

EL DERECHO EN LA CULTURA*

LAW IN THE CULTURE

O DIREITO NA CULTURA

Javier Fregoso Zárate^a

jfregoso@yahoo.com.mx

Fecha de recepción: 13 de Julio de 2016

Fecha de revisión: 16 de enero de 2017

Fecha de aceptación: 28 de enero de 2017

RESUMEN

Visión sobre el origen del derecho en la comunidad humana y su evolución en la historia. Sobre la mutua influencia del derecho en el devenir cultural humano y la evolución cultural influyendo en el desarrollo jurídico. Del cómo el derecho es un elemento más del fenómeno cultural humano y de que en todas las manifestaciones culturales se influye al derecho y éste es parte e influye a la cultura. La humanidad evoluciona y evoluciona el derecho; la historia del derecho es parte de la historia universal. Igualmente, el derecho puede crear costumbres y las costumbres convertirse en derecho, volviéndose aquéllas en una fuente formal de lo jurídico. Por otra parte, la religión constituye una parte esencial de la evolución cultural de la humanidad, complementando o contraponiéndose con el derecho; muchos de los grandes valores religiosos se han vuelto valores jurídicos y el derecho canónico es una manifestación de la influencia mutua de religión y derecho; lo mismo sucede con el Corán como instrumento de convivencia y justicia en los países islámicos. La política, por su parte, constituye una manifestación de la cultura

* Artículo de reflexión socio-jurídico

a. Abogado egresado de la Universidad de Guadalajara, con maestría en la misma institución y doctor en derecho por el Instituto Internacional del Derecho y el Estado (Cd. de México). Cuentista, ensayista, ponente en diversos congresos, articulista y escritor de crónicas noveladas y otros. Profesor, investigador y administrativo en la U. de G.

íntimamente ligada al derecho, puesto que el origen y destino de la actividad política es la indudablemente la ley. Los fenómenos culturales siempre en evolución son, sin duda, justicia y libertad, ambos sustentados por códigos jurídicos que los implementan y los regulan.

PALABRAS CLAVES

Derecho, cultura, moral, religión, usos, tradición, costumbre, libertad, justicia

ABSTRACT

This article expresses a vision about the origin of law in the human community and its evolution through history. It is about the mutual influence of the law in the human cultural development and the cultural evolution influencing the juridical progress. It also discusses how the law is another element of the human cultural phenomenon and that law is influenced in all cultural manifestations and vice versa. Humanity evolves and law evolves. The history of law is part of the universal history. In the same way, law can create customs and customs can become laws, therefore becoming a formal source in juridical matters. On the other hand, religion is an essential part in human cultural evolution, supporting or being against law. Many of the great religious values have become juridical values and canonical law is a manifestation of the mutual influence between religion and law. The same thing happens with the Koran, which Muslim countries use as an instrument of coexistence and justice. Politics is also a manifestation of a culture closely bounded with law, due to the fact that its origin and destination is precisely the law. Cultural phenomena that are in constant evolution are without a doubt justice and freedom, both sustained by juridical codes that regulate and implement them.

KEY WORDS

Law, culture, moral, religion, use, tradition, customs, freedom, justice.

RESUMO

Visão sobre a origem do direito na comunidade humana e sua evolução na história. Sobre a influência mútua do direito na evolução cultural humana e evolução cultural influenciando o

desenvolvimento legal. De como a lei é mais um elemento do fenômeno cultural humano e que em todas as manifestações culturais o direito é influenciado e influencia a cultura. A humanidade evolui e evolui a lei; a história da lei faz parte da história universal. Da mesma forma, a lei pode criar costumes e costumes se tornar lei, transformando-os em uma fonte formal de direito. Por outro lado, a religião é uma parte essencial da evolução cultural da humanidade, complementando ou contrastando com o direito; muitos dos grandes valores religiosos tornaram-se valores legais e direito canônico é uma manifestação da influência mútua da religião e da lei; o mesmo acontece com o Alcorão como uma ferramenta para a convivência e a justiça nos países islâmicos. A política, por sua vez, constitui uma manifestação de cultura intimamente ligada ao direito, uma vez que a origem e o destino da atividade política é, sem dúvida, a lei. Os fenômenos culturais sempre em evolução são, sem dúvida, justiça e liberdade, ambos apoiados por códigos legais que os implementam e regulam.

PALAVRAS-CHAVE

Direito, cultura, moral, religião, usos, tradição, costume, liberdade, justiça.

INTRODUCCIÓN

El derecho es una manifestación de la cultura, entendiéndose ésta como la aportación inteligente y razonada a la humanidad por la humanidad. Desde la mínima creación artesanal, pasando por el profundo conocimiento de la estructura y destrucción del átomo, hasta la naturaleza, origen y evolución del universo, usos, costumbres, música, folclor, literatura, etc. conforman eso llamado *cultura*. Cada contribución de la razón humana al conocimiento y su utilización por los propios hombres es cultura. Cada obra de arte, libro, poema, tradición, rito y ceremonia religiosa o sistema educativo, expresan la concatenación entre pasado, presente y futuro de una comunidad, su identidad colectiva.

(...) el término *cultura* designa la suma de las producciones e instituciones que distancian nuestra vida de la de nuestros antecesores animales y que sirven a dos fines: proteger a hombre contra la Naturaleza y regular las relaciones de los hombres entre sí. Para alcanzar una mayor comprensión examinaremos uno por uno los rasgos de la cultura,

tal como se presenta en las comunidades humanas. Al hacerlo nos dejaremos guiar sin reservas por el lenguaje común, o como también se suele decir, por el sentido del lenguaje, confiando en que así lograremos prestar la debida consideración a intuiciones profundas que aun se resisten a la expresión en términos abstractos.

El comienzo es fácil: aceptamos como culturales todas las actividades y los bienes útiles para el hombre: a poner la tierra a su servicio, a protegerlo contra la fuerza de los elementos, etc. He aquí el aspecto de la cultura que da lugar a menos dudas. Para no quedar cortos en la historia, consignaremos como primeros actos culturales el empleo de herramientas, la dominación del fuego y la construcción de habitaciones. Entre ellos, la conquista del fuego se destaca una hazaña excepcional y sin precedentes; en cuanto a los otros, abrieron al hombre caminos que desde entonces no dejó de recorrer y cuya elección responde a motivos fáciles de adivinar. Con las herramientas el hombre perfecciona sus órganos –tanto motores como sensoriales- o elimina las barreras que se oponen a su acción. Las máquinas le suministran gigantescas fuerzas, que puede dirigir, como sus músculos, en cualquier dirección; gracias al navío y al avión, ni el agua ni el aire consiguen limitar sus movimientos. Con la lente corrige los defectos de su cristalino y con el telescopio contempla las más remotas lejanías; merced al microscopio supera los límites de lo visible impuestos por la estructura de su retina. Con la cámara fotográfica ha creado un instrumento que fija las impresiones ópticas fugaces, servicio que el fonógrafo le rinde con las no menos fugaces impresiones auditivas, constituyendo ambos instrumentos materializaciones de su innata facultad de recordar; es decir, de su memoria. Con ayuda del teléfono oye a distancia que aun el cuento de hadas respetaría como inalcanzable. La escritura es, originalmente, el lenguaje del ausente, la vivienda, un sucedáneo del vientre materno, primera morada cuya nostalgia quizá aun persista en nosotros, donde estábamos tan seguros y nos sentíamos tan a gusto¹.

Pero, ¿qué diferencia existirá entre cultura y civilización? Este es un viejo problema semántico entre dos conceptos que pueden resultar similares y en cierto punto se pueden tocar. Por cultura se entenderá lo expresado anteriormente; civilización

será lo que el imaginario de ciertos segmentos sociales identificará como *progreso*. Las guerras de conquista, muchas veces, han tenido su justificación en el intento de *civilizar*, es decir, imponer a criterio del conquistador *su* progreso a los conquistados. Podríamos, eventualmente, encontrar fusionados cultura y civilización en un pueblo por su falta de tradiciones y costumbres comunes en sus integrantes, o sea, por su falta de *historia*, como es el caso de Estados Unidos donde puede resultar difícil diferenciar los rasgos culturales de los de civilización. Su sentido religioso convive cómodamente con su materialismo a ultranza. No ocurre lo mismo con el pueblo alemán, en donde la defensa de la *kultur* frente al progreso ha dado pie a extremismos como el nazi. No obstante, ese totalitarismo no tuvo empacho en utilizar la ciencia y la tecnología –elementos del progreso- más avanzados de su época, para tratar de imponer su cultura a otros pueblos, o peor aun, eliminar toda forma cultural no alemana.

La cultura no es buena ni mala en sí misma. Algunas comunidades poseen factores culturales a todas luces deplorables para otras, como la situación de la mujer en el mundo islámico fundamentalista, la discriminación (e inclusive eliminación) de las mujeres en China o la ablación de las adolescentes en África; la quema de brujas o de herejes caen en este fanatismo cultural. Aun así, la cultura puede tener factores positivos que equilibran la convivencia social y garantizan la supervivencia de los pueblos, como es el caso de la religión, pero no una religión manipulada y manipuladora, sino religiones con alto contenido ético, tales como el judaísmo, el cristianismo, el islamismo, el budismo o el confucionismo. Sin embargo, hay que distinguir entre la utilización perversa que se ha dado a esas religiones de las enseñanzas de los profetas de Israel, de Jesús, Mahoma, Buda o Confucio. Volveremos al tema después.

(...) el mundo de la cultura en general... consta de una riquísima variedad de materiales: idioma, conocimientos (vulgares, científicos, filosóficos), creencias (religiosas, morales, políticas, sociales, etc.), idearios, leyendas, tradiciones, símbolos, formas usuales de comportamiento, normas de conducta (religiosas, morales, jurídicas, higiénicas, del trato social, agrícolas, culinarias, médicas, etc.), máximas valorativas o estimaciones, refranes, formas de organización social, formas de organización política, estructuras o instituciones jurídicas, pautas y organizaciones económicas,

1. Freud, Sigmund, *El malestar de la cultura. Obras completas, t. III, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1981, pp. 3033-3034.*

novelas, dramas, poemas, canciones, estatuas, pinturas, composiciones musicales, bailes, edificios, utensilios, trebejos, artefactos, máquinas, modos y prendas de vestir, bailes, ceremonias, etc.²

Cultura es, pues, esa carga de vieja sabiduría (o falta de) que los hombres del presente reciben de sus antepasados y heredan a sus descendientes, con el retoque de la mínima aportación o cambio que las mujeres y hombres de hoy dan a esa cultura general. "(...) cultura... es lo que los miembros de una determinada sociedad concreta aprenden de sus predecesores y contemporáneos en esa sociedad, y lo que le añaden y modifican. Es la herencia social utilizada, revivida y modificada³.

Tal vez resulte oportuno señalar aquí un fenómeno favorito en el estudio de sociólogos e historiadores: la *transculturización*, es decir, la influencia de una cultura en otra simultáneamente a recibirla con motivo de la vecindad geográfica o por efecto de las comunicaciones globales; una franja territorial entre dos naciones divididas por una frontera política, hacen desaparecer las diferencias culturales entre dos pueblos vecinos y propiamente crean una cultura nueva con la fusión de ellas; tal sería el caso de la frontera franco-germana o México-norteamericana. El internet, por otro lado, hace que niños, jóvenes y adultos de países distantes miles de kilómetros adquieran características semejantes a los que conviven en un solo lugar. Las distancias se acortan y en mundo se convierte en una aldea global, en el que, fantaseando un poco, podamos en un futuro no tan lejano, tener una cultura global también.

Volviendo al tema central de este trabajo, veamos al derecho como un elemento de ella. Sin línea clara de separación con el resto de los factores culturales, el derecho es parte de las tradiciones y costumbres, la idiosincrasia y el saber de un pueblo; pero, ¿qué es el derecho?

1. EL DERECHO Y LA CULTURA

El ser humano, en su evolución histórica y en la búsqueda permanente de organización social, se *ha inventado* instrumentos reguladores del orden colectivo: normas de diversa índole pretenden

contener el natural egoísmo y la propensión a la violencia de los hombres. La religión, la moral, la ética, los convencionalismos, junto con el derecho, disciplinan las relaciones de convivencia comunal. Los factores distintivos en estos grupos de normas son en ocasiones muy tenuous; más adelante haremos la diferenciación.

(...) el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad⁴.

En fin, el derecho es un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad y estas normas, junto con otros cuerpos normativos y otros factores e instituciones sociales constituyen la cultura. He aquí, entonces porqué el derecho es cultura:

1.1. El derecho es parte de la tradición. Los días de asueto por motivos religiosos son ejemplo de tradiciones hechas ley. Recordemos la toga y la peluca del siglo XVII en algunos tribunales como símbolos de la tradición en lo jurídico.

1.2. La costumbre social como fuente de derecho. Los actos repetidos y aceptados por una comunidad, con el paso del tiempo se transforman en obligatorios y su cumplimiento puede forzarlo un tribunal, aunque el cumplimiento de una costumbre concreta no se encuentre en la legislación. El derecho consuetudinario anglosajón ejemplifica a la costumbre como un rasgo de su cultura.

1.3. El derecho también es un cúmulo de pensamientos bastos y organizados; la doctrina, la jurisprudencia, las leyes, las sentencias, los contratos, los tratados internacionales, son una parte esencial de la vida cultural de un país, porque reglamentan la convivencia social y al mismo tiempo son un sello característico de su idiosincrasia. El respeto a la *ley* se vuelve (o debería volverse) uno de los hábitos individuales comunes del hombre de la calle, del que va a los servicios religiosos los domingos, que es buen padre de familia, buen vecino, vota en las elecciones y paga sus impuestos. El *pensar* jurídicamente puede ser algo poderoso en el modo de ser de un pueblo, como ocurrió con los romanos. El *respeto*

2. Recaséns Siches, Luis, *Sociología*, Ed. Porrúa, México, 1970, pp. 173-174.

3. *Ibid.* p. 171.

4. Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 39.

a la ley ha sido parte del discurso cotidiano de los personajes más importantes de una colectividad: el alcalde, el profesor, el juez, el cura. Una vida sin ley es impensable.

1.4. El derecho como obra cultural también es *literatura*: códigos, leyes, tratados, distinguen muchas veces a una época: el Código de Hammurabi, los diez mandamientos de Moisés, la Ley de las Doce Tablas, son más conocidos en sí mismos que el contexto histórico en el que se desarrollaron; en condiciones similares encontramos a la Constitución norteamericana o el Código Napoleónico. Una buena ley bellamente redactada y puntualmente obedecida es un orgullo para cualquier nación.

1.5. Complemento de lo anterior son la *cultura cívica* y la educación jurídica de un pueblo. Toda comunidad que se respete tiene, desde épocas remotas, como parte de su sistema educativo, el respeto y fomento de los valores jurídicos (entre otros). El amor a la patria y sus símbolos, el respeto a la ley y a las instituciones, son parte medular de la educación básica y media en su aspecto formativo, en cualquier lugar y en todo tiempo. Por otro lado, la universidad, desde que este concepto existe, ha tenido en su oferta académica primordial al estudio del derecho. La formación de abogados y especialistas jurídicos caracteriza a cualquier organización estatal y educativa. Profesionales que elaboren y apliquen el derecho son indispensables en cualquier sociedad.

1.6. Un individuo medianamente culto, por otro lado, debe tener en su bagaje intelectual una regular o amplia información jurídica para la vida diaria: cuestiones de ética y ejercicio profesional, reglamentación vial o sanitaria; conocimientos mínimos de leyes fiscales, administrativas, laborales, penales, civiles, constitucionales y de derechos humanos. Parte de la rutina permanente del hombre común es la sujeción u obediencia cotidiana a diversas reglamentaciones jurídicas: el contrato de compraventa –rápido e imperceptible- que se realiza en la tienda de la esquina, el contrato de prestación de servicios con un plomero, el respeto a las normas viales al detenerse con su vehículo ante un semáforo en rojo, pagar el impuesto al valor agregado en una transacción comercial simple. El vivir tiene su monotonía jurídica.

1.7. El derecho también, como producto cultural tiene su lenguaje, sus modas, sus mitos,

sus leyendas, su picaresca, sus rituales; los abogados tienen su vestimenta, su círculo social e inclusive su ubicación geográfica.

El derecho es, entonces, un elemento esencial de la cultura que distingue, junto con otros elementos, a una sociedad en un momento y lugar determinados; derecho que evoluciona y se transforma a la par con esa comunidad y que responde a sus necesidades e intereses. Es imposible una cultura sin derecho y un derecho fuera o en contra de una cultura.

2. DERECHO E HISTORIA.

El derecho, como elemento cultural, ha nacido y se ha desarrollado a través del tiempo en lugares determinados. La transformación de la sociedad humana primitiva, de agrupación animalesca a sociedad grande y compleja, llevó a una organización cada vez más sofisticada, creando instituciones, jerarquías y reglas, dando origen con ello a la cultura primitiva. Los primeros esbozos de derecho se dan precisamente en esa incipiente organización humana; junto con los *sentimientos* de solidaridad y defensa del grupo, surgieron disposiciones de los jefes, de cumplimiento obligatorio, con sanción a su desobediencia. Sin embargo, históricamente vamos a considerar la aparición del derecho hasta que se codificó.

Entendemos por historia la narración o conjunto de acontecimientos pasados y hechos memorables y la ciencia que estudia esos acontecimientos; esta disciplina se complementa con la historiografía como estudio bibliográfico y crítico de escritos que tratan sobre historia y sus fuentes, y de los autores que han abordado esas materias.⁵ La historia intenta dar sentido al acontecer humano y nos muestra el devenir de la cultura y la transformación de los pueblos; nos clarifica el origen y desarrollo de las naciones, sus éxitos, fracasos e incluso su destrucción. Por la historia conocemos el paso del tiempo y su explicación. La telaraña de nombres, fechas, lugares, guerras, pestes, descubrimientos, inventos, obras artísticas, construcciones y destrucciones, adquieren un orden dentro del caos de datos. La historia nos ayuda a comprender la gloria y la tragedia de la humanidad.

Es ahí, en ese conocer crítico del devenir humano en donde se encuentra la historia del

5. *Diccionario didáctico avanzado*, Ediciones SM, México, 2007, p. 650.

derecho; es decir, el estudio concreto del origen y evolución de lo jurídico que, aunque no puede marginarse de la historia general, tiene sus avances y retrocesos particulares.

Se puede dividir la transformación del derecho en cuatro partes a partir de la prehistoria y hasta la actualidad:⁶ en la primera se abarca del neolítico hasta el apogeo de Bizancio; la segunda, va de la edad media al inicio del siglo XX en Europa y América; la tercera, el mismo periodo en África, Asia, Australia y Oceanía; y la última comprende el siglo XX y hasta el momento actual. En un apretado resumen se pueden anotar los principales momentos históricos del derecho:

2.1. En la antigüedad, la llegada del neolítico significó el paso definitivo del rústico *homo sapiens* al complejo hombre moderno, con su tecnología agrícola y artesanal, su organización social, sus instituciones, religión, etc., que se reflejaron en el surgimiento, apogeo, decadencia y desaparición de los primeros pueblos y sus culturas: sumerios, babilonios, asirios, egipcios, chinos, indios, persas, judíos, fenicios y otros. Es esta época la del advenimiento del derecho, con la regulación de la vida familiar, la propiedad, las relaciones primitivas entre tribus, el estatus de los esclavos. Ya en sociedades más organizadas se ven las primeras legislaciones: el Código de Hammurabi, el Libro de Derecho Asirio, parte del Libro de los Muertos egipcio, la Biblia israelita, entre otras.

Es en Grecia donde se observa un salto cualitativo del derecho, al crearse el régimen constitucional y la discusión filosófica de lo jurídico. Cada ciudad o polis tuvo su legislación particular: en Esparta, la gran Rhetra de Licurgo (700 a. C.) organizaba al Estado de una forma militarizada; en Atenas, las constituciones de Solón y Clístenes establecieron los elementos básicos de una sociedad relativamente democrática y las funciones de los órganos estatales con participación popular.⁷

6. Tomado de Margadant, Guillermo F, *Panorama de la Historia General del Derecho*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1983.

7. Hay que recordar que el ejercicio de la democracia en Atenas estaba reservado a los ciudadanos de pleno derecho, estatus difícil de alcanzar y del que estaban excluidos las mujeres, los esclavos, los no propietarios, los extranjeros; de la población ateniense solo eran ciudadanos aproximadamente el 10%.

Roma, por su parte, es la gran matriz del derecho latino; su derecho privado es, en muchos aspectos, insuperable aun actualmente; pero tampoco es despreciable su derecho constitucional: su forma de organización política fue modelo en la edad media y algunas instituciones de hoy día son reflejo de las romanas, como el Senado. En cuanto al desarrollo del derecho privado romano, se divide en cinco etapas: 1) el derecho romano arcaico; 2) el romano helenizado republicano; 3) el romano clásico imperial; 4) el romano posclásico; y 5) el Justiniano, siendo este último propiamente bizantino. La Ley de las Doce Tablas y el Digesto de Justiniano son el alfa y omega del derecho romano, desde su origen hasta la desaparición del Imperio Romano de Oriente. Herencia invaluable.

2.2. La edad media nos muestra una influencia mutua entre el derecho romano y el anglo-sajón, como producto de las invasiones y la fusión étnica y cultural de los pueblos europeos. Los glosadores, los ultramontani y los posglosadores son los representantes del derecho romano medieval; en el derecho canónico de esa época se observa la importancia de la iglesia en la vida espiritual y material de la sociedad europea y demuestra, asimismo, un derecho romano evolucionado. En esta etapa histórica destacan igualmente el feudalismo y su transformación hacia la monarquía, el nacimiento del Sacro Imperio Romano Germánico, con sus respectivas instituciones jurídicas, administrativas y judiciales, destacando en particular el origen de la nación francesa y el derecho español. Inglaterra, por su lado, se convierte en el Medioevo en la creadora del derecho constitucional moderno que comienza a limitar, mediante una lenta pero constante legislación, el poder absoluto de los reyes. Se da también un incipiente derecho mercantil como producto de la actividad comercial, básicamente entre ciudades portuarias.

En el renacimiento el derecho se transforma de acuerdo a los tiempos; se abandona paulatinamente el teocentrismo y se hace presente un antropocentrismo que ya no se abandonará; sigue evolucionando el derecho constitucional inglés, se consolidan las instituciones imperiales alemanas y las monárquicas francesas; el derecho italiano se dispersa en sus numerosas repúblicas y reinos y la unificación española (1492) trajo una legislación más homogénea.

La época moderna significó para el derecho una marcha hacia el contractualismo social, impregnado por un naciente humanismo y deslumbrado por el siglo de las luces; el derecho penal en particular se transforma lentamente hacia una dignificación de la justicia criminal. Es, sin embargo, la independencia y posterior Constitución norteamericanas las que marcarían un hito en el desarrollo del derecho público (sobre todo en lo relativo a una eficaz división de poderes). Por su lado, la Revolución francesa marcaría el inicio de una tradición, hasta ahora inconclusa, de defensa de los derechos fundamentales del hombre; asimismo, el movimiento revolucionario francés marca el inicio del fin de la monarquía absoluta.

Ya en el siglo XIX encontramos importantes transformaciones políticas y jurídicas en Europa y América: el perfeccionamiento del parlamentarismo y la democracia ingleses; la abolición de la esclavitud como consecuencia de la guerra civil norteamericana; las unificaciones alemana e italiana.

Rusia fue hasta principios del siglo XX el prototipo del absolutismo oriental llamado *autocracia*, por lo que toda legislación emanaba del poder central del monarca y era una especie de reglamentación no parlamentaria de la voluntad del zar. El Imperio Ruso nació, se mantuvo y pereció en medio de la violencia.

América Latina al ser conquistada por los europeos, vio desaparecer sus instituciones y legislación autóctonas, avasalladas por la violencia militar y la evangelización católica. Se impuso en los territorios sometidos la forma de gobierno y el derecho de los conquistadores ibérico y portugués, adaptándose a las circunstancias concretas de las nuevas tierras y en el caso español por medio de las Leyes de Indias, dándose una fusión legislativa parecida al mestizaje étnico y que se reflejaría en las leyes y las instituciones de la América independiente.

2.3. En otra región del mundo, en el medio oriente, la religión musulmana (después de su aparición en el siglo VII d. C.) impuso su sello en la vida personal y familiar de sus adeptos pero también en la vida pública y en la legislación. En los pueblos y luego en las naciones islámicas el Corán se constituyó (y se constituye en algunos países todavía) en una fuente de derecho familiar

y penal que a nuestros ojos occidentales puede parecer salvaje.

En el extremo oriente, el desarrollo histórico del derecho nos puede resultar raro y ajeno. Por ejemplo, en la China tradicional en las relaciones sociales lo importante eran los compromisos personales –la palabra– y la aplicación del derecho resultaba un último recurso, cuando las partes involucradas seguramente habían violado deberes morales. Por su lado, el derecho hindú tuvo su origen en escritos sagrados (Srutis) en el que, desprendiéndose de datos mitológicos y normas morales se crearon las normas jurídicas. En Australia y otras colonias inglesas de Asia se reflejó la trasmutación del derecho británico en ultramar y la forma en que lograron aquéllas su independencia política y jurídica.

2.4. Sería difícil enumerar los avances (y retrocesos) que el derecho ha tenido en el siglo XX, sin duda el más trágico de la historia de la humanidad; no obstante, podemos hacer un balance genérico de la centuria en materia jurídica:

2.4.1. Como nunca, en el siglo pasado se trastocó el orden legal internacional y, por tanto, el interno; guerras mundiales, guerras civiles, bloqueos y embargos internacionales en contra de estados débiles, fueron comunes en ese tiempo.

2.4.2. La violación de derechos humanos fue masiva y constante. Antes, durante y después de la segunda guerra mundial encontramos el abuso contra poblaciones civiles indefensas. El genocidio se convirtió en pan de cada día en lugares como los Balcanes, África o América Latina.

2.4.3. En contraposición a lo anterior, vemos el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su reflejo en la legislación interna de muchos países y un relativo avance en el respeto a esos derechos mínimos de los gobernados.

2.4.4. Con el crecimiento del comercio, de las comunicaciones y, en general, de la cooperación internacional, el viejo concepto de soberanía ha caducado para dar lugar a una política de puertas abiertas, en donde la aplicación del derecho es algo más amplia que dentro de las fronteras de un país, porque el mundo es un escaparate donde todos tienen interés de lo que ocurre en todos lados.

Esa misma modernidad ha llevado al derecho a la utilización de medios electrónicos, como la computadora o el internet y a buscar por estos medios su constante actualización y agilización en trámites administrativos o judiciales.

Es conveniente en este punto hacer hincapié en la relación entre derecho e historia. ¿Es el derecho capaz de cambiar por sí mismo el curso de la historia? ¿Puede una legislación transformar la sociedad? Me atrevo a responder a ambas preguntas que no. El jurista, el juez y el legislador pueden interpretar el sentido de los tiempos, subirse al carro de los cambios sociales pero no provocarlos. Las leyes hacen obligatorias costumbres creadas y aceptadas por un grupo social, pero es insólito que una ley marque un rumbo, por muchos buenos deseos que tenga un legislador en su aplicación, por así convenirle a dicho grupo. Eventualmente ha habido leyes promulgadas en contra de la manera de ser y de pensar de un pueblo, y su destino fue el fracaso, por ejemplo, las leyes antirreligiosas en México. Con el derecho se gobierna pero no se guía; los *propósitos* de la ley son los proyectos de vida de los gobernados, interpretados por los gobernantes que los hacen leyes para darles método e instrumentar su aplicación. Una ley *funcional* requiere de un consenso social sobre su pertinencia (algunos cambios legales requieren de auténticos acuerdos nacionales para garantizar su observancia, como es el caso de las enmiendas constitucionales en los Estados con una Constitución rígida).

El desarrollo del derecho es, entonces, un factor más que distingue el cambio histórico, pero no es la historia. Inclusive han existido momentos en los que el derecho y el respeto a la ley se han opacado hasta casi desaparecer, como es el caso de las guerras o la vida bajo tiranías. Al derecho lo podemos ubicar en la historia y aun identificar algún momento histórico en base a su legislación, pero el cambio lo dan otros factores metajurídicos a los que el legislador se acomoda, muchas veces tardíamente. La historia del derecho constata eventualmente el rezago legal respecto de las transformaciones sociales.

3. DERECHO Y COSTUMBRE.

Hablar de costumbre nos lleva sin remedio a conceptos sobre comportamientos basados en la repetición colectiva, cuyo origen es difuso y

tienen un mayor o menor grado de *obligatoriedad*. El concepto más genérico a los mencionados es el de *hábito social*, que corresponde a conductas mecanizadas o automatizadas por repetición, a veces por inercia, de los individuos, pero también de los grupos; cuando eso se vuelve una pauta o ruta que invita a ser seguida, se originan los *usos*, que no son otra cosa que modos colectivos de conducta que no resultan mayormente obligatorios para la comunidad (el cortejo de los jóvenes, la cena de navidad), es decir ese comportamiento regular no entraña ninguna normatividad. Por el contrario, cuando un uso es considerado obligatorio para un grupo social se convierte en *costumbre*, es decir, con validez, normatividad y por lo tanto, obligatoriedad; en este rango se encuentran las costumbres del trato social, la etiqueta, modo de vestir, formas de saludo, algunas expresiones epistolares, etc. Mientras los usos no son obligatorios, no llevan aparejadas sanciones a su incumplimiento; por el contrario, las costumbres sí están provistas de sanciones: la risa, la burla, crítica, censura, apartamiento o expulsión del grupo.⁸ En este punto se podría mencionar el concepto de *tradicción*, pariente cercano de los anteriores, tal vez un poco más relacionado con cuestiones religiosas, a ritos y a ceremonias.

“La costumbre como fuente de derecho.- *La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el jus moribus constitutum.*

Francois Géný la define como un *uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo.*

Las definiciones precedentes revelan que el derecho consuetudinario posee dos características:

1º Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo; y, 2º Tales reglas transfórmanse en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley.

De acuerdo con la llamada teoría “romano-canónica”, la costumbre tiene dos elementos, subjetivo uno, objetivo el otro. *El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente*

8. Recaséns, *op. cit.*, pp. 217-219.

obligatorio y debe, por tanto, aplicarse; el segundo, en la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder. La convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica la de que el poder público pueda aplicarla, inclusive de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador. Los dos elementos del derecho consuetudinario quedan expresados en la ya citada fórmula: *inveterata consuetudi et opinio juris seu necessitatis*.

Jorge Jellinek es autor de una teoría que permite explicar la formación de la costumbre jurídica. Queremos referirnos a la doctrina de la *fuerza normativa de los hechos*, que expone en el tomo primero de su *Teoría General del Estado*. Los hechos tienen –dice el mencionado jurista– cierta fuerza normativa. Cuando un hábito social se prolonga, acaba por producir, en la conciencia de los individuos que lo practican, la creencia de que es obligatorio. De esta suerte, lo normal, lo acostumbrado, transfórmase en lo debido, y lo que en un principio fue simple uso, es visto más tarde como manifestación del respeto a un deber. O, como dice Ehrlich: *la costumbre del pasado se convierte en la norma del futuro*.

En la tesis que examinamos existe indudablemente un elemento verdadero, pues la repetición de ciertas maneras de comportamiento suele dar origen a la idea de que lo que siempre se ha hecho, debe hacerse siempre, por ser uso inveterado. El fenómeno a que alude la tesis del famoso tratadista explica el prologo: la costumbre es ley.⁹

Se ha dicho por los doctrinistas que existen dos sistemas jurídicos diferentes y aun contrapuestos: el sistema anglosajón, de derecho consuetudinario y el sistema latino, de derecho escrito. A mi modo de ver, de manera imprecisa se afirma que el derecho inglés, tiene su fuente principal en la costumbre, y el derecho latino se basa en el texto escrito de la ley. Esto tal vez haya sido cierto en algún momento de la historia del derecho; sin embargo, es conveniente puntualizar algunas cuestiones:

Efectivamente, en sistemas de derecho consuetudinario, algunas cuestiones de derecho privado están regidas, por supuesto, por la costumbre, es decir, una situación litigiosa

–desde el punto de vista del conflicto de intereses entre particulares– de acuerdo a dos criterios: a) se dilucida qué es lo acostumbrado en una determinada circunstancia; y b) para resolver una controversia se remite el juzgador a la forma en que se resolvió un conflicto anterior, o sea, al *precedente*. El juez o tribunal en un sistema como el mencionado debe ser un experto en las costumbres de su comunidad y el papel del abogado preponderantemente se encaminará a demostrar la fuerza de la costumbre en disputa. Si al presentar un caso, un litigante fundamenta su demanda en un proceso basado en hechos análogos y su respectiva resolución, el asunto camina ya positivamente a su favor. Por el contrario, a un abogado le costará un gran esfuerzo irse en contra de asuntos similares al planteado si existe un antecedente en contra del sentido de sus pretensiones.

En lo que se refiere al derecho público, en los sistemas de derecho consuetudinario, pesa enormemente el sentido de la tradición, esa variante de la costumbre referida a los ritos, a las solemnidades y a las ceremonias. Si bien existen algunas cuestiones escritas en viejos manuales de protocolo, muchos de los eventos públicos de la alta jerarquía del gobierno (principal, pero no exclusivamente, en las monarquías) se llevan a cabo simplemente porque así se han realizado anteriormente. Aquí es interesante recordar la obra *El violinista en el tejado* cuando el protagonista se pregunta sobre el origen y la fuerza de la tradición y la necesidad de respetarla aunque se desconozca su sentido. Por ejemplo, las grandes ceremonias de la monarquía inglesa se basan casi exclusivamente en la tradición, o sea, en la forma en que se verificaron antes, perdiéndose su origen en la distancia de los siglos. Se afirma que el protocolo de la ceremonia de coronación del rey (la reina Isabel II fue coronada en 1953) data de hace más de mil años. Lo curioso es que algunas tradiciones tienen un origen preciso y deliberado, como las ceremonias que implementó el primer presidente norteamericano George Washington para darle presencia y prestigio al ejecutivo de la Unión o las ceremonias creadas al fundarse el Imperio Alemán en 1871. Muchas de esas solemnidades públicas no tienen origen en el derecho escrito pero son igualmente obligatorias y tal vez más que si estuvieran en un texto formal. También es conveniente anotar que esas ceremonias protocolarias no son exclusivas de la pompa y circunstancia de las casas reales del mundo (poco más de veinte), sino que se

9. García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1970, pp. 61-62.

encuentran en prácticamente todos los gobiernos, inclusive los más austeros y republicanos. México tiene, verbigracia, la vieja tradición nacida en tiempos de Porfirio Díaz de la ceremonia del *Grito*, evento por el cual el presidente en turno vitorea a los héroes de la Independencia nacional en el balcón central de Palacio Nacional, a las once de la noche, exactamente, del 15 de septiembre de todos los años.¹⁰

Se dice que en los sistemas de derecho consuetudinario si existe conflicto entre la costumbre y el texto de la ley, prevalece lo establecido por la costumbre; por el contrario, en los sistemas de derecho escrito, en el caso de similar controversia, se estará a lo preceptuado en lo escrito formalmente.

Para dar exactitud a la dicotomía entre derecho consuetudinario con derecho escrito, podemos afirmar que ninguno de los dos sistemas es *puro*. El sistema inglés, prototipo del derecho consuetudinario, tiene infinidad de leyes escritas; su sistema parlamentario se traduce en leyes discutidas, aprobadas y publicadas (por lo tanto escritas) y que son de forzosa consulta y cumplimiento. A contrario sensu, en los sistemas de derecho escrito se observan una serie de costumbres (y tradiciones) que sin encontrarse en texto escrito alguno son igualmente de cumplimiento obligado.

Analizando los objetos culturales –similares entre sí– estudiados en este capítulo, usos, costumbres, tradiciones, que se reflejan en el ámbito del derecho como usos, costumbres y tradiciones jurídicas, vemos la vieja controversia entre el conservadurismo y el reformismo, es decir, entre no cambiar lo ya establecido porque ya ha demostrado su bondad, valor o eficacia, o cambiarlo porque ya dio de sí, se superó o se volvió obsoleto. El conservador y el reformista (o liberal, como se conoce en la política) tienen posiciones antagónicas sobre lo que debe ser lo mejor: preservar o cambiar. A las costumbres se pretende conservarlas, aunque como objetos culturales, de generación en generación se les cambia un poco, no ganando nunca en definitiva ni el conservador ni el reformista.

10. Es tan fuerte esta tradición que se dice que después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, se sugirió al entonces presidente Fox suspendiera la celebración del Grito en solidaridad con las víctimas y fue imposible hacerlo en razón de la enorme presión popular.

Las costumbres jurídicas y sus *operadores*, abogados, jueces, legisladores y doctrinistas, se consideran básicamente conservadores, o sea, defensores del *status*, del sistema político y social en que se desarrollan. En una afirmación ampliamente difundida –y no por ello correcta–, se dice que esos personajes del derecho propugnan que nada cambie, que el cuerpo de leyes intenta conservar un sistema político, económico y social tal como se encuentra. Tal vez esta aseveración es demasiado extremista, pero los jueces y abogados hacen poco por cambiar esa percepción; recordemos las togas y las pelucas en algunos países o el saco y la corbata en otros, que dan impresión a los extraños de un anacronismo insuperable; lo mismo sucede con los tribunales resolviendo asuntos en base a la costumbre jurídica, es decir, a antiguos comportamientos sociales muchas veces incomprensibles.

En homenaje a la verdad, ni el derecho ni el abogado y demás personajes de lo jurídico son de origen conservadores; lo que explica esa amplia apreciación colectiva sobre este tema es algo que ya se dijo arriba: el derecho cumple con una función de orden en la sociedad y mantener ese orden aplicando la ley (el policía, el alcalde, el juez de barandilla, el tribunal o la suprema corte) puede parecer reaccionario y ajeno al cambio. Pero, insisto, esto es solo una impresión externa; muchos de los grandes cambios sociales se han dado a la par o como consecuencia de cambios legislativos muchas veces espectaculares. Y si bien es cierto el cambio en la ley puede haber sido como consecuencia de la presión social, las modificaciones legislativas fueron indispensables para la transformación de esa sociedad. Recordemos, por ejemplo, la eliminación del *apartheid* sudafricano o la implementación de las leyes sobre los derechos civiles norteamericana.

Por lo anterior, podemos decir que la costumbre en general, como objeto cultural, convive cómodamente con la costumbre jurídica, que en mayor o menor medida existe en toda sociedad y es necesaria para que exista orden y, porqué no, un sentido de la *decencia*.

4. DERECHO Y RELIGIÓN

Religión es un sistema estructurado de creencias, moral, ritos, fe, burocracia y espiritualidad, junto con una jerarquía y

una legislación. Todo lo anterior se ubica en religiones organizadas y no en simples grupos, más o menos espontáneos, que no tienen características de las que en México se denominan *asociaciones religiosas*.

Han existido y existen probablemente miles de religiones alrededor del mundo, comenzando con las llamadas religiones agrícolas que tuvieron su origen en la necesidad de adorar a dioses relacionados con fenómenos naturales que incidían en la siembra, cultivo y cosecha de productos del campo. Asimismo, la incompreensión del hombre primitivo acerca de eventos de la naturaleza particularmente destructivos, como erupciones volcánicas, terremotos o huracanes, lo llevaba a *inventar* deidades de esos fenómenos a los que se tenía que apaciguar. Ludwig Feuerbach en su filosófico ateísmo militante afirmaba que dios no había creado a los hombres, sino los hombres a dios, por no comprender los sucesos naturales.

Pero, ¿qué es religión?

“... una religión es un sistema unificado de creencias y prácticas relativas a las cosas sagradas, es decir, a las cosas separadas y prohibidas –creencias y prácticas que unen en una sola comunidad moral llamada iglesia a todos aquellos que se adhieran a ellas”.¹¹

Por medio de la religión los seres humanos han pretendido trascenderse a sí mismos, teniendo, primeramente, una esperanza de vida más allá de lo físico, y en seguida, una esperanza de satisfacción de las necesidades terrenas gracias a la voluntad irresistible de la divinidad.

“Todas las creencias religiosas conocidas, ya sean simples o complejas, presentan una característica común: presuponen una clasificación de todas las cosas, reales o ideales, en que los hombres piensan, en dos clases o grupos opuestos, generalmente designados por dos términos claros que se traducen bien por las palabras *profano* y *sagrado* (*profane, sacré*). Esta división del mundo en dos campos, uno que contiene todo lo sagrado y el otro todo lo profano, es el rasgo distintivo del pensamiento religioso; las creencias, los mitos, los dogmas y las leyendas son representaciones o sistemas de representaciones que expresan la

naturaleza de las cosas sagradas, las virtudes y los poderes que se les atribuyen, o sus relaciones entre sí y con las cosas profanas”¹²

La religiosidad de los individuos es básicamente una cuestión de fe; no requiere de una comprobación científica que, por otro lado, no es posible ni compatible con un pensamiento espiritual o teológico. El alimento del creyente es su propia fe y la esperanza en un bienestar que difícilmente llega pero al que siempre se espera. Para quien tiene fe, existe la certeza de su creencia: en un Dios, en la vida sobrenatural, en la felicidad eterna, en la recuperación del paraíso perdido, en la salvación. Poco importa a quien tiene fe, que pudieran ser falsas las creencias, o que a los ojos de los demás lo sean: la propia certeza proporciona la fe, la propia fe proporciona la certeza.

No es objeto central de este trabajo el afirmar o negar que Dios exista,¹³ sino establecer la relación de las religiones principales (religiones *madre*) o el fenómeno religioso con el derecho, ambas expresiones culturales. Para ello, necesitamos diferenciar la naturaleza de la religión de la del derecho.

Primero, ¿en qué se parecen religión y derecho?

-Ambos son fenómenos culturales. Son producto de la evolución intelectual y social del hombre.

-Ambos son cuerpos normativos. Establecen reglas de comportamiento obligatorio con graves sanciones por su incumplimiento (el infierno en la religión y la sanción económica o la cárcel en el derecho).

-Ambos cuerpos normativos son heterónomos. O sea, existe una entidad encargada de vigilar el cumplimiento de esas normas y de sancionar su incumplimiento (el Estado y la Iglesia, respectivamente).

-Ambos poseen un alto contenido de costumbres y tradiciones. Mucho de lo que se hace

12. *Ibíd*em, p. 37.

13. *Teólogos de diversos tiempos han profundizado en demostrar la existencia de Dios. Ver por ejemplo, Tomás de Aquino, Suma teológica (selección). Colección Austral, Espasa-Calpe Mexicana, México, 1996, pp. 37-56.*

11. Durkheim, Emile, *Sociología de la religión. Selección de Rolan Robertson, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 81.*

en los ritos religiosos o en instituciones públicas o tribunales obedece a la repetición en el tiempo.

-Ambos cuerpos normativos poseen una formalidad escrita a la que el súbdito o feligrés puede remitirse (la Constitución y las leyes en el derecho y la Biblia en el judaísmo, el Corán en el islamismo o el Bhagavad Gita en el hinduismo).

¿Y en qué se diferencian?

-Básicamente en la interioridad de la religión y la exterioridad del derecho. O sea, el comportamiento religioso tiene un alto sentido de convicción en la realización de un acto, por el contrario, el comportamiento jurídico no requiere de convencimiento alguno, el respeto al precepto es lo más importante, sin interesar el pensamiento íntimo del sujeto. En este punto coinciden religión y moral, como se verá adelante, llegándose a extremos de considerar a la *intención* de la conducta como el aspecto principal del comportamiento entero.¹⁴

-La amplitud de la religión y la limitación del derecho. La religión, a más de ser un código de conducta moral, se traduce en una serie de convicciones personales relativas a la fe, al culto y a creencias concretas. El derecho se circunscribe a ser un conjunto de normas a acatar para una convivencia social armónica.

-Lo trascendente de la religión y lo mundano del derecho. Aparte de lo mencionado anteriormente, la religión tiene un alto sentido de lo trascendental, es decir, filosófico, explicando el origen y fin de todas las cosas, entre otras, la vida futura después de la muerte. Por el contrario, el derecho, a pesar de sus objetivos dirigidos hacia el bien común, sus propósitos son pasajeros y su sentido filosófico más estrecho.

-El *origen divino* de las normas religiosas y el origen humano de las normas jurídicas. Las religiones principales del mundo afirman que las conductas exigidas por la divinidad fueron normadas por ella misma y los seres humanos solo deben obedecerlas: los diez mandamientos

de Moisés, las disposiciones del Corán y el código moral del hinduismo. Por el contrario, el derecho es un producto humano.¹⁵

-Lo *eterno* de la ley divina y lo pasajero de la ley humana. El orden social impuesto por Dios es perfecto, eterno e inmutable. El orden jurídico humano es imperfecto, temporal y cambiante.

-El garante de la ley divina es Dios, el garante de la ley humana es el Estado. El cumplimiento de las normas religiosas lo vigilan los representantes divinos en la tierra (iglesia, cofradía); el cumplimiento de las normas jurídicas lo vigilan las autoridades estatales.

¿Qué relación guarda entonces el derecho con la religión? Si consideramos la enorme influencia cristiano-religiosa en el desarrollo del mundo medieval europeo y la influencia musulmana en la cultura del medio oriente, no podemos dejar de ver una estrecha relación, aunque el mundo laico actual lo niegue. Una gran cantidad de valores religiosos se traducen en valores jurídicos y en momentos es difícil su diferenciación.

En cierto momento histórico fue tal el predominio del derecho religioso sobre el actuar de las personas que se pensaba que era una reglamentación exclusiva, prescindiendo de la secular.

"El derecho canónico comparte con otros ordenamientos teocráticos la pretensión, en principio ilimitada, de controlar materialmente la totalidad de la conducta de la vida; pero tal pretensión tuvo en Occidente efectos relativamente inocuos sobre la técnica jurídica, pues el derecho canónico contaba con la concurrencia de un derecho profano como el derecho romano, que había alcanzado una perfección formal extraordinaria y había sido consagrado por su continuidad histórica como un derecho universal: la misma Iglesia antigua había considerado al Imperio romano y a su derecho como destinados a perdurar hasta el fin de los tiempos"¹⁶

14. "Ni en el mundo ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo buena voluntad". Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ed. Calpe, Madrid, 1921, p. 21.

15. Para Tomás de Aquino, inclusive la ley humana era una consecuencia de la voluntad de Dios, al ser los gobernantes legisladores mandatarios del Creador para mantener un orden social consecuente con un orden natural universal.

16. Weber, Max, *Economía e sociedad III: Sociología del derecho*, Edizioni di Comunità, Milán, 1995, p. 151.

“En el curso de su larga historia, la doctrina canónica ha interpretado más de una vez la distinción entre los dos órdenes, reduciendo prácticamente al mínimo su alcance, pues se afirmaba una casi completa subordinación del Estado a la Iglesia, y por tanto del derecho secular al derecho canónico. Pero estos intentos no pudieron sobrevivir a las transformaciones de las relaciones de fuerza entre ambas instituciones a partir de los inicios de la época moderna; los canonistas tuvieron que abandonar entonces las teorías teocráticas medievales y elaborar nuevas doctrinas que tuvieran en cuenta el grado de autonomía ya adquirido por los estados nacionales”¹⁷

Veamos en seguida alguna relación concreta de la religión con ramas del derecho en especial.

La religión y el derecho constitucional. Para algunos teólogos Dios es el origen del gobierno de los hombres, así lo afirmaron los monarcas absolutos de la época moderna, los autócratas rusos, los emperadores chino y japonés y los gobiernos fundamentalistas musulmanes de la actualidad, como los ayatolas iraníes y los talibanes afganos. Para los cristianos la ley humana y los gobernantes existían como manifestación de la voluntad de Dios, para poner orden en la sociedad como reflejo del orden natural y el orden eterno (*Por mí reinan los reyes, y los legisladores decretan lo justo: Libro de los Proverbios, cap. 8, v. 15*). Las obras de Agustín de Hipona y Tomás de Aquino que establecían como potestad divina la organización política de los hombres, justificaron siglos después el absolutismo de los monarcas.

Por otro lado, si bien es cierto que la iglesia cristiana medieval tomó del imperio romano su estructura y legislación para conformar su propia organización, también es verdad que ella influyó la creación y desarrollo de los estados-nación que surgieron a finales de la edad media; aun más, la legitimidad de los reyes únicamente existía si el papa coronaba o daba su bendición al emperador, al rey o cualquier príncipe gobernante. Toda institución jurídica o política en el Medievo y después inclusive partía de una legalidad canónica personificada en el papado y el episcopado; gobernar sin bendición divina convertía al señor en ilegítimo de origen. Mucho tiempo más tarde de perder su poder terrenal, la iglesia católica ha

seguido siendo inspiración y guía de gobiernos y legislaciones, de políticos y juristas, y ha encabezado campañas mediáticas –muchas veces fracasadas– en contra de la legalización del divorcio, el aborto, los métodos anticonceptivos, los matrimonios mixtos y la eutanasia. No es desconocida, por otra parte, la influencia ideológica y práctica de la iglesia en los partidos denominados *democracia cristiana*, de clara orientación religiosa y que han tenido relativo éxito en algunos países como Alemania, Italia y Chile. El papa católico se abroga el derecho de opinar en cuestiones internas de los países y en cuestiones internacionales y ha criticado duramente algunos regímenes, como el comunista.

Es curioso anotar aquí el papel de la religión en Estados Unidos, en donde habiendo una formal separación entre las iglesias y el Estado, que se contiene incluso a nivel constitucional, en el discurso político habitual se encuentran constantes alusiones a Dios, a Cristo, a la religión y sus valores, y a cuestiones de fe; la religiosidad o la falta de ella se puede convertir en una cuestión de éxito o fracaso para un político; la juramentación de un cargo, como ya se dijo, se hace ante la Biblia y, por lógica, el incumplimiento de una responsabilidad pública se considerará como un pecado.

En el caso de los países islámicos, declarados formalmente como tales, es decir, que sus instituciones y leyes provienen del espíritu del Corán, niegan por completo la existencia de un derecho secular; desapareciendo cualquier manifestación jurídica no religiosa.

“... todas las leyes y reglamentos civiles, penales, empresariales, económicos, administrativos, culturales, militares y políticos, así como cualquier otra ley y reglamento, deberían fundarse en las normas del islam. Este principio ha de aplicarse en general y sin distinciones a todos los artículos de la Constitución y a todas las demás leyes y reglamentos...” (art. 4º de la Constitución de Irán).

Es casi unánime la opinión sobre la pertinencia de la separación entre el Estado y las iglesias. Como vimos antes, gran parte del éxito en la convivencia social en Estados Unidos se debe a la sana relación entre las autoridades y la jerarquía de las diversas religiones que coexisten pacíficamente en el país. Pero no siempre fue así;

17. Ferrari, Silvio, *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, cristianismo e islam*, Ed. Herder, Barcelona, 2004, p. 295.

inclusive hubo partidarios de la absorción del Estado por la iglesia.¹⁸

La religión y el derecho internacional. Uno de los puntos fuertes de la iglesia católica es lo relativo a su papel en la política internacional. Es conocida la posición de Francisco Vitoria y Francisco Suárez en el nacimiento del derecho internacional, conocido como derecho de gentes, asimismo, la enorme influencia de la escuela diplomática vaticana conocida como la *romanità*. Independientemente de cierta posición anti modernista de los papas Píos¹⁹ en el siglo pasado, los romano-pontífices han tenido una posición vanguardista en el ámbito internacional, con sus frecuentes llamados a la paz, sus arbitrajes y buenos oficios en conflictos entre naciones y, sobre todo en el apoyo a organizaciones y proyectos de legislación internacional.

Otras religiones no tienen una función tan activa en la política y el derecho internacionales. Individualmente algún jerarca o ministro notable de algún culto tiene una posición protagónica en las relaciones internacionales, pero son escasos. Sobresalen más los que por razones religiosas violan el derecho internacional, como algunos fundamentalistas islámicos. Ser capaces de realizar las acciones más bárbaras en nombre de la divinidad es una de las más atroces manipulaciones que se pueda hacer de la religión.

18. "Parto del principio de que, tomados separadamente los elementos esenciales de la Iglesia y el Estado, se crea una confusión que quizá sea eterna, ya que resulta imposible la conciliación de estas fuerzas, a cuyo acuerdo jamás podrá dársele una existencia formal, ya que descansaría sobre una mentira. Un compromiso entre la Iglesia y el Estado en cuestiones como la de la justicia, por ejemplo, es, en mi opinión, sencillamente imposible. El eclesiástico al que yo replico sostiene que la Iglesia ocupa dentro del Estado un puesto preciso y bien definido. Le he objetado que la Iglesia, por el contrario, lejos de ocupar solamente un rincón dentro del Estado, debía absorber al Estado por entero, y que si esto actualmente es imposible, debería ser, por definición, la finalidad directa y principal de todo ulterior desarrollo de la sociedad cristiana".
Dostoievski, Fedor M., *Los hermanos Karamazov*, Ed. Porrúa, México, 1973, p.39

19. Hay que recordar el muy controvertido papel de Pío XII antes y durante la segunda guerra mundial, duramente criticado por su falta de energía para condenar el régimen nazi y su política antisemita, que le ha ganado el desprestigio de ser identificado como simpatizante de los alemanes y de condonar con su silencio el exterminio en los campos de concentración. Últimamente la iglesia ha tenido una especie de campaña de reivindicación del papa Pacelli que, sin embargo, sigue siendo rechazado sobre todo por la comunidad judía internacional y el Estado de Israel.

Religión y derecho civil. En el mundo occidental, gran parte de las disposiciones religiosas relativas a los laicos se dirigen a cuestiones de derecho familiar: matrimonio, nulidad matrimonial; asimismo, esas cuestiones se estudian y resuelven en tribunales eclesiásticos, cuya competencia no rebasa el ámbito puramente religioso. Todo lo contrario sucede en el mundo islámico (reitero, en naciones definidas así desde el punto de vista jurídico y político), donde los jueces son expertos en el Corán y conocen de asuntos en base a sus preceptos, con ventaja para el varón en perjuicio de la mujer.

Como se mencionó, existen temas que contraponen a la religión con iniciativas y leyes del mundo secular. Divorcio, aborto, eutanasia, matrimonios mixtos, enfrentan a las jerarquías eclesiásticas con las autoridades estatales y muestran posiciones irreconciliables entre ambas. Por un lado, las iglesias formales y líderes religiosos donde no existe una estructura organizada como iglesia (islamismo y judaísmo), afirman ser depositarios de valores eternos que contrastan con posiciones coyunturales o modernistas de políticos que afirman ir acorde con los tiempos. Con argumentos firmes y apoyos científicos en sus respectivas posiciones, iglesias y gobierno afirman, por ejemplo, que el aborto es un homicidio agravado, por un lado, o por el otro, que la interrupción del embarazo no mata a un ser humano sino a una forma de vida pre humana.

En occidente y en cierto momento de la historia matrimonio y divorcio fueron instituciones a cargo de la iglesia cristiana, dándose el primero como un sacramento de origen divino y el segundo como un trámite de excepción por causas graves.²⁰ A pesar de la legalización secular del divorcio y otros temas controvertidos, las iglesias sostienen su posición tradicional en batallas en que aparentemente han sido derrotadas.

Religión y derecho penal. En las naciones islámicas los delitos se castigan de conformidad a lo preceptuado en su libro sagrado que es particularmente severo con los delincuentes, habiendo una gran cantidad de ilícitos con pena de muerte y otras sanciones que podemos

20. Recordemos el caso de la solicitud de divorcio que hizo Enrique VIII de Inglaterra al papa de Roma para disolver su matrimonio con Catalina de Aragón y poderse casar con Ana Bolena, solicitud negada por el pontífice y que provocó el cisma de la iglesia anglicana de la romana.

considerar bárbaras como las mutilaciones y otras penas corporales. En occidente, la religión ha sido inspiración y medida del derecho penal, como una herencia de la edad media; conforme avanzó el laicismo, el derecho penal era el referente comparativo de los valores, principios y normas religiosos, que coincidían en los grandes de ellos, como en el *no matarás*, pero con grandes divergencias en otros, como el aborto y la eutanasia. Un gran motivo de disputa entre ambos bloques normativos lo constituye, aun hoy día, la pena de muerte, a la que las iglesias cristianas se oponen por su defensa irrestricta a la vida. Este tema, como otros similares ya mencionados, puede tener argumentos valederos a favor y en contra, pero es notable la posición irreductible del cristianismo (o más concretamente de la iglesia católica) en su defensa de la vida como valor irrenunciable. En el mundo musulmán, a su vez, su flexibilidad aparente con la pena de muerte se basa, paradójicamente, en una irreductible posición moral respecto de ciertas conductas delictivas cuyo sujeto activo debe ser severamente castigado; en una visión islámica, resultaría peor perdonar que castigar al delincuente.

Religión y derechos humanos. Quien tiene impresión de una iglesia inquisitiva, medieval, concluirá rápidamente que como institución ha sido una de las máximas violadoras de los derechos fundamentales de la historia. Sin embargo, para hacer justicia, tendríamos que separar entre el contenido filosófico y ético de la religión y el papel jugado por las instituciones eclesiásticas organizadas y algunos de sus miembros.

Aun a riesgo de ser muy esquemático, se puede afirmar que el derecho natural y ciertos valores ético-religiosos coinciden en cierto momento de la historia. El derecho natural tiene su origen en una visión filosófica de derechos innatos en el ser humano que se poseen por el simple hecho de serlo: esta perspectiva puede chocar con la de los defensores del derecho positivo (es decir, del que nace como consecuencia de la actividad legislativa del Estado), porque pueden hacer legales algunas disposiciones que ataquen esos derechos congénitos de los humanos, como la pena de muerte, las penas corporales, etc.

“La doctrina del Derecho natural se caracteriza por el dualismo fundamental entre Derecho positivo y Derecho natural. Por encima del Derecho positivo

imperfecto creado por el hombre, existe un Derecho natural perfecto (absolutamente justo) establecido por una autoridad divina. Por tanto, el Derecho positivo queda justificado y es válido sólo en la medida en que corresponde al Derecho natural.”²¹

El derecho natural, entonces, se ha identificado desde siempre con los grandes valores de los hombres, que lo hizo coincidir con los valores del derecho religioso provenientes de el alto contenido moral de las grandes religiones, principalmente, el judaísmo, el cristianismo, el islamismo y el hinduismo.

La transformación del derecho natural, llamémosle secular, desembocó de manera espectacular en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dando origen a lo que los especialistas denominan derechos humanos de primera generación, o sea, los derechos civiles y políticos: libertad de expresión, religiosa, de tránsito, de asociación política, etc. En la legislación mexicana a esto derechos se les denominaron garantías individuales, hasta la modificación constitucional de 2011. Una segunda generación de esos derechos humanos se refiere a los derechos sociales, de asociación sindical, huelga, etc. La tercera (pero no la última) generación de derechos humanos se refiere a los derechos de las naciones, como la independencia, la soberanía, la autodeterminación de los pueblos y otros.

Es en lo anterior en donde coinciden los valores religiosos de las grandes religiones. Prescindiendo de la inquisición católica y los fundamentalismos islámico y judío, el contenido ético profundo de esos cultos concuerda con la defensa de los derechos humanos moderna. En un análisis frío, la religión puede ser opresión, pero puede ser, aun más, liberación (*la verdad os hará libres*).²² Propugnar por defender los máximos valores del ser humano, vida, libertad, propiedad, seguridad jurídica, son metas de las religiones pero también de los organismos de defensa de los derechos humanos. La coincidencia es evidente; nada más hay que ver el apoyo de las iglesias, y

21. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, p. 70.

22. *Donde está el Espíritu del Señor, allí está la libertad: 2 Cor 3, 17. Para la libertad Cristo nos ha liberado; manteneos, pues, firmes y no os dejéis oprimir nuevamente bajo el yugo de la esclavitud: Gál 5, 1.*

concretamente de la iglesia católica, en los foros de derechos humanos.

“La libertad es para la Iglesia a un tiempo don y tarea. La Iglesia puede y debe ser a todos los niveles una *comunidad de hombres libres*. Si quiere servir a la causa de Jesús, nunca puede ser una institución de poder o una Santa Inquisición. Sus miembros han de estar liberados para la libertad: liberados de la esclavitud a la letra de la Ley, del peso de la culpa, del miedo a la muerte, liberados para la vida, para el sentido de la vida, el servicio y el amor. Hombres que no tienen que estar sometidos más que a Dios, y no a poderes anónimos ni a otros hombres.”²³

En conclusión, religión y derecho, como manifestaciones de la cultura, poseen entre sí puntos de unión; la religión, teniendo un campo más amplio de acción (ritos, liturgia), incide con el derecho en ser un conjunto de normas, principios y valores que regulan la vida social; la diferencia primordial entre ambos cuerpos normativos radica en la interioridad de la conducta religiosa, o sea, el convencimiento que debe tener el sujeto en la realización del comportamiento, y la exterioridad del comportamiento jurídico, consistente en el valor único de la conducta visible de quien la realiza.

5. DERECHO Y POLÍTICA.

Dice el principio de legalidad en la doctrina jurídica, que el funcionario público solo puede realizar aquello que está expresamente permitido por la ley; sin embargo, muchos de esos funcionarios o servidores públicos son políticos profesionales cuya actividad pública es siempre política, por lo que sería imposible regular legalmente todo su actuar.

Tal vez sería conveniente aclarar las acepciones que puede tener la palabra *política* para poder discernir el sentido de cualquier forma en que se utilice. Primeramente, política es la actividad por la cual los seres humanos se organizan para una mejor convivencia, desde la elemental organización del hombre de las cavernas hasta la mega organización del Estado actual; todas las actuaciones que se realizan –por los individuos o por los grupos– con el propósito de vivir en comunidad es política; diría Aristóteles

que política es el arte de gobernar. Pero también se le llama política a la disciplina o ciencia que se encarga de estudiar la actividad del hombre para gobernarse.

“...surgen dos ramas de la Política: la *política teórica*, cuyo objeto es lograr el conocimiento del fenómeno político, explicándolo en todos sus aspectos, la *política práctica*, que se refiere a la actividad misma de los hombres que integran las comunidades políticas y promueven su funcionamiento.

La política teórica se denomina también *ciencia política* o *teoría política*, pues su finalidad es proporcionar una explicación científica del fenómeno político, analizando sus elementos e investigando sus causas y su fundamentación ética, equivale también... a la Teoría del Estado.

La política práctica puede considerarse como un arte: el arte del gobierno o arte político desarrollado por gobernantes y gobernados en sus respectivas esferas, con miras a promover la actividad política.”²⁴

Existe también, no se puede negar, la connotación peyorativa de *política*, como actividad subrepticia de actos innombrables, *tenebra*, *intriga*, *golpes bajos*, *hipocresía*, una acción humana despectiva, digna del total desprecio de personas honorables. Sin embargo, dejaremos para efectos del presente estudio a la política como la actividad que se realiza con motivo de la función pública.

La política será, como la costumbre, la religión y el derecho, una actividad cultural, es decir, nacida de la convivencia de los hombres a través del tiempo y en lugares determinados, y que tiene, como todos los objetos culturales, una función específica en la maraña cultural cuya finalidad es la armonía social. Mediante la política –en su máximo nivel– los seres humanos buscan obtener o retener la autoridad del Estado u órganos estatales a fin de llevar a cabo su proyecto de gobierno, cualquiera que éste sea, en la búsqueda del bien público temporal. No ha habido hombre de Estado o grupo político que no haya buscado, a su modo, el bien común, y que no haya defendido su postura ante sus adversarios afirmando poseer la razón y tener en sus manos la llave de la

23. Kung, Hans, *Ser Cristiano*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 514.

24. Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, Ed. Porrúa, México, 2004, p. 30.

felicidad colectiva. César, Atila, Napoleón o Hitler, los cruzados, los conquistadores, los fascistas o los comunistas decían buscar el bienestar de sus pueblos, aunque muchas veces el resultado final fue exactamente el contrario.

En la actualidad la actividad política está directamente encaminada al aparato estatal moderno, un monstruo de mil cabezas, incomprensible, omnipresente, aplastante, pero poderoso, lucrativo y exitoso para quien se encuentra a su cabeza (o no tanto). El atractivo del poder político actual se encuentra ligado a los privilegios personales que de él emanan para quien logra escalar en el sinuoso camino de la política (en donde todos los amigos son falsos y todos los enemigos son verdaderos). La vida política en muchos lugares (casi todos) implica una lucha sin cuartel para lograr y mantener las metas, dejando muy lejos aquella visión aristotélica de gobernar como un arte.

Pese a lo anterior y quizá pecando de optimista, existe en realidad la vocación de servicio público, aunque resulte difícil distinguir la sinceridad del político al respecto; Estado, política y políticos son inevitables en el mundo de hoy.²⁵ Independientemente de la aprobación o desaprobación popular respecto de la actividad política, ésta existe y es inevitable.

¿Qué relación guardan derecho y política? El actuar de un político en su faceta de servidor o funcionario público se encuentra coartada o limitada por las facultades que le da la ley en esa actuación (principio de legalidad); por supuesto, damos por descontada una formación ética total en el político, pues sin esto ninguna legislación puede obligar a nadie a bien portarse. El derecho, entonces, es la guía normativa del político en las diversas actividades públicas que desarrolla.

La política y el derecho constitucional. A esta rama del derecho se le llega a denominar también *derecho político*, por la íntima relación que guarda con el actuar gubernamental. El

derecho constitucional es un conjunto de normas que establecen la creación de un Estado, las facultades de sus órganos y los derechos mínimos de los gobernados. Existen formas de Estado, que doctrinariamente son centralizado y federal, y formas de gobierno que son monarquía y república. Veamos brevemente cada una de ellas.

El Estado centralizado es aquél en que la totalidad o la mayor parte de la administración pública se encuentra focalizada en un solo lugar. Esta forma de Estado cabe para naciones viejas, como Francia, o naciones pequeñas, como Costa Rica. Los Estados grandes tienen, para una mejor administración, el sistema federal, que fragmenta al territorio en gobiernos descentralizados y quita el peso al centro político de la nación.²⁶

Las formas de gobierno tradicional son la monarquía y la república, las que se contraponen y se comprenden solo en esa contraposición. La monarquía es el gobierno de un solo hombre (o mujer) que detenta la titularidad del Estado, casi siempre en forma vitalicia y tradicionalmente como gobernante único. La monarquía surge en la edad media (aunque podemos encontrar reyes en la Roma antigua y en el Israel bíblico), cuando un señor feudal, por alianza militar, por matrimonios convenidos o por conquista, se impone a otros señores y se le denomina rey o monarca. Mucho tiempo después del feudalismo que le dio origen, la monarquía se convirtió en la forma de gobierno más común (sobre todo en Europa, aunque encontramos formas *sui generis* de monarcas en Asia, en Japón y China, por ejemplo). La personalidad de algunos reyes y la necesidad de unión nacional dieron origen a la monarquía *absoluta*, principalmente en Francia, que con una fuerte carga religiosa justificaban el gobierno sin equilibrios ni contrapesos. Sin embargo, el cambio en los tiempos hizo que en algunos países surgiera la llamada monarquía *constitucional*, que no es otra cosa que un rey acotado en sus facultades por un marco jurídico que lo deja actuar únicamente en lo específicamente permitido. Las monarquías constitucionales actuales poco parecido tienen con sus ancestros absolutistas y tienen una

25. Karl Marx afirmaba que el Estado era una institución superestructural producto de la sociedad de clases, es decir, era un instrumento de explotación de la clase social dominante y condenada a desaparecer en el momento de la inevitable revolución que terminaría con la explotación, las clases sociales y, por lo tanto, con el Estado mismo. Qué diría Marx en la actualidad con los monumentales aparatos estatales y sus millones de burócratas y que no nada más no tienden a desaparecer sino a crecer exponencialmente.

26. El sistema federal como lo conocemos nació en Estados Unidos, cuando las originarias trece colonias inglesas obtuvieron su independencia y encontraron en la Unión la manera de ser un Estado nacional formado de entidades federativas con relativa independencia. Actualmente todas las naciones grandes se manejan como federaciones: Rusia, Canadá y México son un ejemplo.

función meramente protocolaria como símbolos de la tradición y de la unión nacionales.

La *república* a su vez es una forma de gobierno que recae en un jefe de Estado o de gobierno que detenta esa jefatura en forma temporal y compartiendo las responsabilidades gubernamentales con otros funcionarios igualmente temporales en los cargos. Ya en la antigüedad vemos en Roma y Grecia un sistema republicano relativamente democrático y en permanente pugna con tendencias monárquicas o dictatoriales. En forma esquemática se identifica a la monarquía con la tiranía y a la república con la democracia y esto no es totalmente cierto: las monarquías constitucionales son dechado de democracia muchas veces (v. gr. Gran Bretaña) y hay repúblicas que son auténticas dictaduras (v. gr. China). El sistema monárquico evidentemente se encuentra en retirada; la gran mayoría de los Estados en el mundo son repúblicas.

Otra parte del derecho constitucional o derecho político es lo relativo a las facultades de los órganos estatales, que lo hace tener una gran relación con el derecho *administrativo*, al regularse derechos y obligaciones de las dependencias públicas y de los funcionarios. Entre otras cosas, se establece constitucionalmente la división de poderes.

Desde Aristóteles, pero sobre todo, a partir de Montesquieu, se ha establecido que hay que fragmentar el ejercicio de la autoridad estatal para evitar la tiranía al concentrarse el poder en unas manos.

“En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil... En virtud del primero, el príncipe o jefe de Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre los particulares. Se le llama a este último poder judicial y al otro poder ejecutivo del Estado”.²⁷

27. Montesquieu, *Del Espíritu del las Leyes*, Ed. Porrúa, México, 2016, p. 104.

Este sistema de división de poderes en tres fue adaptado casi literalmente a la creación de los Estados Unidos de acuerdo a su Constitución de 1788. Este país se caracteriza por un ejecutivo fuerte, pero limitado por un poder judicial y un legislativo independientes. El ejecutivo recae en un solo individuo que es el presidente, cuya principal función es encargarse de la administración pública, las relaciones exteriores y el comando de las fuerzas armadas; el poder judicial recae en los tribunales federales encabezados por la suprema corte y su función es la impartición de justicia y limitar mediante fallos los excesos de los otros poderes; el poder legislativo, a su vez, está compuesto por dos cuerpos colegiados, la cámara y el senado, el primero representante de la población y el segundo del territorio (dos senadores por Estado), y su función primordial es la elaboración de leyes que rijan en todo el país.

La mayor parte de las naciones americanas han imitado al sistema norteamericano de división de poderes en tres; sin embargo, aun existiendo separación de funciones, en la mayor parte de países del mundo la división de poderes es en dos, por un lado, el ejecutivo y legislativo juntos, y por otro, el judicial como barrera de contención del anterior. Así, encontramos básicamente dos sistemas: el presidencialista estilo norteamericano, con un ejecutivo fuerte que es al mismo tiempo jefe de Estado y jefe de gobierno, con los otros dos poderes de contraste, y el parlamentario estilo inglés, con un legislativo y un ejecutivo fusionados, cuyo jefe de Estado es simbólico (rey o presidente) y donde el jefe de gobierno es el primer ministro (o canciller o presidente del gobierno) y el equilibrio de poderes lo da un poder judicial autónomo.

“**La doctrina de la división de poderes.** Aun cuando desde Aristóteles aparecen antecedentes sobre las diversas funciones que corresponden a los órganos del poder público y otros autores posteriores también lo han destacado, no fue sino a partir de su formulación por el ilustre Carlos de Secondat, barón de Montesquieu –quien, a su vez, se había inspirado fundamentalmente en Locke– cuando la doctrina de la *división de poderes* se difundió y adquirió el carácter de un auténtico dogma constitucional... Previamente, en su misma célebre obra *El espíritu de las leyes*, Montesquieu puntualizaba la ideología que lo animaba: *La libertad política sólo reside en los gobiernos moderados y, aun en ellos, no siempre se*

*encuentra. La libertad política sólo existe cuando no se abusa del poder, pero la experiencia nos muestra constantemente que todo hombre investido de autoridad abusa de ella... Para impedir este abuso, es necesario que, por la naturaleza misma de las cosas, el poder limite al poder... Cuando los poderes Legislativo y Ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo no puede haber libertad... Asimismo, no hay libertad si el Poder Judicial no se encuentra separado del Legislativo y Ejecutivo... Todo se habría perdido si el mismo hombre o el mismo organismo, ya sea de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes; el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar las causas y pleitos entre particulares... Así pues, lo que en realidad significa la así llamada división de poderes no es más que el reconocimiento de que, por una parte, el Estado tiene que cumplir determinadas funciones –el problema técnico de la división de trabajo- y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la división de poderes”.*²⁸

De todo lo anterior, podemos decir que México es una república federal, presidencialista, con tres poderes formales en donde se dan los *pesos* y *contrapesos* de que hablaba Montesquieu. *El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial... No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar (art. 49 de la Constitución Federal Mexicana).*

6. DERECHO Y LIBERTAD.

Si por libertad vamos a entender la capacidad del ser humano de realizar todo tipo de conductas sin más limitaciones que el derecho de los demás de hacer lo mismo, se verá, por lo tanto, que *el límite a la libertad es el derecho*. El problema aquí es la conceptualización de la libertad. De libertad habla la política, la religión, la moral y el derecho,

28. Orozco Enríquez, J. Jesús, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, t. II, pp. 182-183.

pero para cada manifestación cultural ese término será diferente.²⁹

En política se considerará libertad la capacidad del ciudadano de expresarse y comportarse sin cortapisas en el terreno político, es decir, en actividades que tengan como finalidad obtener o conservar el poder del Estado. La búsqueda de la libertad política consiste en tener la capacidad de organizar partidos políticos, elecciones, propaganda y demás actividades relacionadas con el tema. Otras manifestaciones de *libertad* estarán fuera de esta perspectiva.

Como ya se vio, religión y libertad pueden estar unidos si se considera que la religiosidad o la fe pueden liberar al oprimido, por lo menos como se afirma en las religiones mayores del mundo. Pero también es indiscutible el papel de quienes en nombre de la religión privaron de su libertad, de sus bienes o inclusive de su vida a otros en defensa de la fe. En la actualidad es interesante observar un fenómeno libertario surgido de la religión, la *teología de la liberación*, que intenta reivindicaciones sociales basadas en la palabra evangélica, en una opción preferencial por los pobres. Es conveniente hacer notar que la jerarquía eclesiástica reprueba esta posición político-religiosa y ha neutralizado a sus principales exponentes.

En el arte y otras manifestaciones culturales, la *libertad* ha sido tema central de obras artísticas, muchas de ellas de inflamada exaltación; literatura, música, poesía, teatro, directa o indirectamente, buscan enaltecer el máximo valor humano de la libertad y la necesidad de sacrificio para obtenerla o conservarla. En nombre de la

29. Erich Fromm tiene un estudio interesante sobre la libertad: *El miedo a la libertad* (Ed. Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993) en donde analiza a la libertad como una conquista del desarrollo humano y su ocasional renuncia a la misma por factores eminentemente psicológicos, dando lugar a la aceptación voluntaria de las dictaduras:

"la libertad posee un doble significado para el hombre moderno: éste se ha liberado de las autoridades tradicionales y ha llegado a ser un individuo; pero, al mismo tiempo, se ha vuelto aislado e impotente, tornándose el instrumento de propósitos que no le pertenecen, extrañándose de sí mismo y de los demás. Se ha afirmado además que tal estado socava su yo, lo debilita y asusta, al tiempo que lo dispone a aceptar la sumisión a nuevas especies de vínculos. La libertad positiva, por otra parte, se identifica con la realización plena de las potencialidades del individuo, así como con su capacidad para vivir activa y espontáneamente. La libertad ha alcanzado un punto crítico en el que, impulsada por la lógica de su dinamismo, amenaza transmutarse en su opuesto".
Op. cit., p.257.

libertad se hizo la independencia norteamericana, la Revolución francesa y la liberación de las colonias americanas de España y las loas cantadas a los *libertadores* se han repetido por más de doscientos años.

Podemos decir que en cierta parte de la historia independencia, constitución, legislación, etc., fueron hechas con el fin de conseguir la ansiada libertad, muchas veces sin una verdadera definición de lo que era. En la añoranza por la libertad se idealizaba al extremo de considerar que con su consecución la felicidad personal y colectiva se realizaría y la humanidad habría conseguido su culminación. Cuando se estaba al borde de la independencia (del imperio, del tirano), la obsesión por la libertad rayaba en la locura, y su sola mención podía mover pueblos y naciones.

“Defenderemos estas verdades, evidentes por sí mismas: que todos los hombres han sido creados iguales, que están dotados por el Creador de ciertos Derechos inalienables, que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad...”³⁰

¡Deplorable sin duda es la constitución humana a vista de lo que por ella pasa! Nada más innato al hombre que el deseo de su libertad: pero ninguna cosa le es más inaccesible. Por ella sacrifica su quietud, su reposo, su existencia misma y después de tan caro precio muchas veces se encuentra burlado. La sangre se ha vertido a torrentes sobre las aras de esta deidad; mas no por eso han conseguido poseerla tantas naciones desgraciadas que en último resultado transigieron con sus déspotas.³¹

Ya en la época independiente el concepto de libertad adquirió carta de naturalización en los proyectos y textos constitucionales y legales, abusándose tal vez en las menciones que se hacía de ella, pero siempre ratificándose su vigencia quizá como contraste con una realidad en donde la auténtica libertad se encontraba todavía muy lejana.

“Nos el pueblo de los Estados Unidos Mexicanos, usando del derecho que incontestablemente nos

corresponde para afianzar nuestra independencia de España y de cualquier otra potencia, y asegurar para nosotros y nuestra posteridad los inapreciables bienes de la libertad, propiedad, seguridad e igualdad, acordamos y establecemos la siguiente Constitución federal”.³²

“La nación mexicana es para siempre libre e independiente del gobierno español y de cualquiera otra potencia”.³³

El concepto de libertad se amplió en constituciones y leyes subsecuentes; no nada más era libre México como país, sino que esa libertad pasó a los individuos con el nombre de *garantías* o *derechos del hombre* y más recientemente con los *derechos humanos* y tenían que ver con situaciones libertarias de un gobernado frente a los gobernantes y como eco lejano del derecho natural y los derechos del hombre franceses. Constituciones federalistas o centralistas, liberales o conservadoras, elevaron al máximo rango constitucional derechos particulares oponibles a la autoridad, tales como la libertad de expresión y de imprenta, de tránsito o de trabajo, enlazando la libertad de la nación frente a *potencias* extranjeras y el derecho de los gobernados frente al Estado.

La libertad, jurídicamente respaldada, se encuentra en rango constitucional en los llamados *derechos humanos de libertad*. En su clasificación tradicional, los derechos humanos constitucionales se dividen en: igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica. El derecho humano a la vida no se contempla ni constitucional ni académicamente en virtud de haber desaparecido la pena de muerte de un número importante de naciones e igualmente en México. Por lo tanto, si el Estado pretendiera privar *legalmente* de la vida a un particular, sería, evidentemente una situación de *abuso* en el ejercicio del poder.

Los derechos humanos de igualdad se refieren a derechos largamente añorados de querer prescindir de privilegios en las relaciones jurídicas y humanas. Mediante los derechos de igualdad se pretende cerrar un poco las naturales diferencias

30. Fragmento de la Declaración de Independencia de Estados Unidos elaborada por Thomas Jefferson, 4 de julio de 1776.

31. Sánchez, Prisciliano, *El Pacto Federal de Anáhuac, Reimpreso en Guadalajara en la oficina del ciudadano Mariano Rodríguez, impresor del gobierno, 1823.*

32. Proyecto de Constitución de 6, 16 y 20 de marzo de 1824, Imprenta de la Águila dirigida por José Ximeno, calle de los Medinas núm. 6, México, 1824.

33. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 4 de octubre de 1824.

sociales, económicas y culturales que existen entre los hombres, y se trata de poner igualdad de condiciones y oportunidades jurídicas a personas con conflicto de intereses. La falta de igualdad social, económica y cultural, la ley la subsana con una protección jurídica (paternalista) al más desvalido en una controversia.

El derecho humano de propiedad consiste en el derecho a detentar bienes por particulares, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. La expropiación, verbigracia, por causa de interés público y mediante indemnización es una forma de limitar el goce del derecho de propiedad por los particulares (y algunos sujetos públicos también).

Los derechos humanos de seguridad jurídica son derechos que los particulares pueden oponer a las autoridades cuando éstas conculquen (o intenten hacerlo) su derecho a la igualdad, libertad o propiedad, obligando a dichas autoridades a ceñirse a determinados procedimientos para asegurar un trato digno y ajustado a derecho a cualquier persona dentro del territorio mexicano.³⁴

La libertad en México, entonces, se compone de una serie de derechos contenidos a nivel constitucional: derecho al trabajo, libertad de expresión, de imprenta, de asociación y reunión, derecho a poseer (y a portar por excepción) armas, libertad de tránsito y residencia, libertad de cultos y libertad de competencia y concurrencia.

En conclusión, la libertad es uno de los valores máximos en los seres humanos; se contiene en el derecho natural, los derechos del hombre y los derechos humanos; sin embargo, a riesgo de limitarla, es necesario regularla en la ley. Los sistemas jurídicos avanzados tienen a la libertad ubicada como garantía en rango constitucional, existiendo autores que consideran que una mayor reglamentación en la legislación secundaria iría en menoscabo del goce de ese derecho.

La libertad debe tener límites, pero los menos posibles. La redacción en la ley o constitución del establecimiento de una libertad debe ser enunciativa, escueta, corta, y las limitaciones a esa libertad más cortas aun. Entonces, la libertad y el

34. Es de hacer notar la gran extensión en número y contenido de los derechos de seguridad jurídica en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal vez como un reconocimiento implícito de la violación sistemática de dichos derechos.

derecho son un binomio necesario e indivisible, la lucha por la libertad va aparejada con un mejoramiento del derecho.

7. DERECHO Y JUSTICIA

Añeja polémica es aquella entre lo que es derecho y lo que es justicia. Para el lego, podrían ambos conceptos quedar como sinónimos: el fin último del derecho es la justicia y la justicia solo se consigue por medio del derecho. Sin embargo, no siempre el derecho consigue la justicia y no siempre la justicia tiene algo que ver con el derecho. Para aclarar el punto es necesario saber qué es la justicia.

“La Justicia es en primer lugar una cualidad posible, pero no necesaria, de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres, sólo secundariamente es una virtud humana, ya que un hombre es justo si su conducta se adecua a las normas de un orden social supuestamente justo. Pero ¿qué significa realmente decir que un orden social es justo? Significa que este orden social regula la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, es decir que todos los hombres encuentran en él la felicidad. La búsqueda de la Justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana. Es una finalidad que el hombre no puede encontrar por sí mismo y por ello la busca en la sociedad. La Justicia es la felicidad social, garantizada por un orden social”.³⁵

El anterior concepto identifica a la justicia con la felicidad, con influencia evidente de Aristóteles y su *eudemonismo*, cuando afirma que el fin último del ser humano es la felicidad. No obstante, la justicia puede buscar también libertad o democracia, convirtiéndose en un elemento necesario para la concordia social. La justicia como la libertad es imperceptible cuando se tiene e insoportable cuando se carece de ella.

La justicia, como la libertad y la democracia, por razones prácticas debe circunscribirse, y tal vez con ello rebajarse y limitarse, al ámbito jurídico. Independientemente de un concepto filosófico de existencia de una justicia emanada del derecho natural y por ello quizá *perfecta*, la vida social conformada por humanos imperfectos, hace que la aplicación de eso llamado *justicia* esté

35. Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 36-37.

a cargo de personas susceptibles al error con leyes igualmente limitadas.

Por lo anterior, veremos a la justicia desde el punto de vista de la ley. En México la legislación habla de dos acepciones de justicia: la procuración de justicia y la impartición de justicia. La procuración corre a cargo del ministerio público cuyo titular es el procurador o fiscal general de la República y en los Estados sus similares locales con sus respectivos agentes del ministerio público a cargo de funciones que en seguida veremos. La impartición de justicia toca a los tribunales federales y locales, encabezados aquéllos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y éstos por los tribunales superiores de justicia estatales.

De acuerdo a la Constitución mexicana *ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho* (art. 17). Debido a eso, se entrega la actividad de *hacer justicia* al Estado por medio de sus órganos competentes.

“Una larga tradición de pensamiento nos dice que la solución de los conflictos entre los seres humanos debe concentrarse en manos de una institución fuerte e imparcial. Si la solución de estos conflictos a las partes, a la venganza privada, se corre entonces el riesgo de que la violencia se trasmite de generación en generación y acabe por destruir a los grupos en conflicto mismos. Por ello, el Estado, que pone fin a la venganza privada, expresa la victoria de la razón sobre el instinto animal (Grocio). Ante el estado natural de guerra entre los hombres, no hay otra solución que la concentración del poder en manos de un soberano que imponga orden (Hobbes).

...El monopolio de la violencia legítima por parte del Estado no significa que estén prohibidas todas las formas de *autodefensa*, es decir, de solución de un conflicto por una de las partes. Hay algunas excepciones muy limitadas y que están sometidas, eventualmente, al control y vigilancia del Estado, ya que si no cumplen ciertos requisitos, se convierten en actos ilícitos. Es el caso de la *legítima defensa* en el derecho penal, que permite causar un daño a un bien jurídico protegido si ésta es la única manera de proteger otro de mayor valor; la *retención de bienes* que autoriza el Código Civil en diversas hipótesis, para garantizar el pago de una

deuda; cabe citar también la *huelga*, como medio de presión para lograr prestaciones laborales”³⁶

El citado numeral continúa diciendo que *toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

“El derecho del individuo de acceso a la jurisdicción se traduce correlativamente en la obligación que tiene el Estado de instituir la administración de justicia como *servicio público*. Para ello debe crear los tribunales y otros organismos de administración de justicia, como las diversas procuradurías (pues la expresión *tribunales* en el texto constitucional debe entenderse en sentido amplio), en número suficiente y con una distribución territorial adecuada, a fin de que el acceso a ellos se facilite y esté, en lo posible, libre de obstáculos innecesarios. Igualmente, deberá expedir la legislación procesal o adjetiva que determine los procedimientos y formalidades que deberán seguir los órganos de la administración de justicia.

Sin embargo, la justicia que impartan esos organismos debe ser *pronta*; de otro modo, como se dice usualmente, no será justicia. En relación con el proceso penal, la necesidad de una justicia pronta es tan evidente, por el valor de los bienes comprometidos (la libertad y el patrimonio de las personas), que la Constitución misma prevé los plazos máximos en que los tribunales deben dictar sus fallos (artículo 20 Constitucional). Respecto de los demás plazos y términos, la Constitución remite a la ley respectiva. Se entiende, sin embargo, que el legislador no puede establecer plazos arbitrarios, sino que éstos han de ser *razonables*, en función del necesario equilibrio que debe haber entre la deseable celeridad del procedimiento y el tiempo suficiente para que las partes y el juzgador realicen las actividades que les correspondan”³⁷

Una auténtica novedad son los párrafos que se agregaron al artículo 17 de la Constitución. El primero es el relativo a la disposición de que las leyes deben regular las acciones colectivas y prever mecanismos alternativos de solución de controversias, estableciéndose que en materia

36. Fix Fierro, Héctor, *Constitución op. cit.*, t. I, pp. 254-256.

37. *Ibidem*, pp. 256-257.

penal se regule su aplicación, asegurándose la reparación del daño y estableciéndose los casos en que se requiera la supervisión judicial. Sin duda es indiscutible la bondad de esta reforma, dado el rezago de que adolecen los tribunales mexicanos, en el entendido que debe haber un plazo razonable de entrenamiento y familiarización con estos procedimientos de parte de la ciudadanía en general y de litigantes y tribunales en particular. La implementación generalizada de estos medios de justicia alternativa significará un sensible ahorro al Estado y a los particulares en dinero y tiempo.

“Los modelos y mecanismos que intentan ampliar el acceso a los tribunales y mejorar su desempeño no pueden evitar los inconvenientes y las desventajas de la justicia judicial, que residen sobre todo en la formalidad del procedimiento y en que, en principio, las partes no tienen más que dos posibilidades: ganar o perder. Por ello, en las décadas más recientes ha aumentado sustancialmente el interés en las llamadas *formas alternativas de justicia*, como la mediación, la conciliación y el arbitraje, y en general, en las instituciones de justicia *informal* como el *ombudsman* y otras similares.

Las formas alternativas de justicia (en inglés: *Alternative Dispute Resolution, ADR*) pretenden resolver los conflictos de la vida social sin formalidades y de manera rápida, flexible y barata, a través de una solución que obtenga, en lo posible, el consenso de las partes o que, como es el caso del arbitraje comercial, provenga de miembros de la comunidad a que pertenecen las partes y que gocen de reputación y credibilidad. Mauro Cappelletti llama *justicia coexistencial* a algunas de estas formas alternativas, porque procuran evitar la ruptura total de relaciones sociales que por su naturaleza son repetitivas y duraderas.

Aunque estas nuevas formas de justicia también tienen sus límites, el Estado ha reconocido las ventajas que ofrecen y así, por ejemplo, ha creado instituciones especiales que operan de este modo (procuradurías, comisiones de derechos humanos); ha iniciado su incorporación a la justicia formal (por ejemplo, la audiencia de conciliación en el proceso civil) o ha aceptado promoverlas, como parte de sus compromisos internacionales (así, el arbitraje comercial).³⁸

38. *Ibidem*, pp. 260-261.

Por otro lado, el citado artículo también menciona que las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas a las partes en una audiencia pública previa citación, disposición que confirma a nivel Constitucional la existencia de juicios orales en el sistema jurídico mexicano, con el que igualmente hará falta una adaptación académica y judicial a abogados y funcionarios.

Dice el párrafo siguiente del numeral en cuestión: Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Esta doble garantía es indispensable en un Estado de Derecho. Por un lado, la independencia de los tribunales se garantizará con una auténtica y efectiva división de poderes, al mismo tiempo de un respeto a la autonomía del juzgador respecto a sus superiores o sus iguales en el momento de dictar sentencia; la plena autonomía técnica es indispensable en los tribunales para una justicia sin presiones externas. Por otro lado, la mera declaración del derecho por los tribunales resulta incompleta si no va acompañada de la ejecución del fallo correspondiente. La ley faculta y obliga a las autoridades administrativas para dar auxilio con la fuerza pública al Poder Judicial en el cumplimiento de sus resoluciones. Recordemos que una de las características del derecho es su coercibilidad; si no existiera la posibilidad del uso de la fuerza para la aplicación de normas y sentencias lo jurídico sería solo un catálogo de buenas intenciones sin capacidad de transformar la realidad.

El siguiente párrafo del mismo artículo analizado se refiere a la creación de un servicio de defensoría pública de calidad, para los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población, con beneficios a los defensores públicos de hacer servicio profesional de carrera con salario equiparable al de los agentes del Ministerio Público. Un progreso más para el país que falta materializarlo.

La última parte del artículo 17 es un principio general de derecho elevado a rango Constitucional: *Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.*

“La literatura universal nos recuerda que hasta hace relativamente poco tiempo existió la infame institución de la cárcel a deudores, donde éstos

permanecían reclusos mientras no tuvieran los medios para satisfacer a sus acreedores.

Nuestra Constitución establece claramente que no podrá aplicarse una sanción penal (prisión) por el incumplimiento de una deuda civil, del mismo modo que tampoco podrá crearse una figura delictiva que tenga por objeto garantizar una obligación puramente civil. El delito de fraude o de evasión fiscal no caen dentro de esta prohibición, a pesar de que está de por medio una deuda pecuniaria, porque no se sanciona el mero incumplimiento en el pago, sino la intención de causar un daño a un patrimonio ajeno.³⁹

Independientemente de que la ley en general y la Constitución en particular pretendan alcanzar la *justicia*, que como sabemos a veces alcanza exactamente lo contrario, en México la lucha por la justicia institucional corresponde específicamente a la Suprema Corte, a los tribunales superiores y a las procuradurías o fiscalías generales, federal y locales. Otros órganos buscarán legal y funcionalmente alcanzar un mundo justo, pero por su denominación de *justicia*, solo nos abocaremos a las mencionadas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo tribunal mexicano; la fundamentación Constitucional de su existencia se encuentra en el título tercero, capítulo IV de la Carta Fundamental. La Corte esta compuesta por once ministros, uno de los cuales funge como presidente por un periodo de cuatro años; el tribunal funciona en pleno o en salas, conformadas a su vez por cinco ministros cada una, siendo uno de ellos presidente de sala. Los ministros duran en su encargo quince años sin posibilidad de prórroga.

La Corte mexicana tiene una doble función jurisdiccional: es la última instancia impugnativa del sistema jurídico mexicano y es el máximo intérprete de la Constitución, convirtiéndose por este motivo en tribunal constitucional. En la primera función encontramos que puede conocer y resolver del recurso de revisión del juicio de amparo en dos hipótesis: cuando se trata de amparos contra leyes tachadas de inconstitucionales o amparos sobre asuntos en que se haga una interpretación de la Constitución. La revisión (segunda instancia en materia de amparo) de amparos contra leyes puede ser contra resoluciones de puede ser contra

resoluciones de amparo indirecto dictadas por un juez de distrito respecto de leyes autoaplicativas (aquellas que por su sola iniciación de vigencia producen efectos jurídicos); o puede ser contra resoluciones de amparo directo dictadas por un tribunal colegiado de circuito respecto de leyes heteroaplicativas (aquellas que para producir efectos jurídicos requieren un acto gubernativo de aplicación). En ningún otro caso o circunstancia deberá la Corte conocer de asuntos de sus subordinados, salvo que haga uso de su facultad de atracción en el fuero federal (situación no aconsejable salvo excepción justificada).

La Suprema Corte denota su carácter de tribunal constitucional en dos figuras jurídicas especiales: la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional. La acción de inconstitucionalidad es una litis presentada por un actor (que veremos en seguida) en contra de leyes o reforma parcial de leyes de reciente creación, acusándolas de inconstitucionalidad, siendo las demandadas las autoridades legislativa y ejecutiva participantes en el proceso legislativo correspondiente. En caso de que la Corte considere en su resolución que la ley o parte de ella es efectivamente inconstitucional, el efecto jurídico resultante es precisamente derogatorio.

La gran limitante de la acción de inconstitucionalidad es por la titularidad de dicha acción: el 33% de los legisladores, el Procurador General de la República, los directivos de los partidos políticos con registro y el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en tratándose de leyes violatorias de derechos humanos. Es sano para un sistema jurídico civilizado que la posibilidad de ejercer una acción de inconstitucionalidad se amplíe a más actores e inclusive sea *erga omnes*, para todos los hombres.

La controversia constitucional es una litis planteada respecto de una invasión de competencias de una autoridad contra otra. Del asunto conoce la Corte –como de la acción de inconstitucionalidad– y el efecto de la resolución puede ser la de obligar a la autoridad invasora a ceñirse a su propia competencia y facultades.

Otras autoridades con el nombre de *justicia* en su designación oficial son los tribunales locales en los Estados y el Distrito Federal, que son los tribunales de alzada en el fuero común y conocen de la segunda instancia (apelación) sobre resoluciones dictadas por los jueces de primera

39. *Ibidem*, p.265.

instancia. Los tribunales superiores de justicia están compuestos por magistrados (con diferente número según la Entidad Federativa) e igualmente funcionan en pleno y salas.

Las procuradurías o fiscalías generales, la federal y las locales, a cargo de un procurador o fiscal general, tienen varias facultades entre las que destaca el ser titulares del ministerio público, en su doble función como autoridad investigadora de delitos y persecutora de delincuentes y como titular del ejercicio de la acción penal como parte en el proceso penal.

Existe una antigua discusión acerca de que si el procurador y sus agentes del ministerio público son representantes sociales o representantes del ejecutivo de que en la práctica dependen, pese a las leyes orgánicas que les dan una supuesta independencia. Al Procurador General de la República también se le considera como el abogado de la nación, siendo su representante legal y asesor jurídico del Ejecutivo; también tiene la titularidad del ejercicio (junto con otras entidades públicas) de la acción de inconstitucionalidad. Es conveniente añadir que a partir del 2018, el Procurador pasará a ser Fiscal General de la Nación, como titular de un órgano autónomo y por lo tanto independiente del Ejecutivo.

La justicia como valor filosófico y jurídico resulta inalcanzable pero la sociedad y el individuo deben buscarla siempre, equiparando esa búsqueda a la de la felicidad que ya se mencionó.

Existen otras formas de *justicia*, mencionadas como tales en la ley: la justicia alternativa, que ya se mencionó, y la justicia para adolescentes o menores infractores. La Constitución dice al respecto: *La Federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado*

en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente

Esta reforma a la Constitución, relativamente reciente, fue un avance sustantivo en relación a la forma en que se trataba a menores de edad infractores anteriormente. El procedimiento que se les instruía era exclusivamente administrativo, en el que prácticamente se daba por sentada su culpabilidad y los exámenes a que eran sometidos buscaban casi exclusivamente conocer el grado de peligrosidad para su reclusión o no en las llamadas granjas de recuperación juvenil. Ese procedimiento era totalmente inconstitucional y violatorio de los más elementales derechos humanos: al joven se le recluía durante las varias semanas que duraban los exámenes, no tenía derecho a abogado ni defensor alguno, con dificultades podía ver a sus padres o parientes porque estaba incomunicado y en total estado de indefensión. Fueron décadas de clamor de adolescentes y sus padres junto con doctrinistas los que llevaron a esta enmienda constitucional que coloca al adolescente en posibilidad de defenderse.⁴⁰

La justicia como valor filosófico y jurídico resulta inalcanzable pero la sociedad y el individuo deben buscarla siempre, equiparando esa búsqueda a la de la felicidad que ya se mencionó. Tal vez legalidad y justicia no coinciden siempre, pero los que nos dedicamos al derecho debemos buscar que se acorte la distancia entre ambos conceptos. La vieja diatriba de que lo legal muchas veces no es justo debe terminar, o por lo menos intentar terminarla.

CONCLUSIONES

40. En una ocasión le tocó a este autor ser testigo de la remisión de un menor de edad a una granja de recuperación juvenil capturado en un plantío de enervante y no fue admitido por las autoridades del centro porque no se trataba de una conducta sancionada localmente (delitos contra la salud) y principalmente por falta de cupo en el lugar: era para cien internos y había más de quinientos.

Cultura es todo aquello que la humanidad modifica de la naturaleza para su beneficio y convivencia. La evolución del hombre ha vuelto históricamente más compleja a la cultura. Existen una cantidad infinita de manifestaciones culturales que este trabajo no podía abarcar. Sin embargo, se ha intentado, primero, explicar la estructura cultural del derecho, y segundo, hacer un análisis comparativo, de semejanzas y diferencias, de lo jurídico con otras formas culturales.

Todo cuerpo normativo tiene la finalidad de armonizar la convivencia social; se crean normas para que los hombres vivan en paz; detrás de las normas existen bienes jurídicos protegidos. La tutela de estos valores debe hacerse por todos los caminos. Entre más alto es el bien humano, existirán más cuerpos normativos protegiéndolo. Es decir, si hay un bien valioso concordarán diversas normas en preservarlo, por ejemplo, la vida humana, la propiedad. Por supuesto, se darán normas protectoras de elementos culturales diferentes que no incidan unas con otras, pero conforme se trate de valores más importantes para la vida social habrá normas distintas protegiéndolos conjuntamente.

El derecho es una manifestación cultural que se transforma históricamente con la sociedad entera; la historia del derecho se da dentro de la historia universal. Muchas veces la sociedad se transforma más rápidamente que el cuerpo jurídico que la rige. Sólo excepcionalmente vemos al derecho a la vanguardia de la transformación social, como lo vemos actualmente con los cambios legislativos en torno al matrimonio igualitario y al aborto, cambios que van muchas veces en contra de la idiosincrasia de una mayoría de la población. Sin embargo, es mucho más común el cambio social rápido y el cambio legislativo lento. En México, por ejemplo, la actualización legislativa en materia de derechos humanos ha tardado décadas.

La costumbre como manifestación cultural y como fuente del derecho es una especie de amalgama en la cohesión social. Sin los usos y costumbres sociales cada generación impondría sus formas de conducta nuevas, rompiendo los esquemas anteriores. Sin defender incondicionalmente las costumbres de un pueblo, es conveniente una sana preservación de lo ya probado y aceptado por los ancestros, lo que no significaría, por supuesto, la conservación a ultranza de toda costumbre anterior por el sólo hecho de serlo.

La religión, por su lado, en ciertos momentos de la historia de la humanidad, significó un avance cultural evidente. Sujetar los instintos primitivos a normas, que teniendo como telón de fondo a la divinidad, organizaran la vida social e inhibieran impulsos destructivos, dio en la antigüedad cierto grado de progreso y civilidad a algunos pueblos, por ejemplo, el judío, el chino o el hindú. Por supuesto, en la transformación histórica de la humanidad muchas veces la religión ha sido un escollo en el avance cultural, convirtiéndose sus dirigentes en abanderados de la reacción y de las fuerzas retardatarias. Pero es indudable la relación escatológica de derecho y religión al perseguir la defensa de los grandes valores de la humanidad.

La política, en el aristotélico concepto de arte de gobernar, sólo puede encontrar justificación a su existencia si tiene (o debiera tener) una firme base jurídica para la actuación del gobernante o del presunto gobernante. La vieja máxima maquiavélica de que el fin justifica los medios, no tiene sustento ético ni jurídico y permitir cualquier medio en aras de los fines políticos, prescindiendo de la moral y el derecho, es deplorable en todos conceptos.

La libertad, como el oxígeno, más falta hace cuando escasea y menos se nota cuando abunda. Nosotros, los habitantes de América Latina, hemos tenido grandes impedimentos para el disfrute de la libertad. Su consecución ha sido una lucha permanente e interminable. A doscientos años de la gesta de Independencia, muchos de nuestros desdichados países aun tienen serios rezagos en el respeto a este esencial derecho humano. En ocasiones, el gobernante quiere hacer su labor sin críticas ni oposición y no se limita en utilizar cualquier medio para la represión política. Pero existen otras formas de inhibición de las libertades humanas: las de las minorías, las mujeres, los migrantes. Aun países que se ostentan como grandes defensores de la libertad, tienen grandes deficiencias en el respeto a los derechos humanos, por lo que, insistimos, la lucha por la libertad es inacabable.

Complemento de lo anterior es la lucha por la justicia, igualmente incompleta y románticamente inalcanzable, pero no por ello no buscada. Se ha intentado en el presente trabajo delimitar la justicia al ámbito del derecho y volver al abogado o al jurista en un promotor de la justicia y su trabajo en algo quijotesco y quimérico. Lo que es posible no siempre corresponde a lo que es deseable.

Si bien es cierto, como se ha intentado demostrar en este trabajo, que el derecho es una manifestación cultural y que se relaciona e interactúa con otros fenómenos culturales (que por supuesto, no abordamos todos), quisiera concluir con un deseo tan quijotesco y quimérico como la búsqueda de la justicia: la llegada algún

día de una cultura del derecho, en que el respeto a la ley sea algo mecánico y natural para todas las personas, como el comportamiento moral o religioso. Que nadie sienta que el cumplimiento de las normas legales sea una carga, sino una placentera obligación para una vida social armónica y pacífica.

BIBLIOGRAFÍA

- Aquino, Tomás de, Suma teológica (selección), Colección Austral, Espasa-Calpe Mexicana, México, 1996.
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 4 de octubre de 1824.
- Declaración de Independencia de Estados Unidos elaborada por Thomas Jefferson, 4 de julio de 1776.
- Diccionario didáctico avanzado, Ediciones SM, México, 2007.
- Dostoievski, Fedor M., Los hermanos Karamazov, Ed. Porrúa, México, 1973.
- Durkheim, Emile, Sociología de la religión. Selección de Rolan Robertson, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- Ferrari, Silvio, El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, cristianismo e islam, Ed. Herder, Barcelona, 2004.
- Fix Fierro, Héctor, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, UNAM, México, 2003.
- Fromm, Erich, El miedo a la libertad, Ed. Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993.
- Freud, Sigmund, El malestar de la cultura. Obras completas, t. III, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1981.
- García Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, México.
- Kant, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Ed. Calpe, Madrid, 1921.
- Kant, Immanuel, La metafísica de las costumbres, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- Kelsen, Hans, ¿Qué es la justicia?, Ed. Ariel, Barcelona, 1992.
- Kung, Hans, Ser Cristiano, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- Margadant, Guillermo F., Panorama de la Historia General del Derecho, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1983.
- Montesquieu, Del Espíritu de las Leyes, Ed. Porrúa, México, 2016.
- Orozco Enríquez, J. Jesús, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.
- Porrúa Pérez, Francisco, Teoría del Estado, Ed. Porrúa, México, 2004.
- Proyecto de Constitución de 6, 16 y 20 de marzo de 1824, Imprenta de la Águila dirigida por José Ximeno, calle de los Medinas núm. 6, México, 1824.
- Recaséns Siches, Luis, Sociología, Ed. Porrúa, México, 1970.
- Sánchez, Prisciliano, El Pacto Federal de Anáhuac, Reimpreso en Guadalajara en la oficina del ciudadano Mariano Rodríguez, impresor del gobierno, 1823.
- Weber, Max, Economía e sociedad III: Sociología del diritto, Edizioni di Comunità, Milán, 1995.