

ESTADO DE DERECHO Y CULTURA JURÍDICA EN MÉXICO

*Alejandro Madrazo**

Law schools today have a split personality
Paul W. Kahn

*For such law as man gives to another wight,
He should himself submit to it, by right.*
Geoffrey Chaucer

Introducción

El presente artículo busca explicar el contexto y las causas de por qué en México no se ha logrado consolidar un Estado de derecho. Asimismo, tras identificar el elemento básico del Estado de derecho y con base en ello, se apunta el sentido en que se debe buscar el desarrollo del derecho en México para poder consolidarlo.

Se reconoce al fenómeno jurídico como un fenómeno cultural y por lo tanto se requiere contextualizar al orden jurídico en el ámbito político e histórico. Las principales razones para adoptar esta posición son: primero, el enfoque usual de los estudios jurídicos en México (lo que mas adelante se analizará como la concepción “científica” del derecho) está construido de tal forma que debido a una serie de limitaciones no le es posible entrar en los ámbitos político, histórico y cultural; segundo, que dicho enfoque está construido con esas limitaciones por razones de interés político e ideológico; tercero, y más importante, para entender el funcionamiento del sistema jurídico hay que comprender su contexto.

El orden del análisis que aquí se hace no es de tipo causal. Por el contrario, rastrea el problema de otro modo. Para analizar el derecho en México parto de las concepciones predominantes que sobre él existen. Asimismo, señalo qué factores sostienen dicho discurso histórica y políticamente para después desarrollar las causas e implicaciones fundamentales de dicha situación.

* Instituto Tecnológico Autónomo de México y UNAM.

Finalmente señalo algunas de las posibilidades básicas que se nos abren hoy en día para desarrollar una cultura jurídica distinta y tomo posición en cuanto a cuál debe de ser el planteamiento básico de un Estado de derecho deseable.

Por “derecho” se entiende, primero que nada, un ordenamiento normativo institucionalizado. Esto es, el conjunto de normas vinculadas entre sí que coexisten con pretensiones exclusivas de regular la conducta de un universo de individuos, acciones y/o hechos. A esta acepción la llamaremos “derecho positivo”. Ahora bien, “derecho” también se le llama a las diversas disciplinas que estudian dicho conjunto normativo (v.g. historia del derecho, dogmática jurídica, sociología del derecho, teoría del derecho, etc.), en todo o en parte, en diferentes niveles de abstracción y desde diversos enfoques. A esta segunda acepción le llamaremos “estudio del derecho”.

Sin embargo, lo que aquí nos interesa es el fenómeno jurídico en su conjunto como un fenómeno social. Es decir, el fenómeno jurídico es el conjunto de el derecho positivo como referente normativo, la aplicación del mismo a los casos concretos por parte del poder público y el debate que se genera en torno a los dos elementos anteriores. A este conjunto de elementos es al que aquí nos referiremos como “derecho”. En resumen, por “derecho” me refiero al fenómeno de interacción social cuyo referente es el ordenamiento positivo particular de un Estado.

El derecho así entendido es un fenómeno cultural. Antes que un conjunto de prescripciones o reglas de conducta particulares, el derecho es un conjunto de creencias y presupuestos acerca de la forma y carácter de la comunidad en la que vivimos inmersos.¹ El derecho es un marco de significación desde el cual interpretamos a nuestro mundo social y nos interpretamos dentro de él.

Cómo representamos al derecho y cómo nos representamos dentro de él, es lo que determina cómo lo estudiamos y cómo lo operamos. Es decir, determina los puntos de partida de las diferentes comunidades que viven y forman al derecho. Estas creencias y presupuestos comunes deben ser analizadas antes que nada, no porque sean ciertas o falsas, sino porque construyen todo un universo de significado.²

¹ Véase, Kahn, Paul, *The Reign of Law*, Yale University Press, 1997, p. xi.

² *Idem.*

El Derecho es un fenómeno dinámico y por lo tanto su estudio debe revisarse continuamente para que sea adecuado a la cultura política dentro de la que se encuentra inmerso.

Las concepciones del derecho dominantes en México

Son varias las concepciones sobre el derecho que operan entre las diferentes comunidades jurídicas. Así, por ejemplo, puede haber un discurso que es utilizado en el estudio del derecho, uno en la aplicación judicial del derecho y otro que domina las relaciones que tiene el orden jurídico con otras instituciones políticas y con otros órdenes normativos.

Es principalmente a través de los debates jurídicos y su retórica que podemos entender la cultura jurídica ya que éstos la reflejan, reproducen y, en ocasiones, la regeneran. Así para entender el por qué de las deficiencias del Estado de derecho en México es preciso analizar las concepciones del derecho que reflejan y reproducen nuestra cultura jurídica.

La concepción “científica” del derecho

En primer lugar nos encontramos con la concepción del derecho que llamaré “científica”, la cual domina el ámbito del estudio del derecho y la aplicación judicial del mismo. En la tradición continental, el estudio del derecho ha sido dominado por el paradigma de la dogmática jurídica (o “ciencia jurídica”). El grueso del conocimiento que se publica, estudia y transmite en las escuelas y facultades de derecho se limita en gran medida a estudios de dogmática jurídica, marginando el estudio de las interacciones del orden normativo con otros aspectos de la sociedad y otras instituciones sociales.

Respecto de la “ciencia jurídica”, Merryman señala: “El orden legal se contempla como algo estático. El derecho no se contempla como un proceso para la percepción y resolución de los problemas, sino como un conjunto de reglas e instituciones establecidas. En lugar de estudiar cómo perciben y resuelven los problemas tales instituciones, o cómo hacen, interpretan y aplican el derecho, la doctrina se concentra en el con-

tenido sustantivo de las reglas existentes como el objetivo principal de su estudio”.³

La dogmática jurídica es consistente con un enfoque formalista o normativista del derecho. “El parentesco entre este formalismo de la ciencia jurídica y el normativismo es evidente; pues, *sobre la base de la concepción formal de la ciencia jurídica se encuentra la concepción del derecho, propia de la teoría normativa, según la cual el derecho es un conjunto de calificaciones normativas de comportamiento*, con lo que la tarea de una investigación científica del derecho se resuelve en una reducción de los comportamientos a las estructuras...”.⁴ De esta forma resulta que el formalismo de la dogmática jurídica no se limita a ser una aproximación determinada a un objeto de estudio, sino que implica una concepción particular sobre dicho objeto de estudio y de esta forma alimenta y transmite toda una concepción del derecho. “Así pues las actitudes y los supuestos especiales acerca del derecho (...) que constituyen lo que llamamos aquí la ciencia jurídica puede resumirse en los términos siguientes: científicismo, construcción de sistemas, conceptuismo, abstracción, *formalismo y purismo*”.⁵

Cabe señalar que el enfoque formalista no se reduce ni a la tradición continental, ni a la dogmática jurídica, sino que ha sido dominante en casi todo el mundo en diferentes momentos. Aún el método de casos en los Estados Unidos, que se considera frecuentemente como antítesis del formalismo, ha sido clasificado como formalista y criticado por ello.⁶

Viehweg dice al respecto: “El *pensamiento dogmático* (...) se atiene a una opinión establecida (dogma o dogmas); por una parte, la pone *fuera de toda duda* y, por la otra, la desarrolla de múltiple manera. (...) el esquema conceptual y lingüístico que aquí interesa adquiere, por el mero hecho de su fijación, una función social múltiple. Transmite a los demás una convicción, influye sobre los demás y finalmente, como aquí, se convierte en prescripción de conducta, pues este tipo del pensar y del hablar trata siempre de que lo pensado y lo expresado lleguen a tener una función operativa... Contiene, por cierto, elementos cognoscitivos

³ Merryman, John H., *La tradición jurídica romano-canónica*, México, FCE, 1971, p. 135.

⁴ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1995, p. 25.

⁵ Merryman, John H., *op. cit.*, pp. 128-9.

⁶ Frank, Jerome, “Una defensa de las escuelas de abogados”, en Böhmer, Martín, *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999.

pero, sin duda, *no es una teoría con una función primariamente cognoscitiva*, es decir, una teoría de la investigación o cetética. *Es mas bien una teoría (operativa) que influye en el comportamiento social*, es decir, una teoría con una función primariamente social”.⁷

De lo anterior se desprende que la dogmática jurídica es una teoría práctica, no cognoscitiva. Esto es, sirve para operar el derecho positivo, no explicarlo. Sin embargo, frecuentemente es presentada en las aulas (al menos en México) como si fuera una teoría cognoscitiva, como si mediante ella se conociera el derecho positivo como es, sin modificarlo o recrearlo.

Vale la pena redundar: la dogmática jurídica sirve como una disciplina práctica, operativa, del derecho. Sin embargo, al proclamarse como “ciencia” del derecho se le intenta atribuir una función explicativa que no le es propia; que por un lado desvirtúa su lugar en el estudio del derecho y por otro desplaza los estudios verdaderamente explicativos acerca del derecho. Al dominar el mundo del estudio del derecho, la dogmática jurídica margina de él enfoques verdaderamente explicativos del fenómeno jurídico que servirían para entender el buen o mal funcionamiento del sistema jurídico en que vivimos. Al llamársele ciencia se le atribuyen funciones principalmente explicativas, dándole un peso desproporcionado a las opiniones que de ella surgen. Al plantearse como explicaciones y no como interpretaciones se esconde el hecho de que una parte considerable del derecho positivo ofrece múltiples opciones de interpretación.

El problema de la dogmática jurídica es que al partir de la aceptación apriorística del orden jurídico y cuando se intenta presentar como una teoría explicativa, margina lo que debería ser una preocupación central del estudio del derecho: el análisis crítico y valorativo de la cultura jurídica como expresión y fundamento de nuestra cultura política, así como las múltiples opciones que el derecho positivo genera necesariamente debido a su “textura abierta”.⁸

En resumen, afirmamos con Merryman que “El supuesto de la ciencia jurídica que deriva conceptos y clases del estudio de los datos legales naturales por una parte, y la naturaleza generalmente autoritaria y

⁷ Viehweg, Theodor; “Ideología y dogmática jurídica”, en *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 101-2.

⁸ Véase Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2 ed. Oxford, Clarendon Press, 1994.

nada crítica del proceso de educación legal por la otra, tienden a generar la actitud de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica”.⁹

A su vez, conviene entender por qué la dogmática jurídica domina el estudio del derecho. A partir del auge del positivismo en el siglo XIX los juristas han realizado un enorme esfuerzo por legitimar al derecho como ciencia y reivindicarlo como tal frente a las críticas realizadas desde otras ramas del saber. Lo anterior encuentra cauce por medio de la dogmática jurídica, pues la misma está modelada con base en procesos de inducción a partir de las normas positivas y deducción a partir de las premisas obtenidas de la inducción (siguiendo una visión aristotélica de ciencia). Se buscó también, depurar a la “ciencia” del derecho de elementos “impuros” (valores éticos, juicios morales y decisiones políticas).¹⁰ Esta tecnificación de la concepción del derecho todavía es implementada por una parte importante de los profesores y estudiosos del Derecho que buscan legitimar su trabajo como trabajo científico, objetivo.

La aplicación del derecho según este esquema, se puede reducir a una hazaña técnica, meramente mecánica. El discurso dominado por la dogmática jurídica se desborda hacia el campo de la aplicación y operación del derecho. En el caso del poder judicial esta concepción formalista-normativista del derecho es útil pues resulta congruente con la doctrina más rígida de la separación de poderes. Los tribunales plantean su labor como la de *descubrir* el significado de las normas apoyándose en la dogmática jurídica de tal manera que nunca hacen derecho, sino únicamente lo aplican (deformando así la visión que se tiene de lo que realmente sucede en la aplicación de normas a casos concretos).

La concepción “científica” del derecho y la enseñanza del mismo

La enseñanza del derecho constituye una forma bien directa de incidir en la cultura jurídica de un país pues a través de ella se construye y reproduce la cosmovisión de abogados, jueces, legisladores y funcionarios, esto es, de una parte importante de la clase dominante. La concepción científica del derecho resulta importante para comprender la cul-

⁹ Merryman, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰ Kelsen, Hans; *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1995. Prólogo.

tura jurídica pues determina el ámbito de la enseñanza del derecho. Así, resulta imperativo, para modificar la cultura jurídica de un país, enfocar esfuerzos en las concepciones científicas dominantes en la enseñanza del derecho. “Los jueces que apliquen las Constituciones y códigos, los abogados que los utilicen, los administradores que deben reglamentarlos, traicionarán el espíritu de cualquier reforma si continúan pensando y actuando dentro de los antiguos moldes. La facultad de derecho es el único ámbito que los profesionales del derecho comparten por un tiempo considerable y debería ser motivo principal de preocupación saber qué ocurre en sus claustros”.¹¹ La ley “es promulgada, interpretada y aplicada por personas adiestradas en el modelo doctrinal y para quienes el esquema descrito aquí parece básico, obvio y cierto. La estructura conceptual y sus supuestos inherentes, implícitos, acerca del derecho y el proceso legal constituyen una clase de derecho de salón de clases que flota por encima del orden legal, afectando profundamente el pensamiento y el trabajo de abogados, legisladores, administradores y jueces”.¹²

Esta concepción “científica” del derecho “Domina las facultades de derecho, impregna los libros de derecho y así se perpetúa a sí misma. El estudiante de derecho típico recibe la doctrina al principio de su carrera y nunca se le ocurre cuestionarla: solo conoce sus características y el modelo del sistema legal que perpetúa”.¹³

Resulta pertinente delinear las características básicas de la enseñanza del derecho que ha producido esta concepción del derecho. Para Martín F. Böhmer esta concepción “afirma que el derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto, que enseñarlas significa lograr que los alumnos las conozcan, y que esta actividad se encuentra dirigida a formar a quienes trabajen con dichas normas, en cualquiera de las profesiones jurídicas. (...) la enseñanza es una actividad descriptiva: los alumnos deben conocer y entender lo más claramente posible el contenido del sistema jurídico. La discusión crítica y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. No deben sorprender la carencia de aulas que permitan un diálogo al estilo de los seminarios, la falta de espacios para el debate y la inexistencia de clases y evaluaciones que tien-

¹¹ Böhmer, Martín F., *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, p. 13.

¹² Merryman, *op. cit.*, p. 151.

¹³ *Idem.*, p. 129.

dan a entrenar en la resolución de casos, en el análisis crítico de los textos legales, o en la defensa de algún cliente. (...) Las facultades que asumen esta concepción general de la enseñanza del derecho no explicitan los presupuestos sobre los que se tomaron estas decisiones, (...) El presupuesto fundamental se debe encontrar en cierta concepción de la autoridad normativa... [que] postula que toda autoridad nace de la voluntad mayoritaria del pueblo y que solo sus representantes pueden emitir normas jurídicas válidas, que la autoridad surge, en definitiva del consenso mayoritario expresado por el texto constitucional y por las leyes (...) [así] enerva la capacidad de los jueces para intervenir en la discusión sustantiva, convirtiéndolos en meros funcionarios públicos [que utilizan] un razonamiento deductivo...”¹⁴

La pretensión científica de esta concepción de derecho esconde la transmisión de una ideología concreta y particular. Al desarrollarse la “ciencia jurídica” durante el siglo XIX en Europa incluyó una serie de criterios y valores propios del liberalismo y del esfuerzo por consolidar el Estado-Nación. “Bajo la bandera de la ciencia jurídica convirtieron ciertos conceptos cargados de ideología en una estructura legal conceptual sistemática que todavía se enseña en las facultades de derecho de las universidades, la cual limita y orienta el pensamiento de los investigadores legales que la perpetúan, provee los parámetros de la interpretación y la aplicación judicial de leyes, precedentes y transacciones legales, y , en una palabra, domina el proceso legal. El papel de los supuestos valores se oculta tras una fachada de neutralidad ideológica, de un estudio científico de fenómenos puramente legales. En esta forma, la jurisprudencia sistemática europea materializa y perpetúa el liberalismo del siglo XIX, que conserva un conjunto selecto de supuestos y valores y deja afuera todos los demás”.¹⁵

Como resultado del modelo de enseñanza del derecho inspirado en la concepción “científica” del mismo tenemos que lo que se reproduce en las aulas de las Facultades de Derecho es a un estudiante (y futuro profesional del derecho) con una visión parcial, fragmentada y errónea del universo de lo jurídico y con un esquema mental acrítico, profundamente pasivo frente a la norma positiva y los fenómenos políticos y que aprende a operar y reproducir esquemas de organización social autoritarios.

¹⁴ Böhmer, *op. cit.*, pp. 15-17.

¹⁵ Merryman, *op. cit.*, p. 128.

La concepción “política” del derecho

La segunda concepción predominante con respecto al derecho es el que llamaré el discurso “político” del derecho. Tras la Revolución Mexicana (1910-1917), el orden jurídico que surgió de la misma se presentaba como legítimo en cuanto coadyuvaba a implementar las “decisiones políticas fundamentales” plasmadas en el texto constitucional. Así, por un lado, la Constitución y el sistema jurídico se legitimaban en tanto que se presentaban como materialización de la lucha revolucionaria, pero, por otro lado, quedaban subordinados a la misma y a las decisiones y acciones políticas que la lucha generaba.

Los órdenes jurídicos modernos no se legitiman en la intervención divina, se legitiman a través del mito de un momento fundacional¹⁶ en que la voluntad del soberano (en nuestro caso el pueblo) tiene su expresión originaria. En el caso de México el momento fundacional es la Revolución Mexicana que culmina en la Constitución de 1917.

Lo particular del caso de México consiste, a mi juicio, en la cultura política que dominó en las décadas posteriores al momento fundacional. El discurso oficial (el que aprendimos en los libros de historia de primaria y el que escuchábamos en los discursos políticos y en las ceremonias oficiales) consistía en sostener que la Revolución no había terminado, sino que continuaba vigente. Según esta interpretación de nuestro universo político, la Revolución había pasado de la fase “armada” a la fase “institucional”. Así, la Revolución era continuada, y como tal, la acción política constante.

Dentro de este esquema, al orden jurídico se le remitía a segundo plano. El derecho quedaba subordinado a la coyuntura política y debía adaptarse a ella en lugar de que ésta quedara encausada y delimitada por aquél. La Revolución era la Revolución hecha Partido; el Partido, partido hecho gobierno. Así, la ley y el derecho quedaban subordinados al actuar del gobierno. Si el proyecto político no cabía en el marco constitucional frecuentemente se modificaba la Constitución, se le reinterpretaba hasta dejarla irreconocible o bien se le ignoraba.

En resumen coexistían y coexisten dos visiones del Derecho a diferentes niveles de análisis y en diferentes ámbitos. Por un lado, se subordina la ley a la acción, por el otro, se legitima la aplicación judicial

¹⁶ Kahn, *op. cit.*, capítulo 3.

del derecho bajo el postulado de que los jueces únicamente aplican un derecho previamente existente utilizando la dogmática jurídica como si fuera una ciencia cognoscitiva.

Las concepciones “científica” y “política” del derecho parecen, a primera vista, divorciadas. La primera concibe al derecho de forma aislada y rígida, mientras que la segunda lo concibe como parte subordinada de la política, como un instrumento maleable. La aparente contradicción de estas dos concepciones en realidad resulta en dos visiones separadas pero complementarias que se conjugan de tal forma que la concepción “científica” resulta en una parálisis del pensamiento jurídico para criticar a la autoridad y a la política, dejando el camino libre a la concepción “política” para regir la aplicación del derecho y determinar su creación.

La ausencia de Estado de derecho en México

Con base en lo anterior, tenemos ya los elementos para responder a la pregunta que guía el presente texto (¿por qué en México no contamos con un Estado de derecho?), así como para entender por qué la comunidad especializada en aplicar y transmitir el derecho (abogados, profesores, investigadores, jueces, etc.) no se ha caracterizado por señalar este fenómeno, analizarlo y exigir su transformación.

En las líneas que siguen intentaremos desarrollar las siguientes ideas al respecto: (i) la relación entre el derecho y la acción política consiste en la subordinación de aquél a ésta¹⁷ (ii) la comunidad jurídica se encuentra paralizada por los presupuestos mismos de la labor que desarrollan.

Para explicar el punto (i) se señalan tres factores que han fortalecido dicha relación, a saber: (a) la inaplicación abierta del derecho positivo por quienes tienen a su cargo “hacer cumplir” dicho derecho precisamente por razones de coyuntura política; (b) la ausencia de una separación real de poderes; y (c) la marginación política y presupuestal de los órganos encargados de la aplicación del derecho positivo.¹⁸

¹⁷ Las consideraciones que aquí se hacen con respecto a la relación entre derecho y revolución se basan en el texto de Kahn, *The reign of law*, capítulo 3, quien toma como punto de partida el pensamiento de Hannah Arendt en lo que respecta al concepto de revolución.

¹⁸ Aquí quisiera mencionar que si bien es cierto que en años recientes la Suprema Corte de Justicia o el Tribunal Electoral han logrado insertarse entre los encabezados y titulares de los

(i) Acción política v.s. derecho

Partimos del supuesto que el derecho es política. No toda la política es derecho, pero si todo actuar en el derecho es un actuar político. Es decir, las relaciones jurídicas son relaciones de poder y el actuar a través de normas jurídicas es un actuar político en tanto que se utilizan las relaciones de poder institucionalizadas. Sin embargo, es preciso señalar que aquí nos referimos como “acción política” a las interacciones de poder que se realizan independientemente del derecho positivo. Acción política aquí se entiende como la acción que se realiza en (o en función de) el foro público independientemente de que sea conforme a derecho o contraria a él, es decir, aquella que no considera al parámetro jurídico como una razón para actuar o dentro del cual actuar. Esta acción se contrapone a una acción sometida a derecho, limitada y encausada por el derecho positivo. En ese sentido la acción política como aquí se entiende se contrapone al actuar en el derecho en tanto que la primera es libre y la segunda acotada.

Para el derecho, la acción política puede considerarse de tres formas: Primero, se encuentra dentro de la normatividad; segundo, se encuentra fuera del derecho (en cuyo caso es indiferente o bien contraria al derecho); en tercer lugar, la acción política puede estar en el origen, como fundamento, del ordenamiento normativo o al final. Esta última situación es precisamente la revolución.

Revolución y derecho tienen una relación compleja. Por una parte se niegan mutuamente y por otra parte se encuentran inevitablemente ligadas. La revolución es la negación del derecho y, sobre todo, del Estado de derecho. Es la acción política libre por excelencia que se autolegitima y niega la legitimidad toda de un orden jurídico. Consiste precisamente en el rompimiento de un orden establecido, desde afuera del mismo. Sin embargo, la revolución, para triunfar, debe necesariamente negar esa libertad de acción a las generaciones futuras y transformarse en un nuevo orden jurídico. Así, el derecho surge a partir de una revolución y con fundamento en ella, pero constituye precisamente

medios masivos de comunicación con algunos casos polémicos, estamos aún lejos de poder decir que el Poder Judicial es un actor político relevante, pues los tribunales y juzgados no aparecen por ninguna parte. Asimismo, cuando se informa acerca del actuar de la Corte o del Tribunal electoral al público en general, la información es pobre y el análisis al respecto, por lo general, también.

el final de la acción política libre y el comienzo de la acción política sometida.

Así pues, el nuevo orden recurre a la revolución que le dio origen para legitimarse y justificarse, pero niega, a partir de entonces, que la acción política pueda válidamente ser libre. Exige que todo actuar político quede sometido al ordenamiento jurídico. En eso consiste lo más fundamental del Estado de derecho: el actuar sometido al derecho positivo.

Aquí también es donde encontramos la primer divergencia entre la cultura jurídica mexicana y una cultura jurídica basada en el Estado de derecho. El derecho se legitima en tanto que es producto de una revolución. Hasta allí resulta normal el caso mexicano, como sucede en otros contextos. La situación cambia en el caso mexicano cuando se considera que la revolución no ha acabado y, por lo tanto, se considera necesario actuar con enorme libertad política para llevarla aún a cabo. Esto es, cuando no se niega a las generaciones futuras ese derecho a actuar libremente. Si la revolución (acción política libre) no cesa, no puede surgir el Estado de derecho (acción política sometida al derecho positivo). Así, el discurso de la facción revolucionaria triunfante es el primer alejamiento del Estado de derecho. Si la revolución continúa, el Estado de derecho no puede regir, entonces se entiende que la aplicación o inaplicación del derecho positivo se encuentra sujeta a la acción política y no ésta última a aquel. Con el tiempo, la subordinación del derecho a la acción política degeneró en la subordinación de la ley a casi cualquier tipo de acción. Debido a esto la corrupción, la impunidad y la desestimación del orden jurídico se han vuelto parte de la cultura judicial, jurídica y política del país.

Ahora bien, no basta un discurso oficial para generar una cultura jurídica. En los hechos, se subordinó la norma a la necesidad de la coyuntura política. El gobierno aplicaba o desaplicaba la normatividad positiva con gran arbitrariedad, irregularidad y en forma considerablemente abierta. Posiblemente el mejor ejemplo de ello sea también uno de los más importantes en establecer esta práctica autoritaria de aplicación arbitraria de la norma: la inaplicación de la legislación en materia religiosa concertada por el gobierno al término de la Guerra Cristera en 1929.

En 1926 el gobierno federal legisló de tal forma que las infracciones a la legislación en materia religiosa constituyeran delitos. En reciprocidad, la jerarquía católica nacional suspendió servicios eclesiásticos en

julio del mismo año. La situación desembocó en la rebelión armada conocida como la Guerra Cristera que llevaron a cabo grupos organizados de católicos en contra del gobierno federal, principalmente en el medio rural. Para 1929 los Cristeros contaban con un ejército de aproximadamente 25,000 soldados armados y 25,000 guerrilleros. En dicha encrucijada, el gobierno federal decidió buscar un arreglo con la Iglesia. Entre el 12 y el 21 de junio de 1929 se llevaron a cabo negociaciones en las que participaron informalmente el Vaticano y los Estados Unidos (con la importante labor del embajador norteamericano Dwight Morrow). El arreglo al que llegaron Iglesia y Estado consistía, principalmente en que la Iglesia reconociera al gobierno y la legislación anticlerical de 1926 seguiría *vigente, pero sin ser aplicada*.¹⁹

La importancia de este ejemplo no sólo es ilustrativa sino histórica, pues sentó un precedente importante.²⁰ A finales de los años veinte, cuando se consolidaba el gobierno revolucionario que habría de regir en México por el resto del siglo veinte, las dos principales instituciones en la vida del país (el gobierno y la Iglesia Católica), pactaron explícitamente la inaplicación sistemática y abierta de la legislación relativa a uno de los temas fundamentales de la Constitución de 1917: la materia religiosa. Así, a partir de ese momento, el gobierno sentó un importantísimo precedente de abiertamente subordinar el derecho positivo a las necesidades de la coyuntura política sin modificar la legislación, simplemente ignorándola en los hechos. El derecho positivo era formalmente vigente, pero absoluta y conscientemente ineficaz. El actuar político dejaba de lado al derecho positivo.

Así como el anterior, podemos encontrar una multiplicidad de ejemplos vigentes y ampliamente conocidos en los que las normas son abiertamente ignoradas por la autoridad y la ciudadanía por razones políticas. En algunos casos esto se hace explícitamente, como son el paro ilegal de actividades en la UNAM en 1999 y la rebelión zapatista en Chiapas. En otros casos la inaplicación es sistemática y consiste en el cauce ordinario de desarrollo de sectores importantes de la sociedad,

¹⁹ Meyer, Jean, "Revolution and Reconstruction in the 1920's", en Bethell, Leslie, *Mexico since Independence*, Nueva York, Cambridge University Press, 1991.

²⁰ Posiblemente el primer precedente importante provenga desde la época colonial donde se institucionalizó la práctica de desacatar las disposiciones reales que resultaran inadecuadas con la famosa frase: "Obedezcase pero no se cumpla."

como lo son la urbanización irregular por medio de invasión ilegal de predios (los llamados “paracaidistas”), el ambulante y la economía informal, etc.

Todos estos ejemplos de inaplicación sistemática del derecho por parte de la autoridad generan una cultura de desacato a la ley. Es perfectamente comprensible que para sectores enteros de la población sea irrisoria la ley si nunca se les ha exigido cumplimiento por parte de las autoridades quienes desacatan las normas abierta y sistemáticamente en amplios aspectos de la convivencia social. En verdad, para estos sectores de la población, lo que es ajeno es la ley, no la ilegalidad, y tienen razón en percibirlo así. Hay, por supuesto, otros factores que contribuyeron a que la aplicación del derecho positivo fuera arbitraria (como la existencia de un partido hegemónico y la poca importancia política y capacidad de acción del poder judicial), sin embargo, habría que extenderse demasiado para poder comenzar a abordar estos temas y se estaría rebazando las posibilidades de éste artículo.

(ii) La falta de crítica de los juristas

Cuando revisamos el modelo de enseñanza del derecho surgido de la concepción “científica” del derecho, resultaron una serie de factores que caracterizan al tipo de profesionales jurídicos que produce dicho modelo. Ahora resulta pertinente subrayar los presupuestos implícitos en la formación de juristas que desincentiva el tipo de crítica que debiera esperarse de quienes se ocupan de la creación, análisis y operación de la normatividad positiva frente a la situación que en la realidad guarda el derecho frente a la acción política en México.

1. Al concebirse el derecho únicamente como las normas generales emanadas de los órganos considerados como legítimos por representar la voluntad general, encontramos que se obtienen dos resultados diversos:
 - 1.1. Se desincentiva el análisis crítico de dichas normas por considerarse que su legitimidad democrática las hace incuestionables.
 - 1.2. Se marginan las normas particulares del estudio del derecho, resultando en un desinterés por la actividad judicial.

2. Al marginarse la investigación empírica se ignora la información requerida para poder analizar y criticar tanto la creación de la normatividad positiva como su aplicación.
3. Al limitarse la función de los jueces a una interpretación mecánica se enerva la revisión judicial del actuar de los poderes ejecutivo y legislativo.
4. Al reproducirse un esquema social autoritario dentro de las propias aulas se generan juristas poco críticos y muy pasivos frente a las figuras de autoridad.
5. La consideración puramente normativa del derecho excluye de la mesa de discusión las consideraciones valorativas de las normas, lo cual implica que los valores que éstas instrumentan se aceptan tácitamente y nunca se explicitan para su discusión.
6. Al substituir las fuentes del conocimiento con la cátedra magistral se acostumbra a los juristas a no buscar la información relevante para analizar las normas creadas, las decisiones sobre las mismas y la aplicación de ellas.
7. Al marginarse los elementos considerados “ajenos” al derecho en aras de una “ciencia” “pura” se eliminan del análisis de los fenómenos jurídicos los factores fundamentales en la creación y aplicación del derecho, como lo son los objetivos políticos y económicos así como las consideraciones ideológicas y morales.

Si en la práctica el derecho se subordina a la acción política, esto es visto como ajeno al derecho y, por lo tanto, no concierne a los juristas. Si el derecho es interpretado en forma limitada por el poder judicial de conformidad con la política imperante emanada del ejecutivo, esto se considera como ajeno al derecho y a su estudio. Si el sistema judicial es a todas luces ineficiente, eso no es objeto de estudio de los juristas sino que es un problema de los funcionarios públicos. Las decisiones judiciales, las políticas administrativas y los debates legislativos son pobremente analizados en los foros de discusión pública, o bien superficialmente estudiados en los foros de discusión académica. Los jueces pasan prácticamente desapercibidos y las argumentaciones formales son las únicas que resultan permisibles. “Esta situación de imposibilidad de generar interpretaciones alternativas fue uno de los factores esenciales para la generación de una cultura autoritaria. (...) El modo en que los jueces, magistrados y ministros se subordinan al poder político fue

mediante la formulación “reducida” de sus estándares de interpretación, *i.e.*, de la garantías individuales”.²¹

Al respecto Merryman dice: “...la insistencia del derecho civil en el cientificismo, la construcción de sistemas, el formalismo, etc., obstruye la resolución eficaz de los problemas. También disminuye el papel del juez en el proceso legal, con ventaja para el legislador y el académico”.²²

En el caso particular de México el discurso “científico” del derecho, mas que evitar o contradecir al discurso “político” del derecho, lo esconde. Al confinar a límites muy estrechos el análisis de su objeto de estudio, la enseñanza del derecho basada en la “ciencia jurídica” no produce profesionistas con destreza analítica ni con espíritu crítico. “El operador jurídico en México es el intelectual orgánico del sistema político, que como docente, magistrado, juez o notario, hace más ideología jurídica que ciencia del derecho”.²³

“El derecho, por ende, nunca pudo ser visto como una forma para controlar el ejercicio de la política, para mantener a cada órgano o persona dentro del ámbito de competencias que le señalaba el orden jurídico. Por el contrario, el derecho era un producto, el producto más importante del ejercicio político y, por ende, la vía para lograr los fines de ese ejercicio político”.²⁴

Fin de época

El sistema político se ha venido desarticulando en forma cada vez mas acelerada. Después de la crisis de 1982, las elecciones del 1988, los sucesos de 1994, las reformas de 1996 y las elecciones de 1997, el sistema político mexicano había cambiado tanto que resultaba irreconocible. En gran medida sobrevivía solo en sus símbolos. El PRI ya no era omnipotente ni se confundía con el gobierno (al menos no en todos sus niveles y localidades).²⁵ El discurso “revolucionario” sonaba, a fuerza de repetición retórica, cada vez mas vacío y resultaba cada vez más

²¹ Cossío, *op.cit.*, p. 73, 75.

²² Merryman, *op. cit.*, p. 130.

²³ Witker, Jorge, *op. cit.*, p. 223.

²⁴ Cossío, *op. cit.*, p. 74.

²⁵ Loaeza, Soledad, *El Partido Acción Nacional: la larga marcha, 1939- 1994. Oposición leal y partido de protesta.*, 2a edición, México, FCE, 1999, capítulo I.

difícil identificarlo con algo tangible. Era el fin de época y el agotamiento de un discurso.

Ahora bien, el discurso político ha sido substituido gradualmente, pero es ahora, tras la elección presidencial de 2000, cuando los símbolos se colapsan, que el discurso puede ser substituido plenamente, por uno solo o varios discursos que compitan entre sí (esperemos sea lo segundo, y seguramente así será). El (los) nuevo(s) discurso(s) político(s) traerá(n) un nuevo(s) discurso(s) jurídico(s). Así, pues resulta imperante hacer del discurso actual un lenguaje-objeto, analizarlo, estudiarlo, entenderlo y desmontarlo, para poder así generar uno o varios nuevos discursos.²⁶

Sea cual sea el discurso jurídico, parece que girará alrededor de la idea de Estado de derecho. Frente al cambio acelerado y a la creciente inseguridad, todos los actores políticos parecen invocar la frase “Estado de derecho”. Sin embargo, no queda claro a que se refieren ni si saben a que se refieren. Resulta oportuno aclarar que el Estado de derecho es sólo una forma de vivir al derecho y que hay muchas formas de imaginar y vivir el Estado de derecho.²⁷

El Estado de derecho como subordinación de la acción política al derecho.

A manera de aclaración y sin el propósito de agotar aquí la definición (o definiciones) de “Estado de derecho” en este texto busco establecer, únicamente, el rasgo más básico y elemental del Estado de derecho, sin que esto signifique que las diferentes concepciones de Estado de derecho se agoten en ello. Sostengo que el elemento básico del Estado de derecho es la posición que guarda el derecho positivo frente al actuar político. Este elemento es un presupuesto necesario para que exista el Estado de derecho, cualquiera que sea la concepción que se tenga de éste, ya sea procesal o substancial. En mi opinión, el que la acción política se subordine al derecho no es un elemento formal ni substancial del Estado de derecho. Ambas formas de concebir al Esta-

²⁶ Arturo Berúmen Campos, curso de “Ética Jurídica” en la Facultad de Derecho de la UNAM, apuntes personales.

²⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, capítulo II.

Sobre la discusión de Estado de derecho me refiero a dos autores principalmente: Paul Kahn y Gustavo Zagrebelsky. Resultan particularmente interesantes los planteamientos de Zagrebelsky, no solo porque contraponen lo que son dos formas de Estado de derecho (el Estado de derecho liberal vs. Estado constitucional), sino porque su planteamiento sobre el Estado Constitucional, resulta, en mi opinión, el planteamiento más actualizado, deseable y realizable.

do de derecho (como procesal o formal o bien como substancial) participan necesariamente de esta característica y requieren de ella para presentarse. Para ello nos sirve la siguiente cita:

En la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho, o “Estado bajo el régimen de derecho”, se distingue del *Machstaat*, o “estado bajo el régimen de fuerza”, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat*, el “Estado bajo el régimen de policía”, es decir, el régimen de del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII. (...)

La expresión “Estado de derecho” es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o un fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.²⁸

Así hay dos elementos que vale la pena resaltar característicos del Estado de derecho: (i) la eliminación de la arbitrariedad y (ii) el derecho como legitimador del poder y no viceversa. En cuanto al primero creo que substancialmente puede reformularse como el subordinar la acción a la norma, mientras que el segundo puede reformularse como la subordinación de la legitimidad de los actores políticos a la legitimidad jurídica. Estos dos elementos quedan englobados en la idea de que el Estado de derecho tiene como elemento fundamental la subordinación del actuar político al derecho.

Antes que nada el Estado de derecho en México debe invertir la relación entre acción política y derecho. Esto implica todo un cambio cultural. La marginación de la ley de nuestro actuar cotidiano tiene raíces profundas. La cultura de la evasión y la impunidad debe de ser gra-

²⁸ *Ibid.* p. 21.

dualmente substituida por una cultura de interiorización del reconocimiento de la autoridad legal.²⁹ Lo anterior comienza desde las autoridades mismas. Sería un error si el nuevo gobierno surgido de la oposición ignorara la ley escudado en la nueva legitimidad democrática y asumiera la actitud de estar llevando a cabo una nueva revolución (llámesele transición), continuando así la subordinación del derecho a la acción política.

La visión normativa versus la visión valorativa: un matiz importante.

Indicios de nuevas concepciones del derecho ya han visto luz. Algunos buscan aferrarse a la concepción que reza que el derecho se reduce a la norma. Esta concepción normativista le asigna a la Constitución el papel de un referente puramente normativo del actuar de los diversos protagonistas políticos y de las diversas facciones. El formalismo, extremo del positivismo jurídico, ya ha sido criticado,³⁰ no solo por estar desapegado de la realidad, sino por justificar atrocidades en la aplicación del derecho enarbolando la bandera de la ciencia y la objetividad. Se podría decir que este discurso busca vaciar a la ley, en particular a la Constitución, de sus referentes valorativos.

La concepción puramente normativista esconde las pugnas ideológicas (en el buen sentido de la palabra) que subyacen a todo actuar político. Pregonando la objetividad y reduciendo la discusión jurídica a una discusión técnica, esta concepción lograría el malabar ideológico (en el mal sentido de la palabra) mas peligroso de todos: convencernos de que sobre la mesa de debate no están los valores sino las acciones pragmáticas a tomar, la técnica.³¹ Este tipo de escapismos benefician sobre todo al grupo que esté en el poder, pues legitiman las acciones y decisiones

²⁹ Sobre la interiorización del reconocimiento de la autoridad basta establecer en este documento que me refiero al fenómeno estudiado por la jurisprudencia realista escandinava, en particular a Karl Olivecrona, *Law as Fact*, 1a ed., extracto de *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Freeman, M.D.A., Sweet & Maxwell LTD., Londres, 1994, y su análisis del cómo se vive una Constitución como obligatoria.

³⁰ Freeman, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Sweet & Maxwell LTD., Londres, 1994, capítulos 4 -14.

³¹ McCarthy, Thomas, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1978, capítulos 1 y 2.

políticas y valorativas del gobierno al disfrazarlas de medidas regidas únicamente por la técnica y la objetividad metódica. Adoptar la posición exclusivamente normativista sería expandir el esquema actual de la dogmática jurídica, propia de las ramas particulares del derecho, de tal forma que abarcara el fenómeno jurídico en su conjunto, para lo cual resulta tristemente limitado.

Resulta benéfico explicitar el carácter necesariamente político del derecho, no esconderlo detrás del velo de la ciencia. En las decisiones legislativas como en las decisiones judiciales se realizan juicios de valor: se eligen principios, políticas y propósitos. El actuar en el derecho es un actuar político. Las normas inevitablemente tienen contenidos valorativos y los jueces frecuentemente eligen entre normas o interpretaciones de normas.

Es importante distinguir entre el régimen político y las decisiones valorativas plasmadas en la Constitución. En esta nueva era corremos el riesgo de quemar lo viejo y con ello quemar lo que hay de bueno. La Constitución de 1917 contiene valores normativos de enorme importancia, que claramente repercuten en la particularización de la normatividad positiva. Esos valores reflejan los intereses de las clases y grupos que a principios del siglo pasado se encontraban oprimidos. A través de la lucha armada, muchos de sus reclamos quedaron plasmados en ley, en la Constitución de 1917. A través del siglo, la realidad política ha rebasado a la norma constitucional. Sin embargo, hoy todavía se encuentran grandes sectores de la población en enormes desventajas económicas y culturales. Esto es, en condiciones de explotación, y por lo mismo aquellos reclamos siguen vigentes.

Así pues, la visión de Estado de derecho no debe caer en el normativismo. Debemos de reconocer que el derecho es política y que los diferentes intereses políticos se encuentran plasmados en las leyes. En consecuencia el Estado de derecho, la nueva concepción del derecho, la nueva cosmovisión jurídico-política, deben de contemplar a las leyes primero como medios para hacer valer fines y valores; y segundo como medios para encauzar y dirimir las controversias entre los diversos valores e intereses de las diferentes clases sociales, comunidades culturales, grupos de interés, grupos políticos e individuos.³² Por ello, resulta también fundamental traer a los poderes judiciales a la arena de la dis-

³² Zagrebelsky, *op. cit.* capítulo 7.

cusión pública. Las decisiones valorativas no se dan sólo en la creación del derecho, sino también en las actuaciones judiciales.³³ Pero sobre todo es fundamental tematizar todos estos problemas en las aulas pues es allí donde se generan y reproducen las concepciones del derecho.

Conclusiones

Vivir en un Estado de derecho significa, primero que nada, invertir la relación existente entre derecho y acción política, de tal forma que la acción política quede sometida y encausada por el derecho. Ello implica, necesariamente que la Constitución pierda su carácter de instrumento de la acción política y aumente su importancia en tanto que referente normativo del actuar político: “...el nuevo paradigma habrá de ser normativo... en el actual momento normativo de la vida del país, las distintas fuerzas políticas tienen como único referente a la Constitución. Ello obligará que los juristas tengan que comenzar a explorar las funciones de la Constitución y de sus normas, los posibles sentidos de estas últimas, las relaciones de validez, etc. Es decir, se tendrá que optar por *un punto de vista funcional*; en ello radica, finalmente, el cambio y la sustitución del paradigma”.³⁴

Ahora bien, el cambio no debe quedarse únicamente en explorar la Constitución desde un punto de vista funcional ya que ello implicaría marginar o eliminar el carácter valorativo de la misma. Toda norma tiene una fuerte carga valorativa y política. Es importante reconocer esto explícitamente y protegerlo (sin subordinar la norma a la coyuntura política). Es necesario actuar conforme a la normatividad constitucional pero también lo es hacerlo conforme a los valores e intereses que contiene y plasma. Es pues oportuno reconocer y tematizar el aspecto valorativo de la Constitución y del derecho positivo para mejor criticarlo y construirlo dentro de sus propios cauces.

Será finalmente el modelo que predomine en la enseñanza del derecho el que determine hacia dónde irá el cambio jurídico del país.

³³ Hart, Henry M. Jr. y Sacks, Albert M., *The Legal Process*, Foundation Press, Westbury, N.Y., 1994, capítulo 3.

³⁴ Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, Fontamara, México, 1998, p. 100. En su más reciente publicación (*Cambio Social y cambio jurídico*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2001) Cossío habla de diversos enfoques jurídicos posibles que incluyan consideraciones políticas. Asimismo menciona cómo una “jurisprudencia integradora” tendría que ser imaginada para dejar atrás las consideraciones exclusivamente normativas y contemplar a aquellas que enfrentan con la positividad del derecho, siguiendo a Harol J. Berman.