



www.senado2010.gob.mx

www.juridicas.unam.mx

FUENTES FILOSÓFICO-POLÍTICAS DEL CAPÍTULO IV (DE LA LEY) DEL “DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMÉRICA MEXICANA DEL 22 DE OCTUBRE DE 1814 CONSTITUCIÓN DE APATZINGÁN”

por *Luis Recasens-Siches*

1. Sentido y alcance del presente trabajo.
2. Comentarios al artículo 18.
3. Comentarios al artículo 19.
4. Comentarios al artículo 20.
5. Comentarios a los artículos 21, 22 y 23.

1. Sentido y alcance del presente trabajo

El presente estudio no constituye una investigación histórica sobre cuál fue real y efectivamente la formación filosófica de los autores del *Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana* sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814. Una indagación histórica de esa índole requeriría averiguar cuál fue la formación intelectual de los redactores de dicho documento, cuáles fueron los textos de filosofía política y asimismo los textos constitucionales o análogos que preferentemente fueron elaborados en otros países y tenidos a la vista por el legislador de Apatzingán. Sin perjuicio de reconocer que una investigación estrictamente histórica de tal naturaleza pudiese ofrecer gran interés, el autor del presente trabajo debe declarar francamente que éste no se halla motivado por el propósito de realizar una pesquisa de dicho carácter. Por otra parte, el autor de este artículo debe declarar que carece del entrenamiento y de los medios necesarios para realizar una búsqueda de este jaez.

La finalidad del presente estudio es diferente de un propósito de indagación sobre hechos históricos. Se trata de otra cosa: de, teniendo a la vista los artículos del capítulo iv de la llamada *Constitución de Apatzingán*, escrutar el sentido de todas y cada una de las ideas que en ellos aparecen expresadas, y de poner en claro los respectivos orígenes de ellas en la historia de la filosofía política.

Aparte de la delimitación precisa de la intención, del sentido y del alcance de este estudio —que es como queda dicho, el de aclarar los orígenes, a veces varios, de cada una de las

ideas expresadas en dichos artículos, o latentes debajo de ellos—, conviene hacer algunas advertencias preliminares, las cuales pueden contribuir a la mejor comprensión de este tema. Y tal vez la principal de esas advertencias deba ser la de llamar la atención sobre el hecho de que, a pesar de todas las diferencias, muy profundas, que implica el tránsito del medioevo a la Edad Moderna, sin embargo, la filosofía política presenta ciertos denominadores comunes de continuidad desde el pensamiento de Santo Tomás de Aquino hasta de Jéan Jacques Rousseau. Salvando todas las diferencias, aunque importantes no esenciales, en más de un sentido cabría afirmar que la filosofía política de la democracia y la libertad de Rousseau —o, mejor dicho, de la reelaboración de ésta por Kant— constituye la culminación en el desarrollo de un pensamiento que comienza a desenvolverse ya orgánicamente por Santo Tomás de Aquino —sin olvidar los antecedentes de éste—, y que sigue desarrollándose por ulteriores escolásticos medioevales, por los juriconsultos de la escuela de los glossadores y de la escuela de los comentaristas, pensamiento que cobra nuevas afinaciones en las obras de Occam, Marsilio de Padua, John Wiclif y Nicolás de Cusa; pensamiento que adquiere una mayor madurez en varios de los grandes clásicos del renacimiento español, especialmente en Fernando Vázquez de Menchaca, Fox Morcillo, Juan de Marina y, sobre todo, en la aportación gigantesca de Francisco Suárez; pensamiento que aparece de nuevo en la Escuela Clásica del Derecho Natural con mayores avances en Althusio, en cambio con algún retroceso en Grocio, y con espíritu más progresivo en Pufendorf, y en Tomasio, así como en Wolff y en Vattel, y sobre todo en Locke, quien, en cierto modo, puede ser considerado como el antecedente inmediato de Rousseau. Es en la obra de éste, en la de Rousseau, donde esa filosofía política llega a su culminación y depuración máximas. Después, Kant, en esta materia de filosofía política, en la cual puede ser considerado como el discípulo perfeccionador y afinador de las ideas de Rousseau, dio a éstas una rigurosísima expresión y una fundamentación netamente filosóficas.

Además del hecho de muchos temas, directrices, y enfoques comunes a través de ese largo desenvolvimiento de una filosofía política, el cual va desde el siglo XIII hasta los umbrales del siglo XIX, lo cual explica que muchas ideas que aparecen en las constituciones de fines del siglo XVIII y de comienzos del XIX, tengan a la vez orígenes en pensamientos medioevales, en concepciones típicamente racionalistas modernas, de la Ilustración (o del Iluminismo), del libera-

lismo inglés y de la Enciclopedia francesa, hay que subrayar otro hecho explicativo de esta simbiosis con especial referencia a la *Constitución de Apatzingán*. Se trata del hecho de que los principales autores de aquel Decreto Constitucional, eran sacerdotes, formados inicialmente en la tradición escolástica, pero influidos después también de un modo muy vigoroso por las ideas de la Ilustración y de la Enciclopedia.

2. Comentarios al artículo 81

El texto de este artículo reza: *Ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común: esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional.*

La primera observación que este artículo suscita es la de que él mismo habla de la ley en sentido de *ley jurídico-positiva*, de norma general de derecho positivo elaborado por el Estado. O, dicho con otras palabras, la definición de ley contenida en este artículo no pretende caracterizar el concepto de ley en términos universales, sino que toma esta palabra en su acepción de ley jurídico-positiva.

Pero no se trata, por este artículo, de dar una definición descriptiva de la ley jurídico-positiva, antes bien, se trata de otra cosa: de expresar cómo *debe ser* esa ley jurídico-positiva, cuáles son los requisitos que ella debe cumplir; o lo que es lo mismo manifiesta las exigencias que el derecho natural impone, en términos de normatividad ideal, a la ley positiva.

Por de pronto, este artículo define en los dichos términos de exigencia ideal, que la ley es la expresión de la voluntad general. Esta expresión "voluntad general" es de notoria cepa rousseauiana.

En el auténtico sentido de la filosofía de Rousseau, la "voluntad general" no es ningún hecho empírico de voluntad, no es una voluntad real, sino que es la expresión de la síntesis organizada de todas las libertades de todos; es el principio de la coexistencia armónica de las libertades de todos, según principios racionales. La voluntad general es general no en el sentido de que conste de las voluntades de todos, sino que es general en el sentido de que es lo contrario a lo particular; es general, porque no se inspira en motivaciones particulares o singulares, en los intereses concretos que uno o varios sujetos puedan tener de hecho en contraposición o en agravio a los intereses que otros sujetos sientan, sino que, por el contrario, se inspiran en una ley universal de libertad para

todos; se inspiran en motivaciones racionales, que son generales y necesarias, es decir, que no son fortuitas, ni debidas al azar de las apetencias individuales.

Como es bien sabido, Rousseau distingue entre la "voluntad general" y la "voluntad de todos" o la mayoritaria. La "voluntad general" no es un hecho real, por ejemplo la fortuita coincidencia de las voluntades de todos los miembros del Estado, sino que por el contrario, es una idea normativa. No expresa lo que es, sino lo que *debe ser*: es la voluntad *racional*, la voluntad dirigida por principios racionales que son principios *generales*. Es la voluntad que no responde a los apetitos, impulsos, intereses, deseos o afanes concretos, singulares de uno o varios individuos particulares, sino que es la voluntad que refleja lo que *es común a todos*; y lo que es común a todos es precisamente *lo racional*.

La voluntad general no debe ser confundida jamás con el hecho empírico del resultado de las voluntades reales de los hombres en las deliberaciones del pueblo. A menudo hay gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general. La *voluntad general* no atiende sino al interés común. En cambio, la *voluntad de todos* puede reflejar el interés privado, y no es nada más que una suma de las voluntades particulares coincidentes. La voluntad general es la razón misma aplicada a la consecución del bien común. En cambio, la voluntad de todos es la suma de las voluntades particulares de los individuos que integran la sociedad política, los cuales pueden inspirarse en impulsos irracionales, o equivocarse en cuanto a la estimación de su propio bien. Los individuos pueden inspirar su voluntad en impulsos irracionales, o pueden equivocarse en cuanto a la estimación de su propio bien.

Sin embargo, aunque es posible que la voluntad mayoritaria, o incluso la de todos yerre en ocasiones, sucede que, *prácticamente*, la voluntad de todos puede y aún suele ser un instrumento útil para determinar la voluntad general en cada caso; porque, de ordinario las particularidades divergentes de la voluntad de cada individuo, divergentes de la voluntad general, se contrarrestan, compensan o equilibran con las particulares de la voluntad de los demás individuos, de suerte que, como resultado final, probablemente prevalecerá lo que es común a todos, lo cual estará cerca de la auténtica *voluntad general como idea*.

A continuación de la primera frase aquí comentada del artículo 18, siguen las palabras "en orden a la felicidad común". Es posible, incluso muy probable, que por debajo de estas palabras late una doble inspiración: por una parte,

la idea tomista del "bien común", como uno de los fines del derecho positivo y de la organización política, o sea, del Estado. Por otra parte, la modalidad gemela rousseauiana de que la voluntad general o voluntad racional es la que sirve al bien común; sólo que para Rousseau el bien común, en fin de cuentas, se identifica con la racionalidad que es general a todos los hombres.

Respecto de la idea del bien común en Santo Tomás, y sobre todo en Francisco Suárez, hay que esclarecer y subrayar dos puntos.

El primer punto se refiere al sentido y al alcance de la idea del bien común, en la doctrina tomista. En la concepción aquiniana, el bien común es la *causa final* del Estado. Este fin determina las directrices y la amplitud que corresponden a la *causa formal*, la cual es la autoridad. La idea del bien común es la que debe encauzar todas las actividades de los miembros del Estado, en cuanto ellas sean necesarias para éste. El hombre tiene, en tanto que persona individual, derechos y deberes intangibles, que el Estado no puede destruir ni modificar; de ahí que jamás el hombre deba ser considerado como un mero medio, sino que, por el contrario, siempre debe representar una magnitud moral de tanta dignidad como el universo todo. Pero, salvando las exigencias que se derivan de la dignidad moral humana, el individuo, como una parte de la comunidad pertenece a ésta, y su bien particular debe siempre ser subordinado al bien general. Sin perder los individuos su carácter de seres morales, ellos son natural y esencialmente miembros de un todo conexo, el cual constituye, por una parte, la condición de su subsistencia y, por otra, a título de unidad superior, ese todo exige de ellos las prestaciones (no contrarias a la índole de personas morales) que sean forzosas para la conservación y la prosperidad del mismo. Aunque en casos concretos, el interés privado pueda oponerse al bien común, éste es, en términos generales, la más eficaz garantía del bien particular.

No es pertinente seguir aquí con la exposición total de esa doctrina tomista, la cual acentúa que el bien común no tiene exclusivamente el carácter de una suma del mayor número posible de bienes individuales, sino que posee unas dimensiones propias, en tanto que el Estado, siendo un ente orgánico y unitivo, implica la idea de un bien que le afecta en calidad de tal. Pero esta segunda parte de la concepción tomista no se refleja ni remotamente en el primer párrafo del artículo 10 de la *Constitución de Apatzingán* aquí comentado. Por el contrario, esa idea de un bien propio autónomo

y característico del Estado en tanto que tal, no aparece en las palabras del texto de Apatzingán que aquí se glosa. Es más, su omisión resulta superlativamente característica. Con toda probabilidad, es más, con toda seguridad, la omisión de esta segunda parte es muy significativa; pues sin duda representa que en la mente de los autores de ese texto prevaleció la concepción netamente moderna que considera el bien común, esto es, la felicidad común, como el conjunto o suma de los bienes individuales, es decir, de las felicidades particulares.

El segundo punto que de la concepción escolástica conviene subrayar, aparece vigorosamente construido y expresado en la doctrina de Suárez. Se trata de lo siguiente: la ley humana, es decir, el derecho positivo, no tiene como fin la realización de todos los valores éticos, el cumplimiento de todas las virtudes y la evitación de todos los vicios. Por el contrario, el propósito del derecho positivo es mucho más restringido: la realización de aquello que sea exigido *directa e inmediatamente* por el bien común. Pregúntase Suárez si el derecho positivo debe contener todo lo ordenado por la ley moral natural; interrogante al cual contesta de modo rotundamente negativo, pues la ley jurídica positiva difiere de la ley moral en cuanto al *fin*, en cuanto a la *extensión*, en cuanto al *carácter*, y en cuanto al *contenido*. El derecho debe inspirarse, no en la honestidad intrínseca de los actos, cual debe hacerlo la moral, sino que el derecho debe inspirarse tan sólo, *exclusivamente*, en lo que requiera *de modo directo e inmediato* el bien común. Dice Suárez que el derecho positivo no debe ordenar la realización de nada de lo que la moral prohíbe, ni prohibir nada de lo que la moral obliga a cumplir. Pero, en cambio, el derecho positivo no debe regular los comportamientos que se refieren a la perfección espiritual del individuo; no debe ordenar todas las virtudes pues las relativas a la intimidad están excluidas del fin característico de la ley positiva; ni tampoco el derecho debe prohibir muchos vicios, por horribles y detestables que éstos sean, cuando ellos no tienen *inmediata y directa* repercusión sobre el fin común. El fin del derecho positivo —afirma taxativa e inequívocamente Suárez— no es la beatitud del individuo, sino tan sólo aquello que resulta necesario para el bien común.

Esta necesaria limitación que debe imponerse al derecho positivo tiene, según Suárez, otro fundamento: la norma de derecho natural que exige que debe haber una cierta esfera en la actividad del hombre en la cual no intervenga en modo alguno la regulación imperativa del derecho positivo; es

decir, debe haber una esfera libre de las intromisiones coercitivas del derecho, aunque dentro de dicha esfera recaigan deberes morales —morales sí, pero que nunca deben convertirse en jurídicos. Y en esta esfera el hombre debe estar libre de toda intromisión del derecho positivo, no sólo por la razón de que tal esfera no es materia que afecte *directa e inmediatamente* al bien común, sino, además, por otro fundamento muy importante: porque el derecho natural requiere la existencia y la garantía de una esfera de libertad frente al poder político. Por eso el derecho positivo no debe mandar la realización de muchas virtudes, ni prohibir la comisión de muchos actos inmorales, ni puede tampoco legislar sobre comportamientos internos, sobre el pensamiento, sobre los afectos. Pues las conductas que se consuman en la intimidad en nada se refieren directamente a la paz, al orden, ni al bien común ni a la justicia.

Así pues, en el pensamiento de Suárez, la vieja idea tomista del bien común, aparece reelaborada según principios netamente modernos, los cuales constituyen la raíz y el fundamento de la idea de los derechos básicos de libertad del individuo humano, sobre todo, de los derechos de libertad de conciencia, de libertad de pensamiento de autonomía personal, y de dar a la propia vida el contenido que al sujeto más le plazca, sin otra limitación que la de que esto no dañe *directa e inmediatamente* al bien común, o, como dice el texto de Apatzingán aquí comentado, a la felicidad común.

En este punto no hay divergencia, antes bien, plena concordancia entre aquel pensamiento suariano y la doctrina de Rousseau. Para Rousseau, el bien común debe entenderse como los intereses que son necesariamente comunes a todos los hombres, a todos sin excepción, independientemente de lo que pueda pensar cada sujeto en un momento determinado: los intereses que son objetiva y necesariamente comunes a todos los hombres, a saber, las razones por las cuales han formado la sociedad política, o, diciéndolo con más rigor, las razones por las cuales la sociedad política se justifica. Precisamente la voluntad general tiende siempre a la utilidad pública, puesto que es la idea racional en la que debe inspirarse la sociedad política, la idea que constituye la base y la esencia del contrato social, entendido éste como una mera pauta ideal como un criterio axiológico, para establecer las condiciones esenciales de un *Estado legítimo* y de un *Derecho justo*, como un *modelo ideal deontológico* —y no como la suposición de un hecho histórico, el cual no tuvo lugar. Y la idea de la felicidad común consiste, en fin de

cuentas, en la garantía común de las libertades individuales, puesto que la pauta racional del contrato es: "encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por virtud del cual cada uno, al unirse a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo, y quede tan libre como antes."

La segunda frase de este artículo 18 reza: "Esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional." Subyacentes a esta frase encontramos varias ideas: probablemente la añeja concepción democrática desenvuelta ya en la escolástica medioeval —de que el único titular natural y originario del poder público es el pueblo—; y la modernización de esa doctrina por virtud de los principios de las concepciones de Locke, Montesquieu, y, sobre todo, de Rousseau, así como también la influencia de las realizaciones prácticas de esos principios por la Revolución inglesa, la Revolución de la independencia norteamericana y especialmente la Revolución francesa.

El núcleo esencial de la idea democrática, los requerimientos mínimos de ésta, temas ya perfectamente desenvueltos por lo escolásticos medioevales, consiste en afirmar que el poder político únicamente es legítimo cuando tiene como título la voluntad del pueblo. Pero tal concepción no requiere necesariamente que sea la comunidad popular quien de un modo directo ejercite ese poder político. Tal cosa es una de las posibilidades lícitas y admitidas; pero se acepta también que la comunidad popular, mediante un contrato político, delegue en una o en varias personas la totalidad o una parte de ese poder político. Si la delegación se efectúa en favor de una persona, el contrato político establecerá una monarquía; si en favor de un pequeño número de personas, entonces instituirá una aristocracia; si en favor de una pluralidad amplia de representantes, entonces tendremos una democracia representativa. Esa doctrina fue evolucionando, a través de las sucesivas reelaboraciones, ya mencionadas, en los últimos tiempos del medioevo, y sobre todo en los primeros siglos de la Edad Moderna, en el sentido de ir poniendo sucesivamente más limitaciones al contenido de lo que el pueblo puede delegar; y en el sentido de preferir como más justa y más conveniente o, como la más justa, la más adecuada y la que ofrece mejores garantías de eficacia, la forma representativa de democracia.

Parece oportuno, para un adecuado comentario de esta segunda parte del artículo 18 hacer referencia a los artículos 4º, 5º, 6º y 8º del mismo *Decreto constitucional de Apatzin-*

gán. En los dichos artículos se expresan con toda claridad los siguientes puntos: A) la añeja idea contractualista, probablemente en la versión dual de ésta —formulada por Suárez y por Altusio, es decir: primero, el pensamiento de un contrato de asociación mediante el cual se instituye la comunidad política, y, segundo, un contrato político por virtud del cual esa comunidad decide sobre el régimen o forma de gobierno, e instituye, mediante un nuevo contrato, las autoridades que ha decidido establecer; con los típicos rasgos que esta concepción adquiere en los últimos autores del medioevo, y sobre todo, ya a comienzos de la Edad Moderna, rasgos consistentes en que el contrato político no suprime ni merma la libertad del pueblo, para alterar y modificar el régimen que antes estableciera, y para cambiarlo en cualquier instante, según lo estime más justo y más conveniente. B) La idea de que la soberanía reside originariamente en el pueblo, idea, según se ha dicho ya aquí, de origen escolástico inmediato —aunque tenga sus antecedentes incluso en algunas doctrinas antiguas. C) La idea del derecho de sufragio universal para constituir una democracia representativa.

Esta última idea, la referida en la letra C) del párrafo precedente, por de pronto constituye una de las posibilidades admitidas como lícitas en la filosofía política de la escolástica medioeval. Pero eso, que en el pensamiento de Santo Tomás y de sus discípulos constituía una posibilidad, al correr del tiempo y a través del ulterior desarrollo de la filosofía democrática, va convirtiéndose en una decidida preferencia, e incluso en un imperativo inexcusable.

Esta tendencia a preferir decididamente la democracia representativa, se manifiesta ya, gradualmente, cada vez más, en las páginas de Soto, de Vázquez de Menchaca, de Covarrubias, de Juan de Mariana, de Fox Morcillo, y, sobre todo, de Altusio. La tesis en favor del gobierno por medio de una democracia representativa adquiere gran vigor en el pensamiento de Locke. Locke rebate la objeción, tantas veces esgrimida, de que el pueblo por ser ignorante y hallarse siempre descontento, carece de la capacidad para instituir de modo estable y prudente el poder legislativo. Contra esta objeción, Locke sostiene precisamente lo contrario. El pueblo no tiene la frivolidad e inestabilidad de opinión que erróneamente se le atribuye; antes bien, suele desenvolver una prudente actitud de adhesión a tradiciones que se han mostrado beneficiosas, a mantener la paz y el orden, y a defender sus derechos colectivos y los derechos de los indi-

viduos. Y Locke defiende además, vigorosamente, el derecho del pueblo de retirar la confianza que puso en sus representantes, y de sustituirlos por otros cuando reputé esto como justo o como conveniente. Si éste es un indiscutible derecho de las personas particulares respecto de sus mandatarios, ¿por qué debiera ser de otro modo en lo que atañe a asuntos de monta muy superior, en los que se halla implicado el bienestar de millones de gentes? Y esto, según Locke, debe aplicarse lo mismo a las relaciones entre el pueblo y el príncipe, que a las relaciones entre el pueblo y los representantes de éste, los cuales constituyen el poder legislativo. En la tierra no existe ni puede existir un juez por encima del pueblo, para decidir los conflictos que entre el pueblo y sus mandatarios puedan producirse.

Montesquieu sostuvo que el pueblo se halla superlativamente bien capacitado para elegir a aquéllos a quienes va a confiar una parte de su propia autoridad. Si bien muchos ciudadanos pueden carecer de la aptitud para actuar como legisladores o como administradores, en cambio, la mayoría de los ciudadanos tiene capacidad suficiente para elegir a aquellos a quienes resulte más conveniente confiar las funciones legislativas y administrativas.

También Rousseau, desde el punto de vista de las realizaciones o aplicaciones prácticas, de lo que resulte viable en la realidad, se inclina en favor de una representación nacional, esto es, de una asamblea de delegados o diputados del pueblo. Ciertamente Rousseau se halla imbuido por una preferencia en favor de la democracia directa, y que, además, considera como ideal el de las decisiones por unanimidad. Lo primero, tal vez por virtud de la honda influencia que sobre su espíritu dejaron algunas tradiciones de su originario solar ginebrino. Lo segundo, porque la idea de la voluntad general, como constitutiva de la esencia de lo racional del hombre aplicada a los asuntos políticos y jurídicos, trae aparejada la nota de la unanimidad. Por eso, la idea del contrato social básico —como pauta normativa o como criterio axiológico— requiere la unanimidad. Pero, en cambio, más allá y después del contrato primario o básico, fundamento de la institución del Estado, el voto mayoritario obliga siempre a todos los demás, esto es, también a las minorías disidentes; pues esto constituye una consecuencia del contrato fundacional mismo. La misma esencia del contrato social, según el cual la totalidad del pueblo es el soberano, contiene la norma de que para hacer las leyes regirá el principio del voto mayoritario como procedimiento el más adecuado —aunque no sea

absolutamente seguro— de determinar lo que la idea de la voluntad general, esto es de la justicia racional, exija en cada caso. El sentido práctico de Rousseau, pues Rousseau no fue sólo un filósofo constructor de doctrinas racionalistas puras, sino que además tenía una gran sensibilidad sociológica de las posibilidades viables, le lleva a admitir, el principio representativo.

Así pues, la segunda frase del artículo 18, vista en conexión con los otros artículos precedentes ya mencionados, constituye la expresión del resultado común al que había llegado desde fines del siglo XVIII toda la compleja y variada elaboración de las ideas de la filosofía democrática, a través, principalmente, de las aportaciones que han sido recordadas aquí.

3. Comentarios al artículo 19

Comienza este artículo con la afirmación terminante de que “La ley debe ser igual para todos”.

En esta frase anidan subyacentemente varias ideas. En primer lugar, la idea de que la ley, precisamente por ser ley, es decir, por constituir una norma de aplicación general, encarna ya, en tanto que tal, por sí misma, un principio de igualdad. Además, la idea de que esa norma constituida por la ley debe ser igual para todos, es decir, debe estar dotada de generalidad para todos, o, lo que es lo mismo, que no debe contener indebidos principios o pretextos de discriminación. También la idea del nexo esencial entre la justicia y la igualdad.

Veamos el primer principio. Desde el pensamiento de la antigüedad griega clásica, y especialmente desde Aristóteles, se entendió que la idea de justicia implica dos conceptos interrelacionados: el de *ley* y el de *igualdad*; y entre esos dos conceptos se ha entendido que la primacía corresponde al primero de ellos, puesto que la ley es lo que determina aquello que corresponde a cada quien; ella es la que decide sobre el lugar que ocupa el hombre, sobre el papel que desempeña y sobre lo que se le debe atribuir; y esto lo hace de un modo *generalizado*, de una manera equiparante. La mera existencia de la ley, en tanto que norma general, representa ya un comienzo de realización de la justicia, aunque no por ello esté garantizado que con esto se cumplan todas las exigencias de la justicia. La existencia de la ley, por sí sola, elimina el des-

potismo arbitrario, el reino del capricho fortuito, el imperio del antojo singular del gobernante. Por virtud del hecho de que existan leyes, en tanto que normas generales, cada uno está sometido a una misma ley, con lo cual se produce ya una cierta dosis de igualdad. La mera existencia de la ley es ya por sí misma un triunfo del espíritu sobre la brutalidad material del capricho y sobre la arbitrariedad.

Aristóteles sostuvo taxativamente que la justicia puede existir sólo entre hombres cuyas relaciones mutuas están gobernadas por leyes. Esta afirmación contenida en la *Ética Nicomaquea*, se halla completada con otros asertos que Aristóteles ofrece en su política. La ley es la razón no afectada por el deseo.

La idea de la igualdad, unas veces de la igualdad pura y simple o aritmética (justicia conmutativa), otras veces de la igualdad proporcional (justicia distributiva), juega un papel esencial en la concepción aristotélica de la justicia. Sin embargo, no hay que olvidar que la idea que Aristóteles tenía de la igualdad era muy limitada, puesto que aceptaba como legítimas las diferencias entre los hombres libres y hombres esclavos, y daba relevancia jurídica a la diferencia entre los sexos, con perjuicio del femenino.

Pero esta idea de la igualdad, al ser cristianizada, amplía su área a la totalidad de los seres humanos. Según el *Antiguo testamento*. Dios creó al hombre, a todos los hombres, "a su imagen y semejanza". No sólo al judío o hebreo, sino al hombre pura y simplemente. Esta idea aparece profundizada y radicalizada en el *Nuevo testamento*, pues en Jesucristo tiene la humanidad su origen común, así como tiene también su destino común; y para quien cree en Jesucristo no hay "ni judíos, ni griegos, ni esclavos, ni libres, ni hombres, ni mujeres", sino que en la fe son todos unos y los mismos, identificados con Cristo en quien se ha hecho manifiesto el verdadero ser de Dios juntamente con el verdadero ser del hombre.

Así pues, la primera de las ideas mencionadas y que ha sido ya objeto de comentario aquí, es la de que la mera existencia de la ley, por virtud de la generalidad de ésta, crea ante todo una igualdad formal: sea lo que fuese aquello que corresponda a cada individuo, todos deben ser tratados según la ley.

La segunda idea, relacionada con la primera frase del artículo 19, aquí glosada —"la ley debe ser igual para todos"—, implica ya no tan sólo aquel principio formal, sino

que comprende algo más, y de enorme importancia: la exigencia material de igualdad, es decir, la aplicación del principio de la igualdad al contenido de las relaciones jurídicas. Y como acaba de exponerse, mientras que en Aristóteles la idea de la igualdad material estuvo muy limitada, es más, gravemente mutilada, esta idea se universalizó por virtud del pensamiento cristiano, como lo había sido ya antes también al impulso de la filosofía estoica; se universalizó en la medida de comprender a todos los individuos de la especie humana. Y el reconocimiento de esta igualdad esencial de todos los hombres, en cuanto a la dignidad de la persona humana, dignidad que corresponde, por un igual y sin discriminación de ninguna clase, a todos los hombres, constituye un común denominador del pensamiento filosófico-político y filosófico-jurídico de la patristica y de la escolástica, de los autores del Renacimiento español, cuyos textos probablemente debieron ejercer una influencia probablemente directa, o por lo menos, en todo caso, indirecta, sobre algunos de los autores del *Decreto constitucional de Apatzingán*. Esta idea perdura con acentos cada vez más vigorizados, en las doctrinas de la escuela clásica del derecho natural, de la Ilustración (o sea del Iluminismo) y de la enciclopedia, desde luego, con máximo acento desde luego en Rousseau; y cristaliza en las declaraciones francesas de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y 1793.

El artículo 1º de la *Declaración francesa* de 1789 reza: "Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos..." Y en la *Declaración de 1793*, el artículo 1º afirma: "El gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles." Y el artículo 2º proclama que "Estos derechos son: la igualdad..." Y el artículo 3º recalca que "Todos los hombres son iguales por la naturaleza y ante la ley." Las últimas palabras de este artículo "y ante la ley" expresan el principio de igualdad formal. En cambio, la primera parte de ese artículo "Todos los hombres son iguales por la naturaleza...", se refieren a la igualdad material en cuanto a la dignidad de la persona así como también, en cuanto a los derechos fundamentales.

El artículo 4º de la misma *Declaración* de 1793 recalca que "La ley... es la misma para todos."

La tercera idea aludida, aunque sea sólo implícitamente, en el artículo 19, es la de la relación entre la igualdad y la justicia. El análisis de todas las doctrinas sobre la justicia, desde los pitagóricos, pone de manifiesto que en todas las teorías,

sea con unas u otras palabras, pero de ordinario muy semejantes, se concibe la justicia como regla de igualdad, sea pura y simple —como la que debe mediar entre lo que se da y lo que se recibe— sea como igualdad proporcional, como norma de armonía, según lo que se entiende como debido a cada quien en particular, y también de acuerdo con los méritos respectivos de cada cual. Estas ideas obtuvieron un desenvolvimiento muy fino en Aristóteles, y pasaron al pensamiento ulterior, desde la antigüedad, a través de la Edad Media, hasta los tiempos modernos.

No parece aventurado el suponer que tal vez las versiones que hayan podido influir más sobre los autores de este artículo, fueran, por una parte la tomista —debido a la inicial educación escolástica de aquéllos— y la del pensamiento de Rousseau, y en general de las ideas encarnadas en las “Declaraciones” de la Revolución Francesa.

La relación entre igualdad y justicia la expone Santo Tomás de Aquino en los siguientes términos: “Es propio de la justicia ordenar al hombre en sus relaciones con los demás, puesto que implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, pues se dice que se ajustan las cosas que se igualan, y la igualdad es con otro.” Francisco de Vitoria sostuvo igual tesis diciendo que “se llama justo a lo igual, y así se dice que ya está justo, ya viene justo, o está ajustado, o por igual viene”. Domingo Soto sostuvo que la justicia hace igualdad, y pone medio entre las cosas, por el cual haya igualdad entre los hombres.

Según Rousseau, “el primer sentimiento de la justicia no nos viene de la que nosotros debemos, sino de la que nos es debida”; y su contenido es una especie de principio de reciprocidad en tanto que consiste en que “yo obre como si fuese otro”.

La segunda parte del artículo 19, la cual dice: “pues su objeto (el de la ley) no es otro que arreglar el modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guíen por esta regla común”, parece mostrar especialmente la impronta de la versión rousseauiana de la tradición filosófico-política occidental en este tema.

Por de pronto, adviértase que en dicha frase, como sometidos a la ley no se habla de los hombres pura y simplemente, sino que se menciona a “los ciudadanos”. Esto significa que se está hablando de modo especial y singular de las leyes jurídico-positivas, y no de la ley como concepto universal, y que tampoco se mete dentro de la noción de ley, aquí emplea-

da, las normas morales y las religiosas. O, expresando este comentario en otros términos: la frase aquí comentada implica una intuición clara —aunque no desenvuelta— de la diferencia entre derecho y moral.

Nótese, además, que el artículo aquí glosado no pretende tanto dar una definición conceptual de la ley jurídico-positiva, cuanto más bien y sobre todo señalar un criterio de valor, una pauta axiológica. Las primeras palabras de este artículo no hablan de que la ley “es” sino de que la ley “debe ser...” Y en esta parte del artículo 19, que aquí se analiza, se habla de “las ocasiones en que la *razón* exija que se guíen por esta regla común”. En tales palabras hay que destacar dos ideas: la de la *razón*, y la de *regla común*. Claro que la identificación del criterio de la ley con el de la razón es muy antigua —recordemos, tan sólo como un ejemplo, desde luego uno de los más notables, el de la doctrina estoica. Recordemos además a este respecto ideas parecidas, sólo que entonces ya teologizadas cristianamente, de San Agustín. Traigamos asimismo a reminiscencia el hecho de que Santo Tomás, recogiendo una anónima definición de ley que aparecía en los epítomes de derecho de su época, repite: *lex est ordinatio rationis*...

Esta idea de la racionalidad de la ley, como criterio axiológico de ésta, se acentúa vigorosamente en Rousseau. “Lo que es bueno y conforme al orden, lo es por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. ... Sin duda existe una justicia universal emanada de la razón.”

Ahora bien, Rousseau liga esencialmente esa racionalidad de la ley con su idea de la voluntad general, concebida ésta como criterio ideal normativo —y nunca como hecho empírico. “La materia sobre la cual se estatuye la ley es general como la voluntad que estatuye. A este acto le llamo ley.” “Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que aquéllas consideran los ciudadanos como un cuerpo, y las acciones en abstracto; jamás al hombre como individuo ni la acción en particular. Así, puede la ley crear privilegios, pero no otorgarlos a determinada persona, puede clasificar también a los ciudadanos e incluso asignar las cualidades que dan derecho a las distintas categorías, pero no puede nombrar a los que deben ser admitidos en tal o cual (categoría) ...”

Tal vez estas ideas hayan sido una de las fuentes de inspiración del uso que dicho artículo hace de la expresión “regla común”. Al fin y al cabo, Rousseau no se cansaba

de insistir sobre el punto de que la voluntad general excluye todo deseo o propósito particularista, es decir, que es la voluntad que no puede dirigirse por un apetito o interés singular, sino que es la que apunta a principios generales de razón, o, lo que es lo mismo que apunta siempre y necesariamente al interés común o bien común.

4. *Comentarios al artículo 20*

El artículo 20 dice: "La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comprometido de su razón ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general."

Ante todo, séame permitido expresar entusiasta admiración unida a sentimientos de sorpresa, sobre el texto de este artículo, el cual, aunque de redacción deficiente, revela una correcta, aguda y avanzada sabiduría.

Urge ante todo destacar como primera idea subyacente al texto de este artículo, que la tesis del objeto o la materia de las leyes jurídicas es la conducta externa, la dimensión exterior del comportamiento, y jamás el mundo íntimo de la conciencia. Ya Francisco Suárez había declarado enfáticamente que el propósito de la ley jurídica positiva no puede ser jamás el promover la honestidad, la intrínseca moralidad, sino tan sólo el exigir únicamente aquello que el bien común reclame de modo directo e inmediato. Pero donde esta idea cobró relieve mucho mayor, caracteres todavía más tajantes, fue en el pensamiento de Tomasio, quien de modo clarísimo sostuvo que la moral se refiere exclusivamente a la conciencia del sujeto y tiende a procurar la paz interna; mientras que el derecho, en cambio, regula las relaciones con los demás, establece consiguientemente un régimen de coexistencia, y tiene como principio fundamental la obligación de no ofender a los demás. Por eso, los deberes morales se refieren sólo a la intención, al fuero interno, mientras que los deberes jurídicos tratan de promover la paz externa y atañen sólo a la exterioridad de las acciones.

Las ideas en las que se inspira el artículo 20 son éstas: sería monstruoso el intento de querer someter a alguien a una ley moral que él no aprobese, cuya intrínseca validez no reconociese sinceramente en el fuero de su conciencia. Pero es que la ley jurídico-positiva no se refiere a la conciencia, no intenta modificar los pensamientos íntimos de ningún ciuda-

dano, sino que lo único que exige a éste es que someta su conducta externa a los dictados de la ley. Con esto se limita, en la medida de lo necesario la libertad de acción externa del ciudadano, pero no se agravia su conciencia. Pues la sumisión del comportamiento exterior a la ley no reclama, en modo alguno, un íntimo asentimiento ni una sincera identificación con el contenido de ésta. Lo único que se exige al ciudadano es que de hecho acomode su conducta externa a los dictados de la ley.

La segunda frase del artículo 20 reza: "Es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general." Tal vez, según insinué antes, la redacción de esta frase no sea del todo feliz, ni constituya una expresión enteramente fiel del pensamiento que anida debajo de ella. Y, sin embargo, tal pensamiento parece de muy clara interpretación. En mi opinión, esta frase debe ser interpretada a la luz de dos ideas: a) lo que se trata de denotar aquí con las palabras "voluntad general"; y b) también desde el punto de vista de la filosofía política de la democracia liberal.

La frase aquí analizada habla por una parte de "la inteligencia particular" y, por otra parte de "la voluntad general". Cabe preguntarnos en qué sentido fue usada por el autor de ese artículo la expresión "voluntad general": si en el estricto sentido rousseauiano, es decir, como voluntad racional pura, que, en tanto que tal, implica la eliminación de todas las motivaciones individuales, particulares, concretas, egoístas, pasionales; o, si, por el contrario, como equivalente a voluntad mayoritaria. El primero de esos supuestos no parece probable, porque si bien aquél es el sentido auténtico de la idea de "voluntad general" en Rousseau —perfectamente diferenciada de la realidad empírica de la voluntad de todos o de la mayoritaria— sin embargo, esta distinción, que es de enorme importancia y de decisivo alcance en el pensamiento de Rousseau, al nivel pura y estrictamente filosófico, sin embargo, tal distinción de hecho no se solía hallar presente en la conciencia de la mayor parte de legisladores constitucionales europeos y americanos, que básicamente, pero tan sólo *grosso modo* se inspiraban en el pensamiento rousseauiano. Adviértase además que aquí, en el artículo comentado, a la "voluntad general" se opone la "inteligencia particular". En el sentido rousseauiano de la "voluntad general" no tendría sentido admitir la posibilidad de que a ésta se opusiera ningún juicio de la inteligencia; porque ha de entenderse que la inteligencia debe funcionar estrictamente de acuerdo con la razón, la cual

en este caso es sinónima de voluntad general. Por otra parte, el concepto de inteligencia particular, atribuyendo a la palabra inteligencia una connotación racional, resultaría un contradictorio; porque si se trata de auténtica inteligencia ésta no puede ser particular, antes bien, por el contrario, debe ser universal, ya que la razón es lo universal por excelencia. Por eso, parece más discreto entender que aquí el vocablo "inteligencia" es empleado como sinónimo de opinión; pues las opiniones éstas sí pueden en efecto ser particulares.

Por lo tanto, es superlativamente verosímil entender que lo que aquí se quiere decir, es el deber de sacrificar la opinión particular a la voluntad general. En cuanto a ésta, es decir, a la "voluntad general", probablemente es concebida aquí como voluntad democrática mayoritaria. Al fin y al cabo, si bien la voluntad de todos o la voluntad mayoritaria según Rousseau, no debe confundirse con la auténtica voluntad general (con la voluntad puramente racional), sin embargo, la voluntad unánime o la mayoritaria constituye el único método aplicable para intentar acercarse todo lo posible a las genuinas exigencias de la voluntad general.

Además, conviene tener presente que la filosofía política de la democracia liberal, sobre todo en los desarrollos que obtuvo a lo largo del siglo XVIII y muy especialmente del pensamiento inglés, así como también el de Montesquieu, implica la aceptación como legítimo del procedimiento de las votaciones mayoritarias para la elaboración de la ley. Ahora bien, si se admite la legitimidad de ese procedimiento, entonces las decisiones de la mayoría obligan no sólo a quienes prestaron su asentimiento a éstas, sino también obligan del mismo modo a quienes votaron en contra; y, consiguientemente, obligan parejamente a los ciudadanos que se sienten de acuerdo con el contenido de una ley aprobada, y a los ciudadanos que opinan en contra de ella a los que sienten una divergencia de opinión frente a esa ley.

Rousseau (en el capítulo 2 del libro 4º del *Contrato social*), recuerda que ha explicado clara y suficientemente que la idea del contrato social básico, esto es, de fundación del Estado, requiere la unanimidad. Claro que, de hecho, probablemente tal contrato no se ha celebrado jamás —recuérdese que el contrato social según Rousseau no es considerado como un acontecimiento histórico, sino que es pensado como una idea racional regulativa. Pero, entonces, surge un problema: ¿cómo puede hablarse de unanimidad, si en realidad no tuvo lugar tal contrato? A esto habría que contestar seguramente

que el principio de la unanimidad se salva proclamando el derecho de cada cual a salirse del Estado. "Si, pues, el pacto social encuentra opositores, tal oposición no lo invalida, e implica solamente la exclusión de ellos que serán considerados como extranjeros entre los ciudadanos. Instituido el Estado, la residencia es señal implícita del consentimiento: habitar el territorio es someterse a la soberanía. Pero fuera de este contrato primitivo, la voz de la mayoría se impone siempre como consecuencia de aquél. Mas, se preguntará: ¿cómo puede un hombre ser libre y estar al mismo tiempo obligado a someterse a una voluntad que no es la suya? ¿Cómo los opositores son libres y están sometidos a leyes a las cuales no han dado su consentimiento? Respondo que la cuestión está mal planteada. El ciudadano consiente en todas las leyes aun en aquéllas sancionadas a pesar suyo y que le castiguen cuando ose violarlas." A continuación, Rousseau suministra mayores explicaciones: la misma esencia del contrato social, según el cual la totalidad del pueblo es el soberano, contiene la norma de que para hacer las leyes regirá el principio del voto mayoritario como procedimiento el más adecuado —aunque no sea absolutamente seguro— de determinar lo requerido por la voluntad general. Por virtud del contrato social, aceptado explícitamente o tácitamente —lo segundo es lo corriente— todos han consentido en quedar obligados por las leyes que la mayoría aprueba. Entonces, aunque un individuo haya votado en contra de un proyecto de ley, que después resultó aprobado por la mayoría, queda obligado por esa decisión mayoritaria, porque, al aceptar el contrato social, aceptó la legitimidad de ese procedimiento mayoritario para legislar. Además, a continuación, Rousseau expresa su confianza de que la voluntad general, es decir, las exigencias racionales del bien común, sea expresada habitualmente, las más de las veces, por la decisión de la mayoría. Claro que, sin embargo, admite la posibilidad de que no pueda ocurrir así, de que la voluntad mayoritaria en ciertos casos no exprese la voluntad general, sino que exprese los intereses particulares de un grupo. Cuando esto suceda, entonces el Estado se habrá desnaturalizado, entonces, ya no habrá libertad. Pero, de ordinario, hay una correspondencia satisfactoria entre la voluntad mayoritaria y los requerimientos de la voluntad general. "Cada cual, al dar su voto, emite su opinión y del cómputo de ellos se deduce la declaración de la voluntad general. Si, pues, una opinión contraria a la mía prevalece, ello no prueba otra cosa sino que yo estaba equivocado y que

lo que consideraba ser la voluntad general no lo era. Si por el contrario, mi opinión particular prevaleciese, habría hecho una cosa distinta de la deseada, que era la de someterme a la voluntad general.”

5. *Comentarios a los artículos 21, 22 y 23*

El texto de los mencionados artículos es el siguiente: Artículo 21. Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano. Artículo 22. Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados. Artículo 23. La ley debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad.

Los tres artículos citados presentan la cristalización de los principios básicos sobre garantías procesales, así como la expresión de un sentido humanitario, a la par que de justicia en materia de derecho penal. Los pensamientos subyacentes a los dichos artículos fueron desenvolviéndose gradualmente a lo largo del siglo XVIII, por influencia de ideas de la Ilustración, del liberalismo inglés y de la *Enciclopedia francesa*.

Parece muy verosímil que la fuente directa de esos artículos hayan sido los artículos 7, 8 y 9 de la *Declaración francesa* de los *Derechos del hombre y del ciudadano* de 1789; y los artículos, muy similares, 10, 11 y 13 de la *Declaración francesa* de 1793.

El artículo 7º de la *Declaración francesa* de 1489 reza: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella...” Muy similar, casi igual, es el texto del artículo 10 de la *Declaración francesa* de 1793 que dice: “Nadie debe ser acusado, arrestado, ni detenido, sino en los casos determinados por la ley y según las formalidades en ella prescritas...”

El artículo 9 de la *Declaración francesa* de 1789, contiene la siguiente determinación: “... todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona (la del arrestado), debe ser severamente reprimido por la ley.” Idéntica expresión está contenida en el artículo 13 de la *Declaración francesa* de 1793.

El artículo 8º de la *Declaración francesa* de 1793 dice: “La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias...” Y el artículo 15 de la *Decla-*

ración francesa de 1793, dice: "La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias; las penas deben ser proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad."

Parece, pues, seguro que los mencionados artículos de las declaraciones francesas inspiraron directamente a los autores de los artículos 21, 22 y 23 del *Decreto constitucional de Apatzingán*.