

# El desmantelamiento de la propiedad común\*

## *The dismantlement of collective ownership*

ARTURO RIVERA PINEDA\*\*

### RESUMEN

En plena globalización, las protecciones establecidas conforme a la tradición del pro-común en las constituciones han sido derribadas, ignoradas o anuladas en detrimento de los marginados. Se han despojado los territorios que aún conservaban los descendientes de los pueblos originarios, con la finalidad de explotar de manera irracional sus recursos naturales a pesar de su relación directa con el debido proceso. Ese atentado ha sido perpetrado, en un alto número de casos, con la colaboración de los gobiernos que se prestan a colaborar con el capital e interés de las empresas transnacionales. Peter Linebaugh, en su obra, *El Manifiesto de la Carta Magna*, hace del conocimiento de quienes nos desenvolvemos dentro de la cultura del *ius civile*, como parte de la cultura jurídica occidental, la existencia de un segundo documento que acompaña la promulgación de la Carta Magna en Inglaterra: La Carta del Bosque.

### PALABRAS CLAVE

Propiedad común, common law, civil law, constitución, pueblos originarios, debido proceso.

### ABSTRACT

*In the heart of globalization protections established under the tradition of pro-common in constitutions, have been torn down, ignored or last cases overturned at the expense of the marginalized, to be stripped of the territories that still retain the descendants of the native peoples, in order to exploit their natural resources irrationally. However his relationship with due process.*

*That attack was on a high number of cases with the cooperation of the governments of the nation states that are provided to assist the principal and interest of transnational corporations. Peter Linebaugh in his work, *The Magna Carta Manifesto*, makes us aware of who We develop within the culture of the *ius civile*, as part of Western legal culture, the existence of a second document together with the enactment of the Magna Carta in England, as part of it, the Charter of the Forest.*

### KEYWORDS

*Collective property, common law, civil law, constitution, indigenous peoples, due process.*

\* Artículo recibido el 13 de diciembre de 2013 y aceptado para su publicación el 30 de enero 2014.

\*\* Profesor investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (aztecas75@yahoo.com)

SUMARIO / 1. De lo general a lo particular: la problemática social a nivel mundial / 2. Las tradiciones jurídicas / 3. El *common law* y el *civil law* / 4. El debido proceso, la Carta Magna y la Carta del Bosque / 5. Conclusiones / 6. Propuestas

## I. DE LO GENERAL A LO PARTICULAR: LA PROBLEMÁTICA SOCIAL A NIVEL MUNDIAL

En el camino al estudio del Estado, el derecho y el movimiento constitucionalista, se hace necesario contextualizar nuestra reflexión y destacar que actualmente la comunidad global se encuentra aglutinada en cinco grandes expresiones culturales predominantes: árabe, africana, oriental, asiática y occidental. Así mismo, que el derecho no es observado, estudiado ni utilizado bajo un solo enfoque. Hablar del Estado es referirse a las diversas formas de organización que el hombre ha ensayado a lo largo de su proceso histórico, en cuyo núcleo central se encuentra el fenómeno del poder como elemento articulador o disgregador de todo grupo social.

Los Estados latinoamericanos se encuentran inmersos en un ámbito en el cual coexisten expresiones de la cultura occidental con las provenientes de los grupos étnicos descendientes de los pobladores originarios de estos territorios, excepto, obviamente, en los lugares donde los pueblos asentados inicialmente fueron exterminados durante las campañas de colonización, llevadas a cabo durante el inicio del Modernismo.

En el mundo hay aproximadamente unos 5000 grupos étnicos, pero sólo 193 Estados. Algunos grupos étnicos tienen la suerte de tener un Estado para sí solos, pero lo cierto es que en la mayoría de dichos Estados no existe una mayoría étnica. Y para complicar más las cosas, hay grupos étnicos repartidos entre varios Estados. Por tanto, salvo algunas excepciones, la mayoría de las etnias del mundo son minoritarias. De la dificultad de organizar la ecuación grupo étnico-Estado soberano habla la cifra de 15 millones de muertos en conflictos étnicos desde 1945, amén de la privación de derechos y marginación de millones de individuos exclusivamente en razón de su pertenencia a una u otra etnia. Pensar en un mundo con 5000 Estados étnicamente homogéneos no tiene mucho sentido, así que

no parece que la solución pase por conceder un Estado a cada grupo étnico. Pero tampoco se puede ignorar que aquellos grupos étnicos que son mayoritarios y que sí disponen de un Estado tienen una responsabilidad especial, y que la estatalidad de la que gozan es un privilegio, no un derecho.<sup>1</sup>

Por las causas expuestas, es necesario precisar que nuestro trabajo se ajusta de manera exclusiva al contexto de la cultura occidental donde persisten los descendientes de las culturas étnicas precoloniales.

El disfrute de una cosa bajo el régimen comunitario es una de las figuras más arcaicas de los grupos humanos: el sentido del pro-común. El neoliberalismo es una doctrina económica de globalización y privatización, que para materializarse atiende a regímenes policiales de seguridad y expolio. Apareció con Margaret Thatcher y Ronald Reagan, quienes arribaron al poder en 1979 y 1980, respectivamente.

La mercantilización privatizadora del neoliberalismo requirió del neoconservadurismo, que proporcionó la policía y el ejército, y del posmodernismo, que aportó el estilo estético y cultural caracterizado por la ironía, el eclecticismo, la hipervelocidad, la subjetividad epistemológica y la negativa a aceptar cualquier unidad en la historia. Lo que se excluyó de las políticas económicas del neoliberalismo y de las políticas culturales del posmodernismo fueron los cambios globales reales que se dieron en los noventa: las migraciones internacionales, los nuevos cercamientos, la feminización de la pobreza, el desarrollo del trabajo precario y la neoesclavitud.

## 2. LAS TRADICIONES JURÍDICAS

Dos fueron las concepciones clásicas que marcaron, durante la Edad Media, la reflexión y justificación sobre el fenómeno del poder así como la legitimidad de las leyes, inspiradas por la influencia del dogma religioso, debate que permanece actualmente en el centro de la elaboración sobre la teoría del Estado contemporáneo y de la Constitución.

La primera de ellas encierra una concepción ascendente del poder. Encuentra su origen en la práctica desarrollada por las tribus germanas, las cuales,

<sup>1</sup> Torreblanca, José Ignacio, "Velos buenos, velos malos". Diario *El País*, España, Julio 26 de 2010. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2010/07/26/internacional/1280095207\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/07/26/internacional/1280095207_850215.html)

para ir a la guerra, reunido el pueblo en asamblea, se investía al designado para dirigir las acciones, legitimando a quien identificaban bajo el vocablo de *dux* o *rex*. La teoría contraria es la descendente, que deposita el poder originario en un ente supremo, con un relativo sentido de deificación, ensayado durante la Antigüedad en Egipto o Mesopotamia, de donde adoptaron los griegos dicha práctica en favor sus prohombres o gobernantes. San Agustín reformula esta tesis apoyándose en el pensamiento platónico; esto constituyó, más adelante, la postura oficial de la Iglesia cristiana, que sostuvo que Dios otorgaba a la humanidad sus leyes a través de los reyes, emperadores o pontífices, los cuales gobernaban por gracia de Aquél, de donde se deduce que los monarcas únicamente respondían ante Dios por el bienestar de sus súbditos.

Estas dos concepciones sostenidas durante la Edad Media son las que trascienden al mundo moderno por vía de la doctrina de la soberanía popular. Europa es una asignación nominativa que refleja una condición de identidad forjada a través de un proceso milenario, a la cual se alude primigeniamente en la cultura grecorromana en voz de Hesíodo, aunque se trate sólo de una crónica mítica sobre la que hay diversas versiones.

Como acertadamente lo expone González Seara, a pesar de que la construcción del Estado moderno se atribuye a Europa, con tal vocablo no solamente se hace referencia a la porción geográfica de aquél continente. Se requiere de un ejercicio intelectual que asimile un conjunto de factores para conformar la expresión cultural que, a partir de aquél contexto, emergió como expresión permanente de la concurrencia y asimilación de diversas corrientes del pensamiento que ahí convergieron con anterioridad, incluso a la emergencia de los Estados nacionales, y que en la actualidad se expresa en diversos planos con un particular sentido de racionalidad.

El Estado moderno se desarrolla en Europa a partir de la época renacentista, pero sus orígenes se hallan en la Edad Media. Como organización política continuada de una comunidad humana que cuenta con instituciones políticas impersonales y permanentes, capaces de generar una autoridad suprema aceptada por unos súbditos convencidos de la lealtad debida a dichas instituciones, el Estado es algo que podemos encontrar antes del medioevo y en países no europeos. La *polis* griega, la República romana o el Imperio chino de los Han son, sin duda, Estados institucionales. Sin embargo, el Estado moderno surge únicamente en Europa como síntesis de una serie de eventos históricos, que van de la caída del Imperio romano al triunfo del cristianismo, de las invasiones bárbaras a la expansión del Islam, del poder temporal

de los papas al particularismo feudal, de la recepción del derecho romano y la filosofía griega a la formulación de las doctrinas del derecho divino de los reyes y las teorías del origen secular del poder de la soberanía popular.<sup>2</sup>

De tesis como la expuesta parte el enfoque eurocéntrico del Estado, en el que se elaboran doctrinas tendentes a explicarlo a partir de teorías provenientes de aquella latitud.

Dentro de las tradiciones jurídicas en la cultura occidental, identificamos la del derecho natural, la romana, el *common law*, expresado tanto en Inglaterra como en la Unión Americana, el modelo francés y la escuela histórica alemana del derecho.

La actividad existencial griega, en la Antigüedad, se desenvuelve al interior de las *poleis*, compuestas cada una por un núcleo poblacional que no creaba una estructura amplia para articularlas a todas con objetivos de largo alcance. Simultáneamente, desarrollaron actividades culturales compartidas, pero dichas prácticas o instituciones no tuvieron un sentido preponderantemente político, sino eminentemente cívico.

La *polis* es una autarquía, la organización humana más básica que puede sobrevivir de forma autónoma; solamente la familia, la *ghens*, la tribu y la *fratria* son más rústicas que ella.

El pensamiento griego, en lo tocante a su forma de organización, estuvo orientado a desarrollarse como una especie de gobierno comparado; en su propio contexto, encontró toda una gama de semejanzas y diferencias con la variedad de las instituciones políticas, debido a que fueron más de seiscientas *poleis*, entre las cuales se distinguía de manera evidente el contraste entre Atenas y Esparta, así como la amenaza de Persia, considerada como un gobierno bárbaro.

Ello les llevó a concluir que la conducta practicada en un pueblo como muestra de piedad o bondad máxima es valorada por otro con indiferencia o incomprensión. Al comentar el poema de Píndaro, del que únicamente se conocen los cinco versos que vertió Calicles (que han sido examinados por diversos autores con la intención de descubrir si en alguno de ellos se justifica el derecho del más fuerte), Heródoto únicamente afirma: “En el poema de Píndaro se dice, a mi juicio con razón, que el uso y la costumbre son señores de todo”.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> González Seara, Luis, *El poder y la palabra*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 13.

<sup>3</sup> Sabine, George H., *Historia de la Teoría Política*, Sexta reimpresión, Fondo de Cultura Económica, trad. Vicente

A mediados del siglo V a. C., los sofistas fueron los promotores del cambio en la atención al conocimiento y la reflexión, que les llevó a transitar de la deliberación sobre el mundo físico a los estudios humanistas (gramática, música, retórica, psicología, ética, política y religión), que culmina con la gran revolución intelectual de Sócrates. Aquella mutación expresa en toda su dimensión el ascenso alcanzado en el tránsito de la atención sobre el mundo físico a una visión humanista, que se expone en la frase formulada por Protágoras: *el hombre es la medida de todas las cosas, lo que es y lo que no es*. Con ella se derivó en el debate sobre naturaleza y convención. En la tesis mencionada identificamos el origen del humanismo.

¿En qué consiste realmente ese meollo inmutable de la naturaleza humana común a todos los hombres, cualquiera que sea la apariencia de la “segunda naturaleza” que el hábito y la costumbre han colocado sobre la superficie? ¿Cuáles son los principios permanentes de las relaciones humanas que subsisten una vez desaparecidas todas las curiosas formas con que las han vestido las convenciones? Evidentemente, la mera presunción de que el hombre tiene una naturaleza y de que algunas formas de relación son buenas y justas no resuelve, en modo alguno, la cuestión de cuál sea el principio. Además, ¿cuál será la consecuencia de encontrarlo? ¿Cómo resultarán las costumbres y las leyes del propio país en comparación con el arquetipo? ¿Mantendrá la sabiduría sustancial y el carácter razonable de las generaciones tradicionales, o será subversiva y destructora? Si los hombres descubren el procedimiento de ser “naturales” ¿seguirán siendo fieles a sus familias y leales a sus Estados? Así se arrojó a la caldera de la filosofía política el más difícil y ambiguo de todos los conceptos, el de lo natural, como disolvente de las complicaciones psicológicas y éticas que presenta la conducta humana real.<sup>4</sup>

Ante la amplia gama de conclusiones elaboradas a partir de lo que se concebiera como natural, únicamente los escépticos concluyen la reflexión declarando que *una cosa es tan natural como la otra* y que la costumbre y convención son *señores de todo*. El resto de los pensadores persistieron en

---

Herrero, México, 1975, p. 29.

<sup>4</sup> Sabine, George H., *op. cit.*, nota 4, p. 33.

que algo es natural, esto es, algún principio hay que, de ser comprendido, permitiría explicar la causa por la cual se conducen los hombres como lo hacen, el porqué de que se conciba que algunos modos de proceder son honorables y otros no.

La pretensión de esa búsqueda es lo que lleva posteriormente a los partidarios de las creencias místicas a identificar la naturaleza, *el orden natural de las cosas*, con la voluntad de las deidades y el contraste de la convención con lo verdaderamente justo.

La reflexión sobre la identificación entre naturaleza y convención en función de la ley les conduce a identificar dos tipos de ordenamientos normativos, que distinguen entre el derecho *dado* y el *otorgado*; el primero proveniente de la naturaleza; el segundo, de lo convenido por la comunidad.

El ejemplo más remoto se encuentra en la Antígona de Sófocles, en la que se refleja el conflicto entre un deber impuesto por la ley humana y otro impuesto por la ley natural (o divina): se acusa a Antígona de transgredir la ley humana al efectuar los ritos funerarios de su hermano.

En el epílogo del siglo v a. C., el contraste entre naturaleza y convención orientó su desarrollo en dos direcciones: una que concebía a la naturaleza como punto de referencia en la construcción de una ley con sentido de justicia y rectitud, inherente a todo, bajo el supuesto de que el orden es inteligente y benéfico, posición que permite criticar los abusos, pero de corte esencialmente moralista y, en último término, místico; y otra que concebía a la naturaleza como no-moral y sostenía que se manifestaba en los seres humanos como autoafirmación o egoísmo, y deseo de placer o de poder.

El derecho natural constituye la más antigua concepción del derecho. Todas las filosofías posteriores a Aristóteles se convirtieron en instrumentos de enseñanza de consolidación ética y, con el transcurso del tiempo y la interpretación de los padres de la iglesia católica, se vincularon indetermi-nadamente con la religión. Sin embargo, en muchos casos la única religión que se atribuía a un hombre educado —en cualquier sentido de la palabra religión que implique convicción o sentimiento— era la filosofía.

De ahí que la tendencia social que mayor huella deja para la interpretación de las condiciones imperantes en aquella época está representada por el papel creciente que ocupó la religión en los intereses de los hombres, para el caso de Occidente, a partir de la aparición del cristianismo, expresada en la importancia de la institucionalización religiosa que culminó con la estructuración de la Iglesia católica.

Como resultado de este proceso emergió una conciencia de sí, expresada en un sentido de recogimiento e intimidad personal, la cual habla de la construcción de un nuevo perfil que el griego de la época clásica no poseyó nunca, en el que los hombres comenzaron lentamente a concebirse con almas.

El sentido de aislamiento e intimidad individual tuvo también su reverso en la conciencia del hombre como ser humano, que como miembro de la especie posee una naturaleza humana más o menos idéntica en todas partes. Sin embargo, tomó bastante tiempo para asimilar todo ello.

En medida que un hombre no era una mera individualidad, era como cualquier otro: un miembro de la especie humana. Ello ocurrió cuando se debilitaron paulatinamente los viejos lazos, a la vez que la distinción entre griegos y bárbaros fue perdiendo importancia por la mezcla producida en Egipto y Siria.

Surgió la idea de individuo, ejemplar de la especie humana con una vida puramente personal y privada, y la idea de universalidad, sustentada en una humanidad que alcanzaba a todo el mundo, en la que todos los hombres estaban dotados de una naturaleza común. Esta concepción desempeñó un papel de escasa importancia en la ética de la ciudad-Estado, en la que el individuo aparecía como ciudadano y su mayor significado se basaba en su estatus o en su función.

La nueva concepción promovía la igualdad entre todos los hombres, incluyendo los esclavos, lo extranjeros y los bárbaros. Se tenía que diluir el contenido de la personalidad individual en la igualdad de todas las almas a los ojos de dios, o la de todos los hombres a los ojos de la ley, sin tomar en consideración las desigualdades propias de la individualidad. En ello también se tenía que reflejar la dilución del contenido: en lugar de una ley simbolizada en la tradición íntimamente unificada de una sola ciudad, se tenía que concebir un derecho para todo el mundo civilizado, comprensivo, del cual cada uno de los derechos de las diversas ciudades fuera sólo un caso particular.

Esta concepción fue impulsada por el estoicismo, que es un desprendimiento del cinismo. El Imperio Alejandrino y las partes en las que se dividió requirieron que gran parte del mundo antiguo estuviera sometido a reyes —*Ptolomeicos* en Egipto, *Seléucidas* en Persia y *Antigónidas* en Macedonia—; las nuevas monarquías estuvieron destinadas a ser absolutas, ya que no hubo otra fórmula para combinar a griegos y orientales. Los nuevos reinos estaban compuestos por elementos diversos; por tanto,



tuvieron que mantener en pie una gran cantidad de costumbres regionales, requeridas para mantener la unidad. Así surgió la distinción entre derecho regio, o derecho común, y derecho local; el rey se convirtió en símbolo de unidad y buen gobierno.

En Asia y en Egipto se encontró la sanción en la religión, dando origen a la divinidad del rey, al cual se adoraba en un culto oficial después de su muerte o aún en vida. A partir de Alejandro Magno, los reyes helenísticos pasaron a figurar entre los dioses de las ciudades griegas. Así, el monarca deificado se convirtió en una institución universal en Occidente, que terminó siendo adoptada por los emperadores romanos. Dicha institución arribó al pensamiento europeo, donde perduró hasta la Edad Moderna, bajo la creencia en que “la divinidad rodea al rey”.

Un rey era divino porque otorgaba armonía al reino, de la misma manera que Dios lo hacía con el mundo. En una expresión muy difundida, el monarca era una “ley” animada, una forma personalizada de los principios de derecho y de justicia que gobiernan todo el universo. Por tal condición, poseía una divinidad de la que el hombre común no gozaba y que llevaba al desastre del usurpador, que pretendía ocupar ese alto honor sin la bendición del cielo. Por consiguiente, dado que la investidura tenía una sanción moral y religiosa que el súbdito podía reconocer sin riesgo de perder su libertad y dignidad morales, se confirmó que monarquía y despotismo eran esencialmente distintos.

La palabra griega equivalente a ley es *nomos*, derivada de *nomos*, atribuir. La palabra latina *lex* está formada de la raíz *leg* (*lex-lecs*, de *leg-s*), la cual expresa tanto la idea de elegir como la de leer (precepto fijado por medio de la escritura), en oposición a *mos* (costumbre), que es el precepto que no ha sido escrito. Es digno de destacarse que en las lenguas semíticas ley es lo mismo que escritura. Por lo que en un caso se nos orienta al contenido (raíz etimológica) y por el otro a la materialización de la costumbre.

La corriente del derecho natural, iniciada en aquella época, ha trascendido a lo largo de la historia de la humanidad hasta constituir, en la contemporaneidad, la corriente de los derechos humanos, que si bien fue invocada inicialmente mediante la cita de un poeta en Grecia, estructurada en un primer momento por San Agustín de Hipona, y posteriormente por Santo Tomás, ha sido retomada en las declaraciones y en diversas generaciones de derechos, además de la conformación positiva de los derechos ciudadanos o garantías individuales que actualmente se aglutinan bajo la denominación de derechos

fundamentales para, como dice Peces-Barba,<sup>5</sup> superar los reduccionismos *iusnaturalista* o *iuspositivista*.

La Roma antigua era un reino basado en dos estamentos principales: los *patricios* (nobles) y los *plebeyos* (que carecían de derechos civiles y políticos). El Senado, o Consejo de Ancianos, elegía a los monarcas y limitaba su poder. Lo que en Grecia significó la *polis* como forma de convivencia y ordenación humanas, en Roma significó la *res pública*, como cosa común o de todos: estructura política y jurídica que pertenece al pueblo, a la comunidad.

Grecia concibió a la *polis* como la dimensión completa o acabada para una convivencia autosuficiente; al hombre, como ser sociable y político orientado naturalmente para desarrollar aquella convivencia. Roma, en cambio, aportó tanto el marco normativo como la explicación jurídica de lo político y del estado, colocados en el derecho público; en tanto, el hombre fue ubicado en el ámbito del derecho privado.

Por ello se afirma que una de las máximas aportaciones del mundo romano antiguo fue la distinción entre *ius publicum* y *ius private*, que posibilita la construcción de la personalidad jurídica del ser humano. De ello no se infiere que se hubiese alcanzado la concepción de los derechos subjetivos. Sin embargo, el aporte de la cultura romana en materia de derecho penal fue pobre, deshumanizado y carente de principios.

Tres distinciones de primordial importancia, aparte de la anteriores, que realiza el derecho romano son: el *ius civile*, consistente en el derecho propio de la ciudad; el *ius gentium*, que es el derecho común a todos los pueblos, citado por Justiniano en las *Institutas*, y el *ius naturale*, el cual se describe como el que la razón establece entre los hombres, observado en casi todos los pueblos, que prescribe lo bueno y prohíbe lo malo. Por lo que hace al derecho civil, se aplicó únicamente a los ciudadanos; el derecho de gentes, a los extranjeros.

En los orígenes de Roma, la confusión del derecho con otros factores, entre ellos los cultos, suscitó la creencia de que el valor de la ley dependía exclusivamente de la letra, de la que derivaban fórmulas sacras. Este rasgo se diluyó al atemperarse medianamente la rigidez supersticiosa de los cultos. Con el paso del tiempo, el sentido de la ley fue transformándose; cobró vigencia la idea de que sólo era propiamente ley aquella que contaba con la aprobación de la representación del pueblo. Por ello, Gayo define a la ley como aquello que el pueblo ordena y establece.

<sup>5</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, et al., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 28.

Más adelante, cuando se pone en circulación el principio de que “lo que el príncipe quiere tiene fuerza de ley”, se relega la noción de que es el pueblo quien ha delegado su poder en el príncipe. La concepción del origen popular de la ley se encuentra vinculada con la idea romana del derecho natural, que conlleva la afirmación de que la ley debe ajustarse a la recta razón y participar del orden natural; de lo contrario, como sugestivamente lo afirma Cicerón: si el derecho se constituye con el querer del pueblo, con el decreto del caudillo o con la sentencia del juez, el latrocinio, el adulterio y la falsificación testamentaria serían derechos si los aprobara el sufragio de la multitud.

De los discursos de Cicerón se conserva la mayoría; su pensamiento político se recoge en *Sobre las leyes*, *Sobre los deberes* y *Sobre la República*. No es un pensador original; se reconoce admirador de Platón. Su mayor mérito fue el operar como compilador así como la fuerza alcanzada en la difusión de su obra, utilizada como referencia constante por los propios romanos, como fuente por los padres de la iglesia y de la escolástica, y como admirada referencia de los renacentistas, incluso de los ilustrados.

Trasciende la concepción de Cicerón sobre la forma de convivencia, con participación de lo que llamamos sociedad o pueblo dentro de un estado: es una reunión de hombres fundada en el consentimiento a un mismo derecho y a una misma concepción de la utilidad común. En esta tesis aparecen el acatamiento a un orden jurídico común y una finalidad también de utilidad general, elementos de primer orden.

En ella se refleja la presencia del derecho, conjugado con el objeto de la convivencia política en una comunidad: *Coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*, solidaridad en el ordenamiento jurídico común para lograr un bien, también compartido por todos. Así nació la cosa común, pública o de todos, que es la *res publica* o república, denominación tradicionalmente asignada al Estado durante toda la Edad Media. Es así que Cicerón propone que todos debemos tender a un sólo fin: “hacer que nuestro interés particular coincida con el interés general. Quien todo lo toma para sí, es enemigo de la sociedad, y dado que la naturaleza nos señala asistir a todo hombre por el sólo hecho de serlo, también es conforme a la naturaleza que el interés de todos sea común”.

Es racionalista en el sentido de que acepta la existencia de una ley natural que los hombres conocen por la recta razón, *conforme a la naturaleza, presente en todos, constante, eterna, cuyos mandamientos señalan el bien y*

*cuyas prohibiciones alejan del vicio.* Tales aseveraciones se aproximan ideológicamente a las justificaciones vertidas posteriormente por San Pablo, San Agustín y Santo Tomás de Aquino. Lo bueno y lo justo son por naturaleza, y no por voluntad de los hombres. Su influencia humanizadora efectiva derivó del estoicismo y no parece haber prueba alguna de que se originara en las comunidades cristianas sobre los grandes jurisconsultos romanos de los siglos II y III D.C.

La recta razón revela a todos los hombres lo que es bueno y justo, y por exclusión, lo que es vicioso e injusto. No hay nada superior a la razón, y como ésta existe tanto en el hombre como en Dios, por medio de la razón el hombre se comunica primeramente con Dios. En segundo lugar, existe una ley natural, que la razón conoce, y que se extiende a todos los hombres.

No es lícito —dice Cicerón— tratar de modificar esta ley, ni es admisible abrogarla o anularla. Ni el senado ni el pueblo pueden absolvernos de cumplir esta ley, ni se requiere nadie que la explique o interprete. No es una en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra posteriormente, sino una ley única, eterna e inmutable, que obliga a todos los hombres y para siempre. Existe un maestro y gobernante común a todos, que es Dios, autor, interprete y juez de esa ley, que impone su cumplimiento. Quien la viola o desobedece, huye de sí mismo y de su naturaleza de hombre, y se hace acreedor a las penas máximas, aunque escape a los suplicios comúnmente considerados como tales. Esta tesis es la mayor aportación de Cicerón al mundo antiguo y al renacentista.

A la producción jurídica de Roma durante la etapa de la Monarquía y la República se le conoce como la del derecho preclásico, erigida sobre los fundamentos del derecho arcaico, cuya fuente principal se encuentra en la costumbre.

En ella se aplica la ley de manera rígida, sin que se tienda a la individualización, revestida mediante un acto solemne, que en ocasiones llega a la celebración de todo un ritual, con el objeto de que los concertantes queden claros de la naturaleza o fuerza de los actos, sin importar la equidad. La aportación más relevante de los romanos fue la distinción entre derecho público y derecho privado, donde gran cantidad de actos jurídicos podían ser realizados únicamente por ciudadanos romanos; solamente en el ocaso de la época Republicana los extranjeros fueron incorporados al ejercicio jurídico de la ciudad.

Las instituciones jurídicas que los romanos crearon para la defensa de los derechos como ciudadanos dentro de los procesos se inician a partir de la *Ley de las XII Tablas*, que reflejan la búsqueda de igualdad, cuando efectúan el reconocimiento de los *patricios* y *plebeyos*, así como el derecho a impugnar una sentencia. Antes de ésta ley, el rey daba las leyes y él mismo aplicaba las sentencias.

El relato tradicional nos dice que esa ley es un texto legendario que regulaba en su contenido diversas materias como normas procesales, el derecho de familia, tutela y curatela, los delitos y el procedimiento criminal, entre otros. En lo tocante a los derechos personales, los tres primeros libros se refieren a la defensa de los derechos de los particulares, que se realizaba a través de la *actio* (acto de parte).

La Ley de las XII Tablas impuso al demandado el deber de asistir a juicio ante el llamado del demandante: la solicitud del imputado a proceso, es decir, cuando es citado para hacerle saber el cargo y el nombre de las personas que deponen en su contra; a esta audiencia se le conoce como audiencia de comunicación de la imputación.

La sentencia, en el derecho de los romanos, tenía fuerza de cosa juzgada. La sentencia dimana de un juez, a quien libremente habían elegido, y al que tenían obligación de someterse; únicamente en casos excepcionales se podía obtener contra la sentencia emitida la *revocatio in duplum* o la *integrum restitutio*. Pero durante el Imperio quedaba abierta una vía: el recurso para todos los casos contra las sentencias fue la *apelatio*, que permitía cambiar la decisión de un juez y obtener una nueva decisión.

Este recurso ha pasado a formar parte, en la actualidad, de los medios de impugnación que la doctrina considera como uno de los instrumentos jurídicos consagrados por las leyes procesales para corregir, modificar, revocar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias, errores, ilegalidad o injusticia.

En Roma, la apelación se estableció a despecho de otras civilizaciones que la desconocieron o negaron, por estar regidas bajo normas de carácter místico, o bien, por vivir bajo gobiernos monocráticos que asumían todos los poderes del Estado, de modo que éste medio de defensa sólo se explicaba en sociedades con otros procesos de desarrollo, que atendieron a sistemas de organización jurisdiccional.

En la Antigüedad existieron dos conceptos de Constitución: el primero, griego, como un concepto material, considerado como un organizador básico

de la *polis*. Esa idea material de Constitución se desprende del vocablo *Politeia*, que significa la *manera de ser de la polis*, atendiendo a que, como lo sostuvo Aristóteles, cada ciudad-estado era diferente, por lo que cada *polis* contaba con su *Politeia*, que organizó y reguló todas las magistraturas, dueña y soberana de todo. Es la autoridad soberana del gobierno de la ciudad en todas sus partes: la *Politeia* misma es el poder.

Platón y Aristóteles, alejándose del sentido material de la *Politeia*, arribaron a la conclusión de que todo gobierno está sujeto a la ley y ésta, a su vez, a un principio u orden superior, lo cual les aproxima al constitucionalismo actual.

Platón sostiene que la política ideal es la creada por personas con capacidad de gobernar con cierta fuerza superior a la ley, pero como esa clase de personas no existen en el mundo, se tiene que recurrir a una ley superior que proviene de la naturaleza.

Aristóteles distingue, además, las leyes comunes del principio que les sirve de base, imprimiéndoles validez. Ese principio que para Platón es la justicia, para Aristóteles es la *Politeia* (constitución), y agrega que las leyes deben estar supeditadas a ella, ya que sólo así serán justas. La *Politeia* tiene la virtud de articular una realidad existencial, comunitaria y, por tanto, general.

En Roma, dentro de éste rubro no encontramos ningún vestigio material acorde al sentido griego, pero sí doctrinal, ya que el término *Constitutio* alude a un poder supremo emanado del emperador. En la práctica se identifica a la *Constitutio* con el *Lex o edictum*, de manera precisa con las disposiciones, órdenes o mandatos imperiales de la época.

Cicerón y Catón toman distancia de la idea de que *Constitutio* consiste en las disposiciones imperiales de Roma. Ambos comparten la tesis que identifica el vocablo con la forma de Estado, sosteniendo que la “Constitución” de la Republica no es obra de un solo hombre, ni de una sola época. Catón, por su parte, afirma que la “Constitución” es una obra de la Republica romana, pero en cuya conformación no todo el pueblo podía participar; ese era un derecho sólo para las clases privilegiadas, pero no para la plebe, los revoltosos o los enemigos de la Republica.

Las Constituciones Imperiales o *leges* fueron las disposiciones jurídicas relevantes dictadas por los emperadores; sobre todo los edictos promulgados durante el Bajo Imperio (periodo en el que se atribuyó poderes divinos al emperador: *dominus*), en el que se hallaba investido de potestad legislativa; éstas eran la única fuente de derecho. Existieron diferentes tipos de

## Constituciones Imperiales:

*Los edictos.* Originalmente tuvieron como destinatarios a una provincia o municipio; con el tiempo, adquirieron el carácter de ordenanzas permanentes, especialmente en temas de derecho público (administrativo, procesal o penal) generales o, en algunos casos particulares, emitidos bajo el nombre del emperador a través de algún funcionario, de observancia general. Fueron fuente de derecho con gran poder en el *dominado*.

*Los mandatos.* Tuviron como destinatarios a funcionarios del Imperio, principalmente gobernadores de provincia. Contenían instrucciones precisas. En el *dominado* se tradujeron en instrucciones para sujetar el desempeño de sus servicios a través de resoluciones generales, haciendo las veces de lo que actualmente conocemos como facultades expresas.

*Los rescriptos.* Recogieron la opinión de los emperadores sobre consultas jurídicas realizadas por las partes involucradas en un litigio, o de los magistrados encargados de la solución del conflicto. Cuando la consulta provenía de algún particular, el emperador respondía al calce de las solicitudes, de donde deriva su denominación: *suscriptiones*, que significa lo escrito debajo. Si la solicitud era de un Juez, se respondía a través de un pliego o carta, y por eso eran llamados epístolas. Atenuaron su importancia en el *dominado*.

*Los decretos.* Fueron sentencias judiciales dictadas por los emperadores sobre asuntos sometidos a su conocimiento en causas complicadas a petición de cualquiera de las partes, cuando el asunto no había sido resuelto mediante sentencia por parte del juez. Si el emperador estimaba relevante la petición, daba indicaciones obligatorias al juez sobre el sentido de la resolución mediante un *rescripto*. Esa práctica, llamada *per rescriptum*, desapareció con el emperador Constantino. Los emperadores también atendieron asuntos en grado de apelación, por recursos interpuestos por los magistrados o por los litigantes; en múltiples ocasiones, a través de decretos, los emperadores se convirtieron en creadores de normas; asesorados por su *consilium*, solucionaron litigios y crearon nuevas disposiciones para cubrir lagunas o esclarecer la oscuridad de las normas existentes. Esta práctica perdió importancia durante el Bajo imperio.

### 3. EL *COMMON LAW* Y EL *CIVIL LAW*

Circula la creencia de que el origen más remoto del principio del debido proceso se registra históricamente en Inglaterra, bajo el amparo de la Carta Magna de 1215. Sin embargo, el mencionado documento sólo tuvo el carácter de un pacto de protección para feudales, un armisticio con el cual concluye una rebelión que, al paso del tiempo, ha evolucionado hasta ser considerada por el constitucionalismo contemporáneo como una condición sin la cual no se puede considerar apegado a derecho cualquier procedimiento administrativo o judicial enderezado en contra de toda persona; un *requisito sine qua non*, una garantía indispensable de cualquier gobierno que se precie de actuar bajo la consideración de un Estado de derecho.

La Carta Magna recogió el acuerdo celebrado entre la Iglesia y el Estado, los barones y el rey, los mercaderes urbanos y la realeza, las esposas y los maridos, los plebeyos y los nobles; en suma, fue resultado de la rebelión, de manera semejante a la Declaración de Independencia de la Unión Americana en 1776, la cual es sugerida por Tom Paine como una “carta magna americana”. Para comprenderla en toda su plenitud se requiere destacar la importancia de la figura del pro-común.

El término *Carta Magna* fue empleado por vez primera en 1218, para distinguirlo de la Carta del Bosque, redactada un año antes. Los derechos políticos y legales sólo pueden existir sobre una base económica. Para ser ciudadanos libres tendremos que ser productores y consumidores en igualdad de condiciones.

En contraste con la separación de derechos económicos o sociales y los derechos económicos o políticos a los que estamos acostumbrados (gracias a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966), en los dos documentos que conforman la Carta Magna, la restricción de la conducta autocrática iba en paralelo con los derechos comunes dirigidos a restituir los usufructos de subsistencia (bienes o usos requeridos para el bienestar indispensable). De este modo, las Cartas limitaban la expropiación, por ejemplo, de la miel, el endulzante más común. El artículo XIII de la Carta del Bosque declara: “Cualquier hombre libre podrá tener en sus propios bosques nidos de halcones, azores, gavilanes, águilas y hurones; y también podrá tomar la miel que se encuentre en sus bosques”.



En 1225, ambas cartas asumieron la forma que finalmente adoptó la Carta Magna. Para 1297, Eduardo I destacó que ambas debían convertirse en el *common law* del reino. Más adelante, mediante una ley emitida por Eduardo III en 1369, comenzó a aludirse a las dos como si se tratase de un solo estatuto.

Williams Blakstone, catedrático de derecho en Oxford, en 1759, realizó el estudio de la Carta Magna que preparó el clima intelectual para la Revolución de Independencia de la Unión Americana: las *Great Chartes of the liberties of England* formaban un ordenamiento legal unificado.

El Estado nacional forjado durante el Modernismo, apoyado en la experiencia de estadios anteriores, tomó como centro de su estructura organizacional al derecho. En su evolutiva positivización destaca el tránsito ocurrido con el acuerdo que inicialmente imperó de manera exclusiva en el ámbito privado para formar parte, finalmente, del derecho público.

A medida que surgieron parlamentos, se les imprimió el carácter de instituciones representativas del *consensus* del país. En este proceso, las clases dominantes del estadio anterior perdieron fuerza. Esto favoreció el *tiers état*, en el que las declaraciones de derechos no fueron ya consecuencia de un acuerdo contractual realizado entre dos sectores estamentales, sino reflejo de la centralización del poder que las fuerzas políticas imponen a través de una ley general a la que se somete también al príncipe.

No podemos pasar por alto que, en aquella etapa, fue la burguesía emergente la beneficiaria de las reivindicaciones enarboladas y plasmadas en los documentos; nos encontramos ante la sustitución de la aristocracia por la burguesía, que en adelante hablará en nombre del pueblo, atribuyendo al Estado la característica de imparcialidad y neutralidad por encima de los sectores dominantes.

Peter Linebaugh<sup>6</sup> nos llama la atención en torno a una apreciación equivocada. Aunque tradicionalmente el impacto de éste principio se aprecia con mayor rigor en el ámbito del procedimiento penal, el interés por la actuación de que las autoridades involucradas con el funcionamiento del gobierno y del aparato de justicia en sus tres esferas —administración, procuración e impartición— es una preocupación doctrinal permanente para los estudiosos del derecho.

Los ámbitos en los que incide el principio destacado no inician ni se agotan con el proceso judicial propiamente dicho, sino que, colateral y

<sup>6</sup> Linebaugh, Peter. *El Manifiesto de la Carta Magna*. España, Traficantes de sueños, 2013.

directamente, se entrecruzan de modo contundente con el paradigma de la democracia, la legitimidad, la erradicación de la tortura y la salvaguarda de la cultura de respeto por los derechos humanos, con el apego a la legalidad institucional en la actuación de los órganos de gobierno en el ámbito de la administración pública. El “debido proceso” permea la totalidad de las instancias e instituciones en la que hace acto de presencia el desempeño gubernamental.

El profesor escandinavo Vilhen Aubert destaca que son cinco las funciones principales del derecho en el funcionamiento de la sociedad: como una herramienta propiamente de gobierno; como un medio para modelar el comportamiento de los ciudadanos; como un instrumento para distribuir los recursos y cargas a la sociedad; como un mecanismo para orientar las expectativas hacia la concreción de objetivos predecibles establecidos previamente; y como un instrumento en el manejo y solución de conflictos que sirve a la vez como expresión material en la consagración de ideales y valores tanto al interior como al exterior de un grupo humano.

El *civil law* es el que se desarrolla en la cultura jurídica romana, que se nutre además con la aportación de los pueblos germanos.

#### 4. EL DEBIDO PROCESO, LA CARTA MAGNA Y LA CARTA DEL BOSQUE

La mayoría de las veces, cuando se habla del debido proceso, se pone atención exclusivamente a las prácticas y mecanismos adoptados por el derecho en el manejo y solución de conflictos, tanto en las instancias jurisdiccionales como en las cuasi jurisdiccionales. La causa se atribuye a la insatisfacción que en numerosos países se percibe debido al lento desempeño de los tribunales en su tarea, las altas sumas de recursos económicos que se requieren, el interés por mantener en reserva el tratamiento de ciertos temas, la desarticulación o desfase de las disposiciones procesales para el tratamiento de temas relevantes como los derechos difusos o colectivos y, en alto número, por la ausencia de criterio jurídico o la venalidad de algunos funcionarios.

No obstante, el principio del debido proceso forma parte del capítulo de Derechos Fundamentales en un alto número de constituciones políticas y apuntala expresamente el funcionamiento de las instancias jurisdiccionales. Se considera como un derecho fundamental de carácter instrumental vinculado con los derechos de libertad, puesto que se deposita para su tutela

en un órgano revestido de autonomía, que en su interior preserva, a su vez, la independencia de los juzgadores para que estos sean imparciales. Forma parte del ámbito de los derechos de corte prestacional libre de la injerencia del Estado, el cual se compromete a asegurar la vigencia de las condiciones requeridas para lograr que las resoluciones sean consideradas racionales, justas y legales.

Algunos autores se sumergen en la pretensión de construir un concepto que describa fielmente y de mejor manera la idea relacionada con el «debido proceso». Nosotros comulgamos con la tesis vertida por Kar Larenz, quien considera a la institución, junto con la imparcialidad del juez, como uno de los dos principios procesales de un Estado de derecho. Atribuye al «debido proceso» la condición tutelar, el principio de contradicción bajo el cual se materializa la garantía de audiencia, vinculados ambos por el respeto a la persona humana, a quien debe darse la ocasión de manifestarse antes de que otra, facultada para ello, tome una decisión en un asunto que concierne a la primera.

También proyecta su alcance al ámbito de la administración pública; es un criterio moral fuera del ámbito de la esfera del derecho, entre padres e hijos, o cuando un docente llama la atención a un alumno, sin que sea necesaria la juridificación positiva de estas relaciones, por tratarse de un imperativo de justicia, de donde deviene ejercitarlo como una prescripción de autoridad moral.

Al adoptarse el tema que nos ocupa como una condición obligada al interior de un Estado, se articula la idea de un gobierno limitado primordialmente por el derecho, que posibilita superar la arbitrariedad; por tanto, es una institución de primordial relevancia tanto en el plano jurídico como en el político y el moral.

## 5. CONCLUSIONES

Lo que se excluyó de las políticas económicas del neoliberalismo y de las políticas culturales del postmodernismo fueron los cambios globales reales que se dieron en la década de los noventa: las migraciones internacionales, los nuevos cercamientos, la feminización de la pobreza, el desarrollo del trabajo precario y la neoesclavitud.

El término Carta Magna fue empleado por vez primera en 1218, para distinguirle la Carta del Bosque, redactada en 1217. Sin embargo, para 1225

ambos documentos, amalgamados, fueron referidos conjuntamente bajo esa única denominación

Los derechos políticos y legales sólo pueden existir sobre una base económica. Para ser ciudadanos libres tendremos que ser por igual productores y consumidores.

Producto de los actuales cercamientos, los bosques están siendo destruidos en todo el planeta, en pos (del beneficio) de un afán comercial, como resultado de que los productos derivados del petróleo se hayan convertido en la mercancía fundamental de la reproducción humana y el desarrollo económico mundial. Los pueblos indígenas, todos comuneros, están siendo expropiados en todo el planeta, para explotar los mantos acuíferos, la minería a cielo abierto, así como la extracción de gas *shale*, a favor de las empresas transnacionales, sin importar el grave daño que impacta al medio ambiente.

En el combate al terrorismo se reproducen las añejas prácticas que se implementaron durante los siglos XVI, XVII y XVIII en contra de las mujeres acusadas de practicar la brujería, tanto en Europa central como en la Unión Americana.

La omisión al principio del «debido proceso» se ve claramente violentada con los prisioneros de Guantánamo por parte de la Unión Americana.

El movimiento social ha sido criminalizado, y se han librado órdenes de aprehensión en contra de sus líderes. México no es la excepción, se ha anulado la propiedad comunal reconocida en el ejido en detrimento del sector social más débil y sensible, como resultado de las reformas estructurales.

## 6. PROPUESTAS

Se deben impulsar las investigaciones de corte transdisciplinar para profundizar científicamente en una comprensión más amplia del derecho.

Por otro lado, se debe identificar el tema bajo un enfoque globalizado, de un mundo globalizado, en que el derecho tiene diversas expresiones que, hasta el presente, impiden organizar un frente común en defensa del planeta.

Por último, hay que prestar mayor atención a las aportaciones científicas en la búsqueda de la verdad, donde áreas como la neurociencia aplicada a la averiguación previa estiman haber alcanzado metas ambiciosas, pero que han encontrado resistencia por parte de algunos científicos del derecho, quienes consideran que violenta el derecho a la intimidad.