobre la pasión y esto no es contradicción, es naturaleza dialéctica y relacional de dos nociones fundamentales: razón y pasión.

Ciertamente, entonces, el impulso básico está constituido por las pasiones y la voluntad, pero, a la vez, por ello mismo, es más que un simple instrumento. La relación entre ambos conceptos es dialéctica: las pasiones pueden cegar a la razón, pero esta sin aquellas resulta impotente; la razón debe guiar el proceso de consecución de fines, pero solo lo logrará si se enraíza profundamente en una virtud política adecuada.⁶

Otras dos categorías fundamentales en la propuesta de Maquiavelo que vale la pena mencionar son: la virtud y la fortuna. Estas categorías son también obtenidas desde la experiencia y el conocimiento de los hechos históricos y posteriormente son colocados en la obra de Maquiavelo, como sustanciales o universales de su filosofía política, pero esto en un segundo momento y no antes. En particular, sobre la fortuna, cabe

5 El método dialéctico que aplica Maquiavelo es útil no solo para su pensamiento y el desarrollo de su paradigma metodológico sino también para superar sus contantes categorías.

6 F. Vallespín, *op. cit.*, p. 97.

señalar que esta categoría comparte muchas semejanzas con la categoría *de contingencia* de Hannah Arendt: contingencia y fortuna es aquello que se da sin el principio de causalidad. Relacionado con la metodología maquiaveliana sobre el ir a las cosas está también el hecho de que este filósofo se interesa en dejar en sus textos algo útil:

...siendo mi propósito escribir algo útil para quien lo lee, me ha parecido más conveniente ir directamente a la verdad real de la cosa que a la representación imaginaria de la misma. Muchos se han imaginado repúblicas y principados que nadie ha visto jamás ni se ha sabido que existieran realmente; porque hay tanta distancia de cómo se vive a cómo se debería vivir, que quien deja a un lado lo que se hace por lo que se debería hacer, aprende antes su ruina que su preservación.⁷

De acuerdo con Vallespín, los logros de seguridad y de autonomía del hombre respecto a su medio van a definir el esfuerzo de la teoría política de Maquiavelo; su intención final es dotar al hombre de resortes que le permitan incrementar su poder sobre el mundo.⁸

Creemos entonces, y ya para finalizar que el pensamiento político de Maquiavelo supera la propuesta hipócrita del bien común como fin del estado, y digo hipócrita porque en muchos de los estados que lo proclaman no se da, ni se busca. En lugar de ese supuesto bien común, Maquiavelo toma providencias respecto a la existencia y esta previsión existencial estaría más acorde con las actuales propuestas garantistas de los derechos humanos en donde adquieren relevancia las acciones positivas, así como la defensa y exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales por parte del estado y la sociedad civil. Se puede decir que sus conceptos y propuestas apuntan a lo que

7 Cfr. N. Maquiavelo, *op. cit.*, p. 39.

8 Cfr. F. Vallespín, *op. cit.*, p. 899.

actualmente se llaman acciones positivas, que en última instancia remiten a realidades de la defensa concreta de los derechos humanos por parte del estado, es decir: la lucha por la felicidad temporal.

Desde muchas de las propuestas concretas de Maquiavelo podemos apuntar a la seguridad de los presupuestos existenciales de la vida en cuanto tal, del día a día de los hombres y mujeres concretos. Sea este el sentido de la seguridad de la paz, de la protección de la vida natural, ambiental, del respeto y exigibilidad de los derechos de las mujeres y los hombres por el trabajo, la dignidad, la casa y el pan.

CONCLUSIONES

1. El pensamiento político de Maquiavelo está vigente y es de mucha utilidad para la teoría y la praxis política.
2. De sus aportaciones cabe destacar la autonomía de la política.
3. Su epistemología es una epistemología humana, es decir; una teoría del conocimiento acerca de hombres y mujeres de carne y hueso.
4. Su ciencia política supera el esencialismo y el fundamentalismo. Una ciencia política que está en condiciones de dar una visión precisa del estado real, en vez de aparentes especulaciones.
5. El Estado ya no es un ser abstracto ni una categoría suprahistórica.
6. Gracias a Maquiavelo podemos hablar no del Estado sino de los estados.
7. El Estado es un ordenamiento concreto histórico, que por sus principios constitucionales está profundamente determinado a fundar y fundamentar derechos y deberes.
8. Es solo bajo la referencia del carácter específico de un ordenamiento político que se puede emprender y ejercer una educación política con sentido.
9. La filosofía política de Maquiavelo establece la autonomía de la política.
10. Su política tiene un enfoque de corte psicológico, sociológico y antropológico y todo ello presidido por un recurso a la historia clásica y moderna.

11. El pensamiento político de Maquiavelo se haya cimentado en un análisis particularmente detenido de la naturaleza humana, pero la naturaleza humana de la que parte Maquiavelo no es ni transcendental ni esencialista.
12. Llega a los datos, pero no los analiza, más bien los intuye y los usa para disparar su imaginación y no para deducir consecuencias sino para entrar en el ámbito de la creatividad. Y aunque su paradigma metodológico no es su dialéctica, es un método aplicado constantemente por Maquiavelo, sobre todo para superar sus importantes dicotomías como: pasión-razón y virtud-fortuna, entre otras. Y por supuesto todas estas dicotomías son obtenidas por Maquiavelo desde la observación y su cúmulo de experiencia política.
13. La verdadera política no es la que se piensa, sino la que se hace.
14. La política obedece a un principio inmanente de poder, de la adquisición de poder, de la conservación del poder.

Termino recurriendo nuevamente a Gómez Robledo, quien atinadamente señala:

Debemos quedarnos con el mejor Maquiavelo [...] muchas fechorías habrían tenido lugar del mismo modo con o sin Maquiavelo [...] y reconocer siempre el gran poder de su palabra pues *El príncipe* escrito hace 500 años nos tiene aún aquí trabajando sobre él.⁹

BIBLIOGRAFÍA

Armenta Ramírez, Petra y Armando Chaguaceda Noriega, (Coord.), *Política y Derecho. Reflexiones multidisciplinares a quinientos años*, Instituto de Investigaciones Histórico

9 Gómez Robledo, Estudio introductorio sobre *El príncipe*, en Maquiavelo, *El príncipe*, Madrid, Biblioteca nueva, 2004.

- Sociales e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UV, Xalapa, 2013.
- Águila R. del, "La autonomía y sus obstáculos: virtud, fortuna y femineidad en la teoría política de Maquiavelo", *Actas de las VII jornadas de investigación interdisciplinar*, vol. I, Universidad Autónoma de Madrid, 1989.
- Conill, J., "La actual contribución de Nietzsche a la racionalidad hermenéutica y política", "Estudios Filosóficos", núm. 119, vol. XLII, enero-abril 1993.
- Chabod, Federico, *Escritos sobre Maquiavelo*, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- Chevalier, J. *Historia del pensamiento* Tomo II, Aguilar, 2ª edición, Madrid, 1967.
- Deleuze, Guilles y Guattari, Félix, *El Anti Edipo. Capitalismo y esquizofrenia*, Barcelona, Paidós, 1ª edición, 1985.
- _____, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia, Pre-textos, 2007.
- Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas, Una arqueología de las ciencias humanas*, Madrid, Siglo XXI, 4ª edición, 2006.
- _____, *La historia de la sexualidad, 2 El uso de los placeres*, 5ª. edición, Siglo XXI, Madrid, 2005.
- Giner, S., *Historia del pensamiento social*, Ariel, Barcelona, 6ª edición, 1988.
- Gómez Miguel, Raúl, *Política. El poder de las palabras, las ideas y el ingenio*, Trillas, México, 2008.
- Maquiavelo, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- _____, *El príncipe*, Madrid, Biblioteca nueva, 2004.
- _____, *El príncipe*, Porrúa, México, 2005.
- Nietzsche, F., *Genealogía de la moral*, Laia, Barcelona, 1981.
- Santaella López, Manuel, *Opinión pública e imagen política en Maquiavelo*, Alianza Universitaria, 1990.
- Tomassini, L., "El debate modernidad-postmodernidad", *Revista de Economía Política*, Madrid, 1992.
- Touchard, J., *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1983.
- Vallespín, Fernando, *Historia de la Teoría Política 2*, Alianza, 1995.
- Zourabichvili, Francois, Deleuze, *Una filosofía del acontecimiento*, Amorrortu, Madrid.

Discusión legislativa¹

INTRODUCCIÓN

La discusión legislativa es un asunto de argumentación jurídica y, por ello una forma de entrar al terreno de la discusión legislativa es por medio de la lógica del jurista, dirección en la que se centrará el capítulo.

¿LÓGICA FORMAL O TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN?

Al igual que Perelman, considero que hablar de lógica es hablar de jurisprudencia y en tal caso la pregunta fundamental es cuál es la lógica del jurista. Traducida al caso que nos ocupa es cuál es la lógica que el legislador utiliza ¿una lógica deductiva o una teoría de la argumentación?

Para responder a estas cuestiones debemos tener presente que hay por lo menos dos grandes tipos de lógica: una formal o deductiva, caracterizada porque trabaja con razonamientos deductivos en donde se pretende que la conclusión se extraiga de las premisas o, como dicen los lógicos, en donde las premisas aportan toda la fuerza y evidencia a la conclusión. Frente a esta tenemos otros tipos de lógicas no deductivas como las modales, las polivalentes, las difusas, y la llamada teoría de la argumentación, muy importante para el quehacer jurídico.

1 Texto publicado por primera vez en: María del Carmen Ainaga Vargas, (Coord.), *Estudios jurídicos contemporáneos III*, UV, Xalapa, 2008 y en Ana Lilia Ulloa Cuéllar, *Lógica y Filosofía en el Derecho. Estudios metajurídicos*, Toma y Lee, México, 2008.

En términos generales podemos decir que la teoría de la argumentación es una lógica no deductiva y basada en el juicio reflexivo, lo considerado por Hannah Arendt como el juicio político por excelencia.

El juicio reflexivo del que se ocupa la teoría de la argumentación se caracteriza por ser un argumento obtenido en el consenso, la deliberación, en el ejercicio de sopesar, comparar, establecer distinciones, tomar en cuenta el contexto sociopolítico, ponderar, valorar y, finalmente, obtener un consenso razonable.

Cuando tenemos un argumento correcto, esta corrección nos remite a una deducción, no a una validez exacta, ni a un algoritmo, pero tampoco se trata de una simple opinión, es un argumento que tiene un respaldo surgido de un diálogo deliberativo. Volviendo a la pregunta inicial: ¿la lógica de la función legislativa es una lógica deductiva o una teoría de la argumentación? Mi respuesta es que la lógica jurídica en general y, en particular la de la función legislativa, resulta de la relación dialéctica entre una lógica formal y una teoría de la argumentación.

No creo que la lógica de la función legislativa se reduzca únicamente al aspecto mecánico de un silogismo jurídico, de una lógica deductiva. Requiere del aspecto evaluativo, dialógico y deliberativo que proporciona una teoría de la argumentación. Tampoco creo que la lógica de la función legislativa se pueda reducir solo a una teoría de la argumentación, pues en todo quehacer científico y en particular en el trabajo del legislador, son imprescindibles la sistematización, la clarificación de conceptos, el análisis y el establecimiento de ideas claras y distintas, para lo cual la herramienta principal es la lógica deductiva formal.

EL TRABAJO LEGISLATIVO

El trabajo realizado por el órgano legislativo abarca muchas funciones de gran importancia, entre ellas la creación de leyes, una de sus principales

funciones, de la que pueden destacarse dos aspectos: uno técnico-formal y otro cualitativo-político.

El aspecto técnico del trabajo legislativo nos remite, entre otras cosas, a la correcta formulación lingüística y lógica de las leyes. Debe ajustarse a una serie de reglas básicas como evitar el uso de palabras o expresiones ambiguas, así como de expresiones sinónimas. Los artículos se redactan teniendo en cuenta que cada uno de ellos es la unidad básica en que se dividen las leyes, no debe utilizarse el recurso de la elipsis. La definición legal de un término o expresión debe expresarse en un solo artículo y una vez definido un término se usará siempre este y no un sinónimo; un artículo no debe de contener más de una definición y otras muchas.

En este nivel técnico-formal el fin de la actividad legislativa es la sistematicidad del derecho: que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, inconsistencias ni redundancias, lo que permite ver al derecho como un sistema de seguridad y certeza.

Pero frente a este nivel tenemos otra dimensión capital de la labor legislativa y es el plano cualitativo-político. La creación de las leyes por el órgano legislativo no es solo una mecánica o algorítmica, es una actividad científica-valorativa, una actividad social. La creación de las leyes por parte del legislativo debe estar basada en principios jurídicos que deben remitir en última instancia a otros éticos, pues como señala Ronald Dworkin en su texto *Los derechos en serio*, el derecho no solamente es un conjunto de normas jurídicas, además debe incluir principios jurídicos.²

De manera que, sin negar la importancia del aspecto técnico, me parece que el valor de la discusión legislativa radica en el plano ético-político de la función legislativa y en este la lógica que entra en juego no es una lógica formal-deductiva sino una teoría de la argumentación a través de la cual se ejercita el juicio reflexivo, se valora, se pondera y se consensa.

2 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Paidós, España, 1990.

Ahora bien, por otra parte, esta distinción entre lógica formal y teoría de la argumentación en el plano de la discusión legislativa da lugar al establecimiento de por lo menos dos tipos de racionalidad: una racionalidad formal y una racionalidad cualitativa.

Como sabemos a raíz de las tesis de Kuhn expuestas en el libro *La estructura de las revoluciones científicas* se logra establecer frente a la racionalidad deductiva y exacta, una racionalidad razonable. Se trata de una racionalidad no instantánea, basada en un trabajo de interpretación y de una cuidadosa ponderación de alternativas en donde la tolerancia y el consenso juegan un papel fundamental. Por supuesto que cuando hablo de tolerancia me refiero a una sensata y a un consenso crítico resultado de un juicio reflexivo, basado en un acto científico de ponderación y deliberación racional.³

Se trata de acuerdos basados en el dominio de los criterios, los procedimientos y la información pertinentes y esto impone fuertes restricciones a los consensos bobos, resultado de una moda; es decir, consensos donde los agentes no pueden ofrecer una justificación epistémica de las creencias o decisiones en juego. Pues como señala Ana Rosa Pérez Ransanz, ningún hecho o proceso de la vida científica podría aspirar a la etiqueta de racional si fuera explicable solo por mecanismos de tipo social o por el fenómeno de mimetismo o contagio colectivo.⁴

Este tipo de racionalidad cualitativa que debe presentarse en la argumentación legislativa adquiere su expresión teórica más acabada en el modelo de argumentación jurídica desarrollado por Robert Alexy. De acuerdo con este jurista no es la producción de exactitud matemática lo que constituye el carácter racional de la jurisprudencia sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas.⁵

3 Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

4 Ana Rosa Pérez Ransanz, *Kuhn y el cambio científico*, FCE, México, 1999.

5 Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Perú, 1978.

Me parece entonces que el reto es la reconstrucción de una función legislativa, que no se limite a la parte técnica y descriptiva de la creación del Derecho, sino que encare en forma abierta la justificación ética de cada uno de sus pronunciamientos de manera que la creación jurídica sea axiológicamente satisfactoria.

Desde luego que ninguna ley por sabia y perfecta que sea puede por sí sola solucionar los complejos problemas políticos, económicos y sociales que plantea la sociedad moderna, pero una mala ley es capaz de agravarlos considerablemente. Tener buenas leyes es tan solo un primer paso en la dirección a su solución. Pero se trata de un paso necesario.⁶

LO POLÍTICO Y LO TÉCNICO

En un interesante artículo titulado “Contribución para una teoría de la legislación” Manuel Atienza hace énfasis en la distinción entre los aspectos técnicos del trabajo legislativo y la teoría legislativa.⁷ Con respecto al aspecto técnico, Atienza propone cinco modelos o niveles de racionalidad para este trabajo: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética.

La racionalidad lingüística remite a la claridad del lenguaje para la correcta trasmisión de la ley. La racionalidad jurídico-formal apunta al hecho de que la ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico. En cuanto a la racionalidad teleológica, esta tiene que ver con el alcance de fines sociales, y la racionalidad ética apunta a los valores que presuponen las conductas prescritas y los fines de las leyes. En cuanto a la distinción entre técnica legislativa y teoría legislativa, Atienza señala:

6 Eugenio Bulygin, “Teoría y técnica de legislación”, en Miguel Carbonell (coordinador), *Elementos de técnica legislativa*, UNAM, México, 2000, p. 102.

7 Manuel Atienza, “Contribución para una teoría de la legislación”, *Doxa*, num. 6, 1989.

En forma solo aproximada puede decirse que cabe denominar como teoría de la legislación a aquellos análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico, mientras que las técnicas legislativas tienen un carácter mucho más sectorial, no pretenden explicar un fenómeno, sino indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar como más básicos.⁸

Por su parte, Eugenio Bulygin establece la anterior distinción en los siguientes términos: problemas políticos y problemas técnicos.

Bajo el título de problemas políticos se agrupan toda una serie de cuestiones de índole axiológica o valorativa. En primer lugar, el legislador debe resolver los problemas de política legislativa general: cuándo y en qué circunstancias es más conveniente resolver los posibles conflictos sociales en forma anticipada mediante normas generales y cuándo conviene dejar su solución en manos de jueces u otros órganos administrativos, que están en condiciones de resolverlos en forma individual, esto es, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.⁹

Y en cuanto a los problemas técnicos, Bulygin distingue a su vez dos grandes grupos de problemas:

- a. Cuestiones relacionadas con el lenguaje, que llamaré problemas lingüísticos.
- b. Cuestiones que en sentido amplio cabe llamar problemas lógicos o conceptuales.
- c. Los problemas lingüísticos están relacionados básicamente con la ambigüedad (sintáctica y semántica) de los términos y la vaguedad (actual o potencial) de los conceptos usados. (...)

8 M. Atienza, "Teoría de la legislación", en *Elementos de técnica legislativa*, Porrúa, UNAM, México, 2002, p. 67.

9 E. Bulygin, *op.cit.*, p. 87.

Los problemas lógicos pueden a su vez, ser subdivididos en dos grupos: problemas sistemáticos, es decir, relativos al carácter sistemático del derecho y problemas dinámicos, que tienen que ver con el carácter dinámico del orden jurídico.¹⁰

Por su parte, Susana Pedroza y Jesús Cruz, en un artículo sobre esta misma temática nos dicen que:

Bajo la distinción entre lo político y lo técnico podemos señalar lo siguiente:

1. Lo estrictamente político contiene las posiciones ideológicas de los partidos políticos y grupos de interés.
2. Lo técnico se refiere a las características formales que debe tener un texto normativo, como son: el uso del lenguaje, su estructura lógica, brevedad, claridad; y la inserción armónica dentro del sistema jurídico, es decir, de su cumplimiento con las reglas de reconocimiento (constitucionalidad y legalidad).¹¹

Por otra parte, es importante destacar que los aspectos técnico y político-científico que abarca el quehacer legislativo es a su vez algo que se encuentra en el todo del derecho, es por ello que el derecho se puede concebir como técnica, arte y ciencia a la vez. Y, como consecuencia, también el estudio legislativo debe ser desde lo multidisciplinario y transdisciplinario.

Una teoría de la legislación debe concebirse, obviamente, como una parte de una teoría del derecho, y esta última en el contexto de una teoría de la sociedad. Quienes se ocupan de la técnica legislativa suelen lamentar la inexistencia de una auténtica teoría de la legislación que pueda suministrar

10 *Ibid.*, pp. 88-89.

11 Susana Pedroza y Jesús Cruz, "Técnica legislativa en México", *Elementos de técnica legislativa, op.cit.*, p. 104.

un marco adecuado para su tarea. Dicha carencia es sin duda cierta, pero quizás pueda todavía generalizarse para incluir los otros dos ámbitos señalados. Con ello quiero decir que necesitaríamos contar con una teoría “general” del derecho que mirara no solo hacia abajo (es decir, hacia teorías menos generales, como la teoría de la legislación o de la aplicación, las diferentes teorías dogmáticas, etcétera), sino también hacia arriba (hacia la teoría de la sociedad) e incluso hacia los lados (hacia la teoría política y la teoría moral). Una manera de comprobar la adecuación de las tesis del nuevo pluralismo jurídico (...) podría consistir precisamente en ver si realmente facilita esa conexión entre los diversos niveles sugeridos y, en el caso de ser así, si esa ventaja sirve para compensar otros (supuestos) inconvenientes de la teoría como, por ejemplo, la difuminación del concepto de derecho que lleva consigo.¹²

CONSTRUYENDO LA CIENCIA LEGISLATIVA

En el proceso de construcción de una teoría legislativa hay que tener presente la historia, pero esta historia debe ser, como seguramente Foucault señalaría, una arqueología de lo legislativo.

Durante mucho tiempo, la ciencia jurídica se ocupó de la norma o ley a partir del establecimiento de esta sin cuestionarse sobre su génesis. Esto debido en mucho a la idea de que el legislador era el soberano absoluto y con ello el cuestionamiento de las normas o su producción estaba fuera de discusión y análisis. No obstante, cabe resaltar que hay momentos en el siglo XVII y XVIII en que se cuestiona sobre la racionalidad de la ley. Así, en el siglo XVII resaltan afirmaciones que enjuician la injusticia y o pésima producción de las leyes. De la censura ilustrada encontramos la siguiente cita: “Es muy difícil que haya una sola nación

12 M. Atienza, “Teoría de la legislación”, *op.cit.*, pp. 79-80.

que se gobierne por buenas leyes... en todos los Estados las leyes se han establecido casi siempre por el interés del legislador, por las necesidades del momento, por la ignorancia o por la superstición”.¹³

Pero el estudio del proceso legislativo como un campo científico del derecho empieza a trabajarse en época reciente. Con el desarrollo de las ciencias naturales y el positivismo se piensa que las leyes jurídicas también deberían ser leyes positivas. Pero la racionalidad que el positivismo otorga a las leyes jurídicas termina por ser solo una racionalidad instrumental, incapaz de garantizar por completo la justicia de las leyes. Además, la creciente reivindicación en el siglo XIX de la figura del juez, correrá paralela a un proceso de descrédito o decadencia de la ley y con ello la falta de interés en lo legislativo.

Finalmente la ley se muestra necesariamente insuficiente, en el sentido de que tras sus enunciados late un fin o interés social que remite a una constelación de valores que asimismo han de pesar en la decisión judicial. Dicho en pocas palabras, frente a lo que imaginó la “ciencia de la legislación”, la ley no agota la experiencia jurídica: incluso, para los más radicales, será un obstáculo a la misma.

El desprestigio de la ley se hace más patente en el primer tercio de nuestro siglo, en parte por una acentuación a veces exagerada de la crítica antiformalista, pero en parte también porque el voluntarismo positivista termina desembocando en un puro irracionalismo de consecuencias jurídicas antidemocráticas. Kantorowicz, tras asumir los lugares comunes que denunciaban la irremediable vaguedad y falta de plenitud de la ley, llegará a propugnar abiertamente un derecho por encima de las leyes cuyo descubrimiento corresponde al intérprete.¹⁴

13 Voltaire, *Diccionario filosófico* (1749) voz “Leyes”, Madrid, Edición de A. Martínez Arancón, Temas de hoy, vol. II, 1995, p. 310.

14 Luis Prieto, “Del mito a la decadencia de la ley”, *Elementos de técnica legislativa, op.cit.*, p. 31.

Con esto y con el desarrollo del Estado constitucional, el trabajo legislativo en la actualidad debe ser estudiado en relación con el trabajo judicial. Sobre todo, porque la supremacía de la ley ha caído.

El núcleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan solo de “quién” y “cómo” se manda, sino en gran parte también de “qué” puede o debe mandarse. Es la forma de combinar todos estos elementos lo que da lugar a un panorama lo suficientemente nuevo para merecer un nombre propio donde el protagonismo ya no queda reservado al legislador, sino que aparece, cuando menos, compartido con la figura emergente del juez: el estado Constitucional.¹⁵

El legislador no puede ya legitimar normas bajo la bandera de “La voz del Soberano”, debe ajustar su política y producción legislativa al contenido constitucional. A partir de esta premisa debe entonces iniciar la reconstrucción de la ciencia de la legislación: “una ciencia cuya primera asignatura ha de tener por objeto el estudio de una validez que ya no se cifra solo en el cumplimiento de ciertos requisitos formales, como básicamente ocurría en el Estado Legislativo unitario, sino en el ajuste de la ley a un complejo entramado de normas superiores que distribuyen una competencia hoy compartida y que, sobre todo, diseñan un contenido de principios y derechos que condicionan de manera decisiva la acción del legislador.”¹⁶

15 *Ibid.*, p. 46.

16 *Ibid.*, p. 58.

En 1975 tuvo lugar en Birlinghoven el primer Congreso Internacional sobre la Teoría de la Legislación y se constituyó la Asociación Internacional de la Teoría de la Legislación. En la construcción de esta nueva ciencia jurídica, el concurso de varias disciplinas resulta indispensable: lingüística, lógica, sociología y filosofía del derecho se hacen presentes en el análisis de cualquier fenómeno jurídico.

El proceso de producción de leyes, como objeto de estudio de la Teoría de la Legislación, ha sido definido como una serie de interacciones que tienen lugar entre los editores o autores de normas; los destinatarios o las personas a quienes la ley está dirigida; el sistema jurídico o el conjunto normativo del que forma parte la nueva ley; los fines, objetivos o metas que se persiguen con la elaboración de las leyes y los valores que justifican dichos fines.

La construcción de la ciencia legislativa deberá proyectarse entonces desde una visión holística del derecho y los últimos paradigmas de la ciencia jurídica como el paradigma cultural del derecho tendrán mucho que aportar.

La elaboración de una teoría de la legislación permitirá, como ha señalado Eugenio Bulygin, la formación de nuevos especialistas y como él dice:

...ninguna ley por sabia y perfecta que sea puede por sí solo solucionar los complejos problemas políticos, económicos y sociales que plantea la sociedad moderna, pero una mala ley es capaz de agravarlos considerablemente. Tener buenas leyes es tan solo un primer paso en dirección a su solución, pero se trata de un paso necesario.¹⁷

HAMILTON Y LA LÓGICA PARLAMENTARIA

Relacionado con la discusión legislativa se encuentra el texto de Guillermo Gerardo Hamilton titulado *Lógica parlamentaria*, en este pequeño pero profundo trabajo, el autor nos proporciona aproximadamente DLIII

17 Eugenio Bulygin, *op.cit.*

versículos que entrelazan cuestiones tanto de técnica legislativa como de contenido cualitativo de teoría legislativa. Se trata de una serie de textos breves que fusionan forma y fondo de muchas cuestiones legislativas. A continuación, transcribimos algunos de ellos.

- V Examinad antes de partir lo que debéis probar y el modo como probablemente se tratará de impedirlo; evitad que se eche a un lado el principio verdadero para sustituirlo por un principio falso. Sabéis las conclusiones que necesitáis: halad un principio para justificarlas.
- VI Variad los periodos del discurso, variando su longitud; y variad su fuerza, no poniéndola siempre en el mismo sitio.
- X Conviene a veces presentar tal hecho o tal argumento como un punto en que no tenéis empeño en insistir, sobre todo cuando tengáis alguna cosa aún más importante que hacer valer.
- XI Cuidad de la gradación de los hechos y de los argumentos. Los mismos hechos y los mismos argumentos colocados diferentemente producen un efecto muy diferente.
- XVII Comenzad por exponer el punto de que se trata probar; manifestad cómo lo probáis, y luego haced notar que la prueba está dada.
- XVIII Importa señalar cuál es el estado de una cuestión con arreglo a las leyes positivas, a los precedentes parlamentarios, a las resoluciones de la Cámara, a la opinión de los jurisconsultos y políticos, etc., etc.
- XXI Asentad primero las pruebas en pro y en contra, y después las presunciones en pro y en contra.
- XXII Ved si el objeto de la discusión puede llevarse a un terreno popular. Cada cuestión tiene unas partes mejores que otras: separadlas en vuestro espíritu; suprimid la una y dad a la otra el colorido conveniente.
- XXV Haced pasar lo bueno por malo y viceversa. Examinad uno por uno con mucho cuidado vuestros puntos fuertes, y tened siempre en cuenta los perjuicios dominantes.

- XXVII La intervención sirve para descubrir una idea, la fantasía para darle forma y variedad, y la elocución para vestirla.
- XXVIII Estableced, no solo lo que la cuestión es realmente, sino también lo que o es, y aquello porque se yerra en tomarla.
- XXIX Mostrad en los discursos lo que se trata de probar y qué argumentos deben emplearse para lograr la prueba. Conseguiréis ventajas dando color a un punto y suavizando otro.
- XXXI Cuando una ley es defectuosa, solo puede consistir en una de estas tres causas: falta de poder, falta de saber, falta de conocimiento del asunto en el legislador,
- LIV Distinguid las diferentes partes de un asunto, prescindid de lo que no conduzca al fin que persigáis, y no saquéis conclusiones sino apoyándonos en los argumentos que tengan influjos sobre la cuestión
- LVII Estudiad la naturaleza de las pruebas que se presenten. No os fundéis en el testimonio, cuando el testimonio nada tenga que ver con el asunto; ni en la probabilidad, cuando la cosa pueda ser demostrada.
- LXIV Cuando un asunto es difícil descomponedlo en partes diversas y plantead con claridad cada cuestión distinta.
- LXV Al térase una cuestión cambiando sus términos o añadiendo otros nuevos. De esa manera las ideas resultan más flexibles, variadas y atadas para prestar mayor servicio a vuestra causa.
- Formaos clara idea del asunto, una idea independiente de las palabras, tened fija la vista en esa idea durante toda la argumentación. No permitáis el más ligero camino en los términos, ya por adicción, ya por sustracción, ya por sustitución, y veréis entonces con claridad lo que es superfluo, lo que está dentro de la cuestión y lo que está fuera de ella.
- LXXV En un asunto distinguid lo fijo e inseparable de lo que es ocasional, accidental o solo de circunstancias.
- LXXVII Tres reglas para la verosimilitud: lo que es más conforme con la naturaleza de las cosas; lo que más concuerda con los resultados

de observaciones constantes y experiencias reiteradas; lo que mejor responde al decir de los hombres sentados y honrados y al testimonio general de la multitud.

LXXVIII Cuando inquiráis la causa de un efecto, examinad: 1.- qué efectos de naturaleza similar habéis observado y cuál era la causa de esos efectos; 2.- Cuáles son las causas que pueden producir el efecto en cuestión y si algunas de esas causas están excluidas por la naturaleza del caso particular de que se trata, con lo que encontraréis así la causa probable y luego la causa cierta; 3.- Cuáles son los hechos que han precedido al efecto en cuestión, conduciéndooos esos hechos al conocimiento probable, si no cierto, de la causa; 4.- Si una sola causa ha podido producir el efecto o si hacían falta varias, juzgando cada causa por separado: observad primero los efectos de cada causa sola y después los de todas juntas; ved hasta qué punto disminuye o aumenta el poder de cada una por la reunión de todas, y considerad, por último, la naturaleza del asunto sobre el cual debe obrar la causa.

LXXIX Hay pruebas insuficientes y pruebas precarias.

LXXX Señalad los extremos de cada lado de la cuestión y recusadlos.

LXXXVII La mención de un derecho por acta del Parlamento trae consigo el reconocimiento de ese derecho.

CXLV A todo error responde una verdad opuesta; el público contradice algunas cosas, por que supone que son lo que nunca debieron ser.

CLX En las comparaciones, es ventajoso que la similitud sea sobre todo evidente por las semejanzas enumeradas en último lugar.

CLXX Meditad primero el fondo y luego las palabras; pesad el valor de cada expresión procurando que sea mejor al fin que al principio y mejor también al principio que al medio. Explicaos por completo, pero sin garrulería, aun cuando hay pasajes del discurso donde conviene ya desplegar todas las velas, ya retener el pensamiento y condensarlo. Haced que el periodo sea redondo y claro, que la caída de cada frase sea armoniosa; variad las pruebas por medio de imágenes; lo que el discurso reclama es

- una causa poderosa, un asunto noble, argumentos sólidos, viva imaginación y un juicio profundo.
- CLXXII Es raro que las verdaderas razones por las cuales se propone una medida sean las que se alegan. Distinguir las es prepararse una rica y brillante provisión de argumentos.
- CLXXVIII Contestad primero a los argumentos de los demás y haced luego valer los vuestros.
- CLXXXVI Proveeos de cierto número de proposiciones, observaciones, argumentos, hechos probados por la experiencia y razonamientos, a fin de poder en todas las ocasiones recurrir a ciertos axiomas; examinad luego si son causa, efecto, sustancia, modo, facultad o propiedad, a fin de que la inteligencia se acostumbre al método.
- CXC Los sofismas más ventajosos en el discurso son aquellos que consisten, en la no ambigüedad de una sola palabra, sino en la sintaxis ambigua de varias palabras reunidas.
- CXCVIII Por medio del análisis reducís un discurso a sus principios y separáis sus diferentes partes de modo que las examinéis una por una; así conseguís conocer con más exactitud su conjunto.
- CCXCI Craso en el diálogo *De Oratore*, estatuye como regla fundamental que el orador debe tener siempre aire de ansiedad y de preocupación al comenzar su discurso.
- CCCXXIII El concluir de exponer una idea antes de pasar a otra, da claridad al discurso.
- CCCXXXVIII Si os veis en el caso de hablar más de una vez sobre el mismo asunto, examinad las diferentes maneras como puede examinarse y bajo qué nuevo aspecto ha ido apareciendo desde el comienzo del debate.
- CCCXCVI No habléis de todas las eventualidades probables, sino tan solo de los hechos ciertos y probados.
- XDIII Advertid cuantos hechos controvertidos se toman sin razón por hechos probados y admitidos como verdaderos principios.

- DXLIV No os limitéis a sostener una tesis, sino buscad con empeño el modo de sostenerla con lucimiento. No se conquista el elogio sino adelantando las cosas uno o dos puntos más que lo hicieron los precedentes oradores.
- DLI Examinad de qué manera puede desarrollarse, abreviarse, dividirse, componerse o variarse un asunto.
- DLII Observad si vuestros adversarios y vosotros empleáis las mismas palabras en el mismo sentido, y cuál es la noción exacta que se forman aquellos de las cuestiones que se discuten: tal vez tomen la parte por el todo.
- DLIII Addison advierte, conforme con Aristóteles, que la expresión debe estar más limada en las partes inactivas, como descripciones, narraciones, etc. Las opiniones y las pasiones pudieran obscurecerse con frases harto pulidas.¹⁸

BIBLIOGRAFÍA

- Ainaga Vargas, María del Carmen (Coord.), *Estudios jurídicos contemporáneos III*, UV, Xalapa, 2008.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Perú, 1978.
- Atienza, Manuel, “Contribución para una teoría de la legislación”, *Doxa*, núm. 6, 1989.
- “Teoría de la legislación”, en Miguel Carbonell, *Elementos de técnica legislativa*, Porrúa, UNAM, México, 2002.
- Berlín Valenzuela, Francisco, *Derecho Parlamentario*, FCE, México, 1995.
- Carbonell, Miguel y Susana Talía Pedroza (coord.), *Elementos de técnica legislativa*, UNAM, México, 2000.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Paidós, España, 1990.
- Hamilton, Guillermo Gerardo, *Lógica parlamentaria*, Fontamara, México, 1991.
- Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

18 Estos artículos y/o textos son tomados de Guillermo Hamilton, *Lógica parlamentaria*, Fontamara, México, 1991.

- Susana Pedroza y Jesús Cruz, “Técnica legislativa en México”, en *Elementos de técnica legislativa*, Pedroza de la Llave, Susana y Jesús Cruz Velázquez, “Introducción a la técnica legislativa en México”, en Miguel Carbonell y Susana Pedroza de la Llave, (comp.), *Elementos de técnica legislativa*, IIJ-UNAM, México, 2000.
- Pérez Ransanz, Ana Rosa, *Kuhn y el cambio científico*, FCE, México, 1999.
- Luis Prieto, “Del mito a la decadencia de la ley”, en Miguel Carbonell y Susana Pedroza de la Llave, (comp.), *Elementos de técnica legislativa*, IIJ-UNAM, México, 2000.

La metodología de la filosofía política en la Edad Media¹

INTRODUCCIÓN

Hay por lo menos cuatro paradigmas metodológicos en el quehacer de la filosofía política: el paradigma antiguo representado principalmente por la filosofía política de Sócrates y Platón, medieval-cristiano con dos etapas fundamentales: la Patrística y la Escolástica, el moderno con Descartes y los contractualistas y, por último, el paradigma contemporáneo en el cual encontramos una diversidad de autores que recuperan y avanzan las propuestas de Bodino o Weber, hasta otros que bajo un enfoque postmoderno recuperan la contingencia o el contexto sociopolítico como Richard Rorty, Hannah Arendt o Michel Foucault. Dentro de estos grandes paradigmas metodológicos de la ciencia y de la filosofía política encontramos diversas metodologías que remiten a una serie de pasos para llevar a cabo la investigación. Igualmente, cada metodología particular contiene sus respectivas técnicas para el análisis del hecho político. Con respecto a la metodología en la Edad Media sobresalen dos grandes enfoques metodológicos: el método de la Patrística y el de la Escolástica. En este artículo se presentan estos métodos medievales.

1 Texto publicado por primera vez en: Raúl Olivares Vionet y otros coordinadores, *Estudios jurídicos contemporáneos XV*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UV, México, 2015.

EL MÉTODO EN LA PATRÍSTICA

Al ocurrir el ocaso de la filosofía pagana, con el advenimiento del cristianismo, el pensamiento político se encontró en una etapa de dogmatismo ingenuo, pues se aceptaba sin discusión ni análisis la doctrina de la Iglesia para explicar los hechos políticos. Los textos de la Sagrada Escritura se consideraban como la autoridad suprema en toda índole de problemas, existiendo únicamente polémica en cuanto a su interpretación.²

La metodología de la filosofía política en la Edad Media abarca dos etapas fundamentales. La primera surge de los trabajos de la Patrística, así como de la teoría de las corporaciones. La segunda, la Escolástica, representada por Santo Tomás, remite a la aplicación de la lógica y la retórica aristotélicas en la interpretación de las escrituras, así como al uso de esas herramientas en las universidades.

San Agustín es el filósofo cristiano que desarrolla y fundamenta tanto la filosofía como la metodología de la Patrística cristiana. Desarrolla su metodología a través de la aplicación del método exegetico y filosófico al estudio e interpretación de las *Escrituras*. Este filósofo del siglo IV, dota al cristianismo de un fondo filosófico; le proporciona todo un corpus neoplatónico que complementa de manera magistral muchas de las aseveraciones recogidas en las Sagradas Escrituras. Procede con un cuidado muy meticuloso de tal forma que en ningún momento introduce ningún aspecto del pensamiento platónico que contradiga a un dogma cristiano. Y desde este trabajo de exégesis va conformando la metodología de la patrística. En todo momento, San Agustín mantiene la tesis platónica que sostiene que el verdadero conocimiento se encuentra fuera del tiempo, en un mundo de ideas perfectas, al que se llega mediante la razón y no a través de los sentidos. Es el mundo de los universales o formas.

2 Francisco Porrúa Pérez, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 1969, pp. 35-36.

La metodología de San Agustín es completamente epistemológica ya que como él mismo narra en sus *Confesiones*, su trabajo y toda su vida están dedicadas a la búsqueda filosófica de la verdad. Además de su interés por su estudio en las escrituras, dedica tiempo al estudio del problema del mal y al análisis del lenguaje. De este último cabe destacar su teoría referencial sobre el significado. Basándose en la filosofía platónica, San Agustín afirma que las verdades son iluminadas por Dios. De manera que la metodología de San Agustín y por tanto de la Patrística, se fue conformando desde la filosofía platónica en interrelación con el cristianismo, lo cual ayudó también a configurar las concepciones medievales acerca de las relaciones de los hombres y los otros animales con sus *animae*.

Cabe destacar que en la metodología de San Agustín se logra ver un anticipo de la metodología moderna de Descartes. En *La Ciudad de Dios*, San Agustín afirma la existencia del ser, por deducción, desde su cuestionamiento: “si me equivoco, entonces existo”. El *cogito ergo sum* se encuentra ya en la lingüística y filosofía de la cristiandad patristica.

Además, el método sintético está dignamente representado por toda la obra de este gran santo. Este filósofo reunió y sintetizó todo lo que hasta su tiempo se había producido y erigió un sistema integral y trascendente, con personales aportaciones. Cabe destacar su teoría del significado y el aprendizaje del lenguaje, su teoría sobre la libre decisión, así como el control de la voluntad, todo desde la fe cristiana y la revelación divina. Esta monumental síntesis dio lugar a la doctrina católica sobre el derecho natural en el que vino a inspirarse después la Escolástica, fincada en la filosofía aristotélica estudiada y aplicada por Santo Tomás de Aquino.

Desde una filosofía premoderna, San Agustín combate el escepticismo reinante y se da cuenta de que, si la duda divide y mantiene oscurecido a los hombres, hay algo que no puede menos de ser cierto, y es la duda misma. Por este camino llega a los principios inmutables y absolutos de la ley eterna, grabada en la conciencia, y sienta las bases incommovibles del

derecho natural. De esos principios San Agustín desprende la relación de las leyes humanas con la ley eterna y la ley natural. Es el mundo de los arquetipos platónicos que contienen la *episteme* de la que participa la *doxa* sensible.

Volviendo a la metodología, cabe señalar que en sus obras continuamente hace uso de las deducciones, aunque la mayor parte de forma implícita. Rechaza, por ejemplo, el consecuencialismo como procedimiento de decisión, alegando su neutralidad entre hacer el mal uno mismo y consentir las malas acciones de los otros. Igualmente sostiene que los hombres no son capaces de cumplir los mandamientos divinos sin la ayuda de Dios.

Pero cabe destacar que en San Agustín la ley, teniendo carácter absoluto, no obstante, se adapta a las condiciones variables de los tiempos y de las gentes. De manera que la ley prevé los cambios de las cosas y por tanto, de las normas que las rigen. Esta metodología le da gran importancia al establecimiento de diferenciaciones. De este proceso se obtiene la distinción entre ley natural y derecho natural. El ordenamiento de todo lo creado y la conservación de este orden se realiza por medio de ley eterna y este ordenamiento, en cuanto se refiere a la racionalidad del hombre, constituye la ley natural. En la ley natural se encuentra la fuente de las leyes humanas que rigen el orden del mundo moral para la realización en él de la justicia, o sea, la conformidad de estas leyes con la ley eterna. La síntesis metodológica de San Agustín presenta entonces una dialéctica entre la inmutabilidad de los principios fundamentales de la ley natural y la diversidad de reglas adaptables a la multiplicidad de la vida en la aplicación concreta de dicha ley natural. Coherente con sus concepciones, San Agustín señala que Dios creó el tiempo y que por lo mismo Él se encuentra fuera de ello.

Por otra parte, el método lingüístico como aplicación de teorías semánticas y análisis de textos es también introducido en algunos de sus

trabajos. Así, por ejemplo, su trabajo lógico-ontológico sobre el tópico de los universales; siguiendo a Platón, da un nuevo significado al colocarlos en la mente divina y al desarrollar otra semántica para el concepto de ley natural, desarrollado por Cicerón.

El punto de partida de la teoría del signo de San Agustín es precisamente la célebre definición del signo que este autor proporciona en su obra *De doctrina Christiana*: El signo es la cosa que, además de la especie que entrega a los sentidos, hace llegar al conocimiento de algo distinto.

De acuerdo con esto, todo signo está siempre en lugar de algo y ese algo es lo que denota el signo y constituye su significado. Esto es una semántica medieval a la altura de las propuestas por algunos lingüistas modernos y contemporáneos.

El signo tiene una parte física literal que nos interesa solo en la medida en que es el medio para llegar a la parte fundamental e importante del signo, que es el *denotatum*, el significado.

En cuanto a su división, el signo puede ser natural, convencional o consuetudinario. El natural es aquel que significa por sí mismo y no por costumbre o imposición. El humo, por ejemplo, es un signo natural de la significación fuego. El convencional, en cambio, es un signo cuya significación es impuesta. Los signos del lenguaje son signos convencionales, ya que su significado fue establecido de manera arbitraria y no porque haya una relación natural necesaria entre palabras y significados.

Al relacionar sus propuestas lingüísticas con su filosofía cristiana, San Agustín señala que la palabra tiene que estar en consonancia con la predicación. Se percata de que los signos convencionales establecen relación no solo con los significados sino con la teleología de los pensamientos que dieron origen al significado. Todo signo convencional, pero sobre todo las palabras, tienen un especial uso comunicativo, presentan los movimientos del alma. Los signos del lenguaje sacan y trasladan "...al ánimo de otro lo que tenía

en el suyo aquel que dio tal señal”.³ El alma se mueve hacia el verbo, el cual remite al signo y este a aquel

... cuando dirigimos la palabra a otros, añadimos a nuestro verbo interior el ministerio de la voz o algún otro signo sensible, a fin de producir en el alma del que escucha mediante un recuerdo material, algo muy semejante a lo que el alma del locutor permanece.⁴

El signo-palabra es entonces signo del verbo interior, pero este remite a un lenguaje universal comunicable, el lenguaje de la razón. De acuerdo con esta propuesta, hay también un nexo mental entre signo y objeto, gracias al cual el sujeto puede comprender que un objeto determinado es el significado de un signo recién acuñado.

Como se deja ver, la teoría agustiniana del signo está basada en una concepción fundacionalista del lenguaje. Se trata de ciertas concepciones *a priori* acerca del lenguaje. El lenguaje tiene elementos últimos no reducibles: su función es nombrar y su significado lo constituye el objeto que nombra. Los signos que no se pueden reducir a otros signos son signos inanalizables. Hay entonces, en el lenguaje, signos últimos cuyo significado es siempre un objeto y estos objetos son los ladrillos de que está constituido el mundo. Esta concepción fundamentalista del lenguaje remite a su vez a un reduccionismo ontológico y a una concepción igualmente fundacional del conocimiento.

En cuanto a la semántica de la ley se tiene los conceptos de ley natural, ley eterna y ley temporal. La primera es la reproducción de la ley de Dios grabada en la conciencia humana, es la participación del hombre como criatura racional en el orden divino; en otras palabras, la ley natural es una reflexión de los principios eternos e inmutables regulativos

3 San Agustín, *De Doctrina Christiana*, bib. 2,3., e. III en *Patología Latina*, vol. 34, I.J.P. Migne, París, 1865.

4 S. Agustín, *De Trinitate*, en *Obras*, vol. V, cit., IX, 7, 12, Arias, BAC, Madrid, 1948.

de Dios. La segunda nos manda observar el orden natural y nos prohíbe perturbarle. La ley temporal nos remite a la ley positiva, la cual vale en la medida en que se ajuste a los principios de justicia establecidos por la ley eterna y solo en tal caso tiene fuerza obligatoria.

...De conformidad con el orden jerárquico de las 'leyes', corresponde al legislador humano determinar, con fundamento en la *lex aeterna*, lo que en cierta época debe quedar ordenado y prohibido, pero al mismo tiempo exigió que la ley positiva, siempre cambiante, se mantenga dentro de los inmutables principios fundamentales de la ley eterna.⁵

EL MÉTODO EN LA ESCOLÁSTICA

La segunda etapa metodológica de la Edad Media remite al rescate del método aristotélico. La recuperación de Aristóteles por parte de Santo Tomás de Aquino es de suma importancia ya que se recupera tanto el enfoque lógico, deductivo y racional, presente en el *nuevo organum* como el enfoque argumentativo y dialéctico, desarrollados en la *Tópica* aristotélica.

Las doctrinas minuciosas de los publicistas, ya no fueron meras doctrinas de derecho público, sino también exponentes de una filosofía independiente del Estado y del Derecho. Se caracterizan por hacer uso a la vez de varias ciencias: teología y filosofía escolástica, historia política y argumentos prácticos acerca de los problemas del día, haciendo así un trabajo interdisciplinario que presentaba la ciencia medieval con un alto grado de unidad y generalidad. Además, en el Medievo, todos los hombres compartían el mismo concepto acerca del universo, las supremas premisas eran consideradas por los teóricos medievales no como descubrimientos hechos por el hombre, sino como el sustrato divinamente revelado de

5 Mauricio Beuchot, *El problema de los Universales*, UNAM, México, 1981, pp. 73-74.

toda ciencia humana y por supuesto de la ciencia política. La ciencia del derecho y la ciencia política desde la revelación divina.

Después del siglo XI y con la recuperación de los textos aristotélicos, la filosofía política de la Edad Media recobra su enfoque crítico. En esta época floreció la Escolástica, escuela dogmática porque acepta las verdades de la Iglesia católica como definitivas, pero hace de ellas un trabajo de armonización y sistematización; de concordancia con el pensamiento filosófico de la antigüedad. Es la época de Santo Tomás de Aquino (1225-1274). Él y su escuela laboraron la estructura de lo que desde entonces se considera filosofía política tradicional.

La Escolástica fue la corriente teológico-filosófica dominante del pensamiento medieval, tras la Patrística de la Antigüedad tardía; y se basó en la coordinación entre fe y razón. Tiene a lo largo de la Edad Media tres periodos. El de formación que va del siglo IX al XII. El de apogeo que abarca el siglo XIII, también llamada Alta Escolástica. Aquí aparecen los pensadores más importantes como Santo Tomás, San Alberto Magno y San Buenaventura. Y el periodo de transición a la filosofía moderna en el que cabe resaltar la figura de Guillermo de Ockham y el importante fenómeno que se da respecto al distanciamiento entre razón y fe.

La Alta Escolástica tuvo lugar durante los siglos XI y XIII, periodo caracterizado por las grandes cruzadas, el resurgimiento de las ciudades y por un centralismo del poder papal que desembocó en una lucha por las investiduras. De este periodo cabe destacar la figura de Pedro Abelardo (1079-1142) quien renueva la lógica y la dialéctica y desarrolla, dentro del método escolástico, la *quaestio*. La *quaestio* es un problema *dialecticum* a partir del cual se puede construir un sistema coherente sobre el mundo y la vida. También aporta a la metodología escolástica la técnica del uso y análisis de argumentos contrarios y su solución. El manejo de la analítica y la argumentación destacan.

El apogeo de la Escolástica se da alrededor del siglo XIII, época en que se empiezan a configurar los Estados de Europa medieval. Es también el periodo de surgimiento de las Universidades. También surgen las órdenes de los dominicos y de los franciscanos. Son precisamente los dominicos los que asimilan la filosofía de Aristóteles a partir de las traducciones e interpretaciones árabes de Avicena y Averroes.

Por su parte, los franciscanos se mantienen y profundizan en la línea de la Patrística. Destaca la figura de Santo Tomás de Aquino, dominico, discípulo de Alberto Mago, quien llevó a cabo la más sistemática síntesis entre el pensamiento cristiano y el aristotelismo. En sus grandes obras, *La Summa Theológica* y *La Summa contra gentiles*, delimita el campo entre la fe y la razón. Da inicio la distinción entre la filosofía y la teología. Este paso significativo es dado por Tomás de Aquino después de aceptar el empirismo aristotélico, la teoría hilemórfica y la distinción entre dos clases de intelecto.

El tercer periodo se da en el siglo XIV en una época de profunda crisis económica, política y social. El panorama es de hambrunas, guerras y enfermedades. De esta etapa sobresale la figura de Guillermo de Ockam (1290-1349). Este filósofo es quién lleva al cabo la mayor crítica del escolasticismo y en especial de sus conceptos metafísicos fundamentales. Desde el punto de vista metodológico resulta ser muy importante el principio que Ockam estableció y que es conocido como la navaja de Ockam. La aplicación correcta de este principio logra parar la multiplicidad innecesaria de los entes. Se trata de un principio de economía que señala la necesidad de eliminar todo aquello que no es evidente o que no es dado en la intuición sensible. De acuerdo con Ockam los universales o ideas transcendentales postulados por Platón, sí existen, pero están en las cosas singulares y concretas, de manera que los Universales se reducen solo a nombres. Con Ockam se presenta entonces una postura nominalista ya que los conceptos universales, para Ockam, son solo

procesos mentales mediante los cuales el entendimiento produce una multiplicidad de individuos semejantes mediante un término. Tesis filosófica de la mayor importancia.

El término Escolástica proviene de la palabra latina *scholasticus* y se aplicaba a los que se ejercitaban en la enseñanza en las escuelas monacales. Si bien cabría hablar de una árabe y de una judía, cuando se utiliza el término Escolástica se hace referencia, por lo general, a la filosofía desarrollada en el Medioevo dentro del ámbito de la cristiandad, particularmente en el occidente cristiano.

Un objetivo de la metodología escolástica fue integrar la experiencia y la razón que los griegos habían dejado, con la revelación y la fe que aportaban los cristianos. Se quería relacionar de forma correcta lo natural con lo sobrenatural. Es válido decir que aquí solo falta la aplicación correcta de la tónica dialéctica, y el reconocimiento de los diferentes juegos del lenguaje para superar la modernidad.

Se trataba de unir la fe y la autoridad de Dios con el ejercicio de la razón. Al ser esta una actividad bastante compleja, la Escolástica tuvo que desarrollar a su vez una serie de metodologías y técnicas de análisis. Por ello, en esta etapa encontramos importantes desarrollos respecto al método del análisis lingüístico, la deducción, el propio análisis, la síntesis y la inducción entre otros más. Todas estas habilidades del pensamiento crítico son utilizadas por la Escolástica para llevar al cabo las mejores argumentaciones de la defensa de determinadas tesis. Dos técnicas importantes son, sin duda, la *lectio* y la *disputatio*.

El desarrollo del método escolástico va de la mano con el desarrollo de las universidades; fenómeno significativo que surge alrededor del siglo XII. Todos los profesores universitarios tenían la obligación de presentarse varias veces por año ante una asamblea, compuesta por los demás docentes y los alumnos, con el fin de defender el debate público, las afirmaciones centrales de su enseñanza contra todo aquel que quisiera cuestionarlas.

Desde la objetividad y la ética del reconocimiento, este trabajo científico y educativo de calidad sería de la mayor importancia en los tiempos contemporáneos. Pues como ha señalado Anthony Kenny:

...se acusó a los filósofos medievales de no haber tratado de alcanzar la verdad cualquiera que fuera, sino de haber buscado buenas razones que justificaran lo que ya creían de antemano. Sin embargo, como casi todas las reacciones, incluidas las más equilibradas, esta fue demasiado lejos. Los grandes filósofos medievales fueron auténticos gigantes. Hicieron verdadera filosofía, tal y como entendemos este término hoy en día. Y aún podemos aprender mucho de ellos.⁶

Cabe señalar que mientras San Agustín es un pensador solitario, Santo Tomás de Aquino es en cambio una persona situada en el centro de una tradición religiosa y académica, vivió dentro de una comunidad de frailes y fue profesor de universidad.

Como se deja ver, la influencia de Aristóteles a partir de la segunda mitad del siglo XIII provocó lo que puede llamarse una revolución conceptual. Walter Ullmann señala que la rápida aceptación de Aristóteles se debe en primer lugar a las manifestaciones prácticas de un populismo medieval.

Con respecto a la actividad del pueblo esta estaba significativamente alejada de los gobernantes.

...si se hiciese un estudio más detallado de la manera ordinaria de vivir del “populacho” en sus estratos “bajos”, nos hallaríamos con que se actuaba bastante, según principios políticos ascendentes, los cuales desde un punto de vista histórico universal, parecen ser más característicos, más naturales, más propios de los incultos que la compleja e intelectual

6 Anthony Kenny, “Filosofía medieval”, en Bryan Magee, *Los grandes filósofos*, Catedra, España, 1995, pp. 61-62.

teoría descendente del poder. El modo de organizar sus vidas los estratos más bajos de la sociedad son significativos como puente vital entre las ideas propiamente medievales y las teorías políticas más modernas. En las capas más bajas de la sociedad pueden hallarse los antecedentes reales de las tesis políticas teóricas y abstractas con que la Edad Moderna se halla familiarizada. Allí donde se practicaban formas feudales de gobierno también tuvo lugar [...] una considerable preparación del terreno para la nueva orientación.⁷

De acuerdo con esto, resulta significativa la propuesta de Fossier, que desarrolla en su libro *Gente de la Edad Media*, en el cual sostiene que la correcta historia de esa época debe buscarse y desarrollarse desde la cotidianidad medieval.⁸

Interesante resulta ver cómo Ullmann señala que, aunque las asociaciones populares, las reuniones, gremios, colegios, comunidades, mantenían una organización y una estructura basada en una teoría política ascendente, no obstante, no son producto precisamente de ninguna teoría, ciencia o especulación; en todo caso son reacciones congruentes con el contexto.

Los mismos miembros eran quienes decidían acerca de sus intereses. Las asociaciones fueron enclaves populistas dentro del reino teocrático. Por ejemplo, las comunidades de los pueblos regían sus asuntos sin ninguna injerencia “desde arriba”: las épocas de arar, de recolectar, y de dejar la tierra en barbecho eran fijadas por la misma comunidad del pueblo, que también se preocupaba de la vigilancia de los campos. El suministro de agua, la utilización de los pastos, el uso que debía hacerse de ríos, pozos arroyos, etc., la compensación por los daños que sufriesen las cosechas a causa del paso de ganado o en caso de incendio, por los daños en los

7 Walter Ullmann, *Medieval Political Thought*, Harmondsworth, Penguin Books, Inglaterra, 1979, p. 153.

8 Robert Fossier, *Gente de la Edad Media*, Editorial Taurus.

bosques debido a talas ilegales, etc., eran objeto de reglamentaciones decididas por la misma comunidad. Lo mismo puede decirse de canteras, fraguas, tejares, alfarerías, etc., cuyas condiciones de trabajo se fijaban. La mecánica para cubrir los “cargos” del municipio era por lo demás sencilla y una prueba incontrovertible de la apremiante necesidad de autogobierno.⁹

Igual influencia tenían las multitudes amorfas de oposición, así como su reclamo por una vuelta al cristianismo primitivo y a la pobreza apostólica. Esto implica entonces la inquietud de formar el propio juicio y tener autonomía, cosa que estaba presente en cada uno de los individuos de la Edad Media, pero esto mismo, juicio crítico y autonomía es lo que aparece en la filosofía aristotélica. De allí que su recepción haya sido en forma rápida.

Otros hechos que favorecieron la entrada de las ideas aristotélicas fueron el surgimiento del humanismo y el interés en la ciencia natural. El derecho romano nunca estuvo olvidado del todo y la recuperación del *Corpus iuris civilis* reafirmó el ya casi olvidado y antiguo concepto de ciudadano (civis). Este concepto es crucial dentro de la teoría ascendente-populista. Además, en el siglo XIII se realizaron notables progresos en el terreno de las ciencias naturales, esto llegó a entender al hombre como un ser individual y no como un ser cristiano dando lugar a una nueva clase de intelectuales. De manera que la figura abstracta y tipificada de creyente pasó a ser sustituida por la representación de la figura humana en todo su realismo y concreción, pasan del estudio del hombre genérico a los estudios de los hombres particulares. Se trataba de sacar a la luz aquella parte del individuo que había permanecido tanto tiempo en la sombra. Justo el terreno estaba listo para recibir las ideas del estagirita. La teoría aristotélica viene a proporcionar la explicación a cada uno de esos aspectos vitales, importantes de la vida cotidiana.

9 W. Ullmann, *op.cit.*, pp. 153-154.

El impacto de las teorías políticas de Aristóteles revolucionó toda la filosofía política y la concepción de gobierno que se tenía en ese momento. Se pueden distinguir tres fases distintas en la asimilación de la ideología aristotélica: una primera de hostilidad, una segunda de adaptación de sus doctrinas a la estructura cristiana, y una tercera fase de abandono progresivo de la ideología cristiana.

La filosofía política de esta etapa de la Edad Media, tiene la visión del Estado como comunidad suprema de ciudadanos. Las leyes de la naturaleza que daban origen al Estado eran para Aristóteles inherentes al hombre en cuanto tal. El hombre era por naturaleza un animal político.

Otro aspecto importante de la metodología escolástica es el hecho de que se pusieron en práctica las fórmulas lógicas aristotélicas, tanto en el método analítico como en el método sintético. Estas fórmulas se ejercitan tanto en la normatividad jurídica como en la argumentación teológica. Igualmente se hacen trabajos formales de resolución de contradicciones, integración y superación de lagunas. Están presentes el análisis y la demostración desde el silogismo aristotélico, así como la dialéctica desde la tópica.

Todas estas técnicas tanto de la lógica del silogismo como del método dialéctico son aplicadas y desarrolladas en forma amplia en el trabajo *Ius filosófico* a partir de la recuperación del *Corpus iuris civilis*.

Es a Irnerio a quien se reconoce haber realizado un inesperado descubrimiento en una biblioteca de Pisa: el *Codex secundus*, que se califica como la codificación más acabada del derecho romano. Y se atribuye al mismo Irnerio el haber presentado la copia del manuscrito en Bolonia, donde un grupo de especialistas lo examinaron y llevaron al cabo las glosas. En la elaboración de estas glosas estuvo también presente la metodología medieval.

...la actividad doctrinal de la Escuela de los Glosadores se entiende desde el último año del siglo XI, hasta la segunda mitad del siglo XIII; y en el

nacimiento de dicha escuela adquirió cuerpo la idea del fenómeno capital de la historia del espíritu civil europeo, al que suele llamarle renacimiento jurídico, obviamente ligado al político, económico y espiritual, puesto que con tal centro de estudios no solo se origina una ciencia jurídica occidental, sino también una jurisprudencia continental moderna y en modo particular su aspecto eminentemente privatístico.¹⁰

En cuanto a la metodología que se presentaba en la didáctica universitaria del Medievo, esta comprende tres técnicas metodológicas fundamentales: la *lectura* que se encuentra separada con toda precisión de los debates. Las *cuestiones particulares*, quedan entendidas como *ex facto emergentes*, y finalmente los *discursos*, que ampliaban las limitaciones de las lecciones.

La *lectura* constituye un símbolo de anhelos y requerimientos del alumnado, pues aun cuando algunos profesores son celosos del cumplimiento de los requerimientos estudiantiles, también existen otros partidarios de la comodidad y poco esfuerzo en la lectura de los textos fáciles, evadiendo los complicados e inciertos. De ello resulta una disciplina que se recoge, a partir de 1252 en la reglamentación universitaria de Bolonia, que requiere al profesorado de la exigencia que corresponde a la *punctatio librorum*, que permite al alumnado escoger los trozos de los textos que se deben leer y explicar en cada lección. En este método cada grupo es denominado *punctum* (punto), que requiere un espacio de tiempo generalmente reconocido como un “término”, al resultar variable según las estaciones anuales, que comprendían un máximo de quince días en invierno y un mínimo de doce, en verano.

De acuerdo con las fórmulas señaladas, el procedimiento de la *punctatio librorum* imponía al profesorado rígidas exigencias en cuanto a su observancia, ya que de no cumplir con la cabal *lectura* a su cargo quedaba obligado

10 Adriano Cabaña, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Ristampa inalterata, Multa Pavecis AG., Dott A. Giuffrè Editore, Milán, 1982, pp. 105-106.

al pago de una fuerte multa. Una disciplina de tal naturaleza, impedía al profesor permitir al alumnado interrumpir la *lectura* con preguntas que propiciaban las digresiones que pudieran impedirle el cumplimiento de la responsabilidad a su cargo. Es esas condiciones, la lectura se convierte en un instrumento *magistralis*, que constituye el carácter de las posibles *quaestiones* que surgen, que obligan al profesor a exponerlas, de manera que ponen a prueba la capacidad de su ilustración.

La observancia del sistema referido impedía a los estudiantes tomar, discrecionalmente, la palabra para interrumpir la *lectura*, puesto que propiciaba que el titular de la cátedra no pudiera exponer dentro del término de su desarrollo, todo el *punctum* a su cargo. Esta circunstancia exige la creación de otros espacios en la enseñanza, que permitieran satisfacer ambas exigencias. De esa necesidad surgen la *repetitio* y la *quaestio publice disputata*.

Para dar lugar a la *repetitio*, el profesor quedaba obligado de manera necesaria a desarrollarla con mayor libertad, cuando menos una vez en el año académico; seleccionaba, para ello, textos y problemas que requirieran una exposición más amplia y en su caso llevarla a discusiones, en las que proliferaran preguntas y respuestas (*cum oppositis et quesitis*). Cabe agregar que además de las repeticiones *necessariae* antes indicada, se permitía al profesor organizar las *repetitiones voluntariae*.¹¹

La tercera fórmula que se exponía en las actividades docentes, era la *quaestio disputata*, que se iniciaron hacia mediados del siglo XII y en las que el profesor debía verter su opinión acerca del tema en discusión; pero la creciente importancia de su celebración exigió que se debatiera, públicamente, ante el auditorio de todos los estudiantes de todas las escuelas de la población. De ellos sobreviene la denominación de *quaestio publice*

11 Jorge Mario Magallón Ibarra, *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, UNAM, México, p. 178. Y Manlio Bellomo, *La Europa del derecho común*, Roma, 1996, p. 148.

disputatae, de manera que se abre la puerta para la concertación de debates públicos de los que surgen especulaciones teóricas fecundas, permitiendo la apertura de dos diversos campos, objeto de consideración jurídica: uno, el correspondiente a lo “seguro” por ser verdadero, que es el que corresponde al derecho común, civil y canónico: otro, el relativo a lo “probable”, que permite considerar aquellos casos reales que no se encontraban previstos en las fórmulas del *Corpus iuris civilis* ni en las de la Iglesia.¹²

Dentro de este ámbito metodológico caben destacar dos actividades más: los dictámenes y la retórica. El dictamen era un arte que en las escuelas de derecho vinculaba lo técnico con lo jurídico. El dictamen también puede ser descrito como el arte de la unificación. Incluía reglas para la correspondencia epistolar privada y otras especiales para la compilación de documentos legales o extractos oficiales.

La retórica por su parte refería a los aspectos positivos que sobre este arte Aristóteles había formulado. Se trataba de habilidades para la argumentación a partir de *tópicos* o *lugares comunes*.

Como se deja ver, lo más importante de la metodología medieval es que logra superar el abismo entre la argumentación racional, formal, deductiva y la argumentación dialéctica, deliberativa y consensual. De esta forma, la metodología medieval desde la Escolástica resuelve la oposición entre razonamiento apodíctico y el razonamiento dialéctico. En la argumentación jurídica se hace uso tanto de la deducción como de la ponderación argumentativa. Demostraban mediante la razón, la verdad universal y la justicia universal de los textos romanos. Los textos contienen máximas a partir de las cuales se pueden deducir apodícticamente nuevas resoluciones. Pero como dichos textos contenían lagunas, ambigüedades y contradicciones, entonces se recurría también al razonamiento dialéctico para superar estos problemas.

12 J. M. Magallón Ibarra, *op. cit.*, p. 179.

Finalmente cabe resaltar que la filosofía política de la última etapa del Medievo reingresa al círculo de las ciencias; a través de la jurisprudencia.

...la jurisprudencia de Ravena, Pisa, Bolonia, Perugia, fue no solo la ciencia de la creación, interpretación y aplicación del derecho, sino, también, un aparato metateórico, conteniendo los principios del derecho público europeo, una Staatsrechtslehre, i.e. una metateoría del derecho y del Estado. De hecho, la filosofía política era, usando las palabras de Maitland, “una jurisprudencia sublimada”.¹³

Como los juristas manejaban varios derechos: feudal, imperial, costumbre germánica, tratados internacionales, etcétera, el horizonte como diría Gadamer cerraba el círculo hermenéutico en esa fusión interpretativa. Fue así que la *civilis sapientiae* fue usada para *comprender* los principios del derecho y del Estado y es así como a partir de la jurisprudencia medieval surge una filosofía del Estado y el Derecho.

Las grandes cuestiones políticas: el Imperio, la soberanía, la legitimación del príncipe, etcétera, fueron abordadas por la jurisprudencia. Los argumentos del debate político de la Edad Media fueron forjados por los juristas del medievo. Cada grupo de juristas buscaba demostrar la supremacía de su propio corpus de autoridad. Aunque el derecho justiniano era la fuente primordial de sus doctrinas, estaban en libertad de fundamentar sus ideas políticas en otras fuentes, i.e., derecho canónico, derecho feudal, escritos filosóficos, etcétera.¹⁴

Una tercera etapa metodológica de suma importancia para la filosofía política es la recuperación del *Corpus juris civilis* de Justiniano.

13 Rolando Tamayo, *La recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas. Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*. UNAM, México, 2005, p. 172.

14 *Ibíd.*, p. 172.

Por otra parte, no se puede dejar de señalar que en toda la Edad Media se presentan entrelazados tres enfoques metodológicos que a su vez hacen *sui generis* la metodología del Medievo: la tradición germánica, la tradición romana y el cristianismo.

La metodología tiene que ver también con las fuentes utilizadas y en este caso, lo primero por señalar, respecto de las fuentes en la Edad Media, es que son de diversa naturaleza, pero a pesar de ello el Estado y la sociedad corrían a lo largo del mismo cauce. Se da una mezcla de opiniones eclesiásticas y seculares, absolutistas y democráticas. Subyacente a toda la metodología del Medievo se encuentra latiendo siempre una polémica entre el pensamiento antiguo y el medieval. La metodología del Medievo tiene que trabajar con un sistema que es creado por Dios y que queda expuesto de la mejor forma con autores como Dante.

CONCLUSIÓN

San Agustín y Santo Tomás de Aquino, dos filósofos que analizaron la vida social religiosa y política de su época, nos ofrecen dos metodologías extraordinarias en y para la filosofía política, tomando en cuenta el tiempo en que ellos se desarrollaron.

San Agustín parte del pensamiento filosófico de Platón y nos presenta en *La Ciudad de Dios* su pensamiento político. En esta obra describe la ciudad de Dios y la ciudad terrenal. Metodológicamente hablando, desarrolla una interesante teoría del significado y tiene presente la distinción platónica entre el mundo de las Formas y el mundo de la Apariencia. Proporciona una profunda imagen de la perspectiva cristiana del mundo de su tiempo. Sostiene que ninguna persona debe lealtad incondicional a una sociedad terrenal. Todo ello a partir del análisis de dos tipos de ciudad; dos sociedades distintas organizadas a partir de diferentes convicciones, ambas en oposición constante. Reacciona el Imperio con el cristianismo y establece

una nueva concepción de república que está más allá de cualquier ciudad humana. Y una nueva dimensión temporal para el orden político.

Pero sin duda, hablando de metodología medieval, un aspecto fundamental es la Escolástica que tiene como máximo representante a Santo Tomás. Esta etapa medieval se caracteriza, desde el punto de vista de la metodología, por la aplicación de la lógica deductiva aristotélica. Sin embargo, si bien es cierto que la lógica del silogismo aristotélico juega un papel fundamental en la Escolástica esa lógica no agota el todo de dicha metodología. Recupera también el otro tipo de razonamiento que no tiene que ver con deducciones ni con las ciencias formales sino más bien con el conocimiento experimental y con lo que ahora se llama la lógica de la abducción. Pero este tipo especial de lógica es también desarrollada en los textos del Estagirita; se trata de la lógica de los tópicos y de la recuperación del aspecto positivo de la retórica; la Tópica en su máximo desarrollo.

La obra aristotélica está pendiente de la diferencia entre los saberes formales para los cuales no hay mejor cosa que el silogismo aristotélico y los saberes humanísticos y de la naturaleza para los cuales se necesita *de lugares comunes* (tópicos) y del auxilio de la dialéctica, todo ello a través de razonamientos que apuntan no a lo demostrable sino a lo verosímil y que por lo mismo son argumentos que siempre aportan un nuevo conocimiento no incluido en las premisas. Y, en el caso de las cuestiones prácticas como la política y el derecho se hace uso de la retórica. Así, Aristóteles no solo desarrolla la lógica del silogismo sino también la teoría de la argumentación que abarca la tópica y el conocimiento retórico. El método escolástico a través de las obras de Santo Tomás, recupera ambas lógicas, mismas que son estudiadas y ejercitadas en las universidades del medievo. Es de esta forma como la metodología de la filosofía política de la Edad Media se desarrolla y evoluciona desde una epistemología platónica recuperada por el pensamiento filosófico de San Agustín hasta la culminación

del manejo en las universidades del medievo, del razonamiento demostrativo y tópico de Aristóteles recuperado por Santo Tomás.

BIBLIOGRAFÍA

- Ámela, J., *Santo Tomás de Aquino*, Studium, Madrid, 1945.
- Arcy, M. C. D., *Thomas Aquinas*, Londres, 1931.
- Arendt, Hannah, *¿Qué es la política?*, Barcelona, Paidós, 2001.
- , *Pensando y actuando en el mundo*, UNAM, México, 2005.
- Benito Alzaga, J. R., “El pensamiento de Santo Tomás sobre las relaciones entre el maestro y el alumno y algunos problemas contemporáneos en la educación”, *Revista de Filosofía*, UIA México, 6, 1976.
- Bernard, A., *Introducción a la filosofía tomista*, Studium, Madrid, 1960.
- Beuchot, Mauricio, “La metafísica de las causas en Aristóteles y Santo Tomás”, *Logos*, IX/26, 1981.
- , *El problema de los universales*, UNAM, México, 1981.
- Buhler, Johannes, *Vida y cultura en la Edad Media*, traducción de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Bryan Magee, *Los grandes filósofos*, Cátedra, España, 1995.
- Cabaña, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Ristampa inalterata, Multa Pavcis AG., Dott A. Giuffrè Editore, Milán, 1982.
- Castro, S. J., “En torno al tomismo analítico”, en *Estudios Filosóficos*, España, núm. 140, 2000.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, UNAM, México.
- Olivares Vionet, Raúl, Raúl de la Huerta Valdés y Mireya Toto Gutiérrez, (coordinadores), *Estudios Jurídicos contemporáneos XV*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UIV, México, 2015. ISBN: 978-607-9248-81-9.
- Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, México, Porrúa, 1969.
- San Agustín, *Confesiones*, Iberia, Barcelona, 1957.
- , *De doctrina Christiana*, bib. 2,3., e. III en *Patología Latina*, vol. 34, I.J.P. Migne, París, 1865.

- _____, *De Trinitate*, en obras, vol. V, cit, IX, 7, 12, Arias, BAC, Madrid, 1948.
- _____, *La Ciudad de Dios, Obras de San Agustín*, edición bilingüe, vol. XVI y v. XVII, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1958.
- Sears, Elizabeth, *The ages of man: Medieval interpretations of the life cycle*, Princeton University, Princeton, 1986.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*. UNAM, México, 2005.
- Ullmann, Walter, “Batolus on Customary Law”, *Judicial Review*, Edimburgo, Escocia, 1940.
- _____, “The Development of the Medieval Idea sovereignty”, *The English Historical Review*, vol. 64, Edimburgo, 1949.
- _____, *Carolingian Renaissance and the Idea of Kingship*, Methuen and Co., Londres, 1969.
- _____, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ariel, Barcelona, 2004.
- _____, *Medieval Political Thought*, Harmondsworth, Penguin Books, Inglaterra, 1979.
- _____, *Principles of Government and politics in the Middle Ages*, Methuen and Co., Londres, 1966.
- _____, *The Medieval Idea of Law (As Represented by Luca da Penna). A Study in Fourteenth-Century legal Scholarship*, Methuen and Co., Londres, 1996.

Constitución y Constitucionalismo¹

ESTADO DE DERECHO: POLÍTICA Y DEMOCRACIA

“Estado de Derecho” es un concepto aceptado semántica y pragmáticamente por la mayor parte de los juristas y ello porque denota, entre otras cosas, la vigencia y positividad de un sistema jurídico. Sin embargo, la relación interna entre política y derecho no es una relación aceptada por todo jurista, teórico o catedrático de derecho. Estado de derecho nos remite a un concepto fundamental de la teoría política. Desde los clásicos, pasando por los autores medievales y llegando hasta los contemporáneos como Passerin D’Entrèves que sostienen, hasta cierto punto, la desaparición del estado, se admite en principio que la teoría política tiene como objeto el estudio del Estado. Pero si la política tiene como objeto el Estado y el Estado de derecho nos remite a un ordenamiento jurídico, negar la relación entre política y derecho sin duda constituye una paradoja.

Partiendo entonces de las relaciones internas entre política y derecho, el cuestionamiento sobre el sentido y las condiciones en que puede llamarse legítimo y justo al orden realizado en el estado mediante el ordenamiento jurídico, se convierte en una pregunta capital.

Como ha señalado Passerin D’Entrèves; “...preguntar en qué sentido son legítimos el Derecho y el orden, es obviamente una definición

1 Texto publicado por primera vez en: Ana Lilia Ulloa Cuéllar, *Fundamentos filosóficos de las Constituciones de Veracruz de 1857 y 2000*. Gobierno del Estado de Veracruz, Veracruz, 2013.

que afecta al Estado”;² es preguntarse inteligentemente una pregunta. La pregunta se torna aún más interesante cuando vemos que apunta por lo menos a dos conceptos fundamentales: el de Constitución y el de valor.

En gran medida, la legitimidad tanto del derecho como del Estado está dada por una auténtica Constitución, cabe aclarar que este último concepto, como veremos más adelante, resulta ser una tautología.

Al identificar el Estado con la justicia, Aristóteles reconoce también esa interrelación entre política y derecho, para él la justicia es alcanzada por el hombre a través de su participación activa en la vida política. Pero de acuerdo con esto, para Aristóteles el estado no es solo el custodio de un orden exterior y formal, sino que debe garantizar la vida virtuosa.³ Tenemos entonces relaciones internas no solo entre política y derecho, también entre política, derecho y moral. Esta manera de plantear estas nociones prácticas es recogida y superada por Hanna Arendt a finales del siglo XX. Sin embargo, el grueso de los autores de la filosofía política que ha dominado el mundo occidental por siglos ha establecido y aun en nuestros días establecen una relación diferente entre los conceptos estado, justicia y derecho.

En el razonamiento aristotélico todo gira alrededor de la naturaleza, de tal forma que el Estado viene a ser algo natural siendo a su vez esta naturalidad un fin en sí mismo. Es, para este filósofo griego la condición de la existencia y bienestar de los grupos sociales, es el portador del fin llamado justicia. La justicia se da, afirma Aristóteles en *Ética a Nicómaco*, entre hombres cuyas relaciones recíprocas están regidas por un ordenamiento jurídico. Y obtenemos nuevamente relaciones internas entre estado, política, derecho y moral. El hombre, sin leyes y sin justicia, puede ser el peor de los animales; de allí la importancia del establecimiento del Estado y sus normas. A partir de la antítesis entre naturaleza y convención,

2 Alessandro Passerin D'Entrèves, *La noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política*, Ariel, España, 1967, p. 195.

3 Cfr. *Ibid.*, p. 197.

encontrada desde la época de los sofistas, se puede concebir al Estado ya no como algo natural, sino como algo convencional.

A comienzos de la Edad Moderna, la reivindicación de la autonomía individual llevará a postular la necesidad del contrato social derivado de la voluntad humana, que justifica y explica las instituciones políticas.

Para los contractualistas y los modernos utilitaristas, decir que el Estado no es una institución natural sino convencional significa atribuirle el valor de medio para alcanzar determinados fines. Sin embargo, lo importante es que el Estado concebido desde el estado de naturaleza o desde el contrato social son conceptos normativos y en ello radica la importancia.

En el *Leviatán* se hace referencia continua al pacto o convenio en que tiene su origen el Estado. De tal forma que, en principio, Hobbes parece diametralmente opuesto a Aristóteles. Sin embargo, si se examina con cuidado la cuestión, se encuentra una amplia zona de acuerdos entre ambos pensadores. Aristóteles reconoce que el Estado, aunque natural, simplemente no cobra existencia sin los esfuerzos voluntarios de los hombres para instituirlo. Sabe que no se desarrolla del modo en que lo hace naturalmente un árbol. Por naturaleza se da en los hombres un instinto social, pero agrega que quien fundó por primera vez el Estado fue el más grande de los benefactores.

Y por parte de Hobbes tenemos que su primera ley “vivir en paz” es una ley natural. De manera que tanto para Aristóteles como para un moderno como lo es Hobbes, el estado tiene su origen en necesidades humanas. Y lo humano es una interrelación de naturalidad y cultura.

En Hobbes encontramos también la relación interna que me interesa destacar entre estado y derecho y por ende entre política y derecho. Sostiene que no puede haber pacto válido hasta que haya un poder coercitivo que compulse a las partes para llevar a cabo sobre lo que han convenido. Solo tal poder coercitivo puede asegurar que cada parte en el contrato reciba su propiedad, es decir, lo suyo:

[...] donde no hay suyo, donde no hay propiedad, no hay injusticia; y donde no se ha erigido un poder coercitivo, es decir, donde no existe un Estado, no hay propiedad. Todos los hombres tienen derecho a todas las cosas, y por tanto donde no hay Estado, nada es injusto. Así que la naturaleza de la justicia consiste en la observancia de pactos válidos; ahora bien, la validez de los pactos no comienza sino con la constitución de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a observarlos.⁴

Tenemos entonces un primer paso dialéctico del poder al derecho, es decir del estado a la ley:

...el derecho, en el sentido propio de la palabra, no es sino el conjunto de las reglas impuestas a los hombres en un territorio determinado, por una autoridad superior, capaz de mandar con potestad efectiva de dominación y de coacción irresistible. Ahora bien, precisamente esta autoridad dominadora solo existe en el Estado; esta potestad positiva de mando y de coacción es propiamente la potestad estatal...⁵

La evolución histórica de la soberanía culminó al localizar al Estado como titular del poder soberano, con el fin de esquivar de este modo la peligrosa consecuencia a que llegó la doctrina revolucionaria cuando trasladó al pueblo el absolutismo del príncipe. El Estado, como personificación jurídica de la noción, es susceptible de organizarse jurídicamente. Así, el concepto Estado de derecho es una respuesta al estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. De ahí que la garantía jurídica del Estado de derecho corresponda al constitucionalismo moderno.

Veamos ahora cómo con el Estado moderno surge la primera etapa del actual constitucionalismo y con ello también el concepto moderno de

4 Thomas Hobbes, *Leviatán*, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1980. Parte I, c, 15, p. 21.

5 R. Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Constitución. No sin antes dejar de mencionar que los principios del constitucionalismo moderno tuvieron origen en la pregunta de cómo la libertad individual podría asegurarse permanentemente contra las intervenciones del gobierno, considerando las debilidades de la naturaleza humana.

LAS REVOLUCIONES LIBERALES Y EL SURGIMIENTO DEL CONCEPTO MODERNO DE CONSTITUCIÓN

En su conjunto, las revoluciones europeas del siglo XVIII constituyeron el momento más decisivo para el constitucionalismo moderno y su futura historia. Este evento es significativo tanto para la vida jurídica como política.

Como es sabido, la situación en Francia en el siglo XVIII era intolerable: artesanos y campesinos, quienes soportaban la mayor carga fiscal, se encontraban en una situación miserable. Francia era un reino despótico que no conocía libertad de pensamiento, de prensa, ni de reunión. Por medio de las *lettres de cachet*, por ejemplo, cualquier individuo era detenido y encarcelado sin más trámites. Los filósofos modernos y su creencia en el poder de la razón los lleva a proclamar reformas significativas. Y esto va de la mano con la concepción de un nuevo tipo de constitución. Se trata de conformar una Constitución basada en la razón humana y no en el modelo tradicional o bíblico. “La ley en general es la razón humana en tanto que ella gobierna todos los pueblos de la tierra”.⁶

La Constitución tenía que ser de tal manera que la comunidad política diera cabida a todos los derechos del hombre y a sus libertades. Esta nueva noción de Constitución encontró en la Ilustración todo un aparato doctrinal de apoyo. Se trató de un proyecto laico para el ejercicio del poder y la libertad ciudadana, como respuesta al antiguo régimen y su sistema

6 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Porrúa, México, 1975, p. 3.

absolutista. De igual forma, el constitucionalismo moderno se fortaleció en y desde las emancipaciones americanas. Los ideales de la Ilustración y un pensamiento basado en la razón, fueron lo que constituyó el espíritu que animó:

...a los constituyentes norteamericanos y franceses. Sin lugar a dudas Voltaire, Montesquieu, Rousseau las más grandes figuras de la Ilustración francesa, contribuyendo, al lado de Edward Coke, Francisco Bacon, Hugo Crocio, Samuel Pufendorf, John Milton (1608-1674), John Locke, etcétera, a la formación del pensamiento político de las colonias británicas de Norteamérica. La cantidad de citas de *les philosophes* en los panfletos y en los discursos en las colonias eran sorprendentes: James Otis (1724-1783) cita como argumentos de autoridades las ideas de Locke, Rousseau, Groccio, Pufendorf; Josiah Quina Jr., se apoya en Beccaria (1738-1794), Rousseau y Montesquieu: Alexander Hamilton (1755-1804) recomienda las obras de Pufendorf, Locke, Montesquieu, para descubrir los verdaderos principios de la política”.⁷

Se da así el pacto social celebrado por el pueblo soberano, es un contrato social donde se establece el cuerpo político de la modernidad. Surge la nueva era de las constituciones. En 1776 aparecen las Constituciones de Virginia, New Jersey, Delaware, Pennsylvania y Maryland; de 1777 son las de Georgia y Nueva York; de 1780 la de Massachussets; de 1784 la de New Hampshire; y en 1787 sale a la luz la Constitución Federal de Estados Unidos, la cual resalta porque permeó todo el ambiente jurídico-político con un sentido moderno de Constitución.

A partir de la Constitución federal de 1787:

...muchos países comenzaron a imitarlas pensando que se había encontrado la fórmula política ideal. Ahora la obra del pueblo soberano —que

7 Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, Fontamara, México, 1979, p. 75.

había creado un nuevo Estado— transformando todas las tradiciones y rompiendo todos los vínculos es un documento que se puede observar, conocer: es escrita.⁸

Ya el siglo XIX presenta un desarrollo constante de esta idea de constitución, de división de poderes y de establecimiento del derecho moderno como hoy lo conocemos. Es el momento en que las constituciones se concretan y desarrollan mucho más que en ningún otro momento histórico. Tiene, por supuesto ese carácter creador que remite al Constituyente.

Este carácter creador de la nueva noción de “constitución” estaba completamente ausente en la noción tradicional de constitución. Inclusive no es muy claro entre *les philosophes* del siglo XVIII. Para afirmar la situación del carácter creador y renovador de la constitución era necesario, justamente, que se afirmara la situación del órgano constituyente. La constitución pudo ser un aparato creador y renovador desde el momento en que el órgano constituyente fue capaz de crear una constitución que no se limitara a esclarecer la situación institucional existente.⁹

Sin embargo, los resultados inmediatos no son del todo claros y satisfactorios. Como regla general, las constituciones de 1848-1849 podían ser divididas en dos grupos: uno teniendo aquellas que fueron preparadas y decretadas para coartar la revolución y por lo tanto en ellas se da un rechazo por lo menos implícito al constitucionalismo moderno. Y otro grupo conteniendo aquellas constituciones que fueron verdaderamente los frutos de una revolución.

No obstante, es un hecho que el constitucionalismo moderno definitivamente había dado un gran paso hacia adelante en Europa con las revoluciones de 1848, y el más sonado ejemplo en Europa Central fueron,

8 *Ibid.*, p. 77.

9 *Ibid.*, p. 79.

presumiblemente, los borradores de la Dieta Imperial en Kremsier, de una declaración de derechos fundamentales y de una Constitución, la cual al igual que la última Constitución de la República de Roma, de todos los elementos esenciales expresados, solamente dejó de mencionar el gobierno limitado. Aunque la situación política no permitió mayores avances en otras partes de Europa, el constitucionalismo moderno, a pesar de los ataques, críticas y sus propias contradicciones, había echado raíces firmes en el continente. Un gran paso se había dado para poner al gobierno sobre una base más racional, para beneficio de todos y cada uno de los individuos que conformaban un pueblo.

En cuanto a la literatura jurídico-política, cabe señalar que *La teoría general del Estado* de Jellinek escrita en 1900, marca el momento en el que por primera vez en la historia el derecho público adquiere una explicación sistemática. Esta monumental obra se presenta como el prometedor horizonte que definitivamente abría el camino a una doctrina jurídica del Estado y a una vertebración lógica y sistemática del derecho constitucional.¹⁰

Jellinek estudia al Estado desde dos enfoques: el jurídico y el sociológico. En este gran tratado, el Estado se justifica por su finalidad que es la razón de su existencia. Desde el enfoque sociológico, el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de mando y formada por hombres que viven permanentemente en un territorio. Desde el punto de vista jurídico es una corporación o sujeto de derechos y obligaciones, formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentada en un territorio determinado.

Por otra parte, la investigación del Estado debe realizarse conforme a “tipos”, que no deben ser solo ideales sino de igual forma empíricos. El tipo empírico ha de expresar tan solo la unificación de notas entre los

10 Cfr. Miguel Carbonell, *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. UNAM, México, 2000, pp. 3 y 4.

fenómenos, la que dependerá del enfoque que utilice el investigador. La unificación permite extraer lo que les es común a los fenómenos.

Ya para 1934 contamos también con otra monumental obra sobre el Estado; el texto de Herman Heller titulado *Teoría del Estado*. A lo largo de esta obra, Heller presenta un panorama relativo de los principios jurídicos a la sociedad que los produce, mostrando con esto su sensibilidad e inteligencia para ubicar al derecho dentro de un contexto sociohistórico, sin despojar por ello al derecho ni a la teoría política de su dignidad supratemporal y su vinculación a los más altos valores morales de la existencia social.

Una Constitución política solo puede concebirse como un ser, al que dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concretas, la Constitución solo es posible debido a que los partícipes consideran a esa ordenación y a esa forma ya realizados o por realizarse en el futuro, como algo que debe ser y lo actualizan; ya sea que la forma de actividad acomodada a la Constitución se haya convertido para ellos, por medio del hábito, en una segunda naturaleza, en conformación habitual de su propio ser apenas estimada como exigencia normativa consciente; ya sea que los miembros motiven su conducta, de modo más o menos consciente, por normas autónomas o heterónomas.

El Estado, empero, no puede ser concebido ni como sociedad ni como comunidad exclusivamente [...]. Su ley decisiva de formación es ciertamente la organización; pues no solo por medio de ella crece considerablemente su valor de efectividad social, sino que ella no tiene, en general, existencia. Pero, por otra parte, no se le debe considerar en ningún caso como mero producto de la técnica organizadora, como sucede en la sociedad anónima; el individuo aparece siempre inserto en el Estado, voluntaria o involuntariamente, según zonas vitalmente importantes de su ser. La organización de la sociedad anónima puede ser completamente independiente de la manera de ser de los accionistas. En cambio, la organización

estatal penetra hondamente en la vida personal del hombre formando así su ser, a la vez que, por su parte, los miembros influyen decisivamente sobre ella. Por eso decimos que el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no solo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada de los mismos. La normalidad de una conducta consiste en su concordancia con una regla de previsión basada sobre la observación de lo que sucede por término medio en determinados periodos de tiempo. Todas las ordenaciones sociales que tienen validez real consisten en ciertas esperanzas de los miembros basadas en el siguiente principio: por el hecho de que tal hombre o grupo en tales circunstancias, de manera constante y por lo regular, se hayan comportado, en general, de tal modo, se puede confiar y contar con que, a pesar de las excepciones que pueda tener la regla, se comportarán también así, bajo las mismas circunstancias, en el futuro. La convivencia humana y con mayor motivo la cooperación entre hombres, son totalmente imposibles sin la aplicación consciente o inconsciente de esta regla de previsión [...]. [Los] factores naturales y culturales tienen para la Constitución del Estado una gran importancia, tanto constructiva, como destructiva; pero la Constitución no normada es solo un contenido parcial de la Constitución total. La normalidad tiene que ser siempre reforzada y completada por la normatividad; al lado de la regla empírica de previsión ha de aparecer la norma valorativa de juicio. La idea de la normatividad, es decir, de la ejemplaridad u obligatoriedad de un obrar conforme con determinados criterios positivos de valor, presenta para la Constitución del Estado la inmensa importancia de que no solo eleva considerablemente la probabilidad de un obrar conforme a la constitución por parte de los miembros actuales o futuros, sino que solo ella quien, en muchos casos, la hace posible.¹¹

11 Hermann Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 269-270.

Antes de proseguir con este estudio sobre constitucionalismo y Estado de derecho, me parece que es momento de detener la reflexión sobre el concepto de constitución para preguntarnos e intentar responder la interrogante: ¿Qué es una Constitución? Muchos autores señalado que establecer una definición es una empresa difícil porque entre otras cosas, se trata de un concepto polisémico. “[E]l concepto de constitución ha tenido y tiene un sin fin de formulaciones, muchas de ellas incompatibles y contradictorias entre sí, lo cual no ayuda, sino que complica la búsqueda de un concepto válido que la describa”.¹²

En particular, Guastini ha dicho que:

El término “Constitución” es usado en el lenguaje jurídico (y político) con una multiplicidad de significados (cada uno de los cuales presenta muy diversos matices) [...] [Hay] cuatro significados principales, que son los siguientes: a) en una primera acepción, “Constitución” denota todo ordenamiento político de tipo “liberal”; b) en una segunda acepción, “Constitución” denota un cierto conjunto de normas jurídicas: *grosso modo*, el conjunto de normas –en algún sentido fundamentales– que caracterizan e identifican todo ordenamiento; c) en una tercera acepción, “Constitución” denota –simplemente– un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente), y d) en una cuarta acepción, en fin, “Constitución” denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea, de un particular régimen jurídico.¹³

Por su parte, Paolo Comanducci ha señalado que a pesar de que es actualmente un término muy usado por los juristas y representa uno de los conceptos centrales tanto en la teoría del derecho como en la práctica

12 M. Carbonell, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, UNAM, México, 1999, p. 132.

13 Ricardo Guastini, “Sobre el concepto de constitución”, en M. Carbonell, *Teoría de la Constitución*, *op.cit.* p. 94.

forense. No obstante, “...basta una observación superficial para apreciar que “Constitución” es un vocablo que se emplea, en el ámbito jurídico, con más de un significado; o, desde otro punto de vista, que existen varios conceptos de constitución”.¹⁴ Igualmente señala la existencia y ruptura entre una concepción antigua y otra moderna de Constitución. Establece dos modelos de constitución entendidos estos como orden y dos modelos de constitución entendidos como norma. También tenemos el planteamiento de Balaguer Callejón quien afirma: “No hay una noción de Constitución válida para todo momento y lugar, ni es correcto identificar la Constitución normativa con la esencia misma de la Constitución, ya que no conocemos los desarrollos a que se verá sometida esta fuente en el futuro”.¹⁵

Ahora bien, si profundizamos en la problemática de este trabajo complejo y nunca completo de definición, vale la pena recordar la filosofía del segundo Wittgenstein, la que señala que una mejor forma de entender y captar el significado de las palabras, en nuestro caso Constitución y Constitucionalismo, es ver los diferentes aires de familia que captura cada uno de los usos de dichos conceptos y manejar los diferentes juegos de lenguaje en que dichos conceptos se *usan*. En otras palabras: Wittgenstein nos advierte del error cometido por San Agustín y por la mayor parte de los filósofos esencialistas que tratan siempre de buscar el significado de un término postulando esencias que supuestamente subyacen a todo término o bien trascienden a este como, por ejemplo el tradicional *substratum*.

En opinión de Wittgenstein, la teoría del lenguaje sustentada por Agustín de Hipona es una teoría nominativa, pero esto es un error pues lo nominativo es solo uno de entre una infinita variedad de juegos del

14 Paolo Comanducci, “Modelos e interpretación de la Constitución”, M. Carbonell, *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 125.

15 Francisco Balaguer Callejón, “Constitución y ordenamiento jurídico”, M. Carbonell, *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 179.

lenguaje. Las palabras para Wittgenstein son como herramientas, se definen por su uso y no a través de una definición ostensiva.

Los usos de las palabras van conformando diferentes juegos del lenguaje. Y los juegos lingüísticos de que consta un determinado lenguaje vienen a expresar la forma de vida de sus hablantes. El lenguaje ya no es concebido como una imagen o figura de la realidad, sino a modo de un instrumento del que caben incontables usos diferentes.

Se aprende el significado de un término tomando nota de su uso. Y una vez conocido este, se conoce su significado. Esto implica, entre otras cosas, que aquello a lo que un término refiere no puede ser su significado. Es decir que significado y referencia no coinciden, que ello así viene perfectamente ilustrado por el uso de los nombres propios. El nombre Juan es, normalmente, el nombre de una persona; esta persona no es, sin embargo, lo que el nombre Juan significa. En efecto: si Juan muere, muere el portador del nombre Juan, sin que por ello dicho nombre pierda su significado. Los portadores de los nombres propios pueden vivir y morir; de los significados no cabe decir, obviamente, lo mismo. Ahora bien, siguiendo esta metodología del segundo Wittgenstein mencionaré algunas nociones o usos de Constitución que diversos juristas latinoamericanos de este tiempo han proporcionado:

Diego Valadés nos dice:

La Constitución es el eje de la vida social. De ella depende el conjunto del aparato normativo que rige a una comunidad; es ella la que establece las bases de legitimación y ejercicio del poder; es en ella donde residen los instrumentos que garantizan la libertad y la igualdad de los integrantes de la sociedad. Pero además de las funciones jurídica y política, La Constitución tiene otra de carácter simbólica: es un punto de referencia que auspicia la cohesión social.¹⁶

16 Diego Valadés, *Constitución y democracia*, UNAM, México, 2002, p.107.

En el mismo texto donde se encuentra esta noción, el jurista mexicano nos dice también que la Constitución es el estatuto del poder. Miguel Ángel Carbonell señala “...la Constitución es la norma que reconduce tanto la diversidad política de una nación en una unidad jurídica, como la pluralidad de fuentes en una unidad del ordenamiento jurídico”.¹⁷ Carlos Nino en forma breve, pero profunda, ha dicho que la Constitución es la carta de navegación.¹⁸ Por otra parte, y desde una noción cognoscitiva, Rolando Tamayo señala que el concepto de Constitución debe ser entendido desde tres conceptos jurídicos previos: norma, facultad, y orden jurídico.

A continuación presento algunas notas sobre la validez de una constitución siguiendo la argumentación de Tamayo. De acuerdo con este autor, la validez está dada por ser parte de una cadena normativa de un orden jurídico positivo. Tenemos entonces una validez sistemática, pero esta no basta para explicar el inicio, ¿cómo se explica entonces el acto constituyente?, ¿cómo se explica el acto primero?, ¿tiene la cadena un punto final?

En cualquier cadena normativa y, a fortiori, en las cadenas que forman un orden jurídico total, existe un acto primero, más allá del cual no es posible remontar; un acto primero, acto constituyente (topográficamente de fácil localización en el diagrama). Pero este acto es el primer acto de una cadena normativa o, de un orden jurídico, siempre que la cadena normativa o el orden jurídico que los diagramas representan existan. En el esquema que representa un orden jurídico *al* es el acto en que el orden jurídico reposa, el acto constituyente. Sin embargo, el predicado “constituyente” puede aplicarse a tal acto solo que el orden jurídico ahí representado exista. Si no existe ¿qué cosa es constituyente? ¿Constituyente de qué?

Lo anterior puede formularse brevemente diciendo que un acto *x* es *al* si el orden jurídico del cual él es el *primer* acto, existe.

17 M. Carbonell, *Constitución, Reforma constitucional y fuentes del derecho en México, op.cit.*, p. 5.

18 Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 707.

Lo anterior, sin embargo, es solo parte de la respuesta sobre la validez de la constitución. Permítaseme completar la respuesta. Al explicar el condicionamiento sucesivo de los materiales jurídicos mostré que este se reduce a una relación de facultamiento (*Ermächtigung*) entre una norma que confiere facultades y los actos que la aplican. La progresión de una etapa a otra del condicionamiento sucesivo de una cadena normativa se da con la *conformidad* de ciertos actos con lo dispuesto por las normas que los autorizan (por las normas que regulan su creación). Una cadena normativa ocurre solo cuando los actos que la componen aplican las normas que los regulan. De esta manera, tenemos que *x* es el acto constituyente, *id. est.*, el primer acto de una cadena normativa (más allá del cual no es posible remontar) si las normas que establecen son “seguidas” u “obedecidas”, así como las etapas ulteriores.

De lo anterior se desprende que *x* es *al*, acto constituyente (acto originario del orden jurídico), si y osí, *nl* es “seguida” y “obedecida” y son “seguidas” y “obedecidas” las normas creadas, directa o indirectamente, mediante las facultades establecidas por la constitución. De esto infiere que ciertas instrucciones, prescripciones o reglas son *nl*, la constitución de un orden jurídico si *nl* es *eficaz, id. est.*, si se crea el orden jurídico que *nl prevé*. Ahora cabe preguntar ¿por qué una y no otra constitución?

En el curso de las explicaciones que preceden se puede observar que el orden jurídico —su creación, su funcionamiento— es una cuestión de hechos sociales; de actos y violaciones humanas. Ahora bien, si en una determinada comunidad rige un conjunto de normas y si estas son establecidas por actos humanos, entonces, puede decirse, que las normas jurídicas de una comunidad son aquellas que, en última instancia, han “convenido” los miembros de la comunidad. Son ellos —no hay otros— quienes, en última instancia, “convienen” en tener el derecho que les rige.

En la base de cualquier orden jurídico positivo determinado se encuentra, así, una “convención”; es esta la que explica la eficacia del derecho; condición necesaria, *sine qua non*, de su existencia.

Esta “convención” permite determinar quién es el órgano constituyente; determinación que puede ser descrita por la siguiente fórmula: *X* es *Rex* (primer legislador, órgano constituyente) si, y solo si, *X* es habitualmente obedecido. Los actos de *X* son los actos constituyentes de un orden jurídico siempre que las normas que establece sean habitualmente obedecidas (sean eficaces).¹⁹

EL ESTADO DE DERECHO Y EL CONSTITUCIONALISMO

Establecido hasta donde es posible la noción de constitución, vuelvo a la de Estado de derecho para señalar ahora que este consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos.

En la actualidad, el Estado no se concibe ya como algo que viene a remediar las consecuencias del pecado, tampoco como una máquina construida precisamente para la consecución de determinados fines, sino que se le contempla como expresión de un vínculo anterior a la propia organización jurídica del poder. A su vez el estado expresa su o sus formas de vida desde la normatividad política de la Constitución.

En cuanto al “constitucionalismo”, este término fue utilizado por primera vez en 1832 por el poeta inglés Robert Southey, y su difusión

¹⁹ R. Tamayo y Salmorán, *op.cit.*, pp. 278-281.

como expresión jurídica es relativamente reciente. Se ha entendido que el constitucionalismo contiene dos elementos básicos: la supremacía de la Constitución y la separación de funciones en el ejercicio del poder, lo que da lugar al Estado de derecho. La Constitución francesa de 1791 incluyó en su artículo 16 la expresión que luego se convertiría en el dogma del constitucionalismo liberal: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de Constitución”. Por su parte Rolando Tamayo caracteriza al constitucionalismo

[...] como los intentos por establecer o señalar límites *jurídicos* a los gobernantes o detenedores del poder en una comunidad política, encuentro que el constitucionalismo tiene una característica esencial: es una *limitación jurídica* impuesta al gobierno. El constitucionalismo se propone, así, sustituir el gobierno arbitrario y despótico, por un gobierno “derecho”.

La experiencia demuestra que detentar el poder lleva a los hombres al exceso, el poder convierte a los gobernantes en déspotas. Por ello es necesario limitar el poder con *mecanismos jurídicos* adecuados. Los excesos del poder, sostiene esta corriente, solo pueden ser eficazmente controlados por el “derecho”. Es interesante, apunta McIlwain, pero no extraño, encontrar que sobre este particular el cardenal Ballarmino sostenía en el siglo XVI que la Iglesia debe tener un régimen despótico porque es divina, mientras que el Estado debe tener un *gobierno limitado* porque es humano. Es quizás por ello que las limitaciones constitucionales son, sin duda, la parte más antigua del constitucionalismo.²⁰

El constitucionalismo remite entonces a los límites jurídicos del poder político. Y estos límites jurídicos a su vez dan lugar a un Estado de derecho:

La principal o fundamental pretensión del constitucionalismo es la sustitución del poder personal (...) por el poder impersonal del derecho que

20 *Ibid.*, pp. 91-92.

se manifiesta (por ejemplo), en las cláusulas de una constitución escrita o cristalizada en las costumbres, en las *convenciones* o en los precedentes judiciales.²¹

Hablar de constitucionalismo es hablar de límites a la constitución, a los gobernantes déspotas, a los excesos del poder. Límites que se caracterizan por ser jurídicos. El constitucionalismo remite así a una constitución y a un determinado contenido.

En la relación entre constitucionalismo y dogmática constitucional, vale la pena recordar las palabras de Alf Ross: “el constitucionalismo es la ideología jurídica de la dogmática constitucional”.²²

Vuelvo al texto de Tamayo para resaltar su comentario sobre la relación entre Estado de Derecho y Constitucionalismo. Este jurista mexicano afirma que: “‘Derecho’ en la frase ‘Estado de derecho’, significa algo más que mera obediencia o conformidad al derecho positivo (aunque no lo excluye); significa el conjunto de principios (correctos) y dogmas (aceptados) que se aplican al gobierno del Estado”.²³

El constitucionalismo viene a ser una postura jurídica-política; alude a principios y valores jurídicos-rationales, inmovibles y universalmente válidos. Pero también es un conjunto de instituciones legales a través de las cuales se establece la defensa de dichos principios y valores jurídicos. A través de estas instituciones y valores, el constitucionalismo se va construyendo y dando lugar a la responsabilidad política. Desde la responsabilidad política de estas instituciones se establece y reclama un mínimo de libertades y facultades frente al poder gubernamental. Todo esto da lugar a una teoría normativa del constitucionalismo.

21 Carlos Sánchez Viamonte, “Constitucionalismo”, en *Enciclopedia jurídica Olmeba*, cit., t. III, p. 1052.

22 Cfr. Alf Ross, *On Law and Justice*, Berkeley, Universidad de California Press, 1974.

23 R. Tamayo y Salmorán, *op.cit.*, pp. 94-95.

Con el surgimiento de las constituciones escritas en la edad moderna, el constitucionalismo evoluciona y refiere ahora a una constitución escrita. El texto escrito resulta ser sumamente importante, ya que sin ello lo jurídico se diluye y tanto las reglas del juego político como el constitucionalismo quedan sin fijarse.

Las conquistas del constitucionalismo tenían que ser sancionadas solamente por un pacto, el cual sería considerado como la garantía de que, de una vez y para siempre, el ejercicio del poder no podía ser más que constitucional. “Porque solo la escritura puede dar a las formas jurídicas la fijeza y aún la rigidez muchas veces indispensable para la defensa de la libertad. De ahí el nuevo dogma: la distribución, el límite y el control del poder, los derechos humanos, etcétera” todo esto [estado de derecho] es imposible de conseguir si la constitución no está escrita, porque solo bajo tal condición es una constitución propiamente dicha.

Después de la aparición de las primeras constituciones escritas en los procesos independentistas de las colonias españolas, en los que dichos documentos son concebidos como indispensables y como sello de identidad del nuevo Estado, y después de haberse extendido su uso a las monarquías constitucionales en Europa, el constitucionalismo adopta, como objetivo principal, el establecimiento de la Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación, a sus disposiciones, de todos los actos emanados de los poderes constituidos.²⁴

Es importante resaltar que el significado de constitucionalismo modifica al significado de constitución. El texto constitucional se convierte en un objetivo del constitucionalismo y los ideales del constitucionalismo terminan permeando toda la constitución y esta se convierte entonces en un ideario.

²⁴ *Ibid.*, p. 198.

La Constitución pasa a ser una guía para la reconstrucción de la realidad a fin de alcanzar determinados niveles jurídico valorativos. “El constitucionalismo no es más una idea vaga a la que de una u otra forma pudiera aludirse, sino que es la raíz misma de los órdenes jurídicos, pero también su aspiración”.²⁵ En cuanto a las tendencias del Estado de derecho que a su vez permiten definir al sistema constitucional hay por lo menos cuatro: la liberal, la social y la democrática.

En términos generales podemos decir que desde las décadas finales del siglo XVIII y hasta prácticamente todo el siglo XIX se caracterizan por la ideología liberal. Es la búsqueda y protección de la libertad de los individuos frente al Estado. Para esto se crea la importante conceptualización y posterior institucionalización de la división de poderes; la defensa de los derechos fundamentales se da en el texto escrito.

Cuando entró el siglo XX dominaba el constitucionalismo liberal y las constituciones se estructuraban a partir de los derechos de libertad, propiedad, seguridad jurídica e igualdad. Algunos de sus corolarios eran los derechos de asociación, petición, sufragio y libertad de conciencia. Sin embargo, los excesos del estado liberal y el énfasis en lo formal hacen trabajar en el aspecto material de la constitución. Inicia el reconocimiento de los derechos a la organización profesional, a la huelga, a la contratación colectiva, al acceso a la riqueza (en el caso mexicano significó una amplia gama de acciones de naturaleza agraria), y de principios de equidad en las relaciones jurídicas y económicas. Es el surgimiento de la seguridad social, de los tribunales laborales y la defensa de derechos como la jornada, el salario y el descanso obligatorio, es decir, los derechos prestacionales con cargo al Estado. Y se da el surgimiento de derechos de la mayor importancia como los concernientes a educación, salud, vivienda y abasto.

25 José Ramón Cossío, “Constitucionalismo y globalización”, en Miguel Carbonell, *Estado constitucional y globalización*, UNAM, México, 2001, p. 224.

La exigencia primaria (...) fue la necesidad de reconocer las diferencias materiales entre los individuos y, a partir de ellos, lograr que el Estado otorgara una serie de prestaciones materiales para satisfacer ciertas necesidades. Lo relevante aquí es, de una parte, el intento explícito por lograr la igualdad material entre los individuos a través de una notable participación de los Estados; por otra, el establecimiento de instrumentos jurídicos específicos para ello: los denominados derechos sociales, mismos que en su sentido más general imponían al Estado el otorgamiento de prestaciones materiales.

La disputa política fundamental era entre las formas de Estados constitucional y social, ello con la pretensión de que una u otra fueran llevadas a la Constitución correspondiente. A partir del predominio del Estado liberal, en algunos momentos se logró la inserción de algunos contenidos sociales, como en las Constituciones de Weimar (1918) o España (1931). Sin embargo, debido a que la inserción de esos contenidos pasaba por un amplio y complejo debate político, en todo momento siguió existiendo una fuerte tensión entre ambos elementos, misma que solo habría de ser resuelta al terminar la Segunda Guerra Mundial.²⁶

Después de la guerra importaba centrarse en la defensa de la dignidad humana, lo que implicaba a su vez trabajar en la defensa del respeto individual y la satisfacción de sus necesidades materiales mínimas.

Por su parte, el constitucionalismo social en México apareció en la carta de Querétaro de 1917 y en Alemania en la Constitución de Weimar de 1919. Fue esta última la que mayor influencia tuvo en Europa, mientras que la mexicana recibió mayor difusión en América Latina. Las tesis sociales de Weimar tuvieron resonancia en las sociedades industriales, sobre todo porque permitían hacer frente a las presiones obreras que inspiradas en la Revolución soviética. Las tesis mexicanas

²⁶ *Ibid.*, p 226.

fueron más atractivas para quienes tenían que paliar la inquietud de las sociedades rurales.

Así, se iniciaron los procesos de reconocimiento de los partidos políticos, la garantía de procesos electorales libres e imparciales; la descentralización del poder, incluyendo las formas del estado federal y regional; el fortalecimiento de la organización, facultades y funcionamiento de los cuerpos representativos; así como la adopción de formas de democracia semidirecta. Igualmente adquieren protagonismo el referéndum legislativo, el plebiscito, la iniciativa popular.

DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN

Como se señaló líneas arriba, el siguiente hito fundamental en la historia de las constituciones es la Segunda Guerra Mundial. Al término de esta toman nuevo impulso los movimientos políticos iniciados en la Revolución francesa.

Comienza el proceso del reconocimiento de los derechos humanos, que cuenta con diversidad de etapas, enfoques e impulsos pero que, sobre todo, se mantiene en una línea crítica propositiva, creativa y humanista. A partir de este momento se inicia una mayor aceptación de este proceso de defensa de los derechos humanos como algo fundamental y significativo de toda Constitución.

La norma fundamental empieza a ser entendida como la que reconoce los derechos fundamentales de todos y cada uno de los seres humanos. Se enfatiza que la Constitución no otorga los derechos, como tampoco lo hacen las múltiples declaraciones que internacionalmente se han pronunciado sobre el tema, pues se sostiene que los derechos humanos son precedentes a cualquier estado y superiores a cualquier expresión de poder que este tenga. Esto a su vez nos lleva a tener presente que la mera declaración de derechos no hace a estos invulnerables

a cualquier violación o intento de violación por parte tanto del Estado como de otras personas.

El desarrollo del constitucionalismo moderno se dedica al estudio de procedimientos que aseguren una adecuada protección a los derechos reconocidos. Algunos de estos procedimientos tienen un gran desarrollo histórico y teórico como el *habeas corpus* que data el siglo XIII y otros son aún novedosos y tienen poco desarrollo como el *habeas data* y la Acción de cumplimiento. Por primera vez, la idea tradicional de limitar el poder había derivado en la concesión de derechos positivados a los individuos, la protección de los cuales podrían reclamarse en la corte. Se trata de un gobierno limitado y la consideración de la constitución como la ley suprema. Ahora “Las constituciones tienen que ser la expresión de ese nuevo entendimiento del hombre, de manera tal que su representación, sus funciones, sus contenidos y sus técnicas de interpretación tienen que estar guiadas por ese entendimiento”.²⁷

Más allá de haber enumerado ciertos derechos, aunque de forma incompleta, la importancia singular de la Declaración de los Derechos de Virginia en 1776, se basa en el establecimiento de un catálogo completo de lo esencial del constitucionalismo moderno, cuyo carácter fundacional no es hoy menos válido de lo que fue hace más de doscientos años: soberanía del pueblo, principios universales, derechos humanos, gobierno representativo, la constitución como ley suprema, separación de poderes, gobierno limitado, responsabilidad y obligación de rendir cuentas del gobierno, independencia judicial e imparcialidad y el derecho de la gente a reformar su propio gobierno o poder constituyente del pueblo. Estos diez elementos esenciales del constitucionalismo moderno son expresados en la Declaración de Derechos de Virginia.

27 *Ibid.*, p. 231.

En América Latina, después de veintiún años de la Declaración Francesa de los Derechos Humanos del Hombre, diecinueve de la Constitución Francesa de 1791 y veintitrés de la Constitución de Estados Unidos, el 16 de octubre de 1810 se firmó la primera Declaración de Derechos, que precedía al primer Proyecto de Constitución, elaborado en la Capitanía General de Guatemala. Al consumarse la independencia, los grupos emergentes eligen congresos constitucionales que establecen las nuevas reglas del juego político, formalizan las primeras declaraciones de derechos, orientadas al respeto de la libertad individual.

La ideología de la emancipación que se concretó en el movimiento constitucional del siglo XIX, está en la base de la lucha por los derechos humanos. El objeto y fin del estado que se pretendió crear, lo constituían la búsqueda de un régimen en el que los derechos de las personas estuvieran reconocidos y aún garantizados. Varios principios fueron establecidos: al suprimir los títulos de nobleza y muchos privilegios del antiguo régimen se reconoció la igualdad jurídica y el rechazo de toda discriminación por razones de raza o de color; el principio de la libertad de cultos, que se afirma con el triunfo de las reformas liberales de finales de siglo; la supresión de la esclavitud; la garantía del derecho a la vida con la supresión de la pena de muerte, que incluso fue punto central del programa de algunos partidos; un pluripartidismo de hecho, no importa la conspiración del silencio que constitucionalmente se abatió sobre los partidos; y el continuado proceso de estructuración de un sistema de garantías para hacer efectivos los derechos formalmente consagrados, que se orienta a desarrollar el recurso de exhibición personal o *habeas corpus* como defensa de la libertad individual, el recurso o acción de amparo para proteger los demás derechos, y la revisión judicial para proteger la supremacía de la Constitución frente a los excesos del Poder Legislativo.²⁸

28 Abelardo Villegas *et al.*, *Democracia y derechos humanos*, UNAM, Porrúa, México, 1994, pp. 161-162.

Sin embargo, hay que reconocer que la historia del constitucionalismo moderno está llena de intentos de evadir uno o varios elementos de los catálogos de derechos humanos. Hay ocasiones en que se ha querido rechazar algunos o la totalidad de tales derechos fundamentales. Incluso desde sus inicios, de una u otra forma, siempre surge el problema del pasado.

Como en el periodo colonial, la realidad se enfrentaba a los principios. Una estructura social y un nuevo entramado de intereses, se oponían a la vigencia de un orden constitucional, que se volvía nominal. La concentración de la riqueza en una minoría, el régimen de explotación, los privilegios políticos derivados de un sistema electoral exageradamente censitario, la discriminación para las mujeres, el exagerado analfabetismo, el caudillismo tradicional, el fanatismo religioso, el militarismo, las intervenciones extranjeras de las grandes potencias, la exageración de los poderes presidenciales y el uso abusivo de los estados de excepción, fueron factores que alimentaron una cultura autoritaria y que impidieron la aplicación adecuada del nuevo régimen y la vigencia de los derechos humanos formalmente reconocidos.²⁹

Se requirió tiempo para transformar estos elementos básicos en principios generalmente aceptados. Hay que reconocer que:

El constitucionalismo latinoamericano en materia de derechos humanos es muy rico en normas programáticas. No debe preocuparnos su nominalismo relativo, porque sus valores, principios y normas, son ideales por los cuales debemos luchar incansable e irreductiblemente. Y porque la tesis central que subyace a todos los documentos constitucionales, es la justicia social. Y en este periodo de desconcierto, debemos subrayar esta tesis y aferrarnos a ella.³⁰

29 *Ibid.*, pp. 162-163.

30 *Ibid.*, p. 170.

La época de Weimar, el momento más lucido de la discusión doctrinal del constitucionalismo moderno, pues solo en el siglo XX, con la Constitución de la República de Weimar de 1919 y con la obra del jurista austriaco Hans Kelsen, encontramos un documento y un conjunto de ideas que constituyen una primera versión acabada del modelo democracia constitucional. Este modelo está compuesto de dos grandes bloques conceptuales: la democracia y la constitución, que proviene de contextos históricos diferentes. En una democracia constitucional estos bloques convergen y logran superar las tensiones empíricas y conceptuales que a lo largo de la historia han sufrido.

Solo es posible hablar de democracia en términos modernos cuando el sufragio es verdaderamente universal y cuando, en efecto, todos los individuos mayores de edad sin ningún tipo de discriminación tienen derecho a votar. Por ello, aunque la idea de democracia moderna nace en el siglo XVIII, como forma de gobierno solo surge y se difunde en el siglo XX.

La democracia se identifica con el poder ascendente que parte de la voluntad de los individuos hasta llegar al último escalón de la decisión política. Para la democracia no existe ningún poder por encima del pueblo, siempre será el gobierno del pueblo soberano.

En cuanto a la relación del liberalismo con la democracia moderna tenemos que la concepción individualista de rescatar la dignidad de los seres humanos y de superar el concepto de pueblo entendido este como una masa amorfa para transformarse en un conjunto de individuos que tiene un valor ético, está en la base tanto de la democracia como del constitucionalismo; se trata de la defensa democrática-constitucional de los derechos humanos. La libertad democrática no es la libertad negativa del liberalismo sino la de Rousseau, la libertad como autonomía, incompatible con la autocracia.

Para Bobbio, la democracia evoca el principio de autogobierno y refiere, primordialmente, al conjunto de reglas que nos dicen quién está autorizado para decidir y cómo (bajo cuáles procedimientos) debe hacerlo, es decir, la democracia es, simplemente, “un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas”.³¹

En la definición de democracia y de los procedimientos universales que Bobbio proporciona, subyacen valores axiológicos que remiten a conceptos valiosos como las libertades fundamentales y la igualdad política. Esta forma de concebir la democracia permite integrarla al sistema constitucional, a su vez que disminuye la tensión que en principio existe entre los dos bloques conceptuales: democracia y constitución. Así, la democracia, aun siendo formal:

[...] no puede presidir de ciertas condiciones y precondiciones que expresan un conjunto de valores que, paradójicamente restringen el ámbito de decisión de esta forma de gobierno. Se trata de algunos de valores de la tradición liberal (en particular las cuatro grandes libertades de los modernos), que, por un lado, sientan las bases para la existencia de la democracia, pero por el otro, entran en conflicto con el principio de autonomía política que se resiste a los límites que los primeros le imponen. Por si fuera poco, las precondiciones también se refieren algunos valores de tradición socialista: solo los seres humanos que tienen garantizadas sus necesidades fundamentales y cuentan con una instrucción suficiente pueden ser ciudadanos de una democracia que no sea aparente.³²

Por otra parte, Benjamín Constant, es el primer pensador liberal que advierte los riesgos de la democracia jacobina; con sus obras nos demuestra que el liberalismo y la democracia pueden adquirir formas antagónicas.

31 Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 10.

32 Pedro Salazar, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, FCE, UNAM, México, 2006, p. 138.

De acuerdo con Pedro Salazar, la democracia existe solo cuando hay un sufragio universal sin ningún tipo de discriminación, un mínimo de derechos sociales reconocidos constitucionalmente y algún tipo de control constitucional. Sin embargo, cuando todos los elementos de la democracia constitucional entran en contacto, generalmente surgen tensiones:

[...] el ideal democrático del autogobierno amenaza a la constitución y a los derechos fundamentales porque se rebela ante los límites; el marco constitucional ahoga a la democracia porque restringe el ámbito del ejercicio de la autonomía política de los individuos (...). Los derechos fundamentales se presentan como límites de contenido a las decisiones que los ciudadanos, directamente o a través de sus representantes, pueden adoptar. Esto significa que la asamblea de ciudadanos no es completamente libre en el sentido de la libertad como autonomía; la colectividad democrática, al adoptar decisiones, debe respetar los límites impuestos por los derechos fundamentales. De esta forma, la autonomía democrática, el principio de autodeterminación rousseauiano y kelseniano, se encuentra delimitado a priori y no solo desde la perspectiva formal, sino también desde el punto de vista material. Los derechos fundamentales implican una reducción sustancial del espacio de decisión política porque sustraen ciertos temas a la deliberación democrática o, con mayor precisión, porque excluyen la posibilidad de adoptar determinadas decisiones del ideal democrático, *todas* las decisiones sobre *cualquier* tema deberían quedar en manos de la ciudadanía.

Algunos autores han sostenido que esta tensión se origina en la dificultad para definir las fronteras que separan la autonomía (o esfera) privada y la autonomía (o esfera) pública de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la libertad negativa se presenta como una libertad del individuo privado y la libertad positiva como una libertad del ciudadano como sujeto político.³³

33 *Ibid.*, pp. 185-186.

Se presentan problemas tanto con el bloque constitucional como con el bloque democrático desde esta tensión democracia vs constitución.

Algunas tesis cuestionan la idea de que la mejor manera para defender los derechos sea insertándolos en una constitución rígida que los sustrae de la deliberación democrática. Los defensores de la democracia afirman que la mejor manera de proteger los derechos es dejándolos en las manos de los ciudadanos y no incorporándolos en una constitución que decreta su inmodificabilidad. Los derechos humanos solo se garantizarán desde el diálogo deliberativo.

El conocimiento de los derechos es vía la democracia. En esta línea, Carlos Nino afirma que “la visión de los derechos como límites a la democracia –en un sentido lógico– no es plausible [...] No sería una inconsistencia lógica afirmar que la única autoridad competente para reconocer y hacer valer los derechos es la autoridad expresada por la mayoría”.³⁴

Otros autores afirman que solo positivizando los derechos humanos, judicializándolos, es como pueden quedar protegidos y asegurada su aplicación. Tenemos entonces teóricos que se inclinan por fortalecer la legitimidad de la democracia; el primer bloque de la democracia constitucional y otros que fortalecen el segundo bloque, es decir, el ideal constitucional.

Los que apoyan la democracia cuestionan la legitimidad de diversas instituciones jurídicas porque limitan la libertad. Dicen que la democracia tiene un valor moral que el constitucionalismo no posee. Señalan también que la mejor manera de defender los derechos humanos es dejarlos en manos de la ciudadanía deliberativa y no colocarlos en una constitución rígida que los sustrae de la deliberación democrática. “Desde esta perspectiva los derechos fundamentales no son un límite necesariamente constitucional a las decisiones de la mayoría y solo

34 *Ibid.*, p. 246.

pueden ser garantizados mediante el libre ejercicio de la autonomía política”.³⁵

Por su parte, los defensores de la Constitución argumentan, como ya señalé, que solo la positividad de los derechos humanos a través del sistema jurídico constitucional los hará efectivos. Sin embargo, creo que si concebimos al derecho no como un conjunto de normas sino siguiendo a Dworkin, como un conjunto de normas más principios jurídicos, entonces se superan las tensiones entre democracia y constitución.

Por su parte, Carlos Nino señala que debemos ser moderados al fortalecer las precondiciones (los derechos) de los procedimientos democráticos. Para este autor la importancia de la constitución radica en dimensiones ideales: que contemple los derechos fundamentales y los principios morales indicados por estas. Además, nos dice, los derechos fundamentales descansan en tres principios morales que se complementan: el principio de autonomía que determina el contenido de los derechos; remite a los bienes que nos permite llevar a cabo planes de vida, los principios de inviolabilidad que remiten a un límite a las decisiones de terceros, y el principio de dignidad que señala que los individuos limitan voluntariamente su propia autonomía.

Otra salida que tenemos a las tensiones entre democracia y constitución, es la propuesta de Habermas. Este autor señala que:

En las sociedades complejas, el conjunto de ciudadanos ya no puede mantenerse unido por un consenso sustancial sobre valores sino únicamente por un consenso en los procedimientos mediante los cuales se instituye legítimamente el derecho y se ejerce el poder. Por ello buscan mecanismos que garanticen que las decisiones sobre las cuestiones sustantivas queden en manos de la ciudadanía.³⁶

35 *Ibid.*, p. 238.

36 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, España, 1968.

También creo que la propuesta de Zagrebelsky sobre un derecho dúctil puede ayudar en la superación de esta tensión derecho vs constitución. Por su parte Salazar propone superar las tensiones señalando que:

La democracia moderna es necesariamente constitucional porque es irrealizable sin algunos elementos propios del sistema constitucional que integran sus condiciones y precondiciones. Por lo tanto, si se quiere establecer una forma democrática de gobierno es necesario promover alguna versión del modelo democrático constitucional (...) La democracia formal solo es posible cuando *algunos* derechos fundamentales se encuentran garantizados.³⁷

BIBLIOGRAFÍA

Balaguer Callejón, Francisco, “Constitución y ordenamiento jurídico”, en Miguel Carbonell, *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*, México: Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, España: FCE, 2010.

Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

_____, *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*, México, Porrúa, UNAM, 2000.

_____ y Rodolfo Vázquez, *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, UNAM, 2001.

Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, México: FCE, 1922.

Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*, México: Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

Guastrini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM-Fontamara, 2001.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

Heller, Herman, *Teoría del estado*, México, FCE, 1974.

³⁷ P. Salazar, *op. cit.*, p.265.

- Hobbes, Thomas, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Jellinek, George, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1991.
- Montesquieu, Charles, *El espíritu de las leyes*, Porrúa, México, 1975.
- Passerin D'Entrèves, Alessandro, *La Noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política*, Ariel, España, 1967.
- Ross, Alf, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1974.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 1998.
- Ulloa Cuéllar, Ana Lilia, *Fundamentos filosóficos de las Constituciones de Veracruz de 1857 y 2000*, Gobierno del Estado de Veracruz, 2013.
- Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2002.
- Villegas, Abelardo *et al.*, *Democracia y derechos humanos*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, Porrúa, 1994.

Democracia y pacto constitucional¹

INTRODUCCIÓN

Desde un enfoque semántico, los significados de los conceptos democracia y constitucionalismo se implican mutuamente. Una noción robusta de constitucionalismo contiene tres elementos fundamentales: la Constitución histórica, los procesos democráticos y participativos y la protección de los derechos individuales. Cuando estos tres elementos presentan un equilibrio entre sí, entonces el constitucionalismo apunta directamente hacia una auténtica democracia.

A su vez, la democracia, cuyo elemento esencial es la deliberación pública, actúa como el método más confiable para reconocer los derechos individuales fundamentales establecidos y reconocidos en todo concepto de constitucionalismo.

De ese modo, la semántica del término democracia se sitúa fuera y dentro de la semántica de constitucionalismo, en una relación dialéctica, pero no contradictoria. Se encuentra fuera cuando remite al proceso que apunta al establecimiento de un concepto robusto de constitucionalismo y dentro cuando apunta a un elemento constitutivo de tal constitucionalismo.

En cuanto a los tres elementos fundamentales del constitucionalismo y siguiendo la argumentación del capítulo anterior, afirmamos que solo cuando se superan las tensiones y se establece un equilibrio entre los elementos, el constitucionalismo apunta directamente hacia el ideal de una

1 Texto publicado por primera vez en Ana Lilia Ulloa Cuéllar, *Fundamentos filosóficos de las constituciones de Veracruz de 1857 y 2000*, Gobierno del Estado de Veracruz, Veracruz, 2013.

auténtica democracia. Este es el momento en que, como señala Carlos Nino, “podemos alcanzar el umbral donde los vicios, el debilitamiento y los antagonismos mutuos se convierten en un apoyo virtuoso, fortificador y liberador”.²

El propósito de este capítulo es reflexionar sobre una alternativa que supere las tensiones entre esos tres elementos del constitucionalismo, desde la propuesta de Carlos Nino en su obra *La constitución de la democracia deliberativa*, la cual, como se verá más adelante llevará a otro tópico importante en el desarrollo del constitucionalismo, a saber; el enfoque cultural del paradigma constitucional.

DEMOCRACIA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

De acuerdo con Carlos Nino, la democracia debe ser un diálogo moral y tiene la capacidad de generar una perspectiva imparcial con respecto a los intereses de todos los ciudadanos.³ Desde este punto de vista, una característica principal de la democracia es su carácter deliberativo. Este carácter y, en general la praxis dialógica, es una virtud ontoepistémica reconocida desde la época de los griegos. Para Platón, la *episteme*, el verdadero conocimiento, se logra a través del proceso dialéctico del preguntar y responder, del cuestionar la respuesta y reconstruir nuevamente la pregunta inicial.

Ahora bien, el estudio de la relación entre democracia y constitucionalismo depende principalmente, como ha señalado Nino, del significado que se otorgue a este último. Constitucionalismo tiene múltiples significados, que van desde los sentidos laxos como el que remite a la idea básica

2 Cfr. Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, España, Gedisa, 1997, p. 302. Las ideas de este apartado las publiqué por primera vez en mi artículo: “Democracia y pacto social”, *Reflexiones Jurídicas*, Gobierno del Estado de Veracruz, 2001, pp. 43-52.

3 *Ibid.*, capítulos I y VI.

de *rule of law*, hasta otros con mayor fuerza como el que refiere al control judicial de constitucionalidad, entonces tenemos que apuntar a los derechos fundamentales.

La acepción robusta de constitucionalismo implica una Constitución que reconoce los derechos individuales que no pueden ser coartados por ningún órgano del Estado. La justicia independiente se convierte en la única institución capaz de proteger esos derechos y cuenta con el poder de anular la legislación que los amenace.

Con este sentido rígido de constitucionalismo se establece lo que algunos autores han llamado el “coto vedado de los derechos humanos”.⁴

...[La] robustez del concepto de constitucionalismo depende del modelo particular de democracia que se tome y sus instituciones específicas, tales como la representación, la democracia directa, la necesidad de contar con un cuerpo legislativo colectivo y elegido popularmente, o con un órgano unipersonal, también popularmente electo, pero que reúna funciones legislativas y ejecutivas.⁵

A diferencia del sentido débil de constitucionalismo, el sentido robusto exige no solo la existencia de normas que organizan el poder y permanecen inalterables frente a los procesos legislativos, también de estructuras específicas de procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública.

El sentido robusto de constitucionalismo implica también una Constitución que vislumbra dos ideales aparentemente contradictorios: “...el ideal de un proceso político participativo en el cual todos los afectados por las decisiones políticas tienen igual derecho a expresar su opinión en el proceso de formación de esas decisiones”.⁶ Dimensión

4 Véase Ernesto Garzón Valdés, “Consenso, racionalidad y legitimidad”, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

5 Carlos Nino, *op. cit.*, p. 17.

6 *Ibid.*, p. 19.

democrática. Y el segundo: “. . .el ideal del gobierno limitado en el cual incluso la mayoría no puede afectar los intereses individuales protegidos”.⁷

Dimensión libertaria. Es entonces cuando surgen las tensiones. Una arista de la tensión es expresada por Nino con el siguiente texto:

Cuando intentamos satisfacer las precondiciones del proceso democrático, expandimos su valor epistémico, pero, al mismo tiempo, reducimos su alcance. De este modo enfrentamos el peligro de contar con un método óptimo, pero para tomar decisiones sobre muy pocas cuestiones, dado que apartamos la mayoría de las cuestiones fuera del alcance del proceso democrático para que este funcione correctamente.⁸

Otra forma en que surgen las tensiones es cuando un Estado que cuenta con un tribunal constitucional, este interviene frecuentemente en la defensa de los derechos humanos. Sobre esto Klaus Güenther, presentando la tesis, respecto de Habermas y Dworkin, nos comenta:

Algunas experiencias históricas, en particular las de (el siglo XX), han mostrado que una política sin barreras jurídicas, sin obligación de respetar los derechos humanos, pueden conducir a catástrofes inimaginables. En la experiencia de una catástrofe semejante se origina el catálogo de derechos básicos de la “Ley Fundamental” alemana, que es obligatoria para todo poder público –incluso para las legislaturas–. En cualquier caso, si este carácter obligatorio ha de significar algo más que una exigencia para la política, se requiere de instituciones efectivas para poder hacer valer con éxito los derechos básicos de los ciudadanos en caso de que entren en conflicto con la política. En las democracias constitucionales, como EE. UU. o Alemania, un tribunal constitucional se hace cargo de esta tarea. Si una ciudadana cree que una decisión política ha lesionado alguno de sus

7 *Idem.*

8 *Ibid.*, pp. 301-302.

derechos básicos, puede acudir al tribunal constitucional para que evalúe la validez de la decisión política según los criterios constitucionales. De modo que el tribunal goza de gran autoridad frente a la política. Esta autoridad, no obstante, puede ser cuestionable cuando interviene de modo frecuente en los procesos de decisión política; entonces aparece el riesgo de que el estado de derecho constitucional pierda el predicado “democrático”, porque no son ya los ciudadanos y ciudadanas, ni sus representantes electos, quienes toman las decisiones en verdad importantes, sino los ocho jueces y juezas de Karlsruhe.⁹

Y en relación con esto mismo, se pregunta Günter: “¿cómo ha de determinarse la relación entre los derechos básicos y la democracia, de modo que ni la democracia esté sobre los derechos básicos, ni los derechos básicos sobre la democracia?”¹⁰

Sin duda, superar estas tensiones es una tarea ardua. Sin embargo, es posible la reconstrucción del constitucionalismo en su versión robusta de manera que presente una síntesis de esos ideales aparentemente en conflicto.

Al igual que Carlos Nino, creo que el constitucionalismo requiere del reconocimiento de la importancia mutua de sus dimensiones, es decir, del establecimiento tanto de un proceso democrático como el establecimiento de los derechos en serio.

Por otra parte, tenemos que lo que hace de la democracia el mejor sistema de gobierno no son solo consideraciones fácticas. La semántica de un concepto normativo como el de democracia queda abarcada solo cuando se recupera la valoración que justifica sus características esenciales y así es muy probable que la semántica de democracia nos lleve al camino para encontrar la tan anhelada síntesis entre ser y el deber ser. De manera que:

9 Klaus Günter, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, “¿Impera el Derecho sobre la Política?” *La Política: Revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, núm. 4, 1998, Barcelona, p. 6.

10 *Ibid.*

... no hay instituciones distintivas de la democracia desconectadas de una teoría valorativa que justifica un grupo de opciones. No podemos identificar instituciones comúnmente entendidas como democráticas e implementar un método para estabilizarlas sin aludir sistemáticamente a la teoría moral que las justifica. Dicho en términos más simples, la realidad no nos dice cuáles instituciones son esenciales y cuáles son contingentes en relación a un concepto normativo como el de democracia.¹¹

Esta dimensión axiológica de la democracia da lugar a la conformación de una Constitución ideal, pero no utópica y a la que toda constitución real debe apuntar.

La constitución histórica, por su parte, remite al conjunto de prácticas que conforman una serie de formas de vida jurídica. No obstante, la relevancia de la constitución histórica no radica precisamente en el o los aspectos fácticos, sino en el hecho de que la convención social que conforma su historicidad, remite a un sistema de acciones, actitudes y expectativas mutuamente interconectadas. Es decir, una serie de acciones jurisdiccionales que remiten a una práctica socio-jurídica y que forman parte de una red de conductas y actitudes que comprenden esa práctica.¹² Esto, a su vez, no lleva a satisfacer principios de una constitución ideal cuya presencia siempre es necesaria:

Existe una variedad de pasos a seguir en la tarea de interpretar y aplicar la constitución histórica [...] en los que se hace necesario recurrir a consideraciones de moralidad social que forman parte de la constitución sustantiva ideal. Estas consideraciones nos ayudan a superar las indeterminaciones. La práctica de la cual es parte de la constitución histórica, tiene una configuración del tipo de un “tejado”, dado que es necesario, en primer lugar,

11 C. Nino, *op. cit.*, p. 23.

12 *Ibid.*, p. 297.

buscar apoyo en decisiones y acciones previas para justificar otras acciones y decisiones. Al tomar una decisión dentro del marco de una práctica constitucional, es entonces necesario intentar satisfacer los principios de la constitución ideal. A su vez este esfuerzo ayuda a preservar y perfeccionar la práctica en su totalidad.¹³

Sin embargo, es tan importante preservar la continuidad de la constitución que hay ocasiones en que debemos permitir soluciones x sobre soluciones y, aunque x sean menos satisfactorias desde el punto moral y esto por el hecho fundamental de asegurar la eficacia de las decisiones.

En cuanto a las tensiones entre la democracia deliberativa y la defensa de los derechos individuales, cabe señalar que, si bien es cierto, que el método democrático en su carácter deliberativo es el más confiable de todos los métodos para determinar los derechos; no obstante, requiere necesariamente de la presencia de ciertas consideraciones, tales como la autonomía, la libertad de expresión y la igualdad en la participación política, entre otras. Pero estas condiciones no deben estar sujetas a la negociación ni al proceso deliberativo, son precondiciones de este proceso:

Se requiere el reconocimiento de estos derechos para que la democracia tenga valor epistémico, y debe ampliarse enormemente aquello que es considerado ser una precondición. [...] Todos los así llamados “derechos sociales” deberían verse como derechos a priori, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica.¹⁴

Pero si esto es así, entonces parece que el ámbito del proceso deliberativo se acorta y, como ya hemos visto, afloran los conflictos y tensiones entre estos dos elementos del constitucionalismo: “Cuando intentamos

13 *Ibid.*, p. 297.

14 *Ibid.*, p. 301.

satisfacer las precondiciones del proceso democrático, expandimos su valor epistémico, pero al mismo tiempo reducimos su alcance”.¹⁵

Surge entonces la necesidad de alcanzar un equilibrio. Tenemos, por tanto, que determinar el alcance adecuado del método democrático de toma de decisiones, con la ambición de que el proceso pueda autocorregirse para solucionar las deficiencias de su funcionamiento, así como tener presente el establecimiento de lo que algunos autores han llamado el “coto vedado de los derechos humanos”. De manera que las tensiones logran desvanecerse y cada uno de los elementos del constitucionalismo se apoya entre sí. Una vez que se obtiene el equilibrio, es fácil percatarse que:

El proceso democrático actúa como el método más confiable para reconocer los derechos individuales fundamentales. A su vez, el respeto de esos derechos promueve el valor epistémico del procedimiento democrático de discusión y toma de decisiones. La continuidad de la práctica [por su parte] garantiza la eficacia.¹⁶

Se trata entonces de un proceso continuo de construcción-reconstrucción y establecimiento de relaciones de equilibrio y con ello el desvanecimiento de tensiones y conflictos entre los elementos fundamentales del constitucionalismo.

De esta forma, tenemos que la democracia se encuentra implantada dentro de una constitución compleja “...que se emplea en el discurso justificatorio de abogados y jueces, cuya estructura debería ser tomada en cuenta en explicaciones externas, tales como aquellas que realizan historiadores y antropólogos”.¹⁷ Con esto se recupera tanto el contexto de descubrimiento como el contexto de justificación.

15 *Idem.*

16 *Ibid.*, p. 302.

17 *Ibid.*, p. 28.

...El proceso democrático, en combinación con el respeto por la constitución histórica y el reconocimiento de los derechos, afecta las premisas del razonamiento práctico a través del cual un juez, un funcionario de gobierno, o incluso un ciudadano común, intentan justificar una decisión constitucional.¹⁸

Por otra parte, considero que esta propuesta de Carlos Nino conecta con dos temáticas fundamentales para la construcción del paradigma constitucional que habrá de trabajarse con los avatares de esta época contemporánea. Una es el hecho de que la constitución es algo más que forma o estructura jurídica. La otra, remite a la importancia del trabajo y a recuperar en los estudios constitucionales, la dimensión cultural de la constitución. A continuación, abordo estos aspectos.

LA CONSTITUCIÓN COMO ALGO MÁS QUE FORMA O ESTRUCTURA JURÍDICA

Con el estudio de las nociones de constitución estudiadas hasta aquí, podemos ver que es Ley Suprema, pero también es algo más y ahí es donde radica su gran importancia.

Sobre este algo más de la constitución, Hauriou ha aportado interesantes comentarios. Para este autor, la realidad contiene una serie de ideas, valores, creencias, religiones, tendencias y principios donde se forjan las instituciones, siempre sociales y contextuales. Son estas instituciones los criterios legitimadores del derecho. Hay entonces, como más adelante dirá Heller, normalidad y normatividad, la constitución es entonces un conjunto de elementos normados y no normados. Todo esto lleva a la recuperación de espacio y tiempo; dimensiones concretas e históricas evidentes para la formación de un constitucionalismo legalista pero realista; un constitucionalismo de carne y hueso.

18 *Idem.*

...[E]l derecho constitucional, como conjunto normativo que se involucra en la realidad social y política concreta, no tenía por qué renunciar a dar sentido histórico y a hacer valer sus proposiciones normativas. Al considerar que los valores, principios, contenidos y objetivos establecidos en las normas solo tienen sentido y solo pueden explicarse cuando responden a los propios valores y principios que conforman la realidad social, se abría el camino para que la confrontación entre normatividad jurídica y realidad política pudiera empezar a resolverse.¹⁹

Estos sentimientos, el reconocimiento de la importancia del aspecto material de la Constitución y ese algo más, es una inquietud presente en la Conferencia que Ferdinand Lassalle expuso en Alemania en noviembre de 1862, donde resume algunas de sus tesis e ideas fundamentales:

[Es necesario distinguir entre las Constituciones reales y las Constituciones meramente escritas u hojas de papel, haciéndoles ver que la verdadera Constitución de un país reside siempre y únicamente puede residir en los factores reales y efectivos de poder que rigen en esa sociedad. Demostre a ustedes que las Constituciones escritas, cuando no se corresponden con los factores reales de poder de la sociedad organizada, cuando no son más que lo que yo llamaba una hoja de papel, se hallan y tienen necesariamente que hallarse irremisiblemente a merced de la supremacía de esos factores de poder organizado, condenadas sin remedio a ser arrolladas por ellos. En esas condiciones, decía yo, no hay más que una alternativa: o el Gobierno acomete la reforma de la Constitución para poner la Constitución escrita a tono con los factores materiales de poder de la sociedad organizada, o esta, con su poder inorgánico, se alza para demostrar, una vez más, que es más fuerte y más pujante que el poder organizado, desplazando fatalmente los resortes organizados de poder de esa sociedad, es decir, los pilares

19 Miguel Carbonell, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, UNAM, México, 2000, p. 29.

sobre los cuales la Constitución descansa, trasplantándolos a la izquierda, con el mismo empuje y el mismo grado de desviación que el Gobierno les imprimiría hacia la derecha, bajo una u otra forma, en caso de triunfar.

[...] Si ustedes, señores, no se han limitado a seguir y meditar cuidadosamente la conferencia que he tenido el honor de desarrollar aquí, sino que, llevando adelante las ideas que lo animan, deducen de ellas todas las consecuencias que entrañan, se hallaran ustedes en posesión de toda la sabiduría constitucional.

Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rige, y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas, más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social; he ahí los criterios fundamentales que deben ustedes retener.

Y si esto es así, si la meditación consecuente y el lógico desarrollo de esta conferencia, hasta las últimas consecuencias que entraña, nos ponen en posesión de todas las normas del arte y la sabiduría constitucionales, lógicamente era obligado que el desarrollo de sus ideas nos señalase el camino, el único camino posible y seguro para resolver el conflicto actualmente planteado en nuestro país en un sentido beneficioso y triunfante para la nación. Y esto es, en efecto, lo que hoy me propongo demostrar a ustedes. Lo que en esta conferencia persigo es deducir de la teoría que expuse ante ustedes el único medio que puede llevar por la fuerza de la necesidad a una solución vigorosa del conflicto planteado ante el gobierno y el Parlamento.²⁰

La Constitución es también fuente de luz, en el sentido de que tiene la función de orientación que toma a las fuerzas privadas y sociales no solo

20 Ferdinand Lassalle, "Segunda conferencia sobre problemas constitucionales", *¿Qué es una constitución?*, Ariel, España, 1983.

como objetos sino también como sujetos. La práctica cultural se convierte entonces en la teoría constitucional.

Respecto a este algo más que está en el ser de las constituciones, Peter Häberle se pronuncia señalando su propuesta cultural y recogiendo propiedades significativas que diversos teóricos han proporcionado y que, a su vez, destacan diferentes funciones particulares de las constituciones:

A mi manera de ver, es necesaria una *concepción combinada* de Constitución en la que se recojan las distintas funciones diferenciadas. Constitución es, por ejemplo, en lo que se refiere a las metas estatales y a la división de poderes, “motor y freno” (R. Smend); ella es también “norma y tarea” (U. Scheuner), por ejemplo, en relación con el principio de Estado de derecho y con respecto a la filiación de otros valores fundamentales. La Constitución tiene funciones muy determinadas: no solo limita y controla el poder (por medio del tercer poder) sino que también lo funda y lo legitima (a través de elecciones). Ella constituye procedimientos para la resolución de conflictos (como en el Parlamento), organiza competencias e instituciones para la identificación y para la concreción de determinadas tareas (a lo largo de las tres funciones estatales). La Constitución funda el Estado abierto (hacia el mundo), en tanto que, “Estado constitucional cooperativo” (art. 24 de la Ley Fundamental), así como la “sociedad constituida” por ejemplo en lo que hace relación con el “efecto frente a terceros” de los derechos fundamentales o con el Estado social, y genera posibilidades de identificación para los ciudadanos y para los grupos, con base en el compromiso frente a la ley y frente al derecho, o de cara al himno nacional y a los colores estatales (fuentes emocionales o racionales de consenso). En lo que se refiere al derecho constitucional de la cultura (por ejemplo, a través de los objetivos educacionales en las escuelas), la Constitución prescribe valores que fundamentan culturalmente la sociedad abierta (tolerancia, respecto frente a la dignidad de los semejantes,

amor a la verdad, convicción democrática, conciencia ecológica). Si se contempla en perspectiva temporal, la Constitución es (de igual forma) un proceso abierto; así, en el presente nos es posible distinguir una triada republicana de ámbitos: una organización estatal (de órganos estatales, v. gr., audiencias públicas), una que concierne a lo público social (como es el caso de los sindicatos, las iglesias, los medios), y una que hace relación con la esfera privada más personal (por ejemplo, la libertad de conciencia). Lo público es una “fuente de democracia” (Martin Walser), incluso a pesar de que desde Hegel sabemos que en la opinión pública “todo es a un mismo tiempo falso y verdadero”. La Constitución es ante todo cultura.²¹

LA CONSTITUCIÓN COMO CULTURA

No hay un acuerdo respecto a qué debe entenderse por cultura, pero siguiendo el método de los juegos del lenguaje como superación de definiciones fijas e inamovibles, desarrollado por el segundo Wittgenstein, simplemente señalaré que la cultura abarca costumbres, prácticas, códigos, normas y reglas de la manera de ser, vestimenta, religión, rituales, normas de comportamiento y sistemas de creencias; las formas y expresiones de una sociedad determinada y seguramente algo más. O como diría Collingwood: todo lo que una persona necesita saber para actuar adecuadamente dentro de un grupo social, es decir:

la cultura es la trama de significados en función de la cual los seres humanos interpretan su existencia y experiencia, así mismo cómo conducen sus acciones; la estructura social (sociedad) es la forma que asume la acción, la red de relaciones sociales realmente existentes.²²

21 Peter Häberle, *La Constitución como cultura*, Universidad del Externado de Colombia, 2002, pp. 53-55.

22 Clifford Geertz, recuperado de <http://pnglanguages.org/capacitar/antro/cultura.pdf>

Este paradigma cultural de la Constitución, que tiene sus orígenes en Heller y actualmente es recuperado en forma magistral por Peter Häberle, parte de reconocer que la:

...Constitución no es tan solo un orden dirigido a jurista para ser interpretados conforme a reglas de nuevo y viejo cuño —opera, en esencia, como hilo conductor para quienes no son juristas: para el ciudadano—. La Constitución no solo es un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas. Las constituciones vivientes son obras de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta: aún más, significan, de acuerdo con la forma y con el contenido, expresión y mediación de cultura, marcos de referencia cultural para la reproducción, así como para la recepción y para la acumulación de informaciones, experiencias, vivencias, incluso sabidurías tradicionales. Esto se corresponde con el arraigo profundo de su validez cultural. Concebida de la manera más bella en la imagen de Goethe, que reavivara H. Heller, la Constitución es forma impresa que se despliega viviente.²³

Tenemos entonces que, de acuerdo con Häberle, además de pueblo, poder y territorio, hay otro elemento más que en unión con aquellos remiten a Estado. Este otro elemento, que resulta ser muy importante, es la cultura.

Desde el punto de vista teórico, el concepto de cultura resulta altamente significativo porque hace las veces de categoría analítica y paradigma jurídico. Como paradigma jurídico, la cultura nos muestra que los otros elementos están también permeados de cultura. Y esto, simplemente porque la constitución es una parte de ella. Territorio del Estado

23 P. Häberle, *op. cit.*, p. 71-72.

y poder del Estado deben ser vistos como cultura y deben ser estudiados desde lo cultural.

Entre los capítulos tradicionales de la teoría general del Estado se encuentran los tres “elementos del Estado”; el pueblo, el poder, el territorio, típicamente, en esta triada (todavía) no tiene un lugar la “Constitución”, y esto caracteriza a las teorías generales del Estado, pero también las hace cuestionables. Una “teoría de la Constitución” que merezca tal nombre tiene que buscar el modo de incorporar a la Constitución, en el sentido de que esta sea, si no el “primer” elemento del Estado, al menos un elemento esencial. Dicho en términos concretos: la teoría de los elementos del Estado tiene que ser plenamente declinada (conjugada) a partir del citado elemento de la cultura. La constitución es una parte de la cultura; forma, si quiere (o más bien, debe formar) un “cuarto” elemento. G. Dürig propuso tempranamente esto de manera tendencial (1954), pero no lo desarrolló más. Cuanto antes, ahora hay que atreverse a dar este paso en la teoría de la Constitución. Esto significa que también los demás elementos del Estado tienen que ser “llenados” desde la perspectiva de la ciencia cultural, empezando por el pueblo como “conjunto de hombres sometidos a los preceptos del derecho” (I. Kant), pero por lo mismo en el *status culturalis*. La diversidad de identidades de los pueblos de Europa es de naturaleza cultural, y eso es lo que constituye la diversidad de Europa.

El territorio del Estado es territorio culturalmente formado, un “espacio cultural” no un *factum brutum*. El concepto de la historia de J. G. Heder como “geografía puesta en movimiento” pudiera ser útil en este sentido. El poder del Estado, por su parte, debe concebirse como determinado de manera cultural. No actuando de manera natural, ya que, en el Estado constitucional, se encuentra fundado y limitado normativamente, y se halla al servicio de la libertad cultural.²⁴

24 P. Häberle, *El Estado constitucional*, IJ-UNAM, México, 2001, pp. 21-22.

La Constitución es reflejo de la cosa pública y en el contexto del territorio sus valores bajan al espacio y se convierte en un valor fundamental de la propia Constitución. Desde el enfoque cultural, la Constitución toca carne y huesos; concretiza sus valores.

Por otra parte, y relacionado con los derechos humanos, tenemos que las cláusulas de la dignidad humana están también permeadas de cultura. Además de que los conceptos de dignidad no se desarrollan hoy ya más exclusivamente al interior de una sociedad. Desde el intercambio de otras culturas la dignidad humana aspira también a ser universal.

Las cláusulas sobre dignidad humana se hallan en el contexto de la cultura constitucional. Tal contexto se extiende más allá del ámbito jurídico, hacia el cultural, esto es, hacia textos clásicos, de la misma forma que hacia utopías concretas (ejemplo, los defensores del medio ambiente), hacia experiencias de un pueblo (que ha sufrido, por ejemplo, la tiranía), al igual que hacia esperanzas (hasta 1990 la unidad alemana, hoy la Unión de Europa).

El “principio constitucional” como el de la “dignidad humana” puede ser aplicado coercitivamente por el derecho constitucional en el Estado y la sociedad —en lo que hace a su ser y a la conciencia que de él se tenga— únicamente de manera tendencial. La propia comprensión individual y comunitaria del ciudadano no es menos constitutiva. La educación a favor del respecto de la dignidad humana representa en las escuelas un propósito educativo bastante importante del Estado constitucional. Dignidad humana frente a sí mismo, al igual que frente a los semejantes o frente a “otros” (como “tolerancia”, “solidaridad”, “Humanidad”). Sí, y en tal caso, de qué manera se ha de vivenciar la dignidad humana en relación consigo mismo y en relación con los demás, es algo que concierne, en razón del arribo a la mayoría de edad, a la responsabilidad de cada quien: en última instancia es el ciudadano y el mismo ser humano en la medida

en que “nosotros mismos” le otorguemos un sentido a la historia política y podamos fijar una meta, y, desde luego, un sentido y una meta dignos humanamente.²⁵

El estudio cultural del Estado hace presente el hecho de que el Estado no es algo natural sino un constructo conformado a partir de la magnitud cultural pluralista de todos y cada uno de los individuos que se caracterizan por su dignidad y que conforman al pueblo. El Estado se compone de “portadores de derechos fundamentales”, esto es de ciudadanos, de donde proviene todo poder estatal.

Así las cosas, la ciencia del derecho y en particular la teoría jurídica debe apuntar hacia el estudio cultural del fenómeno jurídico. Desde este estudio cultural del derecho, la constitución puede ser entendida como un proceso abierto y en ese proceso, la democracia representa el principio de organización del Estado constitucional en la actual fase contemporánea de desarrollo.

Ahora me permito transcribir el siguiente texto de Popper, que no es precisamente un texto sobre el paradigma cultural o la aplicación de este al estudio de las constituciones pero que, sin embargo, entre líneas se puede ver la importancia de lo cultural, de los principios éticos, la defensa de los derechos fundamentales y en especial, la importancia de la defensa de la libertad, siendo esta sin duda base de cualquier sistema democrático.

Sabemos muy poco sobre la historia de la colonización de las tierras de los Alpes austriacos, suizos y franceses, que tuvo lugar ya en tiempos prehistóricos. Pero sin duda reflexionar acerca de cómo pudo llegar a ser que individuos que cultivaban la agricultura y la ganadería emigraran a los agrestes e intrincados valles de los altos Alpes, donde de pronto no podían llevar en el mejor de los casos sino una existencia dura, llena de

25 Peter Häberle, *La Constitución como cultura*, op. cit. pp. 23-24.

escasez y peligro. Lo más probable es que estos seres humanos se trasladaran a la montaña, porque prefirieran la existencia incierta en las regiones despobladas al sojuzgamiento por parte de vecinos más poderosos. A pesar de la inseguridad, a pesar del peligro, eligieron la libertad. Me gusta acariciar a menudo la idea de que, en particular la tradición suiza y tirolesa de la libertad, se remonta a aquellos días de la colonización prehistórica de Suiza.

En cualquier caso resulta interesante y llamativo que Inglaterra y Suiza, las dos democracias más antiguas entre las actuales de Europa, sean hoy día tan semejantes una a la otra en su amor a la libertad y en su disposición a defender su libertad. Puesto que estas dos democracias son en muchos otros aspectos, y en particular en su procedencia política, fundamentalmente distintas. La democracia inglesa debe su origen al orgullo y al sentido de independencia de la alta nobleza y, en su desarrollo posterior, a la manera de pensar protestante, a la conciencia personal y a la tolerancia religiosa —consecuencias de los grandes conflictos religiosos y políticos, que provocó la revolución puritana—. La democracia suiza no surgió del orgullo, del sentido de independencia y del individualismo de una alta nobleza, sino del orgullo, del sentido de independencia y del individualismo de unos campesinos de alta montaña.

Estos comienzos y tradiciones históricas completamente diferentes han conducido a instituciones tradicionales muy diversas y a sistemas de valores tradicionales muy distintos. Lo que un suizo —o un tirolés— aguarda o espera de la vida es, creo yo, por lo general muy distinto a aquello que un inglés aguarda o espera. La diferencia de estos sistemas de valores se funda tal vez en parte en la diferencia de los sistemas de educación; pero es sobre todo muy interesante que la diferencia de los sistemas de educación se fundamente por su parte profundamente en aquellos contrastes históricos y sociales a los que yo he hecho referencia. La educación en Inglaterra, hasta bien entrado el siglo presente,

era un privilegio del noble y del propietario —de la aristocracia rural; por consiguiente, no de los habitantes de la ciudad ni de la clase media burguesa, sino de las familias de terratenientes que vivían en el campo. Estas familias eran las depositarias de la cultura; de ellas procedían también los eruditos dedicados al estudio personal y los científicos (a menudo influyentes y originales aficionados) y los miembros de las profesiones de más prestigio—políticos, eclesiásticos, jueces oficiales. En contraposición con esto, los depositarios esenciales de la cultura en el continente eran habitantes de la ciudad; procedían en su mayor parte de la burguesía metropolitana. Educación y cultura no era algo que uno heredara; era algo que uno se labrara por medio del esfuerzo. Educación y cultura no representaba ningún símbolo de una posición social heredada de una familia, sino un medio de un símbolo del ascenso social, de la autoliberación por medio del saber. Esto explica también por qué la lucha victoriosa contra la pobreza en Inglaterra fue una especie de continuación de las luchas religiosas en otro nivel —una lucha en la que el llamamiento de la nobleza y de la burguesía a la conciencia religiosa desempeñó un papel decisivo—, mientras que la lucha contra la pobreza y la miseria en Suiza y también en Austria se inspiraba en la idea de la autoliberación por medio del saber, por la gran idea educativa de Pestalozzi.

A pesar de todas estas profundas diferencias, ambas, Inglaterra y Suiza, saben que existen valores que se deben defender a toda costa, y a estos valores pertenecen, sobre todo, la independencia personal, la libertad personal. Y ambas han aprendido que hay que luchar para conseguir la libertad y que uno tiene que responder también de ella, cuando la probabilidad del éxito parece ser infinitamente pequeña. Cuando Inglaterra luchaba sola por la libertad en el año de 1940, Churchill no prometió a los ingleses la victoria “no puedo prometeros nada mejor”, decía, “que sangre y lágrimas”. Y estas fueron las palabras que otorgaron a Inglaterra el valor para seguir luchando.

En Suiza solo existía, de la misma manera, la tradicional resolución para luchar —también contra un adversario sin lugar a dudas superior en fuerzas, como fue en primer lugar el caso de los Habsburgo y más tarde del Tercer Reich—, y esta resolución preservó a los suizos su independencia durante la Segunda Guerra Mundial.²⁶

Es importante insistir que cultura se opone a naturaleza. Cultura es creación, es resultado de la evolución; es algo creado por el ser humano.

La constitución, como cultura, no solo es un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación del pueblo. Que la constitución es cultura, también se puede ver en el hecho de que cuando hay un cambio de significado sin que por ello el texto correspondiente cambie.

La comprensión de la constitución como cultura puede explicar también de mejor forma el cambio de significado de la norma constitucional, sin que haya precedido una reforma de su texto. La clásica obra de R. Smend en los años cincuenta es del siguiente tenor:

Cuando dos constituciones dicen lo mismo, no quieren decir lo mismo, esto vale de igual forma hoy, pese a los procesos de producción y de recepción dentro de los cuales se ha desarrollado el tipo Estado constitucional “en” su diversidad nacional modelo, a lo largo y ancho del mundo.²⁷

Es importante señalar que la cultura jurídica de tradición y práctica abarca también la cultura jurídica literaria y desde este horizonte podemos señalar los escritos de Cicerón como los primeros que apuntan a los asuntos de la cultura.

26 Karl R. Popper, *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 133-135.

27 P. Häberle, *La Constitución como cultura*, op. cit., p.74.

...El descubrimiento de un derecho constitucional general y especial de la cultura muestra, en relación con la apertura a un mismo tiempo comparativa y científico-cultural de la teoría constitucional, que la constitución es cultural de muchos niveles y diferenciaciones. En ella confluyen experiencias culturales del pueblo, desde el subsuelo se dan nutridas esperanzas culturales, incluso utopías concretas, como sucedió en el caso de la reunificación de Alemania.²⁸

Finalmente, no se puede cerrar este apartado sin mencionar a quien honor merece, Hermann Heller. Los trabajos de este excelente jurista y teórico del Estado, nos proporcionan los cimientos para la construcción del nuevo paradigma cultural. Ya desde las primeras hojas de su monumental obra, *Teoría del Estado*, Heller señala la importancia de teorizar sobre cuestiones reales y concretas que toquen la vida real y evitar el trabajo infecundo sobre esencias.

No hemos de ocuparnos de los problemas [...] de la esencia “del estado en general” y sin otra determinación, ya que estimamos que ello no corresponde al objeto de nuestro conocimiento, por lo cual no cabe plantear la cuestión de esos términos, pues, como pronto podemos de ver, aquellos problemas parten de la idea de que el Estado es algo así como una cosa invariable, que presenta caracteres constantes a través del tiempo, concepción que, [...] es completamente errónea.²⁹

En el primer capítulo de la obra, Heller cuestiona las propuestas del derecho natural que postula un orden natural y hacen énfasis en la validez universal, y recupera, en cambio, el contexto histórico-político de ciertos grupos humanos.

²⁸ *Ibid.*, p. 72.

²⁹ Herman Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 19.

La fuerza de convicción de los argumentos teológicos como los que se usaban en las luchas por el poder político de la Edad Media y hasta el siglo XVIII, ha desaparecido hoy, incluso para los creyentes. La creencia del Derecho Natural racional en un “orden natural” de validez universal se ha visto amenazada y, finalmente, destruida en el momento en que analizados los contenidos concretos del Derecho Natural, que se pretendía absoluto, se vio que eran expresión de la situación histórico-política de intereses de ciertos grupos humanos, en los siglos XVII y XVIII, especialmente de la burguesía, cuya potencia, tanto económica como política, iba en ascenso. En la actualidad, es ya verdad generalmente aceptada la del condicionamiento histórico-social de nuestros conceptos y normas políticas, y la “Sociología del saber” trata de exponer la dependencia de todas las concepciones políticas respecto a los intereses de poder de la Iglesia, la monarquía, la aristocracia, la burguesía, el proletariado, etc., en todos sus aspectos, de tal manera que hoy ya no cabe discutir esta perspectividad de nuestro pensamiento, sino más bien la posibilidad de una Ciencia Política en general.³⁰

En la misma obra, *Teoría del Estado*, dedica toda la segunda parte al estudio de la realidad social. Y el estudio del Estado es desarrollado en la tercera unidad, donde Heller presenta su interesante síntesis dialéctica de la normalidad entre las normas jurídicas y todo ello en relación con la naturaleza de la Constitución. De manera brillante Herman Heller nos dice:

Una política solo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas. Como situación política existencial, como forma y ordenación concretas, solo es posible debido a que los partícipes consideran a esa ordenación y a esa forma ya realizados o por realizarse en el futuro,

30 *Ibid.*, pp. 21-22.

como algo que debe ser y lo actualizan; ya sea que la forma de actividad acomodada a la se haya convertido para ellos, por medio del hábito, en una segunda naturaleza, en conformación habitual de su propio ser apenas estimada como exigencia normativa consciente; ya que los miembros motiven su conducta, de moda más o menos consciente, por normas autónomas o heterónomas.

El estado, empero, no puede ser concebido ni como sociedad ni como comunidad exclusivamente [...]. Su ley decisiva de formación es ciertamente la organización; pues no solo por medio de ella crece considerablemente su valor de efectividad social, sino que sin ella no tiene, en general existencia. Pero, por otra parte, no se le debe considerar en ningún caso como mero producto de la técnica organizadora, como sucede en la sociedad anónima; el individuo aparece siempre inserto en el Estado, voluntaria o involuntariamente, según zonas vitalmente importantes de su ser. La organización de la sociedad anónima puede ser completamente independiente de la manera de ser de los accionistas. En cambio, la organización estatal penetra hondamente en la vida personal del hombre formando así su ser, a la vez que, por su parte, los miembros influyen decisivamente sobre ella. Por eso decimos que el Estado es una forma organizada de vida cuya se caracteriza no solo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos. La normalidad de una conducta consiste en su concordancia con una regla de previsión basada sobre la observación de lo que sucede por término medio en determinados periodos de tiempo. Todas las ordenaciones sociales que tienen validez real consisten en ciertas esperanzas de los miembros, basadas en el siguiente principio: por el hecho de que tal hombre o grupo en tales circunstancias de manera constante y por lo regular, se hayan comportado, en general, de tal modo, se puede confiar, y contar con que, a pesar de las excepciones que pueda tener la regla, se comportarán

también así, bajo las mismas circunstancias en el futuro. La convivencia humana, y con mayor motivo la cooperación entre hombres, son totalmente imposibles sin la aplicación consciente o inconsciente de esta regla de precisión.³¹

BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell, Miguel, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, UNAM, 2000.
- Garzón Valdés, Ernesto, "Consenso, racionalidad y legitimidad", *Derecho, ética y política*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Häberle, Peter, *La Constitución como cultura*, Universidad del Externado de Colombia, 2002.
- _____, *El estado constitucional*, México, UNAM, 2001.
- Güenther, Klaus, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, "¿Impera el Derecho sobre la Política?" *La Política: Revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, núm. 4, Barcelona, 1998.
- Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili Editor, 1981.
- Heller, Herman Smend, *Teoría del estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Popper, Karl, *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Ariel, 1983.
- Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Ulloa Cuéllar, Ana Lilia, *Fundamentos filosóficos de las constituciones de Veracruz de 1857 y 2000*. Gobierno del Estado de Veracruz, Veracruz, 2013.

31 *Ibid.*, pp. 269-270.

La ciencia jurídica en el modelo garantista de Ferrajoli¹

INTRODUCCIÓN

A partir de la crisis en que se encuentra el Derecho, Luigi Ferrajoli construye un modelo garantista con el cual pretende no solo describir el sistema jurídico sino también interpretarlo, comprenderlo y con ello, enfrentar de mejor forma los problemas jurídicos de esta época. El interés de Ferrajoli radica en última instancia en su preocupación por la democracia y por la defensa de los derechos fundamentales.

El modelo garantista de Ferrajoli tiene implicaciones en los diferentes ámbitos de lo jurídico. Por ejemplo, en el papel del juez y la legitimación democrática de su independencia, en la distinción entre la democracia formal y sustancial, en la reconstrucción de la ciencia jurídica y el reto de su complejidad, entre otros muchos.

A continuación, me centraré en esta última temática: la ciencia jurídica y su complejidad desde el modelo garantista de Ferrajoli. Para esto inicio con un primer apartado donde estudio la crisis de la razón jurídica. Posteriormente, formulo un segundo apartado donde presento, en forma breve, el nuevo paradigma jurídico que desarrolla Ferrajoli. Finalmente, analizo la reconstrucción de la ciencia jurídica desde el modelo garantista del autor y presento algunas conclusiones.

1 Texto publicado por primera vez en *Letras Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año 10, núm. 19, IIV, 2009.

A partir del análisis de la crisis en el derecho actual, Luigi Ferrajoli inicia la construcción de un nuevo modelo jurídico conocido como el modelo garantista. Este autor señala tres aspectos de la crisis jurídica: la crisis de la legalidad, la del Estado social y la del Estado nacional.

La crisis de la legalidad tiene que ver con la enorme corrupción que envuelve a la política. Se trata de la ilegalidad del poder distribuido en la política misma, en las finanzas, la economía y la administración pública. Esto implica, a su vez, la degradación de las reglas del juego institucional.

En cuanto a la crisis del Estado social, esta apunta a la contradicción entre un estado social y un estado garante de la libertad, contradicción que da lugar a una inflación legislativa y al deterioro de un sistema holístico del derecho. Se produce entonces un ambiente totalmente propicio para la corrupción.

Finalmente, la crisis del Estado Nacional remite a la alteración de la soberanía, así como al debilitamiento del estado constitucional. En la superación de los viejos estados nacionales se ha olvidado el trabajo de la construcción de un constitucionalismo de derecho internacional.

Esta triple crisis del derecho viene a tambalear finalmente el Estado de Derecho. La crisis ha dado lugar a la filtración de intereses fuertes, ocultos y a nuevas formas neoabsolutistas del poder. En esta situación, el sistema jurídico se desborda. Se presenta un debilitamiento de la función normativa del derecho y de sus funciones de límite y vínculo para la política. Las funciones de garantía de los derechos fundamentales tanto de libertad como sociales, dentro del Estado, pierden rumbo. Se vuelve más peligrosa en el momento en que se convierte en una crisis de legalidad y con ello en una crisis de la democracia y por lo tanto en un debilitamiento de la función normativa del derecho. Ante esta situación, está en riesgo la garantía de los derechos fundamentales.

Ferrajoli considera que la democracia y los derechos fundamentales peligran, además de por la crisis del derecho, por la crisis de la razón jurídica; es decir, de la pérdida de confianza de la *artificial reason*. De manera que no solo la crisis del derecho es la culpable del desbocamiento de las normas y el deterioro de la democracia. El riesgo se encuentra en la crisis de la razón jurídica. El problema está entonces, como señala Ferrajoli, en la pérdida de confianza en esa *artificial reason* que es la razón jurídica moderna. Desde la perspectiva de Ferrajoli se hace necesario recuperar el contenido de lo jurídico. En cuanto a la “razón jurídica actual, esta tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado; que permite configurar y construir hoy el derecho [...] como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales”.²

Esta perspectiva constructivista del derecho supera regímenes basados en una visión iusnaturalista del Derecho y el actual constitucionalismo del Estado del Derecho, por su parte, supera el extremo iuspositivista el cual reduce la razón jurídica a lo formal. El Derecho conforme a Ferrajoli, es un constructo de la razón jurídica; es un sistema artificial, pero no uno cualquiera, pues se trata de un sistema de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

EL MODELO GARANTISTA DE FERRAJOLI

Ferrajoli reconoce al menos tres significados de garantismo de los que retomaremos dos: garantismo como modelo de derecho y garantismo como propuesta de teoría general de Derecho. Ambos significados apuntarán al axioma sobre el derecho como garantía de limitación al poder y de aquí se establece la célebre frase del jurista italiano en la que enuncia que el derecho es la garantía de los más débiles frente a los más fuertes. El derecho es la ley del más débil.

2 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 19.

Partiendo de las limitaciones e insuficiencias del estado liberal, así como de los enfoques positivistas e iusnaturalistas, Ferrajoli empieza a construir un nuevo paradigma jurídico que parte del hecho de que el derecho se construye y por lo tanto no es un ente o un fenómeno natural y, tampoco está determinado en forma necesaria. Por otra parte, y como producto del estado del derecho moderno, estado y derecho no se construyen en forma anárquica, sin límites en su contenido. El Derecho del Estado constitucional se caracteriza por normar tanto contenido como forma. Además, él mismo, está a su vez normado en cuanto a su forma y su contenido.

El derecho que propone el modelo garantista es un derecho programado en cuanto a su sustancia y forma. Sus contenidos se encuentran vinculados normativamente a los principios y a los valores escritos en sus constituciones. Y son estos tipos de constituciones las que dan lugar al estado de derecho constitucional.

La garantía del Derecho se logra por la interconexión de una doble artificialidad: las normas son producidas, pero están sujetas al Derecho. De manera que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales de derecho positivo.

El derecho no es natural ni se deriva de la moral, ya que sus normas se construyen por los hombres. Pero, la validez del Derecho se encuentra positivado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones de las que el Derecho se proyecta y esto se da desde el establecimiento de ciertos valores ético-políticos como la igualdad, la dignidad de las personas y la autonomía. Estos valores ético-políticos son los límites jurídicos a la producción jurídica. La estructura de la legalidad está gobernada entonces por esos valores de tal manera que el derecho queda regulado tanto en su forma como en su contenido.

Tenemos entonces que su ser está dado por la artificialidad de la acción humana, pero tiene un deber que disciplina la proyección de normas desde el ámbito de los valores. De aquí:

...se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: La regulación jurídica del derecho positivo mismo, no solo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.³

El derecho así, programa sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus instituciones. El derecho programa su forma y contenido.

Todas estas propuestas las lanza Ferrajoli tras sus críticas al estado de derecho liberal y parte entonces del estudio de sus insuficiencias. Este estado, como lo muestra la historia, no ha logrado satisfacer las desigualdades sociales y económicas y de allí la necesidad de revisar los alcances de la legalidad. El estado del derecho liberal, se ha preocupado únicamente por la libertad de mercado y al intervenir solo de manera mínima ha ampliado en forma catastrófica las desigualdades. Frente al estado de bienestar urge la concreción de un auténtico estado social de derecho en donde se supere la irresponsabilidad de la clase gobernante y se termine con las prestaciones sociales que se hacen fuera del marco legal y que solo producen grupos con poderes ocultos.

Desde la propuesta del modelo garantista se presenta una alternativa que da lugar no solo a la multiplicación de las garantías de los derechos individuales tradicionales sino que además asegura la protección de los derechos sociales desconocidos y olvidados. Este modelo implica la construcción de un estado de mínimos y máximos: un gobierno liberal mínimo y un gobierno social máximo.

Una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de estos

3 *Ibid.*, p. 19.

frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es la de la satisfacción *ex lego*, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia y a la existencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos a partir de la mayoría de edad.⁴

De acuerdo a la propuesta de Ferrajoli en un estado de derecho garantista la política se convierte en el instrumento del derecho y son los vínculos normativos constitucionales los que adquieren primacía sobre lo político.

A diferencia de Kelsen, Ferrajoli considera que no basta con la legitimación formal, se hace necesaria la legitimación sustancial o ética que en última instancia radica en la satisfacción de los criterios exigidos por los derechos fundamentales.

Así, el deber ser de lo jurídico es recuperado en el modelo garantista. A su vez este deber ser se encuentra fundamentado en el valor de la persona humana, en el sentido kantiano: ser siempre un fin y nunca un medio.

Desde la dignidad humana los básicos axiológicos son: vida, dignidad, libertad y supervivencia. Estos valores se enlazan con los siguientes cuatro fines axiológicos: igualdad jurídica, el nexo entre derechos fundamentales y democracia, el nexo entre derechos fundamentales y, como ya se dijo, el papel de los derechos fundamentales como la ley del más débil.

El modelo garantista de Ferrajoli resalta las relaciones que se dan entre la defensa de los derechos humanos y la vigencia de un estado democrático.

4 L. Ferrajoli, "Pasado y futuro del estado de derecho", Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 13-30.

En un sentido no formal ni político sino sustancial y social de “democracia”, el estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la *mayoría*, los intereses y las necesidades de todos. En este sentido, el garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías, tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba. No existe diferencia, en este sentido, entre derechos de libertad y derechos sociales: también los derechos sociales, como cada vez se hace más evidente en los países ricos, en los que la pobreza tiende a convertirse en una condición minoritaria, son derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y a los intereses de la mayoría.

Todo esto justifica, a mi entender, una redefinición del concepto de “democracia”. Llamaré democracia sustancial o social al “estado de derecho” dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al “estado político representativo”, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad. Sustanciales, respecto de las formales de democracia política, pueden ser en efecto consideradas las normas secundarias que las enuncian: las cuales, de manera diferente a las normas sobre el “qué” y sobre el “cómo” se debe decidir que se refieren a las fuentes y las formas de producción de las normas primarias, hacen referencia a qué se debe o no se debe decidir y, por ello, a sus contenidos sustanciales. Y sociales respecto de las políticas en materia de representación, pueden ser consideradas sus funciones: mientras, en efecto, el estado representativo supone que la soberanía resida

en el pueblo y que, por consiguiente su ejercicio sea legítimo en cuanto represente la voluntad de la mayoría, el Estado de Derecho requiere que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la satisfacción de los intereses primarios de todos y sean por tanto legítimas en cuanto tutelen y realicen concretamente tales intereses.⁵

De manera particular cabe resaltar un importante concepto que Ferrajoli desarrolla a lo largo de la construcción de su modelo garantista; se trata del concepto de expectativa. Con él logra representar la relación dialéctica que se da entre el deber ser normativista y el ser, realista, de lo jurídico. A la expectativa le corresponden obligaciones o prohibiciones en el plano normativo y la ausencia de esa correspondencia en el plano fáctico produce una laguna que tendrá que ser resuelta. Y aplica este concepto en su concepción de Derechos humanos.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status*, la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones Jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas.⁶

Tanto los derechos primarios como los derechos secundarios están formados por expectativas, solo que estos últimos están también formados por poderes.

Para Ferrajoli un derecho subjetivo es cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto

5 L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 864-865.

6 L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, 2005, p. 19.

por una norma jurídica. Desde este concepto de expectativa a Ferrajoli le interesa la idea de un derecho, que, para su existencia, no tenga necesidad de la existencia de la garantía y aquí es donde radica la importancia de la relación dialéctica entre el *ser* y *el deber ser*. La falta de garantías no refleja la inexistencia del derecho, más bien la existencia de lagunas que hay que llenar. Por otra parte, cabe señalar que los fundamentos de los derechos humanos estarán dados a través de los postulados axiológicos, pero lo más importante de subrayar es que en el modelo de Ferrajoli la garantía de los derechos fundamentales no depende de la existencia de las garantías.

Esta manera de concebir los derechos fundamentales implica, a su vez, el establecimiento de las siguientes cuatro tesis: la primera separa los derechos patrimoniales de los fundamentales. La segunda establece los derechos fundamentales como la base de igualdad jurídica, lo que da lugar al aspecto sustancial de la democracia. La tercera tesis reconoce la supranacionalidad de los derechos fundamentales, y finalmente, la cuarta sustenta la relación entre derechos fundamentales y sus garantías.

Por otra parte, cabe señalar que la dimensión formal y sustancial que se establece en lo jurídico tiene su reflejo en la democracia. El coto vedado de las normas formales lo establecen las normas sustanciales que, a su vez, conforman la democracia sustancial, la cual descansa en los derechos fundamentales que, al ser de todos, ninguna mayoría puede cambiar. Así, al ser los derechos humanos de todos, se dice que son inalienables.

Cabe señalar que el modelo garantista es una teoría general del derecho y esta, a su vez, contiene como disciplinas a la ciencia jurídica, la filosofía jurídica y a la teoría del derecho garantista particular. Este modelo produce una serie de alteraciones en el esquema positivista clásico y una es la que afecta al papel de la ciencia jurídica.

El modelo garantista supone una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico. Por ejemplo, en el plano de la metateoría del derecho y por lo tanto del papel de la ciencia jurídica, que tendrá ahora no solo una función descriptiva, también una función crítica y proyectiva en relación con su objeto.

El modelo garantista de Ferrajoli funciona como una garantía social del derecho que contiene tres áreas: la ciencia jurídica, la filosofía política y la teoría del derecho garantista en sentido particular. Cada una de estas tiene un método y un objeto de estudio diferente. Partiendo de que la ciencia tiene que ver con la realidad, el método para la ciencia jurídica es el análisis empírico que se aplicará a por lo menos tres objetos de estudio: dogmática jurídica, sociología jurídica y historiografía jurídica. Todo el aspecto normativo de la doctrina jurídica es recuperado por la filosofía política, la cual tiene por objeto los valores ético-políticos. Luego, la teoría del derecho garantista general baja a lo particular y concreto desde un método de sistemas de conceptos teniendo como objeto las definiciones estipulativas o extensionales. De todo esto, es importante destacar dos aspectos: uno es el método o la metodología y el otro, el papel que se asigna a la moral como agente determinante de un ordenamiento jurídico.

Ferrajoli no acepta la neutralidad valorativa y para salvar algunas de sus críticas señala que esta solo se da en el plano de la ciencia jurídica, pero no en la filosofía política y establece una diferencia de planos metodológicos para distinguir la separación del derecho y la moral. La propuesta garantista de Ferrajoli incide así en una nueva concepción de cientificidad del derecho y promulga un iuspositivismo crítico que fortalece el papel de los jueces y de los juristas como los encargados de la mejora permanente de los ordenamientos jurídicos.

Como se deja ver el modelo garantista, en su dimensión normativa del derecho, cumple una función de limitación del poder. Esta dimensión se identifica, en Ferrajoli, con el estado de derecho. Desde el modelo garantista tenemos una legalidad compleja.

Se trata de abandonar la concepción paliopositivista de la validez, ligada a una estructura simplificada de la legalidad que ignora la sujeción al derecho, no solo formal sino sustancial, de las fuentes de producción jurídica, en los ordenamientos dotados de Constitución rígida. En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con solo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar vigencia o existencia, que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que dependen de la conformidad o correspondencia con las *normas formales* sobre su formación; y la validez propiamente dicha o, si se trata de leyes, la constitucionalidad, que, por el contrario, tiene que ver con su significado o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción. (...) El paradigma del Estado constitucional de derecho —o sea, el modelo garantista— no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: La vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la “racionalidad formal” y la “racionalidad material” weberianas. (...)

Todos los derechos fundamentales —no solo los derechos sociales y obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condiciona la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *finés* a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.⁷

7 L. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, op. cit., pp. 21-22.

Desde el modelo garantista de Ferrajoli las faltas de: incoherencia, antinomias y lagunas, así como la falta de plenitud de un sistema jurídica son entendidas como el mayor mérito del estado democrático de derecho, que se caracteriza por excluir formas de legitimación absolutas y por estar pendiente no tanto de la legitimación sino más bien de la deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos por violaciones a las máximas jurídicas institucionales.

La ciencia jurídica adquiere un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto, desde el modelo garantista. Con esto se conforma otro tipo de racionalidad jurídica diferente a la del positivismo dogmático. Bajo esta nueva racionalidad jurídica, la falta de plenitud propicia un papel de elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantía y condiciones de validez más vinculantes. En cuanto a las incoherencias y contradicciones, estas nos enfrentan con normas superiores. Y es la crítica del derecho inválido lo que constituye el aspecto científico y político de la ciencia jurídica.

En cuanto al problema de la plenitud y el reconocimiento de las lagunas, esto indica también una falta de técnicas apropiadas de garantía. Es el caso de la mayor parte de los derechos sociales que continuamente han sido desentendidos por parte del estado y que requieren atención desde el establecimiento de técnicas complejas de garantía.

El modelo garantista proporciona así un nuevo paradigma de ciencia jurídica a través del cual se resalta la importancia de las relaciones dialécticas entre técnica jurídica y análisis científico del derecho. Con esto se conforma a su vez una nueva relacionalidad jurídica en donde el contenido es tan importante o más que la forma.

Al igual que Bobbio, Ferrajoli apuesta a la unidad, la coherencia y la plenitud del sistema jurídico, pero a condición de estar consciente de que tal pureza no existe. Igualmente apunta a salvar la crisis del derecho desde el derecho mismo y la razón jurídica, salvando así el futuro de la democracia desde el futuro del derecho.⁸

8 Véase: L. Ferrajoli, *Derechos y garantía*, *op. cit.*, p. 33.

Así, la ciencia jurídica deja de ser un conocimiento dedicado solo a la descripción y sistematización del sistema jurídico. La ciencia jurídica tiene, en cambio, como principal función la crítica. Y las normas existen o no existen por que han sido producidas o no producidas, pero nunca porque sean deducidas de supuestas normas naturales o de razón.

CONCLUSIÓN

Desde el modelo garantista, el estado de derecho no solamente es un estado legal, además es un estado caracterizado por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su constitución de los deberes públicos correspondientes en donde cabe destacar la legalidad en sentido estricto. El contenido de la ley estará ahora condicionado por los principios éticos que contienen el constitucionalismo. Ferrajoli reclama el hecho de que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente conciencia sobre el verdadero estado de derecho: un nuevo modelo de derecho y democracia para el cual urge la elaboración de sus respectivas técnicas de garantía.

Bajo este nuevo paradigma, la ciencia jurídica debe tener presente que el derecho deja de ser solo un derecho de garantía y pretende ser también un sistema de valores. Con esto la metodología jurídica sufre también un cambio considerable; ahora no basta con el análisis formal o con recurrir a la lógica deductiva. Se hace necesario también el uso de la teoría de la argumentación para el análisis de tal sistema de valores. Se abandona el predominio de la forma de producción de las normas y se establece una diferencia entre estado de derecho y estado constitucional. No todo estado de derecho implica necesariamente un estado constitucional. El estado constitucional marca la primacía, garantía y

defensa de los Derechos fundamentales. Bajo esta perspectiva la filosofía política y la hermenéutica del Derecho cobran relevancia decisiva.

Como es sabido, el modelo garantista de Ferrajoli ha tenido una serie de críticas que a esta altura son ya clásicas, el análisis de estas no ha sido el objetivo de este trabajo, y ello, porque, de una u otra forma, Ferrajoli ha dado respuesta a tales críticas. Aquí solo nos hemos detenido a presentar de manera didáctica y sucinta, su modelo en relación a la ciencia jurídica.

Cabe concluir con las propias palabras de Ferrajoli:

“Solo el reconocimiento de la divergencia entre normatividad y efectividad permite sobrepasar la interminable polémica de la doble falacia, naturalista y normativista, de la asunción de los hechos como valores o, al contrario, de los valores como hechos. Una teoría del garantismo, además de fundamentar la crítica del derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa e interna, es en consecuencia también una crítica de las ideologías iusnaturalistas o positivistas superando así la confusión entre validez y vigencia o bien efectividad y validez”.

BIBLIOGRAFÍA

Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

_____, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 2001.

_____, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.

_____, *Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005.

_____, *Garantismo: Debate sobre el Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2006.

Ulloa Cuéllar, Ana Lilia, “La ciencia jurídica en el modelo garantista de Ferrajoli”, *Letras Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año 10, núm. 19, Xalapa, 2009.

Este libro se terminó de imprimir en noviembre de 2019
en los talleres de Grupo Espinosa.
El cuidado editorial estuvo a cargo del
Fondo Editorial de Nuevo León.

Derecho y política. Análisis filosófico de tópicos jurídicos presenta un análisis conceptual, filosófico y analítico de varios tópicos selectos que son parte fundamental de los campos de derecho y política. En cada capítulo el lector encontrará reflexiones fundamentadas sobre propuestas, tesis y categorías analíticas de cuestiones como participación ciudadana, corrupción, los conceptos de Constitución, constitucionalismo, democracia y pacto constitucional, los derechos humanos, la argumentación jurídica en la discusión legislativa, el modelo garantista de Luigi Ferrajoli y la filosofía política en la Edad Media y en Maquiavelo. La doctora Ana Lilia Ulloa aborda estos temas desde un punto de vista ético-filosófico que, en épocas de crisis, se hace más necesario que nunca.



Nuevo León
Siempre Ascendiendo



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y DOCENCIA
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN


FONDO EDITORIAL
DE NUEVO LEÓN