

PLURALIDAD JURÍDICA Y DEMOCRACIA CONSOCIATIVA EN MÉXICO¹

(UNA APROXIMACIÓN METALEGAL A LA CUESTIÓN
DE LOS DERECHOS INDÍGENAS)

Salvador CÁRDENAS GUTIÉRREZ

SUMARIO: I. *La historia del derecho, reveladora de la diversidad jurídica.* II. *Pluralismo político y pluralidad jurídica.* III. *Ordenamientos indígenas y constitucionalismo moderno.* IV. *El difícil concepto de "un derecho indígena".* V. *Jueces y autonomía comunitaria.* VI. *Ius commune y representación consociativa.* VII. *Hacia una democracia consociativa en México.* 1. *Neocorporativismo y consociacionalismo.* 2. *Consociaciones y "espacio público".* 3. *Oposición Estado-Sociedad.* VIII. *Pacto consociacional versus contrato social.*

I. LA HISTORIA DEL DERECHO, REVELADORA DE LA DIVERSIDAD JURÍDICA

Una de las primeras medidas tomadas por el actual presidente de México para dar inicio a la transición política, fue la convocatoria a los diversos sectores sociales para que integraran los foros de consulta que habrían de elaborar las propuestas para la reforma integral de la Constitución. Todo parece indicar que el objeto de este llamado era detener la anomia social² que aqueja al país desde hace varias

¹ Ponencia leída por el autor en el simposio "Identidad jurídica de América Latina: derecho público y derecho privado" del X Congreso de FIEALC, que tuvo lugar en la Academia de Ciencias de Rusia, en la ciudad de Moscú, los días 24 a 29 de junio del 2001.

² Esta es la expresión con la que WALDMANN designa las recesiones del pacto constitucional derivadas de la ruptura entre la realidad histórica y las formas legales, fenómeno que

décadas, y que en situaciones de transición puede dar pie a una problemática mayor, incluso de legitimidad del sistema político y, por tanto, de gobernabilidad. Paralelamente, y quizá como una muestra de sus buenas disposiciones para resolver esta anomia, el mismo presidente había enviado al Congreso un proyecto de reforma constitucional en materia de derechos indígenas que para muchos significó el inicio del proceso de reformas estructurales del Estado.

El Congreso aprobó algunas de las propuestas contenidas en ese proyecto, si bien con una serie de limitaciones en las que claramente se percibe el interés de los legisladores por preservar la soberanía nacional y la consiguiente unidad del sistema normativo estatal rechazando cualquier supuesto *contra* o *præter constitutionem*. Tal como lo entendieron los autores de la codificación en el siglo XVIII y la tradición exegetica francesa del XIX, la correlación univocidad-seguridad, la ausencia de lagunas en el derecho y el ideal de certeza jurídica elaborado desde la perspectiva geométrica (*more geometrico constructo*),³ continúan siendo, entre los defensores del sistema normativo mexicano, los paradigmas de la ciencia jurídica y de todo orden social al que se pretenda calificar como justo.⁴ Cualquier alteración de este ideal es vista como contraria al “Estado de Derecho” (que suele confundirse con la pobre noción de “país de leyes”), y a la seguridad del tráfico jurídico fundamentada exclusivamente en la legalidad sancionada por los poderes públicos. Es por eso que hablar

no es raro en los países de América Latina. Cf. WALDMANN, Peter. “Rechtsunsicherheit, Normenpluralismus und soziale Anomie in Lateinamerika”, en AA. VV. *Verfassung und Recht in Übersee*. Vol. 31, núm. 4, Baden-Baden, 1998, pp. 427-439.

³ Vid. FARALLI, Claudia. “Certeza del diritto o diritto alla certeza?”, en AA. VV. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, año XXVII, núm. 1, junio, 1997, pp. 89-104.

⁴ FIORAVANTI se refiere a estas características del derecho como “paradigmas constitucionales del Estado moderno, construidos en los siglos XIX y XX”; señala que han servido para las grandes arquitecturas teóricas del positivismo hasta nuestros días, llegando a constituir una dogmática normativista de carácter fundamental, difícilmente cuestionada por los constitucionalistas e incluso ni por los historiadores del derecho. Vid. FIORAVANTI, Maurizio. “Stato (Storia)”, en *Enciclopedia del Diritto*. Vari, Giuffrè, 1990, s.v. IRTI, por su parte, ha señalado en esta misma dirección, que la “visión constitucionalista del derecho” se sustenta en la ideología de la “seguridad constitucional” que proporciona el parámetro de legitimidad no sólo de las normas ordinarias, sino también de las normas especiales. Esto significa que toda práctica jurídica (consuetudinaria o legal) que esté fuera de su dominio siempre será “ilegítima”. Vid. IRTI, Natalino. *La edad de la descodificación*. [Trad. L. Rojo Ajuria]. Barcelona, J. M. Bosch, 1992, p. 80 y ss.

hoy —como se ha venido haciendo últimamente en ciertos ambientes políticos, de un modo habitualmente confuso— de diversidad de ordenamientos en el interior del Estado, usos alternativos del derecho, autonomías y jurisdicciones especiales, o de fueros indígenas, produce en la mayoría de nuestros legisladores, abogados, jueces y juristas, ese malestar que los positivistas franceses del siglo XIX llamaron “*horror vacui*”, un horror al vacío que se manifiesta sobre todo en esa tendencia a neutralizar, esterilizar y dominar los hechos sociales, a través del despliegue de una rigurosa normativa exclusivamente estatal.

Pero como siempre la dinámica de los hechos pone de manifiesto la insuficiencia de los sistemas racionalistas de derecho para dar respuestas coherentes y adecuadas a las necesidades del hombre en el aquí y el ahora. De estos problemas da buena cuenta esa incómoda disciplina llamada historia del derecho, que algunos en su afán de evitar críticas desde el mundo fáctico, quieren ver reducida a disciplina auxiliar y complementaria, cuando no meramente ornamental, de los estudios jurídicos.

En esta dirección se orientan las propuestas que hace tiempo hacía Norberto Bobbio en el *Novissimo Digesto Italiano*, y con él las de un buen número de juristas contemporáneos que quisieran ver al historiador del derecho dedicado a la erudita, aunque en ocasiones estéril, tarea de estudiar únicamente los “antecedentes de las instituciones jurídicas vigentes”. Ante tales planteamientos es necesario insistir en la necesidad de que nuestra disciplina recupere el lugar central que le corresponde en el mundo del derecho. A esta exigencia se refiere el historiador portugués Antonio Manuel Hespanha, cuando señala que la historia del derecho debe servir como “instrumento de hermenéutica jurídica”,⁵ pues el pasado jurídico es más que un simple dato de cultura, su estudio obedece también a razones prácticas y de actualidad. Es necesario, pues, que el historiador y el jurista enderecen sus investigaciones más allá de la pesquisa de “antecedentes”, y vayan en búsqueda y rescate de los derechos históricos marginales. Entiendo por tales aquellos derechos que, siendo legíti-

⁵ HESPANHA, Antonio M. “Une nouvelle histoire du Droit?”, en VV. AA. *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Milán, Giuffrè, 1986, pp. 315-340.

mos y teniendo vida propia y actual, simplemente han sido ignorados por el legislador debido a que no provienen de la única fuente del derecho admisible en el positivismo: la "voluntad popular" expresada por voz de sus representantes en forma de ley. Se trata, en suma, de la necesidad de reconocer la diversidad como racionalidad de la consistencia ontológica humana y, consecuentemente, las diferentes instituciones jurídicas a que esta "racionalidad" ha dado lugar a lo largo de la historia.⁶

Ahora bien, el reconocimiento de la pluralidad jurídica no debe confundirse con la traducción o conversión de los diversos ordenamientos al lenguaje único de la norma estatal, pues en ese paso se corre el grave riesgo de dotar injustamente a los hechos y a las costumbres sociales de significados jurídicos que les son ajenos, o bien, podríamos decir en los términos de Jean LAPLANCHE, se puede caer fácilmente en esa "trampa sin salida" de "designificar" la historia real al momento de traducirla o interpretarla conforme a los cánones comúnmente aceptados o históricamente impuestos.⁷ Esta ha sido en buena medida la rémora de la codificación del derecho

⁶ La noción de "racionalidad", así como los conceptos de "razón" o "logos", en la tradición jurídica occidental, son mucho más amplios que los de *ratio aritmetica* o *ratio geometrica* de la lógica pura tradicional, propia de la codificación. Fueron DESCARTES y LEIBNITZ, primero, y GROCIO, WOLF y PUFFENDORF, más tarde, quienes intentaron aplicar el método de las matemáticas a todos los campos del saber humano, transformando de este modo la ciencia jurídica en "teoría del derecho", o bien, en el estudio [sistemático] del ordenamiento normativo estatal. El saber de los juristas, es decir, el saber prudencial (tópico-deliberativo o jurisprudencial propiamente dicho) fue así relegado al terreno de la "irracionalidad" debido a su carácter puramente estimativo o aproximativo. Cf. MASSINI, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 91 y ss. "Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia —decía a este propósito RECASENS SICHÉS— (incluyendo la práctica del derecho) hay que emplear un tipo diferente de logos, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no es superior a la de ésta: hay que manejar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia". *Tratado general de filosofía del derecho*, 1986, citado por SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid, Tecnos, 1998, p. 121.

⁷ LAPLANCHE J. "L'interprétation: Entre déterminisme et herméneutique: Une nouvelle position de la question (1991)", citado en GONZÁLEZ, Fernando M. *La guerra de las memorias. Psicoanálisis, historia e interpretación*. UIA-UNAM, 1998, p. 71 y ss.

desde el siglo XIX. Y es que reconocimiento no es lo mismo que tutela y menos aún que dominación. Reconocer la pluralidad de grupos y la diversidad histórica dentro de una sociedad determinada, en primera instancia, exige resistir la tentación de dominarla por medio del lenguaje legal. Estamos, pues, frente al vicio que George JELLINEK —como se sabe, uno de los grandes fundadores de la moderna teoría general del Estado— denominaba con la seductora expresión de "poder normativo de lo fáctico", que no es otra cosa sino la errónea visión del derecho que tenían él y la mayoría de los teóricos del Estado en el siglo XX, que les llevó a creer que todos los hechos, usos, tradiciones y costumbres tienen la virtualidad de incorporarse al sistema normativo estatal, y a ello están fatalmente determinados por su naturaleza.

Desde luego, hablar en favor de la diversidad jurídica no equivale, al menos desde mi punto de vista, a la defensa del relativismo cultural cerrado a cualquier visión universal del derecho y de la política, pues eso suele conducir no sólo a situaciones de anomia social sino incluso a la balcanización. El filósofo del derecho, Jesús BALLESTEROS, ha señalado a este propósito el grave problema en el que con facilidad se ven envueltos algunos autores de la corriente llamada "Postmodernismo", quienes en su afán por defender el pluralismo social frente al monismo estatal, han propuesto que los usos y costumbres recogidas en los ordenamientos jurídicos de las comunidades sólo pueden ser valorados —"leídos", suele decirse entre estos autores— por quienes los practican, volviendo intraducibles las culturas debido a "la sobrevaloración de las gramáticas y los vocabularios entendidos en función de un idealismo lingüístico".⁸ Universalismo y particularismo son las dos partes del orden que debe construir el hombre de hoy. No caben las visiones únicas: ni los discursos excluyentes que pretenden reducir a un solo lenguaje (el de la gramática legal del Estado) la compleja realidad social, ni las lecturas particularistas de la pluralidad. El derecho estatal —racional, normativo y codificado como es—, ha de formar con los diversos derechos originados en las comunidades, un orden jurídico viable.

⁸ Cf. BALLESTEROS, Jesús. "Postmodernidad y tercer milenio", en *Persona y Derecho*, núm. 43, Pamplona, 2000, pp. 15-31.

A la luz de estas consideraciones preliminares me propongo abordar en las siguientes páginas dos problemas básicos que enfrenta la reforma constitucional integral en México. Asumiendo las limitaciones que lleva consigo todo enfoque teórico analizaré, por una parte, algunos problemas que presenta el reconocimiento de una pluralidad de derechos de carácter autónomo, para lo cual me acercaré a la cuestión de los derechos indígenas, cuestión ésta que evidentemente supera cualquier intento de análisis en un trabajo de esta índole, pero que aquí tomaré únicamente como muestra o abducción, o bien, por usar la expresión del historiador italiano Carlo GINSBURG, como “modelo indicial” revelador de problemas más complejos y profundos. Por otra parte, veremos las alternativas que ofrece la teoría de la “democracia consociativa” —en la que no participan únicamente los partidos políticos, sino también los grupos primarios calificados o *comunidades jurídicas*— para la posible vigencia metalegal de la pluralidad de derechos indígenas y de otras formas de pluralidad jurídica existentes en México.

II. PLURALISMO POLÍTICO Y PLURALIDAD JURÍDICA

En el fondo del diferendo ideológico del siglo XIX, liberalismo y conservadurismo, o de su expresión contemporánea, izquierda y derecha, yace un conflicto de visiones sobre la dimensión social del hombre: una es la visión geométrica, que considera a la sociedad como un conjunto de individuos en un plano de igualdad (*societas æqualis*), sujetos a un mismo rasero legal; y la otra es la asimétrica, que ve a la sociedad como un conjunto de cuerpos imbricados cuyas funciones los hacen ser diferentes entre sí (*societas inæqualis*). La primera ha dado lugar al pluralismo individualista de carácter esencialmente político, y la segunda a la pluralidad institucional o de cuerpos jurídicos.

Cuando se habla de pluralismo político suele hacerse referencia a la forma de organización social del Estado moderno estructurado a partir del siglo XVIII según el modelo del mercado. Desde esta perspectiva el espacio público aparece como un campo de lucha en el que se enfrentan un conjunto de individuos (“antagonistas”), cada uno tratando de salvar sus propios intereses particulares (“posiciones”) en un juego de negociación. Puesto a definir, podría decir que

el punto de partida del pluralismo moderno es la atomización de la sociedad, que es reducida a un cúmulo de *individuos* —llamados “ciudadanos”—, erigidos por el discurso político en fuente exclusiva de toda legitimidad y de toda legalidad que emane directamente de la “voluntad general” de la que forman parte, o bien, de modo indirecto, de sus representantes formales en el congreso. La sociedad así concebida y organizada exige, por una parte, la igualación de los individuos entre sí y, por otra, el debilitamiento de los grupos primarios de la sociedad —comúnmente llamados “cuerpos intermedios”, por estar entre el individuo y el Estado— como fuentes de creación de derecho y, consecuentemente, la necesaria y única mediación de los partidos políticos en la producción normativa unitaria.

En contraposición a esta visión individualista y a la vez holística del pluralismo político, aparece a principios del siglo XX —impulsado en buena medida por la vertiente institucionalista⁹ y por el catolicismo social que desde el siglo XIX había visto con simpatía las formas de socialización no estatal— el concepto de *pluralidad jurídica*, con el que se expresa la diversidad de ordenamientos o sistemas jurídicos discontinuos y originarios, derivados de la vida en las pequeñas comunidades, o bien de las prácticas del cooperativismo

⁹ En Francia Maurice HAORIOU, en sus obras *Principes du droit public* (1910), *La histoire de l'institution et de la fondation* (1925), y en *Précis de droit administratif*, inicia la teoría de la institución. Otro eminente representante es Georges RENARD quien escribió *La théorie de l'institution* (1930) y *La philosophie de l'institution* (1939). El concepto de pluralidad jurídica entre los tratadistas franceses se construyó en torno a la personalidad jurídica de las instituciones. En Alemania es sobre todo Otto von GIERKE quien lleva a cabo un interesante trabajo de investigación sobre las instituciones medievales, sobre todo en su *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1868-1913), en donde sostiene que la división: derecho público y derecho privado, debe ser sustituida por la de derecho social-derecho privado, pues el primero abarca no sólo las instituciones político-burocráticas, sino todas aquellas que forman el Estado como corporaciones o comunidades con su derecho originario. Vid. MESSNER, Johannes. *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. Madrid, Rialp, 1967, pp. 310-311. En España ha sido José CASTÁN TOBEÑAS quien en su libro *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (Metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo)* [Madrid, 1947], se ha ocupado de manera especial de la “pluralidad de fuentes del derecho”, tratando de restituir a la jurisprudencia su papel rector en la creación del derecho positivo. Sin duda, las más importantes aportaciones a la teoría institucional que dieron lugar al desarrollo del concepto de “pluralidad jurídica” fueron hechas por el jurista italiano Santi ROMANO en su obra *El ordenamiento jurídico*. Vid. MORET-BAILLY, Joel. “La théorie pluraliste de Romano à l'Épreuve des déontologies”, en *Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*, núm. 32, 2000.

laboral. En todo caso estamos ante una pluralidad de derechos que en conjunto forman lo que algunos iuspublicistas han llamado “constitución material del Estado”.¹⁰

Es suficientemente conocida la teoría que en este sentido desarrolló el célebre jurista Santi ROMANO, quien —no sin una buena dosis de ambigüedad— sostuvo que la diversidad de grupos que integran el Estado produce al interior una pluralidad de “ordenamientos jurídicos” o derechos objetivos que cuentan con sus propias instituciones, normas, formas de organización del poder y autoridades.¹¹ En esta misma línea apuntaba el no menos renombrado jurista italiano Francesco CARNELUTTI, quien definía la pluralidad jurídica como aquel tejido de instituciones y mandos jurídicos que forman el ordenamiento soberano, independientemente de que provengan del Estado o de los diversos grupos que lo integran, si bien, igual que ROMANO, imbuido de aquel estatismo de tendencias holísticas y centralistas de su época, sostenía que estos ordenamientos deben estar siempre aprobados y sancionados por los poderes soberanos del Estado.¹²

En sintonía con estas corrientes el insigne jurista español José CASTÁN TOBEÑAS se refería a los ordenamientos primarios de tipo cooperativista en un trabajo que apareció publicado en la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, en 1966, época en la que difícilmente se entendía ningún derecho fuera del marco conceptual y operativo del Estado (especialmente del Estado español del franquismo), como no fuera el propuesto por algunos ideólogos ra-

¹⁰ La “constitución material” es un concepto que surgió dentro de la corriente institucionalista para significar el conjunto de “normas consuetudinarias *contra legem*”. Así lo entienden, por ejemplo, ROLLA [*Riforma delle istituzioni e costituzione materiale*, Milán, 1980] y MORTATI [*La costituzione materiale*, Milán, 1940]. La noción se vincula al concepto de “constitución histórica”, opuesta por naturaleza a la “constitución derivada de un contrato o convención”, tal es la teoría de ZANGARA [*Costituzione materiale e costituzione convenzionali*], en *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milán, 1977]. Vid. MENEGHELLI, Ruggero. “Validità giuridica nel normativismo e nell’Instituzionalismo”, en *Diritto e Società*, núm. 1, Padua, 1991, pp. 1-49.

¹¹ Vid. ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. [Trad. S. Martín Retortillo y L. Martín Retortillo]. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963. Y sobre lo mismo véanse especialmente: GENTILE, Francesco. *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*. Madrid, Marcial Pons, 2001; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*. Madrid, Montecorvo, 1982; LÓPEZ RUIZ, Francisco. *Fuentes del derecho y ordenamientos jurídicos*. Valencia, Universidad de Alicante, 1997; y TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México, FCE, 1995.

dicales. Para CASTÁN los ordenamientos son concomitantes a la genuina “socialización del hombre”, concepto éste que contraponía a los de “estatalización” o “nacionalización” de las relaciones humanas, queriendo significar de este modo que cada ordenamiento derivaba directamente de las formas primarias de asociación, como la familia o el municipio.¹³

Sea como fuere, lo cierto es que tanto la propiedad de la tierra como las formas de organización del trabajo, la conciencia histórica local, la biodiversidad regional, así como las tradiciones, usos y costumbres de los grupos étnicos y lingüísticos, han sido generalmente consideradas como las principales fuentes productoras de esta pluralidad de ordenamientos, válidos en sí mismos, y dotados de una objetividad que trasciende a los individuos singulares.

Son precisamente esos grupos y comunidades, poseedores de una profunda conciencia histórica, y quizá por ello de su marginalidad jurídica, los que en los últimos años han empezado a reclamar mayores espacios de libertad. En ocasiones se trata, no de simples reclamos de mayor participación de los grupos periféricos en las decisiones políticas del centro, sino de verdaderas rupturas o —como las llama Pietro BARCELLONA— “innovaciones de discontinuidad” que difícilmente tienen cabida en la lógica constitucional moderna.¹⁴ La principal exigencia de estos grupos es su intervención directa en el poder constituyente del Estado, de donde se desprende un replanteamiento de fondo de aquellos conceptos que se han tenido hasta ahora como dogmas del constitucionalismo liberal democrático, a saber: la representación popular de los partidos políticos como única vía de

¹² CARNELUTTI, Francisco. *Teoría general del derecho*. [Trad. C. G. Posada], Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, núm. 54. Actualmente la tendencia a singularizar el ordenamiento, esto es, a considerarlo como expresión jurídica propia, tiende a desaparecer. Ordenamiento significa para muchos tratadistas lo mismo que Kelsen entiende por “*Rechtsordnung*”, una especie de sistema jurídico completo. Norberto BOBBIO en su *Teoría dell’ordinamento giuridico* [Turín, Ed. Giapichelli, 1960] recoge esta noción señalando que por “ordenamiento jurídico” se entiende la conexión o interrelación que existe entre las normas, o dicho en otros términos, como el “contexto” social, jurídico, cultural, de las leyes vigentes.

¹³ CASTÁN TOBEÑAS, José. *La socialización y sus diversos aspectos (Notas críticas)*. Madrid, Reus, 1967, p. 12.

¹⁴ BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*. [Trad. H. C. Silveira; J. A. Estévez; J. R. Capella]. Valladolid, Trotta, 1999, p. 27 y ss.

mediación del poder, la soberanía del Estado o el monopolio de dar y derogar leyes, y el significado actual de la constitución política.¹⁵

Uno de esos sectores sociales emergentes es aquel integrado por las comunidades indígenas que a su modo se han hecho eco de esta necesidad de revisión del esquema constitucional mexicano heredado de la tradición moderna del siglo XIX. Su propuesta de reforma consiste fundamentalmente en el respeto a sus tradiciones y costumbres a partir del reconocimiento de su derecho propio. Como lo habíamos mencionado, tomaremos a este sector como motivo indicial de nuestro análisis y reflexión, por lo que en muchos aspectos lo que vamos a decir aquí con respecto a los grupos étnicos es aplicable hasta cierto punto a otros grupos sociales, regionales y culturales que integran la realidad plural mexicana.

III. ORDENAMIENTOS INDÍGENAS Y CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Una pregunta que surge de inmediato ante los reclamos de los representantes indígenas es sobre la posibilidad de hablar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, de un sistema normativo o de un conjunto de leyes y costumbres susceptibles de tipificarse como “derecho indígena”; y en todo caso si es viable reivindicar ese derecho por vía del discurso moderno de los derechos humanos individuales y de la

¹⁵ Esta es la recomendación que han hecho en los últimos años la mayor parte de los estudiosos del constitucionalismo. PALOMBELA, por ejemplo, en su libro sobre la democracia constitucional, propone que debe hacerse una reflexión sobre los conceptos fundamentales de soberanía y constitución. Vid. PALOMBELA Gian Luigi. *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*. Bari, Dedalo, 1997. También las tesis esbozadas por Luigi FERRAJOLI en su obra sobre la soberanía en el mundo moderno han dado lugar a múltiples polémicas. Si bien este autor parte de la idea tradicional de la soberanía como *suprema potestas superiorem non recognoscentes*, señala que la soberanía interna ha afrontado un proceso de reducción y de progresivo alejamiento respecto al significado histórico original. Este proceso se manifiesta, entre otros campos, en la reducción de la vigencia constitucional plena en el interior de los estados. La soberanía externa ha mantenido —al menos formalmente— su significado originario de “independencia”. FERRAJOLI, L. *Cittadinanza e diritti fondamentali*, en *Teoria Politica*, 1993, 3, pp. 63-76; y sobre lo mismo se ocupa en *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Milano, Anabasi, 1995, cit. por RIPOLI, Mariangela. *Controversie sulla sovranità en Materiali per una storia della cultura giuridica. Fondati da Giovanni Tarello*, año XXIX, núm. 1, junio, 1999, 219-231.

democracia partidista.¹⁶ Para dilucidar tales cuestiones o al menos para lograr una mayor aproximación que nos permita comprender mejor esta problemática, es necesario que definamos algunos conceptos fundamentales acerca del supuesto sistema normativo indígena, pero no sin antes hacer una breve referencia a su desarrollo histórico en México.

La política indigenista de la corona española en América, por lo menos hasta las reformas borbónicas del siglo XVIII, estuvo orientada por el principio de autodeterminación de las comunidades. Nunca hubo una declaración general, pero sí una práctica reiterada de tal principio.¹⁷ Esta situación cambió desde que se creó la República en 1824. Fue entonces cuando se otorgó a los indios, al igual que a todos los ciudadanos, el derecho de ser *iguales* ante las leyes, y de ese modo eliminar las diferencias establecidas durante los tres siglos de colonización española.

Esta política continuó a lo largo de los siglos XIX y XX. De modo paralelo a la acción codificadora del derecho privado que tuvo lugar en Europa e Iberoamérica, nuestros diputados liberales del constituyente de 1857 intentaron implantar en la sociedad mexicana el modelo constitucional igualitario e individualista.¹⁸ La idea de unidad del

¹⁶ Sobre la relación entre comunitarismo y pluralismo se ha ocupado últimamente Giovanni SARTORI, si bien sus forzados intentos de acomodar las formas de vida comunitaria al esquema de interpretación moderno igualitario no resultan del todo convincentes. Vid. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid, Taurus, 2001. Más acertado en cambio, por cuanto pone de relieve ciertas paradojas conceptuales referentes a las políticas de reconocimiento, me parece el estudio de este mismo autor publicado con el título “Multiculturalismo contra pluralismo”, en *Claves de la razón práctica*, núm. 107, Madrid, noviembre del 2000, pp. 4-8.

¹⁷ Vid. LEVAGGI, Abelardo. “Derecho de los indios a la autodeterminación”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* VI, México, UNAM, 1994, pp. 125/157; y BORAH, Woodrow. *Justice by Insurance*. University of California, 1993, pp. 5 y 413. Desde 1591 a 1820 funcionó exitosamente el Juzgado General de Indios para dirimir las controversias que perturbaban el orden social de esas comunidades. Fue tan benéfica su acción que hay quienes no dudan en las ventajas que traería el reimplantarlo, pues los problemas que resolvía subsisten aún hoy en día.

¹⁸ La adopción de la noción de código en el siglo XVIII, como un libro compacto en el que se contiene buena parte o todo el orden legal (*codex, codice, code, código, código*, en lenguas romances, traducido al alemán como *Gesetzbuch*), se aplica indistintamente a la codificación del derecho privado y al proceso de constitucionalización. En ambos casos se entiende que el derecho se contiene en un documento normativo coherente, unitario y completo. Esta unidad, a la que con razón MENEGHELLI ha llamado “dogma de la integridad

sujeto jurídico al que se asignó con el nombre de “pueblo mexicano”, estaba sin embargo lejos de ser una realidad. Buena parte de los diversos grupos sociales herederos de la época colonial, y especialmente las comunidades indígenas, no se reconocieron en aquel espejo constitucional en el que no tenían cabida sus antiguos derechos, fueros y libertades, pues eran vistos como resabios de un pasado ominoso, plagado de “particularismos jurídicos”¹⁹ que debían eliminarse para dejar el paso franco a un nuevo orden moderno trazado geoméricamente.

En estrecha conexión con el imaginario liberal y republicano del siglo XIX, recogido después en la Constitución de 1917, apareció la filosofía panmexicanista de Manuel Gamio, fundador de la revista *Ethnos*, en la que expone su idea de integración étnica, el nacionalismo cultural y racial de Alfonso Reyes, Andrés Molina Enríquez y Ezequiel A. Chávez, y el ideal de la *raza cósmica* de José Vasconcelos, todos, de algún modo trataron de dar una explicación sobre el inacabado (o frustrado) proyecto moderno y modernizador de México. Según la visión idealista de estos intelectuales todo era cuestión de esperar el avance del mestizaje racial para ver realizado el ideal de una única constitución que acrisolara a todos los mexicanos en un “pueblo” sin distinciones ni matices de ninguna especie.

Lejos de haberse consumado el paradigma republicano del universalismo jurídico y del mestizaje racial lo cierto es que el escena-

normativa”, invalida por sí misma cualquier otra fuente *extra ordinem*. Vid. MENEGHELLI, Ruggero. “Il dogma della completezza dell’ordinamento giuridico e le fonti *extra ordinem*: spunto critico”, en *Diritto e Società* (Nueva serie), núm. 2, Padua, 1992, pp. 249-255.

¹⁹ Ha sido una tendencia moderna estrechamente vinculada a la idea y al fenómeno de la codificación del derecho, entender la diversidad como “particularismo jurídico”, esto es, como un orden separado y en ocasiones opuesto a la norma general. Esta fue la “lucha antifeudal y antinobiliaria” que desató Voltaire en Francia, pretendiendo que cualquier derecho no incorporado desde sus orígenes al general de la República —común y despectivamente llamado “privilegio corporativo”—, era contrario a la realización de la justicia. Éste es el discurso fundamental y el resorte ideológico central del fenómeno codificador y de la lucha que le acompaña en contra de la dispersión jurídica y de la pluralidad del poder político en el *Ancien Régime*. A partir de entonces, justicia e igualdad geométrica se entendieron como sinónimos. Ideas similares encontramos en HEGEL para quien el Estado es la razón encarnada (“idea objetiva”), es el todo sistemático, clausurado y unitario que se expresa en el derecho total del Estado. El particularismo en cambio, es visto desde esta perspectiva como heterodoxia, descamino, y hasta como traición, según la posterior interpretación marxista-leninista. Vid. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 20-28 y 313.

rio nacional aparece hoy dominado por una realidad bien distinta. El regionalismo ha cobrado vida en algunas zonas del noreste, así como en Jalisco y en los sures yucatecos, reclamando un “nuevo federalismo” basado en una democracia más orgánica y plural. Por otra parte, la pervivencia de grupos étnicos, especialmente en Veracruz, Puebla, Chiapas, Guerrero y Oaxaca, ha hecho aparecer y desarrollarse en los últimos años el discurso del “multiculturalismo”, especialmente en algunos grupos de la izquierda mexicana que ahora ya no reclaman la paridad del sujeto jurídico o la igualdad socialista como en otros tiempos, sino que a partir de una lectura deconstructivista (según los modelos de Derridá y Foucault), han hecho suya la causa posmoderna (¿o tardomoderna?) de la pluralidad étnica y la diversidad lingüística y cultural.²⁰ Lo anterior —en la mayoría de los autores que se ocupan de estos temas— suele expresarse al hilo de cierto discurso entre liberacionista y populista que propone en síntesis, una nueva lectura del “derecho burgués” y de su “racionalidad geométrica” para aplicarlo en contra de sí mismo, es decir en pro de los indígenas marginados y de las minorías oprimidas por el propio sistema, dando lugar a lo que se ha dado en llamar “uso alternativo del derecho”.²¹

²⁰ Vid. HABEL, Marc. “Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis”, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 83, Stuttgart, 1997, pp. 217-241. La crítica deconstructiva de Jacques DERRIDÁ al proyecto de racionalidad moderna y a su más genuina expresión, el sistema normativo estatal (exclusivo, unidireccional, omniabarcante), sostiene que el ordenamiento jurídico admite varias lecturas de interpretación. Consecuentemente nos enfrenta al interesante “dilema posmoderno” de la aplicación del derecho no sólo en la dirección prevista por los procedimientos codificados, sino en sentidos diversos que pueden favorecer a los grupos marginados.

²¹ El “uso alternativo del derecho” es una teoría del derecho cuyos orígenes los podemos encontrar en el libro *Cuadernos de la cárcel* de Antonio GRAMSCI. Así cuando dice que “el derecho no expresa toda la sociedad... sino a la clase dirigente que impone a toda la sociedad las normas de conducta que están ligadas a su razón de ser y a su desarrollo”, establece la diferencia entre el derecho legislado (hegemónico) y el “derecho de las clases subalternas” que siempre tendrá una condición de existencia marginada. Actualmente la teoría ha tomado dos vertientes: por una parte la llamada “comunitarismo”, representada sobre todo por autores europeos como Pietro BARCELLONA o Luigi FERRAJOLI, para quienes el Estado se convierte en ámbito de los derechos de minorías. Para los americanos, en cambio, el derecho positivo del Estado debe mantenerse pero plegándose al derecho de las minorías o al sistema de “principios generales del derecho del pobre”. De este modo se rompe con la “legalidad burguesa” y se inicia proceso de liberación y transformación de la sociedad. Este enfoque es más bien de carácter político que jurídico en estricto sentido, pues el punto de partida de su teoría jurídica no es el derecho consuetudinario o los usos y costumbres de los pueblos marginados, sino la “lucha de clases” como principio teórico y ope-

IV. EL DIFÍCIL CONCEPTO DE UN "DERECHO INDÍGENA"

Prácticamente en todas las propuestas presentadas por los partidos y grupos políticos ante el Congreso mexicano para regular la materia indígena se dio por supuesta la existencia de un sistema normativo al que se denomina "derecho indígena mexicano", concepto que a todas luces es más un imaginario político, que una realidad jurídica concreta y determinada. Existe en realidad una pluralidad de ordenamientos de los diversos pueblos indígenas asentados en el territorio mexicano. Estos ordenamientos en ocasiones difieren tanto unos de otros que resulta prácticamente imposible encuadrarlos en un concepto unívoco. Según el último informe del Instituto Nacional Indigenista existen en el país 62 grupos étnicos con más de 30 dialectos vivos. Si consideramos que la tradición jurídica oral de estas comunidades se expresa fundamentalmente a través de "metáforas del derecho"²² y que éstas varían de lugar a lugar y según el dialecto que se hable, ¿cómo será posible traducir esas formas de expresión a conceptos racionales que nos permitan hablar de un "derecho indígena" como sistema normativo? Debemos estar atentos, pues, para no inferir significados legales de costumbres sociales como lo hizo el viejo positivismo decimonónico.

rativo. Para una visión general sobre este concepto pueden verse los estudios de WOLKMER, Antonio Carlos. "O pluralismo jurídico: elementos para un ordenamiento alternativo", en *Crítica Jurídica*, núm. 13, México, 1993; CORREAS, Óscar. "El pluralismo jurídico y el derecho alternativo. Algunos problemas teóricos", en *Pemex Lex. Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos*, 83-84, mayo-junio de 1995; y DURÁN MARTÍNEZ, Walter [et al.] "La teoría del uso alternativo del derecho y su aplicación en la teoría de los derechos humanos", en *El otro derecho*, núm. 1, Bogotá, 1989.

²² Veamos algunos ejemplos: el término empleado entre los tarascos para expresar autoidad es "sufrimiento" que representa la idea de experiencia solidaria. Con la metáfora "ajpuns" que literalmente se traduciría por "pepenar" o recoger algo, se refieren al que muere en riña siendo ajeno al conflicto. La incapacidad de una persona para realizar actos jurídicos se expresa con la palabra "Jaupuru-Kúini", que se forma de las voces purépechas "jaupa" que significa ceniza, y "kuini", dormir, esto es, el que duerme junto al rescoldo entregado a la molición y se hace por ello incapaz. En algunos pueblos de Oaxaca y Guerrero también se emplea la metáfora "rostro y corazón" que expresa veracidad del juicio sobre todo en la prueba testimonial; o "la mano" que significa propiedad o potestad en la confesional. Hay otras formas simbólicas (auditivas, visuales y aforísticas) que varían según el dialecto y las dinámicas del derecho local. Agradezco al profesor Moisés Franco, de El Colegio de Michoacán, la gentileza de proporcionarme importante información acerca de los usos y costumbres de los pueblos purépechas.

Tal vez la referencia a algunos aspectos del derecho purépecha, tal como ahora se practica en las regiones occidentales de la meseta tarasca y de la Cañada de los once pueblos en el actual estado de Michoacán, puede ilustrar un poco las ideas anteriores.

Desde antiguo los indígenas de esas zonas entendían el derecho como un ordenamiento de origen divino estrechamente vinculado a la tenencia de la tierra. La vida social no se concebía como el producto del acomodo voluntario de los individuos en un territorio, sino como un fenómeno de tipo adscripticio, involuntario y consanguíneo. Con la llegada de los españoles en el siglo XVI la idea del orden dado por sus dioses es sustituida por la de orden cristiano representado por el santo patrono y materializado en las corporaciones, y de modo especial en una: la parroquia, que rápidamente se convirtió en el eje de la vida comunitaria. A partir de entonces el derecho es entendido y practicado como un orden consuetudinario profundamente arraigado en la tierra que posee la comunidad por designación divina. Las autoridades encargadas de juzgar conforme a la costumbre de esos pueblos no son elegidas por votación, sino por reconocimiento social. Son los viejos que saben el derecho, no por estudio y menos aun por especulación o cálculo, sino por tradición y experiencia, o como dice la *Relación de Michoacán* y se sigue repitiendo en nuestros días, se escoge para autoridad a "aquél que lleva más tristezas".²³

Conceptos con una profunda raigambre histórica y cultural como honor, decencia, vergüenza, decoro o gravedad, que prácticamente no tienen cabida en los sistemas de derecho codificado, constituyen la base del estado jurídico de las personas en las comunidades purépechas. Por tal razón no hay mayor castigo para el transgresor del orden tradicional que la deshonra pública, esto es, el señalamiento que hasta cierto punto lo excluye y margina de la comunidad. El individuo vale en tanto forma parte de aquel orden jurídico comunitario. En él se desenvuelve, a él pertenece y desde él actúa.

Estas formas de experiencia y percepción del derecho, no obstante que han perdurado hasta nuestros días en un buen número de pueblos de la zona, tienden a verse alteradas por cuatro causas principa-

²³ Vid. FRANCO MENDOZA, Moisés. *La ley y la costumbre en la cañada de los once pueblos*. Zamora, El Colegio de Michoacán, 1997; y del mismo autor véase "La visión indígena del derecho", en *Crónica Legislativa*, Nueva época, año V, núm. 7, México, 1996.

les. En primer lugar por el desarraigo que produce la emigración constante de los pobladores de las comunidades a las grandes ciudades y a los Estados Unidos en busca de mejor vida; en segundo, por la pérdida de la lengua nativa (en la que se contiene la metaforología jurídica) sobre todo entre los más jóvenes; otro factor es la presencia de sectas religiosas que rompen el orden de la fiesta patronal y con ello la vida ritual de los pueblos en la cual se expresa no sólo el orden religioso, sino también el jurídico; y por último, la acción de los partidos políticos que han promovido una organización legal de los individuos paralela al orden jurídico tradicional de la comunidad. Por estas razones considero que no es posible una reivindicación de las formas históricas puras del derecho consuetudinario, de estos y otros pueblos indígenas en condiciones similares, como lo han pretendido en los últimos años algunos políticos y legisladores mexicanos.²⁴

V. JUECES Y AUTONOMÍA COMUNITARIA

Ante las enormes lagunas que existen en esta materia y quizá con el objeto de aplazar ciertas decisiones fundamentales neutralizando los posibles conflictos que éstas puedan generar, algunos representantes de los poderes ejecutivo y legislativo afirmaron que las reformas que aprobó el Congreso federal en materia indígena, tendrían eficacia sólo hasta que los congresos de los estados elaboraran sus propias leyes reglamentarias. En mi opinión estas leyes no resolverán sino de modo tangencial los problemas de legitimidad, representatividad y autonomía que reclaman las comunidades, por lo que la mejor forma de regular en esta materia es, en un primer momento, reduciendo la legislación a unos cuantos principios básicos que garanticen la existencia de los ordenamientos originarios no estatales, para, después, replantear el propio ordenamiento constitucional.

El problema indígena no es en la práctica un asunto que competa directamente a los legisladores, pues no es el aumento de la produc-

²⁴ En este sentido se expresa la iniciativa de ley que presentó el presidente al Congreso, en la que se identifica a los pueblos indígenas como aquellas poblaciones que habitaban en el país "al iniciarse la colonización y antes de que se establecieran las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas".

ción normativa —que suele tener un sentido más programático y político que jurídico— lo que dará solución a la problemática jurídica que nos ocupa. Es en esencia, un problema judicial y procesal ya que es a los jueces a quienes compete de modo directo articular la legislación estatal y los derechos de las comunidades.

La difícil compaginación de un derecho general recogido en la legislación y uno particular de carácter eminentemente consuetudinario y oral, tiene antecedentes que nos son bien conocidos en la historia del derecho. Así, por ejemplo, antiguamente se seguía un principio que establecía que donde no hubiese derecho particular (*ius proprium*) se retornaba al derecho común o *utrumque ius* (recogido en el *ius regium* y más tarde en los códigos nacionales), lo cual significa que éste tenía un papel supletorio para el derecho de las comunidades. El derecho propio se aplicaba siempre del modo menos odioso, es decir, que menos lesionara al derecho general. Esta regla judicial era la llamada *Odia restringi et favores convenit ampliare*, recogida en el *Digesto*, en las *Siete Partidas* y en las *Decretales*.²⁵

Su aplicación en México data de los siglos XVII y XVIII, cuando el cúmulo de disposiciones peninsulares e indianas, las diversas y en ocasiones contrapuestas opiniones de los juristas, y la variedad de costumbres locales hacían prácticamente imposible prescindir de esta medida prudencial. Esta regla podría orientar —como principio general— la aplicación de los derechos comunitarios de los indígenas en todos aquellos asuntos que directamente les atañan y que tengan que ver de modo inmediato con las comunidades en las que habitan. Los jueces del fuero común podrían atender asuntos de las comunidades únicamente en casos extremos, es decir, cuando las decisiones de las autoridades indígenas violen principios constitucionales que pongan en serio riesgo la estabilidad del sistema normativo o la paz. En esos y otros casos similares deben restringirse pues se entiende que resultan "odiosas" al derecho común (*odia restringi*). La aplicación de esta regla exige, desde luego, un régimen jurídico abierto que paulatinamente vaya permitiendo, en cierto tipo de casos y con

²⁵ BRAVO LIRA, Bernardino. "Odia restringi. Forma y destino de una regla de derecho en Europa e Iberoamérica, durante la Edad Moderna", en *Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main*, XIX, 1992, pp. 81-93.

determinadas limitaciones, el arbitrio judicial, pues como he dicho es precisamente al juez a quien por principio compete articular ambos derechos.²⁶

Las reglas del arbitrio judicial, como es sabido, a diferencia de las leyes procesales codificadas, responden a la necesidad de resolver casos concretos. Ya en el *Digesto* se afirmaba que “ni las leyes ni los senadoconsultos pueden redactarse de tal manera que comprendan todos los casos que se presenten”. Sin embargo, la codificación civil de los siglos XIX y XX, en el Viejo y en el Nuevo Mundo, suprimió este régimen de libertad para uniformar la aplicación de la ley pretendiendo dar unidad, coherencia y plenitud al ordenamiento. Como lo ha estudiado magistralmente Paolo GROSSI, el juez perdió de este modo cualquier capacidad activa y crítica que fuese más allá de la exégesis regulada en el sistema legal estatal reduciendo su papel a pura técnica de subsunción.²⁷

Conditio sine qua non de estas reformas es una profunda reestructuración de la judicatura, empezando por la capacitación de los jueces, para que no obren según sus intereses personales, pero sí con un criterio prudencial más amplio que les permita respetar la autonomía normativa, institucional, organizativa y política de las comunidades. Esta autonomía, como hace años vio CARNELUTTI, se debe, en parte, a la insuficiencia de los poderes públicos para producir todo el orden jurídico que la sociedad requiere, y en parte también al natural desarrollo de “grupos”, cuya fuerza congregante es la solidaridad y la necesidad de resolver problemas concretos.²⁸ GIANNINI, por su parte

²⁶ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José. *La formación judicial del derecho. Jurisprudencia y arbitrio de equidad*. Madrid, Reus, 1954.

²⁷ Paolo GROSSI ha sido uno de los historiadores del derecho que con mayor claridad ha destacado la oclusión de los canales de creación del derecho operada con la aparición del Estado moderno, y de modo especial con el Estado centralista que irrumpió por toda Europa a partir del siglo XVIII. Un análisis general sobre la cuestión, hecho por este autor, puede verse principalmente en sus trabajos: “Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX”, en Paolo Grossi, *Doctor honoris causa*. Bellaterra, Universidad de Barcelona, 1991; “Assolutismo Giuridico e proprietà collettive”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 19 (1990), pp. 505-523; *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*. [Traducción y “prólogo para civilistas” de Angel M. López], Madrid, Cívitas, 1992; y “Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución medieval”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho IX*, UNAM, México, 1997, pp. 167-178.

²⁸ CARNELUTTI, F. *Teoría... cit.*, p. 89.

señalaba a este respecto que la autonomía es una forma de libertad que va más allá de una mera capacidad legislativa y que en modo alguno se opone a la soberanía del Estado, pues forma con el sistema normativo un “orden jurídico” que en la práctica debe ser reconocido por los jueces.²⁹

En todo caso como ya lo había mencionado, lo que habría que revisar y replantear es el propio concepto de soberanía estructurado únicamente a partir del pluralismo político electoral del “pueblo” (formado por individuos) que ha pretendido ignorar la pluralidad jurídica de las comunidades a las que, con fundamento en la historia, bien podemos llamar con ese plural más real y concreto de “pueblos”. A esta necesidad de revisión conceptual e institucional se refería el historiador español Bartolomé CLAVERO, cuando advertía con gran acierto que “la costumbre es también democracia [...] si derecho son los derechos antes que las leyes, no parece que deban ser unas manifestaciones de representación popular lo que pervive. Los mismos derechos no son tales, no son libertades, si se siguen haciendo depender de la ley, y si no va en cambio introduciéndose y asegurándose la dependencia contraria, de las leyes respecto a los derechos”.³⁰

Para un buen número de juristas y representantes en el congreso resultará sin duda difícil superar el concepto normativo del derecho y aceptar un orden jurídico compuesto de instituciones, costumbres,

²⁹ GIANNINI, Massimo Severo. “Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)”, en *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi. Pubblicazioni dell' Istituto di diritto pubblico e di dottrina dello Stato della Facoltà di Scienze Politiche dell' Università di Roma*. Giuffrè, Milán, 1952, pp. 197-210. Para la mayoría de los autores contemporáneos (por ejemplo, para Alessandro Passerin d'Entreves, en *Il negozio giuridico*, Turín, 1934) la autonomía sólo es posible tratándose de ordenamientos originarios, pues no entienden más libertad que la derivada de la soberanía, es decir, del contrato social cuya legitimidad es la “voluntad popular”, expresada exclusivamente a través de los partidos políticos. Podríamos decir, pues, que aquella crítica que hiciera Carnelutti en 1940 sobre la crisis de la soberanía, señalando que lo que en verdad estaba en crisis era el concepto de autonomía en cuanto había sido equiparado al de soberanía, no sólo sigue teniendo vigencia en nuestros días, sino que ha cobrado nueva fuerza, pues la autonomía en ciertos sectores académicos y políticos tiene un óbice prácticamente infranqueable: el discurso de la voluntad popular que no admite más fuente de derechos y libertades que la ley. Vid. ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario jurídico* [Traducción de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín]. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. “Autonomía”, *sub voce*.

³⁰ CLAVERO, Bartolomé. “Ley del código: trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 23 (1994), pp. 81-194.

tradiciones y modos de ser originarios que escapan al asfixiante sistema estatal de delegación normativa centro-periferia. En otras palabras, la visión reduccionista y absolutista que mantiene la identificación entre ley y derecho seguirá siendo un óbice para que la pluralidad jurídica cobre vida. Tal es la advertencia que a principios del siglo XX hiciera Santi Romano al estudiar las autonomías como modos de vida jurídica (que además de usos y costumbres son también *iussa*, contratos y acuerdos) que no necesariamente se amalgaman con el sistema unitario, exclusivo y originario de normas.³¹ De cualquier manera los tiempos actuales exigen la reflexión y el análisis para encontrar, a la luz de la experiencia histórica, de los principios generales del derecho y de la imaginación del jurista, los mejores modos posibles que permitan el desarrollo de la pluralidad jurídica, formada, como hemos visto, por cuerpos y comunidades cuya existencia ha sido negada una y otra vez por los defensores del pluralismo electoral, incapaces de pensar lo social más allá del modelo individualista.

VI. *IUS COMMUNE* Y REPRESENTACIÓN CONSOCIATIVA

Para dar respuestas adecuadas a la constitución real e histórica de México, reconocida ahora como una realidad social plural, e incluso, hasta cierto punto, poliárquica, es necesaria la realización de un acuerdo básico para establecer un orden jurídico que permita la convivencia pacífica de los diversos grupos que integran la sociedad sin necesidad de sacrificar sus diferencias básicas. Este acuerdo general gozará de mayor legitimidad en la medida en que amplíe su perspectiva de representación de tal modo que la mayor parte de los sectores sociales participen en los procesos de renovación institucional. El aumento de legitimidad tendrá, además, un efecto estabilizador en el proceso de reforma y, consecuentemente, repercutirá en la gobernabilidad del país; pero para lograr estos objetivos es menester que no sean sólo los partidos los que actúen como protagonistas del cambio. La práctica de la democracia consociativa ofrece posibles vías de salida para las propuestas de reforma constitucional en las que tengan

³¹ ROMANO, Santi. *Fragments... cit.*, "Autonomía", *sub voce*.

cabida también las comunidades y los cuerpos sociales que integran la realidad nacional. Nos detendremos en esta parte para explicar de modo general el contenido del consociacionalismo tal como fue planteado en sus orígenes, y más adelante nos ocuparemos de sus posibilidades y alcances en México.

La teoría del consociacionalismo fue elaborada por primera vez en el siglo XVII por el jurista de Herborn, Johannes ALTHUSSIUS,³² en su conocida obra *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata* (1603). El Estado aparece en este texto, según la tradición jurídica del *Ius commune*,³³ como una "*consociatio symbiotica universalis*",³⁴ es decir, como una conjugación de las corporaciones y comunidades unidas, no por un contrato hecho por individuos como lo plantearían más tarde los representantes de la filosofía política moderna, sobre todo los contractualistas ROUSSEAU y LOCKE, sino por un pacto entre los diversos cuerpos (*ordines, status*) que conforman el Estado. De ahí que la política estatal para ALTHUSSIUS consista fundamentalmente en un arte de organizar consociaciones que faciliten la conservación del orden social: "*politica est ars hominis ad vitam socialem inter se constituendam, colendam et conservandam consociandi: unde τυμβιωτικὴ vocatur*".³⁵

³² J. ALTHUSSIUS (Saym, 1557-Emden, 1638), enseñó en la Universidad de Herborn. Fue síndico de Emden hasta el fin de su vida. Allí encabezó la lucha de la ciudad calvinista contra el señor territorial luterano de la Frisia Oriental, y de la liga entre la misma ciudad y los Estados generales holandeses en la fase victoriosa de su guerra de liberación contra España. La obra de Althusius —dice WIEAKER— "enlazando con el *Defensor Pacis* (siglo XIII) de Marsilio de Padua y el concepto calvinista de comunidad, fundamentó la teoría soberana del pueblo... [por eso fue] tildado ya muchas veces en su tiempo, y no sólo combatido por sus adversarios católicos, como *monarchómacho*". Vid. WIEAKER, Franz. *Historia del derecho privado de la Edad moderna*. Madrid, Comares, 2000, p. 252.

³³ A diferencia de los pensadores luteranos, ALTHUSSIUS, como en su momento lo hizo CALVINO, no negó el valor del *Ius Commune*, antes bien lo utilizó en su obra para explicar la noción calvinista de comunidad formada por un agregado de personas que viven de acuerdo con los criterios de solidaridad de la "*universitas*" expuesta por los juristas romanos y medievales.

³⁴ ALTHUSSIUS. *Politica Methodice Digesta of Johannes Althusius (Althaus)*. Reprinted from the Third Edition of 1614. Argued by the preface of the First Edition of 1603 and by 21 Hither to Unpublished Letters of the author. With an introduction by Carl Joaquin Friedrich, Ph. D. Assistant Professor of Government Harvard University. Cambridge University Press, 1932, c. III, núm. 21. (Existe versión en castellano del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990).

³⁵ ALTHUSSIUS. *Ibid.*, c. II, núm. 15.

Las comunidades menores que participan en este tipo de pactos pueden ser, en términos generales, de dos tipos. Unas son aquellas en las que, según el modelo de la *Genossenschaft* germana, el individuo se subsume en el grupo al que está adscrito por herencia o tradición, tales son por ejemplo, las comunidades étnicas y lingüísticas. Otras son las comunidades en las que, al igual que en la *universitas* romana (recogida más tarde por la escolástica medieval), se practica la solidaridad inmediata, pero a la vez se mantiene en el interior la diversidad individual de sus miembros, éste sería el caso, por ejemplo, de una universidad o de una sociedad mercantil. Ya el jurista de Herborn contemplaba estas dos posibilidades, pues entiende que las comunidades que están en la base del pacto consociacional no son únicamente las naturales, arraigadas en la tierra y en la sangre, también pueden ser las artificiales, es decir, aquellas constituidas por vínculos contractuales o de carácter voluntario. La presencia del *Comentario al Digesto* del eximio jurista BÁRTOLO en el libro *Politica methodice Digesta*, da cuenta de esta visión althussiana de los grupos sociales, especialmente cuando aborda el tema de la consociación como pacto entre sociedades artificiales como la *universitas* que, *realiter et proprie* —dice siguiendo al jurista de Saxoferrato— coincide con la suma de los miembros individuales de las comunidades. En ambos casos, ya se trate de una comunidad natural, o ya de cuerpos sociales artificiales, estamos ante cuerpos sociales que pueden tener su ordenamiento jurídico originario, y por ello forman en conjunto una *consociatio complex*.³⁶

Hoy es posible hablar de consociacionalismo en términos similares a los que empleaba ALTHUSSIO siguiendo la tradición del *Ius Commune*. La expresión ha cobrado especial fuerza en los últimos años entre algunos iuspublicistas que la emplean, por una parte, para señalar el declive y la descomposición de los modelos de integración política vertical (sistemas democráticos de elección popular); y por otra, para designar el advenimiento de modos más horizontales de participación, negociación y consenso, así como el surgimiento de nuevos “sistemas de representación de intereses”. En este sentido se han venido desarrollando últimamente algunas propuestas para ha-

³⁶ DUSO, Giuseppe. “Patto sociale e forma politica”, en *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*. A cura de G. Duso. Il Mulino, Bolonia, 1987, p. 13 y ss.

cer de la Comunidad Europea una “unión democrática consociativa”.³⁷ Pero es especialmente en los procesos de transición política en donde más necesarias se hacen estas nuevas vías de acuerdo y de articulación entre las formas tradicionales de representación electoral (partidista) y la representación gremial, corporativa y comunitaria. Para el profesor Gerhard Lehbruch, que hoy en día es uno de sus principales teóricos en la Universidad de Constanza (Alemania), el pacto consociacionalista o de democracia concordante es “la respuesta de las élites políticas en ciertos países al desafío de la gran segmentación subcultural”. Supone, pues, la existencia de conflictos en “culturas políticamente fragmentadas” que requieren el acuerdo negociado para establecer la paz. Una vez conseguido este fin, el pacto sirve para fomentar la participación de los grandes grupos sociales organizados en las decisiones más importantes sobre políticas públicas, y especialmente en las que se refieren a la asignación de recursos y a la materia fiscal.³⁸ En la mayor parte de los Estados en los que se ha implantado esta forma de “poder compartido” se realiza primero un acuerdo entre las comunidades y grupos que integran la sociedad, incluyendo por supuesto a los partidos políticos, con el objeto de establecer las bases del diálogo y después, conseguido éste, determinar las reglas de su *modus vivendi*.

Casos de democracias consociativas o de formas de poder compartido que han tenido resultados positivos en épocas críticas, los podemos encontrar, hasta cierto punto, en los pactos de transición de la Moncloa en la España posfranquista, pues antes de dar paso al rediseño institucional del país fueron consultadas las entidades sociales más importantes (ejército, iglesia, cámaras, instituciones de cultura, etc.). Prácticas consociativas también encontramos en Chile desde la década de 1970 y especialmente desde el fin del régimen del general Pinochet;³⁹ y lo mismo en el pacto negociado por Nelson

³⁷ SCHMIDT, Manfred. “Der Konsoziative Staat. Hypothesen zur politischen Struktur und zum politischen Leistungsprofil der Europäische Union”, *Arbeitspapier* núm. 02/1999, Zentrum für Sozialpolitik, Universität Bremen.

³⁸ LEHBRUCH, Gerhard. “Democracia consociacional, conflicto de clases y neocorporativismo”, en SCHMITTER, Philippe y LEHBRUCH, Gerhard (coords.). *Neocorporativismo I. Más allá del estado y el mercado*. México, Alianza, 1992, pp. 67-76.

³⁹ BRAVO LIRA, Bernardino. “Pueblo y representación en la historia de Chile: tres momentos claves: comunidad política, sociedad de clases y comunidad consociativa”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1989, núm. 6, pp. 117-137.

Mandela en 1994 en Sudáfrica, en donde minorías étnicas e instituciones gubernamentales acordaron fórmulas de convivencia pacífica y de respeto a la pluralidad lingüística, cultural y jurídica.⁴⁰ También se han adoptado este tipo de acuerdos en las diversas organizaciones territoriales (*Landwirtschaftskammern*) y en las cooperativas y cajas Raiffeisen (*Raiffeisengenossenschaften*) en Austria, en el marco del llamado corporativismo liberal, es decir, del régimen de pactos entre las corporaciones que no son estrictamente políticas ni pertenecen al Estado, con el objeto de establecer los principios de su orden interno y de relación con las corporaciones de la misma especie.⁴¹ Según lo ha señalado Arend LIJPHART, estas formas de pacto y negociación también han tenido éxito en Canadá (1840/1867), Líbano (1943-1975), Suiza (desde 1943), Holanda (1917/1967), Malasia (desde 1955), Colombia (1958/1974), Chipre (1960/1963), Bélgica (desde 1970) y, desde luego, en esa gran coalición de etnias a la que con razón se ha llamado "arena consociacional", que es la India.⁴²

VII. HACIA UNA DEMOCRACIA CONSOCIATIVA EN MÉXICO

La adopción del consociacionalismo en México serviría para dar fuerza de legitimación a la regulación de los acuerdos para la transición, ya que ésta no sería obra exclusiva de los partidos políticos. En otro sentido podemos decir que un pacto entre cuerpos, comu-

⁴⁰ BOUILLE, Lawrence. "Constitutional Reform and Apartheid State". *Legitimacy, Consociationalism and Control, and South Africa*. Cambridge University Press, Londres, 1994.

⁴¹ TRAXLER, Franz. "Organisationsform des ÖGB und Wirtschaftspartnerschaft. Organisationsstrukturelle Bedingungen kooperativer Gewerkschaftspolitik", en *Wirtschaft und Gesellschaft*, núm. 7 (1), 1981, pp. 29-52.

⁴² LIJPHART, Arend. "The Puzzle of Indian Democracy: a consociational interpretation", en *American Political Science Review*, vol. 90, núm. 2, 1996, pp. 258/261; y del mismo autor véanse: "The Power-Sharing Approach", en AA. VV. *Conflict and Peacemaking in Multiethnic Societies*. Nueva York, Lexington Books, 1991, 93-106, y *Democracia en las sociedades plurales: una investigación comparativa* [México, 1988], en el que identifica el consociacionalismo con la "democracia unificadora", distinguiéndolo de dos conceptos similares que han sido utilizados en el análisis comparativo del unificacionalismo: el pluralismo dividido de Val R. LORWIN y la democracia concordante de Gerhard LEHNBRUCH. El primero restringe el término a divisiones de naturaleza religiosa e ideológica. LEHNBRUCH, en cambio, define la democracia concordante como una estrategia para dirimir o neutralizar conflictos a través de la cooperación y entendimiento entre las diferentes élites, dejando fuera los cuerpos que no participen directamente del poder.

nidades y partidos, permitirá desde el inicio, y lo más probable es que en un futuro también, la pervivencia de la pluralidad jurídica, pues de acuerdo con la doctrina consociacionista no sería necesario "traducir" los derechos indígenas al lenguaje de la norma, sino únicamente reconocerlos y encauzarlos con las cautelas de orden que he señalado. Sin embargo, si bien tendría enormes ventajas, también ofrece algunos problemas tanto de interpretación teórica como de posible desarrollo dentro de las estructuras sociopolíticas actuales, por lo que conviene que nos detengamos aquí para revisar algunos de estos posibles obstáculos.

1. Neocorporativismo y consociacionalismo

Una de las posibles interpretaciones de este tipo de pactos consiste en afirmar que con ellos, más allá del sistema partidista de representación, se daría voz y voto (*extra ordinem*) a los diversos cuerpos y comunidades que integran la población mexicana, por lo que podríamos caer fácilmente en una suerte de "neocorporativismo" que, según el oscuro significado que este término tiene entre nosotros, conlleva serios riesgos para la democracia y para la soberanía.⁴³ Esta crítica, cimentada en una visión totalizadora de la realidad, pierde de vista que el discurso del pluralismo individualista llevado hasta sus últimas consecuencias (por ejemplo, la afirmación de que el derecho se agota en la legislación) asfixia cualquier alternativa de vida jurídica.

En modo alguno parece que el pacto consociacional realizado entre aquellos grupos sociales que no sean estrictamente políticos y los que sí lo son, signifique la posible entrega o enajenación de la sobe-

⁴³ El corporativismo o su expresión última, el neocorporativismo, siempre se asocian con el fascismo y con los regímenes autoritarios. El uso actual del término discurre por dos vertientes: distingue el "corporativismo de Estado", que por lo general es un corporativismo autoritario, piramidal y vertical, por ejemplo, el que ha tenido México desde los años cuarenta; y por otra parte existe el llamado "corporativismo social o liberal", que se ha desarrollado en íntima conexión con el consociacionalismo. El llamado corporativismo liberal y capitalista designa para algunos un conjunto de corporaciones empresariales o de "firmas de negocios". Sin embargo, en algunos países como Austria y Suecia, el corporativismo liberal se asoció a un sistema económico que pronto adquirió fuertes connotaciones de burocratización, al grado de terminar siendo otro tipo de corporativismo, el cual pronto convergió con las políticas de los partidos socialdemócratas, llegando a transformarse en ciertos casos en corporativismo estatal o también en un "capitalismo de Estado".

ranía estatal a esas unidades menores; se trata más bien, como hemos venido señalando en estas páginas, de un modo de concertación social de carácter plural, que se mueve dentro de la “escala poliárquica”.⁴⁴ En todo caso, me parece que lo que su realización estaría poniendo de manifiesto es la necesidad actual de un replanteamiento de las prácticas de la soberanía con el objeto de buscar las maneras en que su ejercicio no implique el cierre del paso para la pluralidad de pueblos, grupos y minorías. Cabe señalar, por último, que la investigación empírica en perspectiva comparada y los estudios de caso en torno a la realización de este tipo de pactos en distintos países, demuestra que ni los cuerpos sociales se politizan, ni los partidos se entregan a causas de particulares, lo que se ha logrado en la mayoría de los casos es crear normativas que gozan de mayor legitimidad por cuanto están construidas sobre la base de una representación más real.

2. Consociaciones y “espacio público”

Una segunda crítica que es asimismo posible es la relativa a la “infeudación del espacio público”,⁴⁵ expresión utilizada en algunos medios, sobre todo entre los críticos de tendencia marxista, para referirse a la posible apropiación o privatización que significaría un debate en la esfera pública, en el que no estuviese presente el pueblo —titular de ese espacio— en su totalidad sino de modo fragmentado o sectorializado.

En efecto, el espacio es “público”, como lo han visto principalmente Max WEBER, Hannah ARENDT y Jürgen HABERMAS, porque es el ámbito propio para la expresión popular, la deliberación y la

⁴⁴ “Poliarquía” es el término empleado por DAHL para designar la desintegración del centralismo estatal y el resurgir en las últimas décadas de una pluralidad de fuentes de creación jurídica (autorregulación) y de entes sociales de configuración compleja que se han desarrollado al interior de las sociedades modernas. La democracia en la que intervienen estos actores “corporativo-asociativos”, se denomina “democracia a pequeña escala”, que obedece a la pluralidad, no únicamente política o de partidos (“democracia a gran escala”), sino también, y sobre todo, institucional. Vid. DAHL, Robert. *Polyarchy. Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971. (Hay una edición en español: *La poliarquía. Participación y oposición*. Madrid, Tecnos, 1989).

⁴⁵ POGGI, Gianfranco *Lo Stato. Natura, sviluppo, prospettive*. Universale Paperbacks, Bolonia, Il Mulino, 1992.

construcción de “consensos dialógicos” en los que han de participar de modo activo y directo todos los ciudadanos sin exclusión. Pero la “totalidad”, en el aquí y el ahora, en su realidad histórica, diacrónica y empírica, no es única y exclusivamente la formada por individualidades, representadas a través de los partidos que, dicho sea de paso, por eso se han apoderado de todos los espacios públicos y han monopolizado la regulación de su uso. La “totalidad” —como potencia constituyente y soberana— es pues más que la simple *multitudo* o que la vaga noción de “clase social”; en el terreno político, y sobre todo en el jurídico, está conformada también por una constelación de instancias, instituciones y entidades de muy diversa índole, cuya existencia deriva de la *praxis* humana y no de la planeación geométrica llevada a cabo por el Estado, ni mucho menos de la “conciencia de clase”. Esta pluralidad es la matriz de un abigarrado conjunto de vínculos sociales que se mueven en diversos niveles de interrelación, en donde la frontera entre lo público y lo privado no es tan clara como a veces la plantean los analistas y teóricos del derecho. En síntesis, el espacio público es un concepto multidimensional, tanto como lo es la vida social misma, que difícilmente se deja aprisionar por las concepciones planas, unidimensionales y geométricas de la democracia de partidos, en la que fácilmente se confunden términos jurídicos complejos, como la reciprocidad de las obligaciones, o la proporcionalidad y la justicia entre las partes, con el concepto lineal y geométrico de *simetría legal*.⁴⁶

3. Oposición Estado-Sociedad

Algunos críticos piensan, erróneamente, que el consociacionalismo es una mera oposición de la sociedad civil frente al Estado tal como lo plantearon hace tiempo Raymond ARON y John K. GALBRAITH, entre otros, pero como veremos enseguida, se trata de algo más complejo que una simple posición contestataria o de estrategia de acción

⁴⁶ Vid. LIVET, Pierre. “Les lieux du pouvoir. Peut-on penser le pouvoir en partant d’une théorie de la communication?”, en AA. VV. *Pouvoir et légitimité. Figures de l’espace public*. París, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1992, pp. 45-68. Y allí mismo puede verse una buena síntesis del debate político y académico en torno al concepto y a la institución del “espacio público” en: LADRIÈRE, Paul. “Espace Public et démocratie. Weber, Arendt, Habermas”, pp. 19-44.

social. Estamos más bien frente a una forma de convivencia pactada que busca facilitar la cooperación social, la cual evidentemente exige, en primer término, el reconocimiento de los grupos menores y las comunidades con vida jurídica y jerarquía propias y, por tanto, con derecho a la representación extrapartidista. En la doctrina del consociacionalismo no se propone un reconocimiento por el cual las comunidades, corporaciones, gremios, colegios profesionales, etc., se transformen en grupos de naturaleza política, o como señaló hace tiempo Octavio Paz, que estas instancias menores —contrariamente a su naturaleza— se conviertan en pequeños ámbitos de poder burocrático y político que fácilmente pueden ser instrumentalizados por el Estado, lo que se pretende es abrir nuevos cauces de representación más allá de los que establece el sistema político imperante. Esta apertura no sería causa de desorden o de mayores problemas de anomia. El consenso institucional promueve un tipo de orden, que si bien no es geométrico, ni abstracto, ni lineal, sí es más real.

El orden jurídico y político —entendido como *ordinatio*, esto es, como ordenación natural y fáctica— no debe confundirse con la organización geométrica, artificial y legal de la sociedad;⁴⁷ para conseguir ésta no hace falta sino que los representantes en el Congreso hagan “buenas leyes” (buenas en sentido de adecuación lógica al modelo trazado racionalmente), independientemente de que se adecuen o no a las necesidades reales de una sociedad determinada, incluso pueden ser autorreferenciales, es decir, tener su propia lógica inmanente, distinta y en ocasiones opuesta a la de la sociedad. El

⁴⁷ “Organización” y “ordenación” es una dfa conceptual que propuso hace años el inspublicista español Manuel GARCÍA PELAYO como modelo o tipo ideal de conformación social y jurídica con una función analítica. Desde el punto de vista de la estructura de su racionalidad, la organización es una forma artificial constituida “en vista a la obtención de un fin previamente planteado, para cuya consecución se calculan unos medios y se fija una secuencia lógica de objetivos. La ordenación es “una hispanización de la palabra latina *ordinatio* con la que el pensamiento escolástico expresaba el orden inmanente de las cosas bajo la suprema voluntad y razón divinas”. “En la ordenación no hay planteamiento previo ni del fin ni de la secuencia e integración de objetivos, sino que la dialéctica concreta de las cosas conduce a un resultado con un determinado sentido”. Lo importante es que en la organización el planteamiento racional es previo a la praxis, mientras que en la ordenación se descubre una racionalidad en la praxis misma”. Vid. GARCÍA PELAYO, Manuel. *Burocracia, tecnocracia y otros escritos*, en *Obras completas*, II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 1533 y ss.

orden jurídico, en cambio, se logra en la medida en que haya legitimidad en la representación social, misma que no necesariamente es geométrica e igualitaria, como lo plantea el esquema del pluralismo de partidos, pues está marcada por el signo de la pluralidad y la diversidad (de grupos, no de individuos), y es precisamente a lograr ese tipo de orden al que se orienta el pacto consociativo.

En el marco de nuestro propósito no es posible entrar aquí en una discusión minuciosa sobre el funcionamiento práctico de los instrumentos consociativos. Me bastará con señalar algunos lineamientos generales que sirvan como propuestas básicas para el diseño institucional, mismo que dejo para los especialistas en la materia.

La instrumentación de la representación consociativa requeriría la creación de uno o varios cuerpos para-parlamentarios integrados por las comunidades (étnicas) y por las diversas asociaciones, que funcionarían como órganos consultivos en el momento de llevar a cabo la reforma integral de la constitución. Su papel fundamental sería el velar por el respeto a la vigencia de la autonomía de sus tradiciones y de sus ordenamientos jurídicos, especialmente cuando éstos se vieran amenazados de modo directo por la expansión del normativismo estatal. El pacto sería la garantía del respeto a estos derechos.

Hay quienes opinan que esta representación consociativa debería ser deliberativa e intraparlamentaria, y contar incluso con el derecho al “veto de minoría”.⁴⁸ En mi opinión eso no convendría en el momento presente, pues es preferible que la democracia consociativa se inicie, como he dicho, con la creación de consejos consultivos, y sólo más tarde, una vez que se hayan puesto las bases para la transición y la reforma, se podría crear consejos permanentes con ciertas facultades para deliberar junto al congreso. En todo caso lo que aquí estamos planteando no es la creación de un mero cuerpo electoral formado por ciudadanos que participan a través del referéndum y del plebiscito,⁴⁹ ni aun cuando éste sea un “referéndum consultivo de las

⁴⁸ LIJPHART, Arend. *Democracia... cit.*, p. 5.

⁴⁹ El presidente mexicano propuso a este respecto que “la democracia futura no ha de agotarse en el acto de sufragar. Tienen que ampliarse las formas en que los ciudadanos puedan ejercer el poder, y al mismo tiempo dotar a las decisiones fundamentales de amplia legitimidad. Estamos en el tiempo de la democracia participativa, de formas de democracia directa, como el referéndum y el plebiscito para que el cuerpo electoral sea consultado obligadamente sobre leyes y decisiones fundamentales”. *Versión estenográfica de las pala-*

asociaciones".⁵⁰ Esos son medios importantes para la democracia, sin duda, pero un cuerpo consociativo, representativo de un conjunto de comunidades y grupos menores debe funcionar como un verdadero Consejo de Estado,⁵¹ formado por una pluralidad de consejos y comisiones, independientes y complementarias de la representación ciudadana ejercida por los partidos políticos.

VIII. PACTO CONSOCIACIONAL *VERSUS* CONTRATO SOCIAL

La concepción de una sociedad política plural cuyo fundamento es un pacto entre los cuerpos que la forman (*pactum societatis* o *pactum unionis*) estuvo viva desde la baja Edad Media hasta finales del siglo XVIII. Todavía HOBBS y GROCIO se refieren al Estado como una gran máquina formada por una pluralidad de cuerpos estamentales, coincidiendo hasta cierto punto con la teoría consociacionista de ALTHUSSIO. Como lo ha visto Louis DUMONT, fue PUFENDORF quien introdujo las nociones que habrían de minar primero, y de acabar más tarde con la teoría pactista del Estado. Los términos de *persona moralis simplex et composita*, reunieron en una misma categoría jurídica (la de personas morales) a los entes colectivos formados por individuos (persona moral simple) o por comunidades (persona moral compuesta). Pero no fue sino con la teoría contractualista de Juan Jacobo ROUSSEAU cuando se planteó de modo radical que en el ori-

*bras del presidente Vicente Fox Quesada, durante la ceremonia que encabezó con motivo del LXXXIV Aniversario de la Promulgación de la Constitución... en el Patio de Honor del Palacio Nacional. 5 de febrero de 2001. En México no hemos logrado abandonar el absolutismo jurídico del Estado. A lo más se ha propuesto que el referéndum (al lado del sistema de representación proporcional) funcione como complemento del sufragio universal que en determinadas situaciones podría favorecer tanto el reconocimiento a la existencia de grupos minoritarios como la futura discusión y análisis de su reconocimiento, siempre, desde luego, en las cámaras. Cf. CASILLAS, H. Roberto. "La representación popular en una sociedad política pluralista", en *Anuario Jurídico* VI, México, UNAM, 1979, p. 107.*

⁵⁰ El "referendum comunitario" —expresión de la *democracia directa*— ha sido planteado en algunos países como posible solución a los problemas de representatividad de las minorías dentro de los sistemas de democracia indirecta. *Vid. VIPIANA, Piera Maria. "Referendum consultivi, regionali e comunali", en Diritto e Società, núm. 2, Padua, 1990, pp. 225-297.*

⁵¹ De las bases teóricas de este cuerpo consultivo como una exigencia del Estado de derecho ya me había ocupado en el artículo "Poder y autoridad: un binomio necesario en un Estado de derecho", publicado en la *Revista del Senado de la República*, núm. 13, vol. IV, México, 1998, pp. 81-93.

gen de ambas formas de "personalidad moral", estaba el contrato social realizado entre individuos.⁵² La diferencia fundamental entre el pactismo social y el nuevo contractualismo racionalista estriba en que mientras el pacto consociativo parte de realidades jurídicas concretas, como son las comunidades indígenas y otros grupos sociales cargados de ordenamientos y tradiciones, el contractualismo parte del vacío social, o como ha dicho algún autor contemporáneo, de la euclidización del espacio, esto es, de un espacio hipotéticamente vacío en el que aparece el individuo, no condicionado por la historia que acompaña a todo espacio real, sino dominando los espacios contruidos por él según el "*esprit de géometrie*". La consecuencia más grave de esta visión ideal de la sociedad y del hombre ha sido, como bien apunta Jesús BALLESTEROS, la desontologización del derecho y, en última instancia, la utopía.⁵³

Por estas razones la democracia consociativa que aquí estamos proponiendo para nuestro tiempo excluye cualquier convocatoria social que pretenda realizar un "nuevo contrato social" como lo entiende hoy en día Norberto BOBBIO⁵⁴ y quienes sostienen la necesidad de elaborar una nueva constitución para México, ya que si bien este contrato abriría espacios para los grupos sociales en la producción normativa, no abandonaría el hipertrofiado monismo sistémico constitucional en el que toda regla de vida viene dada necesariamente por la ley creada y promulgada por el congreso y, por ende, fatalmente mediatizada por los partidos. Además, bajo esta perspectiva la reforma constitucional integral surgiría asociada a la imagen de una "refundación del Estado"⁵⁵ que, en momentos de transición democrática como los que vive México, no parece que sea lo más deseable ni conveniente. Una visión consociacionista del orden político y jurídico, en cambio, exige un pacto de gobernabilidad democrática

⁵² Cf. DUMONT, Louis. *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'ideologie moderne*. París, Gallimard, 1983, p. 83.

⁵³ Cf. BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid, Tecnos, 1990, cap. II, *passim*.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Il Contrato sociale, oggi* (Nápoles, 1980), citado por ASIS ROIG, Rafael. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*. Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 50.

⁵⁵ Cf. SERNA DE LA GARZA, José M. "El significado de la constitución ante los procesos de transición democrática", en *El significado actual de la constitución*. México, UNAM, 1998, p. 541.

entre los órganos del Estado tal como ahora existen (poderes constituidos y partidos políticos) y los diversos grupos que integran la sociedad real y concreta.⁵⁶ Estamos, pues, frente a la necesidad de un acuerdo general de la sociedad que reconozca un ordenamiento que, como la "cabeza de Jano" —por emplear la metáfora de Francisco CARPINTERO— debe tener dos caras: la legislación unitaria del Estado y la diversidad de ordenamientos originados en las asociaciones y en las comunidades.⁵⁷

La transición a la democracia en México exige la ruptura del monopolio representativo y consecuentemente la renuncia de los legisladores a asignar un programa general de vida a los ciudadanos, sancionado en una nueva constitución. La reforma deberá ser menos pretenciosa, más modesta en cuanto a sus fines legislativos. La constitución deberá transformarse en un marco amplio y general que permita la libre y espontánea expresión de la vida social, no únicamente de los "individuos" como lo plantea el liberalismo radical, sino, como venimos diciendo, de las comunidades y grupos menores. De este modo evitaremos caer en los dogmatismos del liberalismo y del estatismo de los siglos XIX y XX que, pintando la fachada de democracia popular, impusieron al resto de la sociedad sus ideologías y creencias, una cierta percepción del orden, una memoria colectiva las más de las veces adulterada, y una forma única de interpretar la vida. Este proceso de cambio hacia una sociedad abierta y plural debe empezar por el poder constituyente que lleve a cabo la reforma. De ahí la necesidad que hemos señalado de un pacto consociacional previo (de transición), que dé legitimidad a la reforma integral y sienta las bases más firmes para un régimen democrático consociativo.

El pacto consociativo puede beneficiar por ahora al régimen autónomo de las comunidades indígenas, pero bien podría ser el inicio de

una cadena de transformaciones más profundas del régimen político mexicano en la que cobren nueva vida el municipio, las regiones, las entidades federativas, los centros de cultura, los movimientos gremialistas, y en general todas aquellas entidades reiteradamente negadas por el gobierno mexicano, especialmente desde la década de 1970, en que fueron sustituidas por ese imaginario político expresado en la engañosa palabra "sectores", que no ha hecho sino esconder las prácticas de manipulación corporativista del partido que por ese camino se mantuvo más de setenta años en el poder. Su verdadero reconocimiento sería, sin duda, el principio de una reconciliación entre la jurisprudencia (o *aequitas* judicial) y la legislación, entre el derecho privado y el derecho público, o bien, entre la constitución real e histórica y la constitución formal plasmada en un documento. En última instancia, entre la razón jurídica y la razón de Estado, que debe traducirse en una rectificación del poder constituyente y de las vías de representación social.

Aparentemente esta apertura de medios de expresión y diálogo político implicaría ciertos cambios institucionales que para algunos llevarían al "desorden", es decir, a formas de representación no contempladas hasta ahora ni en el sistema de referencias teóricas, ni en la ley positiva heredada de la vieja dogmática liberal y constitucionalista del siglo XIX a la que muchos abogados y juristas viven afeerrados hasta nuestros días. Quizá algunos, más conservadores, sin atreverse a decirlo, lleguen a discurrir como lo hacía GOETHE cuando decía: "prefiero la injusticia al desorden", sin sospechar que la injusticia es el peor, es el único al cabo, de los desórdenes.

⁵⁶ El presidente de México formuló un llamado "a todos los actores políticos y los poderes públicos para que reconstruyamos los consensos nacionales en torno a una constitución renovada". Si bien aclaró que "por sus alcances y contenidos la reforma de nuestra norma fundamental es un asunto que compete al Poder Legislativo. Es básicamente en su seno donde esta reforma deberá discutirse y en su caso, aprobarse". *Versión estenográfica...* 5 de febrero de 2001.

⁵⁷ Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. "Principios y normas en el derecho: una alusión intempestiva", en *Anuario de Derecho*, núm. 4, Universidad Austral, Buenos Aires, 1998, pp. 53-87.