

LA CONSTITUCIÓN DE 1824. ORÍGENES DE LA MODERNIDAD JURÍDICA EN MÉXICO Y EL REGRESO A LA POLICENTRÍA JUDICIAL

José Antonio LOZANO DÍEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La monopolización de lo público*. III. *Welfare State: perfeccionamiento del sistema*. IV. *Constitucionalismo y codificación*. V. *Política y derecho público*. VI. *La reforma político-jurídica: creación de canales de transferencia y recuperación de la ontología*.

I. INTRODUCCIÓN

Para México, la Constitución de 1824 marcó un hito: el cambio del sistema jurídico al que algunos autores han denominado Antiguo Régimen al sistema jurídico moderno, vigente con gran fuerza en la actualidad.¹ Como todos los procesos históricos, la inauguración de una era en la cosmovisión jurídica es el resultado de un largo proceso iniciado con la aparición en el escenario occidental de lo que de forma genérica se conoce como *Estado moderno*.²

El Estado moderno es consecuencia instrumental de la concentración del poder político en el complejo entramado social y supuso la expropiación, entre otras cosas, de los procesos judiciales.³

* Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

¹ Cfr. Guerra, Francois-Xavier, *México: del antiguo régimen a la revolución*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

² Cfr. Krader, Lawrence, *La formación del Estado*, Barcelona, Nueva Colección Labor, 1972.

³ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 142 y ss.

Sin embargo, el Estado moderno, cuya génesis respondió a un *momentum* histórico puede evolucionar hacia formas distintas de organización político-social, lo que, sin duda afectaría de forma directa la forma de entender y desarrollar los procesos judiciales señalados.

En este trabajo nos proponemos realizar un acercamiento a la arquitectura del sistema jurídico moderno *monocéntrico* y explicar su posible evolución a través de fenómenos como la globalización y el fortalecimiento de comunidades regionales hacia la *policentría*.

II. LA MONOPOLIZACIÓN DE LO PÚBLICO

En la búsqueda de razones justificativas de la existencia del Estado moderno, este *aparato instrumental* que se mencionaba en líneas anteriores, se encuentran motivos fundamentalmente históricos, es decir, se trata de una realidad que no existía, emergió en una época histórica determinada y puede representar el modo pleno de organización social o una coyuntura pasajera.⁴

Debido a los límites de este trabajo y con intención de dar una idea por la que se entienda el nacimiento del Estado moderno, se hará referencia al periodo histórico inmediato previo y al momento en que ocurrió. La división histórica por periodos y el referirse a un momento determinado de nacimiento del Estado moderno son únicamente categorías conceptuales con carácter de herramientas, de las que no se debe derivar una explicación pormenorizada de los acontecimientos.

Durante la Edad Media el poder político no tiene un carácter absoluto, sino más bien limitado. Las funciones que se derivaban del ejercicio del poder estaban extraordinariamente limitadas: no existía un soberano o señor sino muchos, cada uno de los cuales ejercía con plenitud las funciones que le eran propias, pero solamente esas, y se encontraba a su vez frenado en el ejercicio de su potestad por el sometimiento a otro señor, y así sucesivamente.⁵

⁴ Aun cuando sigue siendo extendida la idea de que el Estado como forma de organización social representa algo así como el “fin de la historia”, idea correspondiente a la modernidad, actualmente fenómenos como la globalización, el comunitarismo han dado como consecuencia una corriente de pensamiento distinta en la que el Estado es una “forma transitoria del orden político” (Norbert Bilbeny) que ha llegado a un momento de crisis (Daniel Bell).

⁵ Maciver, R. M., *The Modern State*, Londres, Oxford University Press, 1960, p. 17.

La llamada por Hegel “poliarquía” medieval es fruto de la desorganización política y social originada por la caída del imperio romano de occidente, la consecuente invasión de los pueblos germánicos y el estado de profunda debilidad política y económica que sufría la Europa de entonces, vulnerable ante sus sucesivos enemigos: los vikingos, el Islam, la peste. El esquema de dominación medieval no era piramidal, sino que asemejaba más una red de jerarquías, ninguna absoluta.⁶

En este sentido se creaban relaciones cercanas, derivadas en primer término del pacto de vasallaje, pero extensivas a todo el conglomerado social.

“La clave de la organización feudal reside en el hecho de que en un periodo de desorden que se aproximaba con frecuencia a la anarquía eran imposibles grandes unidades políticas y económicas. En consecuencia, los gobiernos tendían a ser de tamaño reducido, que comparado con los modelos romano y moderno es pequeño, pero que era viable en aquellas circunstancias... La organización de la sociedad y del gobierno era fundamentalmente local. Sobre ese cimiento estaba constituida la organización feudal típica. En un estado de desorden continuo y en una situación en la que los medios de comunicación eran de lo más primitivo, un gobierno central no podía cumplir ni siquiera obligaciones tan elementales como la salvaguardia de la vida y la propiedad. En tal situación el pequeño propietario o el hombre de poco poder no tenía sino un recurso: encomendarse a alguien suficientemente fuerte para protegerle. La relación así formada tenía dos aspectos: era a la vez una relación personal y una relación de propiedad. El hombre de poco poder se obligaba a prestar servicios al señor a cambio de su protección, y le entregaba la propiedad de su tierra, convirtiéndose en vasallo con la condición de pagar una renta en forma de servicios o de productos. La propiedad y el poder del señor se engrandecían de este modo, en tanto que el vasallo tenía tras sí un patrono poderoso cuyo interés y cuya obligación consistían en protegerle”.⁷

Posteriormente se diversificó este pacto de vasallaje hasta llegar a la entrega en forma de feudo no únicamente tierras, sino cargos burocráticos y hasta judiciales.

Por otra parte, el rey tenía una autoridad muy reducida, de tal modo que carecía de *potestas legibus soluta* que es la que caracteriza especialmente

⁶ *Idem.*

⁷ Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, México, FCE, 1988, p. 181.

al que detenta la soberanía. El monarca medieval no era legislador, sino juez; la función más característica de su autoridad radica precisamente en resolver “en apelación” cuantos litigios le son presentados a tal efecto.⁸ Y la merma más significativa de su poder viene constituida por la obligación de respetar las costumbres y los pactos.

Así las cosas, podemos observar en el respeto de los pactos y privilegios medievales uno de los orígenes de la moderna concepción de la libertad política.⁹ Lo que hará el moderno Estado de derecho será objetivar y generalizar mediante el ordenamiento jurídico, todos los derechos subjetivos.¹⁰

Sin embargo, las circunstancias político económicas de Europa cambiaron lentamente a partir del siglo XI y con mayor rapidez desde el XIII.

El redescubrimiento de los filósofos griegos y del derecho romano originaron un nuevo ambiente cultural, visible en las recién fundadas universidades.

En este ambiente, que preparó eficazmente el Renacimiento surgieron circunstancias que gestaron lo que posteriormente se conocería como Estado moderno. El rey fue considerado ahora no como un simple señor feudal con cierta preeminencia entre los demás, sino como un verdadero “emperador dentro de su territorio”.

A pesar de que la aparición del poder estatal monolítico se produjo según formas y etapas muy distintas en diversas naciones, se pueden señalar

⁸ *Ibidem*, p. 342.

⁹ Bluntschli afirma que “el Estado feudal también era Estado de derecho, puesto que un entresijo de derechos subjetivos y privilegios de variada índole impedía a veces toda acción política, toda intervención personal del monarca”. Citado por Legaz Lacambra, Luis, *El Estado de derecho en la actualidad*, Madrid, Reus, 1934, col. Biblioteca General de Legislación y Jurisprudencia, pp. 14 y ss.

¹⁰ Herman Heller señala que “es patente el hecho de que durante medio milenio, en la Edad Media no existió el Estado en el sentido de una unidad de dominación, independientemente del mundo interior y exterior, que actuara de modo continuo con medios de poder propios y claramente delimitada en lo personal y territorial... Casi todas las funciones que el Estado moderno reclama para sí hallábanse entonces repartidas entre los más diversos depositarios: la Iglesia, el noble propietario de tierras, los caballeros, las ciudades y otros privilegiados... Al soberano monárquico feudal le vienen a quedar sólo muy pocos derechos inmediatos de dominación... Los reinos y territorios en la Edad Media eran, tanto en lo interior como en lo exterior, unidades de poder político, por decirlo así, sólo intermitentemente e incluso, durante siglos, sólo excepcionalmente... Su poder —continúa, refiriéndose al territorio sobre el cual ejercía el monarca su potestad— estaba limitado, en lo interno, por los numerosos depositarios de poder feudales, corporativos y municipales y en lo exterior, por la Iglesia y el emperador”. Heller, *op. cit.*, nota 3, pp. 145 y ss.

ciertos rasgos comunes: los reyes, apoyados económicamente por la próspera burguesía, que veía en la monarquía la protección de sus intereses en contra de los demás factores de poder, comenzaron a hacer desde fines del siglo XIII lo que siempre habían deseado: expropiar todo el poder, todas las funciones públicas, todas las regulaciones. Lucharon y vencieron a sus opositores uno a uno.¹¹

Como puede concluirse, el nacimiento de esta realidad sociopolítica es fruto de una tendencia histórica a favor de la centralización del poder en manos de un monarca absoluto; la idea de su superioridad evolucionará en el Renacimiento, donde encontramos como defensores del poder estatal a Maquiavelo y Bodino, que insisten en la superioridad del monarca sobre los demás factores reales de poder.

Si bien es cierto que pueden distinguirse tres fases fundamentales en el proceso constitutivo del Estado moderno: la de concentración del poder, en la que el poder político se erige como soberano, e incluso como absoluto; la del constitucionalismo liberal, cuyo objetivo es la limitación de ese poder, tanto mediante su división interna como la de la delimitación estricta de su campo de competencia y la fase de democratización.¹² La que resaltamos es la primera, ya que las dos siguientes son simples frenos y matices sobre una realidad política existente.

En este sentido, el Estado se vuelve el gran expropiador que centraliza lo público, y lo privado lo vuelve público, en un sistema de gestión único al cual van todos los problemas que antes se resolvían de formas distintas por personas diferentes.¹³ Así se convierte en un artefacto al servicio del poder.

¹¹ A este respecto expone Sabine: “En todos los reinos creció el poder regio a expensas de las instituciones rivales —nobleza, parlamentos, ciudades libres o clero— y en casi todos los países el eclipse del sistema representativo medieval fue permanente”. Sabine, *op. cit.*, nota 7, p. 265.

¹² Cruz Prados, Alfredo, *Ethos y Polis, bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, Eunsu, 1999, p. 44.

¹³ Según García Pelayo “Vistas las cosas en términos histórico-universales... nos permiten calificar al Estado como el mayor expropiador de la historia. No sólo reconoce ningún poder universal, sino que expolia al imperio de los derechos mayestáticos para ejercerlos por sí mismo dentro de su propio ámbito territorial. Expropia a los señores y corporaciones de sus inmunidades, privilegios y potestades, asume la garantía de la seguridad de personas y haciendas antes dispersas por la sociedad y, como necesario contrapunto, expropia a los poderes sociales del derecho a la *Fehde* y asume el monopolio de la violencia legítima. Expropia a los grupos sociales y a las entidades territoriales de la facultad de darse orden jurídico y, paralelamente, estatiza el derecho. Contra lo que pu-

En esta misma línea, conviene destacar que existe una marcada tendencia a definir el Estado de una manera mucho más restringida e instrumental que la de la teoría política clásica. Ha llegado a ser considerado por muchos sólo como un aparato de gobierno, por el hecho de que se distingue fundamentalmente por implicar el monopolio de la coerción, o, en palabras de Weber, “el monopolio del uso legítimo de la fuerza”.¹⁴

III. *WELFARE STATE*: PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA

Hasta aquí hemos descrito el nacimiento del Estado moderno como un fenómeno de centralización del poder en el que se crea, por un lado, la figura del ciudadano como sujeto que otorga ciertas prerrogativas de su esfera política (fundamento de las teorías contractualistas) y por el otro la de la burocracia como sistema de administración.

La evolución histórica llevó en el siglo XX a la creación del *Welfare State*, Estado de Bienestar o Estado Social, como intento de adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial y posindustrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para afrontarlos.¹⁵

No han de verse las medidas de tal adaptación como algo totalmente nuevo, sino más bien como un cambio cualitativo de tendencias surgidas en el siglo XIX y principios del XX para regular, en aquel entonces, aspectos parciales de la sociedad; regulación que sufre en nuestro tiempo un proceso de generalización, integración y sistematización.¹⁶

Aun cuando en nuestros días se hable de forma generalizada del desmantelamiento del Estado de Bienestar a partir de la década de 1980, lo

diera parecer a primera vista, el Estado liberal acentúa el proceso expropiador, tomando a su cargo funciones antes desempeñadas por entidades eclesiásticas o laicas, como el registro civil, la beneficencia, la enseñanza, etcétera. Y, finalmente, el Estado socialista de modelo soviético estatiza los principales medios de producción y cambio. García Pelayo, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 1125.

¹⁴ Weber, Max, *Sociología del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 58.

¹⁵ Ruggie, J. G., “Complexity, Planning and Public Order”, Princeton, Organized Social Complexity, 1975, pp. 128 y ss.

¹⁶ García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 13, pp. 1603-1607.

cierto es que los procesos y objetivos básicos por él instrumentados parecen irreversibles. Independientemente de la forma concreta que adopte por diferencia de lugar y tiempo, el Estado de Bienestar supone un sistema encargado de velar por todos los aspectos de la esfera pública de los ciudadanos, y aún más, desciende a ámbitos anteriormente considerados de carácter privado como el cuidado de la salud, las relaciones familiares, etcétera en un afán de *procura existencial*.¹⁷

Así las cosas el Estado ha evolucionado hacia un *sistema* que, entre otras cosas, con tal de mantener el monopolio del poder político absorbe problemas, demandas, etcétera, del *mundo vital (inputs)*, las procesa mediante sus herramientas de gestión y produce respuestas monolíticas convenientes a su propio funcionamiento (*outputs*).¹⁸

Ahora bien, cada vez con mayor claridad asistimos al crecimiento de la complejidad estatal, debida fundamentalmente al crecimiento de su actividad, exigida por la civilización industrial y posindustrial, la complejidad de la sociedad contemporánea (o en términos más generales el *ambiente* en que se mueve dicha actividad) y la interacción de todo ello. El tema no es secundario, ya que no sólo trae como consecuencia la crisis en la que parece caer de forma insalvable el Estado de Bienestar, sino que parece que la complejidad como respuesta a la sobrecarga del sistema tiene como consecuencia una crisis de gobernabilidad normalmente superada mediante herramientas técnicas que a su vez aumentan el nivel de dicha complejidad.¹⁹

El sistema posee un carácter y una lógica propias que emerge con el Estado moderno (*razón de Estado*) y evoluciona hacia la complejidad del *tecnosistema* dejando fuera de sí todo aquello que no encaje en dicha lógica. “Lo que en el tecnosistema brilla por su ausencia es precisamente el protagonismo de los ciudadanos, su capacidad de participación política, la relevancia de sus iniciativas comunitarias y, en fin, los contornos claros de la esfera pública”.²⁰

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Easton, D., *The Politycal System*, Chicago, University of Chicago Press, 1981, pp. 72 y ss.

¹⁹ Friedmann, W. G. y Garner, J., *Government Enterprise. A Comparative Study*, Nueva York, 1970, pp. 303 y ss.

²⁰ Llano Cifuentes, Alejandro, *Humanismo cívico*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 17.

IV. CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN

En el Estado moderno la Constitución es un conjunto de principios y reglas, escritos o no, que definen las fuentes, fines, usos y limitaciones del poder público.²¹ Su origen se remonta a las revoluciones producto de los excesos del poder absoluto; según Bartolomé Clavero:²²

La historia es sabida: el autómeta se cree dotado de razón; el Golem rompe con su artífice; *Leviathan* es *Behemont*; Frankenstein artificial, pero de materia humana, no resulta monstruo menor que King Kong natural, pero de espíritu animal. Vuelve la muerte. Retorna a una escala antes impensable. El Estado se encuentra de hecho con un poder desconocido en la historia; ya lo tiene todo antes de crear su propio derecho, hipotecando el del individuo al que debe existencia. El efecto último lo hemos sufrido con los despotismos totalitarios.

²¹ De acuerdo con Maravall podría considerarse como origen de la Constitución en el Estado moderno se encuentra en las *Leyes Fundamentales*: “La terminología puede cambiar, pero ya hemos dicho que la razón de que en la época moderna aparezca la doctrina de las leyes fundamentales, transformando hondamente la herencia medieval, está en que, en un momento en el cual el derecho positivo se reconoce por necesidad cambiante, se considera no menos necesario asegurar algunos principios reputados como eminentemente constitutivos de la monarquía, librándolos de alteraciones en un periodo de agitaciones y novedades que no deben tocar a la base del orden político. Es una manera de afirmar el poder y su régimen constitucional, después o en medio de las transformaciones en la distribución de los grupos o fuerzas sociales, de las funciones administrativas, de la propiedad, etcétera, y, consiguientemente, en la reconstrucción del poder que se lleva a cabo en estas condiciones; o lo que es lo mismo, es una manera de hacer frente a los cambios, en una sociedad que ha cambiado. Por eso la doctrina de las leyes fundamentales no se desarrolla, contra lo que podría presumirse, en medios tradicionales estáticos, sino en medios aristocráticos de funcionarios o de burgueses, esto es, grupos nuevos que han sido favorecidos por el auge del siglo XVI... Históricamente la monarquía absoluta fue, pues, el marco en que se desarrolló la doctrina de las leyes fundamentales. Pero también hay que advertir, lógicamente, que sólo en aquel régimen en que se da un poder que puede situarse sobre las leyes humanas y positivas, existe la necesidad de apelar a unas leyes, fundadoras del orden, en las cuales no se puede tocar en principio y de las que emana la capacidad de hacer, dispensar o abogar las leyes ordinarias. Por eso sostenía entre nosotros Jerónimo de Ossorio que las “*leges fundamentalis*” se dirigen ante todo al rey y a él le obligan más que a nadie. (*De Regis Institutione*, lib. V, Lisboa, 1572). Maravall, Antonio, *Estado moderno y mentalidad social*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, t. I, pp. 369-379.

²² Clavero, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 45 y 46.

Pero no sólo se trata de una suplantación excepcional de razones. También ocurre que más ordinariamente un Estado identificado con el derecho puede infundirle a éste una razón ajena a la original que le constituyera. La *razón de Estado* puede ser ahora *derecho de Estado*, derecho político y público frente y por encima del derecho civil y privado correspondiente al individuo, *derecho de persona*. He aquí la novedad fundamental. La razón es nueva y el Estado es nuevo. La razón de Estado no puede ser vieja. La reedición de la expresión para significarse actuaciones extraordinarias de defensa en detrimento de su propio derecho hace problemas nuevos tanto como a confusiones nuevas. Este mundo ya es otro. Hay toda una revolución de por medio.

Es la revolución que declaró derecho y constituyó Estado, la *revolución constitucional* que mejor puede calificarse. No mantuvo la dependencia del segundo respecto al primero en el caso especialmente de la Revolución francesa que ha marcado unas pautas europeas. Realmente sólo instituyó la entidad política, no el derecho individual. O no lo constituyó como base. Aquí comienza el asunto. La *raison de' état la partie*; la nación, al individuo. Se transfigura y potencia; se creció con una Revolución y se enquistó en un Estado. Ahora el *simulacrodella salute pubblica* temido por Beccaria se impone realmente y se consagra. No es sólo que Napoleón prefiriese la lectura de Machiavelli; no es cosa solamente de un *Imperio*. Es que la razón de Estado se ha hecho en efecto derecho. La codificación particularmente instaure y eficazmente mantiene la suplantación. Y las ocurrencias posteriores tanto de revoluciones y códigos diversos como de estados y colectividades diferentes no han sido mejores o siquiera en verdad distintas. Entre aspiración de libertad y resultante de poder, ¿no ha ofrecido Lenin la prueba de Hobbes? Ya superamos la *prehistoria*, pero no todavía *la historia*.²³

Con muy pocas excepciones, los principios y normas constitucionales están contenidos en un solo documento escrito, aunque ningún estudio de un sistema constitucional que merezca ese nombre se limitará a ese documento fundamental. Las prácticas constitucionales, las interpretaciones

²³ Las cursivas son nuestras. Para mayor abundamiento en el tema de la conversión de la razón de Estado en derecho por la vía de la codificación *Cfr.* Roehrsen, Carlo, "De la totale espropriazione degli individui a favore dell'ordenamiento giuridico, ovvero de la funzione di un ipotesi fondamentale", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, núm. 13, 1983, pp. 209-213; Orsi-Bataglini, Andrea, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, *Quaderni Fiorentini*, núm. 17, 1988, pp. 569-614; Umberto Allegretti, *Profilo di Storia Costituzionale Italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989.

judiciales, las leyes, las tradiciones y las costumbres deben examinarse también.²⁴

Las Constituciones modernas son mucho más largas y más detalladas que los modelos más antiguos, debido al deseo de los redactores de codificar, y perpetuar así, la unidad y el consenso del periodo previo a su promulgación.

Según la concepción *política* y operativa, la Constitución es un manifiesto político y una carta organizativa o *mapa del poder*.²⁵ Toda Constitución combina una declaración de compromiso político e ideológico con un plan de acción, expresado en términos legales y limitado por diversas restricciones, normalmente contenida en una declaración de derechos. Bastante más de la mitad del texto constitucional se ocupa de la adopción, aplicación y ejecución de las normas legales y de las decisiones políticas.

La existencia de la norma constituyente integrada por una declaración derechos y destinada a un sujeto unitario trajo como consecuencia el fenómeno de la *codificación*.²⁶

No se trata de un asunto técnico de sistematización y concreción de la norma sino de un extremo mucho más sustantivo de concepción y entidad del derecho. En este sentido, la codificación que ha querido encontrarse en otros tiempos constituía un imposible histórico, por las características propias de una sociedad de estructura sectorializada de su orden y carácter jurisprudencial de su ordenamiento, frente a lo que vino a definirse el Código.²⁷ En él podría cifrarse la misma revolución constitucional. Su base es el sujeto que pudiese concebir y respecto al que pudiera predicarse la norma. Sólo entonces puede pasarse del significado de estatuido al estatuyente.²⁸

²⁴ “Como hemos señalado, el Ordenamiento jurídico es una totalidad normativa organizada, estructurada, con muchas subestructuras u ordenamientos menores. Pues bien: ese pluralismo de ordenamientos parciales he de tener una unidad de sentido para poder ser un todo sistemático y eficaz. Y esa unidad de sentido la proporciona la propia Constitución”. Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 106.

²⁵ Cfr. Duchacek, Ivo, *Power Maps, Comparative Politics of Constitutions*, California, ABC-Clío, 1973.

²⁶ Cfr. Tarello, Giovanni, *Le ideologie de la codificazione. Del particolarismo giuridico a la codificazione napoleonica*, Génova, 1969.

²⁷ Lombardi, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1969, pp. 201-209.

²⁸ Orestano, Riccardo, “Norma statuita e norma statuyente. Contributo alle semantiche di una metafora”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, núm. 13, 1983, pp. 313-350.

El código es un tipo de norma que puede, contando con un carácter legislativo, fundar la regulación de una materia y, partiendo de un sujeto unitario, cubrirla en toda su extensión sin detrimento de su propia articulación interna. Todos tendemos a retrotraer la idea, pero con una precisión tal, realmente no se le encuentra antes del tiempo constitucional.²⁹ Los mismos paradigmas de la codificación comenzarán a definirse en relación con el concepto de Constitución, resulte o no código primario.

V. POLÍTICA Y DERECHO PÚBLICO

La monopolización de todos los aspectos de la vida pública por el poder central del Estado supuso, entre otras cosas, como ya veíamos anteriormente la cooptación del sistema jurídico. La razón de Estado del absolutismo se transformó con la revolución constitucional en el *Derecho de Estado*. Así el derecho se convirtió en instrumento político de dominación al amparar bajo su lógica la centralización de la vida pública.³⁰ Por otra parte el Estado le imprimió al derecho su *logos* político.

Hasta tal punto se apoderó el Estado del sistema jurídico que para un buen número de autores, como Kelsen por ejemplo, Estado y derecho son sinónimos. Según Norberto Bobbio:

... la conexión entre derecho (entendido como ordenamiento normativo coactivo) y política se hace tan estrecha como para hacer considerar al derecho como el principal instrumento mediante el cual las fuerzas políticas que detienen el poder dominante en una determinada sociedad ejercen su dominio.

De esta conexión se hizo consciente la filosofía jurídica y política que acompaña el nacimiento del Estado moderno e interpreta y refleja su espíritu, desde Hobbes, a través de Locke, Rousseau, Kant, Hegel, Marx, hasta Max Weber y Kelsen, al punto de hacer aparecer estructura jurídica y poder político, ordenamiento y fuerza coactiva, el momento de la organización del poder coactivo y el momento de la potencia que se sirve de la organiza-

²⁹ Clavero, Bartolomé, “La idea de código en la Ilustración jurídica”, *Historia, Instituciones, Documentos*, núm. 6, 1979, pp. 49-88.

³⁰ “En el marco histórico del mundo moderno el Ordenamiento jurídico está apoyado en el Poder. Cuando hablamos de Poder queremos decir sobre todo, aunque no exclusivamente poder del Estado, que es la forma de organización moderna del poder político”. Peces Barba, Gregorio, *Libertad, poder, socialismo*, Madrid, Civitas, 1978, p. 231.

ción de la fuerza para alcanzar sus propios objetivos, en suma, derecho y Estado en las acepciones más comunes de estos dos términos, como dos caras de la misma moneda. Una de las características principales de las diversas teorías del Estado moderno, una especie de hilo rojo que permiten mantener juntas las diversas doctrinas y de comprender su nexo y su desarrollo, es justamente el doble y convergente proceso de estatalización del derecho y de juridización del Estado, por el cual, el derecho es considerado desde el punto de vista del Estado, o de lo que es el elemento característico del poder del Estado, es decir, el poder soberano, por lo cual de Hobbes en adelante surge la tendencia de definir el derecho como el conjunto de las reglas establecidas e impuestas por aquel o aquellos que detentan el poder soberano y, por el otro, el Estado es considerado desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, es decir, de la compleja red de reglas, de la que las normas constitucionales, no importa si escritas o no escritas, son el techo o los cimientos, las leyes, los reglamentos, las previsiones administrativas, las sentencias de los jueces son los diversos pisos (para repetir una vez más la dichosa metáfora kelseniana del ordenamiento jurídico como una estructura piramidal), como el conjunto de los poderes que son ejercidos en el ámbito de dicha estructura (el llamado Estado de derecho en el sentido más amplio de la palabra), y en cuanto tales, y sólo en cuanto tales, son aceptados como poderes legítimos. Este proceso de convergencia entre estructuras jurídicas y poder político tuvo como consecuencia la reducción del derecho al derecho estatal (en el sentido de que no existe otro ordenamiento jurídico que el que se identifica con el ordenamiento coactivo del Estado) y al mismo tiempo la reducción del Estado a Estado jurídico (en el sentido de que no existe el Estado sino como ordenamiento jurídico). Con dos fórmulas simples y simplificantes: desde el momento en que nace el Estado moderno como Estado centralizado, unitario, unificante, que tiende a la monopolización, en un momento, de la producción jurídica (a través de la subordinación de todas las fuentes de producción del derecho a aquella que es propia del poder estatal organizado, es decir la ley) y del aparato coactivo (a través de la transformación de los jueces en funcionarios de la corona y la formación de ejércitos nacionales), se puede decir que ya no existe otro derecho que el derecho estatal, y ya no existe otro Estado que el Estado jurídico. (Las cursivas son nuestras).³¹

³¹ Bobbio, Norberto, "El derecho como ordenamiento normativo coactivo", *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI, 1983, pp. 453 y 454.

El derecho como instrumento de control político ha sido poco analizado. La idea de que desde el análisis del sistema jurídico puede leerse el sentido político del Estado no ha sido lo suficientemente explotada, y sin embargo existe una profunda conexión entre ambos conceptos.³² Hasta tal grado se da la conexión que determinadas normas jurídicas, sobre todo las de derecho público, son incomprensibles en su contenido sin atender al discurso del centro de poder político.³³

El derecho público del Estado pierde así la ontología propia de la materia jurídica para fundamentar su legitimidad en su carácter formal y llenar sus contenidos de ideología.³⁴

La legitimidad adquirida exclusivamente por la procesalidad descansa en el poder del Estado y posee como paradigma la *seguridad jurídica*, que prima por encima de la justicia e incluso el sentido común. La carga ideológica que llena los contenidos *juridiza* símbolos emanados del discurso del centro de poder político.³⁵ Por otra parte, el control en la aplicación de la ley y la burocratización de los jueces convierte al derecho en un objeto de poder.

³² “En principio, hay que señalar que todo derecho, *cualquier norma* o institución jurídica *es política*. El derecho implica poder, fuerza, es un instrumento coactivo de organización social. La *Política* se identifica con el conjunto de actividades relativas a la fundamentación, organización y ejercicio del poder en una sociedad, por tanto, derecho y política son dos magnitudes con evidentes puntos de contacto”. Lucas Verdu, Pablo y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *Manual de derecho político*, Tecnos, 1990, vol. 1, p. 19.

³³ “...mientras que el derecho en sentido restringido se hace cada vez más derecho estatal, el derecho estatal en sentido restringido se hace cada vez más derecho legislativo. Aún más brevemente: el proceso de juridificación del Estado es acompañado por un proceso de legalización del derecho”. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 31, p. 456.

³⁴ “Una ideología es un sistema de ideas, un sistema que sirve para algo y que no constituye un fin en sí mismo, como los sistemas filosóficos, de los cuales no posee, por otra parte, ni la flexibilidad ni el carácter de pensamiento personal”. Weidle, Wladimir, “Sobre el concepto de ideología”, *Las ideologías y sus aplicaciones en el siglo XX*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pp. 11 y 12.

³⁵ “El dispositivo simbólico de un orden institucional es... el núcleo que define su identidad; en el que se condensan los valores, los principios y las normas, que permiten definir sus fines y, con base en ello determinar la forma concreta de sus instituciones y procedimientos. ...El dispositivo simbólico es una parte esencial del orden institucional, al mismo tiempo no se identifica plenamente con él, ya que, entre la realidad institucional (el ser) y el dispositivo simbólico (el deber ser) se da una inadecuación y tensión que constituye uno de los factores centrales que guían el desarrollo social”. Serrano E., “En torno al dispositivo simbólico de la democracia”, *Metapolítica*, vol. 1, núm. 4, octubre-diciembre de 1997, pp. 530 y 531.

VI. LA REFORMA POLÍTICO-JURÍDICA: CREACIÓN DE CANALES DE TRANSFERENCIA Y RECUPERACIÓN DE LA ONTOLOGÍA

Para aportar nuevas perspectivas al sistema jurídico-político hace falta reconocer que la política y el derecho son *acción* de los sujetos que las ejercen antes que sistemas cerrados. Vistas así las cosas, su ejercicio depende más de actitudes que de complejos sistemas ideológicos.

El orden, en sociedades con una dinámica sana, depende de los ciudadanos. Dotar al ejercicio político de valores morales que permitan la autodirección social es tarea que ha sido dejada de lado en el intento de recomponer la dinámica sistémica dotándola de herramientas más complejas que responden a la crisis de gobernabilidad.

Los análisis realizados a partir de categorías derivadas del Estado se agotan precisamente allí, en la mejoría sistémica, sin realizar planteamientos distintos a su lógica. Para dichos análisis el orden social posee una configuración racional estricta, esto es, responde a unos modelos generales simplificadores de los fenómenos reales.

El paradigma del Estado moderno no da paso a categorías de análisis en las que el despliegue social espontáneo acoja su propia lógica autodireccional ya que ello supone descontrol político y debilitamiento del poder centralizado. Por otra parte, el paradigma del Estado moderno opera continuamente en la búsqueda de *formas* de gobierno que resuelvan los problemas con los que se estrella continuamente en la realidad: pobreza, marginación, corrupción, etcétera.

En el paradigma del Estado moderno los *contenidos* se supeditan a las *reglas del juego*, que mientras se cumplan lograrán plantar cara a la compleja dinámica social. En ese vacío se queda todo el análisis fuertemente impulsado por pensadores como John Rawls. En teoría se trata de un concepto metódicamente ajeno a influencias ideológicas totalitarias pero en la *praxis* se impacta con la evidencia de su irrealidad: la diferencia en las conductas y en los valores que inspiran esas conductas marcan diferencias extraordinarias entre el rumbo que sigue una sociedad.

Las nuevas categorías de análisis, si desean aportar elementos nuevos de solución requieren fijar su atención en las *actitudes* y la *participación* en la vida pública de los actores olvidados, los ciudadanos, lo que se ha dado en llamar *humanismo cívico* o *republicanismo*. El proceso debe darse a partir de la transferencia de responsabilidades públicas a los ciudadanos, normal-

mente organizados en cuerpos institucionales que ejerzan sus responsabilidades y derechos a partir de la riqueza de su propia individualidad.

En el caso de México no puede ser más evidente: la distancia entre los modelos ideológicos clásicos y la realidad suele ser en ocasiones abismal.

Al derecho aparentemente se le ha dado mucha importancia al colocarlo como centro y fundamento de la acción política estatal. Sin embargo, la realidad es que su carácter instrumental le ha reducido sus márgenes de conexión con la realidad y le ha arrebatado su carácter *director* de los procesos sociales para dejarlo como simple *garante* del sistema estatal.

La excesiva relación del derecho con la *potestas* estatal hasta el grado de definirlo como pura coerción le ha arrebatado su capacidad de despliegue vital estrechamente vinculado con la diversidad de los casos concretos surgidos de la espontaneidad para acercarlo peligrosamente al retraso en la captación de la dinámica social y más allá, a la inmovilidad.

Así como hace falta romper el paradigma del Estado moderno en la vida política social para el encuentro de categorías más ricas de análisis, en el campo del derecho es necesario recuperar la ontología que lo convierte en elemento importante de dirección de actitudes. El camino de desarrollo de la nueva visión del derecho se abre paso a partir de una consecuencia de la *crisis* del Estado moderno: el fenómeno de la *policentría* actualmente analizado por la Facultad de Derecho de Yale. La *policentría* se refiere al ejercicio del derecho en aquellos sectores de la actividad social a los que la actividad estatal no puede llegar.

Para que el ejercicio del derecho multicéntrico sea efectivo se requiere la existencia de instituciones sociales sólidas poseedoras de *auctoritas* para las que su participación en el sistema jurídico no sea una forma instrumental de la razón política. En ese sentido puede recuperarse la ontología del derecho, en el traslado del ejercicio jurídico del predominio de la *potestas* a la de la *autoritas*.