



CENTRO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS
"ROSARIO IBARRA DE PIEDRA"
CASA EDITORIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MEMORIAS

PRIMER DIPLOMADO

PENSAMIENTO JURÍDICO MEXICANO.

CRÍTICA Y TEORÍA CONTEMPORÁNEA

DEL DERECHO

Héctor Parra García (Compilador)

Comisión Nacional de los Derechos Humanos

María del Rosario Piedra Ibarra

Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Francisco Javier Emiliano Estrada Correa

Secretario Ejecutivo

Rosy Laura Castellanos Mariano

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

“Rosario Ibarra de Piedra”

PUBLICACIÓN GRATUITA
PROHIBIDA SU VENTA



CENTRO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS
“ROSARIO IBARRA DE PIEDRA”
CASA EDITORIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MEMORIAS

PRIMER DIPLOMADO PENSAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. CRÍTICA Y TEORÍA CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO

Héctor Parra García
(Compilador)



MEMORIAS

PRIMER DIPLOMADO PENSAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. **CRÍTICA Y TEORÍA CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO**

Héctor Parra García

Primera edición: diciembre, 2025

ISBN: En trámite

D. R. © Comisión Nacional
de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469,
esquina Luis Cabrera,
col. San Jerónimo Lídice,
demarcación Territorial La Magdalena Contreras,
C.P. 10200, Ciudad de México.



CONTENIDO

Presentación	5
Introducción	7
Modulo I. Filosofía Mexicana y Pensamiento Jurídico Mexicano	15
Primera Sección: Filosofía Mexicana	16
La concepción del Derecho (<i>ius</i>) según Bartolomé de las Casas y Sor Juana Inés de la Cruz.	
Breve análisis del humanismo ante la Colonialidad jurídica de América. Laura Alicia Soto Rangel	17
Científicos durante la guerra de independencia. Alberto Saladino García	35
Filosofía mexicana y derecho: el exilio republicano español. Antolín Sánchez Cuervo	41
Sabidurías Comunitarias entorno al derecho y justicia tsotsil. Manuel Bolom Pale	53
La intersección de dos caminos filosóficos. Raúl Alcalá Campos	60
Frente al extractivismo: interculturalidad, cuidado y cultura de paz. Un acercamiento desde la ecojusticia. Dora Elvira García-González	78
Segunda Sección: Pensamiento Jurídico Mexicano	94
El pensamiento filosófico-jurídico de Eduardo García Mánynez (1908-1993)	95
Imer B. Flores	95
Redeterminación comunicativa del derecho. Arturo Berumen Campos. Jacqueline G. Ortiz Andrade	117
Hacia un pensamiento jurídico mexicano. Napoleón Conde Gaxiola	131

Modulo II. Teoría jurídica contemporánea y pensamiento jurídico alternativo	153
El iusnaturalismo contemporáneo. Luis Enrique Ramírez Vargas	154
Nociones básicas de Teoría Crítica del Derecho. Nicolás Vainer	162
Perspectivas Críticas del Garantismo de Ferrajoli. Alex Valle Franco	178
Realismo jurídico genovés. Pierluigi Chiassoni	186
Género y teorías feministas del derecho. Abril Uscanga-Barradas	220
Hacia una matriz de pensamiento jurídico crítico latinoamericano. Diego J. Duquelsky Gómez	229
Teoría del Derecho y Función Social. Eduardo Andrade Sánchez	240
Estudios de Derecho y Literatura: Ángel Rama y Clorinda Matto de Turner. Alfonso Macedo Rodríguez	251
Modulo III. Visiones críticas sobre el constitucionalismo, los derechos humanos y el impacto del desarrollo tecnológico en el Derecho	259
Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Acerca de las condiciones semánticas de un juego del lenguaje con sentido. María del Pilar Zambrano	260
Diálogo sobre el cambio Constitucional en América Latina desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Juan José Cantillo Pushaina	277
Inteligencia Artificial e Impartición de Justicia en México: Hacia una Justicia Moderna, Imparcial y Transparente que garantice la protección de los derechos humanos. Froylán Borges Aranda	286
Derechos humanos neuro-específicos. Hugo S. Ramírez-García	302



PRESENTACIÓN

Les damos la más cordial bienvenida a la lectura de esta *Memoria del Primer Diplomado Pensamiento Jurídico Mexicano. Crítica y Teoría Contemporánea del Derecho* un esfuerzo formativo clave en la transformación de la práctica jurídica y de los derechos humanos de México.

Desde la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e innovación (SECIHTI) se ha asumido la responsabilidad de generar nuevos marcos de conocimiento, investigación, enseñanza y profesionalización de los operadores jurídicos que se requieren para consolidar el proceso de transformación social que experimenta México en los años recientes.

A partir de 2019 la CNDH ha enfocado un mayor esfuerzo institucional en la promoción de los derechos humanos desde una visión crítica. Esta transformación pasa por superar su entendimiento juridicista e incorporar otras lecturas del Derecho que vayan más allá de las visiones positivistas del “deber ser” normativo. El Derecho también debe ser crítico ya que la realidad social y las relaciones de poder que la hilvanan son cada vez más complejas. Se requiere que el Derecho deje de ser un instrumento del poder y se convierta en una herramienta al servicio del pueblo.

El proyecto “Aportaciones del pensamiento jurídico mexicano al desarrollo de la teoría del Derecho y la construcción del orden jurídico nacional: renovación e incidencia de la teoría, la enseñanza y la investigación del Derecho en la cultura jurídica, la práctica institucional del Derecho y la defensoría de los derechos humanos en México, frente a los grandes retos del siglo XXI en materia de derechos humanos y justicia social” busca contribuir con este propósito bajo la convicción de que es necesario otro perfil de personas profesionales jurídicas y de modelos de enseñanza y teorización transdisciplinarios que contribuyan a una práctica jurídica y de defensa de derechos humanos integral, interseccional y con perspectiva de género.

Un anclaje prefigurativo de esta magna labor institucional está en generar espacios críticos de formación como el Diplomado que da contenido a esta Memoria. En el *Diplomado Pensamiento Jurídico Mexicano. Crítica y Teoría Contemporánea del Derecho* (2024) se buscó generar espacios de discusión académica con personas docentes e investigadoras de amplio reconocimiento internacional en diversas disciplinas como la filosofía, sociología, política, estudios culturales, todo ello con la finalidad de deconstruir la visión reduccio-

nista del Derecho que prevalece en las académicas y centros de enseñanza del país.

Las aportaciones que aparecen en esta Memoria hilvanan una perspectiva crítica del Derecho y que espera ayudar a estudiantes, profesionales y académicos a abrir distintas betas de análisis del Derecho desde múltiples perspectivas, las cuales consideramos son claves para la transformación de la enseñanza y profesionalización de personas que operan jurídicamente en distintas instancias académicas y de la administración pública de México.

En última instancia, esta Memoria busca ser un medio para fortalecer la labor preventiva de la CNDH en la promoción de personas operadoras jurídicas del Derecho y los Derechos Humanos, tratando de fortalecer una cultura de participación democrática en las personas que forman parte de las instituciones públicas. Esta cultura democrática ha sido producto del devenir histórico de diversas luchas sociales del pueblo mexicano en su demanda por el reconocimiento de sus derechos humanos.

Estos horizontes de transformación teórica y educativa se encuentran de manera latente en todas las contribuciones de la Memoria.

Agradeciendo a SECIHTI y al Departamento de Publicaciones del CENADEH-CNDH por sus invaluables aportaciones, esperamos que la lectura de esta Memoria contribuya en continuar fortaleciendo su lectura crítica del Derecho y los Derechos Humanos.



INTRODUCCIÓN

Por primera vez en la historia, el Estado mexicano están atravesando por un proceso democrático de transformación institucional y normativa que abre nuevos horizontes de realización política en materia de derechos humanos y de justicia social. Las reformas legislativas que han dado pie a estos cambios han buscado restaurar la soberanía nacional, fortalecer la democracia republicana y potenciar los derechos humanos. Es una respuesta directa a los estragos económicos y sociales atribuidos a las políticas económicas neoliberales y, por lo tanto, no ha estado exento de resistencias y contraposiciones de ciertos sectores privilegiados y grupos de poder que han visto peligrar sus intereses políticos y económicos.

Con el paso de este proceso de transformación, se ha hecho patente la necesidad de la participación de diversos profesionales en la administración pública: abogados, operadores jurídicos, servidores públicos y defensores de derechos humanos, que contribuyan desde una gestión crítica del Estado a hacer realizables los avances legislativos en materia de justicia social y pleno reconocimiento de derechos. Estos profesionales no sólo deben ser técnicamente competentes, sino también estar profundamente comprometidos con el interés público. Necesitan una formación crítica, interdisciplinaria, intercultural y con perspectiva de género que rescate y enriquezca el constitucionalismo social mexicano.

Desde esta coyuntura histórica, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) —a través del Centro Nacional de Derechos Humanos “Rosario Ibarra de Piedra” (CENADEH)— y la Secretaría de Ciencias, Humanidades, Tecnología e Innovación (SECIHTI) crearon el proyecto: “Aportaciones del pensamiento jurídico mexicano al desarrollo de la teoría del Derecho y la construcción del orden jurídico nacional: renovación e incidencia de la teoría, la enseñanza y la investigación del Derecho en la cultura jurídica, la práctica institucional del Derecho y la defensoría de los derechos humanos en México, frente a los grandes retos del siglo XXI en materia de derechos humanos y justicia social”, con el objetivo de generar nuevos perfiles profesionales en materia de Derecho y Derechos Humanos desde una raigambre crítica que implique la renovación de la teoría, la enseñanza y la visibilidad de las aportaciones de juristas mexicanas y mexicanos en la teoría del Derecho y los Derechos Humanos.

Una dimensión clave en el proyecto tiene que ver con la formación interdisciplinaria, intercultural e interseccional que requiere todo profesional de Derecho. Así, el *Diplomado Pensamiento Jurídico Mexicano. Crítica y Teoría Contemporánea del Derecho* surge como un espacio gratuito, transversal e interdisciplinario para mostrar distintas problemáticas de la teorización y la enseñanza del derecho. A lo largo de 2024, este diplomado se ha convertido en un referente nacional e internacional de enseñanza de Derecho y los Derechos Humanos desde una lectura crítica.

La Memoria que se presenta en este volumen recopila gran parte de las intervenciones de la primera edición del Diplomado entre el 5 de junio y el 22 de noviembre de 2024. Reúne investigaciones y cátedras de personas investigadoras ampliamente reconocidas por sus aportaciones al pensamiento interdisciplinario y transversal del Derecho y los Derechos Humanos. Cada una de estas valiosas aportaciones se presentan de manera cronológica, siguiendo la coherencia analítica en cómo fue estructurado el Diplomado.

Un punto de partida esencial para entender el Derecho y los Derechos Humanos es comprender sus fundamentos epistemológicos. Es por lo que el primer módulo se titula “Filosofía mexicana y pensamiento jurídico mexicano”.

La primera sección de este módulo fue coordinada por la Dra. Xóchitl López Molina y muestra una beta poco explorada en los estudios jurídicos: la existencia de la filosofía mexicana del derecho y su contribución a la teoría universal del Derecho, a la interculturalidad y a la problematización del encubrimiento de miles de conocimientos durante la modernidad colonial capitalista. Esta primera parte del módulo I reúne 7 contribuciones que versan en esta dimensión genealógica de la Filosofía del Derecho en México.

Encontramos la contribución de Laura Alicia Soto Rangel bajo el título “La concepción del Derecho (*ius*) según Bartolomé de las Casas y Sor Juana Inés de la Cruz. Breve análisis del humanismo ante la colonialidad jurídica de América” en donde examina las teorías jurídico-filosóficas de humanistas mexicanos de los siglos XVI y XVII, como Bartolomé de las Casas y Sor Juana Inés de la Cruz, utilizando la teoría crítica y decolonial latinoamericana para contrastar sus postulados con las ideas liberales defensoras de la colonialidad, exemplificadas por John Locke. La primera parte del estudio analiza cómo el proyecto de conquista en América y los tratados como el de Tordesillas sentaron las bases económicas y jurídicas para la explotación territorial y humana, con el liberalismo lockeano justificando la esclavitud y el derecho de posesión en un “estado de naturaleza”. En la segunda parte resalta el humanismo mexicano de De las Casas, quien defendía la libertad natural inherente a todo ser humano y el “*ius*” como sustento esencial de las leyes, criticando la esclavitud y la violencia.



El trabajo de Alberto Saladino García “Científicos en la Independencia” nos brinda un recorrido sustantivo de algunos saberes racionales de la época precolombina y del proceso de introducción y aclimatación de la ciencia occidental en Nueva España durante los siglos XVI, XVII y XVIII, todo ello como antecedentes y fuentes nutritivas de la tradición científica que impactó la lucha independentista y el diseño de la nación mexicana.

La tercera aportación la realiza Raúl Trejo Villalobos bajo el título “Filosofía mexicana del siglo XX: instituciones, generaciones y conceptos”. En ella propone un enfoque alternativo para narrar la historia de la filosofía en México, vinculando la evolución de las ideas filosóficas con el desarrollo de las instituciones donde se cultiva el pensamiento y las especificidades de las distintas generaciones de filósofos que la nutrieron. Esta contribución busca articular a las instituciones, las personas y las ideas como un anclaje prefigurativo de la institucionalización de la filosofía en México, teniendo como momento constitutivo la fundación de la Universidad Nacional de México en 1910.

Como un momento clave en el desarrollo de la filosofía en México, la ponencia “Filosofía mexicana y Derecho: el exilio republicano español” de Antolín Sánchez Cuervo, explora la profunda relevancia del exilio republicano español de 1939, destacando su impacto en la colisión de dos grandes tradiciones políticas: el derecho internacional humanista, gestado en la Escuela de Salamanca y el humanismo republicano antí imperialista, y la tradición maquiavélica de poder y dominación. Esta ponencia subraya cómo juristas exiliados — como Mariano Ruiz-Funes y Luis Recaséns Siches, quienes vivieron el fracaso del derecho internacional y el estado de derecho bajo regímenes totalitarios— encontraron en México un refugio y una oportunidad para combatir la imposición de narrativas de poder y contribuyeron a una memoria histórica de rationalidad crítica ante el avance de los autoritarismos.

Desde una perspectiva intercultural crítica, la participación de Manuel Bolom Pale en el Diplomado se giró en torno a la “Sabidurías Comunitarias entorno al derecho y justicia *tsotsil*”. Pale propone un giro en la concepción de justicia, abogando por la recuperación y la comprensión de la justicia de los pueblos originarios, particularmente la comunidad *tsotsil*. El autor sostiene la hipótesis de que la reciprocidad es el contenido central de la justicia en el sistema comunitario *tsotsil*, no desde una cosmovisión ancestral “pura”, sino arrraigada en las prácticas y las relaciones de producción comunitarias. Esta perspectiva de justicia comunitaria, caracterizada por el “gran respeto” (*ich’el ta muk’*) y el ser en común, desafía la noción de derechos centrada únicamente en la persona individual, proponiendo que el trabajo a favor de la comunidad

genera tanto derechos como diferenciación relacional, lo que abre nuevas posibilidades para las instituciones y la concepción de la justicia en México.

En “La intersección de dos caminos filosóficos” de Raúl Alcalá Campos se aborda la evolución de la filosofía mexicana en el siglo XX, particularmente el giro hacia el “ser del mexicano” impulsado por Samuel Ramos, y la posterior emergencia de la cuestión indígena —con el movimiento zapatista en 1994— como un hito que contribuyó al reconocimiento de México como una nación plural y multicultural. Una contribución importante ha sido como el debate sobre la coexistencia del derecho positivo con los sistemas jurídicos de los pueblos originarios, obliga a una reflexión filosófica que articule ambos caminos para alcanzar una justicia social efectiva y una interculturalidad real, más allá de la mera coexistencia. Se enfatiza que la filosofía mexicana contemporánea debe integrar las perspectivas indígenas para construir una comprensión más profunda de la identidad y la justicia en el país.

La ponencia “Frente al extractivismo: interculturalidad, cuidado y cultura de paz. Un acercamiento desde la ecojusticia” de Dora Elvira García González da cierre a esta primera parte del módulo I. En ella se aborda el problema de extractivismo —no solo de la naturaleza, sino también de las culturas y la vida en su conjunto— como una manifestación de la profunda crisis civilizatoria en la que vivimos. Elvira propone una ecojusticia, como un marco que integra las exigencias de la justicia social y ambiental, buscando un cambio radical en la forma de habitar el mundo, más allá de la sostenibilidad o el desarrollo sustentable. Se enfatiza la necesidad de una interculturalidad genuina, que no solo reconozca las diferentes formas de vida y cosmovisiones, sino que también promueva el cuidado (de las personas y el medio ambiente) y una cultura de paz.

La segunda sección del módulo I se formuló en torno al pensamiento jurídico mexicano y fue coordinada por el Maestro Jimi Alberto Montero Olmedo. Esa sesión reúne tres contribuciones que giran en torno a la afirmación de la existencia de un pensamiento jurídico propio en México así contribución a la teoría general del derecho y el sistemático proceso de invisibilización por supuestos universalismos de las teorías hegemónicas del Norte global.

La octava ponencia del módulo “El pensamiento filosófico-jurídico de Eduardo García Mázquez (1908-1993)” de Imer Flores rinde homenaje a uno de los juristas y filósofos que han influido en el pensamiento jurídico de/por México. Imer destaca su vasta contribución a la filosofía del derecho a partir de obras como “Introducción al estudio del derecho” y por su desarrollo de la “Teoría de los tres círculos”, que integra las dimensiones filosóficas o axiológi-

co-jurídica, normativa o lógico-jurídica, y fáctica o sociológico-jurídica del derecho. Imer pone énfasis en que el pensamiento de Ményez se caracteriza por una búsqueda constante de la justicia y una profunda reflexión filosófica sobre la realidad jurídica, uniendo la teoría y la práctica en el ámbito legal. Esta contribución resalta la importancia de estudiar y preservar el legado de Ményez para continuar reformulando una comprensión propia del derecho desde la realidad latinoamericana.

Jacqueline G. Ortiz Andrade y Alfonso Coronel Urrieta, presentaron la ponencia “Redeterminación comunicativa del derecho” en donde realizan una crítica a la fragilidad de las comunidades y tradiciones filosófico-jurídicas latinoamericanas, atribuida a la falta de diálogo con el pasado y entre los propios filósofos del derecho. Los autores resaltan la propuesta de Berumen Campos, quien concibe el derecho no como un mero conjunto de normas, sino como un sistema vivo de actos de habla, donde el lenguaje es fundamental para la interacción social. Esta perspectiva, que denomina “teoría comunicativa del derecho”, busca trascender la concepción tradicional del derecho natural para alcanzar una “redeterminación dialéctica” de este, haciendo eco de la idea de que todos los caminos conducen a una comprensión más profunda y contextualizada del derecho.

El cierre de esta sección y del módulo I tuvo lugar con la ponencia “Hacia un pensamiento jurídico mexicano” de Napoleón Conde Gaxiola, en la cual propone una redefinición del concepto de Derecho, alejándose del positivismo y del iusnaturalismo, para construir una teoría y práctica jurídica basada en la hermenéutica y la semiótica. El principal objetivo de esta contribución está en desarrollar un pensamiento jurídico mexicano crítico que integre la Teoría General del Derecho (TGD), la Praxis General del Derecho (PGD) y una ciencia jurídica con un enfoque hermenéutico, dialéctico y transformador.

En segundo módulo estuvo orientado a la “” como una necesidad de explorar y hacer visible la pluralidad de concepciones y prácticas del derecho que prevalecen y resisten y contribuir con ello, a una crítica profunda a los fundamentos positivistas del derecho neoliberal que prevalece en México. El módulo fue coordinado por el Centro Nacional de Derechos Humanos “Rosario Ibarra de Piedra”.

El texto “El iusnaturalismo contemporáneo” de Luis Enrique Ramírez Vargas abre el módulo II. Se aborda la tarea central del iusnaturalismo actual: desmantelar las caricaturas y deformaciones que el positivismo jurídico ha construido en torno a él. Luis Enrique distingue entre el iusnaturalismo racionalista o moderno y el clásico, bajo la argumentación de que las críticas a

menudo ignoran esta distinción y confunden el concepto de “naturaleza”. Contrario a la acusación de la “falacia naturalista”, el iusnaturalismo clásico no deriva deberes de una naturaleza empírica, sino de una concepción metafísica y teleológica del ser humano, cuya naturaleza histórica es inherentemente normativa. Esta contribución refuta la idea de que para el iusnaturalismo una ley injusta no es ley en absoluto, aclarando que, en la tradición clásica, una ley injusta es considerada una ley corrupta o desviada que no cumple su fin de buscar el bien común, lo que demuestra la riqueza y la complejidad de esta corriente filosófica.

Nicolas Vainer nos muestra en su contribución “Nociones básicas de Teoría Crítica del Derecho” una introducción a esta vertiente filosófico-jurídica, en clara distinción con el realismo, el iusnaturalismo y el positivismo. Vainer plantea la necesidad de deconstruir las nociones tradicionales del derecho e invita a reflexionar sobre si el derecho, tal como está concebido, realmente promueve el bienestar general o si, por el contrario, contribuye a la desigualdad y la pobreza. La ponencia enfatiza que para comprender verdaderamente el derecho no basta con conocer leyes y fallos, sino que es importante abordar una pregunta fundamental: ¿de qué es la justicia y si el derecho inherentemente se dirige hacia ella? Para dar respuesta a ello, nos dice el autor que es necesario un esfuerzo consciente y ético para construirla, sugiriendo que la justicia debe sentirse y construirse “con el corazón”.

La tercera contribución de este módulo la realizó Alex Valle Franco con la disertación acerca de las “Perspectivas críticas del garantismo de Ferrajoli”. En esta analiza los límites del garantismo jurídico, destacando que, a pesar de que se busca con esta perspectiva “proteger los derechos fundamentales y limitar el poder estatal”, esta posee vacíos e inconsistencias, y su esencia positivista restringe su interpretación y extensión en la dialéctica de las relaciones sociales. Valle argumenta que, aunque el garantismo prioriza la supremacía constitucional, su arraigo en el positivismo limita su capacidad para abordar plenamente la complejidad de la protección de derechos en un mundo globalizado. Así, se invita a una reflexión crítica sobre las limitaciones del garantismo como un modelo “integral y pleno” para la defensa de los derechos fundamentales.

Con la ponencia “Realismo jurídico genovés”, Pierluigi Chiassoni describe de manera detallado esta corriente filosófica-jurídica que contribuye a la profundización del derecho desde tres ejes: I) el realismo como una fuente del derecho, II) la realidad como una manifestación original dentro de la tradición del derecho, y III) que existen razones actuales para seguir utilizando el término “realismo jurídico genovés”. Chiassoni examina el realismo jurídico genovés



tanto desde una perspectiva meta-teórica, analizando cómo ha sido interpretado por diversos iusfilósofos, así como desde una perspectiva teórica, explorando su concepción de la corrección interpretativa y su crítica a las teorías cognoscitivistas de la interpretación jurídica.

El documento “Género y teorías feministas del derecho” de Abril Uscanga-Barradas explora cómo las teorías críticas feministas del derecho analizan y cuestionan las estructuras legales que perpetúan la desigualdad de género y otras formas de opresión, como las relacionadas con la raza, la clase social y la orientación sexual. La autora argumenta que el derecho no es puramente neutral ni objetivo, sino que a menudo refleja y refuerza los prejuicios y las jerarquías de poder existentes en la sociedad. El texto enfatiza la importancia de comprender cómo las identidades interseccionales afectan la experiencia de las mujeres con la ley, proponiendo una perspectiva que va más allá del estudio tradicional de la violencia para abordar las complejidades de la discriminación y la desigualdad.

La ponencia: “Hacia una matriz de pensamiento jurídico crítico latinoamericano” de Diego J. Duquelsky Gómez, busca establecer dos enfoques para la construcción de un pensamiento pospositivistas: un enfoque liberal y otro enfoque crítico. Para ello, propone una matriz de análisis basada en diez dicotomías fundamentales: moderno *versus* posmoderno; racionalismo *versus* irracionalismo e individual *versus* colectivo, entre otras. Aunque Duquelsky reconoce que esta clasificación es arbitraria, simplificada e imprecisa, y que los términos pueden ser vagos, sostiene que esta matriz ofrece claves útiles para repensar el pensamiento jurídico latinoamericano y avanzar hacia una comprensión más profunda y contextualizada de los problemas anclados en cada realidad específica.

Eduardo Andrade Sánchez hace una aportación más pragmática con el trabajo “Teoría del Derecho y Función Judicial”. En él aborda la relación entre las diversas teorías jurídicas y la función judicial en México, señalando la incertidumbre actual sobre los alcances del ejercicio jurídico institucional. El autor critica las desviaciones generadas por ciertas interpretaciones del constitucionalismo. Enfatiza que la supremacía constitucional no debe implicar que el Poder Judicial pueda invalidar o sustituir al Poder Legislativo o al Constituyente Permanente. Andrade Sánchez advierte sobre el peligro de una “dictadura judicial” si se permite que los juegadores dispongan de la Constitución a su antojo, subrayando la importancia de que los conocimientos teórico-jurídicos sirvan para asegurar el cumplimiento de la Constitución sin exceder los límites de la función judicial.

Otra aportación de este módulo se titula “Estudios del Derecho y Literatura: Ángel Rama y Clorinda Matto de Turner” y es de Alfonso Macedo Rodríguez. En ella se explora la intertextualidad entre la narrativa literaria y el ámbito jurídico. A través de un análisis de texto de la obra “Aves sin nido” de Clorinda Matto de Turner, el texto revela como la corrupción y el atraso social formaba parte del andamiaje judicial de Latinoamérica, como en el caso de Perú del siglo XIX. Macedo Rodríguez, basándose en su experiencia dirigiendo tesis sobre las convergencias entre derecho y literatura, subraya la función social y didáctica de estas narrativas, que buscan denunciar la impunidad y abogar por un cambio social. De esta aportación se desprende que, si bien estas obras aspiran a un ideal de justicia y una sociedad más equitativa, la realidad histórica del siglo XX ha refutado el idealismo eurocéntrico presente en algunas de estas propuestas, mostrando la complejidad de la relación entre ficción literaria y transformación social.

El tercer y último módulo de la primera edición del Diplomado estuvo volcado a las *Visiones críticas sobre el constitucionalismo, los derechos humanos y el impacto del desarrollo tecnológico en el Derecho*. La coordinación de ese módulo estuvo a cargo del doctor Hugo Saúl Ramírez García. Este módulo recoge cuatro prolíficas participaciones que ponen en tensión los límites explicativos de la teoría positiva del Derecho, la necesidad de una visión pluriversal en el estudio y ejercicio jurídico, y los retos-potencialidades de las tecnologías digitales en la práctica jurídica institucional.

En “Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho”, Pilar Zambrano aborda la pérdida de fuerza explicativa de conceptos axiomáticos en la teoría del Derecho positivo debido al fenómeno del pluralismo y la globalización. La autora argumenta que la convivencia de diversas identidades culturales y la delegación de soberanía a instituciones supranacionales desafían la tradicional convergencia entre los conceptos de Estado y Derecho, volviendo la inteligibilidad del derecho una tarea compleja. Propone que los enunciados iusfundamentales, aunque incluyen un componente determinado, también requieren una semántica realista que permita la construcción razonable de nuevos tipos de acciones y bienes, sugiriendo que la referencia de estos enunciados no es puramente convencional, sino que involucra un criterio de determinación.

“Diálogo sobre el cambio Constitucional en América Latina desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” se titula la contribución de Juan José Cantillo Pushaina, en donde analiza el surgimiento y desarrollo del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, un movimiento que se inicia con la Constitución de Colombia de 1991 y continúa con las de Venezuela (1999), Ecua-

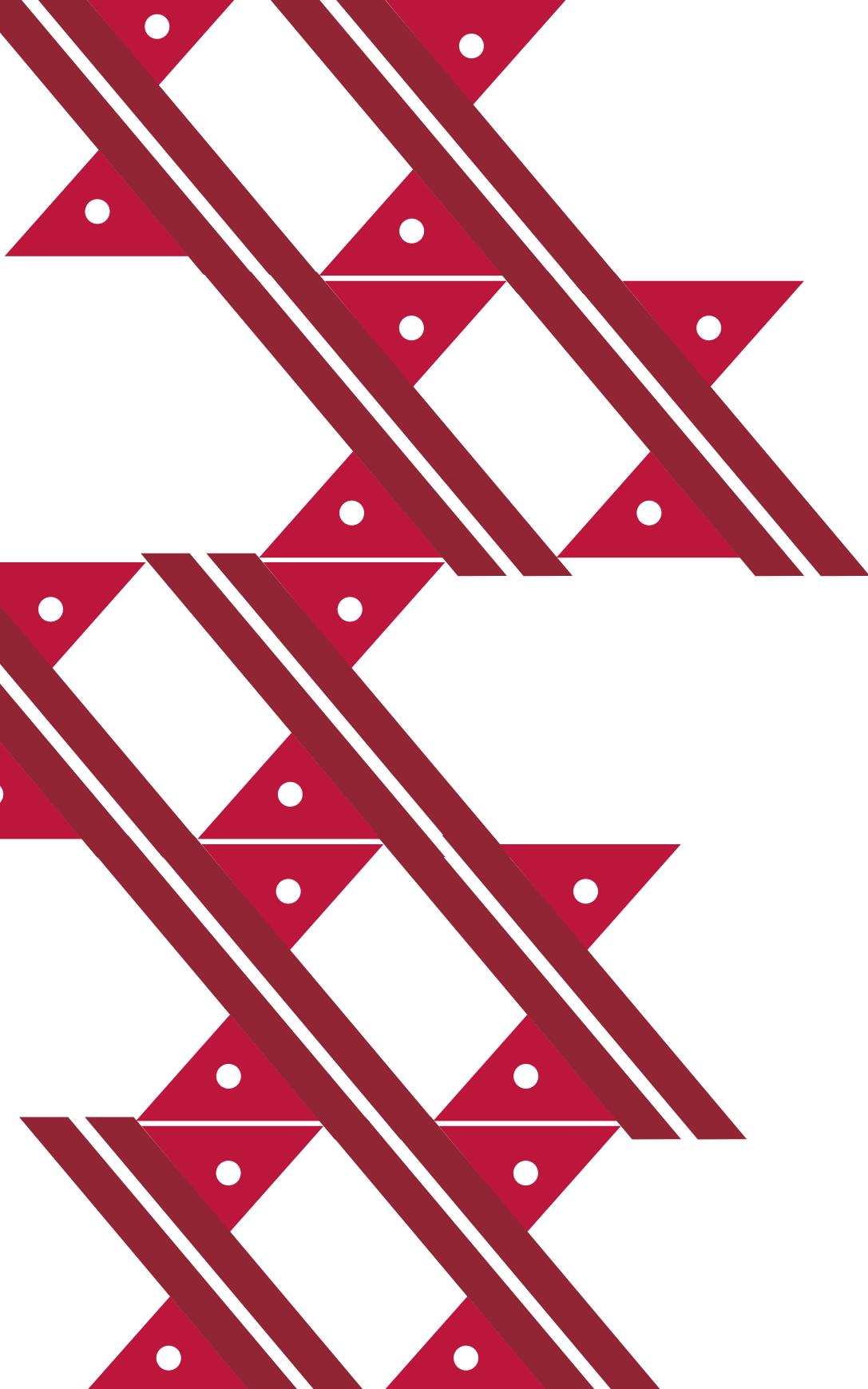


dor (2008) y Bolivia (2009). Desde una lectura crítica, Juan José analiza como estas constituciones se han distinguido por reconocer la plurinacionalidad, la diversidad étnica y cultural, el pluralismo jurídico, los derechos de la naturaleza y la inclusión de un bloque de constitucionalidad. El autor ofrece una reflexión sobre estos elementos, destacando cómo este movimiento ha redefinido los procesos constituyentes en la región y ha introducido características propias que lo diferencian de otros modelos constitucionales del Norte global.

El artículo «Inteligencia Artificial e Impartición de Justicia en México» de Froilán Borges Aranda examina el potencial transformador de la inteligencia artificial (IA) para modernizar y eficientizar el sistema judicial mexicano, a tener el potencial de hacerlo más accesible, rápido y transparente. Si bien la IA promete revolucionar la gestión de casos y reducir costos, el autor pone énfasis en la importancia de garantizar la protección de los derechos humanos y abordar los desafíos éticos asociados como la gestión algorítmica de datos personales y biométricos. La implementación exitosa de la IA en la justicia mexicana requiere un liderazgo visionario y una aproximación prudente para asegurar que esta tecnología fortalezca el Estado de Derecho y materialice los ideales de equidad y confianza en el sistema judicial.

Finalmente, Hugo Saúl Ramírez García aborda en «Derechos humanos neuro-específicos» la necesidad de reconocer y proteger nuevos aspectos de la integridad y autonomía mental, como los neuro-derechos, frente al rápido avance de la neurociencia. Hugo Saúl sostiene que la expansión del conocimiento sobre el cerebro humano impulsa la discusión sobre la implementación de estos derechos, que abarcan la privacidad mental, la libertad de pensamiento, la integridad cognitiva y la continuidad psicológica. El autor justifica la inclusión de estos derechos humanos neuro-específicos, explicando que no son redundantes, ya que buscan proteger la dimensión neuro-cognitiva del ser humano como parte sustantiva de la identidad personal, asegurando que el progreso neuro-tecnológico no comprometa la dignidad humana.

Agradecemos enormemente a cada una de las personas que colaboraron por su dedicación y prolífica experiencia en el ámbito de los derechos humanos, así como al Equipo de Publicaciones de la CNDH por su incansable contribución en la realización de esta memoria.



**MODULO I. FILOSOFÍA
MEXICANA Y PENSAMIENTO
JURÍDICO MEXICANO**

**PRIMERA SECCIÓN: FILOSOFÍA
MEXICANA**

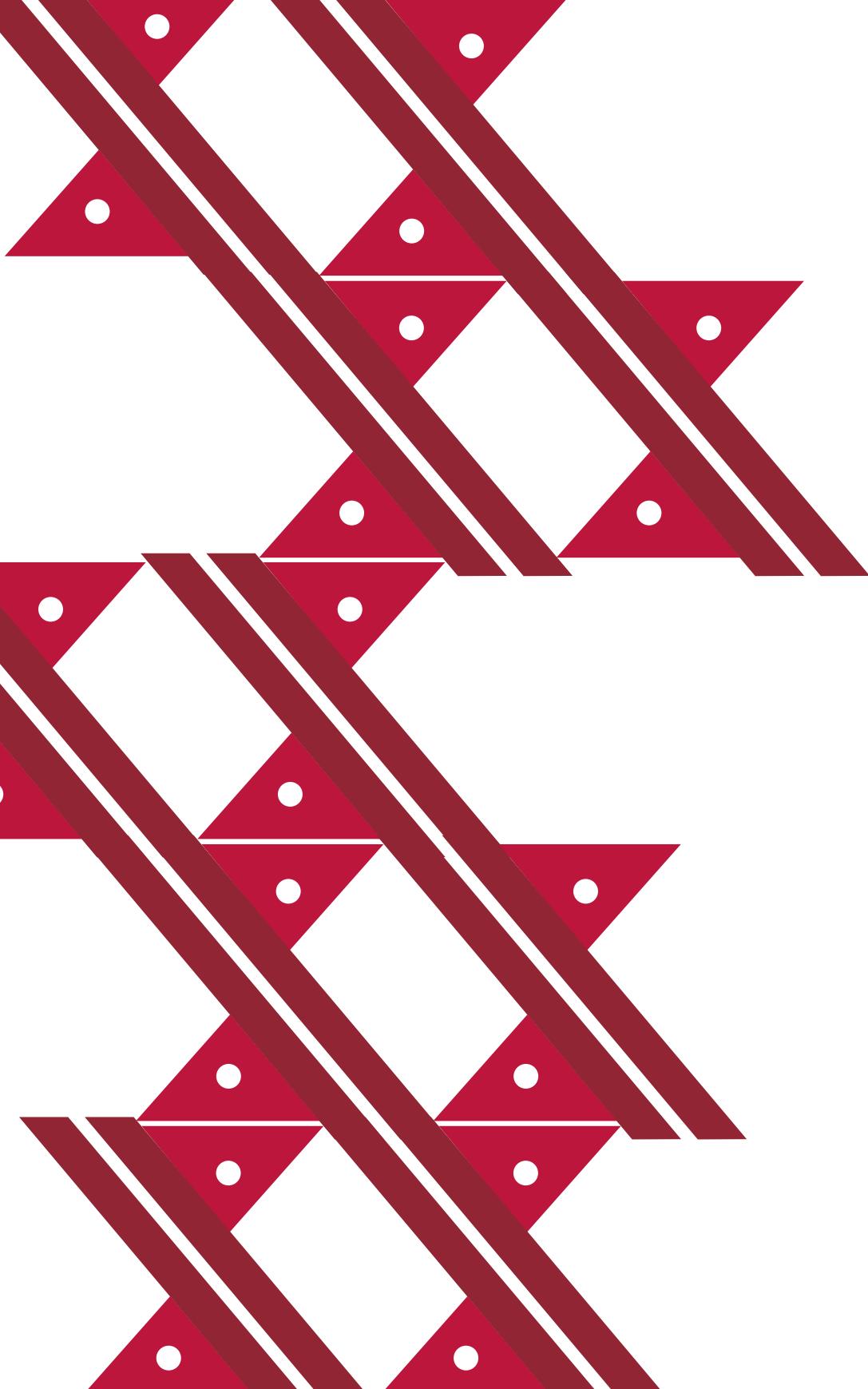






**LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO (IUS)
SEGÚN BARTOLOMÉ DE LAS CASAS Y
SOR JUANA INÉS DE LA CRUZ.
BREVE ANÁLISIS DEL HUMANISMO ANTE
LA COLONIALIDAD JURÍDICA DE AMÉRI-
CA. LAURA ALICIA SOTO RANGEL¹**

¹ Doctora en Filosofía por la UNAM. Maestra y Licenciada en Filosofía por la misma institución. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Docente en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán y en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Entre sus publicaciones académicas se encuentran "Poema Heroico de Diego Abad, metafísica y teología", "Luis de Molina y Santo Tomás de Aquino frente a la ciencia de Dios", "Principio y causa en las *Disputaciones Metafísicas* de Francisco Suárez". Ha sido co-coordinadora de libros como "Nociones filosóficas y prácticas de la justicia" y autora del libro *Estudio y actualidad de la filosofía suareciana. Ente, libertad y justicia*.





INTRODUCCIÓN

La teoría crítica latinoamericana ha evidenciado que las hermenéuticas decoloniales permiten lecturas alternativas del desarrollo y de los contextos históricos situados, considerando los estratos de la colonialidad de estos siglos (Magallón, 2014; Dussel, 2021; Castro Gómez, 2007; Maldonado, 2008). Esta apreciación permite mirar críticamente las tensiones e intenciones políticas coloniales que fueron la base del proyecto jurídico americano. Por colonialidad no se entenderá simplemente un proceso histórico-político relacionado con la administración de asentamientos de personas ajenas a los territorios americanos. Tampoco se refiere a las prácticas políticas y jurídicas que, desde la antigüedad, se mantuvieron como formas de expansión política de asentamientos en territorios extranjeros, donde los gobernantes ordenaban poblar otros territorios, sino a las prácticas culturales y políticas de dominación, racismo y marginación que surgen de estructuras políticas impuestas (Magallón, 2014; Dussel, 2021).

El marco teórico de este trabajo responde a la teoría crítica latinoamericana, la cual permite evidenciar las circunstancias históricas de la colonialidad que surgieron como estratos que cubren las raíces de dominación que persisten en las prácticas culturales actuales (Maldonado, 2008). Con base en un horizonte histórico, el proceso descolonial implica leer a contrapelo aquellas posturas o actores que han sido invisibilizados por las imposiciones políticas y jurídicas del país (Ruiz-Trejo, 2020). Permite también dar cuenta del proceso de dominación que se implicó en la formación jurídica de territorios y de sistemas económicos.

Ante ello, la teoría crítica resulta relevante para comprender los modos en que operó la justicia y el derecho durante los siglos XVI y XVII, con el objetivo de comprender la emanación de humanismos mexicanos que pensaron a lo humano bajo circunstancias concretas ante las injusticias sociales y económicas (Magallón, 2014; Rovira, 2007; Soto, 2024; Velasco, 2022). Mario Magallón Anaya postula una teoría crítica latinoamericana que aporta al análisis actual de la filosofía mexicana, la cual consiste en develar las estructuras del poder que se mantuvieron en tradiciones jurídicas, políticas e ideológicas. A diferencia de la teoría crítica que se presenta en otras latitudes, influenciada en gran parte por la Escuela de Frankfurt de Horkheimer o Adorno, la filosofía latinoamericana posibilita la construcción de una teoría crítica y decolonial situada en las circunstancias históricas y sociales de estos territorios. Se trata de una filosofía que surge desde las circunstancias concretas de las tradiciones históricas, críticas a posturas paneuropeas universalistas. En palabras de Magallón,

Es importante señalar que la tradición latinoamericana y caribeña en la filosofía y el pensamiento se aleja de la concepción moderna europea y propone otras salidas desde la llamada modernidad alternativa, como la expresión plural y polisémica de sentido desde un núcleo problemático (Magallón, 2014, p. 45).

Es esta perspectiva la que resulta prioritaria para analizar las condiciones históricas que se desplegaron en nuestro país. En la primera parte del trabajo se presenta un estudio sobre las bases económico-comerciales que imperaron en la construcción de narrativas sobre el territorio y los pobladores americanos, con el fin de evidenciar que la maquinaria de la conquista no sólo tuvo como imperativo el desarrollo de nuevos modelos de comprensión de la realidad (O’Gorman, 2006). El objetivo de la primera parte del trabajo consiste en evidenciar los fines económicos que impactaron en la construcción de teorías filosófico-jurídicas liberales que incentivaron los postulados políticos de la modernidad. En especial, se analizará la noción de libertad de la teoría política de J. Locke, quien escribe en la misma época que la filósofa Juana Inés de la Cruz. La segunda parte del trabajo tiene como objetivo contrastar dos posturas filosóficas: la de Bartolomé de las Casas y la de Sor Juana Inés de la Cruz, las cuales analizaron el problema de la conquista de América bajo una óptica filosófico-jurídica basada en presupuestos humanistas. El humanismo mexicano de los siglos XVI y XVII se ha caracterizado por un sentido crítico y reflexivo sobre las condiciones de injusticia en el país (Rovira, 2007). A diferencia de otros humanismos, como el italiano de Marsilio Ficino o de Pico della Mirandola, que priorizaron la relevancia de la dignidad y la libertad espiritual de las potencias intelectuales y morales de los seres humanos (Mondolfo, 1954), el humanismo mexicano nace de la urgencia de pensar la libertad humana ante el genocidio histórico ocasionado por la conquista y por las condiciones de esclavitud implementadas por el sistema jurídico virreinal.

A diferencia de posturas liberales o ilustradas como las de Locke, donde lo humano adquiere validez por la condición racional o el derecho de posesión, el humanismo mexicano de Bartolomé de las Casas o de Juana Inés de la Cruz devela las raíces inherentes a la condición de todo ser humano. Empero, el humanismo mexicano no solo analiza de manera indeterminada la libertad humana, emanada de una noción proveniente del renacimiento paneuropeo (Burke, 2000). Por el contrario, el humanismo mexicano está basado en la relevancia de una filosofía jurídica que reestructuró la concepción filosófica de la libertad, al estar fundada en la idea de comunidad y no de individuo (Rovira, 2007). El humanismo mexicano hizo visible la urgencia de pensar en la justicia tomando en cuenta no solo ideales metafísicos abstractos, sino nociones de



justicia que surgían de las injusticias sociales que durante el gobierno virreinal afectaron a las diversas comunidades.

1. Una lectura decolonial de la conquista y sus efectos en la teoría liberal

El ímpetu comercial de ampliar las fronteras y trazar periferias imaginarias, iniciado en el siglo XV, no sólo impuso una comprensión mercantil de los territorios, sino que también influyó en la elaboración de tratados que brindaron las bases de una legalidad jurídica para explotar los recursos del “Nuevo Mundo”. El descubrimiento y la conquista en América se vincularon a la explotación territorial que encausaría los ejercicios políticos y jurídicos de los siglos venideros. Un ejemplo de ello es la instauración jurídica del *Tratado de Tordesillas* de 1494, el cual muestra el propósito imperial de las Coronas de Portugal, Castilla y Aragón de ejercer un predominio a través de la invención de fronteras territoriales que culminaría con la invasión y encubrimiento de América (Dussel, 2021; O’Gorman, 2006; López, 2015). Desde los siglos XV y XVI se trazarían divisiones territoriales imaginarias con la finalidad de ampliar el poder político y económico en pro de fines extractivistas. Tratados y bulas de la época reflejan con claridad los fines mercantilistas que orientaron la devastación que representó el descubrimiento y la conquista de América, sostenida por políticas extractivistas. El *Tratado de Tordesillas*, al imponer la creación de líneas imaginarias de polo a polo que estarían presentes hasta 1777, evidencia los fines comerciales y mercantiles imperiales. Así, el tratado reza: “que se haga y asigne por el dicho mar océano una raya o línea derecha de polo a polo [...]. Así islas como tierra firme, halladas y por hallar, descubiertas y por descubrir, [...] que todo sea y quede y pertenezca a los dichos señores rey y reina de Castilla y de León, etc., y a sus sucesores para siempre jamás” (*Tratado Tordesillas*, 1494).

Las líneas y trazos imaginarios que se implementaron en los mares y tierras firmes muestran no solo la invención lingüística o las imposiciones ontológicas o hermenéuticas con que América fue descubierta (O’Gorman, 2006). Los trazos imaginarios también evidencian la maquinaria económica y política que se priorizó en la época, a partir de asignaciones de poder colonial. Este tipo de colonialidad histórica, a la que Dussel (2021) ha denominado colonialidad del poder, consiste en mostrar tanto las bases de la dominación territorial como las bases de una colonialidad histórico-jurídica que nos permite comprender, desde una visión contemporánea, las estructuras de poder que permeaban en las prácticas culturales del continente americano. Tordesillas es tan solo un ejemplo de los intereses comerciales y mercantiles con los que tratados jurídicos de la época estructuraron las fronteras territoriales. El proceso de conqui-

ta y descubrimiento de México se llevó a cabo por medio de intenciones claramente mercantiles para implementar nuevas rutas comerciales que favorecían el desarrollo político imperial de los reinos de Portugal y de la Corona de Castilla y Aragón. Como afirma Fanon: “el mundo colonizado es un mundo cortado en dos” (2016, p. 35). Los objetivos extractivistas con los que se originó el encubrimiento de América (Dussel, 2021) motivaron la creación de un sistema jurídico acorde con los proyectos imperiales. La implementación político-económica que se inaugura con el *Tratado de Tordesillas* persistió claramente en el sistema jurídico del siglo XVI, en especial, en la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*, una serie de ordenanzas y documentos reales dictados por Felipe II para regular la colonialidad en los Reinos de las Indias. Así, por ejemplo, Felipe II ordena en 1595 que, para incentivar y agilizar el despojo territorial de las minas, no se administre violencia alguna a los “indios” con el fin de persuadirlos para que enseñaran los tesoros escondidos del territorio.

Se presume que [...] hay muchos tesoros escondidos y enterrados con mucha riqueza de oro, plata, esmeraldas y otras cosas y que los indios no se atreven a descubrir, [...] encubren minerales ricos de oro, plata, y esmeraldas, que labraban antes de aquel descubrimiento, y ahora los tienen ocultos. Ordenamos, y mandamos, que, si los indios descubrieren Guacas, enterramientos, u otro cualquier tesoro, o mina, se guarde con ellos todo lo ordenado, respecto de los españoles, sin hacer novedad, ni admitir diferencia, de forma que no reciban agravio, y se les dé todo el favor conveniente (Felipe II, 1595).

La extracción minera puso en marcha un nuevo sistema económico colonial que, siguiendo a Reséndez (2019), ocasionó una serie de sacrificios humanos mucho más cruentos que las guerras floridas: un proyecto hegemónico imperial que incentivó la esclavitud de los pueblos originarios de América. Dicho proyecto paneuropeo trajo consigo que, desde la llegada de Colón y Vespuicio hasta el siglo XIX, se capturaran entre 2 y 5 millones de personas (Reséndez, 2019, p. 19). Otros cálculos estiman que hasta 40 millones de personas fueron sometidas a la esclavitud en todo el mundo durante estos siglos (Pérez Navarro, 2013), ocasionando la mayor catástrofe demográfica de los últimos siglos. Un genocidio sistemático ocasionado por prácticas imperiales paneuropeas en las que se incluyó la captura y el tráfico de más de 12.5 millones de africanos y africanas. Ante el despoblamiento y la violencia de las personas originarias del territorio americano, resultado de las guerras de conquista y del cataclismo epidemiológico, la esclavitud y el despojo territorial pusieron en marcha las formas de colonialidad de los sistemas jurídicos de la modernidad.



A pesar de las pugnas religiosas entre católicos y protestantes, la maquinaria económico-comercial de la modernidad resultó prioritaria ante la necesidad de protección del monopolio marítimo y de una guerra que culminaría con la firma del *Tratado de la Paz* de 1604 entre Felipe III y Jacobo I. España e Inglaterra firmaron una paz que representó no solo la búsqueda de equilibrio de los monopolios económicos, sino el auge de una globalización comercial sobre la base de la explotación marítima, territorial y humana. El sistema jurídico implementado por estos tratados sustentó proyectos que fueron defendidos filosófica y jurídicamente durante el siglo XVII por filosofías que originarían el liberalismo político.

Pese a los diversos proyectos religiosos o políticos de las coronas de Portugal, Castilla e Inglaterra, el elemento común en las prácticas económicas en el “Nuevo Mundo” fue el desarrollo mercantil basado en la esclavitud y la explotación. La esclavitud, en todas sus formas de violencia e imposición colonial, fue la otra cara de los sistemas jurídicos de la modernidad que operaba bajo supuestos del derecho natural. El sistema colonial de filósofos liberales como John Locke evidencia las contradicciones de los sistemas jurídicos de la modernidad paneuropea. Locke es un claro ejemplo de cómo seguían operando fines coloniales en sistemas jurídicos que serían la base de postulados filosóficos de la modernidad liberal. En el *Segundo Tratado sobre el gobierno civil* (1689), Locke proponía una noción de libertad basada en el derecho natural que justificaba la operación de proyectos coloniales extractivistas. Postulaba que el poder político civil se originaba en un estado de naturaleza donde todos los seres humanos y las cosas eran libres por naturaleza, pero justificaba jurídicamente la dominación y el derecho de propiedad en el paso del estado de naturaleza al estado de civilización.

Locke logró justificar una noción de libertad de dominio amparada en su iusnaturalismo, es decir, en el derecho natural de posesión y dominio. Al inicio de la obra establece los rasgos del hipotético estado de naturaleza y afirma que en los seres humanos se trata de “un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de otro hombre” (Locke, 2010, p. 17).

La apreciación iusnaturalista de Locke no se sustenta simplemente en un rasgo hipotético-explicativo sobre el desarrollo histórico de las sociedades. No se trata simplemente de una explicación verosímil o de una hermenéutica de la modernidad para reinterpretar el génesis bíblico como lo vemos en las explicaciones teológicas de filósofos escolásticos de la Escuela de Salamanca (Pena, 2009). La postura política de la modernidad basó su explicación del

desarrollo de las sociedades civiles a partir de la hermenéutica colonial del supuesto salvajismo y barbarie de las sociedades americanas (Gerbi, 1982; Castro-Gómez, 2009; López, 2024). Además, la intención clara de filósofos liberales como Locke consiste en defender la libre adquisición de la propiedad privada para justificar la legitimidad jurídica de tal derecho en el estado de civilización. Locke, considerado el padre del liberalismo político moderno, fue un defensor del sistema esclavista que financió a la Royal African Company, una compañía que en tan solo sus primeros veinte años de actividad traficó y secuestró a más de 50,000 personas provenientes de África (Martínez, 2006, p. 254). Locke afirma que la libertad pertenece intrínsecamente a los seres humanos, pero ante la guerra, la esclavitud resulta legítima. “En ello reside la verdadera condición de la esclavitud, que no es otra cosa que el estado de guerra continuado entre un vencedor legítimo y un vencido tomado cautivo” (2010, p. 41).

Siguiendo a Hinkelammert (2018), el sistema jurídico liberal sostiene su argumentación sobre la base de un contrato hipotético en el paso del estado de naturaleza al estado de civilización. El problema radica en justificar el libre derecho de posesión y sujeción en el estado de la naturaleza, que constituye la estructura teórica y argumentativa del estado civil, y con ello, la legitimidad del dominio en el estado de civilización de aquellos que pertenecen a un hipotético contrato. Las personas libres eran causantes de tal pacto; sin embargo, ante un “estado de guerra”, era legítima la esclavitud, al dominar, por derecho, a quien podía atentar contra la vida o la propiedad. La apropiación mediante el trabajo y la propiedad privada serían los medios para legitimar jurídicamente dicho proceso. En términos de Hinkelammert (2018), “la posición de Locke es infame, pero la elabora en términos tan extremos que cualquier tratamiento que los conquistadores liberales den a los vencidos parezca poca cosa en relación con lo que legítimamente podrían hacer” (p. 123).

La perspectiva liberal es una filosofía que emana de las formas de la colonialidad del siglo XVII paneuropea, pues funda una doctrina que ampara la libertad política y religiosa sobre la base de la adquisición de la propiedad privada (Locke, 2014). En palabras de Locke, “la república es una sociedad de hombres construida solo para procurar, preservar y hacer progresar sus propios intereses civiles” (p. 6). Para este filósofo inglés, los gobiernos deben procurar el cuidado de los intereses civiles, los cuales identifica como internos y externos. Para Locke, los intereses internos son la vida, la libertad, la quietud y la salud del cuerpo, mientras que los externos son la propiedad en general, como el dinero o los bienes muebles o inmuebles (p. 8). Resulta relevante destacar que la concepción del cuidado que el Estado debe brindar a los ciudadanos se basa en la tesis del derecho y cuidado de la propiedad privada, pues los intereses de los individuos están ligados a la posesión legítima de sus bienes. De acuerdo



con la teoría del derecho natural y contractual, solo quienes son considerados libres son sujetos de protección por parte del Estado. Las raíces coloniales del derecho liberal lockeano se sostienen no de una libertad ontológica, sino de una libertad de apropiación y dominio basada en la legitimidad del derecho natural, emanado del estado de naturaleza.

Así de infame es la teoría política que sostiene esta primera tesis. No puede emanar un humanismo de una teoría política que afirma la protección ciudadana para unos cuantos o que justifica, con supuestas razones jurídicas, la legitimidad de la esclavitud. Para Locke, las personas esclavizadas no eran consideradas sujetos de derecho, ni estaban dispuestas a ser protegidas por el Estado, ya que su vida, su libertad y el cuidado de su cuerpo, intereses civiles interiores intrínsecos al individuo, no les pertenecían. Solo quienes poseían propiedades eran vistos como súbditos de una república. Para el filósofo inglés, las personas esclavizadas estaban sujetas al dominio de quienes sustentaron el derecho a la vida o a la libertad con base en estrategias filosóficas como el hipotético contrato social que se habría establecido en el paso del estado de naturaleza al estado de civilización.

Las filosofías democráticas contemporáneas, que descansan sobre la base de la teoría política y jurídica liberal lockiana, pasan por alto un elemento constitutivo: la legitimidad de la esclavitud y de la trata de personas que justificaron algunas teorías filosóficas liberales. “Locke, en esta versión, no es otra cosa que el impulsor de una lógica que será la propia de la modernidad: quien se resista a la modernidad y a la acumulación debe ser exterminado como una fiera salvaje” (Cirizia, 2010, p. 107).

2. El humanismo jurídico de Bartolomé de las Casas en contraste con la colonialidad

A diferencia de teorías liberales que abogaron por la legitimidad jurídica de la esclavitud, el humanismo mexicano de figuras como Bartolomé de las Casas o Sor Juana Inés de la Cruz muestra las diversas perspectivas desde las cuales se discutió la relevancia del derecho a la libertad, no solo para unos cuantos, sino, en un sentido más amplio, considerando la urgencia de condenar la brutalidad de la violencia de la conquista. Bartolomé de las Casas, a pesar de la oscilación de sus posturas, pues en algún momento formó parte del régimen de encomiendas de la época, se constituyó como un filósofo opositor de la esclavitud y de la violencia. En su obra, *Historia de las Indias* (1561), el filósofo mexicano criticó tanto la esclavitud de las personas originarias de África como las de América, evidenciando las injusticias de la

época y denunciando la responsabilidad moral y política de quien cometía dichas atrocidades. Afirma que, tanto portugueses como españoles, eran responsables de “hacer esclavos a los negros, harto injustamente [...], por manera que nosotros somos causa de todos los pecados que los unos y los otros cometan” (De las Casas, 1957, p. 486). Aunado a ello, reconoce que los levantamientos armados y las rebeliones no solo eran una reacción legítima a las injusticias, sino una respuesta ante la opresión que sufrían las personas esclavizadas a manos de los españoles, denunciando los horrores de la violencia en las plantaciones y la extracción minera, donde, afirma, “hallaron su muerte y pestilencia, y así muchos de ellos cada día mueren. Por esto se huyen cuando pueden a cuadrillas, y se levantan y hacen muertes y cruidades en los españoles” (Ob. Cit., p. 4889).

A diferencia del proyecto político lockeano, el humanismo lascasiano se sustenta en la libertad natural de todo ser humano y cosa en general. A modo de axioma o principio jurídico, De las Casas inaugura la cuestión primera de *De regia potestate* (1571), afirmando que “desde el principio del género humano, todos los hombres, todas las tierras, y todas las otras cosas, por derecho natural y de gentes, fueron libres y alodiales, o sea, francas y no sujetas a servidumbre” (1990, p. 16). El primer principio lascasiano afirma, de manera contundente, la libertad natural, esencial y necesaria de todo ser humano. “La libertad es un derecho inherente (*per se*) al ser humano, necesariamente y desde el principio de la naturaleza” (p. 17). La concepción de la libertad consiste tanto en la falta de sujeción como en la capacidad inherente (*per se*) que todo ser humano posee, independientemente de los sucesos que puedan surgir ante el poder y el dominio de los fenómenos accidentales. La tesis asegura la ilegitimidad del libre derecho de sujeción y posesión. Por el contrario, la esclavitud, al no ser esencial al derecho natural, se trataba de un suceso accidental, ajeno a la esencia (*essentia*) necesaria de las cosas libres. Para Bartolomé de las Casas, “la esclavitud es un fenómeno accidental, acaecido al ser humano por obra de la casualidad [...] por eso, la esclavitud no tiene su origen, en causas naturales, sino accidentales” (p. 17).

El primer principio jurídico de *De regia potestate* afirma la prioridad esencial de la libertad humana, no en el sentido liberal de asegurar libremente el derecho de posesión en un estado de naturaleza, sino en un sentido esencialmente iusnaturalista, en el que la libertad consiste en un derecho inherente (*per se*) a la naturaleza humana. La libertad lascasiana no consiste en un atributo o interés individual condicionado a la legitimidad de sujeción por medio de un contrato hipotético, sino a un principio fundamental propio de todo ser humano, más allá de estructuras de poder y de dominio. Para el filósofo mexicano, toda persona, incluso condenada a la esclavitud por los horrores de la legitimidad jurídica de la época, era realmente libre y, como tal, tenía el libre derecho de defender y asegurar su vida. Esta tesis es contundente, pues tras la elaboración de esta obra y de las leyes de Burgos (1512)



que prometían la libertad a los pueblos originarios de América, las actas reales posteriores ordenaban legítimamente la captura de “esclavos”. Un ejemplo de ello es la ordenanza de Felipe IV del 3 de septiembre de 1624, parte de las Leyes de los Reinos de las Indias, que, fechada en Cartagena de Indias, ordenaba la captura de aquellas personas que se negaban, “por derecho” a ser esclavizadas (Felipe IV, 1624).

Para De las Casas, la concepción del derecho (*ius*) era la simiente de toda ley (*lex*), por lo cual las leyes debían sostener sus principios en la inherencia de los derechos esenciales de todo ser humano. Las leyes podían cambiar y transformarse, pero el derecho era el sustento jurídico esencial de las leyes humanas. El humanismo lascasiano es un humanismo que se preocupa por la centralidad de la naturaleza humana (López, 2024; Beuchot, 1994; Lizaola-Gallardo, 2023). Como expresa Velasco, los humanistas mexicanos se tornan sumamente sensibles ante los horrores de la guerra. “Gracias a su humanismo, sensible al dolor y a la injusticia infligida por los españoles a los indios, lejos de asumir superioridad cultural y pretender imponer teorías e instituciones europeas, las cuestionan y transforman” (Velasco, 2023, p. 111).

El derecho jurídico, al emanar de la condición necesaria y *per se* de la naturaleza de los seres humanos, encabeza la estructura de la legalidad civil y, por ende, las nociones de justicia que deben ceñirse no a la ley (*lex*), sino al derecho (*ius*). Para el filósofo mexicano, todo ser humano es libre por naturaleza, no en razón de una voluntad humana individual capaz de ejercer el dominio de propiedad sobre otra cosa o persona, sino sobre la base de una voluntad que adquiere su fundamento ante los límites de la voluntad del otro. La sujeción humana y territorial no es adoptada por un derecho natural individual irrestricto, sino solo por motivos accidentales que no modifican la esencia natural de la condición humana.

La trata de personas y los genocidios ocasionados por los fines comerciales a los que se adherían los gobiernos de los siglos del virreinato contribuyeron a transformar a las personas en mercancías para la utilidad del desarrollo de empresas mineras, tabacaleras y azucareras. El sistema colonial imperó en toda América. En el caso específico de México, el sistema jurídico reflejado en las *Leyes de los Reinos de las Indias* (1680) muestra la incorporación de términos jurídicos que resultaron de las transacciones mercantiles de la trata de personas. Para 1680, el derecho de las personas esclavizadas consistía en una serie de derechos aduaneros, ya que, como mercancías, eran reguladas de manera análoga a la importación y exportación de productos. La consecuencia de dicho sistema jurídico puede verse claramente en la estratificación social de los siglos XVI y XVII. Las castas no solo fueron términos socioculturales, sino una clasificación jurídico-mercantil para identificar el origen territorial y los rasgos morales de las personas esclavizadas (Haro, 2019; Oropeza, 2011; Cervera, 2017; Soto, 2024).

La estratificación mercantil y su subsecuente incorporación en el sistema jurídico operaron en todas las formas institucionales del virreinato de la época. Así, por ejemplo, en la Real Universidad de México, a pesar de que la Cédula Real de su fundación ordenaba que tanto hijos de naturales de América como hijos de los españoles recibieran instrucción universitaria con base en el entorno filosófico y religioso de la época, el estatuto 246/1668 de los *Estatutos y Constituciones de la Real Universidad* (ECRU) prohibía la entrada de “negros, mulatos o los que comúnmente se llaman chinos morenos, ni cualquier género de esclavo o que lo haya sido” (ECRU, 1668). Las universidades en América se convirtieron en semilleros que evidenciaban tanto la diversidad cultural que se fue gestando, a pesar de las formas mercantiles de la trata de personas, como también la colonialidad que operaba mediante sistemas educativos excluyentes. En el primer caso, los colegios y universidades del virreinato mexicano, pese a los evidentes cambios epocales, mostraban el interés por integrar a sus cursos de Artes (Filosofía) cátedras en lenguas mexicanas. El estatuto 232/1668 atestigua las clases de nahua y otomí que impartían maestros y doctores de pueblos originarios (ECRU, 1668). Sin embargo, en la práctica, los concursos de oposición y la admisión de “naturales”, quienes representaban a la mayoría de la población en ese momento, los mantenían como una minoría en las prácticas académicas.

Los recintos educativos y universitarios representaron la diversidad cultural de la época, pero también los efectos de la colonialidad que persistirían hasta los siglos venideros. Mientras que en México, los debates del siglo XVI y XVII consistieron en analizar el tipo de enseñanza educativa que se brindaría en los colegios de hijos de “indios” y de “españoles”, donde filósofos como Bernardino de Sahagún (1499-1590) o Alonso de la Veracruz (1507-1582) defendieron la enseñanza de programas de estudios basados en las artes liberales y en doctrinas filosóficas de la época, filósofos como George Berkeley (1685-1753) abogaban, en pleno siglo ilustrado, por la necesidad de ofrecer seminarios y colegios a los naturales de América, no para asegurar su libertad intelectual, sino para asegurar la obediencia colonial. En *A Proposal for the Better Supplying of Churches in Our Foreign Plantations, and for Converting the Savage Americans to Christianity* (1725), Berkeley afirmaba que la instauración de colegios y seminarios en las plantaciones “sería una ventaja tener esclavos que obedecieran en todas las cosas a sus amos” (Berkeley, 1725).

Otro ejemplo de la actitud colonial presente en los teóricos de la ilustración moderna es Charles de Montesquieu (1689-1755), quien legitimó jurídicamente la esclavitud de las personas originarias de África y de América (Martínez, 2010), abogando por una sujeción natural. Esta tesis sería adoptada también por enciclopedistas ilustrados como Denis Diderot (1713-1784), Cor-



nelius de Pauw (1739-1799) o Georges de Buffon (1707-1788), quienes argumentaron sobre una supuesta irracionalidad e inferioridad de los pueblos americanos, africanos y orientales, bajo la hipótesis de que el clima y las condiciones sociobiológicas afectaban el desarrollo racional de los habitantes de estos territorios (Gerbi, 1960; Geulen, 2010), ocasionando con ello la justificación filosófica-jurídica del despojo y la extracción de sus tierras.

3. La libertad y el derecho en la apreciación poético-jurídica de Sor Juana Inés de la Cruz

Juana Inés de la Cruz (1648-1695) es una filósofa que no solo se destacó por la elaboración de obras poéticas de entretenimiento. Muchos de sus escritos teológicos, poéticos y filosóficos muestran también una postura crítica ante sus circunstancias históricas y sociales. Se trató de una filósofa que, en medio de una época en la que las mujeres no podían tener acceso a los entornos universitarios ni estudiar filosofía o teología de forma institucional, realizó críticas sagaces a las estructuras académicas en textos como *Carta Atenagórica* (1690) o la *Respuesta a Sor Filotea* (1691). En esta última, famosa obra biográfica que le llevaría a importantes conflictos en su época plantea abiertamente que las mujeres estaban racionalmente capacitadas para estudiar filosofía. La interpretación teológica de la monja debe ubicarse en medio de una época patriarcal y misógina donde el derecho trataba a las mujeres como menores de edad (Muriel, 2000), incapaces de ejercer un dominio racional sobre sí mismas (Hierro, 1990). Un siglo donde las interpretaciones teológicas estaban ceñidas solamente al análisis de teólogos varones. El derecho jurídico de la época las consideraba, además, incapaces de pensar o argumentar adecuadamente, por lo que no solo estaban impedidas para cursar estudios universitarios, sino que la enseñanza o la simple lectura de asuntos filosóficos o teológicos era discutida por algunos intelectuales de la época.

En una época donde se naturalizó la servidumbre de las mujeres, la filósofa Juana Inés de la Cruz dedica con ahínco la defensa de su amor por las artes liberales. En su defensa, tildada por algunas hermenéuticas como proto-feminista (Lockert, 1985; Lemus, 1985; Femenías, 2007), afirma que, tanto en las actividades asociadas a la naturalización del género femenino como en cualquier actividad cotidiana, también se podía reflexionar filosóficamente. “Si Aristóteles hubiera guisado, mucho más hubiera escrito” (Juana Inés de la Cruz, 2024, p. 53). El conocimiento filosófico de Séneca, Tomás de Aquino, Aristóteles, Lucrecio y demás autores modernos y medievales se muestra a lo largo de sus escritos.

El antecedente de la *Respuesta* es la *Carta Atenagórica*, donde analiza las tesis teológicas del jesuita Antonio de Vyeira, ofreciendo una postura sobre la libertad humana (Aspe, 2019). En medio de análisis filosóficos, teológicos y jurídicos sobre la libertad, la justicia, la ley y el derecho, la jerónima muestra una postura sobre la libertad humana que no pretende quedarse solamente en asuntos especulativos. La finalidad de su análisis consiste en mostrar los efectos prácticos de las disquisiciones teológico-filosóficas (Juana Inés de la Cruz, 2024, p. 40). Si bien la *Carta Atenagórica* se trata de un análisis teológico de las finezas, es decir, de la pureza, perfección y bondad de Cristo, Sor Juana afirma una acepción de la libertad que trascendió los debates jurídicos de la época. Siguiendo a jesuitas y voluntaristas como Luis de Molina o Francisco Suárez (Aspe, 2019), la filósofa propone una noción de libertad que consiste en la capacidad de las potencias humanas para decidir, de manera indeterminada, independientemente incluso del juicio divino, en el sentido de afirmar la plena responsabilidad de una voluntad indeterminada para obrar (Soto, 2020).

La filósofa Juana afirma que la mayor perfección que Dios ofrecía a la humanidad era el beneficio negativo de su libertad: “luego es beneficio el no hacernos beneficios cuando hemos de usar mal de ellos” (Juana Inés de la Cruz, 2024, p. 37). La monja jerónima ofrece una interpretación teológica sobre la libertad y el poder de sujeción, al interpretar un pasaje del Evangelio de Mateo para esclarecer que el poder y el honor, que exigen algunas personas, resultan incomprensibles incluso para ellas. Así, postula: “pues, Señor, ¿cómo la madre de los hijos del Zebedeo os pide las sillas y no se las dais? Porque no saben lo que se piden, y en Dios mayor beneficio es no dar, siendo su condición natural, porque no nos conviene, que dar siendo tan liberal y poderoso”. (Juana Inés de la Cruz, 2024, p. 39).

La filósofa Juana Inés declara una noción de libertad que no se ciñe a la libertad de sujeción o apropiación de propiedad. La libertad consiste en una voluntad que es responsable de sus propios actos, pues al afirmar que la voluntad humana se encuentra indeterminada, se rige por las propias fuerzas de la condición humana, sin ser beneficiada por ningún tipo de gracia divina. La filósofa coloca a la libertad en la centralidad de lo humano, abriendo paso a una subjetividad moral autónoma y, por ello, sumamente responsable de sus efectos y decisiones, no solo para con el individuo, sino para con la comunidad. Para la filósofa barroca, la voluntad humana y sus excesos son producto de la condición humana, erradicando cualquier argumento que, por derecho divino, afirmaba el dominio o la sujeción volitiva. Con base en ello, la filósofa critica una noción de libertad humana que prioriza la capacidad de hacerse de riquezas o apropiarse del poder y del dominio. Su noción de libertad se fundamen-



ta en el juicio y la moral humana, ante una voluntad divina que “su mayor beneficio es no dar beneficio” (p. 39).

La postura sorjuanesca se ilustra también en obras como la *Loa al auto sacramental “El cetro de José”* (1692), donde realiza un análisis filosófico-jurídico sobre la noción de ley natural a través de personajes que representan las diversas narrativas de la guerra de conquista en México. La filósofa muestra en dicha representación teatral el dolor ocasionado por las vejaciones y la violencia de la conquista. En boca del personaje Idolatría, que representa a los naturales de América, la filósofa Juana Inés de la Cruz representa la rabia y el dolor en frases como: “no, mientras viva mi rabia [...] a cuyo fin te abrieron violenta senda las armas” (Juana Inés de la Cruz, 1692, vs. P.232-242). Por medio de una crítica que muestra desde una representación teatral la violencia ocasionada por la guerra, la filósofa también presenta las narrativas de resistencia que se opusieron a albergar el proyecto político español.

Sor Juana muestra en esta loa la otra visión, la visión de los naturales, quienes se lamentan de la injusticia de la conquista. El personaje Idolatría representa el llanto por la violencia ejercida hacia el pueblo idólatra. Sale a relucir con este personaje la otra conquista, aquella que simboliza la violencia y los actos injustos. El tema de la guerra se convierte en una escenificación de la violencia y de la tiranía (Soto, 2023, p. 177).

Juana Inés de la Cruz no deja de lado el tema de la conquista, por el contrario, dedica loas y versos basados en el famoso debate entre Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda. Los efectos de la conquista son también analizados por teóricos liberales como Locke, quien publica su *Carta sobre la tolerancia* en 1689, un año antes de la *Carta Atenagórica* de Sor Juana. En esta obra, Locke afirma de manera contundente que “ningún individuo particular tiene derecho a perjudicar a otra persona en sus derechos civiles por el hecho de abrazar otra iglesia o religión. [...] No debe causársele violencia ni daño alguno por ser cristiano o pagano” (1999, p. 17). La defensa a la tolerancia religiosa se muestra como una tesis que comparten, de manera análoga, tanto Locke, como Juana de la Cruz, sin embargo, mientras que Locke apuesta por una libertad de culto ante el debate entre católicos y protestantes, persistente en el siglo XVII, Sor Juana atestigua en su obra literaria los horrores de la conquista que seguía presente en su época. Una diferencia contundente entre ambos filósofos, que exponen sus posturas sobre un mismo asunto como la guerra de conquista, se encuentra en *Segundo tratado sobre el gobierno civil* de Locke. En esta obra, el filósofo inglés postula la ilegitimidad de un gobierno que se impone a un pueblo ante una guerra de conquista. Para Locke, la libertad era la condición natural de los seres humanos que propiciaba el contrato civil, por

lo que, un nuevo gobierno impuesto en una conquista resultaba ilegítimo. Locke abogaba por la rebelión popular (Pereyra, 2018; Limongi, 2022; Casanova, 2021), al defender la tesis, según la cual, el pueblo puede legítimamente re establecer un nuevo pacto y, con ello, una nueva sociedad civil, ajena a la imposición del gobierno conquistador ante el pueblo conquistado. “De esto se sigue que el gobierno de un conquistador, impuesto por la fuerza sobre una población conquistada, frente a la cual no tenía un derecho de guerra [...] no genera ninguna obligación” (p. 222). Pese a que la tesis resulte sumamente novedosa, la postura lockeana se ciñe a una supuesta condición legítima del contractualismo en el estado de civilización. La tesis de la ilegitimidad de la conquista es válida siempre que no se afirme un supuesto “derecho de guerra”, que implica sujetar, dominar y matar a otro en defensa de la propia vida. “El estado de guerra es un estado de enemistad y destrucción [...] debido a que tales hombres no se hallan bajo las obligaciones de la ley común de la razón [...] y así pueden ser tratados como bestias de presa” (p. 31). La clave de la argumentación de Locke, como expresa Hinkelammert (2018), es infame, pues, aunque critica la legitimidad de un nuevo gobierno ante la guerra de conquista, lo legitima siempre que se sustente en el derecho de guerra, esto es, el derecho de atentar contra otro a partir del argumento de que se puede tratar a otro como bestia pues no comparte la misma apreciación “común” de la razón.

A diferencia de Locke, Juana Inés de la Cruz logra, por medio de una representación teatral, llegar al nervio de los sentimientos producidos por la guerra y dar voz a quienes eran vistos, por algunas posturas de la época, como salvajes, bestias o bárbaros bajo una falacia *ad naturam*. Sor Juana, por su parte, en una frase contundente en la obra teatral, afirma: “la Natural Ley, hace gran repugnancia// que maten los Hombres, Hombres, pues el precepto quebranta, // que dice: Lo que no quieres// para ti, a otro no le hagas” (1689, vs 311-316). Para la jerónima, la concepción de la ley en esta loa atestigua que la ley natural es imperfecta y necesita de la perfección de una ley superior. Sor Juana postula límites a la ley natural, mostrando la dependencia entre esa ley y la ley divina. Para Sor Juana, la ley natural no es autónoma ni regulativa, sino que requiere de la perfección de una ley superior que la revise y visibilice, pero sin que ello merme la capacidad universal que, considera, debe emanar de la ley natural: “a darme salgas, con tus divinos preceptos, // la perfección que me falta” (1689, vs. 1-15).

Las obras de Sor Juana también muestran el sincretismo cultural y religioso, como se puede ver en la *Loa al Auto del Divino Narciso*, donde, además de evidenciar la otra cara de la expresión pluricultural del México dieciochesco retomando la postura lascasiana del derecho (Velasco, 2023), muestra la racionalidad de las prácticas religiosas indígenas que eran negadas por pos-



turas imperialistas, como las de Ginés de Sepúlveda en su disputa de Valladolid con Bartolomé de las Casas. Sor Juana, por su parte, demuestra la lógica y racionalidad de los ejercicios religiosos presentes en el culto al dios Huitzilopochtli, dios de las semillas. El humanismo sorjuanista es un humanismo barroco que, a pesar de las narrativas conservadoras de la época colonial, donde se desarrolló la monja jerónima, logra encontrar en las representaciones teatrales voces de las diversas caras de la conquista. Su obra poética es una muestra de la puesta en escena del ejercicio colonial y violento de la conquista, que no solo es visibilizado por la monja, sino también demandado a través de alegorías teatrales.

4. Conclusión

Se puede contraargumentar que la postura colonial afectó únicamente a las colonias inglesas en América. Sin embargo, como hemos mostrado, los efectos del proyecto económico colonial imperaron en las prácticas de todo el territorio. La desigualdad ocasionada por la esclavitud y el despojo territorial hace necesaria una lectura crítica del desarrollo de las teorías filosófico-jurídicas. En filosofía, Locke es analizado como uno de los principales representantes de las teorías liberales de la modernidad, gracias a su contractualismo y a sus presupuestos iusnaturalistas; sin embargo, al situar sus postulados en un contexto de profunda desigualdad, su teoría política adquiere otros resultados. Destacamos la lectura de filósofos como Hinkelammert, quien profundiza en los efectos de dicha argumentación.

En contraste con esta postura, los presupuestos humanistas de filósofos y filósofas mexicanos como Bartolomé de las Casas o Juana Inés de la Cruz muestran otras aristas del conflicto histórico, tomando como base de sus postulados las injusticias sociales de su época. Siguiendo a Maldonado, hay, sin embargo, capas en las que se desarrolló el proceso colonial en América, algunas más visibles y otras que incitan a una revisión urgente. Se trata de narrativas que transitaron sobre diversas perspectivas coloniales. Así, por ejemplo, pese a las críticas lascasianas en obras como *Historia de las Indias* o *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, De las Casas abogó por formas de esclavitud en su época, de las que posteriormente, ante los agravios de la guerra, criticó tajantemente. Sor Juana Inés también participó de la misma época y de las estructuras coloniales, pese a las cuales encaró una serie de críticas sobre los juicios de su “condición femenina”. Además de mostrar las tensiones jurídicas del siglo XVIII entre la ley natural y la ley de gracia, que sirvieron para justificar la conquista mediante bulas y tratados, las loas de Sor Juana también muestran una defensa de la racionalidad de las prácticas religiosas y culturales

de los naturales de América, visibilizando la diversidad cultural imperante en la época. A pesar de las formas en que operaba la propia colonialidad del poder, Sor Juana visibiliza las voces plurales de su época gracias a la construcción de narrativas poéticas que encaran las injusticias históricas.

Por su parte, resulta prioritaria la apreciación de Carmen Rovira, quien caracterizó al humanismo mexicano como un pensamiento filosófico que se preocupó por las injusticias sociales e históricas, tomando como fuente un horizonte ético-político. Su visión crítica ha permitido analizar las fuentes de filosofías mexicanas de los siglos XVI y XVII, a partir de un imperativo ético sobre la preocupación por lo inherente de los seres humanos: la justicia y la libertad, conceptos filosóficos de nuestras teorías jurídicas.



REFERENCIAS

- ASPE** Armella, V. (2019). *Approaches to the theory of freedom in Sor Juana Inés de la Cruz*. Aliosventos Ediciones, Universidad Panamericana, UMSNH.
- BERKELEY**, G. (1725). *A discourse on the plantation of the Bermudas*. Project Gutenberg. <https://www.gutenberg.org/cache/epub/31848/pg31848-images.html>
- BEUCHOT**, M. (1994). "Bartolomé de las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos". *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. 6. 37-48.
- BURKE**, P. (2000). *El Renacimiento europeo: Centros y periferias*. Barcelona: Crítica.
- CASANOVA**, C. A. (2021). Francisco de Vitoria y John Locke ante la conquista de América: dos posturas encontradas. En A. Salmerón Rodríguez Vergara, J. L. Gutiérrez, J. L. Egío García & D. Torrijos Castrillejo (Coords.), *La Escuela de Salamanca y su proyección iberoamericana*.
- CASTRO-GÓMEZ**, S. (2007). Michel Foucault y la colonialidad del poder. *Tabula Rasa*, (6), 153-172. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.
- CASTRO-GÓMEZ**, S. (2009). Filosofía, ilustración y colonialidad. En E. Dussel (Ed.), *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y “latino” (1300-2000): Historia, corrientes, temas y filósofos* (pp. 103-118). Ciudad de México: Siglo XXI.
- CÉDULA** Real sobre la fundación de la Real Universidad de México y Cédula Real sobre el orden que ha de tener el estudio. Foja 2. Luis de Velasco, 1553. Consulta 10 de junio de 2024. Disponible en <https://artsandculture.google.com/asset/c-%C3%A9dula-real-sobre-la-fundaci%C3%B3n-de-la-real-universidad-de-m-%C3%A9xico-y-c%C3%A9dula-real-sobre-el-orden-que-ha-de-tener-el-estudio-foja-2-luis-de-velasco/AgHtC65eAD72Qg>.
- CERVERA**, J. A. (2017). La expansión española en Asia Oriental en el siglo XVI: Motivaciones y resultados. *Estudios de Asia y África*, 52(1), 191-202. <https://doi.org/10.24201/eaa.v52i1.2288>
- CIRIZA**, A. (2010). Sobre las significaciones de la libertad y la propiedad: Una revisión feminista de Locke a la luz de algunos dilemas del presente. *Revista de Sociología e Política*, 18(36), 93-114. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Brasil.

- COBEN**, L. A. (2015). The events that led to the Treaty of Tordesillas. *Terrae Incognitae*, 47(2), 142–162. <https://doi.org/10.1179/00822884.2015.1120427>
- COOK**, S. H., Simpson, L. B., & Borah, W. (2013). *Los estudios históricos sobre la población en el periodo colonial. Oficio. Revista de historia e interdisciplina*, 2(2), 142–161.
- DE** la Cruz, Juana Inés (1692). *Segundo volumen de las obras de Sor Juana Inés de la Cruz, monja profesa en el Monasterio del Señor San Gerónimo de la ciudad de México* (J. de Orúe y Arbieto, Ed.). Sevilla: Tomás López de Haro.
- DE** la Cruz, S. J. I. d. l. (2024). *Carta atenagórica y Respuesta a sor Filotea*. España: Linkgua Ediciones.
- DE** las Casas, B. (1552). *Tratado del Consejo Real de Indias*. Recuperado el 10 de noviembre de 2024. Disponible en <https://www.cervantesvirtual.com/obra/estes-vn-tratado-que-fray-bartholome-de-las-casas-o-casaus-compuso-por-comision-del-consejo-real-delas-indias-sobre-la-materia-de-los-yndios-que-se-han-hecho-en-ellas-esclauos-987282/>
- DE** las Casas, B. (1990). *De regia potestate* (J. González Rodríguez, Ed.; A. E. Pérez Luño, Introd.). Alianza Editorial. (Original work published 1969).
- DUSSEL**, E. (2001). *Eurocentrismo y modernidad* en Mignolo, W. (Ed.), *Capitalismo y geopolítica del conocimiento*. Siglo XXI.
- ECRU.** (1668). *Estatutos y constituciones hechas con comisión [sic] particular de su Magestad, para ello: por el Señor Juan de Palafox y Mendoza... Obispo de la Puebla de los Ángeles, Visitador General de la Nueva España y de dicha Real Universidad. Por la viuda de Bernardo Calderón*. Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/obra/estatutos-y-constituciones-hechas-con-comission-sic-particular-de-su-magestad-para-ello-por-el-señor-juan-de-palafox-y-mendoza-obispo-de-la-puebla-de-los-angeles-visitador-general-de-la-nuevaespana-y-de-dicha-real-universidad--0/>
- FANON**, F. (2016). *Los condenados de la tierra*. Bolivia: Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social.
- FELIPE II.** (1595, 11 de diciembre). *Ley de los Reinos de las Indias*. Colección de Biblioteca Nacional de Chile. En *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias*, en: *El derecho indiano. Memoria Chilena*. Disponible en <https://www.memoria-chilena.gob.cl/602/w3-article-93485.html>.



- FEMENÍAS**, M. L. (2007). Esbozo de un feminismo latinoamericano. *Estudios Feministas*, 15(1), 11–25. <http://www.jstor.org/stable/24327627>
- GALL**, O. (2021). Mestizaje y racismo en México. *Revista Nueva Sociedad*, (292), 1-11.
- GERBI**, A. (1982). *La disputa del Nuevo Mundo: Historia de una polémica 1750-1900*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- GEULEN**, C. (2010). *Historia del racismo*. Madrid: Alianza.
- HINKELAMMERT, F. J. (2018). TOTALITARISMO** del mercado: El mercado capitalista como ser supremo. España: Ediciones AKAL.
- LEMUS**, G. (1985). El feminismo de Sor Juana Inés de la Cruz en “*Los empeños de una casa*.” *Letras Femeninas*, 11(1/2), 21–29. <http://www.jstor.org/stable/23022521>
- LIMONGI**, M. I. (2022). Hobbes y Locke sobre el derecho a castigar y la violencia de Estado. *Bajo palabra. Revista de filosofía*, (29), 19-36.
- LIZAOLA**, J., Gallardo, E. (2023). *La tradición humanista y Nueva España*. UNAM.
- LOCKE**, J. (1999). *Ensayo y carta sobre la tolerancia*. Madrid: Alianza.
- LOCKE**, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Tecnos.
- LOCKE**, J. (2010). *Ensayo sobre el gobierno civil*. San Miguel: UNQUI; Buenos Aires: Prometeo.
- LOCKE**, J. (2014). *Ensayo y carta sobre la tolerancia* (C. Mellizo, Ed.; 2.^a ed.). Alianza Editorial.
- LOCKERT**, L. F. (1985). Sor Juana como protofeminista de su edad y la de hoy. *Letras Femeninas*, 11(1/2), 5–15. <http://www.jstor.org/stable/23022519>
- LÓPEZ Molina**, X. (2015). Hermenéutica del descubrimiento del Nuevo Mundo. La polémica de Valladolid y la naturaleza del indio americano. *Valenciana*, 8(15), 233-260.
- _____, (2024). *Tradición humanista y republicana en Iberoamérica*. Bonillas.

- MAGALLÓN** Anaya, M. (2014). Filosofía y pensamiento crítico latinoamericano de la actualidad. *De Raíz Diversa: Revista Especializada en Estudios Latinoamericanos*, 7(1), 1-xx. Programa de Posgrado en Estudios Latinoamericanos, Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Mexico/ppel-unam/20160614015135/Magallon.pdf>
- MALDONADO-TORRES**, N. (2008). La descolonización y el giro decolonial. *Tabula Rasa*, 9, 61-72.
- MARTÍNEZ** Pería, J. F. (2010). Cautivos del clima: El problema de la esclavitud en el pensamiento de Montesquieu. *Bajo palabra. Revista de filosofía*, (5), 215-228.
- MARTÍNEZ**, L. M. (2006). *Afroamérica I: La ruta del esclavo*. UNAM.
- MONDOLFO**, R. (1954). *Figuras e ideas de la filosofía del Renacimiento*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- MURIEL**, J. (2000). *Cultura femenina novohispana* (Serie Historia Novohispana, 30). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas.
- NEGRONI** Cicerchia, J. (2024, octubre 1). *Exploring Sor Juana's respuesta and the proto-feminist perspective: Equilibrium between faith and agency*. Tropos. <https://tropos.hcommons.org/2024/10/01/exploring-sor-juanas-respuesta-and-theproto-feminist-perspective-equilibrium-between-faith-and-agency/>
- PEÑA** González, M. A. (2009). *La Escuela de Salamanca: De la Monarquía hispánica al orbe católico*. Madrid: BAC.
- PEREYRA**, G. (2018). Locke y la teoría de la rebelión popular. *Estudios Políticos*, (44), 185-201. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Políticos.
- REAL** Universidad de la Ciudad de México. (2004). *Estatutos y constituciones hechas con comisión [sic] particular de su Majestad, para ello: por el Señor Juan de Palafox y Mendoza... Obispo de la Puebla de los Ángeles, Visitador General de la Nueva España y de dicha Real Universidad...* Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcx06f8>
- ROVIRA** Gaspar, C. (1998). *Pensamiento filosófico mexicano del siglo XIX y primeros años del XX*. México: UNAM.



ROVIRA Gaspar, C. (2007). "Filosofía y Humanismo" en *Antología Instituciones Teológicas de Francisco Xavier Alegre y las Ejercitaciones Arquitectónicas de Pedro Márquez*. México: UNAM.

RUIZ Trejo, M. G. (Coord.). (2020). *Descolonizar y despatriarcalizar las ciencias sociales, la memoria y la vida en Chiapas, Centroamérica y el Caribe* (L. A. Maza Trujillo, Colab.). Tuxtla Gutiérrez, Chiapas: Universidad Autónoma de Chiapas.

SOTO Rangel, L. (2024). Itinerário da educação humanista no México: uma abordagem da filosofia mexicana a partir da história das ideias de Carmen Rovira. *IXTLI: Revista Latinoamericana de Filosofía de la Educación*, 11(21), 12-31.

_____ (2020). Francisco Suárez ante la polémica auxiliis. El problema del libre albedrío. En M. Lázaro Pulido, M. S. de Carvalho & S. Guidi (Eds.), *Francisco Suárez: Metaphysics, Politics and Ethics* (pp. 169-194). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

_____ (2023). La noción de justicia en las loas de Sor Juana Inés de la Cruz: una visión barroca de la historia de las Indias. En J. Lizaola (Ed.), *La tradición humanista y Nueva España* (pp. 165-184). UNAM.

SOTO, L., Alcalá, R. (Coord.). (2021). *Nociones filosóficas y prácticas de la justicia*. FES Acatlán-UNAM.

SOTO, L., García, D. (Coord.). (2023). *Teorías de la justicia*. FES Acatlán-UNAM.

URQUIZAR, A., & Cámara, A. (2017). *Renacimiento*. Madrid: UNED.

VELASCO, A. (2022). *El devenir de la filosofía mexicana a través de sus tradiciones y controversias*. UNAM-IIFs.

_____ (2023). *Humanismos, culturas barrocas y poder colonial*, En J. Lizaola (Ed.), *La tradición humanista y Nueva España* (pp. 103-118). UNAM.



CIENTÍFICOS DURANTE LA GUERRA DE INDEPENDENCIA. ALBERTO SALADINO GARCÍA²

² Profesor/investigador de la Facultad de Humanidades de la Universidad Autónoma del Estado de México, licenciado en filosofía, maestro en filosofía latinoamericana y doctor en Estudios Latinoamericanos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Autor de trece libros y coordinador de veinte volúmenes relativos a temas latinoamericanos sobre educación, filosofía, historia de la ciencia e indigenismo. Dirección electrónica: asaladinog@uaemex.mx





INTRODUCCIÓN

En la invitación a participar como expositor en el diplomado “Pensamiento jurídico mexicano, crítica y teoría contemporánea del derecho”, organizado conjuntamente por el Centro Nacional de los Derechos Humanos “Rosario Ibarra de Piedra” y el Consejo Nacional de Humanidades, Ciencia y Tecnología a mediados de 2024, se me asignó como tema de exposición reseñar el ambiente científico antes y durante las luchas de independencia.

Para cumplir con el cometido, realicé un rápido repaso de algunos saberes racionales de la época mesoamericana y del proceso de introducción y aclimatación de la ciencia occidental en Nueva España durante los siglos XVI, XVII y XVIII, como antecedentes y fuentes nutritivas de la tradición científica que impactó la lucha independentista y el diseño del amanecer de la nación mexicana.

El contenido de este texto aborda la temática asignada agrupada en cuatro pequeñas secciones donde se relata la formación de los científicos en los albores de la Independencia, algunas manifestaciones de independencia mental como preludio de la lucha por la independencia política, el impacto del quehacer científico en la época independentista y la utilización del conocimiento científico como soporte para el diseño de los Estados Unidos Mexicanos.

1. Formación de los científicos en los albores de la Independencia

Antecedió a la lucha por la independencia nacional una década de importante renovación cultural, expresión y prolongación del dinamismo introducido por el cultivo de las ideas de la Ilustración en Nueva España. Por ello, es factible sustentar que la actividad científica contribuyó a la conformación del ambiente pro-independentista, como consecuencia de la labor de los intelectuales formados en el movimiento de renovación cultural iniciado por religiosos como los jesuitas y laicos desde mediados del siglo XVIII. Más aún, hombres de ciencia formados en ese contexto cultural se comprometieron en las luchas de independencia.

Los científicos oriundos o avecindados en Nueva España durante la primera década del siglo XIX fueron formados o enseñaron en diversas instituciones que promovían, fundamentalmente, los valores de la modernidad, aunque,

hay que anotarlo, persistía la presencia de concepciones tradicionales propias de la cultura escolástica. Las instituciones educativas que funcionaban a principios de dicha centuria y donde se formaron los hombres de ciencia de los años anteriores al inicio de las luchas independentistas eran, en la Ciudad de México, la Real y Pontificia Universidad de México (1553), de la que dependía el Real Jardín Botánico (1788), la Real Escuela de Cirugía (1768), la Real Academia de las Tres Bellas Artes de San Carlos (1781), el Real Seminario de Minería (1792), y entre los establecimientos ubicados en el interior del virreinato destacaban la Real Universidad de Guadalajara (1792), el Seminario de Monterrey, el Real y Primitivo Colegio de San Nicolás Obispo y el Real y Pontificio Colegio Seminario en Valladolid, el Colegio de San Francisco de Sales en San Miguel el Grande, el Colegio de la Purísima Concepción de Guanajuato y el Colegio Carolino en la ciudad de Puebla, etcétera.

De esas instituciones educativas egresaron profesionales abocados al cultivo de distintas disciplinas científicas como la astronomía, la botánica, la física, la geografía, la matemática, la medicina, la mineralogía, la química, la zoología, etc., cuyos conocimientos los aplicaron, por las mismas exigencias sociales, a distintos ámbitos para coadyuvar en la solución de problemas agrícolas, alimenticios, mineralógicos, de salud, transporte, urbanismo, vivienda, etcétera.

La formación científica de los hombres dedicados al conocimiento de la realidad natural novohispana estuvo reforzada con la importante infraestructura cultural, como lo prueba la existencia de bibliotecas, gabinetes de historia natural, hospitales, imprentas, librerías, museos e intentos de acrecentarlos. Por ejemplo, la iniciativa de los naturalistas Antonio de La Cal y Bracho, José Guadalajara, Luis Rivas y José Ignacio Rodríguez de Alconedo para instaurar un Jardín Botánico en la ciudad de Puebla de los Ángeles.

Con respecto a las bibliotecas, debo mencionar que hubo algunas muy bien dotadas, como las que funcionaban en la capital de la Nueva España. Tales son los casos de la del Colegio Apostólico de San Fernando, que, fundada en 1731, para el año de 1801 contaba con 11,594 libros; la del Colegio de Santa María de Todos los Santos, con casi nueve mil libros a principios del siglo XIX; y la de la Real y Pontificia Universidad de México, que, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, contó con normatividad y un funcionamiento regular, y llegó a administrar más de diez mil volúmenes en la primera década de la centuria decimonónica. En el interior del virreinato, igualmente existieron bibliotecas de innegable importancia, como el caso de Puebla, donde operaba la Biblioteca Palafoxiana, establecida en el siglo XVII, renovada y enriquecida



en el siglo XVIII por Francisco Fabián y Fuero, con un fondo de 4,485 títulos (Romero, 1986).

2. La independencia mental: antecedente de la independencia política

La existencia de instituciones educativas y culturales, espacios donde se cultivaban los más diversos saberes racionales, y, sobre todo, por la consolidación del espíritu de independencia intelectual fomentado por el amor a la patria con base en el conocimiento de la naturaleza novohispana y sus fenómenos, introducido tanto por los integrantes de la comunidad de científicos criollos del siglo XVIII, como José Antonio Alzate y Ramírez —astrónomo y naturalista—, José Ignacio Bartolache y Posadas —médico y físico—, Diego de Guadalajara —matemático— Antonio de León y Gama —astrónomo—, José Marino Mociño —médico y botánico— y Joaquín Velázquez de León —ingeniero—, entre otros, como por científicos avecindados, fue que promovieron, en los hechos, la praxis de la ciencia moderna en tierras novohispanas, desde donde se ofrecieron los primeros aportes significativos en el ámbito científico.

En efecto, el dinámico quehacer científico que preludió las luchas de independencia permitió las contribuciones de científicos avecindados u oriundos del Nuevo Mundo al conocimiento universal, tales como los descubrimientos de Andrés Manuel del Río del elemento químico que denominó eritronio y que a la postre vino a ser conocido como vanadio, y así como diversos minerales; de Manuel Cotero sobre un nuevo metal producto de la combinación de azufre con manganeso, que llamó alabandina sulfúrea (1804, pp. 208-210); de Fausto D'Elhuyar y su hermano Juan José D'Elhuyar, avecindado éste en Santafé de Bogotá, en el virreinato de Nueva Granada, quienes descubrieron el tungsteno; de Vicente Cervantes, Martín de Sessé, José Mariano Mociño y José Longinos, que sistematizaron la riqueza florística de la América Septentrional; y de Luis José Montaña, quien: “inicia la cátedra de clínica entre 1801 y 1803 en el Hospital de San Andrés y, junto con Mociño, estudia los efectos curativos de algunas plantas mexicanas en los pacientes del propio hospital” (Cordero Galindo 2001, p. 191).

Claro, la actividad científica estuvo orientada también a satisfacer necesidades de distintos órdenes en la vida social de entonces, pues no restringió sus propósitos a intereses exclusivamente gnoseológicos, lo cual ejemplificó con el caso de José Fernando de Abascal, quien sustentó como “... urgente necesidad... una nueva exacta geografía de esta Septentrional América, para la utilidad del comercio interior y exterior de este reino, y porque la nación no

carezca de una obra tan interesante..." (Abascal 1806, pp. 50-51), ya que, a su juicio, eran inexactas las informaciones y los datos geográficos existentes entonces. Queja del mismo tono la transmitió el Diario de México en una nota del 14 de diciembre de 1805 sobre la "Geografía de este Reino", por lo que recomendaba una metodología específica para su solución.

La emancipación mental iniciada por los científicos en los albores de la independencia y otras condiciones culturales e intelectuales prevalecientes generaron las bases para que miembros de la comunidad científica de entonces respaldaran la lucha libertaria que iniciaría un religioso contagiado también por el ambiente renovador impulsado con la divulgación de las ideas de la Ilustración, Miguel Hidalgo y Costilla.

3. Impacto del quehacer científico en el periodo de lucha independentista

La nómina de hombres de ciencia que vivieron y participaron en la lucha por la independencia y los que sobrevivieron y participaron en el diseño de la nación mexicana es la siguiente: Wenceslao Barquera, Carlos María de Bustamante, Julián Cervantes, Vicente Cervantes, Casimiro Chovell, Manuel Cotero, Rafael Dávalos, Andrés Manuel del Río, Ramón Fabié, Mariano Jiménez, Cástulo Navarro, José de Orihuela, Juan José Oteyza, José Antonio Rojas, Manuel Ruiz de Tejada, Isidoro Vicente Valencia, etcétera.

Algunos de ellos entregaron su vida para darnos patria al participar en las primeras luchas de independencia, dirigiendo ejércitos o construyendo armas, como los casos de Mariano Jiménez, el insurgente que conquistó diversos grados militares por ser quien más triunfos logró; Casimiro Chovell, Rafael Dávalos, Ramón Fabié – de origen filipino –; José Antonio Rojas e Isidoro Vicente Valencia. Los que sobrevivieron participaron en el diseño de nuestro país al triunfo de la Independencia y en la creación de las primeras instituciones dedicadas a la enseñanza, investigación y difusión de conocimientos científicos, como fueron: Carlos María de Bustamante, Julián Cervantes, Vicente Cervantes, Manuel Cotero, Andrés Manuel del Río, etcétera.

La intensa labor científica que desarrollaron los integrantes de dicha comunidad científica tuvo impacto en ámbitos diversos, pues aportaron elementos racionales mediante la práctica de la lógica causalista de la ciencia para enfrentar los prejuicios. Contribuyeron con información y elementos teóricos a las exigencias ideológicas de los criollos, pues al final la mayoría de los científicos e intelectuales resultaron más patriotas que regnícolas; enfrentaron



las descalificaciones de los europeos con la consolidación de argumentos contra el rechazo al dominio colonial, pues formaron parte de la masa crítica que hizo eco de la esencia del pensamiento racional, por lo cual buena parte de ellos asumió la crítica como propia del ejercicio del pensamiento intelectual. De modo que la difusión y praxis de los conocimientos científicos alimentaron la insurrección del orden.

Consecuentemente, los quehaceres científicos desembocaron en compromisos de carácter sociopolítico por su utilidad pública, con lo cual sus impulsores se constituyeron, en los hechos, en la primera república de las letras, como decían, al propalar la ciencia como cosa (=res) pública, y así se anticiparon a la construcción de la República Mexicana. Con base en su práctica científica, los sabios independentistas forjaron conciencia —con el apoyo de la ciencia esclarecieron la realidad colonial y abrieron la posibilidad de una nueva realidad, la libertaria— entre los demás habitantes, pues con sus argumentos, conocimientos, informaciones y resultados de investigación, colaboraron en la génesis, en las luchas y en la consolidación de la independencia nacional, al grado de que varios se convirtieron en mártires y hoy debemos tenerlos ni más ni menos que como héroes.

4. Los científicos en el diseño de los Estados Unidos Mexicanos

La participación de hombres de ciencia en las luchas por la Independencia y al logro de su consumación promovieron diversos hechos, verdaderamente insólitos para la época, como la recurrencia al cultivo de los conocimientos científicos para impedir el retroceso; para formar la conciencia nacional y, sobre todo, para impulsar el progreso de los Estados Unidos Mexicanos. O sea, los saberes racionales fueron apreciados como un medio indispensable en la puja por consolidar la libertad conquistada y expandir la independencia mental, así como un amparo para enfrentar prejuicios y supersticiones.

De modo que nuestros científicos coadyuvaron al diseño de la nueva nación mediante la promoción y práctica de la ciencia. Por esta razón, quienes participaron como constituyentes, entre ellos principalmente Carlos María de Bustamante y José María Luis Mora, dejaron su huella ilustrada en la primera Constitución Política del país al exponer planteamientos inéditos con base en la situación de la ciencia de esa época y por la pertinencia de considerar la aplicación de los principios de la ciencia moderna por el afán legítimo y necesario de dotar a los mexicanos del torrente de luz que despiden los saberes

racionales. Para el efecto respaldaron la exposición de motivos con base en los aportes, ideas y los nombres de personajes de la talla de Isaac Newton, Benjamín Franklin, Juan Jacobo Rousseau, Charles Louis de Secondat, mejor conocido como Barón de la Bréde y de Montesquieu.

La novedad de los planteamientos de los constituyentes de 1824 radicó en haber introducido disposiciones de carácter constitucional para intentar y posibilitar la concreción de las virtudes del espíritu científico en la formación del nuevo hombre, del ciudadano mexicano, pues nuestra primera carta magna mandató, en su sección quinta, “De las facultades del Congreso General”, en el artículo 50:

Promover la ilustración, asegurando por tiempo limitado derechos exclusivos a los autores por sus respectivas obras, estableciendo colegios de marina, artillería e ingenieros; erigiendo uno o más establecimientos en que se enseñen las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas; sin perjudicar la libertad que tienen las legislaturas para el arreglo de la educación pública en sus respectivos Estados.

Fomentar la prosperidad general... asegurando por tiempo limitado a los inventores, perfeccionadores o introductores de algún ramo de industria, derechos exclusivos por sus respectivos inventos, perfecciones o nuevas introducciones (Rodríguez 1992, p. 149).

Como se puede apreciar, el pensamiento jurídico mexicano emergió de la crítica y práctica de ordenamientos verdaderamente insólitos y únicos en la historia constitucional mexicana, al sustentar la posibilidad de que nuestro país contara, desde su nacimiento, con una política científica y tecnológica. Tarea que busca hacer realidad, después de casi dos siglos de vida como nación independiente, el proyecto de la Cuarta Transformación. También, dichas disposiciones del surgimiento del derecho mexicano dan cuenta de la sapiencia de algunos de los constituyentes de 1824 y la apertura de los demás para aprobar esas importantísimas disposiciones.

La experiencia de estar construyendo una nueva época histórica invocó la sensibilidad de los propios hombres de ciencia que, inmediatamente después de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como República Federal, participaron activamente en hechos —para ser coherentes con sus disposiciones— como los siguientes: restablecimiento de las lecciones de botánica por Vicente Cervantes (1824); la convocatoria del primer certamen científico en el Colegio de San Ildefonso (1825); la reforma académica del Colegio de Minería (1825); la creación del Instituto de



Ciencias, Literatura y Artes (1826), y el establecimiento, por el Congreso del Estado de México, de la Comisión de Estadística y Geografía (1827) para estudiar la situación de los distritos de la entidad, en la que participaron científicos y estudiosos como Luciano Castañeda, Manuel Castro, Vicente Cervantes, Cástulo Navarro y Joaquín Ramírez Rojas.

La lección de los científicos novohispanos, luego mexicanos, en la construcción de nuestra nación estriba en enseñarnos que todos tenemos la responsabilidad de cambiar el estado de la cosa pública. Ante esta época de transformaciones impuestas por la sociedad mexicana, tenemos el compromiso ético de emularlos.

REFERENCIAS

- ABASCAL**, J. F. de. (1806, March 13). Descripción geográfica política del comercio, agricultura, minería y artes de la provincia de Guadalajara según datos y productos del año 1803 en los veinte y nuevos partidos que comprende. *Jornal Económico-Mercantil de Veracruz*, (13).
- COTERO**, M. (1804, October 27). *Gazeta de México*, 12(24).
- CORDERO** Galindo, E. (2001). La materia médica. In M. E. Rodríguez Pérez & X. Martínez Barbosa (Eds.), *Medicina novohispana del siglo XVIII* (Vol. IV, pp. 1-25). Universidad Nacional Autónoma de México/Academia Nacional de Medicina.
- OSORIO** Romero, I. (1986). *Historia de las bibliotecas novohispanas*. Secretaría de Educación Pública.
- RODRÍGUEZ**, L. (1992). Ciencia y Estado en México: 1824-1829. In J. J. Saldaña (Ed.), *Los orígenes de la ciencia nacional* (Cuadernos de Quipu 4). Sociedad Latinoamericana de Historia de las Ciencias y la Tecnología/Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM.





FILOSOFÍA MEXICANA Y DERECHO: EL EXILIO REPUBLICANO ESPAÑOL. ANTOLÍN SÁNCHEZ CUERVO³

1. De la guerra al exilio

El exilio republicano español de 1939 es el más importante de los acaecidos en la historia de España y también uno de los más relevantes, por sus cifras y por la cualificación profesional de muchos de sus integrantes, de los acontecidos en la Europa del siglo XX. Junto con el exilio judío centroeuropeo, probablemente sea el más significativo de los que se consumaron durante la Europa de entreguerras (1914-1945). Se trata además de un exilio, no solo de la España reaccionaria de Franco, sino también de una Europa intimidada por el expansionismo nazi-fascista de los años 30 y por las lógicas totalitarias que la racionalidad tecnocientífica moderna había ido incubando a lo largo de los siglos precedentes en el corazón de la gran cultura burguesa europea. La guerra civil española, además de un conflicto interno y cainita entre las llamadas “dos Españas” desatado a raíz del golpe militar del Franco en julio de 1936, había sido el gran preámbulo a la II Guerra Mundial y el campo de pruebas de la ingeniería militar de Hitler ante la pasividad de las democracias occidentales —las llamadas políticas de contención—, consignada en el pacto de no intervención encabezado por Francia y Gran Bretaña. Razones de tipo geopolítico contrarias al derecho internacional habían impedido al gobierno constitucional de la II República española abastecerse de armas y recibir ayuda material en legítima defensa, salvo la excepción insuficiente de la Unión Soviética, mientras la Legión Cónodor de Hitler y la aviación de Mussolini decidían la guerra a favor de Franco (Viñas 2010).

³ Doctor en Filosofía y Científico Titular del Instituto de Filosofía. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Correo: antolin.scuervo@cchs.csic.es

Pero ese desamparo alcanzaría su grado máximo justo hacia el final de la guerra, en enero y febrero de 1939, cuando medio millón de derrotados se amontonaban en la frontera con Francia, cuna del republicanismo ilustrado y de los derechos universales del ciudadano. Allí serían hacinados en diversos campos de concentración (Cate-Arries) y tratados como apátridas, con todo lo que ello implicaba en ese momento, a saber, según Hannah Arendt (2006), convertirse en sujetos sin “derecho a tener derechos” (p.420).

Por todo ello, el exilio republicano en general y el de los juristas en particular, llevará consigo la amarga experiencia del fracaso y la negación del derecho internacional —y del estado de derecho, en definitiva— bajo la lógica del estado de excepción y de la doctrina del espacio vital, llevada a la práctica por los nuevos regímenes nazi-fascistas. Exilio y derecho evidenciarán su condición mutuamente excluyente.

En la guerra de España colisionaban así dos grandes tradiciones políticas, que pronto serán identificadas, en la literatura filosófico-política y filosófico-jurídica del inminente exilio republicano. Por un lado, la tradición del derecho internacional, gestada en la Escuela de Salamanca e inspirada en la lógica del bien común a propósito de la crítica de la conquista y la defensa de los pueblos originarios, aun en medio de numerosas contradicciones y ambigüedades, contrapuntos y matices. De todo ello surgirá un humanismo republicano antímpperialista y multicultural, que se desarrollará en Iberoamérica en general y México en particular, llegando hasta nuestros días en obras como las de Miguel León Portilla, Pablo González Casanova y Luis Villoro (Velasco, 2008; 2022, pp.291-340). Por otro, la tradición maquiavélica inspirada en la lógica del poder y la dominación, el imperialismo y la colonización, el equilibrio y el pacto entre fuerzas, reveladora de la complicidad entre racionalismo y absolutismo, plasmada en obras de autores como Hobbes.

Un filósofo del exilio republicano en México como Eduardo Nicol, por ejemplo, planteará esta contraposición a propósito del IV centenario de Francisco Suárez. En tres ensayos escritos en 1947 y 1948, en el horizonte de la posguerra europea y bajo la impronta de la guerra española y sus consecuencias (Nicol, 1997), reivindicará una concepción moral del Estado, basada en la comunidad natural de los individuos, orientada hacia el bien común y responsable de garantizar la dignidad humana. El pensamiento político de Suárez contendría así para Nicol serios antecedentes de la Declaración de los derechos del hombre de 1789, si bien estos habrían quedado desplazados por la filosofía política de Locke, inspirada más bien en el individuo y la propiedad. El divorcio



entre pensamiento político y acción supuestamente consumado durante la conformación del imperio español, los filósofos junto con el pueblo quedaron desplazados del poder, habría motivado el olvido de filósofos como Suárez. Por el contrario, la repercusión del pensamiento de Locke en la ideología y en la acción del imperio británico le habría encaramado en la política moderna dominante, cuyos derroteros serán bien diferentes de los que Suárez había perfilado. A partir de Locke, ya no será la dignidad de la persona sino la propiedad aquello que el Estado está llamado a garantizar, además, a la manera de un contrato que sella la renuncia del individuo a su estado natural y su ingreso coercitivo en la sociedad. Desprovisto de cualquier finalidad moral, el Estado tiende entonces a reducirse a una figura administrativa e incluso policial, susceptible de benevolencia tanto como de soborno. Para Nicol, tal será, grosso modo, la fórmula moderna del bien común, con la que se intenta acotar el absolutismo de príncipes y de reyes al hilo de la nueva y emergente conciencia burguesa. Una fórmula que subordina el todo a las partes y no al contrario. Devaluada en una sociedad de propietarios, la comunidad política perderá entonces la dimensión ética que había adquirido en Suárez, a favor del principio del interés y la competencia dominante tanto en el ámbito nacional como internacional, al hilo de la emergente y poderosa lógica del capital.

Es importante resaltar, con independencia de la valoración que nos merezca el análisis de Nicol, el hecho de que se hiciera eco desde una perspectiva genealógica de la violencia política de su tiempo y del mundo en ruinas que la globalización de la guerra había dejado tras de sí. Probablemente, esa vieja contraposición hacía revivir dos conceptos filosóficos de gran peso en los años treinta como los de “Lebenswelt” o mundo de la vida y “Lebensraum” o espacio vital; el primero elaborado por el padre de la fenomenología, Edmund Husserl para referirse al mundo de la conciencia y la subjetividad, al ámbito de la expresión cultural y a nuestra experiencia vital en la construcción de un mundo habitable; el segundo por el jurista filo-nazi Carl Schmitt para legitimar el expansionismo vital inherente a todo estado soberano.

Pero en esos artículos de Nicol, entre otros muchos que cabría rastrear en la literatura filosófico-política del exilio republicano, también resonaba la constitución española republicana de 1931, elaborada en la estela de esa tradición derrotada del bien común. En este sentido cabe destacar su pacifismo, seguramente de inspiración krauso-institucionista, explícito en su artículo 6º: “España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional”; y en su artículo 7º: “El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo.”

En definitiva, la República derrotada emprendería así camino del exilio, no solo de la España de Franco, sino también de una Europa intimidada por el nazi-fascismo que la había abandonado a su suerte. Como bien es sabido, hubo una excepción en medio de este panorama desolador, marcado por el abandono y la hostilidad internacional al exilio republicano, como fue la de México y su política de asilo y de respeto al derecho internacional, por la que además se había distinguido y se distinguiría posteriormente en numerosas ocasiones.⁴ En el caso del apoyo a la II República, cuyas instituciones nunca dejarán de ser reconocidas, existía una sintonía previa que se remontaba a los años de la guerra civil y a las relaciones diplomáticas, institucionales y culturales entabladadas durante los años anteriores a la misma (Ojeda, Herrera, Mejía). Esa sintonía se materializará de manera decisiva en las labores diplomáticas de Gilberto Bosques y Luis I. Rodríguez para evacuar a miles de republicanos atrapados en los campos de concentración franceses o en situación de extrema vulnerabilidad por su condición apátrida, y proporcionarles una vida digna en México (Velázquez).

La situación de los juristas del exilio republicano tendrá un tono especialmente intenso. El derecho y la justicia será el hilo conductor no solo de sus obras intelectuales, sino también de la historia más o menos trágica que vivieron. En algunos casos, esas obras intentaron rehabilitar esos mismos derechos y principios de justicia, cuyo fracaso y negación fueron la causa de sus derrotas, exilios y bancarrotas existenciales. En este sentido, la nueva vida que emprenderán en México al amparo de sus instituciones, aun con las dificultades propias de cualquier adaptación a una sociedad diferente, será una oportunidad revitalizadora para buscar y encontrar respuestas a esas derrotas. De ahí un renovado interés por las fuentes y los fundamentos de ese mundo jurídico-político cuyo fracaso vivieron en sus propios cuerpos, por su vigencia o por sus posibilidades actuales. Tal fue el caso de los dos juristas a cuyas obras nos referiremos a continuación: Mariano Ruiz-Funes y Luis Recaséns Siches

2. El derecho humanitario contra los derechos de muerte: Mariano Ruiz-Funes

Mariano Ruiz-Funes (1889-1953) se doctoró en 1912 por la Universidad de Murcia con una tesis pionera en el campo del derecho agrario, bajo la influencia del regeneracionismo liberal. Desde 1917 fue catedrático en esta misma universidad, destacando por sus trabajos sobre criminología y derecho penal. En línea con la constitución republicana, de la que fue ponente, abogará por

⁴ Con la triste excepción del exilio judío centroeuropeo durante los años del nazismo, según explica y documenta Gleizer.



“una justicia igualitaria, la separación de la Iglesia y el Estado, las autonomías municipal y regional, la enseñanza estatal, en el control de los monopolios, una reforma agraria que favoreciera a los agricultores medios y modestos, el control de salarios y una asistencia social y sanitaria organizada”. Abogará por una “revolución burguesa” (Novella, 2017, p.110) siempre postergada en España, y por una modernización en el ámbito social, político y económico. En definitiva, por una mayoría de edad frente al poder de la aristocracia, el clero y la monarquía autoritaria, incompatible con la democracia y el liberalismo. Para Ruiz-Funes, la República liberal será el instrumento de las reformas necesarias más allá de un mero cambio en la forma del Estado, un reto que asumirá y le llevará a participar decisivamente en la redacción del Código penal de 1931, que marcará un punto de inflexión en la historia del derecho penal español al proponer una tarea humanizadora para el derecho punitivo revisando ciertas circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal y, sobre todo erradicando, por primera vez en la historia de España, la pena de muerte.

Pocos meses antes del golpe militar de Franco que desencadenará la guerra civil, Ruiz-Funes fue diputado en las Cortes republicanas por Bilbao en 1936, así como ministro de Agricultura y de Justicia. En 1937 fue ministro plenipotenciario y encargado de negocios en Polonia, y Embajador en Bélgica, en donde permaneció hasta marzo de 1939. Para entonces, a punto de consumarse la victoria de Franco, fue apartado y depurado del claustro de la Universidad, e inhabilitado de manera absoluta en 1940, con extrañamiento por quince años e incautación de todos sus bienes. En 1941 se le abrió un procedimiento en el Tribunal de represión de la masonería y el comunismo.

La marcha al exilio desde Bélgica fue un peregrinaje constante. Solicitó asilo en Argentina y le fue denegado, en México no le contestaron y en enero de 1940 embarca en Amberes con destino a La Habana, donde solo puede permanecer el tiempo que dura su visado (siete meses); pero entre tanto sus posibilidades de instalarse en México se consolidaron hasta conseguir un contrato en El Colegio de México, a donde se dirigió en noviembre de ese mismo año. Sin embargo, los tiempos del apoyo incondicional de Lázaro Cárdenas empiezan a quedarse atrás y, recién llegado, Alfonso Reyes le comunicó que su colaboración no será posible por falta de presupuesto. Ruiz-Funes y su familia vivieron tiempos de penuria e incertidumbre, atenuados gracias al entonces subsecretario de Educación Pública, el penalista José Ángel Ceniceros, quien le ofreció un puesto en su secretaría para elaborar discursos, prestar asesorías y realizar ediciones de clásicos literarios y de reglamentos. Si bien no pudo desempeñarse ni como catedrático ni como abogado, recibió invitaciones de Estados Unidos y de varios países latinoamericanos, además, colaboró con el diario *Novedades de México*, en donde aparecieron muchos de sus artículos.

También colaboró con las revistas Criminalia de México, Bohemia de Cuba, La Ley de Buenos Aires, Giustizia Penale de Turin y Cuadernos Americanos, entre otras muchas. Un año antes de su fallecimiento, en 1952, ganó, mediante oposiciones, la Cátedra de derecho penal en el recién creado Doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Ruiz-Funes entendió el derecho como un instrumento para la vida y para mejorar la condición humana. En tiempos de guerra y de odio se pronunció siempre a favor del derecho humanitario y el derecho internacional, y en contra de la pena de muerte y los “derechos de muerte” (Novella, 2017, p.114), que por entonces estaban creando el fascismo, el nacional-socialismo, el comunismo soviético y el franquismo. En su libro Criminología de la guerra. La guerra como crimen y causa del delito (1950) denunció los crímenes de guerra, cuyo objetivo era aterrorizar a las poblaciones de los países ocupados, destruir los grupos de oposición e instrumentalizar la animalidad humana. Para Ruiz-Funes estos crímenes descansaban en una legalidad criminal artificial basada, en el caso nazi, en el mito de la raza y en supuestas ofensas contra el honor. Entre sus múltiples libros también destacó Evolución del delito político (1943) donde fundamenta el delito político del ejercicio autoritario, en la medida en que “no emana de las facultades jurídicas de un poder legítimo”, sino que “equivale aquí a lo anómico, a lo caprichoso, a lo que no tiene reglas y carece de legitimidad, a lo dictatorial, en una palabra” (citado en Novella, p. 115). Así sucede en las legislaciones totalitarias de Italia, Alemania y la Rusia soviética, en contraste con la teoría internacional del delito político, de inspiración liberal. En esos regímenes, en los que se suprimen todas las libertades y se priva a los ciudadanos de sus derechos políticos, todo emana de un poder omnímodo cuyo fin es la anulación de los derechos del ser humano en aras de un orden nuevo. En realidad, en el mundo totalitario no hay régimen jurídico alguno, ya que todo se rige por el sometimiento de los individuos a dicho poder, el cual, personificado en un líder carismático, ha suplantado cualquier forma de derecho y de moral.

El fin de la conflagración europea trajo consigo las responsabilidades penales que se derivaron de las acciones cometidas durante la guerra e incluso antes. El descubrimiento de los campos de exterminio, la evidencia del genocidio, el proceso de Nuremberg con sus problemas jurisdiccionales, los militares heridos, los prisioneros de guerra, los asilados, refugiados, exiliados, apátridas, desplazados, las víctimas y los desaparecidos, etcétera, interesaron a Ruiz-Funes en coherencia con su concepción del derecho humanitario y defensa de los Derechos Humanos. Ya en su ensayo de 1944 “Las responsabilidades penales de la guerra”, había abogado por la responsabilidad criminal de Alemania e Italia, además de la de otros gobiernos, evitando no obstante caer



en el “caos vengativo”, de manera que los estados puedan “crear una jurisdicción penal de emergencia para liquidar conjuntamente los crímenes totalitarios y los de la invasión.” (citado en Novella, 2017, p.117) En este sentido, Ruiz-Funes contribuyó a la definición de un derecho internacional público, entendido como un ordenamiento jurídico regulador del comportamiento de los Estados y otros organismos internacionales, en sus competencias propias y relaciones mutuas, sobre la base de ciertos valores comunes, para propiciar la paz y la cooperación internacional. El surgimiento de esta rama suponía una importante evolución respecto del derecho internacional clásico, el cual era esencialmente interestatal y no consideraba, por tanto, a la persona como tal ni a la responsabilidad individual con independencia de la responsabilidad de los Estados.

En otras publicaciones destacadas de Ruiz-Funes, los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad fueron los temas más frecuentes. En concreto, dedicó varios estudios a la definición, tipificación y caracterización del genocidio. En *El genocidio y sus formas* (1949), por ejemplo, recoge cómo la Asamblea de las Naciones Unidas, en su reunión de París de diciembre de 1948, define el genocidio como “la destrucción intencional de un grupo humano”, como puede ser una nación, una secta o una minoría; una destrucción que, en todo caso, habría precedido a la II Guerra Mundial, ya que tanto la Alemania nazi como la Italia fascista y la Rusia soviética cometieron crímenes de esta índole sobre sectores de su propia población, según documenta Ruiz-Funes.

Pero, para entonces, al filo de la década de los cuarenta, las posibilidades de que los aliados depusieran a Franco tras la derrota del nazi-fascismo en el resto de Europa comenzaban a esfumarse. Ruiz-Funes incrementó entonces su actividad en todos aquellos foros donde podía poner de relieve que el régimen de Franco también era un claro ejemplo de totalitarismo y prácticas genocidas, manifiestas, por ejemplo, en su persecución de la masonería. Ciertamente, el régimen de “la España falangista” estaba constituido por el único poder del jefe del Estado, denominado “caudillo de España por la gracia de Dios”, mientras que Parlamento, Cortes y Tribunales se ajustaban a la fórmula: “El Ejecutivo gobierna y legisla y las Cortes aprueban generalmente con monosílabos” (citado en Novella, p.119).

Mariano Ruiz-Funes siguió combatiendo y rebatiendo ese modo de aniquilar al hombre y a la Humanidad que era el totalitarismo. En su obra encontramos una continua reconstrucción, a contrapelo del silencio y la ocultación de la realidad que el franquismo sepultó. Planteó la necesidad de recuperar la verdad frente a la propaganda del régimen, que todo lo había manipulado

hasta construir una nueva y ficticia realidad histórica. Las exposiciones que encontramos en sus escritos refutan el uso elusivo de la palabra y denuncia la pretenciosidad-grandiosidad del lenguaje, tan característica del atrezzo ideológico del franquismo. Por último, a lo largo de toda su obra y de su actuación como personaje público, encontramos como constante la defensa de una razón crítica que devela los relatos franquistas y que quiere que la memoria aletargada por la impostura irrumpa y responda a la tarea de no olvidar.⁵

3. Filosofía del derecho: Luis Recaséns Siches

Luis Recaséns Siches (1903-1977) fue, junto al también exiliado en México José Medina Echavarría y junto a Francisco Ayala, uno de aquellos “sociólogos sin sociedad propia” (Morales y Ribes ,2017, p.625) que integraron el exilio republicano. Los tres se formaron en la Universidad Central de Madrid, en la órbita de Ortega y Gasset, contribuyeron a la renovación del pensamiento jurídico en el horizonte de la II República y desempeñaron labores diplomáticas a favor de esta última en diferentes embajadas europeas. Recaséns, en concreto, completó su formación en Berlín durante varias estancias, en las que recibió la influencia de Rudolf Stammler y Herman Heller, lo cual no excluirá su posterior apuesta por la tradición liberal hispánica, en plena destrucción de Europa, como respuesta a la crisis del humanismo occidental. De hecho, dedicó su tesis doctoral a *La filosofía del derecho de Francisco Suárez* (1927). Ya en México, fue uno de los primeros integrantes de La Casa de España, convertida poco después en El Colegio de México, institución a la que estuvo vinculado hasta 1945, cuando fue nombrado profesor de la Escuela de Jurisprudencia de la UNAM, en donde desarrolló su principal carrera docente. Fue autor de una vasta obra, de la que cabe citar, a modo de ejemplos, *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentos de la filosofía del derecho* (1940), *La filosofía del derecho en el siglo XX* (1941), *Lecciones sociología* (1948), *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1956), *Introducción al estudio del derecho* (1977) y *Tratado general de la filosofía del derecho* (1978) (Martínez Chávez).

Resultaría imposible resumir en unas líneas una obra tan vasta como la de Recaséns. Por ello, qué mejor referencia que una “Autoexposición” que él mismo publicó hacia el final de su vida, en 1975, en la revista española *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Concretamente en el N.º 15, un monográfico dedicado a *La filosofía del derecho en España*. “La filosofía del Derecho de Luis Recaséns Siches. Autoexposición” comenzaba reconociendo las influencias recibidas de autores como Del Vecchio, Stammler, Heller y Kelsen, entre otros,

⁵ Un recorrido sistemático por la trayectoria biográfica, intelectual y político-jurídica de Ruiz Funes puede encontrarse en Blasco y Saorín, y Gracia Arce.



pero sobre todo de Ortega y Gasset durante su etapa universitaria en España (1918-1925). Sobre la base de esta formación e influencias recibidas, se propuso una superación de la filosofía jurídica de entonces a partir de las siguientes tareas:

no restringirse al campo puramente epistemológico, ni partir de él, antes bien, tomar como base el plano ontológico; superar el formalismo puro en teoría general del Derecho y en estimativa jurídica; b) incluir dentro del concepto esencial de lo jurídico las dimensiones funcionales del Derecho (...); superar el formalismo axiológico y reelaborar la estimativa jurídica aprovechando algunos de los descubrimientos de la Filosofía fenomenológica de los valores, si bien arraigando está en la ‘vida humana’ (Recaséns, 1975, p. 339-340).

Es decir, “una Filosofía del Derecho fundada sobre una ontología de la vida humana y una ontología de lo social.” La referencia a la vida, constante y plural a lo largo de la obra de Recaséns trasluce la impronta del raciovitalismo orteguiano, que proyectó de manera compleja y original en el campo jurídico. Por eso el derecho —afirma—“se localiza en la realidad de la vida humana. Yo incorporé a mi pensamiento, y como base de él, la metafísica de la razón vital, es decir, al Filosofía de la vida elaborada por José Ortega y Gasset, bien que dando a esta en algunos puntos nuevos matices, prolongaciones y reajustes” (p. 341). En algunos casos, a propósito de su conexión con las concepciones de Scheler, James, Mead, Dewey, Manheim, Guardini y Fromm.

Por ejemplo, ello podría palparse en su concepción del libre albedrío (mal planteada por la tradición) tratándose en realidad, a su juicio, de un pseudoproblema. Para Recaséns, es estéril discutir si el ser humano tiene o no tiene libre albedrío, como si este fuera una cualidad extrínseca, pues lo evidente es que “el ser humano es libre albedrío” o inserción en una circunstancia, siempre “con un margen o espacio de holgura” que le permite, “en cada uno de los momentos de su vida, un repertorio plural de posibilidades” aun cuando se vea obviamente limitado por la naturaleza circundante, los medios técnicos disponibles, la organización social, etcétera. Recaséns quiere preservar, por tanto, un ámbito insobornable de decisión, persistente incluso cuando la persona decide “traspasar su decisión a otro individuo, al grupo social o al azar” (p. 343). Decidir sería por tanto la clave del vivir, el cual se transforma en “un vivir de nuevo”, “un re-vivir” o “un re-actualizar” las normas objetivas del Derecho, al introducir en ellas nuevos matices, modalidades y consecuencias. En suma, la decisión pone en juego algo que no estaba predeterminado, completo y fijo en la norma anterior, y que constituye un nuevo proceso humano” (p. 344).

El Derecho como normatividad adaptada a los procesos de la vida humana nos remite, por un lado, a una tensión entre la tradición, la transmisión

y la herencia; por otro, a la rectificación, invención e innovación; una tensión directamente cómplice, además, otra entre sociedad e individuo, en la medida en que este último recibe y transforma mediante su decisión vital los legados de la sociedad en que se engloba. Como en Ortega, la historicidad completa y posibilita la vitalidad, de la misma manera que la sociedad conforma al individuo, quien tendrá la última palabra. Bien es cierto que la sociedad “no es un accidente en la vida humana” sino “una dimensión necesaria, esencial, en la realidad del ser humano. Sin embargo, la radical autenticidad está en su persona individual, única e insustituible, con un destino ético singular” (p.345).

Por tanto, para Recaséns el Derecho no puede ser ni “una mera norma con ciertas características formales” ni tampoco “un simple hecho social con notas peculiares.” Es ambas cosas, “una obra humana social (hecho), con una específica forma normativa”, encaminada además hacia la realización de un tercer elemento: el valor, el cual resulta innegable en tanto que da sentido a las obras y los hechos humanos. El Derecho se presenta así “como un conjunto de normas elaboradas por los seres humanos, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su existencia social, y con el propósito de realizar unos ciertos valores en su vida colectiva” (p.346).

¿Entonces, cómo se construyen los valores?

En línea con lo anterior, Recaséns descarta tanto el fundamento empírico-sensorial, el cual solo puede conducir a “la negación escéptica”, como las ideas axiológicas puras. Bien es cierto que la estimativa jurídica requiere una cimentación *“a priori”*, pero a modo de un conjunto de criterios que se proyectan y realizan en el mundo de la experiencia, entendida esta como “un campo muchísimo más extenso que el ámbito de la percepción sensorial” (p.354). Tal es el campo de las experiencias “extrasensoriales”, “intelectuales” o, sencillamente y volviendo al cauce orteguiano, vitales. Al menos, es en este sentido que quiere precisar y delimitar ese apriorismo, el cual no puede reducirse a una actitud subjetiva o una reacción mental, ya que, en ese caso, carecería de objetividad. Ahora bien, los valores, aun siendo “objetos ideales aprehensibles por intuiciones puras”, como llega a decir Recaséns desde una perspectiva fenomenológica, lo son en la inmanencia de la vida humana. Más aún, “los valores, que son objetivos, aunque con sentido sólo dentro de la vida humana, además están relacionados también con el contexto de las situaciones concretas, por tanto, con las circunstancias de la vida individual y con el marco social histórico” (p. 355). Tienen sentido, por tanto, como “fuentes de inspiración normativa en la vida humana.” No son “meras esencias, por así decirlo, flotantes, sin directriz determinada de realización, sin destinatario”, sino criterios que orientan



“el comportamiento humano. Es precisamente en la vida humana, tanto en la individual como en la social, donde los valores deben ser realizados.” Por eso existe “una íntima y profunda conexión entre los valores y el sentido de la realidad humana, la cual contiene una dirección de finalidad.” La misma esencia y estructura de los valores “se hallan condicionadas por la realidad del sujeto que debe realizarlos, y por la realidad de las cosas con las cuales y mediante las cuales vaya a materializarlos” (p.356). Por eso es preciso rectificar el pensamiento de carácter puramente ideal normativo del derecho natural, cuyos principios, bien es cierto, expresan “exigencias ideales y normativas”, pero limitadas, condicionadas e inspiradas por “la específica realidad humana” (p.357). En este sentido, Recaséns se hace eco de los progresos en la investigación antropológica, psicológica y sociológica, los cuales han evidenciado que la llamada “naturaleza del hombre abarca un área muchísimo menor de lo que otra se había imaginado” y que “lo peculiarmente característico del hombre es que su vida tiene una fabulosa plasticidad” o “una especie de segunda naturaleza”, diversa y variable. En una palabra, “que el hombre es esencialmente un ser histórico”, lo cual nos hace presente la influencia de Ortega, quien podría haber suscrito esta afirmación de Recaséns:

Cierto que existe una naturaleza primaria del hombre. Pero cierto también que esto no impide que el hombre *carezca de un ser por completo dado y determinado, ya hecho*, cuya trayectoria se halle preconfigurada, y cuyo contenido esté preestablecido. Por el contrario, cada hombre tiene que ir *haciendo su propio ser*, tiene que ir dando un contenido a su individual existencia, tiene que ir decidiendo sobre lo que va a hacer, por tanto, sobre lo que va a ser (p.358).⁶

En definitiva, la tesis que Recaséns defiende, tal y como él la denomina, es la del “humanismo” o primacía de aquellos valores “que pueden realizarse tan sólo en la persona individual, por obra de su conducta libre”, siendo el Estado un medio para su realización y nunca un fin en sí mismo, tal y como plantea la tesis “transpersonalista o antihumanista”, característica de los regímenes totalitarios. Hacia el final de su autoexposición, Recaséns aduce cinco “razones filosóficas” de indudable inspiración orteguiana para justificar este humanismo:

⁶ Recaséns describe cinco fuentes legitimadoras de la historicidad, a saber: la diversidad y condición cambiante de la realidad social; la diversidad de obstáculos que en cada situación deben superarse para realizar las exigencias axiológicas de la misma; la experiencia práctica; “(...) las prioridades suscitadas por los diferentes grados de urgencia de las necesidades sociales (...)” (359); “la multiplicidad y diversidad de los valores que pueden resultar relevantes para el Derecho.” (360).

La evidencia “*de que mi conciencia constituye el centro, el soporte y el testimonio de todas las demás realidades*”. De ahí un perspectivismo “ineludible y necesario” (p.364).

La evidencia de que la vida humana, en su radicalidad individual y propia, consistente “en la compresencia (sic.) e inescindible correlación entre el yo y el mundo. Y entre el sujeto y los objetos, constituyen la realidad primaria y radical, primer punto de partida de la filosofía” (p. 364s).

De lo anterior se desprende que el individuo “no es pura y simplemente una parte del todo.” Aun cuando sea “necesariamente miembro de la sociedad, el individuo es superior a ella (...).”

Asimismo, la cultura, en tanto que “intención de acercarse a los valores” (p. 365), es una obra y una función exclusivamente humanas.

Finalmente, los valores que se cumplen “en la conciencia individual”, como son los valores morales, “tienen siempre un rango superior al de los valores que se materializan en cosas y superior también al de los valores que se cumplen en las instituciones sociales, como la Nación, el Estado, el Derecho, etcétera, instituciones que tienen sentido y justificación como medios al servicio del hombre, como instrumentos para la mejora y perfeccionamiento del hombre.”

Por lo demás, este reconocimiento de los valores individuales no excluye “la primacía del bien común, o bienestar general”, en la medida en que este último puede interpretarse “como satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses de todos los individuos (...).” Es decir, como algo moralmente deseable para todo individuo, de manera que no hay subordinación del valor individual, sino del “egoísmo individualista” o de “los egoísmos particulares” al preeminent “interés general” (p. 366).

Recaséns sobrevivió al franquismo, aunque no a su larga sombra. Falleció en 1977, en plena transición democrática, en la que se debatía un nuevo régimen constitucional, proclamado en 1978 tras obtener una aplastante mayoría en un referéndum popular. La transición española, supuestamente ejemplar, fue cuestionada con el paso del tiempo por su deliberada desmemoria de las víctimas del franquismo, incluidos los derrotados de la guerra civil. En este sentido, los debates sobre la memoria histórica y su legislación en España llegan hasta nuestros días. Los juristas del exilio republicano y la extraordinaria política de asilo que México les brindó forman parte de esta memoria.

REFERENCIAS

ARENDT, H. (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza

BLASCO Gil, Y. y Saorín Pérez, T. (2014). *Las universidades de Mariano Ruiz-Funes. La lucha desde el exilio por la Universidad perdida*. Murcia: Universidad de Murcia.

CATE-ARRIES, F. (2017). Los campos de concentración en Francia, entre las ruinas de la historia y la reconstrucción de la memoria democrática. Mari Paz Balibrea (coord.). *Líneas de fuga. Hacia otra historiografía cultural del exilio republicano español*. Madrid: Siglo XXI, 549-557.

GLEIZER, D. (2010). Exiliados políticos y refugiados del nazismo en México: experiencias disímiles (1938-1945). Javier Garciadiego y Emilio Kourí (comps.). *Revolución y exilio en la historia de México. Del amor de un historiador a su patria adoptivo: homenaje a Friedrich Katz*. México: El Colegio de México-Era.

GRACIA Arce, B. (2014). *Trayectoria política e intelectual de Mariano Ruiz-Funes: República y exilio*. Murcia: Universidad de Murcia

HERRERA, F. (2011). México y su defensa de España en la Sociedad de Naciones. Serra Puche, M.C., Mejía Flores, J.F. y Sola Ayape, C (eds.). *De la posrevolución mexicana al exilio español*. México: FCE, 53-74.

MARTÍNEZ Chávez, E. (2015). Luis Recaséns Siches. Un puente entre culturas. Au-relia Valero Pie (coord.). *Los empeños de una casa: actores y redes en los inicios de El Colegio de México (1940-1950)*, 199-214.

MEJÍA Flores, F. (2011). La Federación de Organismos de Ayuda a los Refugiados Europeos y su solidaridad con la República española. Serra Puche, M.C., Mejía Flores, J.F. y Sola Ayape, C. (eds.) *De la posrevolución mexicana al exilio español*. México: FCE, 201-222.

MORALES Martín, J.J., Ribes Leyva, A.J. (2017). Sociólogos sin sociedad. En Mari Paz Balibrea (coord.). *Líneas de fuga. Hacia otra historiografía cultural del exilio republicano español*. Madrid: Siglo XXI, 625-634.

NICOL, E. (1997). *La vocación humana*. México: Lecturas mexicanas

- NOVELLA**, J. (2017). Derecho humanitario, totalitarismo y genocidio en Mariano Ruiz-Funes. *Bajo palabra. Revista de filosofía*, 13, 107-120.
- OJEDA** Revah, M. (2004). *Méjico y la guerra civil española*. Madrid: Turner.
- RECASÉNS** Siches, L. (1975). La filosofía del derecho de Luis Recaséns Siches. Autoexposición. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15 (1975), 339-377.
- VELASCO** Gómez, A. (2008). Humanismo hispanoamericano. *Revista de hispanismo filosófico*, 13, 13-30.
- VELASCO** Gómez, A. (2022). *El devenir de la filosofía mexicana a través de sus tradiciones y controversias*. Ciudad de México: UNAM.
- VELÁZQUEZ**, A. (2016). Diplomáticos en misión humanitaria. El cuerpo diplomático mexicano y el salvamento del exilio republicano español. Sola Ayape, C. (coord.). *Los diplomáticos mexicanos y la Segunda República Española (1931-1975)*. México: FCE.
- VIÑAS**, A. (2010). *Trilogía. La República Española en guerra*. Barcelona: Crítica



SABIDURÍAS COMUNITARIAS ENTORNO AL DERECHO Y JUSTICIA TSOTSIL. MANUEL BOLOM PALE⁷

“Es más difícil destruir un átomo que un prejuicio”

ALBERT EINSTEIN.

⁷ Narrador y poeta en lengua tsotsil. Licenciado en Psicología por la Universidad Maya y maestro en Docencia por el Instituto de Estudios de Posgrado de Chiapas. En 2006 fue director de la Casa de la Cultura de Huixtán. Becario del FONCA (2010-2011). Premio Y el Bolom dice... en 2004. Premio de ensayo indígena Pueblos y Palabras 2005. Premio Estatal de Poesía Indígena Pat O'tan 2008. Premio Nezahualcóyotl de Literatura en Lenguas Mexicanas 2016

Introducción

El escrito se circumscribe en el eje articulador de la ética comunitaria y, de manera particular, en la noción de justicia. Respecto a la ética comunitaria, la primera precisión que corresponde hacer aquí como punto de partida, es que la ética es la manera de gestionar individual comunitariamente el principio de la libertad, bajo un criterio de justicia y sobre un fundamento material productivo. En lo que hace a la justicia, también corresponde una precisión: aquí no se va a entender por justicia el ejercicio de la aplicación de la norma legal o consuetudinaria, sino el núcleo significativo que posibilita el ordenamiento de las relaciones comunitarias y la interacción humana al interior de una comunidad de vida. La justicia está asociada en ese orden tanto a la política como a las relaciones familiares y comunalidad de producción, por tanto, opera como un elemento articulador del sentido que las personas confieren a sus actos, intercambios, y su propia pertenencia a un conjunto de comunidad. En este sentido, la justicia es el vínculo que une a la ética con la política como punto de partida de los principios del sentipensar ancestral. La justicia no es una idea abstracta, remite a la distribución de los bienes comunes, los cuales no son meras invenciones de los seres humanos sino productos de una evolución cultural y política milenaria.

Esta sostenido y articulado de manera explicativa acerca de qué se ha de entender por justicia en el mundo *tsotsil*. El ámbito de estudio son las comunidades originarias de mi pueblo Huixtan, Chiapas. Es claro que se intenta recuperar su núcleo articulador de vida y abrir una rendija de lo que llamamos justicia comunitaria, pero que hasta hoy se ha quedado corto sin lograr su profundización y comprensión de fondo.

I. ***Jvol-tsob jbatik/haciendo comunidad***

Los cuerpos de conocimiento que se cultivan y crían en los pueblos *tsotsiles* está en relación con el sentido de comunidad que en la lengua *tsotsil* decimos *jvol-tsob jbatik*, que se pueden traducir inicialmente como comunidad interrelacionada o el tejido como comunidad, son cuerpos de conocimiento y práctica que vienen caminando los pueblos originarios ancestrales que han sustentado la cosmovivencia, cosmorelación y su forma de convivir con el cosmos. Hoy siguen teniendo una vigencia fundamental, al ser el núcleo que hace posible la relación comunitaria. Ya que todos los sujetos que los conforman se esfuerzan en mantenerla. Es decir, son el espacio de despertar y tejer



relaciones de convivencia, de conflictos, y de movimientos de la energía que se crean que se complementan entre sí en la comunidad de vida.

El *tsobol* es una red de relaciones de familias o parientes (pariente natural, humano, y ancestral) territorialmente organizado para colaborar en relación con la forma de producción de los bienes naturales en la madre tierra. Cuando se dice en *tsotsil Snail tsobajel* se refiere al espacio-tiempo donde se reúnen las comunidades para fortalecer en el día a día sus lazos intersubjetivos con todo lo que existe, sobre el concepto de espacio-tiempo, según Wallerstein (1997) "El espacio-tiempo como base del conocimiento".

El *snail tsobajel*, constituye el núcleo organizacional e identitario del mundo *tsotsil*, es el ombligo del pueblo, un espacio que reúne a los habitantes para traer a los múltiples pensamientos y lograr un pensar comunitario. Conocido como un camino de la toma de acuerdos (*sbe snopel- sbe xchapel*) en relación con la herencia ancestral, para convivir en interrelación recíproca con los diversos mundos de vida comunitaria, tomando como base el territorio, la escucha, el saber y la ética-política, que se teje en la práctica, donde los saberes ancestrales (*sna'el*) convocan para pensar el presente e impartir la justicia y su constelación de complejidades.

II. **Komon chapel/ Poder obediencial comunitario**

Es un principio ético que da sentido a la existencia maya *tsotsil* desde una concepción integral y comunitaria, pues incluye dentro de sí a la diversidad, es decir, da cuenta de que un buen arreglo o una buena justicia tiene que ser pensado entre todas y todos, y tomar en cuenta la convivencia de las personas. Es el núcleo de la justicia comunitaria, al interrelacionar sus pensamientos y corazones de todas las personas de la comunidad como corresponsables del cuidado recíproco de todas y todos, porque la condición insoslayable de toda relación comunitaria es el servicio que nos hacemos, los unos a los otros, en ese agradecimiento de vida como forma de reciprocidad continua; por eso en el *tsotsil*, la acentuación está en el nosotros y no en el yo, el acento está siempre en la comunidad, no en el ego atomizado y desvinculado de toda referencia que no sea su interés individualista.

De este modo cada persona se comprende como necesaria para la construcción del bien común (*lekital*), esta práctica comunitaria implica producir un tipo de conocimiento, al entender el *lekital* como sistema de conoci-

miento y prácticas comunitarias como dinamismo es entenderlo como forma de vida.

La comunidad no es un dato, sino un criterio, y es el modo como la vida se expresa. Cuanta más comunidad y más relaciones de complementariedad en la reciprocidad se producen, más se está en sintonía para escuchar, respetar y aprender los signos de la vida y de la justicia.

La comunidad es el lugar desde donde los compromisos políticos y éticos se hacen explícitos. Por el sentido de comunidad está dentro del mundo de la vida que presupone el existir, por ello no se trata de un cotejar autores o teorías sino de un explicitar hermenéuticamente una comprensión que ya nos presupone y da sentido a la forma de vida que acontece de manera cotidiana. Para ello, es muy importante entender el lugar desde donde se abre nuestra situación hermenéutica que, al ir produciendo el concepto, va reconstruyendo el horizonte de sentido que presupone nuestro existir en la justicia.

El sentido de comunidad cuya referencia no se agota en la determinación fija y limitada de sus elementos, el *jchi'iltak* o *uts' alal* hace referencia a las implicaciones de la relación con parientes que está interrelacionada al sentido de reciprocidad que se quiere indicar. Lo concreto aquí es el modo de relación: la comunidad de parientes es un modo de relación que establece la propia existencia. En ese sentido, la comunidad aparece como una noción que integra el mundo humano con todo aquello que le rodea y forma parte de ese mundo como comunidad; integración que afirman las personas en la propia producción. La comunidad no es algo dado sino lo que se produce en la justicia, es decir, el *lekil chapanel, chapal lek*.

Servicio o responsabilidad en relación con lo que llámanos común y unidad, como partes descompuestas de esta noción, nos sirve para enfatizar lo que se quiere indicar: lo común es aquello en lo que todos participamos, a lo cual tendemos y expresamos en lo que producimos, que es, en última instancia, nosotros mismos. La unidad que se expresa tiene el carácter de reunión siempre en proceso de realización, por eso se trata de una unión de la cual se parte, pero también a la que siempre se tiende, en una continua aspiración que pone en movimiento a la existencia. Por eso es una unidad que agrupa parientes y en relación con el engrandecimiento de la vida *muk'ubtasel kuxlejal* y eso es la justicia más profunda y que está conexión al *chapanel* y al *k'uixubinel* como el aprecio profundo de la vida humana.

Desde la estructura de la palabra se manifiesta la lógica inclusiva del *tsotsil*, el *k'uixubinel* expresa la integralidad de la comunidad nosótrica de la



cual no desaparece el yo, sino que se entrelaza junto con los demás como necesarios en la construcción de la armonía. Es decir, las particularidades de cada persona, su individualidad no se excluye o se disuelve con los demás, sino que ese yo se une y llega al *yombail* ese compartir se da a los otros para construir el nosotros comunitario.

III. Los retos de lo común en relación con el mal

El *chopol* o *chopolal* (mal) dentro de la comunidad *tsotsil* toma formas muy concretas y se expresa en todos los planos de la vida. Se considera que aquello que causa perjuicios a las personas o a la comunidad, aquello que ocasiona dolor o sufrimiento y que atenta en contra de la vida en todas sus formas es maligno. El mal trae hambre, enfermedad, desastre, muerte y se manifiesta a través de seres oscuros y perversos; así como en fuerzas que, en ciertas circunstancias, propician daño a la comunidad o guían comportamientos reprobables. Los seres y fuerzas representantes del mal pueden agruparse en la figura del *utel*, *uts'inel*, *ilbajinel*, el cual designaría, de forma genérica y universal, la muerte, la maldad y la destrucción como antítesis del *lekil kuxlejal*⁸, al seguir reflexionando nos trae a la mente la pregunta de Reyes Mate, ¿Por qué el ser y no la nada? Sino de esta otra que se hace la cuestión fundamental ¿Quién sufre? (Mate, 1977). Ya lo dijimos, este tipo de pensamiento tiene bases sobre nuevas categorías como la responsabilidad, la compasión y el perdón, sostenidas sobre la importancia del Tú sobre el Yo en el sentido en que lo plantea Martín Buber y lo trabaja el propio Hermann Cohen con su idea de Prójimo (Cohen, 2004) es necesario abrir otro horizonte de lo que implica el *chopolal* en la visión *tsotsil* que no profundizare en este texto.

En la lengua *tsotsil* se le dice a la persona que hace el mal *Jun spukujil*, el *pukuj* tiene como objetivo exterminar lo bueno de las personas y derrotar al *lekilal*, al *uts'ilal*. Ejerce su dominio en la oscuridad, la noche o cuando los días están poblados de neblina, por tanto, es la ausencia de la luz para que no se

8 *Kuxlejal* es la manera o la capacidad de pensar simultáneamente tiempo y espacio, y esa simultaneidad se plasma sobre el contexto, donde se intersecan entre el mundo histórico y el mundo del presente como elemento central del *pasel* (hacer). *Kuxlejal*, a la vez, es un elemento simbólico de vitalidad, energía y dinamismo. También simboliza el retorno, el renacer y la capacidad de renovarse continuamente. En consecuencia, el *kuxlejal* es en sí mismo la filosofía, la concepción y la cosmovisión que ha formado y producido el mundo *tsotsil* o maya en general. (Bolom, 2020, p. 9)

vea la perversidad. Su capacidad de hacer uso de la mentira le permite esca-bullirse para no ser advertido por la comunidad hasta que decide manifestarse. El *chopolal* como encarnación genérica del mal es considerado el principal enemigo de la felicidad y la alegría de la comunidad.

Entonces, la dimensión del *chopol* o *chopolal* así como el *pukuj* indican las fuerzas del mal en oposición a las fuerzas del bien demarcadas genéricamente dentro de la noción *lekilal*, *ut-silal* como principios orientadores de justicia.

Todos los seres que propician el mal son llamados *pukuj*, se dice del ser humano cuando es malo, pega, golpea, bravo, que riñe mucho, que es un ser que toma trago le decimos *junsbolil* o *spukujil*, quiere decir que no respeta a su mujer, no ayuda en el quehacer de la casa, no respeta las normas comunitarias agrede de manera discursiva o realiza prácticas discriminatorias y violentas hacia las mujeres o en ambos, *utel*, *ilbajinel*, *labanel* (burla). Algunos hombres que ayudan fuertemente a sus parejas son violentados porque se dice que no son hombres, se le dice ¡por qué realiza esa actividad, si eso es trabajo de mujer, acaso es mujer! De este modo, tanto hombres como mujeres refuerzan la permanencia de esta práctica y la desigualdad en las actividades cotidianas, porque está instalada una mala costumbre. Para ello, es importante enfatizar que esta práctica no digna no es porque seamos de la comunidad o de pueblos originarios, sino que tiene que ver con un problema mayor, el tipo de educación y sistema colonia que se vive, en el cual hay unos más privilegiados que otros, lo que Aníbal Quijano (2091^a) lo nombra como “patrón de poder” se compone a partir de la asociación estructural de dos ejes centrales que fueron constituyéndose a partir de la conquista de América a fines del siglo XV y principios del XVI, que fueron enraizándose cada vez más en la subjetividad del ser humano hasta nuestros días.

Esto da cuenta de que, en la visión *tsotsil*, el trabajo en la comunidad no es parejo entre hombres y mujeres, ahí es donde hay que luchar para cambiar esta situación, para ello es importante recurrir de nuevo al núcleo duro de la práctica cultural y filosófica de nuestros propios pueblos para lograr *ko'ol ich'el ta muk'*, gradualmente, esto ha permitido hacer frente a estas desigualdades y forjar la materialización de un reconocimiento-trato parejo en las relaciones entre hombres y mujeres, tanto en la familia como en la vida comunitaria, porque el mal en una comunidad genera rabia, tristeza, dolor y desánimo en su corazones, ahí está la importancia de trabajar en el núcleo de la justicia al dar cuenta de que las palabras y conceptos de una cultura solo tienen sentido, su sentido, en el interior de esa cultura.



IV. El debate en torno a la justicia comunitaria

La justicia comunitaria es una manera de reconocer y poner a la práctica la justicia enraizada de lo común, viendo las diferencias y lo positivo que es, porque es la manera de dar a conocer nuestras comunidades y pueblos que ancestralmente se ha practicado pero que ha sido discriminado, despreciado y sojuzgado de manera negativa. En la comunidad la justicia comunitaria se resuelve en cierto tiempo, como dicen en la comunidad que este fresco el problema (esto tiene que ver con la memoria o los recuerdos de los hechos para no desvirtuar), y cualquier caso es resuelto por las máximas autoridades de la comunidad dando su sanción inmediatamente; los castigos dependen de la infracción cometida, que van desde un chicote o trabajos al interior de la comunidad. No obstante, algunas comunidades aplican una multa o lo que también se conoce como el *ch'abajel*, pero que no tenga relación a un crimen, porque ya es mayor el problema.

Es importante mencionar que hay una brecha enorme de desconocimiento que separa al mundo urbano del mundo de los pueblos originarios. En el imaginario urbano, la justicia comunitaria o indígena como lo llaman es una práctica casi bárbara por dos razones: una, porque se aplica sobre el cuerpo (desde el chicotazo, prácticas prohibidas en el derecho penal) y dos, porque está al margen del Estado y por desconocimiento se le llama usos y costumbres. No resulta difícil reconocer en esa identificación la matriz discriminadora de lo indígena o del pueblo que atraviesa la configuración social chiapaneca mexicana, y que revive, el miedo a lo indígena al identificarlo como bárbaro o ignorante. Hoy en día no se ha sistematizado profundamente lo que implica las normas consuetudinarias.

La justicia comunitaria es un componente mucho más amplio que el de administración de justicia. Si del mundo *tsotsil* se trata, la justicia tiene más bien como núcleo el concepto de reciprocidad, que implica un principio ordenador y significativo de convivencia humana con la naturaleza; la comunidad, con los ancestros y deidades, sustentado en la materialidad de relaciones sociales productivas de cooperación y de práctica. Sobre esto, es imprescindible enfatizar que la justicia comunitaria no está sustentada en el principio de igualdad, tan caro a la justicia occidental, sino en la prestación de servicios, lo que en *tsotisil* se llama *jturel jabtel*. El trabajo a favor de la comunidad es el criterio que determina la pertenencia y el compromiso y, por ello, el medio fundamental para la adquisición de derechos. Por esa misma razón, la persona de derechos no es el individuo sino la familia. Ella es la unidad mínima de la estructura

ra social comunal que garantiza no solo la subsistencia de todos y cada uno de sus componentes, sino la reproducción de una ética comunitaria de solidaridad y responsabilidad colectiva.

Si bien la comunidad se sustenta en el principio de reciprocidad, ello no significa la ausencia de contradicciones (por ejemplo, el robo o la violencia intrafamiliar). La existencia de tipificaciones delictivas al interior de las comunidades destruye cualquier mitificación apresurada de la vida comunal (como un orden armónico per se). En tanto microsociedad, habría más bien que percibir a la comunidad como un continuo crearse y recrearse, un esfuerzo permanente por mantener la cohesión frente a las tendencias disgregadoras que genera la proximidad de las ciudades y las necesidades existentes. Eso explica por qué la justicia no puede ser una función exclusiva de las autoridades comunales sino un quehacer de todos.

Conclusiones

Quiero enfatizar que este escrito es una mirada de lo que puede conceptualizarse como justicia comunitaria. Como se ha intentado demostrar a lo largo de lo escrito, el principio que guía esta justicia es sustancialmente opuesto a la visión liberal, moderna y occidental que caracteriza buena parte del derecho estatal o nacional.

Para las instituciones y para las instituciones que forman sujetos sentipensantes es importante entender en su complejidad la justicia comunitaria, la necesidad de redimensionar la ética comunitaria en la perspectiva de la transformación del Estado Nación. Esto significa repensar la educación o la formación de sujetos en sus proyecciones éticas-políticas, bajo un nuevo principio de una reconstitución de un nosotros legítimamente diverso y plurilingüe. La filosofía occidental, que es en la que se inscribe nuestra tradición académica, ha pensado la unidad del ser. Toca ahora pensar la interculturalidad plural como principio ético de personas y de pertenencia.

Repensar el discurso de los derechos que atraviesan las instituciones en general y en particular en el campo educativo instituido. Las lecturas del mundo proyectadas en las aulas centran su construcción en las personas como sujetas de derechos por el solo hecho de su condición de personas nacidas en una colectividad. Las éticas de pueblos originarios hacen del trabajo a favor de la comunidad el mecanismo generador de derechos, pero también de diferenciación relacional comunitaria, creando con ello otro principio de colaboración,



de solidaridad, del principio del bien común. Este criterio del bien común abre infinitas posibilidades para todas las instituciones y las formas de concebir la justicia.

Al recuperar la vertiente de compresión sobre la noción de justicia comunitaria en el proceso de aprendizaje-enseñanza es un potencial para la formación democrática. Tomando como principio el gran respeto (*ich'el ta muk'*) el ser en común.

Referencias

- Bolom, M. (2020). *Áiel snopel Un ensayo sobre el lenguaje y la filosofía de los pueblos*. Centro Regional de Formación Docente e Investigación Educativa-CRESUR.
- Cohen, H. (2004). *El próximo*. Anthropos.
- Mate, R. (1977). *Memoria de Occidente. Actualidad de pensadores judíos olvidados*. Anthropos.
- Quijano, A. (1991a). Colonialidad y modernidad / racionalidad. *Perú Indígena*, 13(29).
- Wallerstein, I. (1997). El espacio-tiempo como base del conocimiento. *Anuario Mariateguiano*, IX(9).



LA INTERSECCIÓN DE DOS CAMINOS FILOSÓFICOS. RAÚL ALCALÁ CAMPOS⁹

Nunca he oído hablar tanto de Constitución como en esos países en donde la constitución se viola todos los días. Eminentes juristas discuten seria y concienzudamente la significación de los textos de los cuales los políticos se burlan, y si uno sonríe, los doctores apuntan con el dedo los artículos que son la garantía del derecho. La ley no tiene majestad sino en las palabras.

(André Siegfried, citado por Samuel Ramos)

Introducción

El siglo pasado, prácticamente durante la consolidación de la Revolución Mexicana, es decir, pocos años después de su triunfo, el interés de la filosofía en mi país se volcó sobre el tema del ser del mexicano. Se estaba gestando una idea de qué era lo que nos constituía como mexicanos, cómo nos veíamos a nosotros mismos y, en cierto sentido, cómo nos proyectábamos hacia el futuro. Quien marcó un camino crítico y un fuerte interés sobre este tema fue Samuel Ramos con su libro “El perfil del hombre y la cultura en México”.

Alrededor de la segunda mitad del siglo pasado se escucharon algunas voces filosóficas respecto a la cuestión del mundo indígena¹⁰, pero no lograron

9 Doctor en Filosofía. Profesor titular “C” tiempo completo. FES-Acatlán, UNAM. Miembro del SNI

10 Por ejemplo, Luis Villoro con su libro *Los grandes momentos del indigenismo en México*; Pablo González Casanova, *La democracia en México*; Miguel León Portilla, *La filosofía náhuatl*; Rosario Castellanos *Balún Canán*, y muchos más.

establecer un diálogo constante reconocido. Fue el 1 de enero de 1994, con el inicio del movimiento zapatista (EZLN), que el tema de concebirnos como un mundo plural y darle reconocimiento al mundo indígena encontró su lugar en nuestra filosofía, con filósofos de la talla de Luis Villoro, Pablo González Casanova, León Olivé, entre otros, tema que ha repercutido en las nuevas generaciones con importantes aportaciones a nuestro quehacer filosófico.

Parece abrirse un buen camino a seguir si encontramos un punto de conjunción entre las dos sendas que hemos mencionado, es decir, escudriñar en el mundo indígena para encontrar un espacio que le dé sentido al ser del mexicano. No por nada se ha mencionado mucho en nuestro ámbito social que la familia históricamente es como un muro de protección para sus miembros; en otras palabras, las familias con sus relaciones tanto internas como externas son la base sobre la que se construye nuestra sociedad o sociedades. Por ello, recurriremos primero a ese excelente pequeño libro de Miguel León Portilla del año 2001, el inicio del nuevo milenio, *Rostro y corazón de Anáhuac*, donde nos remite a la familia en la sociedad precolombina, es decir, a la vida cotidiana mexica antes de la conquista.

Antes de iniciar, conviene hacer una aclaración. Si bien se trata de reconocernos a nosotros mismos a partir de ciertas referencias que nos caracterizan, hay que hacer notar que tales características obedecen a un “modo de ser”, desconfiado, inseguro, individualista, con cargas psíquicas, rebelde a toda autoridad, etcétera, nos dirá Samuel Ramos. Algo parecido podemos decir de Andrés Molina Enriques, aunque él se refiere a las características de la raza, en este caso a los criollos o de raza blanca, que nos remite a sus rasgos físicos y psíquicos, en donde se mezclan los rasgos fenotípicos con los culturales, que reflejan un modo de ser,

Es generalmente rubio –dice Andrés Molina-, de un rubio meridional o trigueño, *trigueño*, según la academia, es un color entre rubio y moreno, de ojos negros más bien que azules, de continente orgulloso, de aspecto más bien frívolo que serio y de conjunto a la vez delicado y fino. Es generalmente hombre de mundo, cortés, culto y refinado; en sus gustos se muestra elegante, le agradan las condecoraciones y tiene la afición de los honores cortesanos; pinta blasones en sus carroajes y se hace llamar *gente decente*.¹¹

¹¹ citado por Laura Alicia Soto Rangel en su trabajo “Del reconocimiento de la desigualdad a una teoría de la justicia plural. Un acercamiento a partir de la discriminación racial del siglo pasado en México” en Alcalá Raúl y Díaz Miriam, (editores) México-Es-

datos que, por un lado, algunos se aprenden pero que también es posible de abandonar, y estos prácticamente son el punto de partida de Samuel Ramos, y por el otro, aquellos que son estructurados desde su genética, imposible de modificar. No son, pues, los primeros parte de la “esencia” del mexicano, o mejor, en nuestros días, no cuentan con la lectura de nuestra genética, encontrando aquello que nos caracterizaría y que, por lo menos actualmente, no es cambiante ni se puede abandonar es algo que nos identifica biológicamente, interno a nuestro ser, a diferencia de aquello que nos caracteriza de manera externa, en este caso nuestra manera de comportarnos, nuestra manera de ser, aquello que es producto cultural transmitido a las nuevas generaciones a través de tradiciones, conductas o herencias de acciones de nuestra historia, que aquellas nuevas generaciones pueden ir modificando constantemente. No nos referimos así a nuestra constitución física, que se puede considerar como la expresión física, visible, de nuestra parte genética heredable de nuestros antecesores, como el color de ojos, la altura, el color del pelo, etc. Es común que no se mencionen datos como trabajador, familiarmente comprometido, con valores positivos sobre la vida, cariñoso (es común el uso del término náhuatl “apapacho” para mencionar un abrazo cariñoso), o cosas por el estilo, sino que nos remiten más que nada hacia la parte visible negativa, como se ve en los casos mencionados.

Aprovechando lo dicho en el párrafo anterior, considero un buen acierto de Samuel Ramos el título de su libro, “El perfil del hombre y la cultura en México” se trata del estudio de un perfil, es decir, del “conjunto de rasgos peculiares de alguien o de algo”, según la Real Academia Española, entre otras definiciones, como, por ejemplo, “en una red social, identidad de un usuario”. Es así un perfil asociado a una cultura, en este caso, la cultura mexicana; no es, pues, definir el ser del mexicano y encontrar su “esencia”. Sin embargo, el mismo Ramos parece no hacer una distinción entre estos dos sentidos, y a veces se refiere al ser del mexicano en cuanto a raza.

Eso mismo ocurre con el título del libro de León Portilla, que aunque usa dos palabras para construir una bella metáfora que nos remite a la identidad personal, no tiene la pretensión de definir esa identidad, sino, más bien, cómo se construye a través de la formación de los niños y jóvenes, por medio de la transmisión de valores y la adquisición de compromisos mediados por la tradición de aconsejar a las nuevas generaciones para la construcción de su propia familia, incluso en el ámbito sexual, como veremos adelante, en el que tienen una amplia participación primero los padres y posteriormente la escue-

la. Tradición que se ha perdido a pesar de que aún se mantenga el importante lazo familiar. Con esto en mente, iniciemos nuestro recorrido.

I. El mundo prehispánico

“Rostro y corazón –*ixtli, yollotl*– es expresión de una bella metáfora en náhuatl. Juntas, las dos palabras evocan la plenitud de la identidad personal”. Con estas dos afirmaciones inicia León Portilla la introducción a su libro. Hay dos palabras en ellas que quiero resaltar, “metáfora” y “evocan”. Digamos que la primera lleva a la segunda; la metáfora evoca la plenitud de la identidad personal, pero evocar no es definir, ni siquiera limitar algo, es traer algo a la memoria, imaginar algo como si fuese una idea. Recurriendo a la hermenéutica y forzándola un poco, podríamos estar hablando de una comprensión o, un poco más débil, una precomprensión, pero jamás un acceso pleno a la identidad personal; siempre queda un residuo que se nos resiste. En palabras de Ricoeur¹², hay un excedente de sentido inalcanzable, pero esto no resta un ápice a la belleza de la metáfora. Más adelante nuestro autor menciona:

Al escoger aquí la expresión Rostro y corazón de Anáhuac he querido señalar con ella el meollo mismo de lo que busco comunicar en estas páginas. Mi propósito es mostrar algunos de los principales aspectos del rostro cultural del México antiguo y asimismo de lo que fueron sus ideales e inspiración en lo que llamaremos su corazón.

Y vaya que lo logró, aunque hay que resaltar que, como él mismo lo dice, se trata de algunos aspectos de ese rostro cultural; quedan muchos pendientes. Sin embargo, podemos imaginar, siguiendo sus análisis, una vida principalmente familiar como fuente y sustento de la vida social cotidiana, que no es poca cosa, pues permite comprender en buena parte la conducta social del México actual, aunque, desde luego, no plenamente. Con ello es posible adentrarnos en parte de la identidad del mexicano, rescatando algunos aspectos de la historia de su vida cotidiana y de sus valores. Más adelante menciona lo siguiente:

Hurgando luego en lo más íntimo del mismo Anáhuac, nos fijaremos en algo que estuvo muy cerca de su corazón: la familia prehispánica. La educación, los participantes en ella, padres, maestros, niños y jóvenes, rico filón cultural, en el que deben situarse varios *huehuehtlah-*

12 Cfr. Paul Ricoeur, *Teoría de la interpretación: discurso y excedente de sentido*. Siglo XXI, México 2011.

tolli, testimonio de la antigua palabra, discursos morales, en este caso los consejos de un padre a su hija, que dejan ver otras facetas del rostro y corazón de Anáhuac.

A diferencia de lo que piensa Samuel Ramos, y que veremos adelante, considera que esto definió un inconfundible estilo de vida, que se transformó a partir del encuentro entre dos mundos, pero que, partiendo de esas raíces, perdura en el ser del mexicano. Veamos ahora sus estudios sobre estos temas.

Analiza dos términos que nos remiten a la familia, *cencalli* y *cenyeliztli*; ambos inician con el vocablo *cen*, que significa enteramente, conjuntamente. El vocablo *calli* del primero significa casa, por eso afirma que *cencalli* se entiende como "la casa entera, el conjunto de los que en ella viven". El término *yeliztle* es expresión de la idea abstracta de naturaleza, estado o esencia de una cosa, lo que lleva a concebir *cenyeliztli* como "estado o naturaleza de los que viven entera y conjuntamente". De aquí que León Portilla enuncie la idea de que "para el hombre prehispánico la familia constituye la primera forma de relación humana permanente y entera" (León Portilla, 2001, 41). Esta idea resulta bastante atrayente para nosotros por las consecuencias que genera en nuestra historia la idea de familia como una relación humana permanente y entera. Veámoslo.

León Portilla nos ofrece una descripción de la consideración que llevó al nombramiento del primer rey o tlatoani del pueblo azteca. Un noble culhuacano de origen tolteca llamado Acamapichtli, generando con ello vínculos de parentesco y habiendo procreado con una mujer azteca, dio origen al grupo de los nobles o *pipiltin*; caso que no se reduce al rey, sino también a otros nobles toltecas, formando así nuevas familias con fuertes lazos de parentesco. Políticamente hablando, podemos decir que esto tiene sentido si apelamos a la idea de que la familia constituye la primera relación humana permanente y entera, como se menciona arriba, generando lazos muy difíciles de romper para el hombre prehispánico.

Esta relación, podemos decir, se mantiene en la actualidad en el comportamiento social de México en general, ya no como un producto político, pero si como fuertes lazos familiares, aunque también hay que mencionar dos cosas, primera, se encuentra con más fuerza en el espacio indígena con el respeto a sus propias tradiciones que en el mundo urbano; segundo, el espacio urbano cuenta con mucha influencia heredada del mundo social occidental, sin embargo, los lazos familiares parecen tener esa fuerza que proviene del mundo prehispánico, incluso podemos mencionar lo que en nuestros días se

considera la familia ampliada, y que con algo de concesión podemos acercar a los *calpulli* precolombinos, por ejemplo, tíos y tías que no forman parte del núcleo familiar sino que se les considera así debido a su cercana relación familiar.

El *calpulli* es producto de familias ampliadas que se daban entre los *macehualtin* o gente del pueblo, lo que constituye una distinción entre clases sociales. A diferencia de los *pipiltin*, que podían tener propiedades privadas, los *macehualtin* contaban con propiedades comunales; León Portilla los llega a nombrar barrios donde el *calpulli* abarca al conjunto de las grandes familias y de las gentes emparentadas entre sí. Podemos también adelantar que los jóvenes, hombres y mujeres, de ambas clases recibían una educación especial.

La educación que recibían los jóvenes se enfocaba en recibir las normas morales y legales que eran la base de la organización familiar, formando un muro de contención que impedía que se involucrara cualquier cosa que pudiera afectarla, desintegrarla.

Pasemos ahora a escudriñar por dentro de las propias familias y sus relaciones. Desde luego, son los padres la raíz de la familia. La vida de toda la familia se apoya en el padre, no sólo porque es el que provee el sustento, sino también por ser de corazón bueno y previsor. Además, se preocupa por la educación de los hijos, les amonesta, les enseña las formas de vivir, iluminando así la vida de la familia, reflejo de él.

La madre, por su parte, procreadora, se compara con la diosa madre, de donde viene toda vida, y por eso la madre pertenece al orden de la realidad divina como portadora de la nueva vida. Además de cuidar de la casa, hay bondad en su corazón e, igual que su marido, es un ejemplo para sus hijos; cuida, pues, de la familia y conserva la posesión familiar.

La familia es así el punto en donde inicia la educación prehispánica, tanto con el cuidado de los padres como por medio de pláticas y amonestaciones, así como de acciones que proveían de ejemplos por parte de los padres, dando paso posteriormente a la educación escolar a la que debían asistir los hijos. En los centros de educación, en los *telpochcalli* y los *calmécac*, los maestros transmitían los valores primordiales inherentes a la familia. El primero se dedicaba a la formación de los *macehualtin*; aprendían historia, religión y se les preparaba para la guerra. Al *calmécac* asistían los hijos de los *pipiltín*; ahí aprendían relatos históricos a través de los códices, así como a dominar los giros literarios de la lengua náhuatl, aprendiendo también a declamar con soltura, teniendo como base la creación poética de los antiguos.



Dado que su futuro se dirigía hacia el ejercicio de jueces, maestros, sacerdotes o gobernadores, se les enseñaba tanto administración pública como el manejo del sistema legal de la sociedad.

En ambos espacios hay una continuidad de los padres a los maestros desde la formación, a través de la enseñanza de los valores, una preparación para la vida conyugal en la formación de una nueva familia, con énfasis en lo que León Portilla llama moral sexual, “siembra de gentes”, aspecto para el que se les prepara tanto a los jóvenes como a las doncellas. Nos dice León Portilla que el control sobre sí mismo y la entrega plena al trabajo se fomentan en el hombre mexica tanto por el padre como por el maestro. El padre le dice al hijo:

Aunque tengas apetito de mujer,
resístete, resiste a tu corazón
hasta que ya seas hombre perfecto y recio;
mira que, al maguey, si lo abren de pequeño
para quitarle la miel, ni tiene sustancia,
ni da miel, sino piérdese.¹³

Los sacerdotes y maestros por su parte aconsejan al joven sobre el trabajo, como se ve en el siguiente *huehuetlahtolli*,

Es conveniente, es recto:
es recto, ten cuidado de las cosas de la tierra,
haz algo, corta leña, labra tierra,
planta nopal, planta magueyes,

así tendrás qué beber, qué comer, qué vestir.¹⁴

Como podemos ver se transmitían los valores básicos inherentes a la familia tanto por los padres como por los sacerdotes y maestros en las distintas escuelas.

También a las doncellas se les preparaba para la vida en familia, recibiendo consejos y valores tanto por el padre como por la madre. El padre aconseja a su hija diciendo: “(...) El Señor nuestro nos dio a los hombres la risa,

13 Códice Florentino, edición facsimilar de Del Paso y Troncoso, Madrid 1905, libro VI, folio 85 v

14 Huehuetlahtolli, de la Colección de fray Andrés de Olmos, fol. 116 r

el sueño, los alimentos, nuestra fuerza y nuestra robustez y, finalmente, el acto sexual por el cual se hace siembra de gente (...)” y más adelante,

no como quiera deseas las cosas de la tierra, no como quiera pretendas gustarles, aquello que se llama las cosas sexuales y, si no te apartas de ellas, ¿acaso serás divina? Mejor fuera que perecieras pronto (...) Que tampoco te conozcan dos o tres rostros que tú hayas visto. Quienquiera que sea tu compañero, vosotros juntos tendréis que acabar la vida.”¹⁵

Eso por parte del padre; la madre reitera esos mismos consejos a su hija, teniendo como meta, junto con su futuro marido, el ideal de la *cenyelistli*. Dice la madre: “Mi hijita, tortolita, si vives aquí en la tierra, que no te conozcan dos hombres, y esto guárdalo muy bien, consérvalo todo el tiempo que vivieres.”¹⁶

Nótese el énfasis puesto sobre el acto sexual dentro de la vida matrimonial, y todos los valores que juegan un importante papel como ejemplo en la conformación de un nuevo *cenyelistli*, en el que tendrán un lugar especial los hijos engendrados, continuadores de la estirpe, don precioso de la familia náhuatl; la maternidad tiene un rasgo de divinidad. Terminemos esta breve presentación con una pregunta que se hace León Portilla: “¿El gran aprecio que hoy, por encima de otros valores, concede el mexicano a la maternidad y a la descendencia numerosa, no se deriva acaso, al menos en parte, de nuestra herencia cultural de raíces indígenas?” (León Portilla, 2001, p. 67).

Uno no puede evitar imaginarse a Fray Bernardino de Sahagún fascinado con los relatos sobre la vida social prehispánica, que le llegaban por medio de sus informantes respecto a la formación familiar. En el libro sexto de su gran obra monumental *Historia general de las cosas de Nueva España*¹⁷, expresa desde sus primeras palabras en el prólogo al libro sexto su admiración del mundo indígena al compararlo con el proveniente del mundo griego y latino, de los españoles, franceses e italianos. Desde luego, aquí no podemos reproducir, ni siquiera resumir, el libro VI de su gran obra, pero sí podemos mencionar brevemente, después de las alabanzas a sus dioses, el exhorto que en el capítulo XIV el señor dirigía a todo el pueblo, pidiéndoles que no se emborracharan consumiendo el *octli* (pulque) porque de quien esto padece no tiene paz, sino daño hacia sí mismo, su familia y su dios. También exhorta a

15 Códice Florentino, op. cit. Libro VI, cap. XVIII, folio 73

16 Ibid. Libro VI, Cap. XVIII, folio 80

17 Fray Bernardino de Sahagún, *Historia General de las cosas de Nueva España*, Porrúa, México 1999

no cometer adulterio ni hurtos, sino dedicar su tiempo al ejercicio de las armas y a la agricultura. En el capítulo XVII se dirige a los jóvenes pidiéndoles huir de los vicios buscando la nobleza y la virtud, dirigiéndose a ellos desde el primogénito hasta el menor: "Mirad que descendéis de parientes generosos y señores...". (Sahagún, op. cit. libro VI, Cap. XVII, 13), exhortándolos a darles placer a los dioses con sonajas y cantos, procurando algún oficio honroso para ganar de comer, y más adelante, en el punto 17 de este mismo capítulo, "En ninguna parte he visto que alguno se mantenga por su hidalgía o nobleza tan solamente; conviene que tengáis cuidado de las cosas necesarias a vuestros cuerpos", es decir, sus alimentos; les llama, pues, a cuidar de su cuerpo con el producto de su trabajo y esfuerzo.

El capítulo XVIII de ese mismo libro está dedicado a las jóvenes, después de alabarlas diciéndoles que proceden de noble sangre, de parientes muy principales e ilustres, les dice en el inciso 11, "no te deshonres a ti misma, mira que no te avergüences a ti misma, mira que no te avergüences ni afrentes a nuestros antepasados, señores y senadores; mira que no hagas alguna vileza, mira que no te hagas persona vil, pues que eres noble y generosa." En el capítulo XIX, es la voz de la madre la que aconseja a la hija siguiendo las recomendaciones del padre, como vimos con la presentación de León Portilla. Dejemos aquí esta presentación, que consideramos suficiente para tener una idea de la vida prehispánica.

No es pues de extrañar que Luis Villoro¹⁸ mantenga un gran respeto y admiración hacia Sahagún del que menciona que es el primero en escuchar con atención y dar la palabra al indio, aprendiendo incluso a hablar y escribir en su lengua descubriendo así el mundo de una civilización elevada, a la que llega a admirar por sus virtudes, la austereidad de sus vidas, la disciplina y la laboriosidad diligente, y un régimen social que logra contrarrestar sus inclinaciones, sobre todo siguiendo el ejemplo de una nobleza recta y virtuosa, gobierno de sabios y esforzados. Aunque Villoro nos dice que Sahagún abrió una ventana encontrándose con la mirada del otro, no se vio a sí mismo a través de ella, pues sería tanto como renegar de su propia civilización y religión.

18 Luis Villoro, "Estudios en el reconocimiento del otro", en *La significación del silencio y otros ensayos*, Universidad Autónoma Metropolitana, México 2008

El mundo de la colonia y sus herederos

Podemos decir que la intención de León Portilla al hacerse la pregunta mencionada al final de su presentación es llamar la atención sobre la influencia que los valores prehispánicos aún tienen en la vida mexicana y, de manera general, podemos estar de acuerdo, sin embargo, actualmente hay una tendencia, por lo menos en la vida urbana, aunque no demasiado fuerte, hacia el control de la paternidad¹⁹. Pero también podemos decir, que tal tendencia es prácticamente de hace pocos años, y que en el momento en que se publica el libro de Samuel Ramos, la respuesta simpatizaba con la intención de León Portilla (desde luego, con una gran diferencia de años entre la publicación de Ramos y la de Miguel León Portilla), pero no parece influir en lo más mínimo en el análisis de Ramos. Samuel Ramos, desde luego, está interesado en comprender el ser del mexicano de su momento, para ello recurre a teorías del mundo de la psicología, en especial a Adler, pero prácticamente se olvida de la historia de ese ser, es más, lo que parece tener en mente, por lo menos en el libro mencionado, es el mexicano urbano heredero de la cultura europea, no nos remite al mexicano del mundo indígena o campesino, en palabras actuales, quedan en ese momento invisibilizados, o mejor, su cultura ya no existe, como dice en el primer inciso del primer capítulo de su libro,

No sabemos hasta qué punto se puede hablar de asimilación de la cultura, si, remontándonos a nuestro origen histórico, advertimos que nuestra raza tiene la sangre de europeos que vinieron a América trayendo consigo su cultura de ultramar. Es cierto que hubo un mestizaje, pero no de culturas, pues al ponerse en contacto los conquistadores con los indígenas, la cultura de estos quedó destruida. <<Fue –dice Alfonso Reyes—el choque del jarro con el caldero. El jarro podía ser muy fino y hermoso, pero era el más quebradizo>>.²⁰

Es posible aceptar la idea de que sí hubo en mestizaje, pero no de culturas, sin embargo, no por las razones que contempla Ramos, pues la cultura indígena aún existe, se podría aceptar que se había escondido, pero no se había acabado, y podemos decir que precisamente continua en la vida familiar, tanto de mestizos como de indígenas, con todo y sus valores. En otras palabras,

19 Cfr. *Decisión de no tener hij@s crece entre jóvenes*, Gaceta UNAM número 5,509/03 de octubre 2024

20 Samuel Ramos, *El perfil del hombre y la cultura en México*, Colección Austral, Espasa-Calpe mexicana, S. A. décimo séptima edición, México 1989, p. 28



en la vida pública, la que pregonó el Estado, no hay mestizaje cultural pues su organización es la heredada del mundo español, en la religión, la escuela, la economía, la política, etcétera, pero en la vida privada, en la familia, predominan los valores familiares tan respetados del mundo prehispánico.

Uno de los puntos interesantes del análisis de Ramos, es cuando afirma que el español es prácticamente individualista, con cargas psíquicas internas, rebelde a toda autoridad, que incluso la conquista de México fue producto de ese individualismo que no obedeció las órdenes del Rey, y que fue algo heredado a sus descendientes, de tal manera que, al enarbolar la bandera contra España, bajo la voz de “mueran los gachupines” no hacia otra cosa más que independizarse de España a la española. Queda la duda de si Ramos considera que esa herencia es algo que perdura en los mexicanos de su momento. Se podría decir que no siguiendo su propia tesis de que el mexicano cuenta con un sentimiento de inferioridad, pero al mismo tiempo sostiene que esto no es algo relacionado con una inferioridad orgánica, y por tanto es posible superar tal sentimiento llevando a cabo una profunda reforma de su carácter, modificando el mecanismo psicológico que lo determina.²¹ Más adelante afirma que él no atribuye una inferioridad a los mexicanos, sino que cada uno se ha desvalorizado a sí mismo. A pesar de todo Ramos tiene una actitud positiva del futuro de México, partiendo de la idea de que en su momento el país es joven y la juventud tiene una fuerza ascendente. Yo creo que no se equivocó en este punto.

Samuel Ramos se queja de que somos una sociedad mimética, copiamos a Europa, vemos a México desde la mirada de Europa, tenemos que aprender a ver a Europa desde México, pero su estudio sobre el mexicano se basa en una teoría europea, es decir, ve al mexicano desde Europa. Desde luego, esto tiene una explicación, para él el mexicano tiene sangre europea, somos herederos del mundo europeo incluso culturalmente, pues la cultura del mundo prehispánico fue borrada durante la conquista y la colonia. De un plumazo borra el mundo indígena actual, lo invisibiliza, no cabe dentro de su estudio, no se puede recuperar desde una teoría europea, por ello no tiene significado, no existe, lo invisible no existe.

También afirma que hay un desdoblamiento de nuestra vida en dos mundos separados, que no se perciben cuando formamos parte de ese momento, pero el tiempo si permite observarlo, de esos dos planos uno es real y el otro ficticio. Pone un ejemplo con el fin de hacer tal observación: cuando se promulga una constitución la realidad política se observa a través de ella, cuando no coincide con sus preceptos se le cataloga como inconstitucional, la

21 Cfr. Samuel Ramos, 1989. Prólogo p. 10

vida entonces se desenvuelve en los dos sentidos, por el de la ley y por el de la realidad, pero en este caso la realidad será siempre ilegal. (Cfr. Ramos, 1989, pp 24-5)

Lo anterior nos lleva nuevamente al mexicano que tiene en mente Ramos, que parte de su propia experiencia al observar que no hay una deficiencia en la raza, sino que los fracasos de la historia mexicana a partir del siglo XIX no tomaban en cuenta los verdaderos problemas del pueblo. Lo que él ve es “Una masa de población miserable e inculta, pasiva e indiferente como el indio, acostumbrada a la mala vida; una minoría dinámica y educada, pero de un individualismo exagerado por el sentimiento de inferioridad, rebelde a todo orden y disciplina.” Y más adelante menciona que “el mexicano es idealista, porque el idealismo exalta la idea que tiene de su personalidad. El fin de su acción, como individualista que es, no está en la obra misma, sino en la afirmación del individuo.” (Ramos, 1989. p. 40)

Nótese en lo anterior que Ramos menciona al indio como una masa inculta, diferenciándolo de una minoría educada, pero con un fuerte individualismo y sentimiento de inferioridad, y, dejando de lado si se aceptan o no tales caracterizaciones, es precisamente este último al que toma como referencia del mexicano.

Cabe aquí destacar tres cosas, en primer lugar, que el problema del mexicano no es su raza, sino, digámoslo así, su sentimiento de inferioridad y la mala administración de los gobiernos; en segundo lugar, que la experiencia viva es básica ya que hay que prestar atención a su realidad para comprender el ser del mexicano y, en tercer lugar, que ese mexicano idealista e individualista del que él tiene experiencia, es el mexicano urbano pues deja de lado al indio, y podemos decir, al hombre del campo. Nos está pues, exponiendo el mundo que le rodea que es el que analiza, desde luego, haciendo una fuerte reducción del ser del mexicano.

Entrando ya al tema del análisis del mexicano, debemos hacer notar dos cosas. En primer lugar, que no tiene como pretensión criticar al mexicano en un sentido maligno, sino que considera que tiene permitido analizar su alma y tomarse la libertad de publicar sus observaciones. Tal parece que esta expresión tiene un sentido autorreferencial, es decir, algo que ha hecho por sí mismo. En segundo lugar, hay una parte de su escrito que me parece confusa, dice,

Al nacer México, se encontró en el mundo civilizado en la misma relación del niño frente a sus mayores. Se presentaba en la historia

cuando ya imperaba una civilización madura, que sólo a medias puede comprender un espíritu infantil. De esta situación desventajosa nace el sentimiento de inferioridad que se agravó con la conquista... (Ramos, 1989, p. 51)

Dejando de lado la cuestión de que México no había nacido, aquí da a entender que de su encuentro con los conquistadores nace el sentimiento de inferioridad, que no puede entender totalmente debido a su espíritu infantil, sentimiento que con la lucha de la conquista se incrementa y que sale a flote con la independencia, además de que parte de la idea de que el mundo mexicano constituía una civilización madura. Claro que el problema de sentirse inferior se puede comprender al compararse el propio mexicano con aquellos de los que se siente heredero, es decir, de los europeos, pero, nuevamente, es el mexicano urbano, no es el indio ni el hombre de campo. (Cfr. Ramos, 1989. p. 52)

No nos habla del indio, pues considera que, aunque es una considerable población mexicana en el momento que él está escribiendo, tiene un papel pasivo hacia el país, es una mera presencia, a diferencia de los mestizos y blancos que viven en la ciudad. Adelante mencionaremos algo al respecto.

Nos remite al mexicano de ciudad, diciendo que lo que más resalta de él es su desconfianza; "no es una desconfianza de principio, porque el mexicano generalmente carece de principios" (Ramos, 1989 p. 58), más bien es una desconfianza irracional que nace de la profundidad de su ser, pues siente desconfianza hacia todo lo que existe, incluyendo hombre o mujer. No piensa en el futuro, solo en el hoy y mañana, pues su interés se centra en los fines inmediatos sin plan alguno; es más una actividad irreflexiva. Es por eso que ve a la sociedad mexicana como un caos, que camina a la deriva sin una norma que la guíe. Esto hace que frecuentemente esté de mal humor, iracundo y violento, pasional, agresivo y guerrero por debilidad, ya que no puede controlarse a sí mismo.

Al mismo tiempo destaca al grupo más inteligente y cultivado de la sociedad mexicana, la burguesía, al que tampoco le va muy bien, pues describe que el burgués mismo se considera de menor valía, que no se deriva de su inferioridad económica, intelectual o social, sino simplemente del hecho de ser mexicano. Su única diferencia con el mexicano proletario es su comportamiento de finura burguesa expresada como cortesía, que se deja llevar por los cambios del mundo civilizado, imitando sus formas de vida, de arte y de pensamiento para sentirse igual que el europeo, pero en el fondo es igual al mexicano de

hace cien años. Considero que a partir de aquí es donde inicia un cambio, pasa del diagnóstico a la acción.

Afirma de manera convencida que tenemos sangre europea, que es la cultura en la que nacemos, nuestra habla es europea, también nuestras costumbres, nuestra moral, así como nuestras virtudes y vicios, son herencia de la raza española, pero, también afirma: "Tenemos el sentido europeo de la vida, pero estamos en América, y esto último significa que un mismo sentido vital en atmósferas diferentes tiene que realizarse de diferente manera" (Ramos, 1989. p. 67)

Comienza así el rescate del espíritu mexicano. Incluso a través de la religión a pesar del período de la Reforma juarista. Mantiene un gran respeto por la obra cultural del "Ateneo de la Juventud" que ubica en el año 1908, en plena época porfirista y cuyo precursor será Justo Sierra por el que siente un gran respeto, "...hombre sobre saliente que por su personalidad de gran estilo merece un puesto de honor entre nuestros espíritus más notables." (Ramos, 1989. p. 77), pero no menos asombro le merecen los miembros de un grupo tan distinguido como los del Ateneo, de los que dice, "No era el Ateneo un cenáculo aislado del mundo; su programa era renovar y extender la cultura. Todos sus miembros eran escritores y la mayor parte de ellos han sido después profesores de la Universidad." (*idem.*), que considera no tenían una sombra de pesimismo o de negación absoluta, sino que afirmaban la vida y sus valores espirituales, incluso llega a decir que, aunque la obra de Vasconcelos la "raza cósmica", refleja un ideal desmesurado, expresa la voluntad universal de nuestra raza. Uno no puede más que asombrarse, y envidiar, el compromiso que la filosofía de ese entonces tenía con aquel movimiento que estaba forjando un quehacer filosófico sobre nuestro propio entorno, en el que sus actores se relacionaban y leían entre sí estableciendo un fructífero diálogo del que ahora, en nuestros días, carecemos. Ya no encontramos grupos como aquellos en nuestro mundo intelectual, el último de este estilo parece haber sido el Hiperión con personajes como Luis Villoro.

Menciona Ramos que en la época que Vasconcelos se hace cargo de la educación en México hay un cambio radical en la cultura, tomando un sentido de justicia social, de una educación popular en todos los grados de la enseñanza, desde la primaria hasta la universidad, con una tendencia nacionalista y de poner tal formación al servicio del pueblo, característica de ese México de los años veinte y sin imitación de una propuesta que nos llegara del extranjero, pero, considera Ramos, con pérdida de valor de la cultura superior universalista. Tal reforma manifiesta la vitalidad mexicana de su momento, proyectando una transformación social en la que el pueblo toma la



delantera, abandonando aquello que Ramos menciona diciendo que: "Espiritualmente, era México un país colonial" (Ramos, 1989, p. 85). Ese abandono permite a México voltear a ver su propio mundo, es decir, su propia vida y el ambiente que le rodea, descubriendo una gran cantidad de valores que lo constituyen, pero que no alcanzaba a ver, y con ello busca formar su propia cultura en contraposición a la europea: "México se ha acogido al nacionalismo...que es una idea europea" (Ibid.).

Para Ramos, ese movimiento nacionalista nació únicamente de la negación de lo europeo, que fue su único contenido; en otras palabras, fue un movimiento vacío, que carecía de un conocimiento del hombre mexicano, y por ello destinado al fracaso. Desarrollar una cultura original, nos dice Ramos, sin tomar en cuenta la cultura extranjera es no entender lo que es la cultura, ese espíritu que humaniza la realidad, creando un acervo cultural en constante incremento, y por eso la educación no debe enfocarse en la acumulación de saber, sino en la transformación del saber. Podemos, pues, decir que no es necesario negar lo que nos llega de la cultura europea, sino, más bien, transformarlo para aclimatarlo a nuestra tierra, por eso nos dice:

Méjico debe tener en el futuro una cultura "mexicana", pero no la concebimos como una cultura original distinta a todas las demás. Entendemos por cultura mexicana la cultura universal hecha *nuestra*, que viva con nosotros, que sea capaz de expresar nuestra alma. Y es curioso que, para formar esa cultura "mexicana", el único camino que nos queda es seguir aprendiendo de la cultura europea. Nuestra raza es ramificación de una raza europea. Nuestra historia se ha desarrollado en marcos europeos. Pero no hemos logrado formar una cultura nuestra, porque hemos separado la cultura de la vida. (Ramos, 1989, p. 95-6)

Como se notará, deja de lado nuestra herencia indígena con toda su riqueza cultural y, sobre todo, sus valores. Conviene en este momento rescatar la idea de cultura a la que nos remite Ramos y que toma de Max Scheler; la cultura no es educación para algo, ya sea una profesión, una especialidad o cualquier cosa parecida, sino, más bien, esos adiestramientos se dan en beneficio de la cultura, en busca del hombre perfecto. Por ello, "la finalidad última de la actividad espiritual no es la obra de cultura, sino el desarrollo de la personalidad humana" (Ramos, 1989, p. 97). Partiendo de esta idea, nos dice que para lograr una cultura mexicana es preciso saber en qué condiciones espirituales se encuentran aquellos encargados de lograrla. Bástenos con lo dicho hasta ahora sobre el libro de Ramos, para meditar sobre aquello que deja de lado; sin embargo, antes debemos mencionar un escrito que formó parte

del libro mencionado en sus dos primeras ediciones, pero que después fue borrado en las siguientes. Me refiero a “El indígena y la civilización”.

Inicia Samuel Ramos el escrito mencionado llamándonos la atención sobre dos mundos, que apenas se tocan, en el país en que le tocó vivir. Uno de ellos es primitivo y pertenece al indio, el otro es el civilizado y pertenece al hombre blanco. Es este último el que puede percibir dicho dualismo, aunque el indio lo hace patente con su sola presencia en la civilización del país. Defiende la idea de que el espíritu indígena no es diferente al del hombre blanco. A partir de este punto se hace la siguiente pregunta: ¿por qué esa indiferencia desconcertante, ese desprecio y aun la resistencia que opone a la civilización que ojos vistas es superior a la suya? Aunque tenga la misma capacidad del hombre blanco para la civilización, ésta sólo se manifiesta cuando se le separa de su contexto indígena, pues mientras permanece en este medio prevalece en él la conciencia colectiva que emana de sus costumbres tradicionales, en el que la cultura y la vida son inseparables, lo que se hace presente en todas sus conductas, en el trabajo, en el hogar, en la vida pública. Los indígenas podían tolerarse como razas afines, como lo hicieron los mayas y los aztecas, pero son renuentes a aceptar una civilización extraña como la del conquistador; se resisten a ella tanto antes como ahora, no pueden aceptar la civilización de los hombres que los han maltratado y humillado. Sin embargo, para Ramos, esto no es suficiente para explicar las dificultades en la tarea de civilizar al indio.

Conclusión

Iniciemos con un amplio reconocimiento a nuestros dos autores principales. Miguel León Portilla, por su amplio trabajo y su conocimiento sobre el mundo prehispánico con toda su cultura y riqueza de valores, que muy pocos valoraron durante el período virreinal y valoran a pesar de contar con excelentes relatores de ese mundo. Samuel Ramos porque, a pesar de no compartir varias de sus ideas, se atrevió a dirigir su mirada filosófica hacia el México de su momento, una vivencia viva, y quiero creer que esa mirada no pesimista sobre nuestro futuro en algún momento tenga repercusiones sobre nuestra filosofía actual. Desde luego, esto no quiere decir que tengamos que abandonar la filosofía fuera de nuestro contexto, sino, más bien, sostener que es tan válida como la externa, incluso aunque no tenga una repercusión universal, pues me parece una obsesión que hay que abandonar la de considerar que solo vale la pena aquel pensamiento que nos lleve a participar en el concierto universal de la filosofía o de la cultura.



Con ese breve espacio que hemos presentado, no es difícil observar la idea de Ramos respecto al indígena, sólo tiene presencia, no aporta nada a la civilización que debe reconocer a todas luces que es superior a la suya, lo que implica el reconocimiento de que había una civilización indígena antes de la llegada de los conquistadores, y, desde luego, se puede afirmar su superioridad partiendo del punto de vista del propio conquistador y sus herederos, que no entienden cómo es posible que se resistan a aceptarla, pero no resulta difícil pensar que lo que tienen en mente es aquello que consideran benéfico desde su propio punto de vista, sin tomar en cuenta la diferencia de valores de esos dos mundos a los que nos refiere, iniciando por la contraposición entre el individualismo del conquistador y la conciencia colectiva del indígena, que, curiosamente, Ramos nos la hace patente, además de la importancia que dan a la familia como sustento de su propia civilización en la que predomina la honestidad, el compromiso, el rechazo a la mentira que estaba penada, entre otras cosas, lo cual, desde luego, explica ese rechazo a una civilización que rompe con sus valores.

Siguiendo por el camino que nos abrió Ramos bajo la idea de seguir a nuestra experiencia, mencionemos lo siguiente. Esos dos mundos que no se tocan en su realidad mexicana, en el que el indígena participa meramente como presencia, no alcanzó a ver Ramos que esa presencia también era resistencia ante una cultura ajena, cuya cultura ha logrado sobrevivir después de más de quinientos años de sometimiento. En nuestros días, esa presencia y resistencia ha sido protagonista de nuestra historia, en la parte política desde enero de 1994 con el movimiento del EZLN, así como la presencia Wirikuta-Huichol ante el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU, James Anaya, el 18 de abril de 2013, a nivel internacional al demandar al Estado mexicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, desde luego, con el gran logro reciente de cambios en la constitución, visibilizándolos jurídicamente; en la parte académica con lo que nos menciona Rodolfo Stavenhagen sobre los congresos americanistas, que no me canso de repetir y que creo expresa ampliamente lo que quiero decir.

Cuando inicié mis estudios de antropología en México hace más de medio siglo, era común hablar del llamado “problema indígena”-con toda la carga valorativa que significa esta terminología. El “problema”, definido por los indigenistas, sería resuelto aplicando las políticas del Estado, con la ayuda de los maestros y los antropólogos. Estos últimos, a su vez, fueron instrumentales en formular algunas de estas políticas. Allí nacieron los años gloriosos (dirían algunos) de la antropología aplicada. Mérito que les fuera reconocido más por los congresos indigenistas interamericanos que por los americanistas. En todo caso,

ni en unos ni en otros asomaban los principales interesados, los indígenas americanos. Aparte del Estado, los antropólogos no tenían interlocutores, y como bien sabemos los académicos, la interlocución con el Estado no siempre ha sido fácil.

Felizmente, los tiempos cambiaron. Por razones muy propias, que poco o nada tienen que ver con criterios académicos, los pueblos indígenas se han hecho presentes no solamente en los congresos –que es en sí un acontecimiento que merece ser notado- sino sobre todo en las luchas sociales y en la vida política, vale decir, en la conciencia pública. Pero tal vez menos en esta última de los que el fenómeno se merece.²²

Respecto a la no aceptación de una civilización a “todas luces superior a la suya”, de la que podemos observar y sufrir ahora las catástrofes a las que nos ha conducido como una venganza de la propia naturaleza ante su irracional explotación, al grado que esa civilización está volteando su mirada hacia la manera en que ese mundo indígena se relaciona con la naturaleza, conviviendo con ella y no poniéndola a su servicio, como se hace manifiesto con la excelente labor que se está haciendo con la Escuela Chinanpera, que tiene un buen crecimiento y futuro prometedor, que si bien empezó en la práctica directa y no en un escritorio burocrático, hoy ya cuenta, entre otros, con el apoyo de la ciudad de México a través del de la Red de Laboratorios para la Sustentabilidad Alimentaria, y del apoyo para la organización de Talleres. Cabe destacar la participación del Dr. Arturo Argueta Villamar del Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la UNAM.²³

Desde luego, en el periodo en el que está escribiendo Samuel Ramos corría la idea de que es posible clasificar las civilizaciones y sus culturas de tal manera que se puede decidir que hay una que es la mejor de todas, concediendo que hay argumentos basados en criterios que se desprenden de la misma civilización que se considera superior, lo que permite sostener un

22 Rodolfo Stavenhagen, “Pueblos indígenas: entre clase y nación”, conferencia presentada en el Seminario Internacional de Interculturalidad, en el año 2003 en Santiago de Chile, y que está recogida en Milka Castro (editora), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 19

23 www.jornada.com.mx La Escuela Chinanpera – “La Jornada del Campo”

universalismo absoluto, negando la posibilidad de un mundo plural en el que se pueda concebir una diversidad cultural en la que cada cultura tenga la misma validez que cualquier otra, de tal manera que no hay una superior a las otras sino diferentes, lo que tampoco implica que no se puedan criticar entre ellas, aceptando que tales críticas parten de un conjunto de valores que sostienen a su propia cultura, lo que es inaceptable es la imposición de una cultura sobre otra.

Llama la atención que Ramos reconoce que tenemos sangre europea y que por ello nuestra cultura también lo es. Afirma también que hubo mestizaje, pero no de culturas, pues la indígena sucumbió ante el empuje de la proveniente del viejo continente; sin embargo, esto no implica que no se tenga sangre indígena también, lo que nos lleva a la afirmación de que la sangre no es un elemento indispensable para sostener la cultura actual, sino que más bien podemos partir de la idea de que tal cultura fue impuesta a través de la iglesia y la fuerza militar, y en cierto sentido ha persistido a pesar de la Independencia, la Reforma y la Revolución. Sin embargo, también podemos aceptar que ha tenido modificaciones adaptándose a nuestras conductas sociales y a las circunstancias ambientales de los diversos espacios de nuestro país, con fuertes diferencias entre el norte y el sur, por ejemplo, sin dejar de ser todos mexicanos.

Nuestra herencia europea, y más específicamente española, como dice Ramos, nos hace individualistas, rebeldes, como es manifiesto en la lucha social de cada día cuando se sale a la calle en busca de sustento, y en los deportes individuales, pero dejamos de serlo cuando se trata de la vida familiar; nuestra individualidad se deja de lado para luchar juntos por la familia, como nos lo transmitió León Portilla, llegando incluso a reconocer que la fuerza familiar es la que le da sustento al país y al Estado. Va, pues, más allá del mero individualismo e incluso más allá del núcleo familiar, pues abarca a la familia extendida. Esta parte tan importante de nuestro ser la dejó fuera Ramos en su estudio sobre el ser del mexicano; en otras palabras, su análisis es incompleto en tanto nos remite únicamente a la mitad de lo que constituye a ese ser mexicano. Y es precisamente la unión de estas dos partes lo que caracteriza al mexicano actual, algo que la experiencia vital diaria confirma y también nos lo confirma la mirada externa.

Por otro lado, ese sentimiento de inferioridad considero que es herencia de esa cultura que se nos impuso. En el periodo colonial, el indio era menospreciado, lo mismo que el mestizo, y aunque en menor medida también el criollo, sin la posibilidad de tener acceso a los altos cargos, fueran administrativos o religiosos, eran explotados, y para el explotador el explotado

siempre es inferior y tiene mucho interés en que así lo asimile, se lo transmite constantemente con su actitud. La Independencia fue posible gracias a esa clase criolla, a la mestiza y al indígena, pero no pudo superar aquello que durante tantos años se le inculcó, tampoco lo lograron la Reforma ni el movimiento revolucionario de los mestizos, y los indígenas, como nos lo ha hecho ver Miguel León Portilla²⁴, ha sido un lastre de nuestra historia.

El éxito que tuvo España en la conquista de México por parte de Hernán Cortés, por cierto, desobedeciendo un mandato del reino, y su posterior explotación de sus riquezas despertó la ambición de los otros imperios europeos, franceses e ingleses principalmente, que se dirigieron al norte del continente, que dio paso a la colonia de nuestro vecino del norte y que, con su independencia, nacieron los Estados Unidos de América que, con el paso del tiempo, en el siglo XIX le arrebataron a México más de la mitad de su territorio. ¿Cómo fue posible esto? Una posible respuesta es que la mentalidad imperialista europea se arraigó en el país del norte, pues no tuvo ninguna otra influencia, sobre todo porque, a diferencia de los conquistadores españoles, ellos llegaron a América acompañados por sus mujeres, por lo que no se vieron en la necesidad de buscar compañía femenina fuera de sus espacios, evitando así el mestizaje, además de que en esa región no se contaba con las grandes ciudades prehispánicas de Mesoamérica con sus amplias poblaciones.

La necesidad de poblar los nuevos territorios abrió la puerta para una amplia migración europea y también para la ampliación de la esclavitud de negros africanos, que se vendían como tales, sin necesidad de invertir esfuerzo en ellos. Además, no se contaba con el suficiente interés en cambiarles su espíritu. En cambio, en México la conquista aprovechó esa población como fuerza de trabajo. Para ello, aplicó dos tipos de sometimiento: el militar que logró imponerse a una cultura guerrera, y la religión que, aprovechando el fervor religioso de los pueblos conquistados, logró la conquista espiritual de México, sometiendo su espíritu guerrero. Sin embargo, no pudo ir más allá; no pudo intervenir en los valores que mantenían unida a las familias y que aún, hoy en día, perduran e influyen en el ser del mexicano. La parte ceremoniosa de nuestro trato, así como la amabilidad que nos caracteriza y el tierno abrazo del apapacho, que no es sometimiento, no provienen de la sangre europea, como es posible observar con un corto viaje por alguno de sus países. Al mismo tiempo, el engaño y la mentira no provienen de la sangre prehispánica, que estaban penadas, sino de la otra genética.

24 Miguel León Portilla, *Independencia, Reforma, Revolución, ¿y los indios qué?*, UNAM – Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México 2011



Sin embargo, esa visión positiva del futuro que tuvo Ramos parece estarse cumpliendo. El haberlos incorporado a este mundo globalizado nos permitió formar parte del concierto mundial y darnos cuenta de nuestras aportaciones a tal concierto, además de compararnos con otros países, supuestamente de primer mundo, para vernos a nosotros mismos y reconocer nuestras capacidades en el trabajo calificado, así como en la creatividad, la academia y muchas cosas más. Estamos en el buen camino para abandonar esa idea que se nos inculcó y que se reforzó con la participación constante de la cultura europea en América, es decir, Estados Unidos de América, sobre todo a través de sus constantes incursiones en nuestro territorio y por la propaganda a través de sus películas.

Si bien logramos una independencia soberana sobre el territorio, no logramos independizarnos mentalmente, en buena parte seguimos siendo colonia intelectual y negamos las aportaciones que vienen de los pueblos originarios, sin embargo, hay un movimiento social e intelectual que está dirigiendo la mirada hacia esas aportaciones, sobre todo con lo relacionado con la cultura sustentable, relacionada con la propia tierra. No se trata, desde luego, de abandonar o negar lo que llega de otras culturas, occidentales o no, sino de reconocer aquello que Ambrosio Velasco llama equidad epistémica, es decir, que es tan válida como cualquier otra, que no hay una cultura con validez universal y que hay una pluralidad de conocimientos más allá de los criterios de la ciencia. Aunque el camino es largo, vamos por buen camino.

Referencias

- Alcalá Campos, R. (2015). *Pluralismo y diversidad cultural*. UNAM.
- Alcalá Campos, R. (2018). *Una visión hermenéutica del contexto cultural contemporáneo*. UNAM.
- Alcalá Campos, R. (2024). *Sobre el ser del mexicano y las prácticas de la justicia*. FES-Acatlán, UNAM.
- Castellanos, R. (2003). *Balún Canán*. Editorial Planeta.
- González Casanova, P. (2009). *La democracia en México*. Ediciones ERA.
- León-Portilla, M. (2001). *Rostro y corazón de Anáhuac*. SEP.

León-Portilla, M. (2006). *La filosofía náhuatl, estudiada en sus fuentes*. UNAM.

León-Portilla, M. (2011). *Independencia, Reforma, Revolución, ¿y los indios qué?* UNAM; Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.

Olivé, L. (2004). *Interculturalismo y justicia social*. UNAM.

Olivé, L. (2012). *Multiculturalismo y pluralismo*. UNAM.

Ramos, S. (1989). *El perfil del hombre y la cultura en México*. Austral.

Ramos, S. (n.d.). *El indígena y la civilización*. [No publisher indicated].

Ricoeur, P. (2011). *Teoría de la interpretación: discurso y excedente de sentido*. Siglo XXI.

Soto Rangel, L. (2024). Del reconocimiento de la desigualdad a una teoría de la justicia social. Un acercamiento a partir de la discriminación racial del siglo pasado en México. In R. Alcalá Campos & M. Díaz (Eds.), *México-España: aportaciones a las prácticas de la justicia. Concepciones multidisciplinarias* (pp. [colocar páginas]). FES-Acatlán, UNAM.

Villoro, L. (1998). *Estado plural, pluralidad de culturas*. Paidós; UNAM.

Villoro, L. (2005). *Los grandes momentos del indigenismo en México*. El Colegio de México; El Colegio Nacional; FCE.

Villoro, L. (2008). *La significación del silencio y otros ensayos*. UAM-I.

Villoro, L. (2013). *Los retos de la sociedad por venir*. FCE.



FRENTE AL EXTRACTIVISMO: INTERCULTURALIDAD, CUIDADO Y CULTURA DE PAZ. UN ACERCAMIENTO DESDE LA ECOJUSTICIA. DORA ELVIRA GARCÍA-GONZÁLEZ²⁵

Introducción

Es primordial, en los tiempos que corren, llevar a cabo reflexiones que articulen las exigencias de culturas ancestrales y pueblos originarios en interrelación intercultural con las maneras a través de las cuales pueda lograrse la paz mutua. Esto se puede obtener mediante diversos recursos, tales como el cuidado en marcos tanto de las personas como del medio ambiente.

Las acciones llevadas a cabo históricamente por las culturas, que defienden sus territorios y a quienes habitan ahí ante las amenazas depredadoras y las diversas formas de violencia de las culturas del dominio. No cesan los tiempos colonizadores que dan pie a violencias sobre las comunidades. Ejemplos sobran: sequías, inundaciones, crisis alimentarias, especulación con productos agrícolas, escasez de agua potable, desvío de terrenos destinados a la agricultura para el desarrollo de agrocombustibles, deforestación de bosques entre otras más. Todo esto es expresión de una crisis civilizatoria que evidencia crisis alimentaria, ambiental y energética, además de la especulación financiera sobre *commodities* y recursos naturales, apropiación y concentración de tierras y la voracidad de la explotación de los recursos naturales. Este cúmulo de agravios expresa violencias ya que han causado —en muchas ocasiones— la expulsión de poblaciones de sus tierras ancestrales para posibilitar infraestructuras y megaproyectos. No se quedan atrás los efectos sobre la salud ya que hay evidencias de enfermedades producidas por el medio ambiente degradado con una incidencia de cánceres no sólo en zonas rurales, sino asimismo en ciudades²⁶ (Carson, 2016; Vals-Llovet, 2020). Los organismos genéticamente

²⁵ Doctora en Filosofía, Profesora-investigadora de la Facultad de Filosofía y Letras. Sus líneas de investigación actuales son Ética y filosofía de la Paz. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 3. Coordinadora de la Cátedra UNESCO de Ética, cultura de paz y Derechos Humanos.

²⁶ El capitalismo se resiste y se hacen propuestas como la del Green New Deal. Habrá que insistir en que de acuerdo con las estadísticas son los grupos de “las mujeres las primeras perjudicadas

modificados y los consumos de agrotóxicos, entre muchos otros, han dado pie a esta violencia que se despliega desde las instancias de poder y que nos remite a matrices coloniales (Borsani, 2014). Dichas violencias han sido tan profundamente sufridas por las sociedades principalmente en desventaja. Las culturas dominadoras han colonizado desde los saberes, hasta las formas más simples de convivencia. De ahí que la interculturalidad se convierta en una exigencia, un camino y una meta, y que con ella se posibilite y se haga urgente una construcción de paz desde la trascendencia de los conflictos, los diálogos y la escucha y con un terreno base que se sitúe en los cuidados. Todos estos recursos buscan situaciones que parten desde los diversos constructos que intentan relaciones saludables entre personas y los contextos, en un marco de relaciones de ecojusticia que impulsan a revertir los abusos sobre los más vulnerables e inermes (Cavarero, 2009; Lorey, 2017). Desde ahí se impulsa a respetar lo humano (y su dignidad) y conducir hacia acercamientos a situaciones de paz.

I. **Interculturalidad, justicia y paz**

La interculturalidad constituye un basamento para la aceptación mutua y parte del reconocimiento, del diálogo y de la escucha recíproca. Todos estos recursos tienen intenciones humanizantes, capitales para cualquier grupo de personas, y constituyen el suelo en donde las propuestas de justicia, cuidado y paz pueden ser resueltas. Hoy día todas ellas han de estar vinculadas casi indefectiblemente con las cuestiones ecológicas, dado que en medio de las violencias sufridas por las comunidades, se suman las de carácter ecológico que tienen consecuencias atroces en todos los espacios vitales de la humanidad.

Sabemos que estas relaciones interculturales no han sido siempre felices dado que, al estar plagadas de conflictos mutuos que no siempre han sido dirimidos exitosamente, se han producido situaciones de violencia intercultural. Así, al ser la interculturalidad una interacción y una relación entre las culturas en sus espacios humanos y sociales compartidos en donde se llevan a cabo intercambios de patrones construidos en cada cultura, esas relaciones pueden convertirse en violencias. Quizás la más evidente —al menos hoy día— es el choque entre las culturas del capital y culturas originarias y esto porque además de plantearse lo económico como elemento dominador, se superpone al tema racial y de género —por ser las mujeres las que en muchas ocasiones están al frente— y quienes son impactadas con mayor fuerza por la violen-

por la contaminación medioambiental y las catástrofes <<naturales>>" (Puleo, 2013, p.10; Valverde, 2015, p. 87).



cia. Asimismo, esto se debe a que se considera a los grupos rurales y de comunidades originarias como ignorantes y necesitados de desarrollo a costa de su misma vida. Por ello, el cuidado es tan necesario para curar y saldar esas situaciones, y a partir de ahí vislumbrar formas interculturales deseables que propicien la paz, la promuevan, destaque su existencia y que la construyan, promoviendo las sanas interacciones entre las culturas y vislumbrando las relaciones interculturales —como un desiderátum—, viéndolas con un ánimo que intenta superar los conflictos y edificar la paz. Las tramas vividas nos dan luz y claridad para comprender nuestro mundo y desde ahí podemos apreciar los matices necesarios y, después de la reflexión teórica, volver a la realidad para analizarla, intentar transformarla y hacernos cargo de ella (Cruz, 2000).

La cardinalidad de la justicia —al ser la base de la paz— resulta fundamental, por ello es preciso cimentar a la primera para edificar a la segunda sobre esos cimientos, partiendo “de la percepción de la injusticia real para proyectar lo que podría remediarla” (Villoro, 2007, p. 16) y desde ahí caminar hacia el logro de la justicia²⁷. Se vislumbra una respuesta a la injusticia que parte del contexto histórico determinado y situado, en donde rige la desigualdad social extrema y creciente; en donde manda la exclusión, la dominación y la marginación de grupos. Habrá que hacer entonces un reclamo desde la experiencia de la injusticia y la indignación. Tal injusticia social está en la base de la violencia estructural (Galtung, 2003)²⁸, de modo que el alcance de la paz

27 Así se titula el primer capítulo de *Los retos de la sociedad por venir*, que constituye el primer inciso del primer reto de los tres que propone Villoro, a saber: justicia, democracia efectiva e interculturalidad. Estos tres retos son los centrales que plantea la sociedad por venir. Al responder a cada uno de estos retos con razones fundadas, es que podremos orientarnos en este mundo. Cfr. Villoro, 2007, p. 9).

28 Galtung ha señalado tres tipos de violencia: la violencia directa que es la explícita, la estructural que es la que se ubica en las instituciones y en las estructuras sociales, y la violencia cultural que se encuentra situada en los espacios culturales, en los imaginarios simbólicos. Las estructuras de las sociedades se vinculan irremediablemente con los sistemas económicos y de ellos dependen tales estructuras y las violencias que generan. La mala distribución económica produce violencia. Por ello, Galtung insiste en que tal violencia se produce cuando no se satisfacen las necesidades básicas y éstas en gran medida dependen de sistemas económicos injustos. Por supuesto, tenemos presente esta cuestión porque constituye una causal de la violencia, sin embargo, por su importancia merecería un escrito específico. Si pensamos en que los

asienta su base en la justicia social (García-González, 2019) que habrá de conformar situaciones de paz cultural. Para ello es fundamental considerar la paz neutra —que amplía el concepto de paz, entendida en un primer momento como ausencia de violencia— para llegar al concepto positivo, como proceso orientado al desarrollo humano (justo y sustentable). Esto significa ampliar el grado de satisfacción de las necesidades humanas básicas y en la creación de las condiciones necesarias para que el ser humano desarrolle toda su potencialidad en sociedad, cuestión que ha sido sugerida por Jiménez Bautista (2014 y 2011).

Con base en valores, actitudes y comportamientos que reflejan el respeto a la vida, a la persona humana y a su dignidad, así como de todos los derechos humanos con la adhesión de principios de libertad, justicia, tolerancia, solidaridad y la comprensión entre pueblos y grupos y personas. Todo esto con base en la posibilidad de la paz y su realización. En específico, la paz neutra se apuesta para reducir esa violencia cultural, es decir, redefiniendo “un modelo antropológico de cultura de paz mediante el estudio, análisis y diagnóstico de la política cultural y económica del presente, y desde ahí corregir los defectos de la fragmentación del saber y la realidad” (Jiménez Bautista, 2004, p.909). La paz neutra configura un marco de acción, caracterizado por la implicación activa de las personas en la tarea de reducir esa violencia cultural (o simbólica), porque esta última se legitima mediante el silencio y la apatía total (Galtung, 2003). Por ello, el recurso fundamental para esta paz es el diálogo. En ese sentido, habrá de utilizarse la *no-violencia* como principio general que informe nuestras acciones. Esto nos lleva al escenario de los conflictos y de su regulación pacífica que implica manejarlos con empatía, no-violencia y creatividad.

Desde la paz neutra se busca adquirir una cultura de paz para neutralizar la violencia (Jiménez B, 2004), con ello las diversas culturas y sus cargas nos permiten hacer un diagnóstico y un pronóstico de la realidad. Se busca neutralizar los espacios de violencia cultural —como un valor a perseguir— para que haya comprensión mutua, con una actitud de apertura y empatía, tolerancia, reconocimiento, y con ello valorar las diferencias de cada cultura como algo positivo y enriquecedor, para que seamos mejores y nuestra vida sea asimismo procesos de paz van ligados a la reparación de los daños, tenemos que introducir necesariamente el tema de lo económico. Existen intereses, de carácter económico —principalmente— para defender la violencia; evidentemente, tales intereses no se explicitan, sino que se manipulan y se llevan a cabo de manera sutil. Además, es importante señalar que las violencias estructurales (aquellas que son reproducidas por las instituciones) son múltiples y entre ellas apreciamos, por ejemplo, el racismo, el clasismo y la violencia de género.



una vida buena que implique ser solidarios como meta final. Esto a sabiendas de la existencia de la pluralidad de culturas, pero que posibilita que cada una viva en su subcultura. Para esto se requiere de la mediación que intente puntos de acuerdo entre las partes, y desde ahí se buscaría neutralizar nuestros esquemas mentales, suspenderlos para poder adentrarnos en esos otros distintos. Levi-Strauss (1977), desde la antropología, denominó ese mirar desde lejos *le regard éloigné*, en tanto el otro está en una posición similar a la mía (Jiménez B, 2004), que es lo que Arendt llamó el “pensamiento ampliado”, el cual posibilita imaginarnos en el lugar de los demás (Arendt, 1989).

La interculturalidad, el cuidado y la paz están interconectados en un contexto global y local en el que la diversidad cultural, el respeto por el medio ambiente y la promoción de la paz son fundamentales para la convivencia armoniosa y el bienestar de las sociedades. La relación de estos conceptos se da de manera que, al pensar la interculturalidad comprendemos que promueve el entendimiento y el respeto entre diferentes culturas y grupos étnicos. Al fomentar la tolerancia y la apertura hacia las diferencias culturales, ella contribuye a la reducción de conflictos violentos entre las culturas, los grupos étnicos y las facciones diversas, y esto es esencial para la construcción de la paz. Esta paz se fortalece cuando se respetan los derechos de las minorías étnicas y culturales, y cuando se promueve la inclusión de todas las comunidades en la vida política y social. La interculturalidad facilita este proceso al reconocer y valorar las identidades y perspectivas culturales de todos los grupos, cuestión de gran relevancia en estos tiempos en los que las amenazas se cifran sobre quienes, ubicados en esas situaciones y en espacios en donde hay riqueza de la naturaleza, son expliados y amenazados. De ahí la necesidad tan urgente de generar acciones desde el cuidado y la ecojusticia.

II. Urgencia de la ecojusticia y la necesidad de los cuidados

Al incluir diferentes perspectivas culturales en la toma de decisiones ambientales, se pueden encontrar soluciones más efectivas y justas para los problemas ambientales, lo que a su vez contribuye a la paz, al evitar tensiones y conflictos relacionados con el medio ambiente.

La promoción de la interculturalidad y la sensibilización ambiental pueden ayudar a las comunidades a comprender y a abordar los desafíos ambientales de manera colaborativa, lo que puede fortalecer los lazos entre grupos culturales y contribuir a la paz y la convivencia pacífica. De esta manera, la interculturalidad, el cuidado del medio ambiente y la paz están entrelazados

de manera significativa. Se trata de dar un enfoque que valore y respete la diversidad cultural, promueva la sostenibilidad ambiental y evite conflictos violentos relacionados con recursos naturales; sólo así se puede contribuir al desarrollo de sociedades más pacíficas, equitativas y sostenibles.

Un elemento clave que cruza estas realidades es el diálogo intercultural y es nodal como medio indispensable para canalizar la esperanza del reconocimiento real de los otros, en su diferencia. Lo es también como una posibilidad de fundar un nuevo orden que implique los elementos culturales y solidarios. Esto constituye un enorme reto, una urgencia y un proyecto.

La ubicación reflexiva y de reconocimiento de lo propio y de “lo otro” vislumbra el diálogo intercultural buscado como una necesidad imperiosa para establecer y edificar las formas identitarias propias, considerando las asimetrías que en muchas ocasiones se generan en estas relaciones de interculturalidad; en ellas en múltiples ocasiones se acusan los ámbitos de poder. Y esta instancia se evidencia en el dominio planteado en la realidad, sea social o de la naturaleza, trastocándose y pervirtiéndose las metas de realización propias.

Amén de este diálogo —sumando a la escucha— es que se pueden construir poco a poco elementos comunes e intersubjetivos que abrevan el papel que realizan las labores del cuidado que, si bien ciertamente no alcanzarán la paz total y absoluta, sin embargo, posibilitan la generación de la paz parcial y las paces diversas, paces imperfectas, pero posibles. Podría suceder que exista un mejor equilibrio entre paz y violencia, es decir, más y mejor paz y menos y menos mala violencia, lo cual significa un mejoramiento de la condición humana (García-González, 2019). Es preciso crear las mejores condiciones posibles mediante la construcción y reforzamiento de los elementos que el cuidado exige, lo cual conllevará la mejor posibilidad de paz.

El robustecimiento de la otredad implicaría el reconocimiento en la construcción hermenéutica de la alteridad y esto tiene implicaciones para con la justicia y en los marcos ecológicos, en donde se plantea la ecojusticia. Esta última es un enfoque que busca la equidad y la justicia en relación con los problemas ambientales. Se basa en la idea de que todas las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, así, las decisiones y acciones relacionadas con el medio ambiente han de tener en cuenta los impactos sociales y económicos.

De esto modo, la ecojusticia busca abordar las desigualdades ambientales y promover la participación ciudadana en la toma de decisiones relacionadas con el medio ambiente, sobre todo cuando hay amenazas claras sobre



éste. La ecojusticia pretende garantizar que la protección del medio ambiente exista, marginando las acciones que la depredan y la destruyen. Su enfoque se orienta hacia la distribución equitativa de los beneficios y las cargas ambientales, así como en la protección de los derechos de las comunidades y las personas, en relación con las ya apuntadas cuestiones ambientales.

Algunos de los principios fundamentales de la ecojusticia incluyen, por ejemplo, la equidad, en tanto la ecojusticia busca garantizar que todas las personas, independientemente de su origen étnico, género, nivel socioeconómico o ubicación geográfica, tengan acceso a un entorno limpio y saludable y reciban un trato justo en asuntos ambientales. Asimismo, incluye la participación pública, al promover la participación de la comunidad en la toma de decisiones relacionadas con el medio ambiente, permitiendo que las personas influyan en políticas y proyectos que puedan afectar su calidad de vida. Implica asimismo responsabilidad, dado que la ecojusticia aspira a responsabilizar a quienes lastimen, contaminen o degraden el medio ambiente, asegurando que aquellos que causan daños ambientales sean responsables de restaurar o mitigar esos daños. Se suma también la sostenibilidad que se centra en la importancia de mantener un equilibrio entre las necesidades humanas y la conservación del medio ambiente a largo plazo. Implica también a los derechos humanos, al reconocer que la degradación ambiental puede tener un impacto negativo en ellos, en las líneas del derecho a la vida, a la salud, a la vivienda y a la alimentación. Por tanto, la ecojusticia busca proteger estos derechos en el contexto de las cuestiones ambientales.

Como puede verse, la ecojusticia aborda una amplia gama de problemas, incluyendo la contaminación del aire y del agua, la gestión de residuos, la conservación de la biodiversidad, la justicia climática y otros temas relacionados con el medio ambiente. Su objetivo principal es garantizar que las decisiones y políticas ambientales sean justas y equitativas para todas las personas y comunidades, especialmente aquellas que son más vulnerables a los impactos ambientales negativos.

Con todo esto, la ecojusticia es importante por diversas razones fundamentales, como son la equidad y la justicia social. La ecojusticia busca garantizar que todas las personas, independientemente de su origen étnico, género, nivel socioeconómico o ubicación geográfica, tengan igualdad de acceso a un entorno limpio y saludable, y reciban un trato justo en asuntos ambientales. Esto es crucial para prevenir la discriminación ambiental y promover la igualdad de oportunidades. Es también relevante porque sus horizontes se ubican en la protección de los más vulnerables; es decir, las comunidades y las personas más pobres y marginadas suelen ser las más afectadas por la degradación

ambiental y los impactos del cambio climático. La ecojusticia se enfoca así, en proteger los derechos de estas poblaciones vulnerables y garantizar que no sean las que sufren de manera desproporcionada los efectos negativos del daño ambiental. Además, busca la acción conjunta para resistir los embates que se cifran ante la devastación del hábitat. Esto no solo fortalece la democracia al dar voz a las personas afectadas, sino que también mejora la calidad de las decisiones. Las comunidades locales suelen tener un conocimiento profundo de su entorno y sus necesidades, es por ello que buscan responsabilidad en las acciones y anhelan mantener sus espacios de manera sostenible. Esto exhorta a las empresas y a los individuos a tomar decisiones responsables desde el punto de vista ambiental y económico. Además, apuntala los derechos humanos ya que la degradación ambiental puede tener un impacto directo en ellos, como es el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda y a la alimentación. La ecojusticia busca proteger estos derechos y garantizar que las acciones y prácticas sobre la naturaleza y sus contornos no sean violentados.

Igualmente, al abordar cuestiones de equidad y justicia en la toma de decisiones ambientales, la ecojusticia contribuye a la conservación a largo plazo del medio ambiente, cuestión esencial para garantizar la salud del planeta y el bienestar de las generaciones futuras. Con todo esto, es patente que la ecojusticia juega un papel muy importante al combinar preocupaciones ambientales con principios de justicia social y equidad (Andrew Dobson, 2004), promoviendo un enfoque más integral y ético para abordar los problemas ambientales. Al hacerlo, busca proteger a las comunidades vulnerables, fomentar prácticas sostenibles y garantizar que las decisiones ambientales sean justas y respeten los derechos humanos.

En cuanto al cuidado del hábitat en el que vivimos y en lo que respecta a la atención y al interés por el medio ambiente, el cuidado es esencial para la paz a nivel global y local. Los conflictos y la competencia por recursos naturales, —como el agua y la tierra— pueden desencadenar tensiones y violencias potentes. Este cuidado del medio ambiente y la gestión sostenible de los recursos son fundamentales para prevenir conflictos y promover la paz. Además, el respeto por la biodiversidad y la protección de los ecosistemas contribuyen a la estabilidad ambiental, lo que a su vez influye en la estabilidad social y la paz. En ese sentido, la interculturalidad puede ser un enfoque eficaz para abordar los problemas ambientales, el cuidado del medio ambiente de manera equitativa y, a la par, la protección de quienes habitan en esos espacios.

Ahora bien, las prácticas del cuidado han sido impulsadas por los movimientos sobre todo feministas, en los marcos económico, político, cultural y ecológico. De ahí que, en conjunción y con su potencia conceptual y política,



esas luchas han logrado avances que buscan sortear salidas a la crisis ecológica en lo que se refiere al cambio climático y la protección de medio ambiente. Sin embargo, y a pesar del informe Brundtland que pretendía un equilibrio entre crecimiento, innovación tecnológica, la ecología, creación de empleo y protección social, poco se logró. Los beneficios económicos cortoplacistas han prevalecido sobre la “pervivencia de las condiciones de vida del conjunto de los habitantes humanos y no humanos de este planeta” (Puleo, 2013, p. 9).

El sujeto moral en el discurso del cuidado se encuentra inmerso en una red de relaciones, en las que debe encontrar balances, acuerdos y ajustes entre las diferentes formas de responsabilidad para consigo, para con los demás y para con las relaciones que conforman la comunidad (Sevenhuijsen, 2000). Y ese cuidado es un recurso que aporta saberes para mejores prácticas en el ámbito público (Sevenhuijsen, 1998). El cuidado mutuo es compatible con la justicia (Benhabib, 1992) en términos de universabilidad, atendiendo siempre al contexto. En este sentido, el cuidado considera lo humano, pero asimismo amplía “el conjunto de sujetos dignos de nuestra consideración moral al mundo no humano. Volvemos a encontrar el “amor atento” en la apertura epistemológica a lo vivo” (Puleo, 2013, p. 63). Es así que los acercamientos de la filosofía feminista —con la ética del cuidado— extiende su mira hacia la naturaleza y su consideración de los sentimientos morales ayuda a esta ampliación, cancelando formas intelectualistas que dejan de considerar la simpatía propuesta por David Hume para llevar a cabo juicios morales ante situaciones que no nos afectan personalmente (Puleo, 2013).

La relevancia del cuidado es que implanta una forma de reivindicación humana en una sociedad que postula la sostenibilidad de la vida en el centro, de manera que, hablar de cuidados involucra “una capacidad y una actividad social que implica facilitar todo lo necesario para el bienestar y la prosperidad de la vida” (The Care Collective, 2020, p.12) en todos los ámbitos humanos. El cuidado implica interculturalidad desde diversas racionalidades, cuestiones, prácticas en diferentes contextos y con implicaciones éticas, políticas y culturales diversas. Para Tronto y Fischer, esto abarca todo lo que hacemos para mantener, continuar y reparar nuestro mundo para poder vivir en él lo mejor que podamos hacerlo (Puig De la Bellacasa, 2017). Este mundo comprende nuestros cuerpos, a nosotros, y nuestro medio ambiente y todo se corresponde en una red interrelacionada y compleja (Tronto, 1993, en Puig de la Bellacasa, 2017).

Así, el cuidado tiene implicaciones con todo lo que hacemos, en lo relacionado con los aspectos de mantenimiento de situaciones cuidadoras y el sentido de una ética y política del cuidado y la persecución de la buena vida.

Integra asimismo la acción de *caring about* y *taking care of* (cuidar con), que se apoyan en prácticas materiales (Tronto, 1993; Sevenhuijsen, 1998). Con ello, la relocalización del cuidado (Comins, 2009; Tronto, 2013) no solo en el campo privado sino asimismo en el público, necesita de una infraestructura en los campos políticos y sociales. Solo así se garantizará la organización de dichos cuidados. En esta disposición, quienes defienden y son dadores de cuidados están soportados por valores tales como la solidaridad, la justicia y la compasión hacia los otros que comparten los espacios sociales.

El cuidado tiene entonces, una orientación moral, sin embargo, es una práctica política y social que nos confronta moralmente con las situaciones que ocurren en nuestra existencia. Un mundo solidario implica una preocupación por los cuidados entre las personas, en diferentes niveles y formas²⁹ y con ello se subsanan las violencias y se potencia la paz.

De este modo, el proyecto del cuidado ha de ser hoy día un eje de carácter político dado que los cuidados nos atraviesan en nuestro diario hacer y nos involucran a todos, recuperando una visión integradora de las acciones humanas. El cuidado se inscribe en las redes de reciprocidad que se centran en el bienestar, pero no tiene que ver con la acumulación, sino con el amor social aristotélico, en tanto ideal de organización colectiva que pretende metas comunes. Ágape, en tanto amor del cuidado y de la benevolencia implicadas en las formas de *eudaimonia* van hacia lo interpersonal y por ello es un amor que genera comunidad, pertenencia y ayuda en grupos de personas unidas para el cuidado y apoyo mutuo. El cuidado de sí se conecta con la idea de implicación con los demás y con el mundo. Es en la diferencia en donde es fundamental la implicación mutua y la visibilización de los otros, por lo que impacta en las consideraciones interculturales.

Se ha hecho del cuidado una característica esencial del pensamiento transformador al ubicarse en los espacios de la política y de diversas formas de organización; es también un tópico como lugar común en las moralizaciones cotidianas, especialmente en Occidente y en el Norte Global (Puig de la Bellacasa, 2017). Pero el tema del cuidado debe ser problematizado para no permitir que permeen concepciones que perpetúen desigualdades y que no consienten llevar a cabo cambios colectivos. Se busca resignificar los terrenos

29 Tronto distingue entre “cuidar a” que implica los aspectos físicos del cuidado práctico, “cuidar con afecto” que describe nuestra implicación y apego a los demás, y “cuidar con”, que describe cómo nos movilizamos políticamente para transformar nuestro mundo (Tronto, 2013).



tóxicos y recuperar los terrenos negados para ese cuidado, terrenos envenenados que están a la base de nuestro habitar, buscando dislocar el *status quo*. Con ello se podrán abrir nuevas posibilidades más amplias para las comunidades.

Los cuidados como capacidad y práctica han de cultivarse y compartirse en tanto dotan de recursos para subsanar las precariedades; esto lo hacen sobre una base igualitaria, desgenerizando su proceder para reevaluarlo, al reconocer su importancia y, con ello generalizarlo a todos los espacios de la vida (Comins, 2009). Es importante apreciar a los cuidados no sólo como meras disposiciones, sino también como su realización en la *praxis*³⁰(Tronto, 1994). Nuestra sociedad trata al espacio público como un sitio en donde se realizan la racionalidad y la autonomía como cualidades valiosas, y el cuidado, por ende, queda devaluado al ubicarse en los espacios privados y en las cualidades opuestas. Esto es importante porque regresamos a la división tradicionalmente generizada en la que se apoya la construcción ideológica que sostiene la emocionalidad de las mujeres frente a la racionalidad masculina. Aquí lo que se pierde en esta asociación es la realidad de la complejidad del cuidado y el hecho que el cuidado se entreteje con casi todos los aspectos de la vida.

En este sentido, las disposiciones y emociones son parte del cuidado que requiere asimismo de las prácticas en el seno comunitario. De este modo, para evitar la sobreidealización del cuidado es preciso pensarlo en términos de ser una práctica (Ruddick, 1989) y esta práctica es pensada como una práctica racional porque se consideran las partes necesarias, tomando en cuenta el contexto completo del cuidado. Las necesidades de cuidados son de todos, de los que dan y los que reciben. Por ello es fundamental insistir en relocalizar el cuidado, es decir, buscar que el cuidado tenga un espacio también en el ámbito público (Comins, 2009; Tronto, 2013) y con ello requiera de una infraestructura social que garantice nuevos sistemas de dadores del cuidado y de valores, y que defiende el marco de cuidados.

La interculturalidad implica la solidaridad, la justicia y la compasión hacia los otros, hacia quienes conforman el tejido social, ahí es donde se realiza la *praxis* de ese cuidado. La solidaridad, la atención al otro, la responsabilidad, la responsividad que busca respuestas, en conjunto dan cuenta de nuestra dependencia, vulnerabilidad y nuestra condición relacional. Todas ellas dan la pauta para cuidarnos, cuidar a los otros y al mundo. En este proceso se trata

30 Esto es importante porque ver a los cuidados únicamente como disposiciones se les sitúa como elementos emocionales. Esta perspectiva “permite que el cuidado sea sentimentalizado y romantizado” (Tronto, 1994, p. 118) y por ende devaluado, remitido al espacio privado con las emociones y de con las necesidades

de acercar a quienes están en los márgenes y a quienes están precarizados, para de esa forma reconocerlos por su existencia y construir con ellos procesos de inclusión e igualdad mediante el cuidado.

El cuidado da cuenta de la protección de la dignidad de las personas, de ahí que sea una categoría ética frente a los desperfectos que la sociedad ha construido, y entre ellos surge la necesidad de reconstruir y repensar el concepto de cuidado en el espacio público.

El proyecto del cuidado ha de ser hoy día un eje de carácter ideológico, político y existencial, por ello la crisis de los cuidados, más que ser un tema o un problema, es la esencia misma de una catástrofe civilizatoria provocada por la depredación codiciosa de muchos centros de poder económicos (Elena de la Aldea, 2019). El interés mutuo, el intercambio y la interrelación personal y cultural han sido usurpados por el capitalismo mercantil, pero las redes de reciprocidad en las que se inscribe el cuidado no tienen que ver con la acumulación, sino —como decíamos antes—, con el amor social aristotélico. Se trata de un ideal de organización colectiva que pretende metas comunes. Estas lógicas se animan por los “sentimientos de cuidado y por los valores relacionales y solidarios que el patriarcado capitalista ha desalojado de la lógica económica global” (Puleo, 2013, p. 64). Al prevalecer estas premisas y tal entendimiento es complicado pensar en un mundo sostenible, y por ello se hace urgente la presencia de otra lógica que establezca simpatía y cuide de los seres humanos y de los otros seres no humanos. En todo caso, con ello será posible resistir la globalización neoliberal.

Precisamente, ante la ausencia de la ligadura con la naturaleza y en contextos renuentes a lo colectivo, es que esas pretensiones comunitarias se desvanecen y las prácticas comunes se niegan, cancelándose las posibilidades de cohesión social. Los cuidados son las maneras como esa ligazón social se crea y se repara. Por ello es fundamental trabajar sobre la restauración del valor primario de los cuidados para pretender establecer los lazos intersubjetivos e interculturales. En ellos la implicación mutua y la visibilización de los otros ha de lograrse en una simetría, en horizontalidad y no en una lógica de dominio.

Los cuidados están atravesados por determinaciones múltiples de género, de edad y de clase, y el cuidar está permeado por lo que nos constituye, a saber: pasiones, esperanzas, grandezas, mezquindades, ternuras y heroísmos. Los estados habrán de superar los conjuntos de exclusiones y desigualdades, por lo que es necesario implementar formas políticas apuntaladas en leyes que impliquen el cuidado en sus constructos. Justamente, estos cuidados buscan subsanar las violencias estructurales para hacer que los inermes no sean



dejados de lado y potencien la situación de carencia de reconocimiento y protección (Cavarero, 2009). Con ello podrán subsistir y vivir sin violencia. La vulnerabilidad nos acerca a intentar resolver cuestiones de justicia de manera concreta, como ya lo apuntábamos antes (Tronto, 1994), y con ello se da lugar central al cuidado, como un concepto moral integral y político que se apuntala en el plural y en los marcos democráticos de dicho cuidado; de ahí que seamos cuidadores u *homines curantes* como afirma Joan Tronto (2017).

La fuerza del cuidado sirve como base para una transformación política (Tronto, 1994) y ofrece una estrategia para la organización inter e intra cultural. Por ello es que en esos marcos interculturales, justicia y cuidado pueden ir juntas, muy al contrario de lo que se ha pensado cuando se afirma que el cuidado es particular y la justicia universal, o que el cuidado surge de la compasión y la justicia de la racionalidad. Una teoría del cuidado es incompleta si no va inserta en una teoría de la justicia y una “justicia sin una noción de cuidado es incompleta” (Tronto 1994, p. 167). Tronto se apoya en Susan Okin y afirma que esta última “parece argumentar que el tipo de visión de la naturaleza humana inherente al enfoque asistencial es necesario para remediar los defectos de teorías de la justicia existentes” (Tronto 1994, p. 167); en ese sentido, es un valor que debe centrarse en nuestra constelación de preocupaciones políticas (Tronto, 1994). El cuidado es central en la vida humana y por ello es fundamental visibilizarlo en las instituciones políticas y sociales más justas e inclusivas, por lo que es preciso que vaya más allá de todas las fronteras, las cuales generan sufrimiento y exacerbان gran cantidad de negocios que están en la penumbra legal. El cuidado implica recursos como la empatía y la solidaridad y ambos elementos —entre otros— pueden amenazar al neoliberalismo al pensar en una ciudadanía más amplia y cosmopolita. “Urge darse cuenta de la propia vulnerabilidad y mirar al excluido a la cara” (Valverde, 2015, p. 17). Son esos excluidos quienes se quedan en las grietas del sistema; sin embargo, desde ahí emergen las fuerzas de la vulnerabilidad que insuflan vida. Mirar a los otros y escucharlos y reconocerlos como iguales y diferentes permitirá generar otros tipos de sociedades más empáticas, menos violentas y por ende más pacíficas.

Ecojusticia e interculturalidad: una dialéctica necesaria

Con lo dicho, podemos afirmar que la ecojusticia y la interculturalidad se enlazan en los diversos contextos al abordar cuestiones ambientales de una manera en la que se reconozca y respete las diferentes culturas y perspectivas de las comunidades indígenas y locales. Esta relación se basa en aspectos tales como la diversidad cultural y el conocimiento tradicional, en tanto estas comu-

nidades culturales a menudo poseen un profundo conocimiento legendario consagrado al entorno y la gestión sostenible de los recursos naturales. La interculturalidad —más vigente hoy que nunca— reconoce la importancia de valorar y preservar este conocimiento ancestral y considerarlo en la toma de decisiones ambientales. La ecojusticia preocupada por proteger los derechos de todas las personas y comunidades en cuestiones ambientales, se vincula obligadamente con la interculturalidad y enfatiza la importancia de respetar y garantizar las potestades y las voces de las comunidades que a menudo son afectadas de manera desproporcionada por la degradación ambiental y la pérdida de sus tierras tradicionales. Desde ahí es que las formas interculturales de actuar promueven la participación de las comunidades indígenas y locales en la toma de decisiones en relación con el medio ambiente, así como en la consulta previa e informada sobre proyectos que puedan afectar sus territorios y modos de vida. La ecojusticia respalda estos principios como parte de garantizar una toma de decisiones ambientales justa y equitativa. Ambas, ecojusticia e interculturalidad enfatizan el respeto por la diversidad cultural y la necesidad de evitar la imposición de modelos y soluciones ambientales que no tengan en cuenta las particularidades culturales y espirituales de las comunidades indígenas y locales. Esta interrelación aboga por soluciones colaborativas y basadas en el diálogo entre las diferentes partes interesadas, incluyendo a las comunidades originarias y locales. Esto ayuda a encontrar soluciones más efectivas y justas para los problemas ecológicos en principio propios de esas comunidades y que habrían de respetar sus derechos.

En este tenor, la ecojusticia y la interculturalidad se relacionan en la medida en que ambas promueven una mirada más inclusiva y respetuosa hacia las cuestiones ambientales, reconociendo la importancia de valorar el conocimiento tradicional, de respetar los derechos de las comunidades indígenas y locales, y de fomentar la participación y el entre todas las partes involucradas en la toma de decisiones relacionadas con el respeto para no dañar los contextos naturales y humanos. Esta relación contribuye a abordar de manera más efectiva los desafíos ambientales y a promover un equilibrio entre la conservación del medio ambiente y las necesidades culturales y sociales de las comunidades locales. Los aspectos de la concomitancia entre ecojusticia e interculturalidad se apoya en que las comunidades indígenas y locales a menudo poseen un profundo conocimiento tradicional sobre el entorno y la gestión sostenible de los recursos naturales. La interculturalidad reconoce la importancia de valorar y preservar este conocimiento ancestral y considerarlo en la toma de decisiones ambientales y ante la degradación medioambiental y la pérdida de sus tierras tradicionales. Por ello es tan importante su participación promovida en dichas comunidades y en los espacios rurales en donde se ejercen acciones de cuidado e intentan una cura. La ecojusticia respalda estos



principios para garantizar una toma de decisiones ambientales justa y equitativa.

Tanto la ecojusticia como la interculturalidad enfatizan el respeto por la diversidad cultural y la necesidad de evitar la imposición de modelos y soluciones ambientales que no tengan en cuenta las particularidades culturales y espirituales de las comunidades indígenas y locales. Sus enfoques abogan por soluciones colaborativas y basadas en el diálogo para encontrar soluciones más efectivas y justas para los problemas ambientales. De este modo, ambas, ecojusticia e interculturalidad, promueven un enfoque más inclusivo y respetuoso hacia las cuestiones ecológicas. Esta relación contribuye a abordar de manera más efectiva los desafíos de carácter ecológico para promover un equilibrio entre la conservación del medio ambiente y las necesidades culturales y sociales de las comunidades locales, reconociendo ese conocimiento tradicional sobre el entorno y la gestión sostenible de los recursos naturales. La interculturalidad da cuenta de la importancia de valorar y preservar este conocimiento ancestral y considerarlo en la toma de decisiones ambientales.

Abordar de manera más efectiva estos desafíos y promover un equilibrio entre la conservación del medio ambiente y las necesidades culturales y sociales de las comunidades locales puede lograrse mediante la consonancia de la diádica propuesta que se plasma mediante acciones mutuas.

En este sentido, por ejemplo, los estudios decoloniales son imprescindibles en estas reflexiones, en tanto nos dan la pauta para —en los marcos de interculturalidad— pensar en posibilidades claras de justicia y paz, sobre todo hoy día cuando la expresa devastación de los bienes y los espacios comunes es tan evidente. Estos estudios obligan a deconstruir las diversas formas artificiales adheridas y depositadas que destruyen espacios vitales de enorme valor humano y ecológico. Esta deconstrucción habrá de ser además de erradicación de todas las formas que avasanallan lo humano, desde los bienes más básicos como son la subsistencia, la vivienda, la educación, la salud, la autonomía y la libertad, hasta los bienes comunes básicos tales como el agua, los territorios y los elementos que constituyen los recursos fundamentales para la vida.

Conclusiones

La defensa de la interculturalidad yace en el respeto a la dignidad tanto de las personas como de los recursos del medio ambiente y de la vida existente en sus contextos, porque ante el ánimo de la dominación de unas cultu-

ras sobre otras, aparece la evidencia de la vulnerabilidad y la condición precaria. Ahí se ubica la posibilidad del daño (Cavarero, 2009) y por ende la violencia. La condición precaria es una constitución múltiple e incierta, siempre condicionada socialmente, que nos expone a los demás y nos hace dependientes de ellos. Esta interdependencia social se expresa en dos maneras: sea como cuidado mutuo o como violencia. Esta condición precaria se potencia ante las amenazas vividas y constituye una vulnerabilidad existencial, dado que no puede haber protección precisamente porque se está “permanentemente expuestos a las condiciones sociales y políticas, bajo las cuales la vida no deja de ser precaria” (Lorey, 201, p. 34). Aún con protección, se mantiene la condición de precariedad, y con todo y los cuidados se mantiene la vulnerabilidad.

La condición precaria, la precarización y la dominación son expuestas en la ya conocida y avanzada globalización que en su conjunción con las formas de un economicismo capitalista desbocado han causado pobreza y servilismo. Pero menoscabar a las personas en esa condición, precarizándolas y explotándolas mediante formas como el extractivismo, se invisibiliza y margina a los más vulnerables al negarles el reconocimiento ínsito en la dignidad. Con esto se impide la conciliación de formas de interculturalidad. Se trata entonces, de una violencia estructural que se ensaña con los más vulnerables, precarizándolos cada vez más. Y de entre todos los grupos, las mujeres son más vulnerables y quienes más se han precarizado ante las diversas formas de dominación. La amalgama del capitalismo con el patriarcado muestra que han sido las mujeres las que han quedado más marginadas situándolas ante la precariedad (Federici 2020) desgarrando y fragmentando las propuestas comunales y en donde los cuidados no se despliegan.

Pensar en los marcos interculturales relacionados con una cultura de la sostenibilidad basada en la justicia social, en la justicia ecológica y en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, además de la superación de los estereotipos y discriminaciones tanto de género como de raza y de clase, constituye —en los tiempos que corren—, uno de los mayores desafíos que han estado irresueltos y suspendidos.

En este tenor, las situaciones de paz no se han logrado porque los caminos de interculturalidad no han sido transitados de maneras justas, por lo que queda mucho por hacer. Pero, hoy vislumbramos con mayor claridad que nunca la urgencia que tenemos como sociedad, de plantear la importancia de la interculturalidad con sus retos y sus recursos para el logro de la paz, en los marcos de la justicia en general y de ecojusticia en particular, por intermediación del cuidado. Inevitablemente, sólo mirando estas urgencias es que podrá



trascenderse la violencia y se lograrán aproximaciones a situaciones pacíficas y justas.

Referencias

HERE are the citations formatted in APA 7th edition:

- ARENDT**, H. (1989). *Kant's Political Philosophy*. The University of Chicago Press.
- BENHABIB**, S. (1992). Una revisión del debate sobre las mujeres y a teoría moral. *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, (6).
- BORSANI**, M. E. (2014). Auscultando la génesis de la violencia: Líneas sobre raza y colonialidad. In D. E. García-González (Ed.), *Trascender la violencia. Críticas y propuestas interdisciplinarias para construir la paz* (pp. 85–96). Porrúa/Transcend/Cátedra UNESCO de Ética, Cultura de Paz y Derechos Humanos/Tecnológico de Monterrey.
- BUTLER**, J. (2017). Prólogo. In I. Lorey, *Estado de inseguridad. Gobernar la precariedad*. Traficantes de Sueños.
- CARSON**, R. (2016). *La primavera silenciosa*. Ed. Crítica.
- CAVARERO**, A. (2009). *Horrorismo. Nombrando la violencia contemporánea*. Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana.
- LEVI-STRAUSS**, C. (1977). *Antropología Estructural*. Altaya.
- COMINS**, I. (2009). *Filosofía del cuidar. Una filosofía coeducativa para la paz*. Icaria.
- CRUZ**, M. (2000). Responsabilidad, responsables y respondones. In M. J. Bertomeu, R. Gaeta, & G. Vidiella (Coords. & Comps.), *Universalismo y multiculturalismo* (pp. 57–82). Eudeba.
- DE la Aldea**, E. (2019). *Los cuidados en tiempos de descuido*. LOM Ediciones.
- DE la Bellacasa**, M. P. (2017). *Matters of Care. Speculative Ethics in More Than Human Worlds*. University of Minnesota Press.
- DOBSON**, A. (2004). *Citizenship and the Environment*. Oxford University Press.

- DOBSON**, A. (2005). Ciudadanía ecológica. *Isogoría Revista de Filosofía Moral y Política*, (32).
- FEDERICI**, S. (2020). *Reencantar el mundo. El feminismo y la política de los comunas*. Traficantes de Sueños.
- GALTUNG**, J. (2003). *Paz por medios pacíficos, Paz y conflicto, desarrollo y civilización*. Bakeaz.
- GARCÍA** González, D. E. (2019). *La paz como ideal moral. Una reconfiguración de la filosofía de la paz para la acción común*. Dykinson/Cátedra UNESCO de Ética, Cultura de Paz y Derechos Humanos.
- GUERRA**, M. J. (2017, October 24–28). *Pacifismo, feminismo y utopía de la no violencia. De los cuerpos a los territorios*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de la Asociación Filosófica de México, “Pluralidad, justicia y paz”, San Cristóbal de las Casas, Chiapas, México.
- JIMÉNEZ** Bautista, F. (2004). In M. López Martínez, *Enciclopedia de Paz y Conflictos*. Universidad de Granada.
- JIMÉNEZ** Bautista, F. (2011). *Racionalidad pacífica. Una introducción a los estudios para la paz*. Dykinson.
- LOREY**, I. (2017). *Estado de inseguridad. Gobernar la precariedad*. Traficantes de Sueños.
- PULEO**, A. (2013). *Ecofeminismo. Para otro mundo posible*. Ediciones Cátedra/Universitat de València/Instituto de la Mujer.
- RUDDICK**, S. (1989). *Maternal Thinking. Towards a politics of Peace*. Beacon.
- SEVENHUIJSEN**, S. (1998). *Citizenship and the ethics of care: Feminist considerations on justice, morality, and politics*. [No publisher indicated]. <http://www.mylibrary.com?id=3701>
- SEVENHUIJSEN**, S. (2000). Caring in the third way: The relation between obligation, responsibility and care in Third Way discourse. *Critical Social Policy*, 20(1), 5–37. <https://doi.org/10.1177/026101830002000102>
- THE Care Collective**. (2020). *El manifiesto de los cuidados*. Bellaterra Edicions.

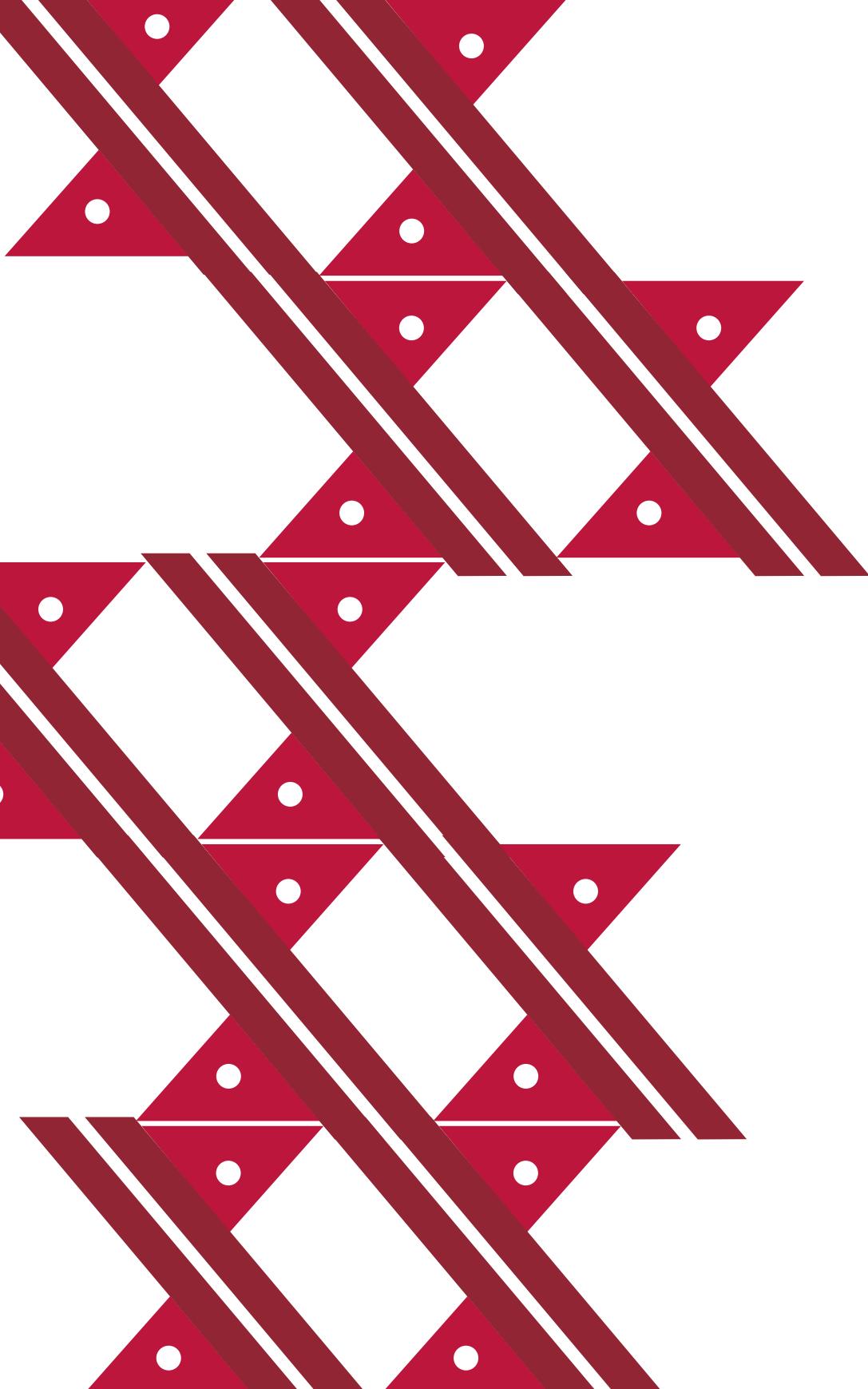


- TRONTO**, J. (1993). *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care.* Routledge.
- TRONTO**, J. (2013). *Caring Democracy: Markets, Equality, Justice.* University Press.
- TRONTO**, J. (2017). There is an alternative: homines curans and the limits of neoliberalism. *International Journal of Care and Caring*, 1(1), 27–43. <https://doi.org/10.1332/239788217X14866281687583>
- VALS-LLOVET**, C. (2020). *Medio ambiente, y salud. Mujeres y hombres en un mundo de nuevos riesgos.* Cátedra/Universidad de Valencia.
- VALVERDE**, C. (2015). *De la necropolítica neoliberal a la empatía radical. Violencia discreta, cuerpos excluidos y repolitización.* Icaria.
- VILLORO**, L. (2007). *Los retos de la sociedad por venir.* Fondo de Cultura Económico.



SEGUNDA SECCIÓN: PENSAMIENTO JURÍDICO MEXICANO







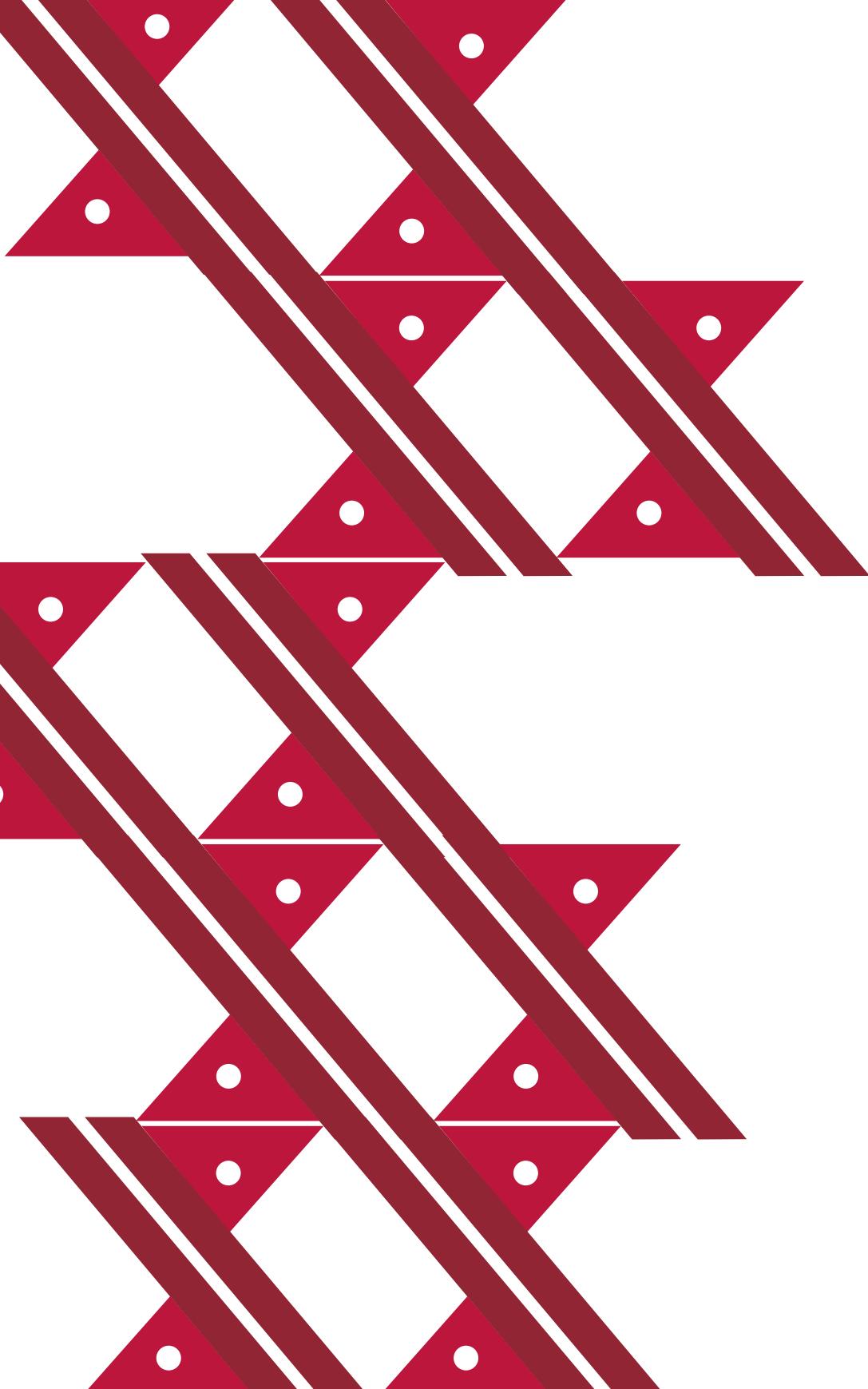
EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍ-DICO DE EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ (1908-1993)

IMER B. FLORES³¹

He acudido a la filosofía para entender mejor al derecho, y he querido ser jurista para convertir en asunto de meditación filosófica una realidad que hunde sus raíces en las necesidades y afanes de la vida práctica.

García Maynez (1958)

³¹ Profesor, Facultad de Derecho e Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambas de la Universidad Nacional Autónoma de México (México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores.



INTRODUCCIÓN

Recordar al más eminentе filósofo y jurista mexicano es ante todo un acto de justicia: “honor a quien honor merece”. No hacerlo sería no solamente cometer una gran injusticia sino además contribuir a una gran paradoja. Su clásico *Introducción al estudio del derecho* ha visto a la luz a más de cincuenta diferentes ediciones —o mejor dicho reimpresiones— con poco más de medio millón de libros vendidos, en Iberoamérica (García Mányez 1940-1941/2000). Sin embargo, los estudios sobre su vida y obra son escasísimos (Hurtado 2001, 144; Flores 2007).

Cabe aclarar que en algún otro lugar ya hemos aportado nuestro granito de arena al realizar un primer estudio donde elaboramos un perfil biográfico e intentamos sistematizar y analizar su pensamiento, así como identificar sus principales aportaciones a la ciencia del derecho, en general, y a la filosofía del derecho, en particular (Flores 2007). En esta ocasión, clasificaremos su pensamiento en tres grandes momentos e identificaremos sus grandes aportaciones, mismas que dan sustento a lo que consideramos su principal contribución, a saber: “la teoría de los tres círculos”. Así, comenzaremos con la clasificación de su obra; entonces veremos, primero, sus contribuciones a la filosofía del derecho, después, la evolución de dicha teoría —misma que sintetiza en gran medida su pensamiento—, y culminaremos con la conclusión de rigor.

Clasificación de su obra

Coincidimos con Guillermo HURTADO (2001) EN QUE SERÍA DIFÍCIL CONSIDERAR A LA OBRA FILOSÓFICO-JURÍDICA DE EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ PROPIAMENTE COMO UN “SISTEMA”.³² NO POR ELLO ES IMPOSIBLE DE ESBOZARLO —O TRATAR DE HACERLO— A PARTIR DE SU *INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO* (1940-1941) E INCLUSIVE ENCONTRAR SU VERSIÓN MÁS ACABADA EN SU *FILOSOFÍA DEL DERECHO* (1974), Y HASTA UNA EXPOSICIÓN MÁS DIDÁCTICA-PEDAGÓGICA EN SUS *DIÁLOGOS JURÍDICOS* (1978).

³² Muy probablemente GARCÍA MÁYNEZ PENSARÍA EN SÍ MISMO —A PARTIR DE LOS ARGUMENTOS DE SUS MAESTROS ANTONIO CASO Y NIKOLAI HARTMANN— MÁS COMO UN PENSADOR PROBLEMÁTICO QUE COMO UN FILÓSOFO SISTEMÁTICO (GARCÍA MÁYNEZ 1941B, 126): “LA AFIRMACIÓN DE QUE CADA FILÓSOFO DEBE CREAR UN SISTEMA PROPIO ES ENTERAMENTE FALSA. EL PENSADOR HA DE PREOCUPARSE POR ALCANZAR LA VERDAD, NO POR SER ORIGINAL. NO SE TRATA EN ESTAS MATERIAS, DE FORJAR TEORÍAS, POR AMOR A LAS TEORÍAS, SINO DE INTUIR VERDADES.”

De igual forma, concurrimos en que es posible agrupar la producción científica del jurista claramente en tres grandes momentos o períodos, y clasificar a partir de los mismos (Hurtado, 2001):

Desde sus primeros escritos —circa 1930— hasta 1950 está centrado primordialmente en la filosofía del Derecho y en la filosofía de los valores, con lo cual, a partir de la teoría del Derecho natural, de un lado, y de la axiología y la ética, del otro, constituye su axiología jurídica y construye una primera versión de su “teoría de los tres círculos”.

Desde 1951 hasta 1964 está dedicado principalmente a desarrollar, con su axiología jurídica como punto de partida, primero, su axiomática jurídica, y, después, su ontología formal del derecho y su lógica jurídica en general, así como sus lógicas del juicio, del concepto y del raciocinio jurídicos, en particular.

Desde 1965 hasta su muerte se enfocó renovadamente tanto en la axiología jurídica como en la filosofía del Derecho, por razón de sus contactos con el relationalismo axiológico y el realismo jurídico escandinavo (o realismo sociológico), así como con otras teorías, y—sobre todo en los últimos años de su vida—en la filosofía griega, en general, y la teoría de la justicia, en particular, con lo que no sólo reconstituye su axiología jurídica sino también reconstruye su “teoría de los tres círculos”.

Además de por una infinidad de artículos, folletos y monografías correspondientes a cada momento, todos quedaron marcados significativamente por los libros publicados durante los mismos.³³

En el primero aflorarían dos de los que le servirían de textos de clase: de un lado, su *Introducción al estudio del derecho* —en dos tomos— (1940-1941) e inclusive su segunda edición, ya en un solo volumen (1944); y, del otro, su Ética. Ética empírica. Ética de bienes. Ética Formal. Ética valorativa (1944a). Así como la primera edición de *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico* (1948).

En el segundo aparecerían no sólo sus estudios introductorios sobre ontología formal del derecho y lógica jurídica: *Introducción a la lógica jurídica* (1951); y, *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica* (1953); sino también sus desarrollos sobre lógica jurídica: *Lógica del juicio jurídico* (1955); *Lógica del concepto jurídico* (1959b); y, *Lógica del raciocinio jurídico* (1964).

33 Es posible consultar un listado completo de la bibliohemerografía de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ EN FLORES (2007, 165-199).



Por último, en el tercero asomarían, por un lado, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (1968), *Filosofía del derecho* (1974); y sus *Diálogos jurídicos* (1978); y, por el otro, sus estudios, selecciones y traducciones que darían lugar a la *Doctrina aristotélica de la justicia* (1973); y a las *Teorías sobre la justicia en los Diálogos de Platón* —en tres tomos— (1981, 1987 y 1988).

Aun cuando parecería que no existe un escrito central donde formule su propuesta teórica, en nuestra opinión, ésta debe ser identificada tanto con su “teoría de los tres círculos” como reconstruida a partir y hacia ésta, porque la misma capta la esencia de su concepción del Derecho y su desarrollo o evolución a lo largo de los años. Cabe adelantar que en dicha teoría dirige su atención a tres ámbitos. Los dos primeros están claramente al descubierto, pues aprehende los dos primeros momentos de su producción científica: 1) el filosófico o axiológico-jurídico; y, 2) el normativo o lógico-jurídico. Hasta cierto punto, el último permanece ciertamente encubierto, pero comprende parte de su último momento: 3) el fáctico o sociológico-jurídico.

Contribución a la Filosofía del Derecho

Las aportaciones de Eduardo García Mánynez a la ciencia del derecho, en general, y a la filosofía del derecho, en particular, como profesor e investigador son muchas. Sin embargo, habrá que comenzar esta parte por recordar que entre sus méritos están el aplicar los adelantos filosóficos en algunas materias al Derecho. Así, a partir de la axiología, en general, y de la filosofía de los valores, en particular, es de los primeros en desarrollar una axiología jurídica y abogar por un objetivismo axiológico-jurídico. Con aquélla como punto de partida, llega a elaborar, primero, una axiomática jurídica; después, con apoyo en los avances de la ontología y de la lógica —como dos disciplinas filosóficas diferentes—, una ontología formal del Derecho y una lógica jurídica; finalmente, al interior de la última, sus tres lógicas: la del juicio, la del concepto, y la del raciocinio. Al respecto es conveniente acentuar que, en materia de lógica jurídica, en realidad, no es de los primeros sino de los pioneros en todo el mundo, a la par de grandes figuras como Ulrich Klug y George Henrik Von Wright, e inclusive antes de otros como Norberto Bobbio y Georges Kalinowski.

Ahora bien, antes de proceder al análisis de su “teoría de los tres círculos”, lo cual será objeto del próximo gran apartado, consideramos oportuno identificar en este apartado primero sus aportaciones al interior de cada uno de los tres ámbitos comprendidos por la misma.

El filosófico o axiológico jurídico

La relación entre Derecho y moral

En su tesis profesional, que data de 1930, intitulada *Estudio de las relaciones que median entre el derecho y la moral*, después de criticar la definición del derecho de Alfonso Caso, a saber: “El Derecho es un conjunto de normas de moral social, provistas de sanción política”, llegaría a la conclusión que el Derecho tiene necesariamente un contenido moral y que la sanción política no es un elemento esencial sino contingente del Derecho (García Maynez, 1930).

De esta forma, adopta una postura que lo contrapone a otros juristas nacionales y extranjeros que seguían a Hans Kelsen. Toma partido del lado de quienes, aunque reconocen diferencias entre el Derecho y la moral —tales como la coercibilidad de éste y la incoercibilidad de aquélla— censuran la tesis de la separación tajante entre ambos y, en cambio, postulan que su relación es de necesaria conexión (García Maynez 1966, 11-25; 1967, 188-194; 1969; Salmerón 1995/1996).

La objetividad de los valores jurídicos y la validez del derecho

En el proceso de defender la tesis anterior, i.e., la conexión necesaria entre Derecho y moral llegaría a afirmar que la validez del Derecho depende de la objetividad de los valores jurídicos. En este orden de ideas, en 1933, en *El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho*, escribiría que la validez del Derecho, i.e., el fundamento de obligatoriedad de la norma jurídica deriva de la existencia de un campo de valores objetivos, en general, y de la justicia, en especial, como valor jurídico fundamental (García Maynez, 1933/1935). En este ensayo comienza por diferenciar dos acepciones principales de la expresión “validez del Derecho”: una jurídico-formal o técnica, también formal o ex-trínseca (*positiva*); y otra metajurídica o filosófica, también objetiva o intrínseca (*natural*), identificada la primera con la “vigencia” y la última con la “justicia”.

La objetividad de los valores y de la justicia

Respecto a la validez objetiva de los valores jurídicos, en general, y de la justicia, en particular, advertiría: “La justicia es un valor objetivo, porque existe



en sí y por sí independientemente de las consideraciones subjetivas de los hombres" y "el orden jurídico vale por sí mismo independientemente de la bondad o maldad de su contenido" (García Mányez 1935, p. 74 y 80). No obstante, insistiría en la importancia de distinguir la validez objetiva y la creencia subjetiva en la validez de un precepto, lo cual le permite defender la objetividad de los valores y de la justicia. Así, para él, una cosa es "lo justo en sí (valor objetivo)" y otra "lo justo para mí (apreciación subjetiva)" (1935, 37). Lo anterior le permite no sólo defender la tesis de la objetividad de los valores jurídicos y de la justicia como el valor supremo del Derecho sino también diferenciar la justicia en sí (*objetiva*) de la justicia para ti o para mí (*subjetiva*).

La primacía del Derecho natural

Las tres tesis anteriores —la conexión entre Derecho y moral, la validez del Derecho y la objetividad de los valores jurídicos al fundarse tanto en el objetivismo axiológico como en el jurídico— lo acercan a la teoría del Derecho natural y hasta lo emparentan con ella. En consecuencia, en su artículo "El Derecho natural en la época de Sócrates" (García Mányez, 1939) analizaría las doctrinas de los sofistas que dieron lugar a la teoría del Derecho natural. En ese texto, anota que el antecedente de todas las teorías iusnaturalistas debe buscarse en la llamada "teoría de los dos órdenes", la cual contrapone al orden legal (*nomos*) un orden natural (*physis*), y apunta (1939, p. 14):

En un sentido amplio, jusnaturalista es el pensador que admite, al lado del derecho positivo, o sobre éste, un orden distinto, derivado de la naturaleza. Al distinguir entre orden legal y natural, casi todos los teóricos conceden al segundo mayor importancia, y sostienen que, en caso de conflicto, debe prevalecer sobre el derecho legislado. Tal opinión descansa en la idea de que las leyes escritas son un producto artificial y contingente, en tanto que el orden de la naturaleza es inmutable y plenamente valioso, ya que no es obra humana, sino creación de la divinidad.

Un poco más adelante, asienta que además del iusnaturalismo teológico, hay uno de tipo *biológico* fundado en la teoría del más fuerte, y uno *racionalista*. Este último cuando es referido al orden de la naturaleza, no alude a la divinidad ni a instintos o tendencias biológicas del ser humano, sino a su índole racional, con lo cual hace de la razón o logos el fundamento del Derecho (1939). Es más, después de dejar de lado el primero, advierte cómo la teoría del más fuerte —la cual alcanza su formulación más descarada convertida en ley—

tiene que ceder ante la razón (1939, 26): “La fuerza del derecho acaba siempre por imponerse al supuesto derecho de la fuerza”.

Sobre este mismo punto regresaría, veinte años después, en su famoso artículo “El derecho natural y el principio jurídico de razón suficiente” (1959a). Donde reitera que los partidarios del dualismo entre Derecho natural y Derecho positivo “no pueden dejar de plantearse la cuestión de los nexos entre los dos órdenes, ni la de posibles conflictos entre los preceptos de uno y otro”. De este modo, están constreñidos a sostener la primacía de uno de ellos e insiste que el principio (lógico) que entra en juego no es otro que el de *razón suficiente*. De tal guisa (1959a, 203):

[T]oda norma de derecho ha menester, para ser válida, de un fundamento suficiente de validez... Pero cuál sea o en qué consista dicho fundamento, no es ya un problema lógico, sino de derecho positivo. En otros términos: el principio sólo puede aplicarse cuando existe un supremo criterio de validez jurídica. Y este último debe ser postulado por la norma básica de cada ordenamiento.

Parecería que, al sostener que el problema no es ya lógico sino de Derecho positivo, tendría que estar del lado de los positivistas. Sin embargo, él mismo precisa que la contraposición *Derecho positivo - Derecho natural* supone, en el fondo, el reconocimiento no sólo de dos diversos fundamentos, uno extrínseco o positivo y otro intrínseco o natural sino también de la posibilidad de una *síntesis* superadora de ambos, lo que él ha llamado “el desarrollo dialéctico de la idea jurídica”, el cual se alcanza cuando “los atributos de validez formal y de justicia coinciden en un mismo ordenamiento” (1959a, p. 203 y 206). Con lo cual volvería a poner al Derecho natural en el centro de la cuestión (1959a, p. 209):

A cada paso se escucha el aserto trivial de que el *ius naturale* no es tal derecho, porque *no es positivo*. Quienes así razonan no se han percatado de que la fuerza de la doctrina del *ius naturae*, lo que la convierte en fermento y motor de la historia, es precisamente el hecho de que los ideales que postula se ciernen sobre el *factum* de la positividad y son, a un tiempo, como diría Stammler, estrella polar de la realidad social y piedra de toque de todas las instituciones.



Entre octubre y noviembre de 1939 pronunció una serie de cinco conferencias sobre el tema de “Libertad, como derecho y como poder. Definición positiva y ensayo de justificación filosófica del derecho de libertad” (1941a). Ellas darían lugar a una de sus monografías más comentadas y serían el antecedente más remoto de sus obras sobre ontología formal del derecho y lógica jurídica.³⁴ En este opúsculo señala que la definición negativa de la libertad no es suficiente y sugiere la necesidad de dar una definición positiva de la misma. Para ello, procede a distinguir entre: 1) “libertad como *hecho* o como *poder*”, es decir, como atributo de la voluntad o como libertad del querer; y, 2) “libertad como *derecho*”, esto es, como facultad derivada de una norma. Así, adelanta: “La libertad jurídica no es *poder*, ni *capacidad* derivada de la naturaleza, sino *derecho*” (1941a, p. 16-17). Y, después, agrega que tradicionalmente es definida como la “facultad de hacer u omitir aquello que no está ordenado ni prohibido” (1941a, p. 19). En cambio, propone una primera versión de su “definición positiva del derecho de libertad” (1941a, p. 22):

[L]ibertad jurídica es la facultad que todo sujeto tiene de ejercitar o no ejercitar (a su arbitrio) sus derechos subjetivos.

Con el tiempo esta definición sufriría algunos cambios menores para quedar como sigue (1953, p. 111):

[L]ibertad jurídica es la facultad que todo sujeto tiene de ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, cuando éstos no se fundan en un deber del mismo sujeto.

2. *El normativo o lógico-jurídico*

La definición de axiomática jurídica y la elaboración de los axiomas jurídicos

A partir de los adelantos de su teoría acerca del derecho de libertad y de los desarrollos de su axiomática valorativa —los cuales es posible rastrear en los capítulos acerca de “Ética valorativa” en su libro sobre *Ética*— pronunciaría, en 1945, una conferencia intitulada “La axiomática jurídica y el derecho a la libertad” (1953). Cabe señalar que ésta representa no sólo el puente entre los dos primeros grandes momentos, *i.e.*, la filosofía del derecho y la filosofía de valores, de un lado, y la ontología formal del derecho y la lógica jurídica, del

³⁴ Cabe señalar que este ensayo originó algunas críticas como la de Rafael ROJINA VILLEGAS Y UNA POLÉMICA CON EL ARGENTINO CARLOS COSSIO (GARCÍA MÁYNEZ, 1942, 10-14).

otro, sino también una de sus propuestas torales. En palabras del mismísimo García Márquez (1953, p. 85):

El objeto principal de mi disertación consistirá en demostrar la existencia de una serie de legalidades y principios que valen para el derecho independientemente de las prescripciones del orden en vigor y que, por su carácter apriorístico y la evidencia de su contenido, tienen el rango de auténticos axiomas.

Al respecto, advierte no sólo que “La teoría de tales principios y legalidades puede denominarse *Axiomática Jurídica*” sino también que “Se trata de un aspecto o capítulo de... [la] *Axiomática Valorativa*.“ De tal suerte, a partir de algunos postulados axiológicos que pueden aplicarse al campo del Derecho pretende formular otros exclusivamente jurídicos, los cuales “expresan conexiones esenciales de carácter formal entre *lo ordenado*, *lo prohibido* y *lo permitido*, por una parte, y el *deber jurídico* y el *derecho subjetivo*, por la otra” (1953, p. 86). Así, realizó una primera formulación de sus axiomas jurídicos (1953, p. 90-99):

Primer Axioma: Quien tiene un deber tiene el derecho de cumplirlo;

Segundo Axioma: Lo que, siendo derecho, es al propio tiempo deber, puede jurídicamente hacerse, pero no omitirse;

Tercer Axioma: No todo lo que es derecho es al propio tiempo deber;

Cuarto Axioma: Lo que, siendo derecho, no es al propio tiempo deber, puede libremente hacerse u omitirse;

Quinto Axioma: Ninguna conducta puede hallarse, al mismo tiempo, prohibida y permitida;

Sexto Axioma: Todo lo que no está prohibido, está permitido;

Séptimo Axioma: Todo lo que está jurídicamente ordenado, está jurídicamente permitido;

Octavo Axioma: No todo lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente ordenado;

Noveno Axioma: Lo que, estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse; y



Décimo Axioma: Todo derecho que no se agita en la facultad de cumplir un deber propio, puede libremente ejercitarse o no ejercitarse.

Ahora bien, en la Segunda Parte de su *Introducción a la lógica jurídica* denominada “Axiomática jurídica”, la cual es cronológicamente anterior a la Primera Parte “Principios supremos de la lógica jurídica”, procedería a revisar sus axiomas jurídicos (1951). De hecho, reconoce que varios de los axiomas eran equivalentes entre sí: “De esos axiomas, el primero, el segundo, el tercero, el cuarto y el décimo, expresan conexiones esenciales entre deber jurídico y derecho subjetivo; los demás se refieren a las que existen entre las diversas formas de la conducta jurídicamente regulada: lo prohibido, lo potestativo y lo ordenado” (1953, p. 8). A final de cuentas, al poner uno nuevo y al quitar los seis tautológicos —los cuatro primeros, el octavo por ser iterativo del séptimo, y el décimo— los postulados quedaron reducidos a la mitad (1951, p. 234-253):

Axioma I: Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo;

Axioma II: Ninguna conducta puede hallarse, al propio tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida (Quinto Axioma);

Axioma III: La conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida (Sexto Axioma);

Axioma IV: Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido (Séptimo Axioma); y

Axioma V: Lo que, estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse (Noveno Axioma).

La expresión simbólica de los principios de la ontología formal del derecho

En *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica*, una vez redefinidos sus axiomas jurídicos, trataría de presentar una formulación más rigurosa de éstos y representarlos en un lenguaje puramente simbólico (1953). De tal suerte, expresa sus axiomas en los términos siguientes (1953, p. 61-63):

1º Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo (Principio ontológico-jurídico de identidad).

(x) (x = x)

2º La conducta jurídicamente regulada no puede hallarse, al propio tiempo, prohibida y permitida (Principio ontológico-jurídico de contradicción).

(x) [(x ⊥ I) • (x ⊥ L)]

3º La conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida (Principio ontológico-jurídico de exclusión del medio o tercero excluido).

(x) [(x ⊥ I) ∨ (x ⊥ L)]

4º Todo lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido (Principio ontológico-jurídico que funda L_I).

(x) [(x ⊥ L_I) → (x ⊥ L)]

5º Lo que no estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse (Principio ontológico-jurídico que fundamenta L₂).

(x) [(x ⊥ L₂) → [(x ⊥ L) • (x ⊥ L)]]

La definición de ontología formal del derecho y de lógica jurídica e identificación de sus principios supremos

Después de varios intentos, acabaría por definir a la *ontología formal del derecho* como "el estudio sistemático de las conexiones esenciales de carácter formal entre las diversas manifestaciones de la conducta jurídicamente regulada"; y, a la *lógica jurídica* como "el estudio igualmente sistemático, de la forma de los juicios, los conceptos y los raciocinios jurídicos" (1974, p. 16-17). De la misma manera, no sólo distinguiría los principios supremos de una y otra sino también derivaría de los axiomas anteriores los corolarios y hasta los teoremas correspondientes (1957).

La precedencia de los principios como límites tanto al legislador como al juzgador

³⁵ Cabe recordar que originalmente definió a la "ontología formal del derecho" como el "conjunto sistemático de principios apriorísticos, válidos universalmente, que expresan una serie de conexiones esenciales entre las grandes formas de manifestación de la conducta jurídicamente regulada: lo prohibido, lo ordenado, lo permitido y lo potestativo" (1953, p. 97).



En la “Advertencia preliminar” a *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica*, recuerda (1953, p. 5-6):

Cuando, a principios de 1939, formulé mi teoría sobre el derecho de libertad, nació en mí la convicción de que en la órbita de lo jurídico hay un conjunto de principios universales que no emanan de ninguna decisión legislativa, ni tienen su origen en la jurisprudencia o la costumbre, pese a lo cual valen para todo derecho, escrito o no escrito, real o posible, actual o pretérito. Este aserto parecerá pueril a quienes juzguen que el legislador es omnipotente, o crean, como los ingleses, que “El Parlamento puede hacerlo todo, menos transformar a una mujer en hombre, o a un hombre en mujer.”

Por amplia que sea la esfera de libertad de los órganos de creación jurídica, es indudable que en el desempeño de sus tareas están obligados a ceñirse a ciertos principios generales, de índole axiológica, lo mismo que a un cúmulo de exigencias de orden práctico, impuestas, en gran medida, por las necesidades de cada momento histórico. Esto lo reconoce todo el mundo, como reconoce el peligro de que el autor de la ley no cumpla su misión altísima, ni sepa realizar los anhelos e ideales de su tiempo.

Lo que no se advierte es que aquellos órganos tienen que someterse a otras limitaciones, verdaderamente insuperables, a las que su actividad se encuentra necesaria y, en muchos casos, inconscientemente sujeta.

La importancia de la empresa es más que evidente en los párrafos anteriores, así como en los siguientes, donde afirma: “Quien regula jurídicamente la conducta no puede desconocer la índole de tal regulación, ni violar las legalidades que dimanan de su esencia” (1953, p. 6). La relevancia es mayor si tomamos en cuenta que estos principios y legalidades que imponen restricciones —dirigidas tanto al legislador como al juez— constituyen no sólo su ontología formal del derecho y su lógica jurídica sino también una especie de “lógica interna del derecho”. Adelanta por más de una década a “las leyes implícitas de la legislación” o a “la moralidad interna del Derecho” de Lon L. Fuller (1964/1969, 39; 1968) y por tres lustros a “los atributos esenciales y no-esenciales del *bon législateur*” de Norberto Bobbio (1971, 243-249).

La tesis de la determinación y objetividad de la interpretación jurídica

En un artículo que data de 1947, como producto de su participación en un curso de invierno, ante el dilema de cuál de los dos métodos —el filológico-

co-histórico y el lógico-sistemático— y sus respectivas interpretaciones era mejor, concluye (1947, p. 11):

La superioridad del método lógico sistemático es, sin embargo, indiscutible, porque tal método se basa en principios correctos sobre el concepto de interpretación, en tanto que el método filológico-histórico confunde lamentablemente el sentido de la ley con la intención significativa del autor de esta.

Si bien reitero esa postura (1949, p. 26-29), para la fecha de la publicación del artículo “Misión y límites de la hermenéutica jurídica” (1962), mismo que luego sería incorporado al primer capítulo del libro *Lógica del raciocinio jurídico* (1964), como “3. El problema hermenéutico”, su intuición original habría sido complementada y su criterio expuesto magistralmente (1964, p. 34-35):

El problema se reduce entonces a determinar cuál es el más aceptable o, para decirlo con mayor rigor, cuál resuelve de modo más perfecto, dentro del contexto normativo de cada institución, el caso que se estudia. Al decir esto formulamos dos exigencias: una de orden lógico y otra axiológica. La primera deriva del tantas veces mencionado principio de la interpretación contextual (o del texto por el contexto); la segunda tiene como pauta, para el descubrimiento de la solución óptima de cada situación, los principios axiológicos inspiradores del sistema de qué forma parte el precepto rector del caso. La mejor interpretación será aquella que sin violentar el sentido contextual de la expresión interpretada, realice en mayor medida, en lo que a la especie respecta, esos supremos principios.

Huelga decir que el pensamiento anterior, es de avanzada al adelantar por más de tres lustros a los primeros escritos, donde Ronald M. Dworkin defiende las tesis no sólo de la respuesta correcta sino también la de la única respuesta correcta; y por casi un cuarto de siglo al criterio ulterior que propone para zanjar cualquier controversia entre interpretaciones donde entren en colisión dos o más principios, a saber: 1) encuadre (*fit*); y, 2) mérito o valía moral (*moral value/worth*) (1977a, 1977b/1978, 1985, 1986).

3. *El fáctico o sociológico-jurídico*

La validez del Derecho: revisada

Aunque la caracterización bipartita sobre la validez del Derecho subsiste tanto en la primera como en la segunda edición de *La definición del derecho*



(1948/1960), también la referiría, en su análisis, como un conflicto entre el criterio formal y el material de validez (1948; 1960). Sin embargo, como esta clasificación en sí no era del todo afortunada, al dejar fuera de la consideración expresa de la validez del Derecho a uno de los tres círculos, la convertiría en tripartita. Así, en congruencia, hablaría desde ese momento de tres clases de validez (1963a, 83-97):

- 1) Objetiva o intrínseca, en sentido axiológico.
- 2) Formal, en sentido jurídico-positivo.
- 3) Material, también en un sentido jurídico-positivo.

Como es posible inferir, a diferencia de la primera validez que por definición es intrínseca, la segunda y la tercera son extrínsecas, i.e., jurídico-positivas: una es equiparada con la vigencia en tanto que la otra es identificada con la eficacia (1963a). Claro está que los tres criterios de validez “no se implican recíprocamente, y pueden por ello entrar en pugna, tampoco se excluyen entre sí, por lo que cabe sostener que los atributos que designan concurren a veces en una regla de conducta, e incluso en todo un orden jurídico” (1963a, p. 94). Por supuesto que si los tres concurren no hay ningún problema, pero si en cambio difieren entre sí hay un conflicto que da lugar a lo que él mismo ha llamado “el desarrollo dialéctico de la idea jurídica” (1963a, p. 95-97).

La revisión de la teoría del orden jurídico y del criterio autonomía-heteronomía

Al revisar la teoría del orden jurídico y su relación con otros órdenes normativos, consideró que era necesario abandonar el criterio autonomía-heteronomía para distinguir a la moral y al Derecho. Cabe recordar que en su *Introducción al estudio del derecho* (1940-1941) afirmaba: “*Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa.*” En consecuencia, los preceptos morales serían autónomos, mientras los jurídicos heterónomos. Sin embargo, esta dicotomía desaparece en su *Filosofía del derecho*, al parecer porque resulta ser muy controvertida y problemática al entrar en tensión con las otras dualidades, sobre todo con la de incoercibilidad-coercibilidad (1974, 92-93):

Si bien es verdad... que los deberes impuestos por las normas del derecho quedan acatados cuando el obligado ejecuta la conducta que de él se exige, y que dichas normas no reclaman de sus destinatarios que la obediencia se inspire en el *respeto* al imperativo legal, también es cierto que la eficacia de los ordenamientos jurídicos sería muy escasa si el único móvil del cumplimiento concordante con aquellos deberes fuese el temor a las sanciones que esos ordenamientos enlazan a los actos violatorios. Que la mera realización exterior de la conducta prescrita valga como cumplimiento de los deberes jurídicos, no excluye, pues, de ningún modo, la posibilidad de que los móviles sean completamente diversos, ni, por tanto, la de que el obligado se someta a las prescripciones del legislador por motivos de índole moral o, incluso, de carácter religioso.

Claramente, la antítesis autonomía-heteronomía está en conflicto con la coercibilidad del Derecho, la cual —como posibilidad de un cumplimiento no espontáneo e incluso en contra de la voluntad del obligado— al final de cuentas implica también la probabilidad de un cumplimiento espontáneo, i.e., una *adhesión espontánea*. De hecho, si los preceptos del derecho son cumplidos por razones de orden moral, de carácter religioso o simplemente por otros razonamientos diversos al temor a las sanciones jurídicas, es evidente que su eficacia obedece, al menos en unos casos, a que éstas son autónomas más que heterónomas.

La distinción entre sistema y orden jurídico

Al profundizar sobre la teoría del orden jurídico, advirtió que la palabra 'orden' tiene varias acepciones, i.e., es usada para referirse tanto a las *reglas constitutivas del criterio ordenador* como al *resultado del proceso de ordenación*, y que como tal el concepto de 'orden jurídico' requiere de una mejor estipulación. Al respecto, introduce la metáfora de una biblioteca: el sistema clasificatorio es equiparable al sistema jurídico-normativo y el orden social que resulta del mismo equivalente al orden jurídico-social:

Así como el orden de una biblioteca está condicionado por la aplicación del *criterio ordenador* (o *sistema clasificatorio*) al material ordenable, y tal aplicación permite realizar la *finalidad del sujeto ordinante*, del mismo modo, el orden jurídico real de una sociedad no es el *sistema normativo* de ésta, sino el *resultado de la sujeción de los destinatarios a las normas que tienen vigencia*. Sólo cuando las últimas son cumplidas o aplicadas, el orden jurídico se con-



vierte en realidad, y los actos de cumplimiento o aplicación asumen el carácter de medios al servicio de los fines del ordinante (Flores, 1974).

36

Posteriormente, cuando insiste en la necesidad de distinguir entre el sistema normativo y el orden jurídico, agrega:

No puede desconocerse (...) que el *sistema jurídico* tiene su propia estructura y que, *eo ipso*, entre las normas que lo integran existen nexos que permiten considerarlo como totalidad ordenada; pero una cosa es el orden que exhiben esos preceptos, y otra, muy distinta, *el de carácter concreto* que deriva de la sujeción de la conducta a dicho sistema. Por ello afirmamos que entre éste y el orden real que dimana de la mayor o menor eficacia de sus disposiciones existe una diferencia semejante a la que media entre el *sistema clasificatorio* que se adopta para la ordenación de una biblioteca y el *orden* que resulta de la aplicación de ese sistema al material ordenable. El método de clasificación (...) es un conjunto de *reglas* sobre el modo y manera en que los libros deben ser ordenados, y responde, por ende, a un *propósito ordenador*; el *orden concreto* de la biblioteca supone, en cambio, que esas reglas han sido *realmente aplicadas*, lo que permite considerarlo como *resultado o consecuencia* de la actividad ordenadora. Análogamente debemos distinguir, en la órbita del derecho, entre las normas formuladas para la regulación del comportamiento y el orden emanante de los actos de observancia libre o de imposición coactiva de esos preceptos (Flores, 1974).

El resultado del proceso ordenador: eficacia

En lo que concierne a la *eficacia*, i.e., el resultado del proceso de ordenación apunta que tal atributo deriva de los actos de aplicación o cumplimiento de los preceptos que forman el sistema normativo y que sólo en virtud de dichos actos es posible hablar del Derecho como un *orden concreto* o real dimanante de la sujeción a dichas normas por parte de los sujetos a quienes las mismas se dirigen. De tal suerte, recuerda que para Eugene Ehrlich solamente es derecho genuino el que *efectivamente rige* la vida de una colectividad en un cierto momento de su historia o que, si la nota de *eficacia* es la más importante, habrá que aceptar que el *derecho vivido* no coincide siempre con el vigente o justo. Acto seguido aclara (1959a, p. 205):

Pero si bien los atributos de validez formal, validez intrínseca y positividad *no se implican recíprocamente, tampoco se excluyen entre sí*, por lo que a veces coinciden en una misma regla de conducta e incluso en un conjunto

36 Cfr. Flores (1997, 1009-1010).

de preceptos. Una disposición legal, debidamente promulgada, puede ser, a un tiempo, eficaz y justa. La reunión de las tres notas en todas las normas de un orden jurídico representaría el caso límite o ideal de realización de la justicia en una sociedad jurídicamente organizada.

Con lo cual supedita la eficacia —y hasta la vigencia— a la realización de la justicia (1959a, p. 205-206):

En este caso las diferentes perspectivas referiríanse a un objeto común, por lo que habría que condenarlas como aspectos distintos de una sola realidad. El filósofo la juzgaría a la luz de la idea de justicia; el sociólogo vería en ella una organización eficaz de la convivencia humana, y el jurista dogmático tendría que interpretarla como un conjunto de prescripciones cuya unidad estaría condicionada por la posibilidad de referirlas a la norma fundamental de un Estado concreto.

La complementariedad del legislador y juzgador

En su contribución a un libro en homenaje póstumo a Luis Recaséns Siches (García Mázquez, 1977b, reproducido en 1984) después de recordar algunas de las máximas de Aristóteles sobre la función de los jueces y la justicia, procede a reconstruir la imagen aristotélica del buen juez. Entre las máximas citadas destacan: “Cuando están en desacuerdo, los hombres recurren al juez, pues ir al juez es ir a la justicia; y el juez quiere ser la justicia animada” y “en la justicia toda virtud está en compendio” (1984, p. 389).

Para tal efecto cita al estagirita: “Al juez se le ha encomendado la misión de aplicar la ley. Tal aplicación culmina en la sentencia, que es el discernimiento de lo justo y de lo injusto”. Al respecto, aclara (1984, p. 390):

El buen cumplimiento de esta tarea exige que los que juzgan sean conocedores de la naturaleza de las prescripciones legales, del fin a que sirven, de la forma en que han sido establecidas, de sus diversas especies, de la índole y limitaciones de las legislativamente formuladas y de los medios de que es posible echar mano para colmar los vacíos de las que creó el legislador.

Así que, para entender el sentido y el alcance de sus funciones, el juez debe estar al tanto de aquellos principios que orientan la obra del legislador. De esta forma, recuerda que el *nomos* es, por esencia, una *regla impersonal*. También reconoce que las leyes sirven al propósito de hacer a los ciudadanos



“buenos y rectos”. Así como, que el legislador, por medio de aquéllas, busca no sólo la justicia sino además la concordia, la cual es la manifestación más acendrada del espíritu cívico, y que el fin último de las leyes es asegurar, tanto a la *polis* como a cada uno de sus miembros “una vida bella y feliz” (1984, p. 390).

No obstante, afirma que el *nomos* es siempre “general”. Por su misma generalidad, la ley es “una”, en tanto que los casos que regulan son siempre “múltiples”, las peculiaridades o características de los hechos que regula. Al grado que cuando una ley resulta omisa a causa de su generalidad: “el juez debe llenar la laguna, y resolver la situación imprevista como el legislador la habría resuelto. Aun cuando el último se propone siempre formular, en conexión con los supuestos de cada norma, un precepto omniabarcante, a veces sólo ofrece la solución de la mayoría de los hechos que caen bajo tales supuestos” (1984, p. 391).

De este modo, el juez “debe ser un fiel aplicador de la ley; más cuando en ésta hay vacíos, no vacila en llenarlos, inspirándose, al hacerlo, en los principios de la equidad.” Sin embargo, como él mismo advierte “las palabras de la ley no siempre son diáfanas. Para conocer su alcance es necesario interpretarlas. Detrás del signo está el significado, e interpretar una expresión es descubrir lo que significa.”³⁷ A lo que agrega (1984, p. 392):

El juez no puede aplicar las leyes si no las entiende, y sólo puede entenderlas si desentraña el sentido correcto de la fórmula legal. Para el logro de tal fin ha de atender no a la letra de la ley “sino al pensamiento de quien la formuló; no a la acción, sino al propósito; no a la parte, sino al todo”. [Sin] olvidar que, cuando la labor hermenéutica pone al descubierto una laguna, su deber es llenarla, tomando en cuenta la forma en que el legislador reguló los casos que pudo prever, para inferir de ello cómo habría regulado los que escaparon a su previsión.

En pocas palabras, mediante una metáfora resume la imagen aristotélica del buen juzgador *vis-à-vis* al buen legislador: “Así como el buen maestro de obras sabe construir bellamente la casa que el arquitecto proyectó, el buen juez realiza y perfecciona en sus sentencias las concepciones normativas del legislador” (1984, p. 392). Cabe traer a colación que en su artículo sobre la “Apología de Sócrates” le atribuye al filósofo la siguiente reflexión acerca de la forma en que los encargados de la función judicial deben cumplir su tarea: Ellos,

37 Cabe recordar que García Mányez caracterizó originalmente al acto de interpretar como “desentrañar la significación de la norma” (1940, 185).

afirma, “no ocupan su sitio para otorgar gracias en asuntos de justicia”, sino para juzgar de los casos que han sido sometidos a su conocimiento. Además, han jurado que no harán favores a quien bien les parezca, “sino que dictarán sus resoluciones de acuerdo con las leyes” (1977a, p. 25).

Evolución de la “Teoría de los tres círculos”

Antes de proceder al análisis de la evolución de la “teoría de los tres círculos”, como la síntesis superadora que ofrece Eduardo García Maynez como el centro de su propuesta teórica y de su idea del desarrollo dialéctico de la idea jurídica, es conveniente resumir las aportaciones en cada uno de los tres ámbitos apuntados con anterioridad: el filosófico o axiológico-jurídico, el normativo o lógico-jurídico, y el fáctico o sociológico-jurídico.

En primera instancia, la relación entre Derecho y moral, al distinguir que no se pueden separar ambos conceptos, puesto que están estrechamente conectados; la diferenciación entre validez formal o extrínseca (*positiva*) y validez objetiva o intrínseca (*natural*) del Derecho, así como entre vigencia y justicia; la distinción entre lo justo en sí (*objetivo*) y lo justo para mí (*subjetivo*); la promoción de la tesis de la objetividad de los valores jurídicos y de la justicia como el valor supremo del Derecho; la discusión del Derecho natural como el principio de razón suficiente del Derecho o el criterio ulterior de fundamento, a partir del desarrollo dialéctico de la idea jurídica; así como, la aclaración del alcance y sentido del derecho de libertad.

En segundo lugar, la elaboración de sus axiomas jurídicos; la distinción de los principios de la ontología y de la lógica e identificación de los principios supremos de la ontología formal del Derecho y de la lógica jurídica; la determinación de los principios y legalidades que imponen restricciones —dirigidas tanto al legislador como al juzgador— que constituyen una especie de lógica interna del Derecho. Con ello, como ya advertimos, adelanta por más de una década a Fuller y tres lustros a Bobbio. Asimismo, su lógica jurídica al estar fundada en (o al menos estar complementada por) la axiología jurídica y en la objetividad de los valores jurídicos, es posible hablar no sólo de la única respuesta correcta para cada caso sino también de un criterio doble para zanjar cualquier controversia entre dos o más posibles interpretaciones, a saber: la que mejor respete la interpretación contextual y, a la vez, realice los principios y valores supremos, con lo cual aventaja por más de una década a Dworkin.



En tercer término, la conversión de las dicotomías —validez formal o extrínseca (positiva)-validez objetiva o intrínseca (natural), y vigencia-justicia— en tricotomías, a partir de la inclusión de un tercer elemento, a la sazón: la validez material, también extrínseca y, por ende, positiva, así como la eficacia; la revisión de la teoría del orden jurídico y sus relación con otros órdenes normativos, al grado de abandonar el criterio autonomía-heteronomía por no ser del todo acertado ni aplicable al Derecho; la aclaración sobre el alcance y sentido del concepto de “orden jurídico”, el cual tiene varias acepciones y como tal requiere de una mejor estipulación. Para ilustrar dicho concepto introduce la metáfora de la biblioteca. Dicha metáfora significa que el sistema clasificadorio es equiparable al sistema jurídico-normativo y el orden social que resulta del mismo equivalente al orden jurídico-social; y la discusión de las funciones complementarias tanto del legislador como del juzgador con la analogía de la tarea que realiza un maestro de obra al construir una casa a partir de lo que el arquitecto proyectó.

De tal suerte, al analizar el problema de la definición del concepto de Derecho, cuya esencia lo capta el *dictum* kantiano —*Noch suchen die Juristen eine Definition zu irme Begriffe von Recht*— arriva a la conclusión, a partir del perspectivismo de José Ortega y Gasset, que las diferentes definiciones del Derecho no están referidas a un mismo objeto sino a tres objetos distintos, vistos desde diversos ángulos, cuya primera elaboración aparece, en 1940, en el primer tomo de su *Introducción al estudio del derecho*, denominadas: 1) “derecho intrínsecamente válido”; 2) “derecho formalmente válido”; y 3) “derecho positivo”; y los representa con tres círculos secantes que intersecan entre sí (1940).³⁸

Ahora bien, para la segunda edición de su *Introducción* que aparecería en 1944, introduce dos matices: al invertir el orden en que están representados los dos primeros círculos, el primero pasa a ser el “Derecho formalmente válido” y el segundo el “Derecho intrínsecamente válido”, y numeran cada uno de los siete sectores existentes (1944b, 45). En consecuencia, su exposición de la teoría varía en relación con la primera edición, pero la mantendría en las subsiguientes ediciones no sólo de su obra clásica sino también en las dos de *La definición del derecho* (1948, 1960).

Como consecuencia de que a principios de la década de los sesenta del siglo pasado convirtiera las dicotomías en tricotomías —validez formal o extrínseca (positiva)-validez objetiva o intrínseca (natural)-validez material o también extrínseca (positiva), así como vigencia-justicia-eficacia— presentaría cinco años después en su libro *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnatur-*

38 Cfr. Flores (1996, 109-115; 1997, 1026-1032)

ralismo (1968), una nueva reelaboración que será la última, al retomarla en su último gran libro *Filosofía del derecho* (1974) y en sus ediciones subsecuentes, en la cual designa a los tres círculos: 1) "Derecho vigente"; 2) "Derecho intrínsecamente válido"; y 3) "Derecho eficaz", respectivamente (1968, 168; 1974, 513).

A pesar de las diferencias en su terminología y de pequeños matices en su exposición, el doble argumento central de la teoría de los tres círculos es o puede ser reconstruido a partir de dos artículos que aparecerían, hacia el final de su prolífica carrera: "Vigencia, justicia y eficacia como elementos de la estructura ontológica del derecho" (1979), y "Principales direcciones de la filosofía jurídica en los años transcurridos desde la fecha de apertura de la Universidad Nacional de México" (1986).

Por una parte, los tres objetos como elementos de la estructura ontológica del Derecho derivan de sendos tipos de validez: 1) validez formal o vigencia en sentido lógico-jurídico; 2) validez objetiva o justicia en sentido axiológico-jurídico; y 3) validez real o eficacia en sentido sociológico-jurídico. Asimismo, a dichos objetos corresponden cada uno de los enfatizados por las principales direcciones de la filosofía y teoría del Derecho de todos los tiempos: 1) iusformalismo; 2) iusnaturalismo; y 3) iusrealismo.

Por otra parte, si bien los tres elementos u objetos de la estructura ontológica del Derecho "*no se implican recíprocamente, tampoco se excluyen entre sí*". Así, no sólo "a veces coinciden en una misma regla de conducta, e incluso en un conjunto de preceptos" sino también es aconsejable que así sea: "una disposición legal, debidamente promulgada, puede ser, a un tiempo, eficaz o justa". Por tanto, es conveniente adoptar al mismo tiempo los tres puntos de vista: 1) el técnico-jurídico; 2) el filosófico-jurídico; y 3) el sociológico-jurídico; así como apadrinar un Derecho que sea a la vez: 1) formal o vigente; 2) natural o justo; y 3) real o eficaz. Al respecto, apunta (1974, p. 515):

Si aplicamos ahora a la consideración del diagrama [de los tres círculos] nuestra concepción del derecho como orden normativo concreto, encontraremos lo siguiente: como para la citada concepción la *eficacia normal* del sistema es elemento integrante de todo orden jurídico concreto y, de acuerdo con la misma concepción, los órdenes de tal especie deben hallarse orientados hacia la realización de valores colectivos como la justicia, la seguridad y el bien común, es claro que... sólo podremos considerar como *derecho correcto*... al que reúna los atributos de vigencia, validez intrínseca [o justicia] y eficacia.

Por supuesto que las críticas a la "teoría de los tres círculos" no se han hecho esperar; éstas van desde la aceptación con tonalidades mínimas de



Miguel Villoro y Toranzo (1990) hasta la negación con tonos máximos de Fausto E. Vallado Berrón (1972). En nuestra opinión, la repudiación con tornasoles intermedios del brasileño Miguel Reale es la que sirve mejor para criticar, en su justo medio, las primeras elaboraciones del “perspectivismo tricotómico” de García Márquez. Le censura, de un lado, porque en lugar de alejarse del tridimensionalismo abstracto-genérico y de allegarse al concreto o específico; y, del otro, por concluir no sólo que son tres “perspectivas irreductibles” sino también que “no se trata de especies diversas de un género único, ni de facetas diferentes de una misma realidad, sino de objetos *distintos*” (Reale 1994, 21-22, 40-41 y 150).

En este sentido, al hablar de tres objetos diferentes, en lugar de un mismo objeto a partir de tres enfoques, parece que resultaría imposible relacionarlos y mucho menos superar la tensión derecho natural-derecho positivo por la vía de una síntesis superadora. Sin embargo, el mismo García Márquez en las últimas tres páginas de su *Filosofía del derecho* afirma, en lo que sería su última formulación y la más acabada, que el desarrollo dialéctico de la idea jurídica inicia con la *idealización* de los ideales justos (tesis); conduce a la *formalización* de las reglas vigentes (antítesis); y cuya superación únicamente puede darse por medio de la concurrencia de los dos criterios en la *realización* de esos ideales mediante reglas (síntesis). Ahora bien, “la pugna entre los dos criterios queda superada en el tercer estadio del proceso, al coincidir en un solo orden jurídico los [tres] atributos (...) [pero] al romperse el equilibrio y resurgir la pugna entre los dictados de la justicia y los preceptos en vigor, inevitablemente se produce una relación en tensión, y el proceso dialéctico recomienza.” Al respecto, propone (1974, 516-518):

[H]abrá que admitir que el problema, *insoluble* en el *ámbito de la doctrina*, puede, y debe, ser resuelto en el *terreno de la acción*, cuando los miembros de la comunidad --particulares y autoridades-- movidos por un sincero afán de justicia, logran el establecimiento y contribuyen a la perdurabilidad de un orden que satisface a todos, por coincidir en él los tres atributos: el de vigencia, el de validez intrínseca [o justicia] y el de eficacia.

Conclusión

En resumidas cuentas, la principal aportación de Eduardo García Márquez a la ciencia del Derecho, en general, y a la filosofía del Derecho, en particular, es identificada con su “teoría de los tres círculos”. La profundidad de su pensamiento filosófico y jurídico le permite ofrecer una concepción del Dere-

cho como la búsqueda de la organización justa de una sociedad, por medio del desarrollo dialéctico de su estructura ontológica: vigencia, justicia y eficacia, a partir de una síntesis superadora de la idea jurídica, a través de su constante idealización, formalización y realización objetiva del Derecho y de los valores jurídicos.

Para finalizar me gustaría evocar las palabras con las cuales Jorge Carpizo concluye el prefacio que elaboró como homenaje al maestro Eduardo García Maynez, con motivo de la quincuagésima edición de su celeberrima *Introducción al estudio del derecho*, para reforzar que su pensamiento sigue vivo y presente en esta compilación (Carpizo, 2000, XIX):

Somos muchos los que rendimos homenaje al investigador, al maestro, al creador de instituciones, al universitario, al jurista, al filósofo, al hombre, pero, especialmente y sobre todo, al humanista. ¡Qué vivo se encuentra el pensamiento del Maestro! ¡Qué joven sus principales teorías! ¡Qué inquietas resuenan sus ideas! (...) Don Eduardo García-Maynez, maestro de generaciones y más generaciones, ¡Presente!

REFERENCIAS

Absolutely! I've converted your list of references to APA 7th edition style, making educated guesses on some entries based on common academic publishing practices.

For clarity and accuracy, please note the following:

- **Missing Page Numbers:** For some entries, particularly chapters in edited books, the original list did not provide page ranges for the specific chapter. In these cases, I've left out the page numbers, as they weren't available.
- **Missing Locations for Publishers:** For a few older entries, if a specific state for a US city (e.g., Cambridge, Massachusetts) wasn't explicitly provided, I added it for APA compliance. For international cities like "Bruxelles" or "London," the country is generally not required unless the city is obscure or could be confused with another city in a different country. I've used the country for clarity when appropriate (e.g., São Paulo, Brazil).

- **“AA.VV.” and Translated Works:** I’ve done my best to interpret entries like “AA.VV.” (various authors) and included information about translated versions where provided.

References (APA 7th Edition)

- BOBBIO**, N. (1971). Le bon législateur. In H. Hubien (Ed.), *Le raisonnement juridique/Legal Reasoning/Die juristische Argumentation*. Établissements Émile Bruylant.
- CARPIZO**, J. (2000). Prefacio u homenaje al maestro Eduardo García Mázquez en ocasión de la quincuagésima edición de esta obra. In E. García Mázquez, *Introducción al estudio del derecho* (50th ed.). Porrúa.
- DWORKIN**, R. (1977). No right answer? In P. M. S. Hacker & J. Raz (Eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford University Press.
- DWORKIN**, R. (1985). Is there really no right answer in hard cases? In R. Dworkin, *A matter of principle* (pp. 119–145). Harvard University Press.
- DWORKIN**, R. (1986). *Law's empire*. Harvard University Press.
- FLORES**, I. B. (1996). La definición del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 46(209–210).
- FLORES**, I. B. (1997). La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 30(90).
- FLORES**, I. B. (2007). *Eduardo García Mázquez (1908–1993): Vida y obra*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FULLER**, L. L. (1968). *The anatomy of law*. Frederick A. Praeger.
- FULLER**, L. L. (1969). *The morality of law* (2nd ed.). Yale University Press.
- GARCÍA** Mázquez, E. (1930). *Estudio de las relaciones que median entre el derecho y la moral* [Professional thesis]. Imprenta Juan Pablos.

- GARCÍA** Mányez, E. (1935). *El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho*. Imprenta Mundial.
- GARCÍA** Mányez, E. (1939). *El derecho natural en la época de Sócrates*. Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales.
- GARCÍA** Mányez, E. (1940/1941). *Introducción al estudio del derecho* (Vols. I-II). Jus.
- GARCÍA** Mányez, E. (1941a). *Libertad, como derecho y como poder. Definición positiva y ensayo de justificación filosófica del derecho de libertad*. Compañía General Editora.
- GARCÍA** Mányez, E. (1941b). Prólogo. In A. Caso, *Positivismo, neopositivismo y fenomenología*. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Filosóficos.
- GARCÍA** Mányez, E. (1942). Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad. (Respuesta a Carlos Cossio). *Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 8(47), 351–385.
- GARCÍA** Mányez, E. (1944a). *Ética. Ética empírica. Ética de bienes. Ética Formal. Ética valorativa*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- GARCÍA** Mányez, E. (1947). Interpretación en general e interpretación jurídica. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 9(35–36).
- GARCÍA** Mányez, E. (1948). *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*. Stylo.
- GARCÍA** Mányez, E. (1949). Interpretación e integración de leyes procesales. In E. J. Couture et al. (Eds.), *Interpretación e integración de leyes procesales* (Mesa Redonda). *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 11(44).
- GARCÍA** Mányez, E. (1951). *Introducción a la lógica jurídica*. Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA** Mányez, E. (1953). *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica*. Imprenta Universitaria.
- GARCÍA** Mányez, E. (1955). *Lógica del juicio jurídico*. Fondo de Cultura Económica.



- GARCÍA** Maynez, E. (1957). Principios supremos de la ontología formal del derecho y de la lógica jurídica. *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 55(5–6).
- GARCÍA** Maynez, E. (1958). Ontología formal del derecho y lógica jurídica. (Discurso de ingreso al Colegio Nacional). *Memoria de El Colegio Nacional*, 4(1), 137–171.
- GARCÍA** Maynez, E. (1959a). El derecho natural y el principio de razón suficiente. *Revista Jurídica Veracruzana*, 10(3), 201–210.
- GARCÍA** Maynez, E. (1959b). *Lógica del concepto jurídico*. Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA** Maynez, E. (1962). Misión y límites de la hermenéutica jurídica. *Diánoia. Anuario de Filosofía*, 8(8), 121–136.
- GARCÍA** Maynez, E. (1963a). Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo, y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico. In AA. VV., *Symposium sobre Derecho Natural y Axiología* (pp. 83–97). Universidad Nacional Autónoma de México.
- GARCÍA** Maynez, E. (1964). *Lógica del raciocinio jurídico*. Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA** Maynez, E. (1966). Relaciones entre moral y derecho. *Memoria de El Colegio Nacional*, 6(1), 11–25.
- GARCÍA** Maynez, E. (1967). Diferencias y relaciones entre moral y derecho. *Actas del Séptimo Congreso Interamericano de Filosofía*. Universidad Laval.
- GARCÍA** Maynez, E. (1968). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- GARCÍA** Maynez, E. (1969). Breves notas sobre la incoercibilidad de la moral y la coercibilidad del derecho. *Notas de filosofía del derecho*, 5.
- GARCÍA** Maynez, E. (1973). *Doctrina aristotélica de la justicia*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- GARCÍA** Maynez, E. (1974). *Filosofía del derecho*. Porrúa.

GARCÍA Mányez, E. (1977a). No hay un mal mayor que condenar injustamente a un hombre. (*Apología de Sócrates*). *Diánoia. Anuario de Filosofía*, 23(23).

GARCÍA Mányez, E. (1977b). La imagen aristotélica del buen juez. In AA.VV., *Homenaje a Luis Recasens Siches* (pp. 316–374). Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA Mányez, E. (1978). *Diálogos jurídicos*. Porrúa.

GARCÍA Mányez, E. (1979). Vigencia, justicia y eficacia como elementos de la estructura ontológica del derecho. *Jurídica*, 11.

GARCÍA Mányez, E. (1981). *Teorías sobre la justicia en los Diálogos de Platón* (Vol. I). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas.

GARCÍA Mányez, E. (1984). *Ensayos filosófico-jurídicos (1934–1979)*. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.

GARCÍA Mányez, E. (1986). Principales direcciones de la filosofía jurídica en los años transcurridos desde la fecha de apertura de la Universidad Nacional de México. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 36(148–150).

GARCÍA Mányez, E. (1987). *Teorías sobre la justicia en los Diálogos de Platón* (Vol. II). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas.

GARCÍA Mányez, E. (1988). *Teorías sobre la justicia en los Diálogos de Platón* (Vol. III). Porrúa & Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas.

HURTADO, G. (2001). Eduardo García Mányez y la filosofía científica. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 15.

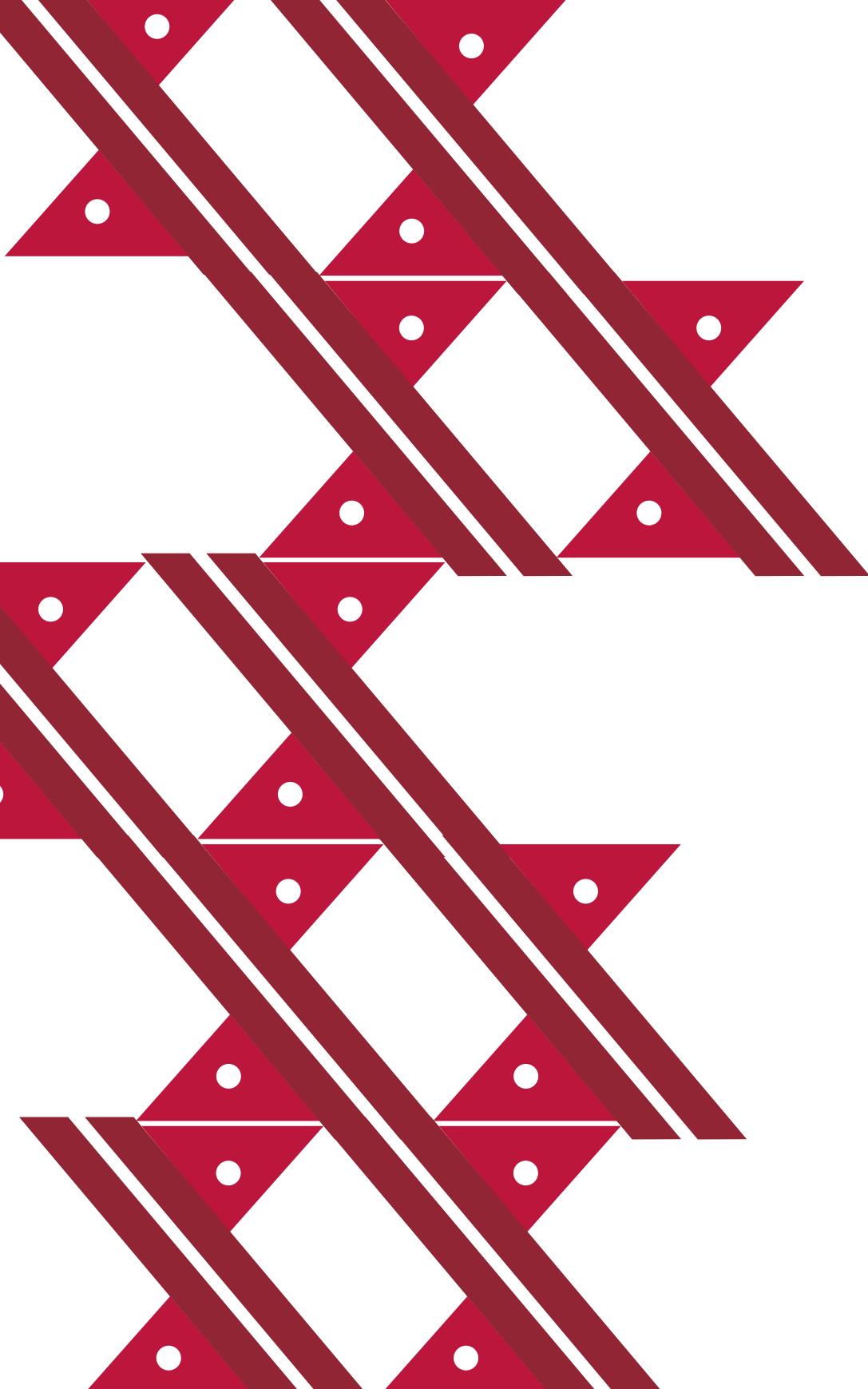
REALE, M. (1994). *teoria tridimensional do direito*. Saraiva.

SALMERÓN, F. (1996). Derecho y moral en la obra de García Mányez. In F. Serrano Migallón (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo García Mányez*. Porrúa.

VALLADO Berrón, F. E. (1972). *Teoría general del derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.



VILLORO Toranzo, M. (1990). *Introducción al estudio del derecho*. Porrúa.





REDETERMINACIÓN COMUNICATIVA DEL DERECHO. ARTURO BERUMEN CAMPOS.

Jacqueline G. Ortiz Andrade³⁹

Parafraseando a Jaime Sabines podemos decir que: se rumora, se dice, afirman en los salones de clase, en las conferencias, alguien o algunos enterados que Arturo Berumen es un gran filósofo del derecho. O cuando menos un filósofo del derecho. O un filósofo del derecho decente, valioso. O simplemente, pero realmente un filósofo del derecho.

De acuerdo con Guillermo Hurtado (2007) uno de los grandes problemas de la filosofía latinoamericana, en general, y que podemos trasladar a la filosofía del derecho en particular, es la debilidad y fragilidad de las comunidades y tradiciones filosóficas, esto derivado, fundamentalmente, de nuestra incapacidad para dialogar entre nosotros y con nuestro pasado. Por ejemplo, no conocemos a nuestros filósofos del derecho: Recaséns, García Márquez, Terán Mata o a Preciado Hernández, no leemos, no discutimos o muy poco. Tampoco conocemos los textos de nuestros actuales profesores de filosofía del derecho, por lo que tenemos poca o nula continuidad de temas, métodos e ideas. Nuestras tradiciones y comunidades de filosofía del derecho son frágiles.

De ahí la importancia de eventos como este, en el que se nos invita a dialogar sobre el pensamiento de nuestros maestros, de nuestros filósofos del derecho como Arturo Berumen Campos.

Jacqueline Ortiz Andrade: Hola Palinoros, ¿Sabes si Berumen se encuentra mejor de salud?

Palinoros: Está mejor. Muchas gracias por preguntar.

JOA: ¿Te gustaría que platicáramos?

Palinoros: ¿Sobre qué?

39 Maestra de Filosofía del derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM.

JOA: Sobre Berumen

Palinoros: ¡No creo que sea un sujeto muy interesante, que digamos!

JOA: Bueno, sobre su filosofía, su filosofía comunicativa del derecho

Palinoros: ¿Tiene una filosofía del derecho?

JOA: ¿Qué pensarías si te dijera que me han invitado al Diplomado Pensamiento Jurídico Mexicano, Crítica y Teoría Contemporánea del Derecho para hablar de su Teoría Comunicativa del Derecho?

Palinoros: Me toma por sorpresa, y casi podría jurar que a Berumen también le sorprendería. Lo que sí creo es que le gustaría la idea de que tú seas quien hable de su filosofía del derecho, si es que tiene una, ¡claro!

JOA: A él tal vez le gusta la idea, la verdad es a que y a mí, me da un poco de miedo o más bien mucho miedo.

Palinoros: Creo que eres su mejor alumna, la que mejor conoce sus escritos y su forma de pensar.

JOA: A ver si no le pasa como a su amado Hegel, que el único alumno que lo entendió, lo entendió mal.

Palinoros y JOA: ja, ja, ja...

La tradición, dice Gadamer, constituye un horizonte de comprensión en el que nacen las ideas, algunas mueren y otras se renuevan. La tradición tiende un puente hacia lo nuevo y nos permite superar y conservar las ideas o como diría Berumen redeterminarlas.

Gracias a su profundo conocimiento de Hegel, Berumen ha sabido dialogar con diferentes filósofos como Kelsen, Marx y Habermas entre muchos otros.

Cuando decimos que Berumen ha dialogado con diferentes autores, lo decimos en dos sentidos: primero queremos decir que ha leído cuidadosa, profunda y críticamente a diferentes autores; en segundo lugar, nos referimos



al hecho de que Berumen, emulando a Platón, ha escrito varios diálogos en los que los protagonistas son los filósofos. Diálogos que además él, junto con algunas alumnas como Jacqueline Ortiz Andrade, ha representado en diferentes ocasiones.

El diálogo, dice Gadamer (2004), vive en el instante. En el diálogo las palabras son como la voz de los pájaros que sigue su propio júbilo y nos invita a seguirla. El diálogo representa el movimiento danzarín y rítmico del pensamiento, del lenguaje, del espíritu, de la filosofía.

Aunque Berumen no siempre ha hecho diálogos filosóficos, siempre ha buscado la superación de la contradicción, la unión de los contrarios. Por ejemplo, en su libro *Teoría Pura del Derecho y Materialismo histórico* presenta la confrontación y conciliación de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen con el materialismo histórico de Marx, en otro de sus libros *El derecho como sistema de actos de habla* confronta y concilia la Teoría Pura del Derecho de Kelsen con la Acción Comunicativa de Habermas. En términos generales, podemos decir que Berumen ha buscado confrontar y conciliar a Kelsen con Marx y Habermas.

Esta confrontación y conciliación la ha logrado a través de la dialéctica positiva hegeliana o redeterminación como a él le gusta llamarle a su método.

Berumen nos ha enseñado que con la filosofía hegeliana es posible dialogar con los filósofos de cualquier época, ver y conocer el universo jurídico desde distintos ángulos, como si lo observáramos a través del Aleph.

El *Aleph*, descrito por Borges en 1945, es “una esfera tornasolada, de casi intolerable fulgor, donde pueden verse sin confundirse, todos los lugares del orbe, vistos desde todos los ángulos” y todos los tiempos: pasado, presente y futuro. A través del *Aleph* es posible ver todo el universo.

Berumen, como buen hegeliano, pretende contrarrestar la monotonía y el hastío dogmáticos. A través de sus diálogos revive, metafóricamente, a los filósofos y da voz a sus pensamientos y con ello redetermina el espíritu de la filosofía del derecho.

La redeterminación comunicativa de Berumen contamina los pensamientos puros y quiebra la rigidez conceptual de la dogmática jurídica que en muchas ocasiones como dice Jacques D’Hondt (1966, pp. 13-14) “apaga todo fervor y crea una especie de museo de la tristeza y muerte”. Museo en el que

los filósofos, sus doctrinas y pensamientos están momificados en el capítulo de un libro, del que ya no podrán salir.

Los visitantes del museo —estudiantes de filosofía del derecho— se encuentran, entonces, con un gabinete de monstruos, con una exhibición de cadáveres alineados uno junto a otro sin ninguna relación.

A través de la redeterminación comunicativa es posible develar que, entre la filosofía clásica, la filosofía moderna y la actual filosofía del lenguaje existen continuidades y discontinuidades, al mismo tiempo. Cada filosofía y cada filósofo conserva las ideas de los filósofos que lo preceden empero cada filósofo supera esas mismas ideas, es decir las redetermina.

Palinoros: podrías, por favor, ayudarme a explicar qué es la redeterminación.

Palinoros: Berumen (2000, p. XIII) dice que “Hegel que la filosofía se hace necesaria cuando en el espíritu surge la escisión, cuando el anhelo de unidad ha huido del mundo y la particularidad se apodera del concepto. Cuando los hombres piensan, actúan y sienten como si fuera posible la universalidad, la filosofía echa sobre sus hombros el fatigoso trabajo de reconstruir las formas destrozadas”

JOA: ¿La redeterminación se hace necesaria frente a la angustia que surge de la contradicción de dos valores positivos?

Palinoros: Así es, frente a la contradicción de dos valores positivos es preciso esforzarse para conciliarlos. Dicha conciliación es lo que Hegel denomina *Aufheben*.

JOA: Superar y conservar, ¿o sea redeterminar?

Palinoros: Hegel hace un uso excesivo de expresiones como “determinación” y “determinar” para referirse a una delimitación recíproca de los conceptos. La expresión **redeterminación** es mitad hegeliana y mitad berumeniana. Es un método que Berumen utiliza para construir o intentar construir conceptos a partir de los postulados de Hegel, es decir, como un proceso de transformación de las determinaciones abstractas e ideológicas en determinaciones concretas y morales.

JOA: Vamos a ver si estoy entendiendo: la redeterminación es necesaria cuando un concepto se hace abstracto.

Palinoros: Un concepto es abstracto cuando se determina por sí mismo, sin mediación de otros...

JOA: Un concepto es abstracto cuando se estudia aislado y se cree que es absoluto. Es decir que cuando un concepto se concibe sin tomar en cuenta los otros conceptos que lo determinan se convierte en abstracción y la redeterminación permite convertirlo en un concepto concreto.

Palinoros: Sí. Para Hegel el concepto es una actividad porque está moldeado a partir de la subjetividad de la autoconciencia.

JOA: Es decir que el concepto es una creación del pensamiento y lo mismo que el pensamiento es dialéctico y está en movimiento.

Palinoros: ¡Exacto!

JOA: Entonces, la redeterminación concretiza los conceptos abstractos.

Palinoros: Lo abstracto y lo concreto en la filosofía hegeliana son dos modos de pensar...

JOA: De acuerdo. Pensar en abstracto implica un pensamiento selectivo, aislado; por ejemplo ¿estudiar al derecho aislado de la moral?

Palinoros: Sí, en el pensamiento abstracto, mentalmente, se separa un concepto de otros conceptos o de ciertas características...

JOA: Eso a veces es necesario metodológicamente.

Palinoros: Tú lo has dicho metodológicamente, el problema surge cuando se olvida que se trata de una separación mental, metodológica, provisional, y se cree que es absoluta.

JOA: Por ejemplo, el olvido de que la separación entre derecho y moral es metodológica, nos lleva a pensar que el derecho se contrapone irremediablemente a la moral.

Palinoros: De acuerdo con la teoría pura del derecho, la validez de una norma jurídica no tiene ninguna relación con la justicia, por ejemplo, sino con el hecho de que haya sido creada siguiendo el procedimiento

establecido en una norma superior, por lo que una norma puede ser válida, aunque no sea justa.

JOA: Entonces la pureza metódica implica una concepción abstracta del derecho.

Palinoros: Siguiendo a Berumen, yo diría que implica una abstracción de la ciencia del derecho, no necesariamente del derecho mismo.

JOA: Sí, por supuesto, porque Kelsen aclara que lo que es puro es la teoría no el derecho. ¿Tú sabías qué en buena medida la redeterminación comunicativa del derecho que propone Berumen es una propuesta para superar y conservar la teoría de Kelsen?

Palinoros: ¡Claro que lo sabía! ¿Olvidas que soy su *alter ego*?

JOA: Bueno pues si sabes tanto de la teoría de Berumen, ¿por qué no, nos la explicas?

Palinoros: A la que invitaron a la conferencia fue a ti, no a mí.

JOA: Pero yo te invité a ti. ¡Ayúdame! ¡Por favor!

Palinoros: Bueno, está bien. Comencemos por explicar qué implica la Teoría comunicativa del derecho, según Berumen.

JOA: Muy bien. De acuerdo con Berumen (2010) el derecho puede ser entendido como un sistema de actos de habla. Esto implica que las normas jurídicas, la argumentación y la ética jurídicas se pueden analizar como diferentes tipos de actos de habla que interactúan entre sí dentro del sistema jurídico.

El enfoque comunicativo del derecho sugiere que este no es solo una ciencia, sino también un arte, en el sentido de que la verdad y la justicia se pueden alcanzar a través de la belleza en los actos de habla.

El derecho es visto como un proceso específico de comunicación, en el que las normas son interpretadas como actos de habla.

Palinoros: ¿Qué es un acto de habla y qué tipo de actos de habla son las normas jurídicas?

JOA: De acuerdo con Habermas el acto de habla es la unidad mínima de sentido que se compone de por lo menos dos elementos: un elemento proposicional y un elemento ilocucionario.

El elemento proposicional consiste en la descripción de una cosa, situación o estado de cosas. Por su parte, el elemento ilocucionario constituye la intención con la que se emite el acto de habla.

Los tipos de actos de habla se distinguen según el elemento ilocucionario o intención con la que se enuncian, así resulta que tenemos tres tipos de actos de habla: actos de habla constatativos, cuyo elemento ilocucionario es verificar, comprobar, demostrar, constatar, afirmar, corroborar...

Palinoros: Por ejemplo: afirmo que te has apoderado de lo ajeno.

JOA: ¡Exacto! Por otra parte, tenemos que un acto de habla es regulativo si su elemento ilocucionario es una modalidad deontica, es decir, una prohibición, una permisión o una obligación...

Palinoros: Por ejemplo: Prohibido apoderarse de lo ajeno.

JOA: Muy bien. Por último, tenemos los actos de habla expresivos, cuyo elemento ilocucionario hace referencia a emociones, actitudes o decisiones ¿por ejemplo?

Palinoros: Confieso que me he apoderado de lo ajeno.

Las normas jurídicas son enunciados o como diría Tamayo y Salmorán, por lo menos están expresadas en enunciados, empero para poder afirmar plenamente que son actos de habla debemos identificar el elemento proposicional y el elemento ilocucionario ¿Ciento?

JOA: ¡Ciento! De acuerdo con Kelsen la estructura de la norma jurídica es Sí A es debe ser B. A es el hecho ilícito y B es la sanción coactiva.

Por ejemplo, en la norma que dice: Se debe sancionar coactivamente a quien se apropié de cosa ajena (muele) sin derecho y sin consentimiento para ello.

A= quien se apropie de cosa ajena (mueble) sin derecho y sin consentimiento para ello = elemento proposicional, puesto que constituye la descripción de una conducta.

B= sanción coactiva = elemento ilocucionario que implica la prohibición de apropiarse de lo ajeno y, por tanto, se castiga a quien lo haga.

En tanto que las normas jurídicas prescriben la conducta por medio de obligaciones, permisiones y prohibiciones son actos de habla regulativos. ¿De acuerdo?

Palinoros: En parte. ¿Recuerdas que Kelsen distingue entre normas generales y normas particulares?

JOA: Sí.

Palinoros: ¿Tanto las normas generales como las normas particulares son actos de habla regulativos?

JOA: Para poder responder de la mejor manera posible esta pregunta, no crees que sería bueno, recordar brevemente ¿cuáles son las normas generales y particulares?

Palinoros: Me parece muy bien. ¡Hagámoslo!

JOA: Grosso modo, podemos decir que las normas generales son: la constitución, los tratados, las leyes federales y locales, en tanto que las normas particulares son las sentencias, contratos, actos administrativos, entre otros.

Palinoros: Regresemos a la pregunta ¿Las normas particulares son actos de habla regulativos?

JOA: Las normas particulares son actos de habla regulativos y constatativos, toda vez que su elemento ilocucionario es verificativo, afirmativo. Por ejemplo, cuando en una sentencia se determina que una persona es culpable de algún delito, se afirma que se cometió el acto ilícito y esto ha sido verificado mediante diversas pruebas.

Palinoros: Muy bien, regresemos a las normas generales, pues entre estas podemos encontrar normas sustantivas y normas adjetivas.

¿Dirías que tanto las normas sustantivas como las normas adjetivas son actos de habla regulativos?

JOA: Sí. Las normas generales son actos de habla regulativos, ya sean sustantivas o adjetivas, no así los actos procesales que pueden ser entendidos, en sentido amplio, como actos de habla expresivos. Por ejemplo, la confesión es un acto de habla expresivo, pero las normas que regulan la confesión son actos de habla regulativos.

Palinoros: De acuerdo con Berumen, es posible correlacionar, en un primer momento, los actos de habla como elementos del sistema jurídico tanto en sentido Kelseniano como en sentido Habermasiano y hegeliano de la siguiente forma: el sistema jurídico entendido como sistema de actos de habla tiene como objetivo transformar los actos de habla regulativos (normas jurídicas generales) en actos de habla constatativos (normas jurídicas particulares) por medio de los actos de habla expresivos (actos procesales).

JOA: Las normas adjetivas determinan los actos procesales que son actos de habla expresivos y los procedimientos de aplicación de las normas generales que son actos de habla regulativos, y al aplicar dichas normas se crean normas particulares que son actos de habla constatativos.

Esta es una primera correlación, porque deja fuera algunos elementos como los principios de moralidad compartida, de los que habla Dworkin y las ideologías del discurso del derecho de las que habla Correas.

Si dejamos hasta aquí la correlación entre Kelsen, Habermas y Hegel sería una correlación abstracta.

Palinoros: Entonces, ¿Qué propone Berumen?

JOA: Berumen, siguiendo la dinámica jurídica kelseniana, interpreta al sistema jurídico como una estructura de argumentación.

Reconocer al derecho como un lenguaje implica una concepción abstracta de este, pues no se vincula con la acción social. En efecto, las normas jurídicas son actos de habla pero no solo ellas; también los argumentos jurídicos o los actos procesales son actos de habla. Desde un punto de vista pragmático, el derecho es un conjunto de procesos

comunicativos cuya finalidad es la coordinación social de grandes grupos humanos.

Las normas son actos de habla que se crean mediante procesos jurídicos como los mecanismos legislativo y judicial, por ejemplo, que no son más que procesos comunicativos. En los procesos legislativo y judicial se crean normas (actos de habla regulativos) por medio de la argumentación, que implica hablar o escribir, es decir, emitir actos de habla.

Ahora bien, para que las normas y actos jurídicos se consideren válidos es preciso que cumplan con lo que Habermas llama pretensiones de validez de los actos de habla.

Palinoros: Para que una norma sea válida debe ser creada según lo establecido en la norma superior.

JOA: De acuerdo con Kelsen sí, pero para Berumen, que busca redeterminar a Kelsen con Habermas, una norma jurídica es válida si además de ser creada siguiendo lo establecido por una norma superior, es producto de un proceso comunicativo racional.

De tal suerte que, podríamos decir que para Berumen-Habermas la validez comunicativa de las normas es condición de su eficacia y moralidad. De modo que, si una norma jurídica es creada siguiendo lo establecido por una norma superior, pero de forma irracional comunicativamente, no es válida.

Para que una norma sea válida en concreto (en términos Hegelianos, Kelsenianos y Habermasianos, es decir, en sentido berumeniano) debe ser creada según lo establecido en la norma superior y mediante procesos comunicativos racionales.

Palinoros: Por favor, ¿podrías explicar a qué se refiere Berumen-Habermas con racionalidad comunicativa?

JOA: De acuerdo con Habermas un enunciado o un diálogo es racional, siempre que se cumpla con lo que él denomina pretensiones de validez de los actos de habla. Les llama así porque cuando hablamos, esperamos que nuestro interlocutor acepte lo que decimos, pero es solo una pretensión, porque puede que no suceda. Dichas pretensiones son inteligibilidad, verdad, veracidad y rectitud.

La inteligibilidad significa que debe hablarse con claridad, esto implica desde hablar el mismo idioma, utilizar palabras que el interlocutor comprenda hasta ayudar al otro cuando olvida una palabra, por ejemplo, y estar dispuesto a escuchar al otro, es decir, tomar en serio sus argumentos, preguntarle sin afán de evidenciar un error o ganar la discusión.

Palinoros: Por eso dice Habermas que la inteligibilidad es una precondition de todo proceso comunicativo.

JOA: Así es, ya que, si no estamos dispuestos a escuchar a los demás, no es posible dialogar.

Palinoros: ¡Exacto! Continúa con tu explicación, por favor.

JOA: De acuerdo. Cuando no hay inteligibilidad lo que tenemos es obscuridad comunicativa: que se presenta si lo que queremos es ganarle a la persona con la que dialogamos o solo buscamos evidenciarla o utilizamos expresiones que no conoce para que se equivoque.

Palinoros: Cabe mencionar que a las pretensiones de validez se les oponen las patologías comunicativas. Las patologías comunicativas son vicios que hacen que un enunciado o proceso comunicativo sea irracional.

Por favor, ahora dinos ¿qué es la verdad?

JOA: ¡Claro! La verdad, siguiendo a Habermas puede dividirse en tres tipos: verdad como correspondencia, verdad como coherencia y verdad como consenso.

La verdad como correspondencia se refiere a la coincidencia de un enunciado con la realidad fáctica. Cuando un enunciado no coincide con la realidad fáctica podemos decir que hay un error de correspondencia.

Palinoros: Por ejemplo, si yo digo: *si suelto la pelota se cae* y en efecto sucede. El enunciado es verdadero porque corresponde con el hecho de que la pelota cayó.

Pero si digo: *si suelto la pelota quedará suspendida en el aire* y al soltar la pelota se cae. El enunciado es erróneo porque no corresponde con el hecho de que la pelota cayó.

JOA: Pero como no todos los enunciados se refieren a cuestiones fácticas, Habermas nos habla de la verdad como coherencia, que consiste en la concordancia entre dos enunciados.

Por ejemplo, si yo digo: en México la soberanía popular reside en el pueblo, ese enunciado no puedo confrontarlo con la realidad fáctica, pero para saber si es verdadero o no, debo leer la Constitución, que contiene enunciados; en este caso leemos el enunciado del artículo 39º que dice: en la soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo, por lo que mi enunciado es verdadero por coherencia.

¿Pero qué pasa si yo digo que en México la soberanía reside en los poderes de la unión?

Palinoros: El enunciado no coincide, no es coherente con el artículo 39º de la Constitución y, por tanto, no es verdadero. Existe un error de coherencia.

JOA: Por último, tenemos la verdad como consenso. Toda vez que la verdad como correspondencia y la verdad como coherencia no son evidentes deben fundamentarse.

Palinoros: ¿Podríamos decir que la verdad como consenso es lo que los abogados llaman motivar y fundamentar?

JOA: Sí, me parece que sí. La verdad como consenso consiste en la fundamentación y motivación de la verdad como correspondencia y la verdad como coherencia.

Palinoros: Ahora que nos has explicado qué es la verdad, vayamos con la veracidad, por favor.

JOA: La veracidad se refiere a la coincidencia entre lo que se dice, con lo que piensa o se cree. Quien habla o escribe no debe pretender mentir a sus interlocutores, por eso la patología que se opone a la veracidad es el engaño.

Palinoros: Recuerdo que Habermas distingue dos tipos de engaños.

JOA: Así es, Habermas distingue entre el engaño parcial y el total. El engaño total es una mentira completa, lisa y llana, como se diría coloquialmente. El engaño parcial es parte de cierto y parte engaño, por ello es más difícil de identificar.

Palinoros: Por ejemplo: cuando dices que vas a quedarte a trabajar, pero no dices que después te vas de fiesta. Ja, ja, ja...

Dicho esto, vamos con la última, pero no menos importante, pretensión de validez de los actos de habla: la rectitud.

JOA: La rectitud se refiere al cumplimiento de reglas mínimas de respeto y consideración, especialmente a las que impiden imponer las opiniones violentamente, pues lo que se pretende es convencer más no imponer. La rectitud se opone a la violencia.

Palinoros: La violencia de acuerdo con Habermas puede ser abierta o cerrada.

JOA: La violencia abierta es la que es evidente, como gritos o golpes.

Palinoros: La violencia cerrada se expresa por medio de la manipulación, la adulación o el chantaje.

JOA: Así tenemos que una norma jurídica será válida-moral en sentido berumeniano si es creada según lo establecido en la norma superior y mediante procesos comunicativos racionales.

En términos generales ninguna norma jurídica pretende ser inmoral, injusta o irracional por lo que podemos decir que las normas jurídicas son actos de habla regulativos que tratan de cumplir las pretensiones de validez de los actos de habla (claridad, verdad, veracidad y rectitud) en tanto pretensiones, pueden ser cuestionadas y puestas en duda. Si las normas jurídicas, como actos de habla no son o no pueden ser cuestionadas o justificadas racionalmente, su validez o moralidad será abstracta.

Berumen nos propone considerar tanto a los contenidos ideológicos como a los principios de moralidad compartida como pretensiones y desempeño de las pretensiones de validez de los actos de habla.

Palinoros: ¡¿Cómo?! ¡¿Cómo?!

JOA: Hemos dicho que Habermas identifica cuatro pretensiones de validez de los actos de habla (inteligibilidad, verdad, veracidad, rectitud). Hemos dicho también que se llaman pretensiones porque al emitir un acto de habla se espera, se pretende que el interlocutor lo acepte como válido, pero es posible que eso no suceda, ya que todos los participantes en un diálogo tienen el derecho comunicativo de problematizar, es decir, cuestionar o poner en duda cualquiera de las pretensiones de validez de los actos de habla de los demás.

Por ejemplo, frente a mi afirmación: Berumen dice que el derecho puede ser interpretado, en algún sentido, como un conjunto de procesos comunicativos cuya finalidad es la coordinación social de grandes grupos humanos, cualquiera de los participantes en el diálogo puede preguntarme, ¿dónde lo dice? Al hacer esta pregunta estarían problematizando la verdad de mi acto de habla. Quieren que justifique mi dicho, tal vez para confrontar mi enunciado con el del autor.

¿De qué otra forma podrías problematizar mi acto de habla?

Palinoros: ¿En qué sentido dice Berumen que el derecho puede ser interpretado como un conjunto de procesos comunicativos, cuya finalidad es la coordinación social de grandes grupos humanos?

JOA: Es decir, en sentido pragmático, en cuanto a su finalidad, su utilidad.

¿Qué pretensión me has problematizado Palinoros?

Palinoros: La claridad, porque dijiste que Berumen define así al derecho en algún sentido, pero no aclaraste en qué sentido.

JOA: ¡Excelente! Ahora quisiera que pusiéramos atención en lo siguiente: cuando dije: afirmó que Berumen dice que el derecho puede ser interpretado, en algún sentido, como un conjunto de procesos comunicativos cuya finalidad es la coordinación social de grandes grupos

humanos, lo dije de forma categórica, sin duda alguna, dije afirmó, a esto Habermas le llama actitud asertórica.

La actitud asertórica implica hablar con firmeza, de forma contundente, tajante sin dudar.

Ahora bien, cuando problematizamos, cuestionamos o ponemos en duda lo que otra persona ha dicho, lo racional es hacerlo en actitud hipotética. La actitud hipotética es flexible, relativa y cumple con las cuatro pretensiones de validez de los actos de habla. De la misma manera cuando desempeñamos las pretensiones de validez de los actos de habla, es decir cuando respondemos a cualquier cuestionamiento que se nos haya planteado debemos hacerlo en actitud hipotética, si es que queremos comunicarnos racionalmente.

Palinoros: Muy bien ahora explícanos cómo utiliza Berumen la problematización y el desempeño de los actos de habla en su teoría comunicativa del derecho.

JOA: Sí, claro.

La validez comunicativa de las normas jurídicas incluye la *validez formal* que equivale a la coherencia, a la inteligibilidad de los actos de habla del sistema jurídico, es decir de las normas. Ahora bien, aunque las normas de un sistema jurídico sean coherentes entre sí, esto no garantiza su validez comunicativa. Es necesario que también cumplan con el resto de las pretensiones de validez de los actos de habla, las normas deben ser veraces y morales.

El elemento proposicional de las normas jurídicas debe tener un referente determinado o determinable, eso, por un lado.

Por otra parte, la veracidad y la rectitud moral de una norma jurídica son necesarias para su validez completa. Sin embargo, la ausencia de estos elementos no invalida automáticamente la norma, sino que su validez se considera en potencia o abstracta, es decir que las normas que carecen de veracidad y rectitud pueden permanecer en un estado de validez potencial y su validez comunicativa podría ser cuestionada indefinidamente, por lo que podrían no ser moralmente obligatorias.

La validez de las normas jurídicas no solo depende de su coherencia y claridad formal, sino también de que sean verdaderas,

veraces, rectas y moralmente correctas para que tengan plena validez comunicativa.

Palinoros: Esta manera de concebir el derecho nos permite entenderlo como una estructura dinámica de actos de habla cuya validez depende del cumplimiento de las pretensiones de validez.

JOA: Y eso nos ayuda distinguir entre sistemas abiertos y cerrados. En los sistemas cerrados los actos de habla son emitidos en actitud asertórica y por tanto no se problematizan ni se desempeñan, por el contrario, en los sistemas abiertos los actos de habla se emiten en actitud hipotética lo que permite un diálogo y una reinterpretación continua.

Habermas sugiere que cuando una comunicación sufre patologías como la violencia o el engaño, es legítimo cerrarla. Pero también plantea que es posible y necesario abrir la comunicación, por ejemplo, cuando se requiere una mayor transparencia.

Aunque la clausura puede garantizar la estabilidad, empero la apertura comunicativa permite una evolución y un ajuste necesarios en una sociedad compleja.

Palinoros: Es una perspectiva fascinante. Esto podría cambiar la forma en que entendemos el derecho en la sociedad, ya que no es solo un instrumento de control, sino también de posible liberación.

JOA: Justamente. El derecho puede ser interpretado como un medio de dominación, pero también como un camino hacia la liberación, dependiendo de cómo se desempeñen esas pretensiones de validez en el sistema jurídico. A partir de esta perspectiva comunicativa es posible analizar la creación de normas. Un análisis comunicativo del proceso legislativo puede ayudarnos a evaluar la validez comunicativa de las leyes.

Palinoros: Para realizar este tipo de análisis vamos a partir de lo que Habermas denomina interpretación común de la situación.

JOA: La interpretación común de la situación implica que todos los participantes en el proceso legislativo tengan una comprensión común del problema que están tratando de resolver. Esto es importante porque si no están en la misma página, la ley que resulte puede ser ineficaz o incluso perjudicial.

Palinoros: La interpretación común de la situación es esencial para coordinar la acción y garantizar que la legislación sea efectiva. Pero, además de la eficacia, ¿Qué otros aspectos se evalúan mediante este análisis comunicativo?

JOA: Se evalúa también la racionalidad y moralidad del proceso. Es decir, se analiza la racionalidad de las leyes en su formulación, y también que sean moralmente aceptables para la sociedad.

Palinoros: Muy bien. Y aquí es donde entra la ética del discurso. No se trata solo de la coherencia interna de las leyes, sino de su legitimidad en un sentido más amplio, considerando su impacto en la sociedad. ¿Alguna otra reflexión sobre cómo este análisis podría mejorar la calidad de las leyes?

JOA: Considero que, si las normas se crean siguiendo los presupuestos de la racionalidad comunicativa, además de que sean válidas se podría prever su ineeficacia...

Palinoros: La racionalidad comunicativa es, en cierto modo, una herramienta que puede encaminar al éxito —si se utiliza— o fracaso —si se incurren en patologías durante su creación— de una ley antes de que sea implementada.

JOA: Esta propuesta de Berumen de redeterminar la teoría pura del derecho de Kelsen con La acción comunicativa de Habermas nos permite ver cómo la teoría puede tener un impacto tan directo en algo tan práctico como la legislación.

Palinoros: Así es. El derecho no es solo un conjunto de normas, sino un sistema vivo que interactúa constantemente con la sociedad. Y el lenguaje es el medio a través del cual se da esa interacción. Por eso, entender el análisis comunicativo es clave para mejorar tanto la creación como la aplicación de las leyes.

JOA: Palinoros quiero agradecerte por ayudarme a explicar la teoría comunicativa de Berumen, pero antes de despedirnos quisiera preguntarte algo.

Palinoros: Sí, dime ¿Quéquieres preguntarme?

JOA: ¿Qué significa tu nombre?

Palinoros: Aunque *Palinoros* en su conjunto no tiene un significado claro en el griego antiguo o moderno estándar, *Palin* en griego significa otra vez de nuevo y *oros límite, determinación*. Palinoros es un nuevo límite, una nueva determinación...

JOA: ¡Vaya!, ¡vaya!, conque esas tenemos... nada menos que redeterminación, tal vez Berumen tiene razón cuando dice que todos los caminos nos llevan a Hegel.

Palinoros y JOA: ja,ja,ja,ja...

Referencias

BERUMEN Campos, A. (2000). *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*. Cárdenas.

BERUMEN Campos, A. (2010). *El derecho como sistema de actos de habla: Elementos para una teoría comunicativa del derecho*. Porrúa/Facultad de Derecho, UNAM.

D'HONDT, J. (1966). *Hegel, filósofo de la historia viviente* (A. C. Leal, Trad.). Amorrortu.

GADAMER, H.-G. (2004). *Poema y diálogo* (D. Najmías & J. Navarro, Trads.). Gedisa.

HURTADO, G. (2007). *El búho y la serpiente: Ensayos sobre la filosofía en México en el siglo XX*. UNAM.



HACIA UN PENSAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA⁴⁰

Introducción

El objetivo del presente trabajo es comentar y desarrollar algunas ideas sobre la esencia de la Teoría General del Derecho (TGD), la Praxis General del Derecho (PGD), la teoría y práctica particular del derecho, así como la ciencia teórica y práctica del fenómeno jurídico de hechura hermenéutica, dialéctica y transformacional. Esto para generar algunos comentarios sobre la construcción crítica del fenómeno jurídico. El propósito es configurar una teoría y práctica del Derecho y una metodología interpretacional capaz de crear una idea del Derecho diferente al positivismo descriptivista y formalista,⁴¹ distinta, a su vez, del pospositivismo principalista,⁴² a la corriente sistémica,⁴³ al ontologicismo iusnaturalista⁴⁴ e incluso distinta a las corrientes hermeneutizantes de factura gadameriana,⁴⁵ ricoeuriana,⁴⁶ narrativista,⁴⁷ objetivista⁴⁸ y nihilista,⁴⁹ así

⁴⁰ Doctor en Derecho, Investigador SNI-II. Profesor-Investigador de la Escuela Superior de Turismo del Instituto Politécnico Nacional. Director del proyecto de Ciencia Básica 219571 “Hacia un enfoque hermenéutico del derecho y del turismo”. Línea de investigación: filosofía, sociología y antropología del derecho y ius-hermenéutica.

⁴¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México: UNAM, 1980.

⁴² Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima: Pálestra, 2009

⁴³ Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México: Herder-Universidad Iberoamericana, 2005.

⁴⁴ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, España: Ediciones Universidad de Navarra, 2011.

⁴⁵ Hans Georg Gadamer, *Verdad y método*, Tomo I, Salamanca: Sigueme, 1998.

⁴⁶ Paul Ricoeur, *Amor y justicia*, México: Siglo XXI, 2009.

⁴⁷ José Calvo, *Derecho y narración*, Madrid: Ariel, 1996.

⁴⁸ Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*, Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019.

⁴⁹ Gianni Vattimo, *Adiós a la verdad*, Barcelona: Gedisa, 2010.

como los modelos semióticos de corte estructural,⁵⁰ univocistas,⁵¹ estructuralistas⁵², conductuales,⁵³ entre otros. Eso implica construir un concepto de Derecho basado en una concepción hermenéutica y semiótica (opuesto a la visión unidimensional y sintacticista, formalista y mecanicista de la llamada teoría pura del derecho de Hans Kelsen y similares). Así se establece una idea alternativa del derecho, en que coexisten el campo formal, dogmático y decisional, y su dimensión teórica y *práctica*. En este trabajo elaboraré algunos comentarios sobre tal propuesta. También comentaré algunas ideas que me parecen importantes del jurista español Gregorio Robles. Esto lo desarrollaré de forma provisional y transitoria para por tratarlo más ampliamente en otra presentación. Por lo pronto, es un borrador incompleto sujeto a rectificaciones.

I. Desarrollo

Comenzaré señalando los puntos de vista centrales para constituir una Teoría y Praxis General del Derecho de corte hermenéutico, dialéctico y materialista:

a) La Teoría General del Derecho, o Derecho *docens*, incluye la ciencia o teoría del derecho (teoría particular o singular del derecho), la filosofía del derecho, la sociología, la economía política y la historia (ambas forman parte del segmento intrínseco del Derecho). También incluye las modalidades *práxicas* a nivel general, particular de las disciplinas mencionadas. Se trata de un derecho *docens*, ya que implica un horizonte conceptual y temático. Su campo de aplicación se denomina derecho *utens*, y trata la misma acción y transformación del derecho, por lo que ha sido escasamente tratado mediante una partición entre lo teórico y lo práctico. La iushermenéutica plantea la importancia de la razón práctica y de la acción jurídica, es decir, acepta no sólo la situación teórica que genera una situación práctica, haciendo de su propuesta comunicacional una correspondencia proporcional en ambas situaciones. En esa vía, la praxis en el sentido marxista⁵⁴ es más completa que la razón

⁵⁰ Ferdinand de Saussure, *Curso de lingüística general*, Buenos Aires: Losada, 1945.

⁵¹ Rudolph Carnap, *La construcción lógica del mundo*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 1988.

⁵² Roland Barthes, *Elementos de semiología*, Madrid, Alberto Corazón Editor, 1971.

⁵³ Charles Morris, *Fundamentos de la teoría de los signos*, Barcelona: Paidós, 1985.

⁵⁴ Carlos Marx, *El capital*, México: FCE, 2022.



práctica de signo aristotélico⁵⁵ y kantiano,⁵⁶ pues incluye la conciencia, la participación en la lucha de clases, ira por los hechos para transformar y modificar la realidad. A diferencia del positivismo, el realismo y el fiscalismo, que sólo aceptan la razón teórica, al tomar como modelo del derecho las matemáticas y las ciencias de la naturaleza, o del mismo practicismo y empirismo en la línea del funcionalismo y operativismo, anclados en el inductivismo, negando la importancia del componente práctico en la ciencia del derecho. Un mal camino es el iusoperacionalismo, que sólo reivindica la práctica y el utilitarismo, anclándose en una razón instrumental. La contribución de la hermenéutica jurídica, incluyendo la función teórica y práctica del derecho nos puede ayudar a comprender la complejidad de nuestro objeto de estudio.

Es claro que, desde una perspectiva crítica, no se explora una Teoría General del Derecho, entendida como una estructura clausurada de leyes globales adaptable a cualquier situación, sino se interpretan las dinámicas de las relaciones sociales de producción y la lucha de clases en sus diversas dimensiones, como la económica, la política, la ideológica y, por supuesto, la vinculada con el fenómeno jurídico a diferencia de las teorías generales positivistas del derecho, como la llamada Teoría Pura del Derecho, la cual constituye una imposibilidad gnoseológica al negar la inclusión del derecho en el campo de las relaciones sociales, quedándose únicamente como un modelo metafísico e idealista por su carácter formalista. Es decir, exhibe la inviabilidad de su marco conceptual y su metodología por su carácter excesivamente normativista. El objetivo de la teoría general del positivismo kelseniano es configurarse como una teoría general del derecho, siendo la más integral y la más holística, la cual daría respuesta a todas las preguntas de las diversas ramas del derecho moderno y contemporáneo. La teoría general del jurista austríaco carece de una teoría formal completa que refleje los conceptos jurídicos fundamentales del derecho, al negar la moral, los principios, los valores, la justicia, la teoría de la lucha de clases, la democracia y el Estado, al cuestionar la forma jurídica como un reflejo de la forma mercantil y de la forma política. Los normativistas han entendido por Teoría General del Derecho a un sistema cerrado que puede explicar, de un solo golpe de carácter conceptual, los profundos problemas del derecho público, privado y social. Por esta razón, el jurista español Gregorio Robles Morchón señala:

La finalidad adscrita a la teoría pura del derecho por sus creadores (escuela de Viena) es constituirse en una teoría general del derecho; en rigor, la teoría general del derecho más completa, rigurosa y convincente, al servicio

⁵⁵ Aristóteles, *Ética nicomáquea*, Madrid: Gredos, 1985.

⁵⁶ Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura*, Madrid: Taurus, 2005.

de los juristas en el cumplimiento de sus tareas. Éste ha sido el empeño constante de Kelsen, proporcionar a los juristas instrumentos teóricos idóneos, capaces de elevar la ciencia del derecho al nivel de las ‘verdaderas’ ciencias según el espíritu del positivismo.⁵⁷

Para la teoría crítica, en caso de proponer una teoría y praxis general del derecho, no se visualiza en un contorno de estructuras estáticas, sino bajo dispositivos dinámicos orientados hacia la transformación y el cambio social. Tampoco pretende agotar, en una totalidad falsa, unívoca y equívoca, no dialéctica y ahistórica, los conceptos fundamentales del derecho, expresados en las teorías particulares (como la teoría de las normas y de los principios, la teoría de la dinámica social, la teoría de la justicia, etcétera). En este sentido, la teoría general explica e interpreta la lógica concreta del modo de producción capitalista, estando subordinada a su marco histórico, social, económico, filosófico y jurídico propiamente. En ese camino, la teoría general es la suma de teorías particulares del derecho (la ciencia misma del derecho, la sociología o ciencia social integrada, la filosofía, la economía política, etcétera).

A diferencia de las corrientes postpositivistas, legalistas, iusnaturalistas, institucionalistas, del enfoque sistémico, estructural y funcional, de la acción comunicativa, y otras tendencias de corte absolutista, así como de las situadas en el marco de la posmodernidad relativista del derecho, la teoría general del derecho crítica ubica la *forma económica* como criterio de corrección e identificación del derecho, así como de la forma política, la forma social y la forma histórica. Es por eso que rechaza la idea excluyente de punto de vista interno y externo del Derecho, pregonada por los positivismos al excluir a la economía política, los saberes societales o filosóficos, incluidos en la sintaxis jurídica o en el aparato lógico-formal del Derecho con sus teorías respectivas. También adopta los criterios semiológico y hermenéutico para ubicar la semántica como teoría de la interpretación y de la pragmática como teoría de la decisión jurídica. La TGD emerge de la comprensión de los nexos materiales de producción (y no de deconstrucciones metafísicas), por lo que contempla al Derecho no como un soporte neutral independiente y autónomo, sino como un sistema de relaciones sociales. En este horizonte no existe una teoría general positivista del Derecho como *ciencia de las ciencias*.

En ese camino, es conveniente saber qué tipo de teoría general puede corresponder a lo que Carlos Marx desarrolló en su obra maestra *El capital*. Por supuesto que no se trata de construir una teoría general como suma de la teoría particular del capital, del valor o de la plusvalía, ignorando la teoría de

⁵⁷ Gregorio Robles, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2013, p. 8



las normas, la teoría del sistema jurídico, la teoría de la coactividad, la teoría de los textos, etcétera, sino de aplicar creativa y dialécticamente los conceptos esbozados en *El capital* al estudio del fenómeno jurídico. Los enemigos del enfoque crítico podrán acusarnos de economicismo, pero es más pertinente ubicar el Derecho en función de los intereses económicos, la vida material y las relaciones de producción, que situarlo como norma, naturaleza humana, sistema, principalismo, garantismo, constructivismo, culturalismo, argumentación, egología, nominalismo o racionalismo.

La teoría y praxis general del Derecho que proponemos es de corte dialéctico y materialista y parte desde una perspectiva marxista, por lo cual rechaza el determinismo mecánico, indicando que el Derecho está determinado, en última instancia, por la formación social en la que se encuentra inmerso, sin que esto sea una postura unidimensional, monolineal y monista. En esa vía, ubica la cuestión jurídica como un enlace entre la base económica y las demás formas históricas, políticas, ideológicas. Las cuales nos muestran que esta mediación no es definitiva, fija y excluyente. Estamos conscientes de que Marx cuestionó lo referente a una teoría general del socialismo de la enajenación o de la alienación por su carácter clasificadorio, jerárquico y deductivista, pero recuperamos el esfuerzo del jurista soviético Evgeny Pashukanis de construir una teoría general del Derecho.

Está claro que el Derecho no es sólo un instrumento de desigualdad, explotación y represión, o de la regulación de una mejor convivencia en la sociedad. Es un componente del Estado y también un mecanismo de legitimidad del modo de producción capitalista. En esa vía, el Derecho es un aparato ideológico del Estado que participa en la acumulación y en la reproducción del capital. Sin embargo, nos queda claro que el Derecho puede contribuir en la lucha de clases defendiendo a los presos políticos, a las huelgas obreras, a las tomas de tierras, y a combatir el despojo y sojuzgamiento de la propiedad comunal, indígena, los pueblos originarios y las demandas laborales y sindicales, la lucha por los derechos humanos y fundamentales, la denuncia constante de la precariedad salarial, la despauperización absoluta y relativa de las clases trabajadoras del campo y la ciudad, así como de la cuestión ecológica, climática, la corrupción, etcétera.

En esa línea, se explora una teoría jurídica que interprete lo general desde el ascenso de lo abstracto a lo concreto, y conectada con la realidad social. Por lo que será una TGD ubicada en la historicidad en la relación, la apertura y el cambio. Así las cosas, no será una teoría general marxista, ya que pertenecerá a la historia de los llamados *ordenamientos y ámbitos jurídicos*, siendo capaz de explicar las categorías que Marx utiliza en su crítica al método

de la economía política, estando distante de una TGD marxista, porque será una TGD para el marxismo, las clases explotadas, los pueblos oprimidos y el combate a la desigualdad.

Es por eso que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero señalan que las diversas variantes del positivismo y, en especial, la visión purista es:

incapaz de servir como herramienta para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del estado constitucional, pese a la importante contribución que hiciera en el pasado para renovar las áreas de la filosofía del derecho y de la dogmática jurídica. Ello debido a la pretensión del positivismo jurídico de dar a la teoría del derecho un carácter meramente descriptivo, lo que implica la exclusión de la dimensión valorativa de las normas jurídicas, además de su incapacidad para dar cuenta de otros aspectos relevantes del razonamiento jurídico.⁵⁸

Y están en lo correcto los juristas españoles mencionados, ya que la dimensión normativista ha cumplido ya su periodo cronológico de existencia, continuando su defensa injustificada del legalismo prescriptivista, descriptivo y teoricista, lo cual los ha llevado a ignorar el papel valorativo, ontológico, ético, político, económico e histórico del Derecho. Es importante subrayar que el positivismo sigue siendo el pensamiento jurídico más extendido en los países de América Latina, en la mayor parte de los jueces, legisladores, litigantes, constituyentes, diplomáticos, fiscales, administrativos, profesores, estudiantes e investigadores del Derecho, por lo que es necesario desarrollar una intensa campaña orientada a reducir su influencia en el contexto de los juristas teóricos, dogmáticos y prácticos. De hecho, constituyen el principal componente del Derecho burgués, que se ha encargado de justificar las diversas formas del liberalismo, el republicanismo y demás variedades de la democracia capitalista.

b) La Práctica General del Derecho o Derecho *utens* también existe en la hermenéutica jurídica, pues, de una u otra forma presupone su existencia al señalar que la Teoría General del Derecho tiene incidencia práctica. También dice que la dogmática es una ciencia práctica y particular, es decir, no teórica ni general. Aunque la teoría de la dogmática sí sea teórica. La Práctica General del Derecho es la Teoría General del Derecho aplicada en los hechos. Hay que señalar que la Práctica General del Derecho como Derecho *utens* pertenece a la tradición jurídica medieval y moderna, lo cual no significa una lealtad ideacional a su legado intelectual, ya que puede servir de soporte fáctico a la hermenéutica jurídica. En esa vía, es pertinente pensar en una Práctica General del Derecho (PTD) sin caer en el empirismo inductivista, dirigida a la acción, la

58 Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *op. cit.*, p. 7.



facticidad y praxis en el sentido marxista. En ese espacio de la TGD, explica los conceptos y categorías vertebrales, como ley, regla, obligación, delito, soberanía, validez, eficacia, etcétera. Mientras que la PGD trataría de cómo esos conceptos funcionan en términos reales, tangibles, materiales, es decir, cómo funcionan en la realidad judicial. Sería algo así como el Derecho en los libros (propio de la TGD), y el derecho en la acción (que es materia de la PGD). Es algo parecido a la forma del realista Roscoe Pound,⁵⁹ que separa la teoría del Derecho y la manera como se cristaliza en el mundo real. Nuestra propuesta de práctica está lejana de la teoría de la acción de Mauricio Blondel,⁶⁰ la praxiología de la escuela austriaca de Ludwig von Mises⁶¹ y Friedrich Hayek,⁶² el concepto webberiano de acción,⁶³ la hermenéutica heideggeriana de la facticidad,⁶⁴ el comunicacionalismo discursivo de la facticidad habermasiana,⁶⁵ de la idea de práctica, del funcionalismo etnográfico del *work-field* o trabajo de campo,⁶⁶ y cerca de situar al Derecho como práctica social de su materialidad. Para Marx, la *praxis* es una categoría primordial que permite marcar distancias con la teoría para definir, en consecuencia, cómo la teoría debería interpretarse. Se trata de una actividad humana transformacional: es la dinámica que cambia las relaciones sociales de producción.⁶⁷ Así las cosas, la TGD es dialéctica y no una serie de términos incomprensibles separados de la concreción, sino que está dirigida a la lucha por una sociedad y un Derecho más amables y cordiales. Es claro que la PGD es un quehacer revolucionario y no sólo es acción en

59 Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, Nebraska: University of Nebraska, 1921.

60 Mauricio Blondel, *La acción*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1996.

61 Ludwig von Mises, *La acción humana. Tratado de economía*, Madrid: Unión Editorial, 2011.

62 Friedrich Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, Madrid: Unión Editorial, 2006.

63 Max Weber, *Economía y sociedad*, México: FCE, 2002.

64 Martin Heidegger, *Ontología: hermenéutica de la facticidad*, Madrid: Alianza, 2000.

65 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta, 2010.

66 Bronislaw Malinowsky, *Los argonautas del Pacífico occidental*, Barcelona: RBA, 1973.

67 Carlos Marx, *Manuscritos: economía y filosofía*, Madrid: Alianza, 1980.

general, sino una acción que cambia el capitalismo en aras de instaurar una democracia popular. Es clara la necesidad del Derecho en el periodo de transición entre la sociedad burguesa y su marcha hacia el socialismo y el comunismo. Estamos de acuerdo con Pashukanis: el Derecho se extinguirá cuando exista la sociedad sin clases, porque no habrá explotación, dinero, trabajo abstracto, fetichismo, cosificación, reificación ni enajenación.

Es absurda la idea de la ausencia de Derecho, sea en la fase de la revolución democrática popular, o en el periodo de transición señalado. La experiencia de la Nueva Política Económica, a principios-mediados de la centuria pasada en la URSS, y de la Gran Revolución Cultural en China, entre 1965 y 1968, es una muestra de ello. Mi propósito es señalar la existencia de una tradición materialista no estudiada en la historia del Derecho. Aquí señalo la importancia de Heráclito, Espartaco, Maquiavelo, Hobbes, Spinoza, Robespierre, Blanqui, Marx, Lenin y Mao, dejando de lado las ideas abstractas de los juristas medievales, como los posglosadores de Bartolo de Sasoferato, las posturas de Hegel, Kant, Gustav Hugo, Samuel Puffendorf, Montesquieu, Adam Smith, la escuela exegética francesa, la jurisprudencia analítica anglosajona, así como las posturas de Hans Kelsen, Luigi Ferrajoli y Carl Schmitt. Es decir, la práctica y el Derecho no obedecen más que una norma: la ley universal de la lucha de clases.

La PGD implica el primado de la materialidad como término universal, la cual supera a la propia TGD. Las implicaciones de esta tesis son fuertes, ya que la totalidad de las TGD niegan la PGD porque se dan cuenta de que la forma jurídica, al igual que la subjetividad jurídica, sólo se da en el capitalismo, y que el valor, la plusvalía y el capital constituyen la realidad jurídica del derecho burgués, entendido como un encuentro entre sujetos jurídicos portadores de mercancías en el cual unos —el 90% de la humanidad— venden su fuerza de trabajo a cambio de un salario, siendo explotados y produciendo plusvalía, en tanto que otros, los propietarios de medios de producción —el 10% de los habitantes del planeta— invierte su capital explotando a los trabajadores para quedarse con el excedente y así continuar con la producción y la reproducción. Marx, Pashukanis y Mao *dixit*. Así de sencillo y práctico. ¿Podrá haber mayor radicalidad para entender lo que es el Derecho? Tales ideas adquieren un contenido esencial en la construcción de un pensamiento jurídico mexicano de nuevo tipo alejado del fetichismo jurídico y cuestionador del sintacticismo, literalismo y metonimicidad de las tendencias normativistas.

Traduzcamos: esto es el Derecho y no otra cosa: no es el primado de lo ontológico sobre lo deontológico —la hegemonía del ser sobre el deber ser—, un sistema normativo autónomo y neutral, los principios por encima de las



reglas o la justicia como analogado principal, la persona por encima de la ley, la regulación de la conducta, decidir casos, crear normas, tomar decisiones, lo discursivo, lo lingual, la comunicación o el texto. Lo absurdo de la Teoría Pura del Derecho es negar la existencia de una práctica pura del Derecho, pues podría contaminarse de elementos políticos, sociales, históricos e ideológicos. En el caso de la teoría de las normas, niega la existencia de una práctica o praxis de las normas. Es por eso que su enfoque positivista está inhabilitado, pues considera que la ciencia del Derecho es una ciencia normativa del deber ser, y que las normas no pueden contener contenido fáctico. Es importante señalar que no es exacto que lo jurídico se resuelva en lo normativo ignorando las relaciones sociales, el argumento económico, la cuestión de la justicia, la política, el marco histórico, y que la validez se define en función de una norma superior hasta alcanzar la norma fundamental. Eso es pura ficción, ilusión y metafísica, porque no define nunca, debido a su filiación nominalista, la famosa *grundnorm* (norma fundamental), la cual, dicho sea de paso, no es humana, no ha sido legislada, no forma parte del Derecho positivo, y ningún juez ha dictado una sentencia o jurisprudencia, pues carece de base jurisdiccional, tangible, objetiva, real y concreta.

En otro ángulo, tampoco se trata de contraponer la ciencia de la naturaleza a las ciencias sociales. Sin caer en el positivismo, el fisicalismo ni la axiomatización, se puede justificar que dichas ciencias o saberes puedan auxiliar en la comprensión del fenómeno jurídico, sin ser parte del punto de vista interno, pero tampoco completamente aislados más allá del punto de vista externo. La tecnología, la inteligencia artificial, la lógica matemática y otras disciplinas vinculadas al principio de causalidad no pueden ser totalmente descartadas para situar unívocamente al Derecho en el campo de las ciencias prescriptivas y de la imputación. En ese terreno, una contraposición entre la naturaleza y la forma social no es absoluta, ya que la sociedad es visualizada en función de la praxis separada de la naturaleza. Así vemos que la distinción unívoca entre las ciencias de la naturaleza y exactas, por un lado, y las ciencias del espíritu, o humanas, por otro, puede ser una ilusión hermenéutica o fenoménica en la línea de Schleiermacher, Dilthey, Weber, Heidegger y Gadamer. De esta manera vemos la pertinencia de replantear las características y fisionomía de la ciencia del ser conectada con la ontología, lo teórico y lo empírico y, por supuesto, en parte con la praxis y la ciencia del deber ser, transitando más allá de la normatividad, la deontología, y también en la praxis. Esto significa que la ciencia teórica del ser y el deber ser no sólo es formal y conceptual, sino también práctica, y que la ciencia práctica del deber ser no es sólo normativa, sino también participa la acción, la transformación y la praxis. No es posible decir que la ciencia del ser concierne únicamente a la sociología por su dimensión empírica, o que la ciencia del deber ser es exclusivamente

teórica. No podemos construir un pensamiento jurídico mexicano alternativo si seguimos excluyendo a la sociología y a las ciencias sociales como criterio de identificación del Derecho, ni continuar ignorando que el Derecho es una relación social.

Por consiguiente, el Derecho no es sólo una dimensión normativa y legicéntrica, sino también un acontecimiento social que puede interpretarse empíricamente. La praxis podría ser el espacio donde el ser y el deber ser se conectan. Adoptar el argumento contrario nos lleva a negar la forma jurídica como reflejo de la forma económica y la forma política, donde el Derecho es comprendido como praxis, que sólo se da en el capitalismo, dado que la forma jurídica es una reproducción de la forma capital, la forma salario, la forma plusvalía, la forma acumulación, donde el Derecho es visualizado como una mediación o contrato que permite establecer las condiciones (normativas, principales, justiciales, sociales, ideológicas), donde hay portadores de mercancías en un contexto formal, de igualdad y libertad, independencia y autonomía, ya que el trabajador necesita un ingreso manifestado en un salario, lo cual reproduce, en términos reales, la desigualdad económica, manteniendo una condición de alienado y fetichizado. Por otro lado, el propietario de los medios de producción también es un portador de mercancías que invierte su capital para revalorizarlo mediante la acumulación basada en la explotación del trabajador. Eso es la forma jurídica. Podrán decir los positivistas que esto es puro determinismo económico, ya que se han ocultado las normas, la prescripción, el deber ser y la imputación. No es que sean invisibles, están presentes en el proceso de explotación del trabajo por el capital. Así de fácil, lo repito, entonces, ¿dónde entran el ser y el deber ser en la forma jurídica, así como la prescripción y la imputación? Todo ello se presenta en el proceso de explotación del burgués hacia el trabajador. La ontología de esta mediación se pregunta por la naturaleza de explotación capitalista, y se cuestiona sobre la esencia del Derecho mismo. Por esa razón los positivistas desprecian la ontología (que, dicho sea de paso, Georg Lukacs⁶⁸ contempla como una ontología materialista, no idealista), y la deontología indica cómo deben comportarse los portadores libres de mercancías, es decir, es una parte de la ética, pero se trata de una ética materialista ligada a la lucha de clases y a las relaciones sociales de producción, como dice Pashukanis.

En ese terreno, el Derecho no es el deber ser en abstracto, como dice la iusdeontología capitalista, ni tampoco es la ciencia del ser, como señala la sociología en tanto el horizonte del ser como dimensión práctica y empírica. No es posible tanta confusión, a menos que se pretenda enredar más este

68 Georg Lukacs, *Marx, ontología del ser social*, Madrid: Akal, 2007.



laberinto pseudoconceptual negando la existencia de un Derecho práxico basado en la praxis, y no como deber ser según la perspectiva deontológica, sin entender la sociología jurídica al interior del ser, lo cual negaría la existencia de una sociología teórica y una sociología práctica del Derecho. Si nos enganchamos al fetichismo conceptual kelseniano, vemos como imposible una sociología conceptual y categorial, y una sociología del Derecho empírica y práctica. Es por eso que, dice Kant, los juristas aún estamos definiendo lo que es el Derecho.⁶⁹ Lo cual, desde Platón hasta Hegesías —el abogado de la muerte—, hasta Bartolo de Sasoferrato en la Edad Media, y de Kelsen a Ferrajoli en el mundo contemporáneo, no se ha incorporado el descubrimiento de Marx sobre la praxis que ha hecho temblar teórica y empíricamente a toda clase de juristas inmersos en la jurisprudencia burguesa.

c) Tratemos de sintetizar. Es necesario entender que la postura marxista no busca una teoría general del Derecho contemplada como una estructura blindada de leyes y principios universales aplicables de manera mecanicista y unívoca a cualquier contexto. Está interesada en una teoría general capaz de comprender la esencia de la sociedad burguesa, así como su sistema económico, político, jurídico e ideológico. En ese sendero, observamos la deficiencia del Derecho natural, el realismo jurídico, la iusfenomenología, el perspectivismo, el relationalismo y obviamente el postpositivismo y el prescriptivismo. En el campo crítico no se busca una teoría general conformada por estructuras pasivas y cosificadas, sino como dinámicas de transformación. Dicha pretensión supone que no es posible contemplar una teoría general del Derecho aislada de una praxis general del Derecho, ya que sería imposible abordar la teoría particular de las normas, la teoría particular del sistema jurídico o la teoría específica de la forma jurídica como reflejo de la forma económica y de la forma política. Tampoco se podría entender la teoría particular de la ideología y de la subjetividad jurídica, mucho menos la teoría específica de la lucha de clases, la enajenación o alienación jurídica, la teoría de la democracia, la revolución, ni la teoría de la corrupción. De no acceder a la praxis concreta jurídica, se quedaría en un mar de conceptos sin un referente empírico, cosa que sucede en la mayor parte de las teorías del Derecho, ciencia del Derecho y similares. En el caso de la filosofía teórica del Derecho es pertinente una filosofía práctica del Derecho que pueda dar cuenta de la inmoralidad, de la violencia, del afán represivo y explotador, del racismo, y del excluyentismo de los seres humanos divididos en clases sociales en la realidad concreta del capitalismo, sin congelarse en la abstracción categorial de la teoría de la moral, teoría del ser, teoría de la belleza, teoría del estado, etcétera. Lo mismo sucedería con la teoría de la economía política, la teoría sociológica, la

69 Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona: Ariel, 1996.

teoría de la historia y lo demás. La perspectiva esencial está integrada por la ciencia del Derecho, la filosofía, la sociología jurídica, la historia y la economía política, la cuales formarían parte, junto a la ciencia del Derecho, del núcleo central de la juridicidad. Para configurar una teoría general del Derecho, es pertinente incorporar los saberes anteriormente mencionados, ya que abordan las relaciones sociales del Derecho, su génesis, evolución y desarrollo. No es parte del punto de vista interno porque dicha teoría es espectadora y observadora.

d) La dogmática jurídica como praxis concreta, cuya tarea es la interpretación de los textos situados en el ordenamiento jurídico, para convertirse en textos jurídicos comprendidos, colocados en el sistema jurídico, es una ciencia práctica, empírica y aplicada, la cual primeramente ha sido teórica. Por tal situación no forma parte de la Teoría General del Derecho. Entonces, ¿forma parte de la Práctica General del Derecho? Como dogmática jurídica en los hechos, a nivel fáctico es práctica de la dogmática jurídica. Tal situación se puede exemplificar en el desplazamiento del ordenamiento jurídico al sistema jurídico, estableciendo, por parte del jurista práctico, una interpretación dialéctica, de alguna ley, como la Ley General de Innovación, Ciencias, Tecnologías y Humanidades, por ejemplo, del apartado dedicado a la militarización. La interpretación dogmática se da en los hechos, y está relacionada con los puntos de vista del jurista dogmático. En cambio, los comentarios de los juristas teóricos sobre la intervención del jurista dogmático formarían parte, ya que es una reflexión de la teoría de la dogmática jurídica. Así vemos que el jurista dogmático es el sujeto que transforma los textos del ordenamiento hacia el sistema jurídico.

La teoría de la dogmática jurídica es la reflexión, el marco conceptual, las teorías y principios de la dogmática jurídica (valga la redundancia), son los puntos de vista, comentarios y ejes interpretacionales del jurista dogmático sobre un texto jurídico determinado, los marcos explicativos y la interpretación de las leyes y de la constitución, de una ley general o federal, de una jurisprudencia o de un libro de Derecho público, privado, o social. Tratemos de explicar. La dogmática jurídica tiene una expresión teórica manifestada en las estructuras categoriales propias de su disciplina (como doctrina, interpretación, sistema, ordenamiento, etcétera). Es similar al término interpretación jurídica, que tiene su dimensión teórica en su marco conceptual y metodológico, así como en las teorías de la interpretación (hermenéutica, fenoménica, sistémica, entre otras), y en los procedimientos formales para lograr una interpretación determinada. En el caso de la teoría de la dogmática jurídica, es su tejido conceptual y la reflexión sobre la práctica de la dogmática jurídica. Luego viene el proceso interpretacional, en el caso que



estamos abordando, el proceso doctrinal o dogmático, que sería la práctica de la dogmática jurídica o práctica interpretacional. En pocas palabras, la dogmática forma parte de la semántica, y tiene como precedente o antecedente la sintaxis entendida como el análisis de los conceptos fundamentales de la dogmática. Y, finalmente, la pragmática, que es la decisión asumida por los actores y operadores jurídicos, los cuales aplican los textos dogmáticos a la realidad concreta.

Hay, pues, una teoría de la dogmática jurídica como reflexión sobre la dogmática jurídica realizada por los juristas teóricos y prácticos, y la dogmática jurídica misma, que es el ejercicio práctico y concreto de los juristas dogmáticos para transformar el texto jurídico situado en el ordenamiento, en doctrina o dogmática, ubicado en el sistema jurídico.

e) La idea de Robles sobre que la dogmática jurídica, al ser práctica, no forma parte de la Teoría General del Derecho es discutible, pero si la teoría de la dogmática jurídica es una ciencia teórica, entonces no sería una Práctica General del Derecho. Robles, en el libro *Sociología del derecho*, señala que:

La teoría de la dogmática jurídica será naturalmente: teoría de la interpretación dogmática, teoría de la sistematización, teoría de la conceptualización, teoría de las relaciones entre la dogmática jurídica y la práctica jurídica (también se puede denominar teoría de las relaciones entre la teoría de la dogmática jurídica y la práctica de la dogmática jurídica, pero no llamarle teoría de las relaciones entre la dogmática jurídica y la práctica jurídica, que erróneamente sería teorías de las relaciones entre la dogmática jurídica como práctica y la práctica jurídica. De no ser así, la dogmática jurídica sería teórica y la práctica jurídica su dimensión fáctica) y la teoría de la justicia institucionalizada o intrasistémica.⁷⁰

Robles define la teoría de la dogmática jurídica de la siguiente manera: "no hay que confundir la dogmática jurídica con la teoría de la dogmática jurídica. La primera es una ciencia interpretativa del orden jurídico, mientras que la segunda es la reflexión teórica en torno a ella, y constituye como estamos viendo una parte de la teoría del Derecho (y no así, la dogmática jurídica, que no es teoría del Derecho, aunque necesariamente la suponga)".⁷¹ En este pasaje Robles acepta que la dogmática es Práctica General Jurídica, y la Teoría de la Dogmática es Teoría General del Derecho. Hemos visto algunos puntos de vista

70 Gregorio Robles, *Sociología del derecho*, Madrid: Civitas, 1997, p. 74.

71 *Ibid.*, p. 73.

de Gregorio Robles para abordar la diversidad de opiniones y puntos de vista sobre la teoría y práctica de la dogmática jurídica. A continuación, veamos un poco sobre la ciencia del Derecho.

f) La ciencia del Derecho se divide en ciencia teórica y ciencia práctica. La primera refiere a su saber teórico, incluyendo la semiótica jurídica y sus tres componentes: teoría de la sintaxis (los conceptos jurídicos fundamentales, la teoría de las normas, la teoría de los ordenamientos jurídicos), la teoría de la semántica (dogmática teórica y teoría de las instituciones), y la teoría de la pragmática jurídica (teoría de las decisiones judiciales). También la ciencia teórica del Derecho incluye la teoría de la hermenéutica jurídica. De forma original Robles coloca la ciencia del Derecho en su aspecto teórico y práctico. Es decir, como conjunto de normas y principios de un ordenamiento jurídico determinado. No aborda el carácter conceptual y práctico de la ciencia del Derecho, por separado, pues da por hecho que la ciencia, como conjunto de teorías, implica su instrumentalización. En otro ángulo, la ciencia práctica del Derecho refiere a su dimensión práctica, por ejemplo, las decisiones de los actores jurídicos (jueces, legisladores, litigantes, etcétera), así como los efectos empíricos en la redacción y acción de una demanda, un dictamen, un asesoramiento, etcétera.

g) Además, la Teoría General del Derecho incluye la filosofía teórica del Derecho, en la que se encuentra la teoría de la hermenéutica filosófica del Derecho (según Robles: epistemología, ontología, axiología, y filosofía existencial del Derecho). No hay que olvidar que para Kant hay una razón teórica y práctica, la primera se refiere a lo que podemos conocer⁷² y la segunda determina nuestro modo de actuar bajo el imperativo categórico.⁷³ En esa vía, Robles podría coincidir con el idealismo alemán, en especial Fichte, quien busca un principio o estructura común a la razón teórica y práctica⁷⁴ a través de la actividad y autoposición del yo. Con Marx sucede lo mismo, ya que en la famosa decimoprimera tesis sobre Feuerbach señala: "Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo".⁷⁵ Señalando que la teoría es interpretación y la

72 Kant, *Crítica de la razón pura*, op. cit.

73 Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit.

74 J. G. Fichte, *Fundamento a toda Doctrina de la ciencia*, Madrid: Tecnos, 2005.

75 Karl Marx, "Tesis sobre Feuerbach, en Marx y Engels", *Obras escogidas. Tomo II*, Moscú: Ediciones Progreso, 1970, p. 101.



transformación es praxis concreta. Sin embargo, me parece importante la idea de Robles de ubicar la teoría general del Derecho sin praxis general del Derecho, literalmente hablando, aunque mencione que incide en la práctica; en otras palabras, la Teoría General del Derecho es primariamente teórica y secundariamente práctica. Como la ética, que es teórica y práctica. Lo vertebral de la Teoría General del Derecho es la teoría siendo su objetivo central, puesto que de ella obtiene lo que, más adelante, le brindará su dimensión práctica. Por consiguiente, el saber jurídico es esencialmente teórico, pero el conocimiento teórico, por amplificación y aplicación, se vuelve fáctico o práctico. Así, Robles ve que en el saber jurídico general se presenta la dualidad de teoría y praxis, de la misma forma que ocurre en la lógica medieval, moderna y contemporánea, que es teórica y práctica, ya que integra los dos componentes. Es importante señalar la idea de Robles sobre la razón teórica y la razón práctica: "mientras la razón teórica es la razón en tanto que aborda las cuestiones propias de la ciencia, esto es, del conocimiento de lo general, la razón práctica es la razón misma en cuanto tiene un cometido muy distinto al anterior y que consiste en orientar las acciones humanas y las decisiones, las cuales sin ninguna duda constituyen a su vez una modalidad de las acciones."⁷⁶ Así vemos el valor asignado no sólo a la razón teórica sino a la razón práctica.

h) Robles dice que la que la Teoría del Derecho (Ciencia del Derecho) es igual que la Filosofía del Derecho o que la Teoría General del Derecho. En el volumen I de *Teoría del derecho*, indica "Este libro es ante todo un libro de texto, puede ser usado lo mismo o con denominaciones generales teoría general del Derecho, introducción a Derecho, etcétera, que para la asignatura filosofía del Derecho. El autor no hace una diferencia sustancial entre ambas materias."⁷⁷ E incluso afirma que la Teoría del Derecho sustituye a la Filosofía del Derecho; también señala que "la filosofía del derecho es una rama de la filosofía y no como suele decirse una filosofía 'aplicada', ya que en principio la filosofía no se aplica, sino que se consuma en la reflexión. Como rama de la filosofía sólo puede ser hecha por filósofos, pero si se tiene en cuenta su objeto, habrá que elaborarse por filósofos que al mismo tiempo sean juristas o, cuando menos que tengan un marcado interés por el Derecho".⁷⁸ Como vemos, para Robles la filosofía no implica una instrumentalización inmediata. No obstante, su propuesta de iusfilosofía me parece válida, ya que incluye no sólo la reflexión,

76 Gregorio Robles, *Comunicación, lenguaje y derecho*, México: Fontamara, 2012, p. 144.

77 Gregorio Robles, *Teoría del derecho*, vol. I, Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 21.

78 Ibid., pp. 43-44.

sino además la razón práctica (sin que eso implique una empiricidad total). En esa vía, la Teoría General del Derecho, de corte comunicacional va más allá del descriptivismo positivista e incluso más allá del pospositivismo al situar su objetivo en los procesos comunicantes, entendiendo que dicha comunicación sólo es viable a través del lenguaje, pero no del lenguaje en general sino en el lenguaje de los juristas.

En ese sentido, la Teoría General del Derecho tendría como elemento primordial la Teoría particular del Derecho o Ciencia del Derecho, la cual incluiría la Filosofía jurídica como un solo punto de vista interno, aceptando que la Teoría particular del Derecho estaría integrada por la Ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho, es decir, hay dos puntos de vista internos que se integran en uno solo. Además, la ciencia del Derecho no puede funcionar sin la filosofía, así como la iusfilosofía es imposible sin la existencia del Derecho. Es importante señalar que, a nuestro juicio, la diferencia con Robles radica en que la filosofía del Derecho incluye no sólo a la epistemología la ontología, la axiología y la cuestión existencial, sino también la estética, la gnoseología, la poética, la retórica y la lógica, entre otras. Otra diferencia es que no se puede reducir la filosofía del Derecho a la teoría del Derecho.

Cuando Robles habla de Ciencia del Derecho abarca teoría y práctica a la vez, y la divide en sintaxis o teoría formal del Derecho. No se refiere a ciencia teórica, ni a ciencia práctica, sintaxis teórica, sintaxis “práctica”, teoría formal “teórica”, ni a práctica formal “práctica”. Al hablar de semántica sucede lo mismo, con la excepción de que dentro de la misma hay una ciencia práctica, particular e interpretativa que es la dogmática jurídica o ciencia y metodología del Derecho, y en otra arista teoría de la dogmática jurídica. Cuando establece la pragmática jurídica no incluye la teoría y la práctica de la decisión jurídica, ya que el tema de la decisión abarca por extensión ambas modalidades. Por esa razón subraya: “la teoría de la decisión jurídica estudia el Derecho en movimiento, en su aspecto diacrónico, en su *poesisis* [...]. Es aquí donde hay que situar el problema que tradicionalmente se denomina ‘creación y aplicación del Derecho’, pues es precisamente a través de las decisiones jurídicas como se crean y se aplican las normas que componen aquel”⁷⁹. En esa vía se puede hablar de una decisión práctica para referirse a los actos instrumentales y fácticos de los operadores jurídicos (jueces, legisladores, notarios, etcétera); y a la teoría de la decisión jurídica como la reflexión teórica sobre ella, ubicando a la teoría de la decisión jurídica como Teoría General del Derecho y a la práctica de la decisión jurídica como Práctica General del Derecho.

79 Gregorio Robles, *Sociología del derecho*, op. cit., pp. 74-75.



Provisionalmente se podría decir que la decisión jurídica es también una decisión práctica que se sitúa, al igual que la dogmática jurídica y la teoría de la dogmática jurídica, como diferentes a la práctica y teoría de la dogmática jurídica. Claramente son diferentes, pero habría una consideración similar al colocar a la decisión jurídica como práctica y a la teoría de la decisión jurídica como reflexión teórica.

Por otro lado, está la Práctica general del Derecho o Derecho *utens*, compuesto por la Práctica particular del Derecho, compuesta por la Ciencia aplicada del Derecho y sus tres componentes: sintaxis, semántica y pragmática *utens*, por la hermenéutica *utens* (método), y por la filosofía *utens* hermenéutica. Las disciplinas restantes, desde la sociología *utens*, la economía *utens*, y la psicología *utens*, configuran el punto de vista externo de la praxis jurídica. Sin embargo, me parece aceptable la idea de Robles de que la sociología jurídica estudia los hechos que son esenciales a la eficacia y practicidad. Quizás para no caer en el sociologicismo, que es radicalmente empiricista. Así, se expresa de la siguiente manera pensando en la sociología jurídica: "Su objeto son también los hechos, pero, como es lógico, no los hechos naturales, sino los 'hechos sociales', la facticidad social, lo que sucede en la realidad social".⁸⁰ Lo cual le proporciona su practicidad. El criterio sociologicista lleva a sustituir la sociología jurídica por la teoría general del Derecho o la dogmática, como ocurre con Theodor Geiger, Eugen Ehrlich y Herman Kantorowicz. Otro ejemplo de ese tipo de practicidad sociológica es el recién mencionado Ehrlich con su idea de "Derecho vivo", pues el Derecho está en la vida, ya que no es la ley ni la norma ni la decisión judicial, sino la vida cotidiana. No se trata de una ciencia teórica, sino de un arte empírico de carácter instrumental, llamado jurisprudencia práctica o Derecho práctico. Dicho carácter empírico del Derecho es el objeto de estudio de la sociología jurídica.⁸¹ Así las cosas, el practicismo o empirismo sociológico no formaría parte de la Teoría General del Derecho. A diferencia de la filosofía del Derecho, la sociología jurídica será vertebralmente un saber aplicado. Por esa razón, Robles critica el empirismo del sociologicismo y su postura externalista.

Nuestro autor le da gran importancia a Max Weber, sin estar completamente de acuerdo con él, ya que éste admite la consistencia del punto de vista sociológico y el punto de vista jurídico del Derecho. En ese sentido, el Derecho es un orden de facticidad, cuestión que Robles admite secundariamente. Así, Robles defiende la dogmática jurídica como ciencia normativa que trata del deber ser del Derecho, mientras que la ius sociología

80 Ibid., p. 24.

81 Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913.

se ocupa del ser o practicidad del Derecho, es decir de la facticidad, las acciones y las relaciones sociales prácticas.⁸² Por consiguiente, entiende por sociología del Derecho a la interpretación comprensiva del impacto del Derecho en la sociedad, por lo que la divide en sociología formal, sociología de las instituciones y sociología de la decisión. Sin insistir en su diferencia teórica y práctica, sino englobándola como un trinomio o tridimensionalidad.

i) La teoría del Derecho es, para Robles, como filosofía jurídica para abogados. Dice: "esta filosofía jurídica para juristas es designada teoría del Derecho. En ella el filósofo y el jurista se dan la mano".⁸³ Cuestión distinta en la sociología jurídica, donde el jurista y el sociólogo no se consideran totalmente aliados por su postura participante y su posición espectadora. No puede decirse que la teoría del Derecho es una sociología jurídica para juristas, debido a que dicha ciencia, así como la sociología, para Robles, forma parte del punto de vista externo del Derecho; mientras que la filosofía integra la perspectiva interna del Derecho, siendo lo mismo filosofía del Derecho y teoría del Derecho. Después afirma:

Con esta nueva designación se pretende, en primer lugar, separarse de las implicaciones metafísico-ontologistas tanto del 'derecho natural' como de la 'Filosofía del Derecho', pero además denominar un nuevo planteamiento epistemológico capaz de superar la antinomia entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. La Teoría del Derecho es la filosofía jurídica del pospositivismo, asentada no en la fe ciega en la descripción, ya de la idea, ya de los hechos, sino en la universal inmediatez del lenguaje. Su planteamiento no coincide ni con la Doctrina (o Teoría) general del Derecho, producto del positivismo en sus diversas manifestaciones, ni con la seca teoría analítica al uso, pues incorpora el modelo semiótico en todas sus dimensiones, a la vez que abre la puerta de par en par a la hermenéutica filosófica. Reformula los viejos problemas, colocándolos en un nuevo modelo epistemológico que los dota de una significación distinta. Uno de sus postulados es que el recurso neopositivista al 'pseudo-problema' constituye una pseudosolución. Su afán integrado escapa, no obstante, al eclecticismo y al sincretismo metódico, ya que pretende la intelección de la pluralidad de los problemas teórico-jurídicos situando éstos en el plano del lenguaje que les corresponde.⁸⁴

82 Gregorio Robles, *Sociología del derecho*, op. cit., 42.

83 Gregorio Robles, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid: Editorial Debate, 2003, p. 7.

84 *Ibid.*, pp. 7-8.



Como se aprecia, su propuesta es un nuevo planteamiento epistemológico distante del iuspositivismo y del iusnaturalismo. Incluso es diferente a la *allgemeine Rechtslehre* o Doctrina General del Derecho, típica del positivismo de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) y Gustav von Hugo (1764-1844) y de la *General Theory of Law* de la *Analytic Jurisprudence*, en la línea de Jeremías Bentham y John Austin, así como de la *doctrina general del derecho natural*. Su propuesta de Teoría General del Derecho va más allá de las dos grandes corrientes jurídicas referidas. También se distingue de la hermenéutica schleiermáhiana, diltheyana, heideggeriana, gadameriana de orientación ontologicista, y de la analítica estrictamente positivista con el objetivo de configurar una TGD que incorpora la semiótica y la hermenéutica. En otras palabras, incluye una analítica ligada a la hermenéutica y una hermenéutica enlazada con la semiótica a través de la interpretación y de la construcción.

Nuestro autor señala tres componentes sobre la teoría del derecho:

Si el nombre no es nuevo, sí lo es el asunto. Quiero decir que la denominación *Teoría del Derecho* no es ciertamente de ayer mismo, pero sí lo es su uso generalizado, en gran parte sustituyendo al nombre *Filosofía del Derecho*. Y también es reciente la conciencia de que la Teoría del Derecho no puede identificarse sin más con la *Allgemeine Rechtslehre* o *Doctrina general del Derecho*, disciplina ésta que equivale a la parte general de las partes generales de las materias dogmáticas (Derecho civil, penal, administrativo, procesal, etcétera). En este libro, una de las preocupaciones constantes es desvelar tanto la evolución de las ideas como el precipitado último de las mismas, distinguiendo netamente entre la Dogmática jurídica (donde se engloba la Doctrina general del Derecho, que sería su culminación), la Filosofía del Derecho en sentido estricto y la actual Teoría del Derecho.⁸⁵

Aquí vemos que para Robles es central en su programa de investigación la dogmática, la filosofía y la teoría del Derecho. Agregaré que para Anselm von Feuerbach⁸⁶ —jurista alemán nacido en 1775 y fallecido en 1833, autor del Código penal de Baviera y padre de Ludwig y Karl Wilhelm Feuerbach— usa el nombre de *Theorie des Rechts* de forma opuesta a *Praxis des Rechts*, la cual nos parece adecuada⁸⁷, como teoría de la revuelta o praxis de la revuelta,

85 Ibid., p. 10.

86 Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Heyes, Berlín, 1801.

87 Gregorio Robles, *Introducción a la teoría del derecho*, op. cit.,

entendiendo por la primera la doctrina de la revuelta, y por la segunda la facticidad concreta de un hecho, actividad o acción de la revuelta. También es distinto a la llamada *Rechts Theorie*, para designar a la teoría histórica del Derecho en contraposición a la teoría ahistórica del Derecho característica del Derecho natural. La separación entre teoría y práctica es mucho más antigua, sobre todo en la escolástica en el siglo XIII y XIV, y también en autores como Charles Sanders Peirce, en su análisis sobre la lógica *utens* y *docens*.⁸⁸ En nuestro medio José Luis López Aranguren ha hablado de *ethica docens* y *utens*⁸⁹; y el mexicano Mauricio Beuchot de hermenéutica *docens* y *utens*, designando a la primera como doctrina o teoría general del interpretar, y a la *utens* como la hermenéutica misma ofreciendo los instrumentos hallados en su estudio teórico para aplicarse en la práctica. En otras palabras, la *docens* designa la teoría y la *utens* se refiere a la facticidad, concreción o *praxis* de la hermenéutica.⁹⁰

Robles menciona al jurista alemán Karl Magnus Bergbohm (1849-1927) quien llamó a los conceptos centrales del Derecho positivo como Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho o Doctrina General del Derecho.⁹¹ También el abogado alemán Ernst Rudolf Bierling (1841-1919) denominó a su texto principal *Juristische Prinzipienlehre* o doctrina de los principios jurídicos⁹². El jurista húngaro Félix Somlò (1873-1920) adopta el nombre de *Juristische grundlehre* o doctrina fundamental del Derecho.⁹³ Es importante destacar, según las enseñanzas de Robles, que la denominación más usual es la de *Allgemeine Rechtslehre* o Doctrina General del Derecho, el cual es usado por Merkl, Bergbohm y Kelsen. Hay que considerar que Adolf Julius Merkl recurre a la Teoría General del Derecho al escribir su famoso texto sobre Derecho administrativo.⁹⁴ Lo mismo ocurre con Kelsen, quien establece su trabajo sobre

p., 10.

88 Ch. S. Peirce, *Escritos lógicos*, Madrid: Alianza, 1998, p. 52.

89 José Luís López Aranguren, *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Madrid: Tecnos, 1992, p. 25.

90 Mauricio Beuchot, *Tratado de hermenéutica analógica*, , México: UNAM-Itaca 2009, pp. 18-19.

91 Bergbohm Carl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Düncker & Humblot, 1892.

92 Bierling, Ernst Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre*, Mohr, 1894.

93 Somlò, Félix, *Juristische Grundlehre*, F. Meiner, 1917.

94 Merkl, Adolf Julius, *Teoría general del Derecho administrati-*



el estado, en tanto teoría general,⁹⁵ y más adelante como *General Theory of Law and State*⁹⁶. En el caso de Inglaterra se usó *jurisprudence* para nombrar a la doctrina general. En la tradición positivista se ha empleado enormemente la idea de teoría general; en el caso de paradigma comunicacional roblesiano no ha insistido en esta perspectiva. En síntesis, la TGD de hechura comunicacional no es descriptivista ni está unívocamente anclada en la razón teórica. Además, acepta la idea de justicia ambital y extra-ambital, a diferencia de las posturas neopositivistas de estilo garantista y pospostivista.⁹⁷ Como vemos, podemos estar de acuerdo o en desacuerdo con lo que piensa Robles, pero su pensamiento es una gran contribución, por ejemplo, su definición de dogmática jurídica, su idea en negar la praxis de Marx, así como la propuesta de que la filosofía del Derecho está dirigida a los juristas —donde, desde nuestro punto de vista, se podría incluir a las capas trabajadoras—.

A continuación, señalaré el componente hermenéutico del pensamiento y praxis de Robles. Por su idea de interpretación, que en su caso es diferente a la hermenéutica objetivista de Emilio Betti, a la hermenéutica metafórica de Gadamer, a la hermenéutica del sí mismo de Ricoeur, a la hermenéutica nihilista de Vattimo, a la hermenéutica diatónica de Boaventura.

Entonces, ¿cuáles serían los criterios para establecer una Teoría y Praxis General del Derecho analógica y hermenéutica, pero dialéctica e histórica?

- a) Es una Teoría y Praxis General del Derecho distinta a la tradición positivista. Esta última es descriptivista al pensar que la ciencia jurídica tiene por objeto la descripción del Derecho y no su interpretación o explicación. El positivismo es determinista, legalista, sintagmático y metonimicista, ya que proporciona una lectura del Derecho sincrónica y superficial siendo la Teoría Crítica del Derecho paradigmática, pues establece una lectura en profundidad del Derecho como cambio social.

- b) Es una Teoría y Praxis General del Derecho diferente al sociologismo al estilo de Ehrlich, Kantorowicz, Geiger y otros que asignaban una crítica a la vo, México: Editora Nacional, 1935.

95 Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925.

96 Kelsen Hans, *General theory of Law & State*, Routledge, Londres, 2005. Hay versión española titulada *Teoría general del derecho y del Estado*, México: Imprenta Universitaria, 1949.

97 Gregorio Robles, *Teoría del derecho*, vol. III, Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2021, pp. 855-919.

ciencia del Derecho y a la dogmática jurídica pretendiendo sustituirla por la sociología del Derecho.

- c) Se trata de una Teoría y Praxis General del Derecho distinta a posiciones ius-idealistas, porque no es visualizada en tanto primado de la filosofía, sobre el Derecho positivo indicando la supremacía de la justicia sobre la ley. En ese sentido, visualiza la doctrina general del Derecho desde una perspectiva idealista, trascendentalista y esencialista; mientras que la visión de la teoría comunicacional es lingual, inmanentista y perspectivista.
- d) Es una Teoría y Praxis General del Derecho diferente al marxismo que la coloca como parte del materialismo histórico, como ciencia general y de la dialéctica materialista como metodología particular. Ubicando el Derecho como la forma jurídica, como reflejo de la forma mercado. La visión de la Teoría General del Derecho en un modelo comunicacional no es dialéctica, ni cuantitativista, sino lingüística, textual, analítica y sistemática.
- e) Desarrolla una Teoría y Praxis General del Derecho distinta a una Práctica General del Derecho desde la perspectiva del Derecho *docens* y el Derecho *utens*, tal como fue planteada por los juristas medievales y autores modernos y contemporáneos. Establece la teoría comunicacional, una idea de teoría general que es a la vez reflexiva y orientada a un fin práctico.
- f) Es una Teoría y Praxis General del Derecho que incluye la Teoría de la Dogmática Jurídica sin considerar a la dogmática jurídica dentro de una teoría general, ya que para la Teoría Comunicacional la dogmática jurídica es propia de un ordenamiento jurídico particular, como el español o el mexicano y no es de carácter universal; es una ciencia práctica, constructiva, hermenéutica, semiológica, no general y comprensiva capaz de transformar mediante la sistematización y la conceptualización el ordenamiento en sistema jurídico.
- g) Es una Teoría y Praxis General del Derecho integrada por la ciencia teórica y práctica del Derecho, entendiéndola no bajo el modelo alemán de Ciencia del Derecho, legalista, normativista, coactiva y deontologicista, sino expresada en su dimensión formal, dogmática-institucional y decisional, sin caer en el formalismo de Tönnies, Simmel, Kelsen, Ferrajoli, etcétera. Sin un dogmatismo ontologicista, al estilo de Lukas Reinhard, con un decisionismo en la forma de Carl Schmitt, y un institucionalismo como sucede en Santi Romano.
- h) Es una Teoría y Praxis General del Derecho que ubica la sociología



como punto de vista interno. Contrariamente a los autores que ubica a la sociología del Derecho desde un punto de vista externo, al concebir la relación jurídica como un vínculo por encima del ordenamiento, el sistema y el ámbito jurídico; la normatividad, las instituciones y la dimensión comunicativa. Aquí tenemos un punto de vista diferente a Gregorio Robles, quien ubica la sociología como punto de vista externo al Derecho.

- i) Es una Teoría y Praxis General del Derecho con pretensión de universalidad. Se trata de una universalidad comunicacional de corte hermenéutico, ya que considera central la interpretación comprensiva del Derecho como un texto histórico y dialéctico. Siendo este último no sólo escrito, sino auditivo, sonoro, oral, táctil y cualquier acción significativa.
- j) Es una Teoría General del Derecho de carácter multidisciplinario (teoría del Derecho y filosofía jurídica, sociología jurídica y economía política), es opuesta a la visión monodisciplinaria y unidimensional del positivismo jurídico y de la postura postmoderna de corte antidisciplinario o infinitamente interdisciplinario, sino objeto de diversas funciones comunicacionales.
- k) Es una Teoría General del Derecho de carácter interpretacional, ya que entiende el Derecho como un conjunto de procesos comprensivos, opuesto a la concepción naturalista que coloca al Derecho en un horizonte estático, inmóvil y eterno.
- l) En fin, la Teoría General del Derecho de la hermenéutica jurídica y del campo marxista en su versión analógica, dialéctica y crítica es una superación del positivismo jurídico y del iusnaturalismo por su contribución en la ubicación de la razón práctica y la razón teórica, la inclusión de la ética y la justicia, la superación del monismo, la colocación de las normas en el marco del sistema jurídico, el replanteamiento de la dogmática jurídica, la invención del concepto de ámbito jurídico, el rechazo a la concepción homogénea de las normas por una adopción de la concepción heterogénea de las mismas, la articulación de la analítica y la hermenéutica, el replanteo del modelo comunicacional, la revalorización de las normas procedimentales, la actualización de la semiótica, la construcción de un marco conceptual con una metodología semiótica, interpretacional y comprensiva y, de manera significativa, la noción marxista de praxis, la cual nos ayuda a entender la articulación entre la teoría y la práctica general del Derecho

II. Recolección

Así las cosas, nos percatamos de la relevancia del pensamiento jurídico de factura hermenéutica y cierta conexión con el campo marxista. Para ello, he tomado algunas consideraciones de la hermenéutica jurídica y el materialismo histórico, así como algunas ideas de Gregorio Robles y Mauricio Beuchot. Me he centrado en la reflexión sobre la Teoría General del Derecho y la Praxis General del Derecho. He utilizado en sentido negativo la Teoría General de la Teoría Pura del Derecho, contemplada como normativista instalada fuera de la razón práctica y de la eticidad y, por supuesto, de la praxis en sentido marxista. En cambio, la Teoría Crítica propone una teoría general capaz de incluir la dimensión sintáctica, semántica y pragmática con el objetivo de establecer una hermenéutica no sólo analógica sino también dialéctica, distinta a la hermenéutica metafórica de la “distancia” de Paul Ricoeur, la hermenéutica metonímica y objetivista de Emilio Betti, a la hermenéutica univocista de Jean Grondin, a la hermenéutica existencial de Hans Georg Gadamer y a la hermenéutica de la facticidad de Martin Heidegger. Su idea de comunicación es diferente a la escuela matemática de Claude Shannon, la comunicación hipodérmica de Harold Lasswell, la comunicación estructural funcional de Talcott Parsons y Robert Merton, la comunicación sistémica de Niklas Luhmann y la comunicación del consenso de Jürgen Habermas. También su idea del Derecho es diametralmente opuesta al absolutismo del normativismo y al equivocismo del relativismo de la posmodernidad jurídica.

Para alcanzar dicho propósito, propongo una Teoría y Praxis General del Derecho, situado en su ámbito de aplicación: la razón práctica enlazada con la facticidad, hermenéuticamente interpretada y comunicacionalmente construida gracias a su estructura discursiva, textual, sistemática, doctrinal, formalista, dogmática, decisional y perspectivista. También establezco un diálogo con el hermeneuta español Gregorio Robles para visualizar la idea de Derecho, dogmática y otras temáticas más. Es importante destacar que la hermenéutica jurídica se fundamenta en la filosofía del lenguaje, en su versión interpretacional. En ese camino, no se piensa a sí misma como positivista, ya que su objeto es enfocarse en los dispositivos de comunicación con sentido jurídico convirtiendo el acto y el hecho jurídico en su objeto de estudio. Por último, mediante el método ligado a la hermenéutica crítica y al método de la economía política se logra configurar una interpretación comprensiva y racional de una teoría y praxis generales del Derecho en correspondencia con la complejidad (política, jurídica y social) que nos ha tocado vivir. En fin, para cerrar, subrayo que la hermenéutica jurídica vinculada con el materialismo histórico, constituyen una guía propedéutica que nos puede ayudar a entender el Derecho. No es ciencia del Derecho, sociología, filosofía ni economía política, es una iluminación mediante su batería conceptual, sobre la ciencia del Derecho. Sea como sea, para bien o para mal, la hermenéutica jurídica no será una her-



meneútica unívoca del Derecho, será una hermenéutica analógica y dialéctica, basada en el campo crítico y en el materialismo histórico para el Derecho. En esa vía, el desafío no es construir una hermenéutica del Derecho sino una hermenéutica alternativa sobre el Derecho, para el Derecho. Esto no debe verse en sentido nihilista pues no tiene nada que ver una hermenéutica jurídica para cada momento de la historia de la humanidad. Si deseamos abogados, apologetas del Estado y del capital, ahí están Ernest Rudolph Bierling, Hans Kelsen, Luigi Ferrajoli y el positivismo legalista. Si queremos hermeneutas creativos del Derecho al interior del pensamiento jurídico universal y mexicano, tenemos a Mauricio Beuchot, Alyson Leandro Mascaro, Carlos Rivera Lugo, Beatriz Rajland, Gregorio Robles y Evgeny Pashukanis. En pocas palabras, es necesario un enlace entre las hermenéuticas jurídicas críticas conectadas con el materialismo histórico como ciencia teórico-práctica de la sociedad y las aportaciones de la hermenéutica. Hasta aquí mis comentarios.

Referencias

YOU got it! Here are the references you provided, formatted in APA 7th edition style.

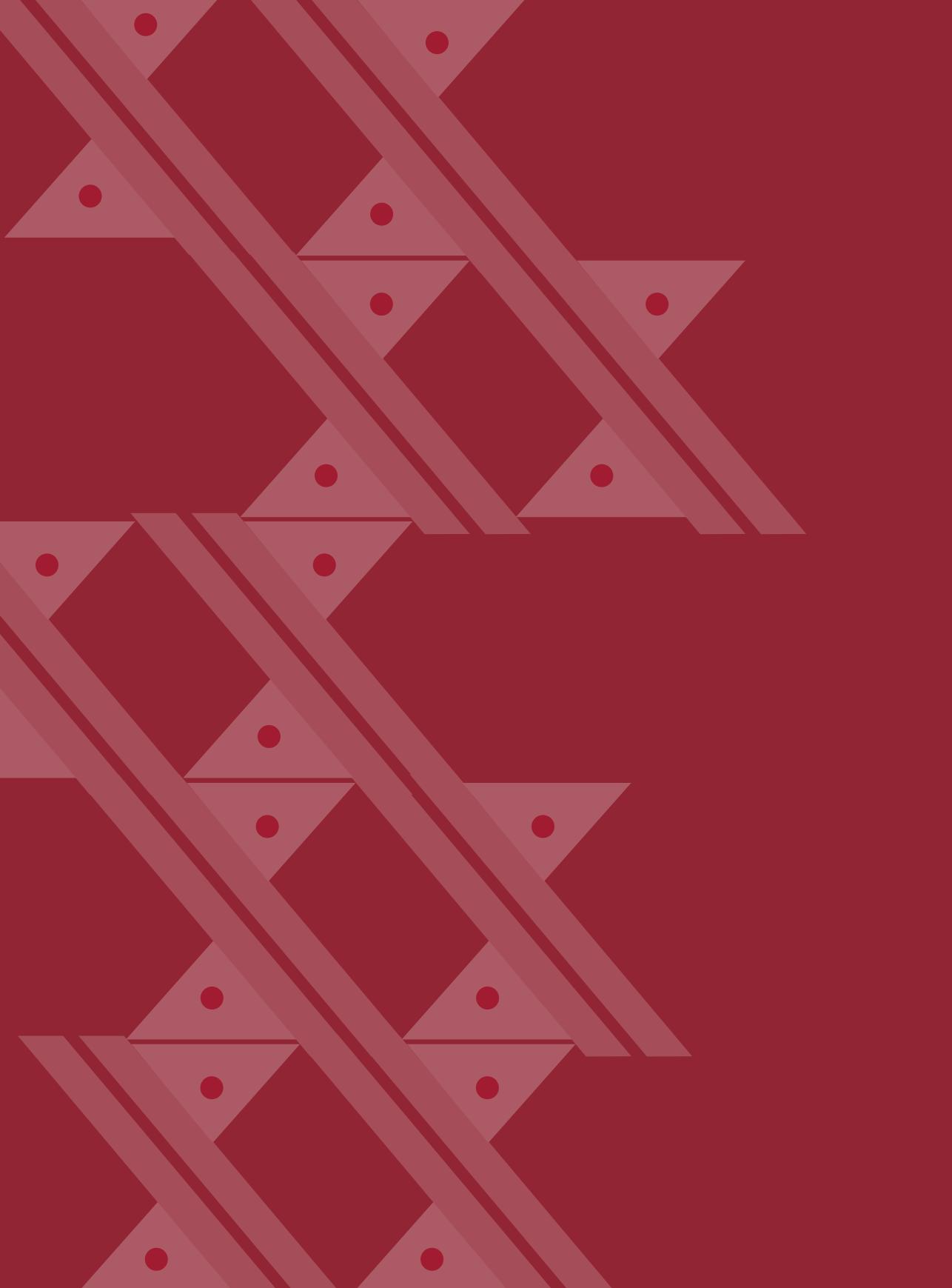
References

- ARISTÓTELES.** (1985). *Ética nicomáquea*. Gredos.
- ATIENZA, M., & Ruiz Manero, J.** (2009). *Para una teoría postpositivista del derecho*. Palestra.
- BARTHES, R.** (1971). *Elementos de semiología*. Alberto Corazón Editor.
- BERGBOHM, C.** (1892). *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Duncker & Humblot.
- BETTI, E.** (2019). *Teoría general de las obligaciones*. Ediciones Jurídicas Olejnik.
- BEUCHOT, M.** (2009). *Tratado de hermenéutica analógica*. UNAM-Itaca.
- BIERLING, E. R.** (1894). *Juristische Prinzipienlehre*. Mohr.
- BLONDEL, M.** (1996). *La acción*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- CALVO, J.** (1996). *Derecho y narración*. Ariel.

- CARNAP**, R. (n.d.). *La construcción lógica del mundo*. Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- EHRLICH**, E. (1913). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*.
- FICHTE**, J. G. (2005). *Fundamento a toda Doctrina de la ciencia*. Tecnos.
- GADAMER**, H. G. (1998). *Verdad y método* (Vol. I). Sígueme.
- HABERMAS**, J. (2010). *Facticidad y validez*. Trotta.
- HAYEK**, F. (2006). *Derecho, legislación y libertad*. Unión Editorial.
- HEIDEGGER**, M. (2000). *Ontología: hermenéutica de la facticidad*. Alianza.
- HERVADA**, J. (2005). *Introducción crítica al derecho natural*. Ediciones Universidad de Navarra.
- KANT**, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ariel.
- KANT**, I. (2005). *Crítica de la razón pura*. Taurus.
- KELSEN**, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*.
- KELSEN**, H. (1980). *Teoría pura del derecho*. UNAM.
- KELSEN**, H. (2005). *General theory of Law & State*. Routledge.
- LÓPEZ** Aranguren, J. L. (1992). *Ética de la felicidad y otros lenguajes*. Tecnos.
- LUHMANN**, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. Herder-Universidad Iberoamericana.
- LUKACS**, G. (2007). *Marx, ontología del ser social*. Akal.
- MALINOWSKY**, B. (1973). *Los argonautas del Pacífico occidental*. RBA.
- MARX**, C. (1970). Tesis sobre Feuerbach. In C. Marx & F. Engels, *Obras escogidas* (Vol. II). Ediciones Progreso.
- MARX**, C. (1980). *Manuscritos: economía y filosofía*. Alianza.
- MARX**, C. (2022). *El capital*. FCE.

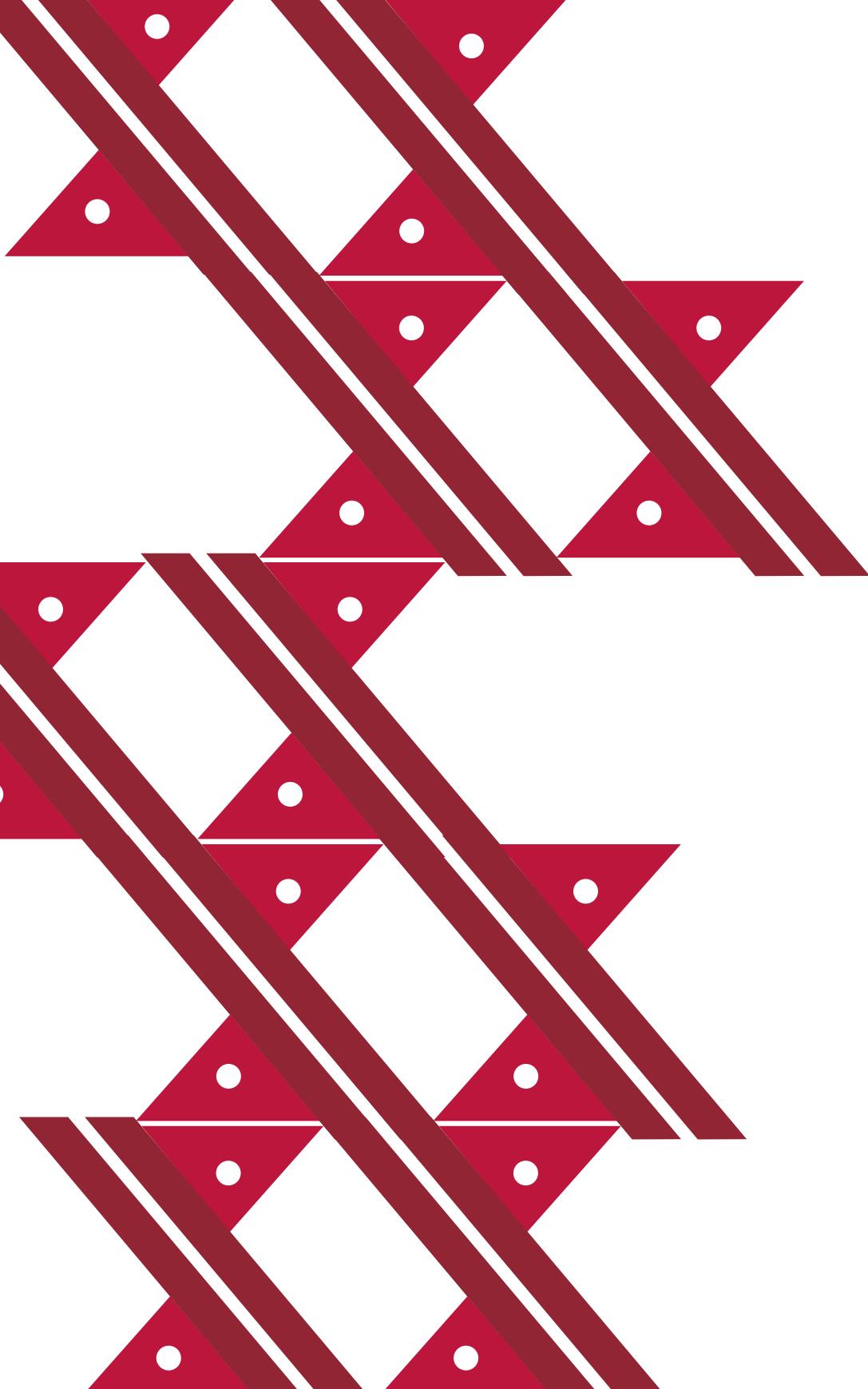


- MERKL**, A. J. (1935). *Teoría general del Derecho administrativo*. Editora Nacional.
- MORRIS**, C. (1985). *Fundamentos de la teoría de los signos*. Paidós.
- PEIRCE**, C. S. (1998). *Escritos lógicos*. Alianza.
- POUND**, R. (1921). *The Spirit of the Common Law*. University of Nebraska.
- RICOEUR**, P. (2009). *Amor y justicia*. Siglo XXI.
- ROBLES**, G. (1997). *Sociología del derecho*. Civitas.
- ROBLES**, G. (2003). *Introducción a la teoría del derecho*. Editorial Debate.
- ROBLES**, G. (2012). *Comunicación, lenguaje y derecho*. Fontamara.
- ROBLES**, G. (2013). *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*. Ediciones Coyoacán.
- ROBLES**, G. (2015). *Teoría del derecho* (Vol. I). Civitas-Thomson Reuters.
- ROBLES**, G. (2021). *Teoría del derecho* (Vol. III). Civitas-Thomson Reuters.
- SAUSSURE**, F. de. (1945). *Curso de lingüística general*. Losada.
- SOMLÓ**, F. (1917). *Juristische Grundlehre*. F. Meiner.
- VATTIMO**, G. (2010). *Adiós a la verdad*. Gedisa.
- VON Feuerbach**, A. (1801). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Penitentia-lichen Rechts*. Heyes.
- VON Mises**, L. (2011). *La acción humana. Tratado de economía*. Unión Editorial.
- WEBER**, M. (2002). *Economía y sociedad*. FCE.



MODULO II. TEORÍA URÍDICA CONTEMPORÁNEA Y PENSAMIENTO JURÍDICO ALTERNATIVO







EL IUSNATURALISMO CONTEMPORÁNEO. LUIS ENRIQUE RAMÍREZ VARGAS⁹⁸

Introducción

El iusnaturalismo de nuestros días tiene como una de sus tareas principales la de llevar a cabo el desmontaje del conjunto de caricaturas y deformaciones que sus teorías rivales—destacadamente el positivismo jurídico—han hecho de él⁹⁹. Esta labor de desmitificación requiere hacer frente a las variadas malinterpretaciones que se han hecho del derecho y la ley naturales, la mayoría de las cuales se debe a la falta de contacto, por parte de sus detractores, con las fuentes primarias de esta tradición, así como a la confusión entre los distintos tipos de iusnaturalismos existentes. Así, por ejemplo, en los diferentes textos donde Hans Kelsen —el principal de sus críticos— examina al iusnaturalismo¹⁰⁰, se advierte claramente que no hace distinción alguna entre los diferentes tipos de iusnaturalismos existentes, como si todos los pensadores que sostienen la existencia de un derecho natural dijeran más o menos lo mismo. Por ello, lo primero que conviene precisar es de cuál iusnaturalismo queremos hablar aquí.

En términos generales, puede distinguirse entre un iusnaturalismo racionalista o moderno (que abrevia principalmente de pensadores como Pufendorf, Hugo Grocio y Christian Wolff)¹⁰¹; un iusnaturalismo clásico, que tiene como referentes centrales a Aristóteles, la jurisprudencia romana y Tomás de 98 Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestro en Derechos Humanos por la Universidad de Navarra.

99 Así lo plantea uno de sus principales exponentes contemporáneos, véase Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p.57 y ss.

100 Puede verse, por ejemplo, Kelsen, Hans, ¿Qué es la justicia?, México, Fontamara, 2011 y Kelsen Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.

101 Para una exposición amplia de este tema, véase Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Ediciones Univer-

Aquino, que actualmente se encuentra representado por autores como John Finnis¹⁰²; y hasta un iusnaturalismo de corte marxista, como el desarrollado por Ernst Bloch. Consecuentemente, cada una de estas teorías sobre el derecho natural asigna una función y hasta un contenido distinto a este.

En lo que sigue, me centraré exclusivamente en el iusnaturalismo clásico, que, pese a ser la más antigua de las tradiciones, es la que muestra actualmente mayor vitalidad. Después de hacer una exposición general de esta tradición de pensamiento, en particular, de la formulación que de esta ha hecho John Finnis¹⁰³, examino algunas de las críticas más comunes a este iusnaturalismo, las cuales han sido sostenidas por iuspositivistas tan destacados como Kelsen, Norberto Bobbio y Eugenio Bulygin, para, finalmente, mostrar las razones de por qué resultan desatinadas.

I. La teoría del Derecho natural de John Finnis

No se exagera si se afirma que la publicación del ya clásico Ley natural y derechos naturales de John Finnis, en 1980, reposicionó al iusnaturalismo clásico en el centro de las discusiones de la filosofía jurídica contemporánea. El éxito de este libro se debe, entre otras cosas, al planteamiento original en

sidad de Navarra, Pamplona, 1991.

102 Para una amplia caracterización de esta tradición, véase Saldaña, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, *passim*.

103 Aunque existen diferencias teóricas importantes entre los principales exponentes contemporáneos de esta tradición, puede afirmarse que todos ellos abrevan de las fuentes citadas: Aristóteles y Tomás de Aquino; y comparten ontologías y gnoseologías realistas, en su sentido clásico. Entre los referentes contemporáneos de esta tradición podemos mencionar, sin afán de exhaustividad, a Michael Villey, en Francia; en España, a Javier Hervada; en Alemania, a Robert Spaemann y Johannes Messner. En el ámbito anglosajón se encuentran, además de Finnis, Germain Grisez y Robert P. George. En México, destacan los profesores Mauricio Beuchot y Javier Saldaña.



que presenta —en un lenguaje y forma de exposición dirigidos a un auditorio mayoritariamente conformado por filósofos del derecho analítico— de las tesis clásicas del iusnaturalismo. A este respecto, hay que recordar que Finnis desarrolla su investigación doctoral en Oxford bajo la dirección de H.L.A. Hart, de quien recoge para su propia teoría algunos aspectos relevantes, tales como la concepción de las reglas como “razones para la acción” (que, en realidad, está presente en Tomás de Aquino) y supone un significativo alejamiento del positivismo clásico que ve en la norma únicamente un acto de voluntad, tal como lo entendieron Kelsen, o antes, Bentham y Austin; la metodología del punto de vista interno del destinatario de la norma; el sentido focal de un término y los sentidos periféricos, etcétera¹⁰⁴; por lo que fue a dicho auditorio, marcado por el escepticismo y el utilitarismo de Bentham, Russell, Hume, etc., al que primariamente quería dirigirse Finnis. Esa intención tuvo como efecto que las tesis clásicas del iusnaturalismo adoptaran un nuevo talante al ser expuestas de modo diverso al que usualmente se les presentan.

El planteamiento finnisiano parte de la distinción entre la función meramente teórica de la razón y su aspecto práctico. Siendo la razón una sola, su alcance no se limita al ámbito especulativo, sino que, a través de su recto ejercicio o razonabilidad, es posible encontrar una forma de “verdad práctica”. Este punto de partida supone una ruptura con uno de los pilares de cualquier positivismo, y del positivismo jurídico en particular, que tiene como paradigma epistemológico el de una razón meramente teórica¹⁰⁵.

Según este punto de vista, la teoría del derecho forma de parte de la filosofía práctica, entendida como la reflexión que “procura hacer razonables las deliberaciones y elecciones a través de las cuales las personas dan forma a

104 Sobre la influencia de Hart en el planteamiento de Finnis, véase Legarre, Santiago, “La influencia de H. L. A. Hart en la nueva escuela del derecho natural” en Cianciardo, Juan, Etcheverry, Juan B. Martínez Cinca, Carlos Diego, Rivas, Pedro, Saldaña Serrano, Javier, Zambrano, Pilar (coordinadores), *Filosofía Práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 459-474.

105 Al respecto puede verse Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2012.

sus acciones libremente escogidas y de ese modo también se configuran a sí mismas y a sus comunidades”¹⁰⁶, y no se trata exclusivamente de un saber teórico, descriptivo y moralmente neutral.

En consonancia con la filosofía de Tomás de Aquino, la teoría de Finnis supone que, así como existen primeros principios del conocimiento teórico (v.gr. el principio de no contradicción), existen primeros principios de razonabilidad práctica o de ley natural, que tienen por objeto la especificación de las formas básicas del bien y del mal, pues “muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar, y que son usados de una manera u otra por cualquiera que reflexiona acerca de qué hacer”¹⁰⁷. El primero de ellos contenido en el art. 2, de la q. 94, de la I-II, de la Suma Teológica, tiene la forma imperativa siguiente: “El bien debe hacerse y perseguirse y el mal, evitarse”.

Siguiendo al Aquinate, Finnis sostiene que estos primeros principios de razonabilidad práctica o de ley natural se caracterizan por su evidencia, esto es, porque pueden ser captados por cualquier persona que tenga uso de razón. Asimismo, son indemostrables y su naturaleza es inderivada, es decir, no constituyen una deducción o inferencia respecto de un concepto previamente determinado, apriorístico, sobre la naturaleza humana. Por el contrario, las formas básicas del bien a que accede el razonamiento práctico son conocidas “experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones”¹⁰⁸. De esta forma, el criterio de corrección o incorrección, de bondad y maldad, de la conducta humana no viene determinado por su conformidad con una idea previa de la naturaleza humana, sino por su razonabilidad. Desde Ley Natural y Derechos Naturales, el profesor Finnis elaboró una nómina de bienes humanos básicos, o primeros principios de razonabilidad práctica, a saber: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad, razonamiento práctico y religión.

Los bienes humanos básicos tienen tres características: son premorales, fundamentales e incommensurables. La premoralidad de los bienes humanos básicos implica que su simple conocimiento, o aprehensión, no garantiza que su búsqueda se emprenda de forma adecuada, coherente o razonable. Por el contrario, es sólo a través de las decisiones y acciones concretas que realizan

106 Finnis John, *Estudios de teoría del derecho natural*, México Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, p. 1

107 Finnis John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 57.

108 *Ibidem*, p. 68.



los individuos, atendiendo a dichos principios de razonabilidad práctica, que éstas se tornan morales.

Son fundamentales en la medida en que no pueden ser reducidos a un aspecto de cualquier otro bien básico, ni tampoco pueden ser vistos como meramente instrumentales en relación con otro bien básico. Son no jerarquizables en la medida en que siempre que una persona se concentre mayormente en un determinado bien básico, éste podrá ser considerado, para él, como el más importante; luego entonces, no existe, ni puede establecerse, una jerarquía objetiva entre ellos¹⁰⁹.

Por su parte, el bien básico de la razonabilidad práctica nos permite ordenar y estructurar nuestra participación en los distintos bienes básicos, de modo que podamos, razonablemente, determinar “la propia selección de proyectos y lo que uno hace al llevarlos a cabo”¹¹⁰.

Ahora bien, lo que esto tiene que decirnos acerca del derecho es que la razón de ser última de éste, entendido como institución positiva, no puede ser otro que la promoción de los bienes humanos básicos, siendo dicho fin lo único que legitima el ejercicio de la autoridad en una comunidad política.

En efecto, para Finnis, el derecho debe no sólo permitir o no obstaculizar, sino propiciar la plena realización humana de cada una de las personas que se encuentran sujetas a él, misma que sólo puede tener lugar dentro de la comunidad política¹¹¹; esto es así, pues sólo en una comunidad política “completa”, podría asegurarse el conjunto total de condiciones materiales que tiendan a favorecer, facilitar y fomentar que cada individuo haga realidad su desarrollo personal, es decir, el bien común.

II. Kelsen, Bobbio y Bulygin vs. el iusnaturalismo clásico.

En varias partes de su extensa obra, Kelsen sostiene diversas acusaciones en contra del iusnaturalismo¹¹². Muchas de ellas tienen una raíz común y pueden tratarse conjuntamente, pero cabe distinguir las siguientes:

109 Ibidem p. 123.

110 Ibidem, p.132.

111 Ibidem, p. 177.

112 Véase Errazuriz Mackenna, Carlos Jose, *La teoría pura del*

- a) El Derecho Natural constituye un orden normativo distinto, paralelo o superior al derecho positivo.
- b) El Derecho Natural es sólo una moral social, carente de cualquier tipo de juridicidad (coactividad).
- c) El Derecho Natural resulta superfluo dado que la aplicación de la norma al caso concreto supone siempre un acto de voluntad.
- d) El Derecho Natural presupone hombres “perfectos”.

Por su parte, Norberto Bobbio sostiene sobre el Derecho natural que no es derecho ni es natural. No es derecho porque por sí mismo adolece de eficacia. No es natural porque lo “natural” en sí mismo es tan equívoco que sirve, y ha servido, para reivindicar derechos diametralmente opuestos; y aun cuando la naturaleza fuera unívoca, en tanto hecho, no se sigue de ella deber alguno¹¹³.

Finalmente, Bulygin ha tratado esta cuestión con motivo del análisis del estatus ontológico de los derechos humanos¹¹⁴. Para este autor el derecho natural supone: (i) la existencia de un sistema de normas universalmente válidas y cognoscibles que suministran criterios para la justicia de instituciones sociales; y (ii) que cuando un sistema normativo que no se ajusta al derecho natural o se halla en conflicto con él no es un orden jurídico. Por una parte, si se niega la existencia de normas universalmente válidas, como lo hace el positivismo, no es posible la existencia de normas morales absolutas, no pueden existir derechos morales absolutos y, en consecuencia, derechos humanos universales. Los derechos humanos quedarían reducidos a meras exigencias formuladas al derecho positivo desde un sistema moral.

derecho de Hans Kelsen, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2024, pp. 205 y ss.

113 Véase Serna, Pedro, “En defensa de C.S. Nino. Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo”, *Persona y Derecho*, núm. 23 (1990), p. 310.

114 . Bulygin, Eugenio, “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos” en Alchourrón, Carlos E, Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 619-625.



Frente a las acusaciones previas, el iusnaturalismo clásico responde de la siguiente manera:

1. El derecho natural no es un orden normativo distinto al positivo.

El marcado normativismo del profesor vienes le impide tomar en cuenta que, para el iusnaturalismo clásico, el análisis principal del término “derecho” no es el de un conjunto de normas, aun cuando, secundariamente, no excluya ese significado. El término derecho refiere primariamente a la cosa justa, debida a otro según una cierta relación de igualdad. En efecto, el derecho natural está conformado por una serie de principios de justicia y bienes humanos básicos atribuidos a la persona por naturaleza y en virtud de los cuales surge para los demás una deuda, ya sea de respeto, restitución o compensación¹¹⁵.

Que el significado principal de “derecho” refiera a la cosa justa y no a la norma jurídica no significa que la juridicidad del primero se presente como una juridicidad “débil” o menguada, carente de eficacia, sino que, por el contrario, ostenta con igual legitimidad el rango jurídico. Esto es así gracias a que, como nos explica el profesor Javier Hervada, “dentro de un sistema jurídico vigente, lo natural y lo positivo suelen estar unidos, conformando conjuntamente los distintos derechos, de modo que la determinación de cada uno de ellos pide la utilización simultánea de criterios naturales y positivos”¹¹⁶.

Luego, es inconcuso que, si el sentido focal del término “derecho” para el iusnaturalismo no es el de un conjunto de normas, no puede sostenerse que éste sea superior al derecho positivo.

2. La evidencia del Derecho natural no significa falta de coactividad.

Para Kelsen, la referencia que hace el iusnaturalismo a la “naturaleza” como fuente de derecho implica la “evidencia” del mismo para sus destinata-

¹¹⁵ Véase Serna, Pedro, “En defensa de C.S. Nino. Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo”, *op. cit.*, pp. 307-330.

¹¹⁶ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, México, Editorial Minos S.A. de C.V., p. 81.

rios, gracias a la cual todas las personas estarían naturalmente inclinadas a su cumplimiento, volviendo al mecanismo de la coacción superfluo.

Como señalé antes, para el iusnaturalismo clásico, la evidencia del derecho natural entraña que los bienes atribuidos a la persona son indemostrables en tanto que se trata de primeros principios de la razón práctica. Empleando la terminología del profesor Finnis, la indemostrabilidad de los primeros principios de la ley natural se traduce en que pueden ser captados por cualquier persona que tenga uso de razón, “experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones”¹¹⁷. Luego, es claro que, para el hombre, el solo hecho de conocer o experimentar los bienes que lo perfeccionan no es suficiente para que los persiga efectivamente y en todos los casos.

3. El derecho natural no resulta superfluo pues cada acto de aplicación de las normas implica la intervención de la razón práctica.

Para Kelsen, la intervención de la voluntad humana en el acto aplicativo del derecho hace que el derecho natural, aun asumiendo que este existiera, pierda cualquier relevancia, ya que es desplazado por el arbitrio humano. Fiel al dogma empirista, esta crítica del profesor vienes asume implícitamente que razón y voluntad son dos facultades humanas completamente separadas, incomunicadas, sin injerencia de una sobre la otra. Para él, a la razón le corresponde la exclusiva función de conocer y a la voluntad la de legislar. Solo así se explica que, más adelante, sentencie Kelsen: “Tan pronto como haya que aplicarlo al caso concreto, al hecho individual, -y esto es evidentemente su último fin, que corresponde al sentido inmanente del Derecho natural tanto como al del Derecho positivo-, hay que servirse del acto humano. El segundo grado del Derecho natural tiene que ser obra humana, y en este estrato su ordenación no puede ser “natural” en el estricto sentido de la palabra, tiene que ser “artificial”¹¹⁸

En este punto, el dualismo kelseniano entre “naturaleza” y “sociedad” llega a tal extremo que parece colocar al hombre como un ser totalmente desvinculado de la naturaleza. Sin embargo, dicho dualismo radical no existe en el iusnaturalismo clásico. Por el contrario, para esta corriente, “ningún hecho

¹¹⁷ Finnis John, *Ley natural y Derechos naturales*, op. cit., p. 68.

¹¹⁸ Kelsen Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, op. cit., p. 27.



cultural puede existir ni inventarse sino sobre la base de un dato natural (...). La cultura se apoya en la naturaleza. Sería imposible que la ley positiva otorgase un derecho si la juridicidad —el derecho en sí— no fuese un dato natural".¹¹⁹

En suma, dentro de los estrechos márgenes del positivismo kelseniano, resulta inadmisible para el profesor vienes el idea de una "razón práctica", prudencial, que oriente la aplicación del derecho al caso particular.

4. El derecho natural no presupone hombres "perfectos", pero sí virtuosos.

En íntima relación con la crítica anterior, según la cual el derecho natural se cumpliría ipso facto, Kelsen sostiene que el iusnaturalismo supone hombres perfectos, prestos para conocer y dar cumplimiento a cada uno de los preceptos naturales. Al respecto apunta el profesor vienes:

Al menos por cuanto hace al iusnaturalismo clásico, es falso que presuponga hombres "perfectos". Lo que es cierto, y en particular en relación con los hombres de Derecho, como jueces y abogados, es que requiere hombres justos, esto es, personas que posean el hábito de la voluntad de dar a cada uno lo suyo. Así, es cierto que la efectividad del derecho natural depende de las aptitudes de los hombres empíricos, a saber, hombres particularmente inclinados a actuar con justicia, pero ello no implica que se trate de hombres "perfectos", como pretende hacer ver Kelsen.

Por cuanto hace al argumento de Bobbio sobre que el Derecho natural no es derecho ni es natural, cabe apuntar que dicho argumento tiene el carácter de una petición de principio. Para afirmar que el derecho natural no es derecho, se presupone de antemano que el derecho es, por definición, coactivo. Desde esa perspectiva, cualquier ordenamiento no coactivo claramente no es derecho. Sin embargo, si se quita la nota de "coactividad" de la definición del derecho, el argumento queda insustancial. Además, cabe insistir en que, desde el iusnaturalismo clásico, la realidad primaria es la cosa justa atribuida a una persona y no el fenómeno coactivo.

Para Bobbio, como para la mayoría de los positivistas, el término "natural" es entendido desde una óptica naturalista, esto es, como la realidad percibida por los sentidos, aparente. Desde esa naturaleza "naturalista" cierta-

¹¹⁹ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, op. cit. p.86.

mente es ilícito derivar deberes. La falacia naturalista es asumida como tal por los propios iusnaturalistas clásicos¹²⁰. Sin embargo, la naturaleza a la que se refiere el iusnaturalismo clásico es una concepción diferente, metafísica y teólogica de la misma. No es el concepto cerrado e ideal del racionalismo, sino una naturaleza tendencial, inserta en la historia. El hombre, en definitiva, tiene una naturaleza histórica y esa naturaleza es, en sí misma, normativa¹²¹.

Finalmente, el argumento de Bulygin parte también de una preconcepción sobre qué es el derecho. Si se parte de la premisa de que la nota distintiva del derecho es su coactividad, entonces es verdad: no hay más derecho que el derecho positivo. Sin embargo, como en Bobbio, esta forma de razonar implica una petición de principio.

Sobre la acusación relativa a que, para el iusnaturalismo, un sistema normativo que no se ajusta al derecho natural o se halla en conflicto con él no es un orden jurídico, debe matizarse que el iusnaturalismo clásico tiene un marcado carácter analógico. No se ha afirmado nunca que la ley injusta no sea en absoluto ley, salvo para algunas interpretaciones tendenciosas que se han hecho de Tomás de Aquino y San Agustín. Se trata más bien de una ley corrupta, desviada, que no cumple su finalidad esencial: estar encaminada al bien común.

120 Al respecto, véase Saldaña, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, op. cit., pp. 93 y ss.

121 Véase Beuchot, Mauricio, Saldaña Serrano, Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 34 y ss.



Nociones básicas de Teoría Crítica del Derecho. Nicolás Vainer¹²²

Introducción

El propósito del presente trabajo es introducir a lectoras y lectores al mundo de la Teoría Crítica del Derecho. Como esquema general de esta presentación, daremos por sentado que ya se conocen el Realismo y el Iusnaturalismo en sus distintas versiones. Luego realizaremos un brevísimo repaso del Positivismo, corriente que surgió inmediatamente antes del pensamiento que intentaremos explicar. Seguidamente analizaremos brevemente algunos ejemplos que, esperamos, nos obligarán a plantearnos si lo que se consideraba como parte estructural del Derecho en realidad merece ser examinado de otra forma. Hablaremos, así, brevemente de la Deconstrucción. Seguidamente intentaremos atravesar los distintos conceptos que, según la Teoría Crítica, definen realmente al mundo jurídico. Finalmente, como lo hace esta corriente, pensaremos juntos de qué se trata la Justicia, y si el Derecho se dirige a ella sólo por ser Derecho, o debemos hacer algo al respecto.

La complejidad de esta tarea nos podría llevar a dedicar un libro completo a cada tema en particular. Sin embargo, la extensión de este escrito no permite realizar aquí esa maravillosa aventura. Nos limitaremos a presentar cada punto, con la esperanza de que, una vez leídas estas páginas, lectoras y lectores hayan entendido que, para saber Derecho, no alcanza con conocer y repetir leyes, fallos y procesos jurídicos. Debemos, de todo corazón, comprender que la Justicia debe construirse día a día, y sólo la conciencia de la relación entre la norma y el Bien pueden conducir la tarea.

I. Nociones previas

Supongamos que estamos cursando una carrera. Va a comenzar un cuatrimestre y toca anotarse en materias. Para ello seguimos el sistema que la institución en la que estudiamos nos indica. Seguimos todos los pasos y, al

122 Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, titular de Filosofía del Derecho de la carrera de Filosofía de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Buenos Aires) y director de la Escuela del Jacarandá (Buenos Aires).

terminar, nos informan que ya estamos inscriptos en, por ejemplo, Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Comercial. Hermoso. Una vez que recibimos esta última comunicación, sólo queda esperar a que empiece el curso. Ya sabemos que iremos, por ejemplo, los lunes y jueves a las 9:00 a.m. a cursar Constitucional, con tal profesora, en el aula 277.

Tomemos otro ejemplo: estamos en la Ciudad de México y queremos tomar la línea 5 del autobús para ir desde Deportivo Eduardo Molina hasta El Coyol. Debo ir entonces hasta Eduardo Molina e Impresores, quedarme en la parada, indicar al conductor que pare, luego avisarle cuando me voy a bajar. Antes de haberme subido al autobús ya sé por dónde va a ir, más o menos cuánto va a tardar y dónde irá parando.

En ambos ejemplos, aunque no me detenga a pensarla, ya sé que, más allá de que sea yo o cualquier otra persona quien tome el autobús o se anote en la materia, hay objetividad, previsibilidad, estabilidad, racionalidad y toda la actividad está regida por normas explícitas. Características indispensables en estas acciones mencionadas sin las cuales no podría viajar en autobús ni cursar la materia. Si no fuera así, el autobús iría por cualquier lado y no podría, tal vez, ni tomarlo. Es más, ni siquiera me interesaría hacerlo, porque no sé adónde me llevaría. Tampoco podría anotarme en una materia, porque quizás cuando llegara al aula me encontraría con que se dicta otro tema diferente. O, incluso, no sabría ni a qué aula ir, ni qué día, ni a qué hora. Estas propiedades se reiteran en todo tipo de actividad social: cuando compro un chocolate, saco una entrada para ir a un recital y los infinitos etcéteras que ustedes imaginen.

Lo que nos interesa marcar aquí es que, sin esas características (objetividad, estabilidad, racionalidad) no hay actividad social posible. Y es el Derecho el que las brinda. Sólo el Derecho y nada más que el Derecho. Por este motivo, suele decirse que el Derecho es racional, objetivo y brinda estabilidad (en términos más usuales, es conservador, porque tiende a mantener relaciones sociales).

Las nociones mencionadas recién están presentes, aunque no siempre en forma explícita, en la mente de la gente. O sea, cualquiera sea el ámbito en el que desarrollamos una actividad, tenemos presente cuál sistema jurídico las sostiene y ordena, siendo también el ámbito al que hay que recurrir en caso de conflicto.

Ahora bien, resulta que en el ámbito académico hay una corriente muy conocida que sostiene algo similar. Surgió con mucha fuerza a princi-



pios del siglo XX gracias, principalmente, a Hans Kelsen (1881-1973), y se llama Positivismo Jurídico.

II. **Positivismo**

Hacia principios del siglo XIX ocurrió en algunas sociedades de Europa occidental y en América del norte, en los ámbitos científicos y académicos, un fenómeno particular. Imaginemos una sociedad donde no hay productos industriales (tómense un tiempo, porque no es tan fácil). Todo (*todo es todo*) se producía en forma artesanal. Los pisos, las paredes, ventanas, vestimenta, calles, veredas, la luz artificial, ¡la comida!... todo era diferente a cómo lo experimentamos ahora.

Para ir de un pueblo a otro había que caminar, subirse a una embarcación, a un caballo o carroaje e ir por caminos que hoy, ni por asomo, llamaríamos con esa palabra. Un camino era, por ejemplo, ir lo más derecho posible hasta encontrarse con un río, luego bordearlo hasta un valle, de allí derecho con dirección al lugar donde sale el sol... El riesgo era inmenso. Además, tampoco había muchos motivos para trasladarse. Sin embargo, un día apareció el ferrocarril. Por supuesto que se demoraba años en construirse, y la gente sabía que iba a usarse en algún momento, pero cuando se pudo utilizar revolucionó la vida social porque realmente unió lugares.

Imaginemos ahora que una persona tiene un aparato con el que puede comunicarse con otro individuo, al que no ve y está a cientos o miles de metros. Puede dialogar verbalmente. Escucharse, intercambiar información, contarse de sus vidas. Para nosotros parece una tontería, pero para ellos era simplemente maravilloso. Tratemos de pensar cómo sería nuestra vida sin luz eléctrica. Tendríamos al sol, la de la luna y las estrellas, los faroles y las velas. Pensemos, luego, que llegan las bombitas eléctricas, luego los tubos... una locura. Pero era verdad, lo vivieron y les cambió la vida. A esto sumemos la radio, la fabricación en serie de ropa, muebles, pinturas, materiales de construcción, entre otras.

La vida social en el siglo XIX cambió como en ningún período anterior. Todas estas modificaciones, la gente lo sabía, surgieron gracias al desarrollo de las ciencias duras (o sea, estudian e investigan objetos inanimados). La Aritmética, la Geometría, la Física, parte de la Química, la Óptica, son actividades que generan luego distintas ramas de Ingeniería y Arquitectura. Todas ellas, combinadas, generaron cambios prácticos evidentes que las prestigieron

y colocaron por encima de las disciplinas que se ocupaban del comportamiento humano. La incipiente Psicología, la Economía, el Derecho, la Pedagogía, trabajaban y trabajan con personas y, por tanto, las características generales de estas actividades no son las mismas que las de las ciencias duras.

Ante este panorama, Augusto Comte (1798-1857) se propuso mostrar que el estudio del comportamiento humano debe tener el mismo prestigio que el de las ciencias duras, porque en realidad comparten propiedades. Se propuso entonces la difícil tarea de mostrar que la objetividad, el progreso, la causalidad, el punto de partida interno, el lenguaje propio —que muestran que las disciplinas están totalmente separadas entre sí— y la predicción también describen al Derecho, la Economía y demás disciplinas. Lo hizo creando una ciencia nueva, que incluye a todas ellas, llamada Sociología. A esta tarea llamó “Positivismo”. El Positivismo, entonces, es la corriente que tiene por objetivo mostrar que el estudio del comportamiento humano tiene las mismas características que las ciencias duras.

A los fines de este escrito consideramos importante detenernos en una de las características mencionadas: la separación total entre disciplinas. Tomemos a la Aritmética: el científico que trabaja con números, sus relaciones y propiedades, tiene como punto de partida, por ejemplo, al número 3, al 101, al 5,000,000 o cualquier otro. No se pregunta por la esencia del número. No es su problema pensar qué es un número, qué significa el término “cantidad”. Tampoco qué es sumar. Cuando hace su tarea como aritmético, el número como concepto está dado. A partir de ahí, opera. Además, la noción de número es propia de la Aritmética. Cuando hablamos de números, sus relaciones y propiedades, no nos referimos a otra disciplina. Luego, mientras calcula, utiliza conceptos como “división”, “raíz”, “binomio cuadrado perfecto”, etcétera. Esos términos, con sus significados específicos, no son de la Química o la Astronomía, sino propiamente de la Aritmética.

Supongamos ahora a un geómetra. La noción de que no hay nada más pequeño que un punto es el comienzo —dado para él— de su tarea. Luego una recta, como conjunto indefinido de puntos sucesivos, es propia de su área y no de otra. Lo mismo sucede con el ángulo, la bisectriz y demás términos.

En las ciencias duras, entonces, el punto de partida es interno a la disciplina, y el lenguaje es propio. De esta manera, no hay contacto ni superposición entre ciencias ni entre éstas y otras actividades. Cuando hablamos de Geometría, hablamos de Geometría.



Hans Kelsen, reconocido jurista vienes, defendió con solidez e inteligencia la idea de que el Derecho es ciencia en su libro *Teoría Pura del Derecho*¹²³. En otras palabras, tiene las mismas características que las ciencias duras. Por tanto, dentro de su ámbito (el sistema jurídico), fue positivista.

En líneas muy generales lo que hizo Kelsen fue, primero, darse cuenta de que, si el Derecho es ciencia, entonces él es un científico como lo es cualquier otro de las ciencias duras. Quien hace Aritmética, pensó, sabe que la realidad es, por ejemplo, dos puertas, dos sillas, dos autos que pasan. Luego se olvida de las infinitas características que hay en cada ejemplo y se queda sólo con la de la cantidad. De esta forma, ya no importa si son dos puertas o dos autos, sino solamente que son dos. Abstiene de manera discrecional la característica de la cantidad, y con eso trabaja. Lo que diferentes ejemplos tienen en común se llama "forma", y por eso se entiende que trabajan con la forma aritmética, geométrica, etcétera, de infinidad de ejemplos.

Si esto es así, entonces Kelsen hace lo mismo con el Derecho. Si tomamos una norma jurídica de cualquier país, ciudad, provincia, de cualquier momento de la historia, luego otra, luego otra, lo que van a tener en común es aquello que las hace ser jurídicas. Ya no interesa su contenido, sino qué es lo que las hace ser *normas* del Derecho. Esto es su forma, que Kelsen llama "norma básica" o "norma jurídica", y es el juicio hipotético del deber ser coactivo dictado por autoridad competente. De aquí surge rápidamente la conclusión de que el Derecho está formado por leyes que están escritas explícitamente, porque no puede haber "juicio hipotético" sin palabras. También que hay objetividad: toda norma que uno pueda encontrar en la vida, si se ajusta a la forma de la norma básica, entonces será jurídica o propia del Derecho. No es que no exista como norma si no cumple con esa forma, pero ya no será del Derecho. Podrá ser de la religión, la ética, la economía o cualquier otro ámbito, pero no del Derecho.

Luego también se entiende que, para ser del Derecho, una norma tiene que ser norma básica, entonces cualquier norma que no lo sea simplemente no será jurídica. El Derecho son normas que tienen la forma que acabamos de describir, y nada más. En otras palabras, el Derecho está perfectamente separado de las demás disciplinas. Aquí se dividen aguas entre el Positivismo jurídico y cualquier otra corriente de Filosofía del Derecho, porque muestra que cuando hacemos Derecho solamente hacemos Derecho.

123 Kelsen, H (1979) *Teoría Pura del Derecho*, trad Roberto J Vennengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Por supuesto, Kelsen sabe perfectamente que el Derecho se regula a sí mismo y a otras actividades externas. Los contenidos de sus normas dependen de principios que explican todas las disciplinas que están fuera del mundo jurídico, y por tanto parecería que hay una conexión intrínseca con otras áreas. Para Kelsen eso no es otra cosa que la aceptación, por parte de los ámbitos externos al Derecho, del sistema jurídico en general y las normas en particular. Lo llama *norma fundamental*. Una y otra vez dice que es externa al sistema. Y justamente por eso, al jurista no le interesa de qué se trata. Como jurista sólo le importa que existe, sin necesidad de entender su contenido.

En relación con nuestro interés en estas líneas, es clave analizar otra característica del Positivismo jurídico. Kelsen explicó con claridad que todo sistema está formado por normas que tienen diferentes jerarquías: la Constitución es superior a todas las demás. De ella surgen leyes un poco menos generales. Justamente, como surgen de la primera norma, no la pueden contradecir. Su función es hacer cumplir la Constitución. Luego, de ese segundo nivel de normas se deducen otras, y así sucesivamente. Como Kelsen utiliza la palabra “deducción” para explicar este surgimiento o derivación de una norma inferior de la superior, se dice que el sistema es racional. En este sentido, debemos prestar atención a la historia de la palabra “razón” en la modernidad.

La razón es, como acabamos de decir, propiedad importantísima en el Positivismo. Para entender su real poder, debemos remontarnos al surgimiento de la Modernidad.

Desde Descartes (1596-1650) se defiende fuertemente en la Filosofía que nuestra existencia es nuestro pensamiento, pero, además, todo lo que existe existe-pensado-por-mí. Entonces no es sólo nuestra existencia, sino que la existencia es mi propio pensamiento. A la hora, entonces, de entender qué es cada cosa que existe, primero tenemos que haber comprendido qué significa pensar. En este sentido, pensar es imaginar, entender, razonar, reflexionar, querer, no querer y sentir. Imaginar es todo contenido mental cuyo correlato con la realidad no está demostrado. Entender es comprender la causalidad próxima que explica un fenómeno. Pero, si podemos ver toda la cadena causal, si estamos en condiciones de ver el todo en relación con algo particular, entonces la función de la mente que actúa es la razón. Y como recordamos, nuestra única seguridad absoluta es que pensamos, siendo la razón la función más importante del pensar (nuevamente, es la función de la mente que relaciona todas las variables sobre un tema) no hay nada por encima de ella. Razonar es utilizar al máximo nuestra capacidad. Ver el Todo. Siendo esto así, la guía de la razón en la vida humana es la mejor posible.



De esta manera, si en el sistema jurídico impera la deducción, y por tanto la razón, está claro que ésta es una de sus características centrales.

Sin embargo, hacia mediados del siglo XX nos encontramos con un mundo atravesado ya por dos guerras mundiales. Si la razón fue la guía, ¿cómo explica estos genocidios? ¿Puede seguir siendo nuestro camino? Hay, evidentemente, una crisis de la razón y debemos, pues, encarar nuestra vida —por tanto, nuestra creación de Derecho—, preguntándonos qué principios, bajo qué criterios o parámetros, tenemos que trabajar. Ya no se vuelve a Dios, como en la Edad Media, pero la razón tampoco garantiza nada bueno.

III. Hacia una Teoría Crítica del Derecho

Supongamos que nos regimos por el Positivismo y que, aunque no sepamos Filosofía del Derecho, o incluso aunque no seamos profesionales de esta disciplina, entendemos, como explicamos más arriba, que el Derecho brinda objetividad, estabilidad, unidad, estructura y racionalidad a las acciones sociales. Analicemos, con este supuesto, algunos casos ocurridos en Argentina hace un tiempo.

Un señor sufrió lesiones como consecuencia de una patada de un caballo. Inició las acciones legales correspondientes reclamando \$8,000,000 —y, en primera instancia, se regulaban en las normas \$1,000,000— (los montos son inventados para facilitar el análisis, pero la proporción entre ambos refleja las diferencias que se dieron en el caso). Disconforme con la decisión del Tribunal, el damnificado apeló la decisión. Cuando se supo a qué Juzgado le tocó decidir la segunda instancia, el abogado tomó una actitud pesimista. Ese Tribunal era conocido porque nunca, en ninguno de los casos que le habían tocado en la historia, subió el monto fijado por el Tribunal anterior. Sin embargo, esta vez dieron la razón a la presentación del damnificado, regulando el monto total por el pedido. El fallo fue sorpresivo, pero de su lectura se sigue una lógica jurídica impecable. Parecería entonces que se utiliza la razón. Incluso que hay objetividad y estabilidad, porque el argumento aplicaría a cualquier otro caso más o menos similar.

Sin embargo, unos meses después y sin que figure en ningún escrito ni registro judicial, el abogado se encontró con uno de los jueces del Tribunal. Tomó coraje y le preguntó qué los había llevado a tomar esa decisión. La respuesta lo dejó más sorprendido que el propio fallo: el juez le dijo que, siendo joven, también había recibido una patada de un caballo pero no pudo, siquiera en primera instancia, cobrar ni un peso por el daño sufrido.

¿Hay objetividad en este caso? ¿Qué habría sucedido si el daño se hubiera generado por otra causa, distinta de la patada de un caballo? ¿El fallo habría sido el mismo si el Juzgado hubiera contado con otro juez? La palabra escrita, expresa del fallo, ¿alcanza para entenderlo?

Tomemos otro caso, también verídico. Un hombre vive en las afueras de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Está en cama, cuadrapléjico y con una enfermedad terminal. Antes de llegar a esa condición había sido el único testigo de un accidente y se lo mencionó como tal en el juicio correspondiente. Un buen día llega a su casa una citación para presentarse en veinticuatro horas en el centro de la ciudad para declarar. El escrito estaba firmado por el juez de la causa. El hombre saca una foto del documento y se lo envía a su abogada, quien enfurece, imprime la foto y va directo al Tribunal. En cuanto llega, a los gritos, pregunta quién fue el tonto (no dijo “tonto” sino un insulto que me niego a escribir acá) que firmó el documento. Todos los que estaban en el Juzgado se quedaron helados. La Doctora tuvo que preguntarlo tres veces hasta que una persona se acerca y le dice “Disculpe, Doctora, ¿la puedo ayudar en algo?”. “Por supuesto. Quiero saber quién fue el tonto que firmó esto.” Tal era el volumen con que gritaba la abogada que el juez salió de su oficina. “Perdón, ¿qué sucede aquí?”. “Sucede que quiero saber quién fue el tonto que firmó esto.” El juez toma la hoja y dice “Soy yo. Es mi firma.” “Bueno—responde ella—. Usted es un tonto. ¿No lee el expediente? ¿No sabe el estado de mi cliente?”. Al otro día el juez, el secretario y la abogada estaban en la casa del testigo tomándole declaración.

¿Qué hubiera pasado si la abogada no actuaba como lo hizo? Su cliente no se presentaba y lo volvían a citar o la doctora presentaba nuevamente los certificados de su estado de salud. En cualquier caso, le hubieran tomado declaración, tal vez, varios meses después. O, quien sabe, ya no hubiera habido tiempo para eso dada la gravedad de su enfermedad.

Si queremos defender que en el Derecho hay racionalidad, estabilidad, objetividad y una estructura que garantiza un buen funcionamiento, lo primero que hay que preguntarse es por qué el juez firmó ese documento sin haber prestado atención al expediente. O, mejor dicho, cuántas veces los jueces hacen eso y, como los abogados u otros profesionales (el resto de los miembros del Juzgado que conocen las causas) no reaccionan, el juicio toma carriles distintos de los que, en principio, parecería que debían transitar. Si el testigo hubiera muerto antes de declarar, el fallo necesariamente habría sido diferente. ¿De qué está hecha, entonces, la Justicia?



Una forma de ir saliendo de la ingenuidad positivista es tomar un tercer ejemplo, también real. Hace unos años (estamos en 2025 y esto ocurrió en 2019), nos acompañó un juez del fuero Penal a una clase de la Universidad. Uno de los temas de su charla tenía que ver con las metodologías de trabajo. El magistrado dijo “es importante que ustedes sepan la Verdad. Lamentablemente suele no estar escrita en ningún texto que estudian acá. Ni siquiera en la jurisprudencia. Hubo una época en que mi Juzgado tenía tantos expedientes que directamente no se podía caminar por los pasillos. Como ustedes saben, la justicia lenta no es justicia, y entonces pedí al secretario que se tomara quince días y estudiara bien los cuarenta casos más antiguos que teníamos. Expre- samente le solicité que me dijera en cuáles podía dictar falta de mérito. Pasadas las dos semanas, el secretario vino con los expedientes y me dijo ‘acá están. En todos estos veintidós casos se puede dictar falta de mérito.’ Yo firmé y seguimos adelante.”

Esa acción, defendida con argumentos jurídicos, ¿es justa? Lo que motivó toda esa tarea fue el exceso de expedientes y no la justificación jurídica de las faltas de mérito (considerada, además, sólo por el secretario). ¿Dónde están entonces la objetividad, racionalidad...? Y otra vez, las palabras que se leen en el fallo, ¿expresan realmente lo que allí se dice, su causa, su objetivo?

Tomemos un último ejemplo. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, igual que en el resto de las facultades, todas las materias se promocionaban¹²⁴ con 7 hasta principios de los 2000. Sin embargo, en un momento la norma cambió y se comenzó a promocionar con 6, situación vigente al día de este escrito (2025). La argumentación jurídica de este cambio (o sea, de la nueva norma) es coherente y racional. Ahora bien, ¿qué fue lo que realmente motivó que se dictara esa nueva norma? ¿Realmente era que las alumnas y los alumnos aprendieran mejor? Las elecciones para el centro de estudiantes, ¿tuvieron algo que ver? Si es objetiva, ¿por qué en las otras facultades de la UBA se sigue promocionando con 7 y, en muchos casos, ni siquiera existe la promoción? Es más, en la práctica, los profesores y profesoras que antes ponían 4, 5 o 6, ¿no empezaron a cambiar el criterio para calificar con 4 o 5 y no promocionar?

124 El término “promoción” en la UBA implica que, si el promedio de la cursada llega a cierta nota, no es necesario rendir un examen final para aprobar la materia. En algunas facultades todas las materias se pueden promocionar. En otras, ninguna. Y en algunas, un porcentaje.

Todos estos ejemplos muestran que el Derecho parecería ser racional, coherente, estable, objetivo, estructurado, unitario, sin embargo, cuando lo pensamos un poco, nos invita a dudar de todas esas propiedades. Debemos, entonces, analizar un poco mejor las leyes y los fallos. En otros términos, la palabra escrita podría estudiarse un poco más afuera de su estructura (tal vez ficticia o construida sin motivo que lo justifique), más profundamente, corriendo sus límites en todo sentido.

Los autores que analizan el Derecho planteándose estos problemas no son, se habrán dado cuenta ustedes, positivistas. Necesitan cuestionar lo escrito para llegar a la verdad, si es que existe. No pueden aceptar, sólo porque el Derecho se los dice, que es objetivo, estable, racional. Entonces empiezan a considerar otras formas de analizar la realidad, y recurren a una corriente filosófica que estaba pisando fuerte en la segunda mitad del siglo XX: la deconstrucción.

IV. A deconstruir

Juan estudia Derecho. Un día, mientras los alumnos llegaban a una clase, la profesora preguntó informalmente por qué eligieron la carrera. Las respuestas fueron “me gusta”, “me resulta sencillo”, “mi padre tiene un estudio jurídico y sé que tengo trabajo”, “quiero hacer justicia”. Juan contestó honestamente como la mayoría: le gusta y quiere hacer justicia. Un par de minutos después la profesora abrió formalmente la clase y el tema quedó atrás.

Sin embargo, algo sucedió durante los días siguientes. Juan no estaba cómodo y no entendía por qué. Algo había pasado en la clase que no llegaba a comprender. Preocupado, llegó más temprano todavía a la reunión siguiente y prestó especial atención a lo que la profesora iba diciendo. Otra vez una charla informal para comenzar, pero ahora sobre un fallo polémico que se había conocido en esos días. En ese instante, Juan entendió todo. Levantó la mano y dijo “Profesora, quisiera hablar sobre lo que preguntó la clase pasada. Yo dije que estudio Derecho porque me gusta y quiero crear justicia, pero la verdad es otra, que acabo de ver. Mi abuelo fue juez, el mejor del mundo. Falleció hace 4 años y lo extraño todos los días —sus labios comenzaron a temblar y su voz se quebró—. Yo estudio Derecho porque lo extraño. Cada vez que aprendo algo nuevo estoy más cerca suyo. Con cada materia que apruebo siento su palmada en mi espalda. Y tengo que reconocer que ya imaginé mil veces que me entrega el diploma. Si mi abuelo hubiera sido arquitecto, músico o médico, yo no seguiría esta carrera”. Esta anécdota, con otros nombres,



realmente sucedió. Juan honestamente creyó que estudiaba (o estudia) Derecho porque le gusta y quiere crear justicia. Y es muy posible que ambas cosas sean ciertas. Es razonable y coherente su explicación. Pero la verdad estaba fuera de su esquema. No la imaginaba cuando respondió. Apareció pensando de otra manera, fuera de los patrones normales de su análisis.

En la película “12 hombres en pugna” (me tomo la libertad de recomendarla a todo estudiante de Derecho) se acusa a un joven de haber asesinado a su padre. La primera escena muestra al juez indicando a los doce miembros del jurado que se retiren a deliberar y vuelvan sólo con una decisión unánime. Una vez en el cuarto cerrado hacen la primera votación. Once de ellos dicen “culpable”, y uno dice tener una duda razonable. Se genera entonces una discusión muy interesante, en la que varios integrantes muestran seguridad absoluta de la culpabilidad en función de las pruebas mostradas en los alegatos. Luego de un largo intercambio, acuerdan que la más importante, y la única que tendrán en consideración, es que una vecina que vive frente al departamento donde se cometió el homicidio vio todo lo ocurrido. Es una señora que conoce al chico y al padre desde hacía muchos años y observó a través de su ventana, a mitad de la noche, cómo se producía el parricidio. A lo largo de la deliberación realizan otras votaciones. En un momento estaban seis a seis, y uno dice “La verdad, estamos atascados. Yo, personalmente, creo que no es culpable, pero sinceramente estoy perdido. ¿Alguno de los que creen que es culpable me puede explicar con claridad cómo llega a esa conclusión?” Otro de los miembros toma la palabra y dice “Yo puedo hacerlo.”, y comienza a hablar. A poco de haber empezado se quita un segundo los anteojos para rascarse la nariz. El hombre que está frente a él le dice “Eh, se rascó la nariz.” “Sí” — responde quien hablaba—. “¿Qué problema hay?”, con cara de que no se justifica interrumpirlo para decir semejante tontería. Sigue exponiendo, con lógica indestructible, su posición, y vuelve a quitarse los anteojos. “Ah, ¡lo hizo de nuevo!”. Visiblemente irritado, el hombre responde “Sí señor, ¿qué importancia tiene?”. “No, yo me preguntaba... las marcas que tiene en su nariz, ¿pueden haber sido hechas por algo distinto de sus anteojos?”. “No, claro que no”. “Pensé lo mismo. Fíjense ustedes que nuestra testigo tenía esas marcas. Yo no las había visto, o tal vez sí, pero recién ahora me vienen a la mente... Las tenía pero no traía anteojos. Y si prestamos atención, estaba vestida como lo haría una mujer 10 años menor. Me da la sensación de que era su momento de fama... En fin, el tema, me parece, es que si ella se levantó a mitad de la noche, obviamente sin anteojos porque estaba durmiendo, y vio a través de su ventana, de un tren que pasaba y de la ventana que está en frente, al hijo matar a su padre, tal vez honestamente cree haber visto a ese chico. Pero quizás no fue realmente ése el joven. Quizás fue otro, de contextura física parecida. Si nuestra única prueba es ese relato, entonces creo que no podemos condenarlo.”

Aquí, otra vez, vemos que hay una estructura de análisis razonable, coherente, clara, pero aparece un dato de fuera del esquema, información que estaba faltando, que cambia todo. ¿Qué hubiera pasado si el hombre que explicaba no se rascaba la nariz? Tal vez la forma estándar de explicar, el manual, la costumbre, hubiera llevado a una conclusión irrefutable. Tan clara que hacía creer en la objetividad.

Jacques Derrida (1930-2004) y Gilles Deleuze (1925-1995) propusieron actuar sobre el lenguaje de una manera novedosa¹²⁵. Mostraron que las palabras, los razonamientos, las estructuras coherentes, sólo son signos de realidades que no están dichas explícitamente, pero están ahí. Faltan en la descripción. Pero que estén faltando quiere decir que forman parte de la realidad y que nuestra humana limitación no las está incluyendo. Debemos ir, dicen, fuera del límite de lo dicho y buscar lo que falta. Salir de la estructura. Animarnos a pensar distinto, a cuestionar lo obvio. Una vez que lo hayamos hecho, por supuesto, tendremos una nueva explicación. Pero también faltarán algo. Otra vez. Y otra vez. La verdad, entonces, sólo existe en términos cambiantes, probables, nunca absolutos. La acción de ir a buscar fuera del límite explícito, incorporar lo que falta, una y otra vez, se llama “deconstruir”. Ese límite, dicen, es la diferencia entre algo y otra cosa. Como hay que atravesar, pasar, saltar esa diferencia e incorporar la falta, inventaron una nueva palabra, la “diferancia”. “Deconstrucción” y “diferancia”, entonces, son sinónimos.

Sin ser este escrito una exposición sobre el tema, sí necesitamos decir que, cuando deconstruimos, en primer lugar, hay algo dicho explícitamente. O sea, deconstruimos la palabra escrita o hablada, que percibimos por medio de los sentidos. Esto es clave para luego comprender la Teoría Crítica porque lo dicho es la norma, lo que planteaba el Positivismo. Eso explícito es llamado “discurso directo” o “locución”. Luego, al ir hacia la falta, podemos encontrarnos con algo que ya está dicho, aunque no había sido percibido en primer lugar. Por ejemplo, leemos una ley y vamos más allá, nos encontramos con la versión taquigráfica del debate previo. Eso no está escrito en la ley, pero es parte de su construcción (siempre lo que encuentro es parte, nunca todo, porque una y otra vez voy a encontrar otras realidades que estaban faltando). O, para mencionar otro ejemplo, uno puede saber lo que es una materia porque lee el programa, los nombres de los profesores, el listado de alumnos, el horario, el aula donde se cursa. Pero si sale del límite encontrará escrito en algún lado el resultado de los concursos mediante los que los profesores acceden

125 Ver Deleuze, G. y Guattari, (1998), *Postulados de la lingüística*, en *Mil Mesetas, Capitalismo y esquizofrenia*, Barcelona, Pre-Textos, 1ra ed.



a sus cargos. O el analítico que muestra qué materias aprobaron previamente las alumnas y los alumnos que les permitieron anotarse en la materia. En otras palabras, hay un lenguaje que es indirecto, al que puedo acceder deconstruyendo lo visto o escuchado directamente. Eso se llama “discurso indirecto”.

También podemos encontrar, como sucedió con el estudiante y su abuelo, alguna realidad que no estaba dicha en ningún lado y, sin embargo, es clave para encontrar la respuesta que buscamos. Es particularmente complejo lograr esa información porque hay que salir de la estructura, pensar diferente. Tal vez sólo imaginar, fantasear, recordar de otra manera (como hizo el miembro del jurado cuando vio la marca en la nariz), pero siempre sucede que hay algo no escrito ni expresado explícitamente y que, de todas formas, construye lo que percibo. Eso se denomina “ilocución”.

Hace unos días mi hijo menor salía de casa. Le pregunté si había comido bien, si se había lavado los dientes y si estaba abrigado. Como ya se imaginaron, sobre todo quienes son padres o madres, no le estaba preguntando realmente si había comido y etcétera, le decía que lo amo, que lo voy a extrañar. Que quiero que esté bien. Es un ejemplo tal vez demasiado claro, pero el lenguaje no sólo dice algo. También hace al decir. Es performativo, realizativo siempre.¹²⁶

Imaginemos ahora, otra vez, una clase. Ingresa la profesora, se para frente al grupo y dice “Buen día”. Normalmente la mayoría responde de la misma manera y la clase comienza. Ahora, ¿estaba la profesora realmente deseando buen día a las y los estudiantes? Posiblemente les estaba diciendo, en realidad, que miren al frente, que dejen de hablar, que guarden los celulares. El lenguaje, además de remitirnos al discurso indirecto, a la ilocución, a su función performativa, da indicaciones. Ordena. Siempre es imperativo.

Veamos brevemente todo esto del otro lado: si sacamos un 10 en un examen sentiremos alivio, alegría, tal vez placer, ganas de gritar. Si alguien nos da una orden quizás tendremos bronca, odio, tranquilidad, ilusión de hacer bien la tarea. En otras palabras, es defendible la idea según la cual nosotros somos nuestras emociones. O sea, no somos alguien que además de ser una persona tiene emociones, sino que somos nuestros miedos, amores, amistades, odios, tristezas, sorpresas, aburrimientos. Frente a un lenguaje cualquiera, algo

126 La Deconstrucción toma el concepto de realizativos planteado por Austin sólo para algunos verbos y lo aplica a todo el lenguaje. Sobre el tema en Austin ver Austin, J. L. (1962), *How to do Things with Words*, Boston, Harvard University Press.

nos pasa. En el ámbito de la deconstrucción, eso se llama “agenciamiento”. Todo lo que la *diferancia* (recordemos, sinónimo de “deconstrucción”) va encontrando, las faltas, inevitablemente generan algún impacto en nosotros. Y si no lo hacen, esos datos o realidades no estaban faltando en nuestro análisis. O sea, no todo aquello que no está en una estructura es considerado falta. Incluso, algún dato que no mencioné y luego encuentro tal vez tampoco lo sea. Falta sólo aquello que incorporo por pensar fuera del esquema, por salirme de la estructura y observar de otra forma.

Resulta relativamente sencillo, habiendo entendido estos conceptos, analizar el lenguaje sólo en sus consideraciones explícitas, en la estructura que está a la vista. Razón, coherencia, palabra explícita, son sólo aspectos iniciales de un análisis de la realidad. Además, hay que encontrar el lenguaje indirecto, la ilocución, y sus aspectos performativo e imperativo. Y todo eso, a la vez. Tremendamente complejo, pero así es la realidad.¹²⁷ Es la tarea, a partir de ahora, de la Teoría Crítica del Derecho.

V. Teoría Crítica del Derecho

Hasta aquí vimos, por un lado, que la realidad jurídica no responde a la descripción positivista. Básicamente, es por lo menos cuestionable que el Derecho sea objetivo, responda al esquema de la razón, tenga una estructura clara, estabilidad y tienda siempre a mejorar las condiciones de vida. Por otra parte, al cuestionar lo explícito nos encontramos con la necesidad de deconstruir. Ésta es, precisamente, la tarea que hace la Teoría Crítica del Derecho.¹²⁸

127 En Deleuze y Guattari, *op. cit.*, se explica que esta forma es como un rizoma: las raíces de una papa salen para cualquier lado, se vuelven a abrir, se doblan, siguen... no hay posibilidad de definir una estructura previamente.

128 Sobre Teoría Crítica del Derecho recomendamos especialmente Ruiz, A, (1991), “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis - Abeledo Perrot, pp. 99-127. El resto del libro tiene artículos muy interesantes también.

Además, Curtis, C (2001), compilador, *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, y Carcova, C (2007), *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Lexis

Recordemos, en primer lugar, que, cuando deconstruimos, deconstruimos algo explícito. En el Derecho, eso explícito está formado por la norma y los fallos. O sea, por la estructura descrita por el Positivismo.

Este primer escalón es muy interesante, aunque el tema excede el propósito de este escrito. Básicamente, la Teoría Crítica no niega la existencia de la norma y el fallo. Tampoco la estructura necesaria para que se sostengan. O sea, la razón, coherencia, objetividad, estructura, estabilidad y unidad del sistema, de alguna manera existen. Sólo hay que analizarlo un poco más. Incorporar lo que no se dice, pero lo constituye y está “detrás” de la palabra de la ley. O, mejor, dentro de ella.

Surge entonces un segundo nivel de análisis. Siguiendo la línea de la deconstrucción, aquello que aparece primero cuando uno empieza a ver qué falta. Una norma o un fallo son creados y cumplidos (o no) por personas que viven determinada situación. Quién, cuándo, dónde y, sobre todo, cómo son centrales en sus realidades. Veamos.

Supongamos un caso cualquiera del fuero laboral. La causa llega a un juez que tuvo una historia difícil en términos económicos: su mamá y su papá fueron siempre explotados laboralmente, muchas veces no tenían dinero para comer, le costó muchísimo sostener sus estudios y sólo conoció el ahorro unos años después de haber sido nombrado juez. Si la misma causa le toca a otro juez, cuyo padre fue comerciante y tuvo que sufrir robos de empleados, inspecciones ridículas del fuero impositivo, engaños de proveedores y demás problemas... ¿Van a dictar el mismo fallo?

Pensemos otro ejemplo. Un magistrado de familia religiosa, muy tradicional, se casó con su primera novia y tienen siete hijos. Estudió en la Universidad Católica. Otra jueza no tuvo nunca formación ni educación religiosa. A los dieciocho quedó embarazada y decidió abortar. Luego se separó del novio y siguió bien con su vida, conforme con la decisión que había tomado. Imaginemos que son jueces del fuero penal y reciben un caso de aborto. Misma caso (mismos hechos, misma ley, misma jurisprudencia). ¿Van a fallar igual?

La Teoría Crítica sostiene que la historia personal, las vivencias previas, las expectativas, son decisivas a la hora de entender una norma.

Recordemos ahora algunos ejemplos mencionados al principio. El juez que dictó falta de mérito en muchos casos porque en su juzgado ya no se podía caminar por la cantidad de expedientes. La abogada que ingresó a un Nexis.

juzgado a gritos porque citaron a su cliente, parapléjico, en lugar de ir a tomarle declaración a su casa. Son sólo dos ejemplos, pero alcanzan para entender que la forma en que los abogados argumentan, las metodologías de trabajo, la calidad de profesionales en los juzgados, son decisivos a la hora de entender la norma.

Hay entonces un segundo nivel que debemos incorporar a la estructura real del Derecho. Las historias de vida, las formaciones previas, los intereses, la metodología de trabajo, la forma en que argumentan las partes, son parte de la estructura. No puede, entonces, sostenerse que la estructura legal de un sistema depende de la ley general, o de la más particular, debido a que la lógica del funcionamiento real de la norma está alimentada por estos aspectos siempre presentes en todo sistema.

Pero todavía falta lo más importante. Tomemos una norma laboral que indica cambios en los sueldos de un sector cualquiera. Normalmente estas modificaciones surgen porque los representantes de los trabajadores y las trabajadoras reclama un aumento en sus ingresos. Quieren satisfacer un interés nuevo surgido, supongamos, de un contexto inflacionario. Participan los empresarios, que no desean subir sus costos sin incrementar sus ingresos. También el gobierno, cuyo interés es un poco más complejo: necesita que los precios no sigan subiendo para hacer algo contra la inflación y, a la vez, dejar contentos a trabajadores y trabajadoras. En algunos casos, además, a los empresarios porque después los necesita para financiar campañas. Básicamente, tenemos intereses diferentes en una misma situación. Y la satisfacción de los intereses de uno supone la insatisfacción de los otros. Hay pujas, movimientos, ideas, estrategias. Fuerzas. Relaciones de poder.

Una vez que se dicta la nueva norma, hay relaciones de poder que, tal vez, no son las que las partes buscaban. Seguramente los empresarios tuvieron que ceder en algo o el gobierno aceptará subidas de precios. O los sindicatos tendrán que conformarse con un aumento salarial menor al pretendido. En cualquier caso, hay relaciones de poder que, gustosamente o no, al surgir la norma se deben aceptar. Dicho de otra forma, aceptar relaciones de poder es algo imprescindible para el funcionamiento social, y sólo ocurre con la norma jurídica.

Tomemos el caso mencionado varias páginas más arriba del señor que reclama una indemnización por daños producidos por la patada de un caballo. El último fallo del juez, se cual fuere, es el que habrá que aceptar. El damnificado salió conforme. El dueño del caballo, no. Sin embargo, el fallo ahora genera que la nueva relación de poder se acepte por ambas partes. En



pocas palabras, el Derecho es la legitimación de las relaciones de poder. No es que el Derecho sea la norma jurídica, sino que ésta sólo es instrumental, es la forma en que se escribe en lenguaje técnico qué relaciones de poder se aceptan. De otra manera: el positivismo, al decir que la norma jurídica es el juicio hipotético del deber ser coactivo dictado por autoridad competente, sólo describe la cáscara de la norma. La realidad es que somos relaciones de poder, y su legitimación se llama Derecho.

Pensemos ahora un poco más despacio. Para atrás, para abajo, para adentro. ¿Por qué tenemos leyes jurídicas? ¿Surgen como consecuencia de qué situaciones? ¿Alcanza con haber comprendido que somos relaciones de poder, y su legitimación es el Derecho?

Tomemos dos ejemplos: uno es el de los Códigos de Edificación (así se llaman en Argentina los conjuntos de normas que regulan la construcción de inmuebles). En las últimas décadas en muchos países se incluyeron artículos que reflejan especiales cuidados hacia las personas con capacidades especiales. ¿Por qué sucedió desde principios de este siglo, y no hace sesenta u ochenta años? ¿Por qué no dentro de veinte? La respuesta es bastante sencilla. Aunque no podemos aquí profundizar en el tema, en líneas generales, en las sociedades donde estas normas cambiaron hubo un proceso previo de comprensión hacia las dificultades que atraviesan personas que, por ejemplo, no pueden subir ni bajar escaleras, veredas o necesitan tomarse de barandas. Se empezó a sentir y a actuar para modificar estas desventajas. La vivencia de estas situaciones tan incómodas generó presión sobre legisladores y medios, e incluso se trabajó en escuelas y demás instituciones para concientizar a la población de la necesidad del cambio.

En el año 2008 el gobierno de la ciudad de Buenos Aires decidió anular todos los pasos de nivel de ferrocarriles dictando una norma para la construcción de puentes o túneles. En todos los casos, automóviles y peatones pasarían por encima o debajo de las vías del tren. Surgieron entonces muchas quejas de vecinos que se sentían perjudicados por las obras a realizar. Una de ellas fue una señora que, a 40 metros de las vías y sobre una esquina, tenía una fábrica y venta al público de pastas, un negocio que había abierto su familia hacía muchos años. Tenía una angustia inmensa porque, con la construcción del túnel, las paredes taparían su frente, nadie podría acceder y lo tendría que cerrar. Ahora bien, en lugar de guardarse su angustia o sólo quejarse, decidió buscar soluciones. Visitó funcionarios, arquitectos, urbanistas e ingenieros hasta que encontró, en el Centro Argentino de Ingenieros, a un profesional que había armado, hacía muchos años, un plan integral para la ciudad. Y en ese plan, justo en la barrera de su cuadra había hecho un modelo mucho más

corto de túnel, técnicamente posible, que dejaba liberado el espacio de su negocio. Fue un gran paso para esta señora, pero no era suficiente: necesitaba que el gobierno modificara su plan. O sea, su norma. Recorrió entonces varios estudios jurídicos hasta que uno le advirtió que, según la Constitución de la ciudad, el gobierno tendría que haber llamado a audiencias públicas, cosa que no había hecho. Interpusieron entonces un pedido de no innovar, un juez le dio la razón y obligó al gobierno a llamar a audiencias. El resultado final fue que modificaron el proyecto y el negocio todavía hoy (2025) funciona sin problemas.

En ambos casos, como toda la realidad jurídica, la norma muestra, aunque no lo diga explícitamente, que la gente vive la realidad de una manera. El estudio, la investigación, el análisis de esa manera, el “cómo”, se llama “ideología”. Ahora bien, la forma en que vivimos algo siempre, aunque resulte complejo de comprender, se expresa.¹²⁹ En relación con nuestro análisis, resulta que el Derecho, como es lenguaje, es expresión. Entre otras cosas, entonces, expresa ideología. Leyes y fallos, siempre, expresan angustias, miedos, ilusiones, fantasías, intereses, odios, amores y toda la infinidad de vivencias que forman nuestro modo de experimentar la realidad. El Derecho es, repetimos, expresión de ideología. Comprender el mundo jurídico, una norma cualquiera, debe incluir entender qué ideología está expresando.

Debemos, entonces, saber deconstruir para comprender qué relaciones de poder se están legitimando en un fallo, en una norma, y qué ideología se expresa. Es complejo, por supuesto, porque suceden ambas cosas a la vez. Incluso, si la ideología expresa imaginaciones, ilusiones y fantasías, a veces éstas son más importantes que la razón. ¿O la señora de la casa de pastas no logró una norma nueva porque alguien imaginó algo distinto? Si la razón ya no es la rectora, nuestro modo de pensar realmente está cambiando.

Pero no sólo eso. También debemos comprender y aceptar que solemos tener una visión ingenua de la estructura jurídica. Tendemos a creer que es cierto que somos sujetos de Derecho. Como si fuéramos alguien que, además de ser persona, tiene derechos y obligaciones. Como si fuéramos natural u

¹²⁹ El estudio de la ideología como disciplina independiente fue inaugurado por Destutt, marqués de Tracy, durante la revolución francesa. Ver Destutt, A.L.C., (1804), Paris, *Elements de l'ideologie, Librairie pour les mathematiques*.

Sobre la ideología, ver también Fernández Tellechea, Julia, *Conceptos claves de la ideología*. <https://www.unav.es/gep/ConceptosClavesIdeologia.html>



originalmente libres. Deberíamos animarnos a analizar que, desde que estamos en la panza de nuestras madres, e incluso antes, el Derecho ya nos espera. Ya tenemos determinados derechos antes de haber nacido, vamos incorporando otros una vez que nacemos y, de a poco, el Derecho dice que tenemos obligaciones. Si prestamos atención, ser menor de edad, hija, hijo, alumna, alumno, peatón, consumidor, cliente, pasajera y tantos otros términos son todos jurídicos. Estamos dentro de la red que el Derecho tejió antes de nuestra existencia, con la que nos espera y de la que no podremos salir. Vamos modificando nuestros derechos y obligaciones cuando el Derecho así lo determine. Caemos a la vida en el mundo jurídico, que tiene su propio lenguaje. Un lenguaje coherente, razonable, entendible, que nos envuelve y nos convence que el Derecho hace bien. Tal vez, sin embargo, deberíamos pensarlo mejor.

Por ejemplo, cuando en la Facultad nos enseñan que no puede haber vida social justa sin norma jurídica, aceptamos gustosos. Luego, acordamos con que evitaremos el acto antijurídico si vemos que, de cometerlo, recibiremos una sanción. O sea, nos parece correcto que no pueda haber norma jurídica sin el concepto de sanción. Que ésta se debe aplicar por la fuerza nos resulta lógico porque no hay otra forma de quitar algo valioso. Ahora bien, ¿aceptamos que todos los caminos ya están previamente trazados para nosotros, que nos dicen que somos libres sin que lo sepamos pensar, que tal vez el Derecho sólo sea violencia originaria justamente por habernos marcado un camino sin que sepamos si es el nuestro? Si esto es así, ¿dónde está el Bien? ¿Desde cuándo tenemos que aceptar que el Derecho es justo si en cada uno de nuestros países hay millones de personas que no comen, no se curan, no se educan, no pueden vestirse ni tener una vivienda? Es decir, el Derecho, que dice promover el bienestar general, ¿realmente lo hace o tiende a veces a mejorar la sociedad, pero, en otros casos, a generar daño, pobreza y muerte?

Tal vez habría que pensar todo otra vez. Quizás podemos comenzar por sentir qué podría ser la justicia. Si acordamos con Platón, y no con el positivismo, que la justicia lleva en sí el Bien, podríamos hacernos cargo de construirla. Una buena manera, tal vez, sería pensar con el corazón. Deconstruir y empezar de verdad. Sin creer que es tan complicado.

Un día cualquiera, cuando te levantes entre sábanas limpias, te duches con agua caliente, desayunes, salgas a trabajar, y al final de la jornada disfrutes con amigos, yendo al cine o con tu pareja, podrías pensar con honestidad cuánta gente, gracias a tu trabajo, puede levantarse entre sábanas limpias, ducharse con agua caliente, desayunar, salir a trabajar y, al final del día, sentir, aunque sea un poquito de felicidad. Porque al final de cuentas, en el último instante, antes de irnos, muy pocas personas encuentran la tranquilidad que todos bus-

camos. Si, de todo corazón, intentamos construir justicia, sin que importe el resultado, seguramente seremos algunas de esas personas.

Perspectivas Críticas del Garantismo de Ferrajoli. Alex Valle Franco¹³⁰

Introducción

El garantismo jurídico es un concepto que ha evolucionado a lo largo de la historia, siendo fundamental en la protección de los derechos individuales frente al poder del Estado. El garantismo no es una idea nueva, sino que viene desde la misma Ilustración; planteamientos de Locke o de Montesquieu propusieron límites al poder estatal como medida de prevención a posibles abusos de poder (Gascón, 2006).

Para entender el garantismo es necesario remitirnos a lo que dice Luigi Ferrajoli (2006), quien afirma que el garantismo tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales y establece límites al poder estatal con la finalidad de impedir abusos o vulneraciones a los derechos de las personas.

Ferrajoli distingue entre el garantismo como modelo normativo y como teoría del derecho. En el primer caso, asegura los derechos de las personas frente al poder. En el segundo caso, permite analizar críticamente el sistema jurídico. En un tercer nivel, el garantismo como filosofía del derecho ofrece una crítica a las estructuras políticas existentes (Moreno, 2007). Todas estas concepciones están vinculadas con las relaciones existentes entre Estado y ciudadanía, su forma de gobierno, institucionalidad y mecanismos para proteger el ejercicio de derechos frente a cualquier vulneración de derechos por parte del Estado o de terceros.

La propuesta del garantismo en sus inicios aparece con un sistema de pesos y contrapesos regulados por normas y un Estado legal de derecho, en el que el poder ejecutivo tiene control del legislativo y judicial. En toda esta propuesta, la regulación de la vida está dada por la ley que manda, prohíbe y permite las diversas acciones de la vida. En la actualidad, la propuesta del garantismo pasa de una concepción legicéntrica (de la dimensión legal) a una concepción constitucional en la que la protagonista es la Constitución de un país. Este cambio, que parece netamente formal, es realmente un cambio sus-

¹³⁰ Profesor agregado 2 del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador y profesor principal 1 de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. ORCID: 0000-0001-9992-9044



tancial y de fondo que viene no solo a reemplazar el instrumento jurídico base de la interpretación (ley por Constitución), sino que cambia hasta la forma de concebir un Estado, su organización, enfoque y hasta su política pública.

A pesar de que la propuesta garantista ofrece un panorama alentador, positivo y favorable para el ejercicio de derechos de las personas, dicha propuesta no parece completa, precisa y óptima; por ello, se han presentado algunas objeciones desde lo teórico y desde el ejercicio práctico. Una primera objeción es la limitación del Estado constitucional como única herramienta de ejercicio de derechos, cuya dependencia puede limitar la efectividad del goce de dichos derechos por límites económicos, políticos o de otra índole (Noguera, 2020).

De otra parte, existe una visión instrumentalista del ejercicio de derechos que se basa en la voluntad política del gobierno de turno más que en los recursos económicos (Noguera, 2020). En tercer lugar, la propuesta garantista como corriente jurídico-política de origen eurocéntrico y occidental deja de lado las concepciones pluralistas del derecho. Finalmente, el proyecto de un constitucionalismo garantista exige condiciones objetivas y subjetivas acordes a la realidad social de los pueblos; de lo contrario, las Constituciones se llenarán de buenas intenciones y no de una aplicación material. Este hecho vuelve inalcanzables las garantías y los derechos constitucionales; son letra muerta o simple tinta plasmada en papel.

A continuación, se revisará la propuesta del garantismo desde sus diversos niveles, analizando sus pros y contras, sus aciertos y errores, y señalando lineamientos que pueden mejorar la misma desde una mirada plural y contrahegemónica.

I. Desarrollo

La propuesta del garantismo de Ferrajoli, según Josep Aguiló, presenta varios puntos de vista que son controvertidos. En primer lugar, tenemos la rigidez de la Constitución como fuente de protección de los derechos de las personas, ya que esto no le permite responder adecuadamente a las necesidades sociales que la coyuntura en cada sociedad presenta (Aguiló Regla, 2011).

Esto se debe a que una de las características relacionadas con las Constituciones de los países debe ser su rigidez; con ello se evita la inestabilidad jurídica y la incertidumbre de cambios repentina en sus contenidos. La

dificultad de modificar la Constitución, las denominadas cláusulas pétreas o ciertos contenidos institucionales hacen de la Constitución un instrumento poco flexible ante las necesidades sociales del momento. En ese sentido, una Constitución elaborada hace varias décadas no contempla situaciones de la vida actual que incluyen temas tecnológicos, dilemas éticos, plurinacionalidad, interculturalidad, derechos de la naturaleza, derechos de los migrantes o refugiados, entre otros. Este desfase en los contenidos constitucionales emitidos en generaciones pasadas hace de la norma constitucional un instrumento caduco que es poco aplicable a contextos distintos y que no asegura un pleno ejercicio de derechos.

Aguiló (2011) también critica la ausencia de una distinción clara entre principios y reglas. Este hecho implica que ambos deben ser tratados con igual peso en el marco normativo. Quizá ese punto parezca trivial para los no juristas, pero en la práctica es fundamental diferenciar estos tipos de normas, ya que inciden en la interpretación precisa de un contenido legal. Mientras los principios son normas de amplia abstracción y de vago detalle en sus contenidos, las reglas son normas que detallan con precisión los supuestos de hecho, de derecho y sus consecuencias. En el caso de la Constitución, esta contiene más principios que reglas, ya que estos principios permiten la optimización de los mandatos allí estipulados. De otra parte, los códigos procesales están repletos de reglas, ya que allí se disponen la premisa mayor, la premisa menor y el resultado de las conductas allí tipificadas. Según Aguiló (2011), la falta de diferenciación puede acarrear erróneas interpretaciones en el sistema jurídico, ya que se pueden ignorar las jerarquías que son indispensables para la aplicación efectiva de normas.

Otro de los puntos controvertidos es el que se relaciona con la correlatividad entre derechos y deberes, ya que no siempre es posible establecer una relación directa de estos en situaciones complejas, tales como pobreza, crisis económica, estado de guerra, estados de excepción u otros en que no es fácil el ejercicio de derechos o el cumplimiento de deberes (Aguiló Regla, 2011).

Todos los puntos relatados hacen que la propuesta de Ferrajoli sea idealista y poco realista respecto del ejercicio de derechos, ya que existe una desconexión entre el ser y el deber ser, entre la teoría y la práctica, pues una cosa es proclamar derechos y garantías y otra muy diferente es plasmar su ejercicio. Josep Aguiló concluye en su artículo que el modelo de constitucionalismo propuesto por Ferrajoli es impracticable debido a sus supuestos teóricos que no se traducen en realidades prácticas contemporáneas. En ese sentido, la propuesta garantista no tiene ni la flexibilidad, ni el dinamismo de responder a las necesidades actuales que son cambiantes, ni la posibilidad de



garantizar un ejercicio material de derechos, en especial de los derechos económicos, sociales y culturales (Aguiló, 2011).

De otra parte, encontramos las críticas del proyecto garantista de Ferrajoli por parte de Albert Noguera, quien aborda las limitaciones y desafíos de dicho modelo, afirmando que, como proyecto político, es poco realista. Noguera destaca que el enfoque garantista puede ser excesivamente idealista y desconectado de las realidades sociales y políticas de un país. Es decir, como proyecto es muy ambicioso postular e incluir un catálogo de derechos y garantías que, a la postre, no se va a implementar por medio de una política pública que permita aterrizar dichos postulados. Este hecho demostraría la poca efectividad en su aplicación (Noguera, 2020).

Noguera (2020), al igual que Aguiló, coincide que en la práctica existe una falta de voluntad política de los gobiernos de turno para implementar cambios necesarios y mecanismos prácticos en la aplicación de derechos. El autor sugiere que es indispensable desarrollar un enfoque más pragmático y flexible que reconozca la complejidad del entorno social y político actual. Sugiere la práctica de un constitucionalismo que tome en cuenta la dinámica social y la participación de los ciudadanos en la defensa y promoción de sus derechos. En ese sentido, Noguera (2020) propone reformular el constitucionalismo garantista para tener una mayor adaptabilidad y conexión con las realidades vividas por las personas y las sociedades, desde un enfoque más integral y participativo.

Giorgio Pino (2009), por su parte, propone una revisión crítica de la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, enfocándose en la necesidad de reconocer y analizar los conflictos entre estos derechos en el contexto jurídico contemporáneo. Desde la perspectiva de Pino, Ferrajoli no da la importancia debida a los derechos fundamentales y los minimiza, confiando en que entre los derechos no hay ninguna jerarquía e ignorando la complejidad que los casos en la práctica representan. Es decir, se confía en el sistema positivista como mecanismo que resuelve sus conflictos por medio de principios, postulados o sistemas de interpretación. Este hecho deja de lado la posible complejidad que en la realidad presentan casos en los cuales existe conflicto entre diversos derechos fundamentales y en los que es necesario realizar un ejercicio de ponderación.

En definitiva, Pino (2009) determina que Ferrajoli tiene un planteamiento insuficiente para la resolución de conflictos sobre derechos fundamentales, lo cual es necesario en la realidad contemporánea donde los conflictos constitucionales son comunes. Como consecuencia, aboga por un enfoque

más pragmático que reconozca estos conflictos y desarrolle mecanismos adecuados para su resolución. Para lograr dicho objetivo, es indispensable comprender que la protección de derechos debe incluir no solo su contenido individual, sino también su interacción y potencial conflicto.

Después de hacer una breve revisión de las principales críticas de juristas a la propuesta garantista de Ferrajoli, es importante hacer una revisión desde la teoría crítica, ya que esta no se queda únicamente en elementos técnicos, formales y jurídicos, sino que va más allá y pone en tela de duda el fondo mismo de la propuesta. En ese sentido, la propuesta garantista no toma en cuenta otros paradigmas del Derecho, paradigmas que han sido invisibilizados o demonizados, pero que están presentes y existen en las sociedades. Un caso concreto de lo dicho en el pluralismo jurídico son las denominadas “justicias indígenas”, que únicamente en las Constituciones de Bolivia y de Ecuador son reconocidas.

El garantismo, que aún sigue anclado al positivismo jurídico (Serrano, 2015), no termina de conectar con la realidad social de los pueblos indígenas, y en especial con la diversidad de justicias existentes. El garantismo se centra en una Constitución de corte occidental, positivista y centralista en sus contenidos, que deja de lado otras formas de justicia ancestrales que se siguen aplicando en las comunidades indígenas como forma de resolver conflictos, en especial en aquellas comunidades alejadas o aisladas de las urbes, y en las cuales no existe presencia estatal. La rigidez y la hegemonía del garantismo constitucional no permiten la inclusión de otros sistemas jurídicos; peor aún su funcionamiento paralelo. Incluso en los países en los que coexisten los dos sistemas (Ecuador y Bolivia), la justicia indígena ha sido reducida por la occidental mediante leyes o jurisprudencia. Es el caso de Bolivia con la Ley de Deslinde (Ley Nro. 73 del 29 de diciembre del 2010), y en el Ecuador por medio de sentencias de la Corte Constitucional que han limitado el accionar (casos La Cocha 1 y La Cocha 2).

Por lo mencionado, el garantismo no reconoce y valora en condiciones de igualdad los sistemas jurídicos plurales tal como lo hace con el positivista. Las fuentes de derecho primordiales colocan en segundo plano a las costumbres y normas comunitarias, destacando la ley y la Constitución como fuentes primordiales. Estas características hacen del garantismo una propuesta poco flexible con las realidades sociales y jurídicas de los pueblos indígenas, haciendo poco eficaz la posibilidad de adaptarse a cambios y desafíos contemporáneos. El reconocimiento del pluralismo jurídico dotaría al garantismo de un enfoque basado en la diversidad cultural, la justicia social y la equidad en la aplicación del Derecho, entendido como un orden regulador de la conducta



humana y no solo como un sinónimo de la ley positiva vigente. En definitiva, el garantismo requiere de un diálogo urgente con el pluralismo jurídico para enriquecer el debate, la práctica judicial y el reconocimiento cultural de los pueblos (Serrano, 2015).

En lo que respecta al garantismo como una propuesta postpositivista, se puede afirmar que dicha propuesta no deja de ser positivista en esencia, ya que se erige desde el mismo sistema jurídico hegemónico, en el que el culto de la ley pasa ahora a ser el culto a la Constitución. Las propuestas enmarcadas en lo que se denomina neoconstitucionalismo pretenden una oposición al positivismo jurídico, pero en la práctica han sido criticadas por la ambigüedad y la dificultad de definir sus límites y características (Atienza, M., 2017).

Atienza (2017) propone que el constitucionalismo garantista debe incluir enfoques con una visión más amplia del Derecho para poder salir del positivismo, el mismo que debería integrar aspectos no solamente normativos, sino también valorativos y descriptivos. En otras palabras, se propone la inclusión de principios y de la axiología como aspectos a tomar en cuenta para la aplicación del Derecho y su interpretación. Por otro lado, considera que el neoconstitucionalismo lleva demasiado lejos su crítica al positivismo, olvidando los valores del legalismo y promoviendo una visión unidimensional del Derecho que puede resultar en una práctica jurídica arbitraria.

Para Atienza (2017), el positivismo no proporciona las herramientas teóricas necesarias para que los juristas puedan proteger y desarrollar los derechos fundamentales en el marco del Estado constitucional, ya que está limitado a contenidos normativos que dejan de lado componentes axiológicos y de la dimensión moral del Derecho. Este hecho no permite integrar principios y valores fundamentales en el sistema jurídico. Finalmente, se critica al positivismo porque no es capaz de abordar las exigencias propias del garantismo o del Estado constitucional.

El ejercicio de construcción de derechos se lo hace desde las fuentes tradicionales de los derechos fundamentales, dejando de lado la teoría de las necesidades y las capacidades de los pueblos propuesta por Amartya Sen y complementada por Antonio Salamanca. La referida propuesta que toma como base el marxismo se centra en: ¿cómo el ejercicio de los derechos de las personas está intrínsecamente relacionado con la satisfacción de sus necesidades básicas y el desarrollo de sus capacidades? Esta teoría se presenta como una alternativa al garantismo jurídico, ofreciendo una perspectiva integral sobre los derechos humanos y su ejercicio.

Para Sen (1999), las necesidades son requerimientos básicos que deben ser satisfechos para garantizar una vida digna, como alimentación, salud y educación. Estos requerimientos, según Salamanca (2015), son los productores y generadores de los derechos de las personas, ya que ante la necesidad de ejercer un derecho o acceder a un bien, la comunidad plantea colocar a dicha necesidad como un derecho fundamental que no solo debe ser reconocido, sino ejercitado. Así, por ejemplo, si los pueblos necesitan del agua para la supervivencia, esto colocará al agua como un derecho.

De otra parte, Sen (1999) se refiere a las oportunidades que tienen las personas para realizar acciones que consideran valiosas, lo que incluye el acceso a recursos, la libertad de elección y la participación en la vida social y política. Este es el nivel de capacidades de los pueblos para poder solventar las necesidades por ellos creadas, a través de su propia organización, recursos, iniciativa y mecanismos de ejecución. En el ejemplo del acceso al agua como líquido vital, los pueblos se organizan, en especial ante la ausencia estatal, para poder realizar pozos, acequias, canales u otros mecanismos que les permitan acceder al agua desde una fuente y poder distribuirla a la comunidad, siendo ellos mismos los gestores y realizadores de dicho proyecto.

Para Salamanca (2015), es indispensable crear el Derecho desde las realidades sociales y económicas para que el ejercicio de derechos no quede como mera propuesta o declaración sin efecto práctico. Para el ejercicio de derechos, es fundamental dotar de políticas públicas y de condiciones materiales para que las personas cubran sus necesidades más elementales.

A diferencia del garantismo jurídico, que se centra principalmente en el marco normativo y legal para proteger derechos, la teoría de las necesidades y capacidades ofrece un enfoque más holístico, por medio del reconocimiento de que los derechos son interdependientes y deben ser evaluados en función de cómo afectan la calidad de vida de las personas (Sen, 1999). En otras palabras, no se habla de un Derecho abstracto y general, sino de un Derecho situado en el contexto particular de la población a la cual sus efectos son dirigidos. Esto permite abordar problemas complejos como la pobreza, la desigualdad y la exclusión social desde una perspectiva más amplia.

Por otra parte, la propuesta de la teoría de las necesidades y capacidades promueve un empoderamiento de las personas para lograr un desarrollo personal y comunitario, ya que se centra en sus vidas y en la toma de decisiones políticas, sociales y económicas que les afectan de forma directa e indirecta; por ello, se pone de relieve la participación activa de las personas. Esto contrasta con el garantismo jurídico, que puede ser percibido como una



imposición desde arriba sin considerar las realidades vividas por los individuos (Salamanca, 2015).

En definitiva, el enfoque basado en necesidades y capacidades revisado es más flexible, amplio y adaptable a diferentes contextos culturales y sociales, y esto permite a los legisladores y responsables políticos diseñar intervenciones específicas que respondan a las necesidades particulares de diversas comunidades, mientras que el garantismo jurídico puede ser rígido e ineficaz en contextos donde las normas no se ajustan a la realidad local (Sen, 1999).

Conclusiones

En el análisis realizado se observa cómo la propuesta garantista de Ferrajoli es incompleta, imprecisa y en algunos tramos irrealizable. Es interesante analizar los tres niveles del garantismo, ya que como propuesta es ambiciosa y cautivadora; sin embargo, en la práctica, el asegurar los derechos de las personas frente al poder no depende únicamente de una codificación constitucional de un catálogo de derechos y garantías, si se deja de lado la elaboración de políticas públicas realizadas acorde al contexto económico, cultural y social de cada comunidad.

Por otra parte, el garantismo como filosofía del derecho ofrece una crítica a las estructuras políticas existentes, pero más allá de eso no propone paradigmas que sean contrahegemónicos, no occidentales o coloniales. En ese sentido, siguen tomando como base el monismo jurídico expresado por la Constitución como máximo cuerpo normativo y a sus contenidos expuestos en principios, reglas y mandatos. Este hecho refleja lo poco real que suena un proyecto unitario, monocultural de corte histórico del Estado-nación en sociedades pluriculturales y diversas.

La poca flexibilidad que presenta un orden constitucional con el que se quiere construir el garantismo refleja la dificultad de modificar la Constitución ante los retos de los nuevos tiempos que presentan cambios impredecibles. Además, recordemos que los contenidos constitucionales no están exentos de axiología cultural, religiosa y política colonial de origen occidental, la cual difícilmente incluye aspectos de conocimientos o justicias diversas a la dominante, ya que estos aspectos se presentan como una amenaza al proyecto homogeneizador de Estado-nación.

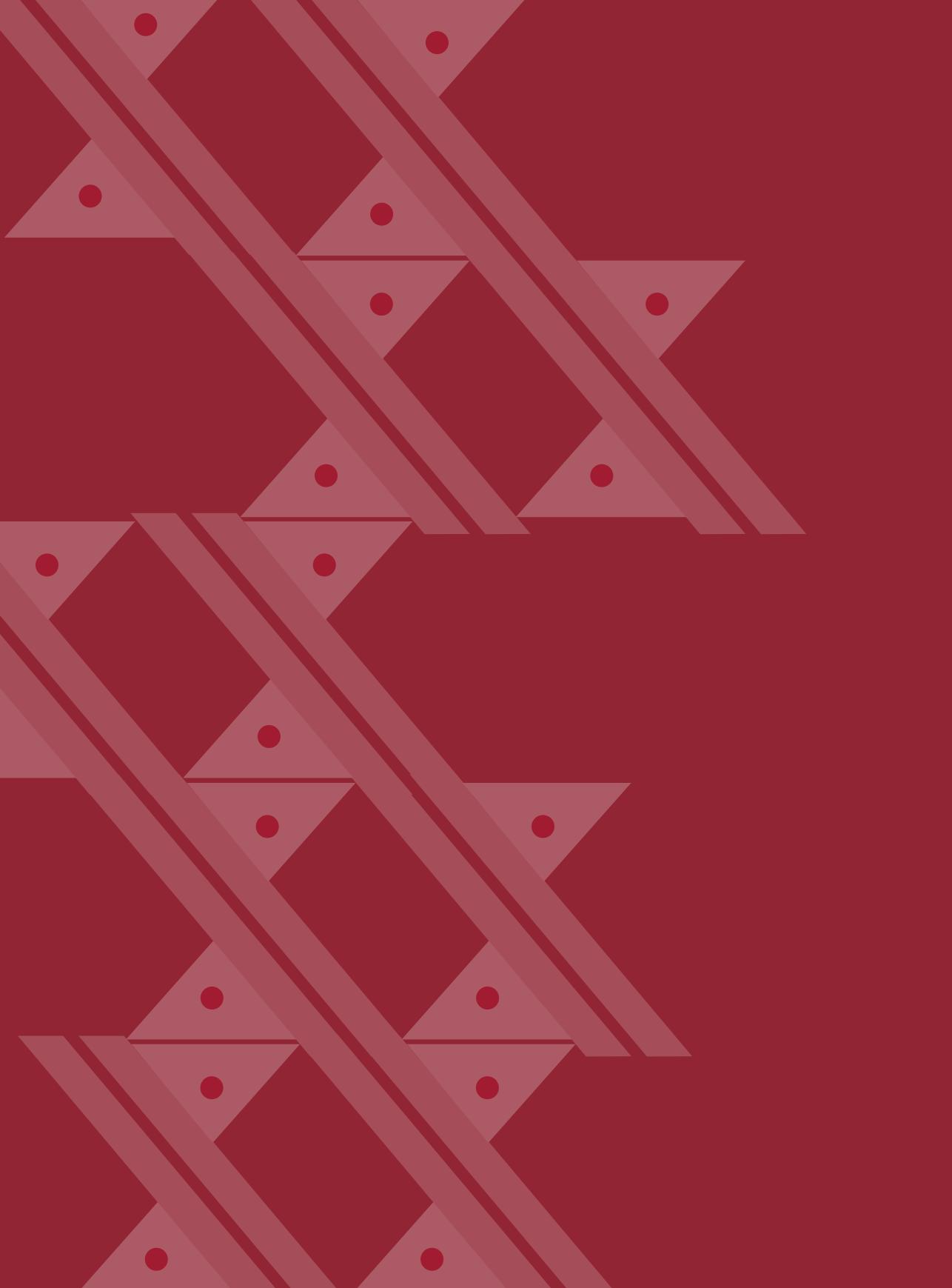
Finalmente, el garantismo como propuesta no termina de ser positivista, y el positivismo tiene una raigambre racista, conservadora, machista, monista, colonial y elitista, que fue parte de un proyecto de control social a través del Derecho. Tan cierta es la afirmación que el denominado contrato social de Rousseau, años más tarde, fue reivindicado por las luchas sociales de los grupos marginados y no incluidos en los textos constitucionales. Es por ello por lo que es necesario revisar teorías y propuestas situadas y contextualizadas que se acerquen a la realidad de los pueblos y sus necesidades, potenciando sus capacidades y participación.

Referencias

- AGUILÓ, J.** (2011). El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 55–76. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32762/1/Doxa_34_03.pdf
- ATIENZA, M.** (2017). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *CAPJurídica*, 3, 59–101.
- FERRAJOLI, L.** (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. CNDH.
- GASCÓN, M.** (2006). La teoría general del garantismo. In M. Carbonell & P. Salazar (Eds.), (*Title of book unknown*).
- MORENO, J.** (2007). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Redalyc*.
- NOGUERA, A.** (2020). Crítica al constitucionalismo garantista de Ferrajoli como proyecto político. *Isonomía*, 52, 114–135. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i52.232>
- PINO, G.** (2009). Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20387/1/DOXA_32_27.pdf
- SALAMANCA, A.** (2015). *Derechos humanos: un enfoque desde las capacidades*. Editorial Universitaria.
- SEN, A.** (1999). *Desarrollo como libertad*. Random House.



SERRANO, O. (2015). Un diálogo en torno a la crisis del positivismo jurídico y el resurgir del pluralismo jurídico. *Misión Jurídica*, 8(8), 171–187. <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/Un-dialogo-en-torno-a-la-crisis-del-positivismo-juridico-y-el-resurgir-del-pluralismo-juridico.pdf>





REALISMO JURÍDICO GENOVÉS. PIER-LUIGI CHIASSONI¹³¹

Introducción

Conforme a la propuesta de los organizadores, el tema del presente escrito será el “Realismo jurídico genovés”. Tan pronto como se le enuncia, surgen dudas y preguntas. Algunas de estas preguntas plantean un problema clasificatorio de género (a saber, concerniente al género en que clasificarlo). ¿Por qué, en fuerza de qué, el realismo jurídico genovés es “realismo”? ¿Estamos en lo cierto en clasificar de “realismo” el conjunto de tesis y argumentos proporcionados por sus acreditados representantes (Tarello, Guastini, Comanducci y demás)? ¿Estamos en lo cierto al incluir lo que sostienen los realistas genoveses en la clase de las filosofías, teorías, concepciones “realistas” del fenómeno jurídico?

Otras preguntas plantean, en cambio, un problema clasificatorio de especie (a saber, concerniente a la especie en que clasificar, a lo que en la teoría de la definición ataña a la llamada “diferencia específica”). Asumiendo que el realismo genovés sea en efecto “realismo” (de acuerdo con cierta noción de realismo presupuesta), ¿el calificativo “genovés” tiene sólo un sentido geográfico, o bien, al igual de lo que pasa cuando se habla de “realismo americano” o “realismo escandinavo”, evoca también algunas propiedades específicas de método o de contenido? Y, si evoca algunas propiedades específicas, ¿cuáles serían estas propiedades?

Otras preguntas aún plantean, en fin, un problema de oportunidad cultural. Asumiendo que el realismo genovés sea en efecto “realismo” y, además, que represente una variedad específica de “realismo”: ¿es todavía oportuno, en el presente contexto cultural, utilizar el rótulo “realismo jurídico genovés” para referirse a las ideas de los iusfilósofos de la Escuela de Génova? ¿No tendría acaso que ser abandonado a favor de otro mejor?

A continuación, intentaré proporcionar algunos esbozos de respuesta a estos interrogativos por medio de una investigación que se articulará

¹³¹ Profesor-Investigador del Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto. Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova

en dos partes. La primera parte abordará el realismo jurídico genovés (RJG) desde una perspectiva metateórica. Se dedicará a trazar una metateoría del RJG. Consistirá en una reflexión sobre algunas teorías del RJG. Sus objetos serán, más precisamente, algunas imágenes (representaciones o reconstrucciones) del RJG, en tanto que como postura iusfilosófica y iusteórica se encuentran “en los libros” (*in books*).

*La segunda parte, en cambio, abordará el RJG desde una perspectiva teórica y, más precisamente, conductista. Tratará del RJG proporcionando una pequeña muestra de su obrar al interior de la cultura jurídica contemporánea. Su objeto será, pues, el RJG “en acción” (*in action*). La acción —filosófica, teórica— explorada y presentada concernirá, como veremos, a un aspecto de la teoría genovesa del fenómeno interpretativo (ampliamente entendido): la teoría de la corrección interpretativa.*

Las respuestas a las cuales mi recorrido nos llevará, anticipándolas a beneficio del auditorio, serán en todo caso positivas.

*Primero, el realismo genovés es realismo: puede razonablemente clasificarse de “realismo” de acuerdo con una noción plausible, no idiosincrática, ni oportunista (*self-serving*), de realismo. Segundo, el realismo genovés representa una variedad específica de realismo al interior del pensamiento jurídico contemporáneo. Puede razonablemente concebirse como una forma de realismo caracterizada por algunas peculiaridades metodológicas (un realismo radicalmente analítico-lingüístico) y teóricas (antes que nada, su teoría de la interpretación y argumentación jurídica, que involucra la teoría de la corrección interpretativa de que hablaré, y su concepción-interpretación céntrica de la experiencia jurídica)¹³². Tercero, permanecen, aún hoy en día, en el contexto de la cultura iusfilosófica actual, razones de oportunidad para seguir hablando del realismo jurídico genovés.*

132 Se trata por supuesto de peculiaridades de carácter incremental, frutos de revisiones, refinamientos y ampliaciones de ideas y herramientas de los realismos americano y escandinavo y, más en general, de las corrientes antiformalistas y anti-normativistas en la cultura jurídica contemporánea. Los realistas genoveses también son, y no podrían sino ser, enanos sobre las espaldas de gigantes. Pequeños gorriones que suben a las alturas parados sobre águilas (retomando unas felices palabras de Ross, 1957).



Antes que empezar, merecen la pena unas palabras acerca del origen de la denominación “realismo jurídico genovés”. Su primera aparición en forma impresa se encuentra, si no me equivoco, en algunas páginas de la *Breve storia della filosofia del diritto* de Mauro Barberis, publicada en el año 2004¹³³. Antes, entre finales de los años noventa y el comienzo del nuevo siglo, encontramos, siempre en forma impresa, expresiones como “escuela genovesa”, “escepticismo à la génoise”, “escepticismo genovés”¹³⁴.

El realismo jurídico genovés en teoría (“en los libros”): esbozo de una investigación metateórica

En aras de llevar a cabo una —muy limitada y provisional— investigación metateórica sobre el RJC, consideraré en secuencia cuatro reflexiones de otros tantos iusfilósofos: por Letizia Gianformaggio (*infra*, § 1), por Mauro Barberis (*infra*, § 2), por Riccardo Guastini (*infra*, § 3) y, en fin, en una forma bastante juguetona (cuya función es llevarnos a la segunda parte), por mí mismo (*infra*, § 4).

El realismo jurídico genovés según Letizia Gianformaggio

133 Barberis 2004. Véase también Barberis 2005. Barberis reivindica la invención del rótulo en Barberis 2011. Véase también Barberis 2015a, pp. 232-233, 237-238. *Realismo jurídico genovés* se intitula el libro, aparecido en 2011, editado por Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni Battista Ratti (Ferrer, Ratti (eds.) 2011). El libro contiene cinco escritos de realistas genoveses o representantes de la “escuela genovesa” o “escuela de Génova” (en el orden del índice: Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Pierluigi Chiassoni y Mauro Barberis), comentados por otros tantos iusfilósofos iberoamericanos (José Juan Moreso, Manuel Atienza, Jorge L. Rodríguez, Ernesto Garzón Valdés y Liborio Hierro). Véase también Ratti, Agüero (eds.) 2023.

134 Véase Chiassoni 1999; Barberis 2000; Chiassoni 2001; Barberis 2002.

Gianformaggio, si no me equivoco, fue de las primeras en ocuparse de realismo genovés, empero, sin utilizar tal rótulo, en un escrito de 1991 intitulado *Realismi giuridici italiani* (*Realismos jurídicos italianos*)¹³⁵.

El escrito es particularmente relevante para nuestros fines, porque en ello Gianformaggio ofrece, en secuencia:

una caracterización genérica del realismo jurídico;

una reconstrucción del núcleo de tesis común a tres variedades de realismo jurídico italiano, representadas, respectivamente, por la obra de Santi Romano (1875-1947), de Giuseppe Capograssi (1889-1956), y de Giovanni Tarello (1934-1987); y

una exposición de la posición realista de Tarello, así como precisada y comentada por algunos discípulos (Guastini y Barberis), resaltando sus peculiaridades.

Realismo

El núcleo del realismo, tal como Gianformaggio lo presenta, tomando en cuenta esencialmente la variedad americana, se compone principalmente de tres tesis: (1) *empirismo*, (2) *factualismo* y (3) *instrumentalismo*. La primera es una tesis epistemológica (relativa al conocimiento científico del Derecho), las otras dos son teóricas (relativas al describir y explicar el Derecho como es).

1. *Empirismo: el conocimiento del Derecho se obtiene no ya por medio de investigaciones filosóficas abstractas, de arriba-hacia-abajo (top-down), sino por medio de investigaciones empíricas concretas, de abajo-hacia-arriba (bottom-up), centradas en la actividad de la ciencia jurídica.*

2. *Factualismo: el Derecho es hecho (social), y no valor (abstracto); es ser, y no deber ser (abstracto); coincidiendo, más precisamente, con la opinión de los juristas (siendo «lo que los juristas consideran tal»)*¹³⁶.

3. *Instrumentalismo: el Derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio, una herramienta, para lograr fines socialmente valiosos.*

135 Gianformaggio 1991, pp. 167-171.

136 Gianformaggio 1991, p. 160.

Realismos italianos

El núcleo común a los realismos italianos, tal como Gianformaggio lo presenta, se compone igualmente de tres tesis: (1) *empirismo*; (2) *descriptivismo*; (3) *anti-normativismo*. La primera es una tesis de carácter epistemológico. Las otras dos son tesis metateóricas y prescriptivas: formulan, como veremos ahora, prescripciones sobre la manera adecuada de hacer teoría del Derecho (*filosofía del Derecho positivo*).

1. *Empirismo (empirismo radical)*. La única forma de conocimiento genuinamente científico del Derecho es el conocimiento fundado sobre los datos de experiencia¹³⁷.

2. *Descriptivismo*. La tarea fundamental de la teoría del Derecho debe consistir no ya en “explicar o justificar” la realidad jurídica, sino en (observar, detectar, registrar y) describirla cuidadosamente (“relatar la realidad jurídica: lo que hay”¹³⁸);

3. *Anti-normativismo*. En aras de proporcionar una descripción verdadera y útil del fenómeno jurídico, la teoría del Derecho debe rechazar el normativismo: debe declinar la idea según la cual el Derecho sería un conjunto (un sistema, un ordenamiento) de normas. En las palabras de Gianformaggio: “rechazo de la reducción, preliminar a la investigación, del derecho a un concepto —tan sencillo como filosóficamente comprometido— cual es aquello de norma”¹³⁹.

Realismo genovés

Al tratar del realismo italiano, Gianformaggio identifica una corriente “realista” (como dije, sin hablar de “realismo genovés”) correspondiente al pen-

137 Gianformaggio 1991, p. 163.

138 Gianformaggio 1991, p. 163.

139 Gianformaggio 1991, pp. 161-162. Sobre los realistas italianos (Tarello, Castignone, Guastini, Pattaro) véase también Faralli 2001, pp. 378-381, 398-99.

samiento y a la obra de Giovanni Tarello¹⁴⁰, empero, considerando también escritos de algunos discípulos suyos (Guastini, Barberis).

Según la reconstrucción de Gianformaggio, el realismo de Tarello, así como precisado y comentado por Guastini y Barberis, se caracterizaría por un conjunto de tesis al interior del cual, en vía de ofrecer una presentación un poco más precisa, podemos destacar siete:

- (1) empirismo;
- (2) análisis pormenorizado de los discursos doctrinales;
- (3) análisis pormenorizado de los discursos judiciales;
- (4) análisis ideológico;
- (5) concepción lingüístico-conductista del derecho;
- (6) prescriptivismo;

140 Gianformaggio 1991, § 4 “El derecho como enunciado y como uso”. Gianformaggio considera en particular tres obras de Tarello: Tarello 1967; Tarello 1974; y Tarello 1980. Las otras posturas “realistas” presentadas son, como dije, la del institucionalista Santi Romano y la del filósofo de la experiencia jurídica Giuseppe Capograssi: Gianformaggio 1991, §§ 2 (“El derecho como institución”) y 3 (“El derecho como experiencia”). Véase también Gianformaggio 1989, pp. 47-66. Sea dicho de paso, el pensamiento de Gianformaggio fue profundamente influenciado por la obra de Tarello, al punto de llegar a proponer una noción exquisitamente realista de Derecho, como fenómeno social caracterizado por la presencia de cuatro componentes interconectados: (1) enunciados de los discursos de las fuentes; (2) *interpretaciones* (en sentido amplio) de dichos enunciados; (3) *argumentaciones* relativas a las interpretaciones; y (4) *prácticas institucionales* de producción de enunciados, de interpretaciones y de argumentaciones. Véase Gianformaggio, 1995; Gianformaggio, 2008. Sobre el pensamiento de Gianformaggio, me permito remitir a Chiassoni 2024b, de próxima publicación.

(7) escepticismo.

La primera tesis es una tesis de carácter epistemológico. La segunda, la tercera y la cuarta son tesis metateóricas (metafilosóficas) prescriptivas. La quinta, la sexta y la séptima tesis son, en fin, tesis de carácter teórico.

1. *Empirismo. Conocer el Derecho requiere desarrollar cuidadosas investigaciones sobre la experiencia (y cultura) jurídica a partir de los detalles de la misma experiencia (y cultura)*¹⁴¹.

2. *Análisis pormenorizado de los discursos doctrinales. La teoría del Derecho debe evitar todo discurso sobre la ciencia jurídica en abstracto ("en general"), llevando a cabo, en cambio, investigaciones concretas sobre "las doctrinas en efecto elaboradas y las operaciones de política del derecho en efecto realizadas" por "grupos circunscritos de juristas en coyunturas particulares"*¹⁴².

3. *Análisis pormenorizado de los discursos judiciales. La teoría del Derecho debe analizar cuidadosamente los procedimientos intelectuales mediante los cuales "los operadores (jueces) producen derecho a través de la interpretación y de la sistematización del material legislativo"*¹⁴³.

4. *Análisis ideológico. Al llevar a cabo sus investigaciones sobre las actividades de juristas y jueces, la teoría del derecho debe sacar a la luz las visiones normativas (las "ideologías") que forman el trasfondo de toda operación doctrinal o judicial e influyen de una manera determinante sobre ellas ("caza a las ideologías")*¹⁴⁴.

5. *Concepción lingüístico-conductista del derecho. Es preciso proponer una nueva imagen teórica del Derecho, por efecto de la "disolución del concepto de norma"*¹⁴⁵ y de la adopción consecuente de las tesis metateóricas y epistemológicas que apenas hemos visto. Es preciso entender el Derecho como un hecho social complejo, donde revelan no ya las misteriosas entidades que el normativismo (ingenuo) sigue llamando "normas", sino dos ingredientes básicos: por un lado, los documentos normativos (leyes, decretos, constitucio-

141 Gianformaggio, 1991.

142 Gianformaggio 1991, p. 169.

143 Gianformaggio, 1991, pp. 169-170.

144 Gianformaggio 1991, p. 170.

145 Gianformaggio, 1991, p. 170.

nes, etcétera), que son conjuntos de enunciados en un idioma natural; por el otro, los usos de dichos documentos por parte de los juristas, los jueces, los funcionarios¹⁴⁶.

6. *Prescriptivismo.* Los usos de los documentos legislativos por parte de los operadores jurídicos (juristas, jueces, abogados, funcionarios) consisten típicamente en discursos (formulaciones de doctrinas, formulaciones de tesis interpretativas que representan las conclusiones de argumentaciones en Derecho) que no son ni verdaderos, ni falsos, sino que tienen carácter “prescriptivo” y son ideológicamente condicionados.

7. *Escepticismo o tesis de la ausencia de soluciones correctas (“argumentos correctos”).* Como no hay interpretación o doctrina jurídica que pueda ser verdadera ni falsa, no hay, por ende, en la interpretación y en la doctrina jurídica, argumentos que puedan ser correctos o incorrectos¹⁴⁷.

Gianformaggio, cabe resaltar, no se limita a ofrecer una presentación de observación externa y desapasionada. Muestra, por el contrario, compartir todas las tesis del realismo genovés, con la excepción de una: la tesis escéptica de la ausencia de soluciones correctas. Gianformaggio la rechaza sobre la base de dos argumentos. Primero, la tesis es “totalmente irrazonable” por sí misma, fundándose sobre un evidente non sequitur¹⁴⁸. Segundo, la tesis es

146 Según sostiene Gianformaggio, “Tarello resalta que la realidad, los hechos que son objeto de estudio por la teoría del derecho solo pueden ser, por un lado, los documentos, los enunciados en que consiste el material legislativo, y por el otro su uso por parte de los órganos de la aplicación, de los operadores jurídicos y de la doctrina jurídica” (Gianformaggio, 1991, p. 169, 175).

147 Gianformaggio, 1991, pp. 170-171.

148 Gianformaggio, 1991, pp. 170-171: 170-171: “la tesis —según mi opinión en absoluto banal— de que no existe interpretación o doctrina jurídica verdadera o falsa, es [presentada como] equivalente a la tesis —según me parece totalmente irrazonable— de que no existen argumentos correctos o incorrectos en la interpretación y en la doctrina jurídica”, donde el proponente de esta tesis resulta ser Riccardo Guastini (Guastini 1985, parte segunda; véase también Guastini 2017, p. 219. A la luz de un pasaje a la p. 219, sin embargo, cabe considerar una interpretación quizás un



cultural e institucionalmente peligrosa desde el punto de vista de algunas exigencias primarias de un estado constitucional de derecho.

Por un lado, ella pone en tela de juicio (equivocadamente) la suposición teórica de que las operaciones de los juristas sean aptas para formas de control racional, echando el entero fenómeno de la argumentación jurídica en el basurero de lo irracional¹⁴⁹. Por el otro, ella amenaza (indirectamente) la separación entre producción y aplicación de normas, sugiriendo (aunque involuntariamente) a los jueces “tomar iniciativas políticas encaminadas a la transformación del derecho, con transferencia del poder del parlamento precisamente a los jueces”¹⁵⁰.

poco más benévola.” Los realistas no sostienen para nada que cualquier interpretación es correcta: simplemente, se abstienen de valorar, *cuando actúan de teóricos de la interpretación*. Se entiende que cuando en cambio participan en la práctica jurídica, ellos también, como cualquier otro jurista, tienen una política [...] del derecho que defender”.

149 Gianformaggio 1991, p. 171.

150 Gianformaggio, 1991, p. 172, compartiendo una crítica originalmente formulada por Uberto Scarpelli. Al tratar de la postura de Ferrajoli, Gianformaggio señala otra crítica al realismo genovés, que muestra igualmente de compartir. Se trata de la crítica a la concepción realista de la “ciencia jurídica”. Los realistas genoveses entienden el conocimiento científico del derecho como empresa que debe ser de carácter rigurosamente avalorativo y descriptivo, resaltando al mismo tiempo que la “ciencia jurídica”, en tanto que estudio doctrinal del derecho, es empresa fatalmente dedicada a la política del derecho. Ferrajoli sostiene que la “ciencia jurídica” debe también ejercer una importante “función pragmática (además de cognoscitiva)”, de carácter crítico y proyectual (p. 175). Esta crítica de Ferrajoli depende, como se ve, de su adopción de una noción amplia de “ciencia jurídica”, que abarca sea funciones cognoscitivas, sea funciones prácticas, y corresponde a la combinación de investigaciones sociológicas, dogmáticas, teórico generales, y filosófico políticas.

En margen a la reflexión de Gianformaggio

La reflexión de Gianformaggio nos proporciona una primera, cuidadosa, imagen del realismo jurídico genovés. Por un lado, la reflexión resalta las múltiples conexiones culturales que anudan el RJJ a los otros realismos italiano y al realismo sin más (pero reconstruido pensando en el americano). Por el otro, ella permite destacar siete tesis propias del RJJ, ofreciendo una caracterización bastante precisa de sus peculiaridades.

Gianformaggio, como hemos visto, rechaza la tesis escéptica que niega la posibilidad (teórica) de hablar sensatamente de soluciones (“argumentos”) correctas o incorrectas¹⁵¹.

Como veremos a continuación, en particular en la segunda parte (*infra, II, § 5*), esta tesis escéptica genovesa puede ser esclarecida en manera tal de quitarle todo aire de irracional, permaneciendo al mismo tiempo dentro del marco de una teoría radicalmente no-cognoscitivista de la interpretación. Con eso, podemos pasar a la segunda imagen del RJJ que me parece útil considerar en aras de entender qué es el RJJ: la proporcionada por Mauro Barberis.

El realismo jurídico genovés según Mauro Barberis

Mauro Barberis, representante destacadísimo de la (que él mismo llama) “Escuela de Génova”, ofrece —si no me equivoco— su reflexión más comprensiva acerca del realismo genovés en un ensayo de 2011: *Un poco de realismo acerca del realismo “genovés”*¹⁵².

151 La misma crítica se encuentra, más recién, en Chahuán 2023, p. 66.

152 Barberis 2011, pp. 201-215. Véase también Barberis 2015a, pp. Antes, Barberis se había propuesto desempeñar el papel de crítico interno, poniendo en tela de juicio la teoría genovesa de la interpretación por él denominada “escepticismo à la génoise”: véase Barberis 2000 y Barberis 2002, esté ultimo escrito en réplica a Chiassoni 2001. Trata-se, sea dicho de paso, de un papel que Barberis ha seguido desempeñando y desempeña hasta hoy, en forma de crítica a las posturas de singulares iusfilósofos genoveses. Véase, por ejemplo, Barberis 2015, pp. 107-117 (y la



Barberis aborda el RJG como *fenómeno cultural*. Adoptando en secuencia dos perspectivas diferentes: *a saber, la perspectiva de la historia del pensamiento jurídico y la perspectiva de las (presumidas) exigencias culturales actuales*.

Desde la primera perspectiva, la histórica, Barberis sostiene que la teoría jurídica de la Escuela genovesa constituye un ejemplo indudable de teoría realista. De forma que, desde esta perspectiva, cabe razonablemente destacar un “realismo jurídico genovés” al lado de los realismos (que Barberis llama) “históricos”: el realismo americano y el realismo escandinavo¹⁵³.

En cambio, desde la segunda perspectiva, la de las (presumidas) exigencias culturales actuales, Barberis sostiene que la teoría jurídica de la Escuela genovesa haría bien en rechazar el rótulo de teoría “realista”¹⁵⁴.

A continuación, me propongo exponer, con la mayor claridad posible, los dos cuernos de la argumentación de Barberis.

Razones históricas para aceptar el rotulo “RJG” (por qué calificar la teoría de la Escuela de Génova como “realismo”)

El razonamiento que Barberis desarrolla en la primera parte de su escrito tiene una estructura lógica de trasfondo que, en aras de una mejor comprensión, merece la pena llevar a la luz:

1. Una teoría del Derecho es realista, si, y sólo si, sostiene tesis realistas.

2. Una tesis es realista si, y sólo si:

(a) forma parte de las tesis elaboradas y defendidas por los realismos históricos (el realismo americano o el realismo escandinavo); o bien,

réplica de Chiassoni 2015, pp. 335-358) y Barberis 2019, pp. 465-478, dedicado a la teoría de la constitución de Riccardo Guastini.

153 Barberis 2011, pp. 204-209.

154 Barberis 2011, pp. 209-213 («en esta sección conclusiva se buscará – en modo oscilante entre lo heroico y lo paradójico – poner nuevamente en discusión tal denominación, que parecía ya adquirida»).

(b) es el resultado del desarrollo, del refinamiento, de la ampliación de tesis de los realismos históricos.

3. La teoría del Derecho elaborada por los componentes de la Escuela de Génova sostiene tesis que se ponen en una relación compleja de continuidad y de innovación al respecto de tesis de los realismos históricos¹⁵⁵.

4. Por lo tanto, la teoría del Derecho elaborada por los componentes de la Escuela genovesa es una teoría realista. Puede razonablemente calificarse, en la perspectiva de la historia de la cultura y del pensamiento jurídico, como teoría realista, como forma de realismo jurídico.

Una tal conclusión, según sostiene Barberis, se revela acertada tan pronto se analicen las relaciones entre Escuela genovesa y realismos históricos en lo que concierne a tres ámbitos temáticos (que presentaré en un orden inverso a lo de Barberis):

- (1) la meta-filosofía o metateoría del Derecho;
- (2) la teoría de la ciencia jurídica, y
- (3) la teoría de la interpretación jurídica¹⁵⁶.

Por empezar, en tema de *metafilosofía del Derecho* (“*concepción de la filosofía o de la teoría del Derecho*”), Barberis resalta que el RJD se pone en una línea de continuidad con los realismos históricos al abarcar el principio (weberiano) de la avaloratividad ético-normativa, entendiéndolo como principio que impone destacar cuidadosamente las operaciones de conocimiento, que deben ser éticamente neutrales, y las operaciones de política del Derecho, que son en cambio ética y valorativamente comprometidas. Barberis

155 Barberis 2011, pp. 201, 207.

156 «Dentro de la infinidad de tesis producidas sea por los iusrealismos “históricos”, sea por la Escuela genovesa, se privilegiarán tres tesis, de creciente generalidad: antes que nada, la propia teoría iusrealista de la interpretación; después, su extensión a la teoría de la ciencia jurídica; finalmente, su ulterior extensión a la teoría o filosofía del derecho en general» (Barberis 2011, p. 205).



observa que los genoveses se dedican algunas veces a operaciones de política de la interpretación judicial, en particular criticando operaciones de creación judicial de Derecho y abogando por una doctrina literalista de la interpretación judicial¹⁵⁷. Observa además como, sin embargo, frente a positivistas como Scarpelli, ellos defiendan una postura de pureza teórica, rechazando el “iuspositivismo ideológico y teórico” y adhiriendo estrictamente al “iuspositivismo metodológico”¹⁵⁸.

En tema de metajurisprudencia (“teoría de la ciencia jurídica”, “meta-doctrina” jurídica), Barberis resalta que nuevamente la Escuela genovesa se revela ser una escuela realista. Tratando del papel desempeñado por la ciencia (o doctrina) jurídica al interior de las experiencias jurídicas contemporáneas (y, en particular, del problema exquisitamente “continental” del carácter científico de la doctrina jurídica), los teóricos genoveses —sostiene Barberis— dan prueba de “mayor conocimiento” del fenómeno y van por mucho más allá de los dos iusrealismos “históricos”, considerado que ellos:

resaltan el papel central que juega la doctrina en la vida del derecho;

llevan a cabo análisis cuidadosos y pormenorizados de los discursos de los juristas, en que se destacan las operaciones descriptivas de las prescriptivas

157 Barberis (2011, p. 209) trae a colación el ejemplo de un ensayo en el cual Tarello manifiesta su posición de «censura» frente a una sentencia de la Corte constitucional italiana en la cual «la Corte ha utilizado prácticamente todo el arsenal conceptual a su disposición para conformar un instituto constitucional – en el presente asunto, el referéndum popular abrogativo – a su propia concepción (o a la concepción adoptada por su mayoría) de la distribución de los poderes de iniciativa legislativa en el marco de los órganos constitucionales» (Tarello 1978, p. 585).

158 Barberis 2011, pp. 208-209. Sobre este punto cabe precisar como los genoveses rechazan la tesis scarpelliana del necesario compromiso práctico de quien que proponga conocer y describir un derecho positivo: la tesis de Scarpelli según la cual no se puede conocer y describir algo como derecho (valido, vigente) sin «aceptar» la regla de reconocimiento de la experiencia que se conoce (véase Guastini 1996).

ponen de relieve como las herramientas principales de que los juristas (continentales) se sirven para realizar sus operaciones de política del derecho son las doctrinas dogmáticas (típicamente, las acerca a la “naturaleza” de un instituto jurídico);

ponen de relieve como la política del derecho de los juristas se desarrolle típicamente al abrigo de posturas de “formalismo jurídico” (esto es, pretendiendo realizar operaciones solo de carácter exquisitamente técnico y políticamente neutral)¹⁵⁹.

En tema de interpretación jurídica, en fin, Barberis sostiene que, nuevamente, hay una clara línea, al mismo tiempo de continuidad y de innovación, que conecta la teoría genovesa a las teorías de los realistas americanos (en particular, la de John C. Gray) y escandinavos (en particular, la de Alf Ross). En efecto, según resalta Barberis, Tarello y sus discípulos llevan a cabo las operaciones siguientes:

reformulan la distinción de Gray entre fuentes del Derecho y Derecho en términos rigurosamente analítico-lingüísticos, destacando los enunciados normativos jurídicos (las disposiciones), que son formulados por los legisladores (en sentido amplio), de las normas jurídicas (expresas), que son el producto de la interpretación de dichos enunciados por parte de los operadores jurídicos¹⁶⁰;

abogan, en un primer momento, por la visión radical según la cual las disposiciones no expresan significado alguno antes e independientemente de la interpretación, pero la matizan después, en un segundo momento, con la ayuda de la teoría kelseniana de los marcos de significados, llegando a sostener que lo que los legisladores producen son normas-marco (enunciados idóneos a expresar una pluralidad de interpretaciones alternativas) y que la interpretación propiamente dicha consiste en elegir al interior del marco establecido por el legislador, realizando una operación que es no ya de creación de un

159 Barberis 2011, pp. 207-208.

160 «Lo que es cierto es que, llevando a sus últimas consecuencias la distinción analítica entre enunciados y significados, homóloga a la jurídica entre disposición y norma, Tarello funda la teoría “genovesa” de la interpretación en un modo que reformula las tesis más radicales del iusrealismo estadounidense» (Barberis 2011, p. 206).



significado que en hipótesis antes no existía, sino que es, más bien, una operación de decisión relativa a un significado en hipótesis pre-existente¹⁶¹;

enriquecen, en fin, el “arsenal” teórico original, por ejemplo, recuperando el análisis silogístico de las sentencias¹⁶².

Razones actuales para rechazar el rotulo “RJG” (por qué no calificar la teoría de la Escuela de Génova como “realismo”)

En el segundo cuerno de su argumentación, como dije, Barberis se propone cuestionar la oportunidad, a la luz de la cultura jurídica actual, de seguir empleando la denominación “realismo jurídico genovés”. Sostiene, en particular, que los teóricos genoveses deberían renunciar al mismo nombre de “iusrealismo”¹⁶³.

161 Barberis, 2011, donde se consideran obras de Tarello y de Guastini.

162 Barberis 2011, p. 207. He mencionado antes que Barberis ha desempeñado, y desempeña todavía, el papel importante de crítico interno de la teoría genovesa de la interpretación. Sus principales críticas, si no me equivoco, consisten en reprocharle: (1) la «resistencia a admitir la normatividad de las reglas lingüísticas» y el «descuido» «por el argumento literal»; (2) el rechazo de la discriminación entre «interpretaciones correctas e incorrectas» (así asociándose a la crítica de Gianformaggio; *supra*, § 1.3 en fin); (3) la defensa del escepticismo interpretativo sin adelantar una tesis convincente sobre los casos claros; (4) el «creacionismo jurídico» (la idea de que los constituyentes, los legisladores ordinarios y los jueces «crean derecho ex nihilo, por meros actos de volición individual»); (5) el «descuido» para «el precedente judicial» y, en general, para la creación de derecho “no-intencional”, tal como ocurre en las costumbres (véase Barberis 2000, pp. 34-36; Barberis 2015, pp. 107-117; Barberis 2019, pp. 468, 471, 472-473).

163 Barberis 2011, pp. 209-213. La propuesta de Barberis es totalmente compartida por Liborio Hierro (Hierro 2011, pp. 217-236).

Se trata, cabe notar, de una propuesta que el mismo Barberis considera ser “entre lo heroico y lo paradójico”¹⁶⁴. Sin embargo, merece la pena reconstruir brevemente la argumentación de Barberis, pues contribuye a arrojar otra luz más sobre el fenómeno RJG.

Preguntémonos: ¿Por qué —según sostiene Barberis— los genoveses deberían dejar de autodenominarse y hacerse denominar “realistas”? ¿Por qué deberían renunciar al nombre de “iusrealismo”?

Barberis ofrece, aparentemente, tres argumentos: un argumento terminológico, un argumento metodológico, y un argumento teórico.

Argumento terminológico. En primer lugar, sostiene Barberis, porque hay razones terminológicas. La expresión “realismo jurídico”, al igual que la expresión “positivismo jurídico”, es eminentemente indeterminada y desgastada. Por lo tanto, es en absoluto incapaz, por sí misma, de comunicar informaciones precisas acerca del fenómeno al cual se refiere¹⁶⁵.

Argumento metodológico. En segundo lugar, sostiene Barberis, porque hay razones metodológicas o filosóficas.

Asumimos convenir que los teóricos genoveses son “realistas” porque comparten cierta postura epistemológica, ya adoptada por los realistas americanos. Porque, en particular, se disponen a investigar la realidad jurídica, en aras de describirla y explicarla, asumiendo programáticamente un enfoque desencantado (de desilusión), asegurándose de no hacerse condicionar (ilusionar) por maneras de pensar equivocadas y engañosas (como, por ejemplo, el formalismo interpretativo)¹⁶⁶.

Ahora bien, según sugiere Barberis, esta manera de proceder, aunque pueda parecer sensata, lleva consigo comprometerse de una manera fatal con dos ideas filosóficamente sospechosas.

La primera es la idea de que hay tal cosa como una “realidad jurídica” que puede ser conocida y descrita. Esta idea es sospechosa porque involucra una pretensión que no puede ser mantenida. Porque la invocación de la realidad jurídica y el compromiso de ser “realistas” (al prestar atención a la realidad)

164 Barberis, 2011, p. 209.

165 Barberis 2011, p. 210.

166 Barberis 2011, p. 210.



son, mirándolos bien, nada más que un “grito de batalla”. Porque “hablar de realidad [jurídica] es como dar un puñetazo sobre la mesa”¹⁶⁷.

La segunda es la idea, reduccionista, de que “el derecho sea reducible a cualquier realidad más profunda —la creación judicial, o tal vez, como para el realismo político, la administración de la fuerza”, idea que es, sin embargo, “ella misma una ilusión”. “Después de todo”, concluye Barberis, “los jueces o la fuerza crean Derecho sólo a condición de respetar la formalidad jurídica”¹⁶⁸.

Argumento teórico. En tercer lugar, y en fin, sostiene Barberis, porque hay razones “exquisitamente teóricas”. Merece la pena citar el núcleo del argumento de Barberis:

*El mundo ha cambiado y también la teoría genovesa. El nombre “realismo jurídico” parece pertenecer a otra época, en la cual algunos todavía negaban la creatividad de la interpretación judicial; mientras que hoy los mismos genoveses – por el simple motivo que sobre éste han tenido la razón – se ocupan de diversos temas que comprenden aspectos que los iusrealistas “históricos” habrían considerado metafísica*¹⁶⁹.

Estos temas involucran, según enumera Barberis, los derechos de los animales, cuestiones de (cuasi) dogmática constitucional, cuestiones de ética normativa, lógica y derecho, reglas interpretativas y reformulación en términos lógico-deductivos de los argumentos interpretativo, y, no último, el fenómeno complejo del constitucionalismo contemporáneo, para el cual “los genoveses han acuñado un nombre —neoconstitucionalismo—” y del cual discuten “en el fondo, sin limitarse a denunciar el aspecto ideológico”¹⁷⁰.

En margen a la reflexión de Barberis

En su primer cuerno, la reflexión de Barberis sobre el realismo genovés se revela cuidadosa e iluminadora. Encaja, además, con la reflexión de Gianfor-

¹⁶⁷ Barberis, 2011, p. 211.

¹⁶⁸ Barberis, 2011, p. 211.

¹⁶⁹ Barberis, 2011, p. 212.

¹⁷⁰ Barberis, 2011, p. 212-213, texto y nota 35.

maggio, profundizándolas en algunos aspectos relevantes, en particular en lo que concierne a la concepción de la filosofía del Derecho y a la teoría de la interpretación jurídica.

En su segundo cuerno, como hemos visto, Barberis, poniéndose por un camino que él mismo define “entre lo heroico y lo paradójico”, sostiene que los teóricos genoveses deberían renunciar al “mismo nombre de iusrealismo” (*supra*, § 2.2).

La propuesta —hace falta no olvidarlo— proviene de un representante destacadísimo de la Escuela genovesa misma. Tiene por lo tanto que ser tomada particularmente en serio.

Si lo hacemos, sin embargo, se presentan pronto razones contrarias: razones para que los teóricos genoveses se abstengan de rechazar, y sigan utilizando, el nombre de “iusrealismo” y la denominación “realismo jurídico genovés”.

Para empezar, podemos traer a colación una razón terminológica para que los genoveses no rechacen, sino mantengan, aquí y ahora, la denominación de “realistas”. El sustantivo “realismo”, cuando sea asociado al adjetivo “jurídico”, comunica todavía, aquí y ahora, la idea de una postura que quiere investigar el mundo del derecho, el fenómeno jurídico, la experiencia jurídica, por medio de una mirada desencantada y despiadada, sin caer víctima de ilusiones, trampas verbales y falsas representaciones (que son a menudo el reflejo de una falsa conciencia). El mismo Barberis, como se recordará, reconoce este rincón sólido del significado de “realismo”, reconduciéndolo al realismo americano. Sin embargo, como hemos visto, precisamente en aras de neutralizarlo, de quitarle toda fuerza argumentativa, Barberis le opone algunas “perplejidades metodológicas”, que vamos ahora a considerar.

*Hay, en segundo lugar, razones metodológicas para que los genoveses no rechacen la denominación de “realistas”. Barberis, como hemos visto, pone en tela de juicio la idea de que haya una realidad jurídica que se puede conocer, invocando el carácter retórico, emocional, de todo apelo a la realidad (que equivaldría a “dar un puñetazo sobre la mesa”) y resaltando su compromiso con un reduccionismo teórico dañino (*supra*, § 2.2). Cabe notar, sin embargo, que ni a los realistas americanos, ni a los teóricos de la Escuela de Génova, empezando por Giovanni Tarello, se le pueden imputar semejantes crímenes metodológicos. Por un lado, ellos se proponen investigar, no ya “la realidad jurídica” entendida como un todo (misterioso), sino, de vez en cuando, particulares fragmentos espaciotemporalmente bien delimitados de una*



determinada experiencia jurídica. Por el otro, ellos rechazan toda forma de reduccionismo teórico. Rehusan toda idea de que haya una “realidad más profunda” a la cual todo el derecho podría ser reducido, en aras de una mejor comprensión. Por el contrario, más allá de algunos “gritos de batalla” pour épater les juristes (como la famosa afirmación de Karl N. Llewellyn acerca de las “reglas jurídicas”, que el mismo Llewellyn desmintió relativamente a su alcance teórico¹⁷¹), los realistas suelen pensar eso: que no hay alguna realidad “más profunda”; que toda realidad es, por decirlo así, superficial; que la realidad del Derecho es, además, fatalmente compleja, fruto, en cada rincón explorado, de la interacción de múltiples factores diferentes.

Hay, por último, algunas razones teóricas (culturales) para que los genoveses, aquí y ahora, no rechacen la denominación de “realistas”. Primero, la denominación “realismo jurídico genovés” es en efecto aceptada y utilizada al interior de la cultura iusfilosófica actual. Una prueba elocuente la proporciona la presente ponencia, aquí y hoy, para un Diplomado en “Pensamiento jurídico mexicano, crítica y teoría contemporánea del Derecho”. ¿Por qué los genoveses tendrían que rechazar una denominación que, considerándolo todo, aparece útil y exitosa? Segundo, es cierto, como resalta Barberis, que el mundo ha cambiado y que también la teoría genovesa ha cambiado (*supra*, § 2.2). Sin embargo, Barberis parece ser excesivamente optimista cuando sugiere que ya no hace falta seguir hablando de “realismo”, puesto que su oponente, el “formalismo”, se ha mientras tanto desvanecido. Cabe notar, en efecto, que el formalismo representa todavía una visión poderosa, si no en las culturas jurídicas “internas” (en las opiniones de los operadores jurídicos, donde empero todavía persisten posturas de cognoscitivismo interpretativo, aunque parcial o moderado), por cierto, en las culturas jurídicas “externas” (en las opiniones de los políticos, de los periodistas, de los hombres de la calle). Por lo tanto, parece todavía necesario que, en nuestras culturas jurídicas, operen iusfilósofos que aboguen por visiones del derecho desencantadas y, precisamente, “realistas”. Tercero, las más recientes direcciones de las investigaciones de los teóricos genoveses —por ejemplo, en el marco de la ética normativa, de la dogmática jurídica, del (neo)constitucionalismo— son metódicamente llevadas a cabo adoptando una rigurosa postura “realista”.

Pasamos ahora a la tercera imagen del RJC. La que podemos deslindar en la obra de Riccardo Guastini.

El realismo jurídico (genovés) según Riccardo Guastini

¹⁷¹ Llewellyn 1930 (1951), pp. 8-10.

En el año 2013, Riccardo Guastini, maestro de generaciones de teóricos genoveses, escribe *El realismo jurídico redefinido*¹⁷².

El escrito se propone ofrecer una caracterización “del realismo jurídico —o, por lo menos— dice Guastini —de *una forma de realismo jurídico*—¹⁷³.

En una nota, Guastini se refiere a la escuela realista “de Génova”, coloquialmente al lado de “algunos realistas americanos” y “algunos realistas franceses”¹⁷⁴. De manera que el escrito parecería proporcionar, en efecto, una caracterización del realismo jurídico sin más: del realismo en general, cual abstracta postura iusfilosófica. Sin embargo, como nos adentramos en la lectura, resulta claro que el realismo que Guastini reconstruye es el realismo, así como se le concibe (y práctica) en Génova. El ensayo puede ser visto, por ende, como un espejo (quizás un poco mágico), en que se refleja una imagen (autorizadísima) del RJC. De todos modos, será ésta la clave de lectura que adoptaré a continuación.

Guastini propone concebir el realismo como la conjunción (*combinación*) de tesis de tres tipos: *tesis ontológicas, tesis metodológicas, y tesis epistemológicas*¹⁷⁵. Las tesis atañen a la resolución, respectivamente, de un problema ontológico (¿qué tipo de entidad es el Derecho?), de un problema metodológico (¿qué tipo de actividad es la actividad de interpretación?) y, en fin, de un problema epistemológico (¿en qué consiste el conocimiento científico del Derecho?)¹⁷⁶.

172 Guastini 2013, pp. 1-18.

173 Guastini 2013, p. 1.

174 Guastini 2013, p. 3 nota 8. En otras notas, además, Guastini cita los realistas escandinavos.

175 Guastini 2013, p. 1. A decir verdad, Guastini usa “tesis” al singular. Sin embargo, al tratarlas, aparece claro que maneja conjuntos de tesis. En la nota 1, Guastini menciona también tesis de un cuarto tipo: tesis «semánticas» acerca del significado de los términos que aparecen en los discursos jurídicos (adjetivos cualificatorios deónticos, sustantivos relativos a posiciones jurídicas subjetivas o a institutos), adoptando la teoría no-referencialista del realismo escandinavo (Olivecrona y Ross).

176 Guastini 2013, p. 1.



Guastini resalta, además, que el problema metodológico y, sobre todo, su resolución, juegan un papel fundacional en la teoría realista del Derecho. De ella dependería, pues, la resolución de los dos otros problemas. De manera que su reflexión va a empezar precisamente por este problema y por la solución que el realismo (genovés) le ofrece.

Realismo (genovés) metodológico

Al problema metodológico (¿qué tipo de actividad es la actividad de interpretación?), el realismo (genovés) proporciona una respuesta que consiste en desarrollar una peculiar teoría *no-cognoscitivista*: *en las palabras de Guastini, en una (peculiar) "teoría escéptica de la interpretación"*¹⁷⁷.

El núcleo de la teoría no-cognoscitivista (genovesa-guastiniana), según una reconstrucción que me parece acertada, involucra seis tesis¹⁷⁸.

Es teóricamente oportuno destacar dos significados de la palabra “interpretación”, conforme a sus usos en los discursos jurídicos: un significado “estricto” o “propio” y un significado “amplio”.

En su significado estricto, “interpretación” se refiere a la actividad de atribución de significado a textos normativos. El resultado o producto de esta actividad consiste en la identificación de normas jurídicas «expresas». Una norma expresa, según precisa Guastini, es el «contenido de significado», «uno de los significados plausibles», de una formulación normativa¹⁷⁹.

En tanto que operación realizada por los jueces, los demás órganos de la aplicación y los juristas, la interpretación en sentido estricto es una actividad *no ya cognoscitiva* (“cognitiva”, *un acto de conocimiento*), *sino decisoria* (*un acto de voluntad*). Consiste, precisamente, en elegir un significado para un cierto enunciado normativo (formulación normativa, disposición) que se trate de utilizar, llevando a cabo un acto de carácter (*no descriptivo, ni prescriptivo, sino adscriptivo*)¹⁸⁰.

177 Guastini 2013, p. 2.

178 Guastini 2013, § 1.

179 Guastini 2013, pp. 4, 5 texto y nota 17, 7, 8, 9.

180 Guastini 2013, p.

El carácter decisorio de la interpretación en sentido estricto aparece evidente apenas se considere la fatal indeterminación de los textos normativos y es un efecto de ella. Merece la pena leer las palabras mismas de Guastini:

Los textos normativos – “el derecho” [...] en uno de los sentidos de la palabra – padecen – dice Guastini – una múltiple forma de indeterminación. Por un lado, los enunciados normativos son *frecuentemente ambiguos, admitiendo diferentes interpretaciones: no se sabe si el enunciado E expresa la norma N1 o la norma N2. Por el otro lado, todas y cada una de las normas son fatalmente vagas, de modo que admiten varias “concreciones”: dada una norma N (identificada mediante la interpretación textual “en abstracto”) no se sabe si el caso x entra o no dentro de su ámbito de aplicación. Es, por tanto, materia de subsunción, o interpretación “en concreto” si se prefiere.*

Dicho brevemente: todo texto normativo admite interpretaciones – en abstracto y/o en concreto – sincrónicamente conflictuales y/o diacrónicamente mutables. Ello implica que muchas (quizás no todas, pero muchas) controversias y, más en general, muchas (quizás no todas, pero muchas) “cuestiones de derecho”, admiten soluciones diferentes en competición¹⁸¹.

En su significado amplio, en cambio, “interpretación” se refiere a un conjunto de operaciones de carácter decisorio (y con mayor razón), y con efectos *nomopoiéticos*. Forman parte del conjunto, según precisa Guastini: (a) la creación de lagunas normativas y (aún más) de lagunas axiológicas; (b) la creación de jerarquías axiológicas entre normas; (c) la concreción de principios; (d) la ponderación entre principios conflictuales; (e) la creación y (a veces) la resolución de antinomias; y, por encima de todas, (f) la elaboración de normas inexpresas que se pretenden ser *implícitas* en el ordenamiento. Para este

181 Guastini 2013, pp. 3-4, cursivas mías. La «interpretación en abstracto» consiste en establecer el significado total de un enunciado normativo. Su resultado es un enunciado interpretativo en abstracto, de la forma “El enunciado normativo E expresa la norma N”. En cambio, la interpretación en concreto consiste en establecer si a cierta conducta, evento o estado de cosas sea aplicable una norma previamente identificada. Su resultado es un enunciado interpretativo en concreto, de la forma “El caso x recae en el ámbito de aplicación de la norma N”. La interpretación en abstracta lidia con problemas de ambigüedad; la interpretación en concreto con problemas de vaguedad.



conjunto de operaciones, Guastini propone adoptar la denominación de “construcción jurídica”.

Las decisiones que los operadores jurídicos toman al llevar a cabo las operaciones de interpretación en sentido estricto, así como las de construcción jurídica, lejos de ser el fruto de actos de voluntad monádicos y absolutos (sin límites), están típicamente condicionadas. Entre los factores que típicamente las condicionan figuran, en particular: sus intereses prácticos y sus ideas acerca de la justicia, las construcciones conceptuales de la doctrina o dogmática jurídica y, no último, la aceptabilidad (plausibilidad, razonabilidad) del resultado propuesto dentro de la cultura jurídica del tiempo.

Realismo (genovés) ontológico

Al problema ontológico (¿qué tipo de entidad es el Derecho?), el realismo (genovés) proporciona una respuesta que consiste en una peculiar teoría empírica y, precisamente, *lingüística del derecho*.

El núcleo de la teoría del Derecho, de la ontología jurídica (genovesa-guastiniana), según una reconstrucción que espero acertada, involucra cinco tesis (que voy a formular en una terminología no estrictamente guastiniana)¹⁸².

Si nos preguntemos por cuál entidad sea el Derecho, la respuesta teóricamente más acertada nos sugiere considerar el derecho como un fenómeno lingüístico complejo, estratificado, dentro del cual, en relación con una cualquier organización jurídica (estatal, internacional o global), hace falta destacar tres componentes estrictamente conectados entre sí: (a) el Derecho-textos; (b) el Derecho-normas existentes; (c) el Derecho-normas vigentes.

El derecho-textos (en las palabras de Guastini, “el derecho como conjunto de textos normativos”) coincide, en cada momento, con el conjunto de los enunciados normativos (disposiciones, formulaciones normativas) producidos por las autoridades normativas (el “legislador” en sentido material, el “soberano”) y utilizables por los órganos de la aplicación¹⁸³. El Derecho-textos

¹⁸² Guastini 2013, § 2.

¹⁸³ En los términos de la teoría de la validez de Bulygin, los enunciados normativos que forman el derecho-texto son enunciados válidos en el sentido de la validez-aplicabilidad o vigencia

no agota, ni puede agotar, el Derecho de una cualquier organización jurídica. Por la sencilla razón de que las formulaciones normativas no se auto-interpretan, ni se auto-aplican. Para que ellas funcionen en la vida jurídica (y práctica) de una comunidad (por lo menos, frente a conductas ilícitas y a controversias), es preciso que existan intérpretes habilitados (órganos públicos que los interpretan y apliquen), a los que se acompañan típicamente intérpretes autorizados: los juristas o jurisperitos.

El Derecho-normas existentes (*en las palabras de Guastini, “el Derecho como conjunto de normas”*) coincide, en cada momento, con el conjunto de las normas expresas y de las normas implícitas que los intérpretes habilitados (jueces y otros órganos de la aplicación) o autorizados (juristas) han identificado al interior de documentos jurídicos (sentencias, notas a sentencia, comentarios, tratados, etcétera) mediante operaciones bien de interpretación en sentido estricto, o bien de construcción jurídica, a partir de los enunciados normativos utilizables¹⁸⁴. La conjunción del Derecho-textos y del Derecho-normas existentes tampoco es suficiente para dar cuenta de una manera adecuada del fenómeno Derecho de una cualquier organización jurídica¹⁸⁵. Como consecuencia de la posibilidad de que intérpretes diferentes identifiquen normas expresas o implícitas diferentes a partir del mismo conjunto de enunciados normativos, el Derecho-normas existentes se presenta a menudo, en relación con cierto conjunto de textos, como un conjunto de conjuntos alternativos de normas¹⁸⁶. A partir del mismo conjunto de textos CT1 (compuesto, pongamos, por los enunciados normativos E1, E2 y E3), puede ocurrir, y en muchos casos ocurre, que, por medio de operaciones de interpretación y manipulación “creativa”, los intérpretes del grupo A (pongamos, los de corte “textualista”) identifican las normas N1, N2, y N3, mientras que los intérpretes del grupo B (pongamos, los de corte “intencionalista”) identifican las normas N1*,

en tanto que propiedad normativa (no factual) de los enunciados. Véase Bulygin 1982.

184 «el conjunto de las normas que se extraen» del conjunto de las disposiciones «mediante interpretación (entendida ésta última en sentido amplio)» (Guastini 2013, p. 8).

185 Aunque sugiere dos verdades inquebrantables en relación con nuestras organizaciones jurídicas. Primero, no hay derecho sin textos emanados por autoridades jurídicas. Segundo, no hay derecho sin intérpretes de los textos.

186 La idea encuentra su primera formulación, si no me equivo-co, en un escrito de Adolf Merkl (Merkl 1916).



N^{2*} y N^{3*}. En aras de dar cuenta de cómo funcionan en efecto nuestros derechos, sugiere Guastini, hace falta por lo tanto introducir una tercera noción de Derecho, que se corresponde al tercer componente indicado arriba.

El *Derecho-normas vigentes* (*en las palabras de Guastini, “el Derecho como conjunto de normas vigentes”*), en fin, coincide, en cada momento, con el subconjunto de las normas expresas e implícitas existentes que:

(a) ya fueron en efecto aplicadas (utilizadas para justificar decisiones); y

(b) serán previsiblemente aplicadas para resolver controversias del mismo tipo, en el caso de su futura ocurrencia.

El Derecho-normas vigentes coincide, en cada momento, con lo que se suele también llamar el “derecho viviente”: con “las interpretaciones y construcciones jurídicas generalmente aceptadas y dominantes”.

En cada momento, el Derecho-normas vigentes no es solo el producto de operaciones judiciales (“como piensan algunos realistas ingenuos”), sino que representa típicamente el producto de un obrar sinérgico entre los órganos judiciales (ampliamente entendidos) y la doctrina jurídica. Este obrar sinérgico permite producir, en particular, normas extra ordinem, que alguien podría hasta sospechar de invalidez formal (formalmente inválidas).

Realismo (genovés) epistemológico

Al problema epistemológico (¿en qué consiste el conocimiento científico del Derecho?), el realismo (genovés) proporciona una respuesta articulada que contempla tres formas, diferentes, pero complementares, de conocimiento científico de un Derecho positivo (o de algunos sectores de ello).

El núcleo de la epistemología jurídica (genovesa-guastiniana), según una reconstrucción que espero acertada, involucra tres tesis (que formularé, nuevamente, en una terminología no siempre estrictamente guastiniana)¹⁸⁷.

Al tratar de la “ciencia jurídica” es menester destacar cuidadosamente dos sentidos de tal expresión. En un primer sentido, “ciencia jurídica” funciona de denominación para las operaciones tradicionales de los juristas: para el es-

¹⁸⁷ Guastini 2013, § 3.

tudio doctrinal del derecho, cual lo conocemos desde los tiempos de los juristas romanos en adelante. En este sentido, “ciencia jurídica” es locución intercambiable con “doctrina jurídica”, “dogmática jurídica” y “jurisprudencia (“teórica”)”. En un segundo sentido, “ciencia jurídica” denota el conocimiento científico del derecho. Una epistemología jurídica, por lo menos en la cultura continental (*supra*, § 2.1), debe ocuparse de *identificar maneras practicables de conocer científicamente el Derecho, contestando al problema de la científicidad de la doctrina jurídica.*

La doctrina jurídica, en la medida en que desempeña operaciones de interpretación en sentido estricto, construcción jurídica y elaboración de doctrinas relativas a los institutos del derecho, no es actividad genuinamente científica, sino política. Sus enunciados no son descriptivos, sino adscriptivos o prescriptivos. Su función institucional primaria consiste, mirándolo bien, en formular “directivas” dirigidas a los órganos de la aplicación, y, en particular, directivas de sententia ferenda dirigidas a los jueces.

El genuino conocimiento científico del Derecho pasa por llevar a cabo tres operaciones distintas, que se corresponden a los tres componentes de todo derecho positivo (*supra*, § 3.2).

La primera operación de conocimiento científico del Derecho consiste en lo que Guastini llama interpretación cognitiva. La operación ataña al conocimiento científico del derecho-textos. Cabe notar, sin embargo, que ella apunta no ya simplemente a conocer cuáles enunciados compongan el Derecho-textos en un momento dado (la base disposicional, el conjunto de las formulaciones normativas vigentes). Ella se propone, además, de detectar las potencialidades hermenéuticas de los enunciados normativos vigentes, describiéndolas a beneficio de los operadores jurídicos. Se propone, en particular, de identificar las normas-marco correspondientes a ciertos enunciados normativos: en las palabras de Guastini, la “identificación de los significados admisibles” para los enunciados normativos considerados¹⁸⁸.

La segunda operación de conocimiento científico del derecho consiste en lo que Guastini llama metajurisprudencia descriptiva. La operación ataña al conocimiento científico del Derecho-normas existentes. Consiste, en parti-

¹⁸⁸ A saber, los significados que pueden atribuirse a cada disposición considerada sobre la base de las reglas lingüísticas, de los métodos interpretativos comúnmente empleados, de las tesis dogmáticas generalmente aceptadas (Guastini 2017, pp. 47-48; Guastini 2023, pp. 70-74).



cular, en detectar los resultados de las operaciones de interpretación en sentido estricto y de construcción jurídica en efecto llevadas a cabo por los juristas, los jueces, y los demás órganos de la aplicación. Esto en aras de describir y reconstruir las orientaciones interpretativas presentes, que constituyen su blanco cognitivo específico.

La tercera operación de conocimiento científico del Derecho consiste, en fin, en lo que Guastini llama descripción del Derecho vigente. La operación ataña al conocimiento científico del Derecho-normas vigentes. Consiste, en particular, en detectar, entre las orientaciones interpretativas presentes (previamente identificadas haciendo obra de metajurisprudencia descriptiva), las que son prevalecientes o dominantes: las que forman el Derecho viviente, las que se corresponden a las normas vigentes en cada sector del derecho positivo. Por supuesto, como Guastini tiene el cuidado de notar, puede pasar que, en relación con cierto sector, no se encuentren normas vigentes, sino solo orientaciones conflictuales, ninguna (todavía) prevaleciente o dominante. En tal caso, la tarea del científico solo puede consistir en “tomar nota de los desacuerdos existentes” y de las “áreas de incertidumbre”⁸⁹.

En margen a la reflexión de Guastini

La imagen que Guastini nos proporciona del realismo (genovés) sugiere formular algunas observaciones que deberían impulsar aún un poco más nuestra comprensión del fenómeno cultural “realismo jurídico genovés”¹⁹⁰. En particular, las observaciones resaltan como el RJJ proponga

189 Guastini 2013, p. 17.

190 Guastini 2013 forma el objeto de un cuidadoso análisis crítico por Giulio Itzcovich 2018 (pp. 163-177). Itzcovich cuestiona el rótulo “realismo metodológico”, observando tratarse, más bien, de un realismo teórico (que desarrolla una teoría de la interpretación jurídica); cuestiona la manera de proponer los tres conceptos de derecho, afirmando que el concepto de derecho-normas vigentes sería «incompatible» con algunos usos de la palabra “derecho” «razonables y más aún indispensables para la doctrina y la dogmática jurídica»; cuestiona, en fin, la concepción del conocimiento científico del derecho, pues consistiría en una forma estrictamente descriptiva, que pasaría por alto, sea la expli-

- una teoría radicalmente interpretativa del derecho;
- una teoría radicalmente anti-cognoscitivista (anti-formalista) de la interpretación;
- una teoría radicalmente opuesta al normativismo teórico ingenuo;

cación causal del porqué de las operaciones interpretativas llevadas a cabo, sea la previsión de sus consecuencias prácticas, poniéndolas afuera de la “ciencia jurídica” propiamente dicha y proporcionando una visión empobrecida, si comparada a las de los realistas históricos. En su primera crítica, Itzcovich no tiene en cuenta que Guastini usa una denominación tradicional, en tácito reenvío a un ensayo de Bobbio (Bobbio 1965). En efecto, según la tipología tradicional de los problemas de la filosofía del derecho, el “problema metodológico” es aquel que se refiere a la interpretación y a sus métodos. En lo que concierne a la segunda crítica de Itzcovich, más seria, merece la pena observar que destacar los tres conceptos de derecho no obstaculiza la operación jurisprudencial y doctrinal, a la cual Itzcovich alude, de considerar una norma vigente como “invalida”, “jurídicamente incorrecta”, “jurídicamente errónea”, proponiendo otra, como sí valida, correcta, apropiada. Una tal norma se colocaría, pues, en el nivel del derecho-normas existentes (pero) no (todavía) vigentes. Quien posee los dos conceptos, posee por ende una base teórica acertada para contraponer elementos del derecho-normas existentes (que reputa “válidos”) a elementos del derecho-normas vigentes (que reputa “inválidos”). En lo que concierne a la tercera crítica de Itzcovich, en fin, es indudable que Guastini no considera las investigaciones sociológicas explicativas y predictivas. Esto se debe, sin embargo, a la perspectiva por él (tácitamente) adoptada. El blanco del modelo de conocimiento científico del derecho que Guastini sostiene no son las ciencias sociales aplicadas al fenómeno jurídico (que constituyen en cambio sus aliadas naturales), sino, más bien, como voy a destacar en el texto, la persistente, dañina, epistemología normativista ingenua.

una teoría radicalmente opuesta al normativismo epistemológico ingenuo

El RJC propone, antes que nada, una teoría radicalmente interpretativa del Derecho. Conforme al realismo genovés, la teoría de la interpretación jurídica no es una parte, un apéndice, de la teoría del Derecho, sino que vale precisamente lo contrario. La teoría del Derecho (la que se ocupa del “problema ontológico”) es, aquí, una consecuencia (una dependencia) de la teoría de la interpretación. Esto ocurre porque el fenómeno interpretativo —ampliamente entendido a incluir la interpretación en sentido estricto (interpretación textual) y la construcción jurídica (interpretación metatextual)—, según sostiene el RJC, ocupa el centro (el núcleo, el corazón) de nuestras experiencias jurídicas. El Derecho es, en su núcleo, un fenómeno interpretativo y argumentativo: una “práctica” interpretativa y argumentativa, como se suele decir hoy en día. Esta idea lleva el realismo genovés a sostener que los conceptos teóricos deberían ser repensados y redefinidos, destacando cuidadosamente dos formas: la de los conceptos interpretativamente transparentes y la de los conceptos interpretativamente opacos¹⁹¹.

El RJC propone, en segundo lugar, una teoría radicalmente anti-cognoscitivista (anti-formalista) de la interpretación. Conforme al realismo genovés, es preciso rechazar toda forma de cognoscitivismo (o “formalismo”) interpretativo. No solo el cognoscitivismo integral (propio de las teorías que se adhieren al hartiano “Noble Sueño”), sino también el cognoscitivismo moderado o parcial (propio de las teorías que se adhieren a la hartiana “Vigilia”).

Así como formulada arriba (*supra*, § 3.1), la teoría escéptica puede presentarse a una objeción. Los textos, por admisión, son frecuentemente ambiguos, esto es, ambiguos en muchos casos, pero no siempre; la vaguedad del significado de un término frente a la experiencia, frente a los eventos que se trate de clasificar jurídicamente, es, igualmente, un fenómeno intermitente. Hay casos de vaguedad, pero hay también situaciones en las cuales los casos claramente recaen en el ámbito de aplicación de un término (y de una norma), o bien claramente no recaen en tal ámbito. Por consecuencia, si miramos al fenómeno interpretativo desde la teoría escéptica de la indeterminación del derecho, ella se revela ser una teoría moderada: el derecho no es siempre indeterminado, pues hay casos donde los textos no son ambiguos y las normas (derivadas por interpretación de los textos) no son vagas. Tales casos, sostienen algunos teóricos (los eclécticos, como veremos pronto), son las rocas sobre las cuales la teoría escéptica fracasa. Frente a textos unívocos y a normas conceptualmente determinadas —sostienen los eclécticos— no tiene sentido concebir a la

191 Sobre este punto, véase por ejemplo Chiassoni 2023.

interpretación como una actividad decisoria; frente a estos casos, ella se revela ser, mirándolo bien, una actividad cognoscitiva.

De la teoría ecléctica me ocuparé más detenidamente tratando del realismo genovés en acción (infra, parte II). Sin embargo, merece la pena señalar desde ahora una posible manera de precisar la teoría genovesa de la indeterminación del Derecho y fortalecer la tesis del carácter decisorio de toda interpretación.

La precisión pasa por cuatro tesis: la tesis de la heterogeneidad, la tesis de la ambigüedad metodológica universal, la tesis de la ambigüedad ideológica potencial, la tesis de la decisión conformista.

Heterogeneidad. La tesis de la heterogeneidad sostiene que la adscripción de un significado a una disposición (la decisión de adscribirle cierto significado) es operación de un género diferente de la descripción de un significado de una disposición, y que no es reducible a ella. Una cosa es, pongamos, describir que S es, en efecto, el significado lingüístico de D. Otra cosa es adscribir S a D, es decir, traducir D en S, en aras de establecer la premisa normativa que se aplicará contextualmente a un caso individual para decidir una controversia. Cuando los jueces aplican normas expresas, usan disposiciones en un cierto significado; no se limitan a informar que aquel cierto significado es el significado lingüístico (o bien teleológico, o intencional, etc.) de la disposición utilizado. Trata-se, desde la pragmática lingüística, de dos actos de habla diferentes. El hecho de que el uno pueda presuponer el otro, no justifica confundirlos, como parecen hacer los eclécticos.

Ambigüedad metodológica universal. La tesis de la ambigüedad metodológica universal sostiene que, desde un punto de vista estrictamente metodológico, de los métodos interpretativos utilizables en nuestras culturas y organizaciones jurídicas, todo enunciado normativo es ambiguo. Todo enunciado puede ser interpretado por lo menos de tres maneras diferentes y alternativas: primero, según las convenciones lingüísticas (o sea, atribuyéndole el (un) sentido literal); segundo, traduciéndolo en una norma de alcance más amplio de aquél de la norma literal (interpretación extensiva); tercero, traduciéndolo en una norma de alcance menos amplio de aquél de la norma literal (interpretación restrictiva).

Ambigüedad ideológica potencial. La tesis de la ambigüedad ideológica potencial sostiene que, desde un punto de vista ideológico, de las visiones normativas del derecho adoptadas por los operadores jurídicos, todo enunciado normativo es potencialmente ambiguo. Puede pasar que, pongamos, juris-



tas diferentes, por razones ideológicas, atribuyen a un mismo enunciado significados diferentes y alternativos. Puede también pasar, sin embargo, y pasa a menudo, que los operadores jurídicos comparten, por razones ideológicas, un mismo significado. Si ellos representan la mayoría en la cultura jurídica (o en la jurisprudencia) esto produce una orientación interpretativa dominante, produce normas de derecho viviente.

La decisión conformista. La tesis de la decisión conformista, en fin, sostiene esto. Si consideramos el hecho infranqueable de que los textos normativos no se auto-interpretan, ni se auto-aplican, que describir y adscribir un significado son operaciones diferentes y heterogéneas, y tenemos en cuenta además los fenómenos de la ambigüedad metodológica universal y de la ambigüedad ideológica potencial, cabe concluir que allí donde hay una orientación dominante a la luz de la cual un texto tiene un significado determinado y unívoco, el intérprete conformista, el intérprete que lo adopta para realizar una operación jurídica, lo hace por dos razones: o bien por razones ideales, porque él mismo lo considera correcto; o bien por razones prudenciales: porque lo reputa incorrecto y sin embargo piensa no sea prudente contestarlo, por lo menos en el momento (por entonces) actual, prefiriendo esperar que la cultura jurídica devenga más abierta hacia aceptar una interpretación diferente, en hipótesis metodológica e ideológicamente posible.

El RJG propone, en tercer lugar, una teoría radicalmente opuesta al normativismo teórico ingenuo. El realismo genovés, en sus tesis ontológicas, representa una postura de censura radical del normativismo teórico ingenuo y de propuesta de un normativismo crítico. Las normas siguen siendo componentes teóricos fundamentales en la explicación del fenómeno “Derecho”. Sin embargo, no son ya las normas de los normativistas ingenuos. A la noción de “norma” del normativismo ingenuo, que es una noción opaca, ambigua y objetual, el realismo genovés sustituye tres nociones más precisas, destacando, y proponiendo destacar cuidadosamente, como hemos visto, entre disposiciones (enunciados normativos), normas expresas y normas implícitas. La distinción permite llevar el fenómeno interpretativo conceptualmente adentro del fenómeno normativo jurídico. De forma que, podríamos decir, la base teórica de la teoría de la interpretación y de la teoría del derecho del realismo genovés consiste en una “sagrada familia”, donde se encuentran cinco componentes, todos femeninos: disposiciones, normas expresas, normas implícitas, interpretación-traducción (interpretación en sentido estricto), interpretación-integración. Las disposiciones —proporcionando una definición un poco más precisa—son enunciados del discurso de las fuentes que los intérpretes consideran

aptos para expresar normas, en tanto que objetos de operaciones de interpretación en sentido estricto. Las normas expresas son el producto de la interpretación-traducción de disposiciones. Las normas implícitas son el producto de operaciones de interpretación-integración (o interpretación-adición) a partir de normas expresas o implícitas previamente identificadas.

El RjG propone, en cuarto y último lugar, una teoría radicalmente opuesta al normativismo epistemológico ingenuo. El realismo genovés, en sus tesis epistemológicas, representa una postura de censura radical del normativismo epistemológico ingenuo y de propuesta de un normativismo epistemológico crítico. La crítica realista del normativismo epistemológico ingenuo tiene su núcleo en esta idea: el conocimiento del derecho no puede ser hermenéutico, sino solo sociológico. Quienes conocen el derecho, conocen no ya (directamente) normas y posiciones jurídicas subjetivas (los derechos, deberes, poderes, inmunidades, etc. de clases de personas), sino hechos de producción de enunciados normativos y de identificación de normas expresas o implícitas.

4. Realismo genovés eterno

La última imagen del realismo genovés de que me ocuparé, muy rápidamente, ahora es, como dije al comienzo, una imagen un poco juguetona, que yo mismo tuve la ocasión de dibujar en un seminario, hablando a las doctoras y doctores genuenses: a las amigas y los amigos que consiguieron su doctorado en la Escuela genovesa.

Envuelto en el espíritu de Rudolph von Jhering, en la austera Sala de la Meridiana del Palacio universitario, me atreví pronunciar estas palabras:

Nuestra tarea no puede consistir, salvo secundariamente, en perseverar en la iteración de tesis teóricas ya formuladas y defendidas. El realismo genovés que nos interesa, aquí y ahora, no puede situarse solo en el nivel, en absoluto contingente, de las tesis teóricas. Lo que debe interesarnos, al definir nuestra tarea de “realistas genoveses”, es el realismo eterno: [es] el realismo como postura, método y estilo de investigación filosófica que trasciende las contingencias teóricas, situándose en el nivel, más alto, de los instrumentos de investigación capaces de abrir cualquier puerta en cualquier circunstancia.

Una vez adentrados en este camino, no parece descabellado concebir el realismo genovés de la siguiente manera.



El realismo genovés es la forma de hacer filosofía del derecho, y filosofía práctica en general, que consiste en una combinación de empirismo y análisis lingüístico en dosis extremas, disueltas en una solución altamente corrosiva de ácido cínico¹⁹². Hablé de “ácido cínico” en forma de un claro homenaje a Oliver Wendell Holmes Jr. Sin embargo, otra expresión, quizás aún más apropiada, sería estada “ácido escéptico”.

Ahora bien, a continuación, intentaré ofrecer una muestra de una investigación realista en acción —envuelta de empirismo, análisis lingüístico y ácido escéptico—, abordando un problema que aparentemente atormenta sea el realismo genovés, sea la principal teoría rival de la interpretación: la llamada teoría mixta, teoría ecléctica o teoría de la (presumida) vigilia¹⁹³. Aludí al problema —según me parece, capital— de la corrección interpretativa.

El realismo jurídico genovés en acción

El problema de la corrección interpretativa: un poco de realismo genovés

En la teoría de la interpretación, se emplea a menudo la expresión “interpretación correcta”. Típicamente eso ocurre cuando se sostiene que toda disposición tiene una, y una sola, interpretación correcta (formalistas, nobles soñadores, cognoscitivistas integrales); o bien sosteniendo, en cambio, que ninguna disposición tiene, puede tener, una interpretación correcta (realistas, escépticos, pesadillanos, no-cognoscitivistas); o al sostener, en fin, que algunas veces las disposiciones tienen una, y una sola, interpretación correcta (eclécticos, vigilianos, cognoscitivistas parciales).

Ahora bien: ¿En qué sentido una interpretación-producto de una formulación normativa es, o puede ser, “correcta”? ¿En qué sentido una norma (expresa) identificada por efecto de la interpretación de una formulación normativa *nunca representa, o puede representar, “su” significado “correcto”?* ¿*En qué sentido las disposiciones tienen a veces una (y una sola) “interpretación correcta”?* ¿*Qué entienden los juristas, los jueces, los filósofos del derecho, cuando hablan de “interpretaciones correctas” o “incorrectas”?*

192 Chiassoni 2019a.

193 Como veremos, así como representada, en particular, por Jorge L. Rodríguez (2021).

Mi ejercicio de realismo (genovés) intentará proporcionar una respuesta, en absoluto tentativa, a estas preguntas¹⁹⁴.

Una primera respuesta podría ser la siguiente. La corrección de que se habla o a la que se alude en los discursos teóricos o prácticos sobre interpretación jurídica es la corrección jurídica o desde o acorde con el Derecho. La respuesta apunta a una noción genérica que puede hasta parecer trivial: una noción de Perogrullo, podría decirse. Empero esta noción ya proporciona algo útil: un primer paso en la vía de una mejor comprensión.

Sin embargo, siendo un primer paso, no podemos pararnos allí. Surge una nueva pregunta. ¿Qué es una interpretación “jurídicamente correcta”? ¿Qué se puede entender por interpretación “correcta desde o acorde con el derecho”?

Un poco de reflexión sobre la noción genérica sugiere distinguir (por lo menos) seis nociones (más) específicas de corrección jurídica (desde o acorde con el derecho) de una interpretación-producto: las de corrección ontológica, corrección metodológica, corrección ideológica, corrección jurisprudencial, corrección doctrinal, y, en fin, corrección cultural.

Corrección ontológica. Una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FNj es jurídicamente correcta en sentido ontológico, si, y sólo si, Nj es el significado proporcionado para FNj por el derecho mismo, o sea, según, desde o acorde con el derecho mismo (según, desde o acorde con das Recht an sich). Se podría hablar también de corrección intrínseca. O, adaptando una sugerencia terminológica de Max Weber, de corrección lógica¹⁹⁵. La idea que la noción ontológica de corrección jurídica pretende capturar es la idea de una corrección interpretativa objetiva: que no depende de las creencias, conjecturas o posturas ideológicas de los intérpretes. La idea es que Nj represente para los intérpretes algo de objetivo en sentido fuerte. Algo que se opone, con su existencia, a cualquier intérprete. Algo dado, que pre-existe a cualquier actividad de interpretación. Algo cuya corrección es una propiedad no otorgada (asumida, hipotizada) por nadie.

Corrección metodológica. Una interpretación-producto Nj de una formulación normativa FNj es jurídicamente correcta en sentido metodológico, si, y sólo si, Nj corresponde a un significado en que FNj puede (aleticamente) ser traducida conforme a las reglas (técnicas, directivas, métodos, criterios) de interpretación utilizables. Las reglas de interpretación utilizables – cabe precisar – son las reglas (técnicas, directivas, etc.) de traducción que, desde una acertada investigación sociológica, resultan comúnmente utiliza-

¹⁹⁴ Ofrezco una respuesta un poco más amplia en Chiassoni 2024a, cap. 3.

¹⁹⁵ Weber 2010, pp. 17-18.



das y/o se reputa comúnmente que deban o puedan (deónticamente) ser utilizadas para cualquier intérprete que opere al interior de la específica experiencia jurídica considerada

¹⁹⁶

Corrección ideológica. Una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido ideológico, si, y sólo si, N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según una cierta ideología del derecho presente en la cultura jurídica. Esto es, desde una cierta visión normativa global de los valores y principios fundamentales que caracterizarían al derecho positivo al cual FN_j pertenece. Toda ideología del derecho (bien construida) proporciona a los intérpretes los recursos para presentar y defender ciertas interpretaciones-producto ($N_j, N_m, N_n \dots$) como el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico, según su punto de vista, de ciertas formulaciones normativas ($FN_j, FN_m, FN_n \dots$).

Corrección jurisprudencial. Una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido jurisprudencial, si, y sólo si, N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según la opinión manifestada por jueces al dictar sentencias u otras decisiones. Parece oportuno destacar un sentido fuerte y un sentido débil de corrección jurisprudencial. En sentido débil, es jurisprudencialmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por algún juez al interior de alguna sentencia (al límite: por una jueza en una sentencia).

Corrección doctrinal. Una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido doctrinal, si, y sólo si, N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según la opinión manifestada por juristas en escritos doctrinales. Por ejemplo, al interior de tratados, comentarios, notas a sentencia, etc. Aquí también parece oportuno destacar un sentido fuerte y un sentido débil de corrección doctrinal. En sentido débil, es doctrinalmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por algún jurista al interior de algún escrito doctrinal (al límite, por una jurista al interior de un escrito doctrinal). En sentido fuerte, es doctrinalmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por la mayoría de los juristas.

Corrección cultural. En fin, una interpretación-producto N_j de una formulación normativa FN_j es jurídicamente correcta en sentido cultural, si, y sólo si, N_j es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FN_j según la opinión convergente de juristas y jueces. Parece oportuno distinguir, siempre de una manera bastante tosca, entre un sentido fuerte y un sentido débil de corrección cultural. En sentido débil, es culturalmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por algún jurista y alguna jueza (al límite, por una jurista y una jueza). En sentido fuerte, es culturalmente correcta toda interpretación-producto que sea considerada ontológicamente correcta por una parte mayoritaria de los juristas y de las juezas. Una interpretación-producto culturalmente correcta en sentido fuerte es, por ende y al mismo tiempo, jurisprudencial y doctrinalmente correcta en sentido fuerte. Representa el objeto de una convergencia interpretativa por parte de la mayoría de los jueces y juristas.

Merece la pena formular algunas observaciones. Las nociones de corrección metodológica, ideológica, jurisprudencial, doctrinal y cultural son nociones de carácter descriptivo. Apuntan a propiedades de las interpretaciones-productos cuya existencia depende de hechos sociales. Los enunciados de corrección correspondientes son, pues, enunciados descriptivos, formulados (en términos Hartianos) desde un punto de vista externo (sociológico), y por

196 Sobre las reglas de traducción véase Chiassoni 2023: §§ 5-6; Chiassoni 2024a, cap. 9.

ende aptos para ser juzgados de empíricamente verdaderos o falsos. Esta propiedad queda manifiesta apenas consideramos algunos ejemplos.

El enunciado de corrección metodológica (ECM): la norma Nj es un significado jurídicamente correcto en sentido metodológico de la formulación normativa FNj según la regla de traducción RTj (y el conjunto de recursos interpretativos CRj); Es verdadero, si, y sólo si: la regla RTj es una regla de traducción utilizable para cualquier intérprete que opere al interior de la experiencia jurídica de que se trate al tiempo de que se trate o; Nj representa la traducción de FNj según la regla RTj y el conjunto de recursos interpretativos CRj.

El enunciado de corrección ideológica (ECI): “La norma Nj es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de la formulación normativa FNj según la ideología jurídica IJj”; es verdadero, si, y sólo si, la ideología jurídica IJj, así como es en efecto articulada por sus partidarios al interior de la cultura jurídica Cj, sostiene (proporciona recursos para sostener) que Nj es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FNj.

El enunciado de corrección jurisprudencial (ECJ): “La norma Nj es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de la formulación normativa FNj según la corte CSj en la sentencia Sj”; es verdadero, si, y sólo si, la corte CSj, en la sentencia Sj, ha manifestado la opinión según la cual Nj coincide con el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FNj, aplicando, o prescribiendo la aplicación de Nj, a casos individuales.

Análogamente, el enunciado de corrección cultural (ECC): “La norma Nj es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de la formulación normativa FNj según la cultura jurídica CJj al tiempo Tj”; es verdadero, si, y solo si, por lo menos algunas juristas y algunos jueces que operan en CJj al tiempo Tj ha manifestado la opinión según la cual Nj coincide con el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de FNj.

Ahora bien: ¿Qué carácter tiene la noción de corrección ontológica? ¿Es ella también una noción descriptiva? ¿O es, por lo contrario, una noción de otro tipo y, en tal caso, de qué otro tipo? *En aras de contestar estas preguntas, parece útil reflexionar sobre el significado y las condiciones de verdad de un cualquier enunciado de corrección ontológica. Considérense, por ejemplo, el enunciado (ECO): “La norma Nj es el significado jurídicamente correcto en sentido ontológico de la formulación normativa FNj”.*

A tenor de la definición de corrección ontológica formulada antes, el enunciado ECO es sinónimo de otro enunciado (ECO*): “La norma Nj es el sig-



nificado de la formulación normativa FNj proporcionado para ella por el derecho mismo Dj". Asumimos que ECO* sea un enunciado descriptivo, y por ende apto para ser verdadero o falso: ¿Cuáles son sus condiciones de verdad?

197

Utilizando la equivalencia de la forma (T) , el enunciado (ECO*) "La norma Nj es el significado de la formulación normativa FNj proporcionado para ella por el derecho mismo Dj" es verdadero, si, y sólo si, la norma Nj es el significado de la formulación normativa FNj proporcionado para ella por el derecho mismo Dj.

¿Qué tenemos que conocer para establecer si ECO es verdadero o falso? La respuesta es clara: tenemos que conocer si el derecho mismo Dj ha proporcionado, o bien no ha proporcionado, la norma Nj como significado de FNj.*

Surgen al respecto algunas dudas. ¿Qué es el derecho mismo Dj? ¿Hay una cosa, en las experiencias jurídicas que conocemos, como el derecho mismo, das Recht an sich, y tal que proporcione un (y un solo) significado para cada formulación normativa (prescindiendo de las operaciones de los intérpretes, juristas y jueces)?

Parece que no. En nuestras experiencias jurídicas, hay conjuntos muy amplios y complejos de materiales jurídicos: constituciones, estatutos, leyes, decretos-leyes, etc. Éstos sin embargo no se auto-interpretan, ni se auto aplican. Hay abogados, juristas, jueces, funcionarios, que los interpretan y aplican a la luz de sus creencias e ideologías. Pero no hay tal cosa como el derecho (en sí) mismo que realice operaciones interpretativas. Fatalmente, el derecho siempre es algo desde el punto de vista de algún agente humano y de construcciones intelectuales elaboradas por seres humanos.

Ahora bien: si no hay tal cosa como el derecho (en sí) mismo Dj, porque no hay tales cosas como los derechos (en sí) mismos, la clase de las interpretaciones-productos proporcionadas por el derecho (en sí) mismo Dj, es una clase vacía . Ninguna interpretación-producto puede satisfacer tal propiedad. Por lo tanto, si lo entendemos como un enunciado de carácter descriptivo, el enunciado ECO* es falso .¹⁹⁸

La conclusión sugiere entender ECO* como un enunciado de carácter no descriptivo. Pero ¿Si ECO*, y todo enunciado de corrección ontológica, no es un enunciado descriptivo, qué tipo de enunciado es? Aparentemente, no puede ser sino un enunciado ideológico. Quien formule ECO* afirma que Nj es el significado ontológicamente correcto de FNj según el derecho mismo Dj. Si le preguntamos por las razones que sostienen su afirmación, es muy probable que él nos dirá que Nj es el significado ontológicamente correcto de FNj en relación con la manera correcta de entender los principios y valores fundamentales de Dj y la manera correcta de interpretar sus formulaciones normativas. Si, prosiguiendo en nuestra investigación, le preguntamos por qué lo que él indica sería la manera correcta de entender los principios y valores fundamentales de Dj etc. etc., su respuesta no podrá sino que consistir en

197 Tarski 1944, pp. 52-84.

198 Así como es vacía la clase de los decretos dictados por el emperador Justiniano en el año 2023.

199 Se le podría entender, alternativamente, también como un enunciado aparentemente descriptivo, que empero es un sinsentido, pues de él no se puede establecer ni la verdad, ni la falsedad, por la inexistencia de su presupuesto.

esto: o bien recurrirá a principios y valores superiores, así desencadenando un regreso potencialmente *ad infinitum*; o bien recurrirá a los principios y valores mismos ya invocados, presentándolos como evidentemente correctos, así incurriendo en una circularidad; o bien admitirá la presencia de una toma de posición última, así recurriendo a una decisión no ulteriormente justificable. Su respuesta, en suma, apelará (directa o indirectamente) a una específica ideología del derecho positivo Dj, que él considera en hipótesis la única adecuada (aceptable, razonable, correcta, justa).

El análisis sugiere una conclusión. Cuando los formalistas y los eclécticos afirman que siempre, o por lo menos algunas veces, las disposiciones tienen una, y una sola, interpretación correcta, ellos están usando la noción ontológica de corrección. Están formulando tesis no ya descriptivas (teóricas), sino ideológicas.

Referencias

- Agüero-SanJuan, S., & Ratti, G. B. (Eds.). (2023). *La escuela genovesa en Chile: Un diálogo a través de Riccardo Guastini*. Tirant Lo Blanch.
- Barberis, M. (2000). Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli sceptici à la génoise. En P. Comanducci & R. Guastini (Eds.), *Analisi e diritto 2000: Ricerche di giurisprudenza analitica* (pp. 1–36). Giappichelli.
- Barberis, M. (2002). Teologia dell'interpretazione. Sul primato retorico dello scetticismo interpretativo. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 32(1), [páginas faltantes].
- Barberis, M. (2004). *Breve storia della filosofia del diritto*. Il Mulino.
- Barberis, M. (2005). *Filosofia del diritto: Un'introduzione teorica*. Giappichelli.
- Barberis, M. (2011). Un poco de realismo acerca del realismo genovés. En J. Ferrer Beltrán & G. B. Ratti (Eds.), *El realismo jurídico genovés* (pp. 201–215). Marcial Pons.
- Barberis, M. (2015a). El realismo jurídico europeo-continental. En *Encyclopedie de filosofía y teoría del derecho* (pp. 227–240). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?I=3875>
- Barberis, M. (2015b). Da che parte sta il formalismo? Fra ermeneutica e realismo giurídico. *Rivista di filosofia del diritto*, IV(1), 107–117.



Barberis, M. (2019). Conseguenze del crezionismo. La teoria della costituzione de Riccardo Guastini. En P. Chiassoni, P. Comanducci & G. B. Ratti (Eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol. II* (pp. 465–478). Marcial Pons.

Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Comunità.

Chahuán, M. (2023). Sobre el escepticismo moderado de Riccardo Guastini. En S. Agüero-SanJuan & G. B. Ratti (Eds.), *La escuela genovesa en Chile* (pp. 50–68). Tirant Lo Blanch.

Chiassoni, P. (2001). Archimede o Eraclito? Sul primato retorico [teorico] dello scetticismo. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 32(2), 543–556.

Chiassoni, P. (2015). Dei difetti dell'evoluzionismo giuridico. *Rivista di filosofia del diritto*, IV (2), 335–357.

Chiassoni, P. (2019a). *Realismo eterno* [Manuscrito inédito].

Chiassoni, P. (2019b). *Interpretation without truth: A realistic enquiry*. Springer.

Chiassoni, P. (2023). Breviario minimo di argomentazione costituzionale. *Lo Stato*, 21, 39–85.

Chiassoni, P. (2024a). *Introducción a la argumentación constitucional*. Palestra.

Chiassoni, P. (2024b). Elogio de la razón militante. En *Gianformaggio 2024* (de próxima publicación).

Chiassoni, P., Comanducci, P., & Ratti, G. B. (Eds.). (2018). *L'arte della distinzione: Scritti per Riccardo Guastini, Vol. I*. Marcial Pons.

Chiassoni, P., Comanducci, P., & Ratti, G. B. (Eds.). (2019). *L'arte della distinzione: Scritti per Riccardo Guastini, Vol. II*. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J., & Ratti, G. B. (Eds.). (2011). *El realismo jurídico genovés*. Marcial Pons.

Gianformaggio, L. (1989). Dalla semántica alla interpretazione dei precetti. En Castignone (Ed.), [Título de obra faltante] (pp. 47–67). [Editorial faltante].

Gianformaggio, L. (1991). Realismi giuridici italiani. En P. Comanducci & R. Guastini (Eds.), *Analisi e diritto 1991: Ricerche di giurisprudenza analitica* (pp. 159–176). Giappichelli.

Gianformaggio, L. (1995). *Filosofia e critica del diritto*. Giappichelli.

Gianformaggio, L. (2008). *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico* (E. Diciotti & V. Velluzzi, Eds.); trad. cast., *Filosofía del derecho y razonamiento jurídico*. Zela (2024, de próxima publicación).

Guastini, R. (1985). *Lezioni sul linguaggio giuridico*. Giappichelli.

Guastini, R. (2013). Il realismo giuridico ridefinito. En R. Guastini, *Distinguendo ancora*. Marcial Pons.

Guastini, R. (2017). *Discutendo*. Marcial Pons.

Guastini, R. (2023). Respuesta a Marcela Chahuán. En S. Agüero-SanJuan & G. B. Ratti (Eds.), *La escuela genovesa en Chile* (pp. 69–74). Tirant Lo Blanch.

Itzcovich, G. (2018). Il realismo giuridico ridefinito da Guastini. En P. Chiassoni, P. Comanducci & G. B. Ratti (Eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol. I* (pp. 163–177). Marcial Pons.

Llewellyn, K. N. (1951). *The bramble bush: On our law and its study*. Oceana. (Obra original publicada en 1930).

Ratti, G. B. (2019). Cornici e insiemi. En P. Chiassoni, P. Comanducci & G. B. Ratti (Eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol. II* (pp. 317–325). Marcial Pons.

Ratti, G. B., & Agüero-SanJuan, S. (Eds.). (2023). [Título faltante].

Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.

Ross, A. (2014). El concepto de validez y otros ensayos (6.^a ed.). Fontamara. (Obra original publicada en 1957, Nota al libro de Kelsen ¿Qué es la justicia? pp. 31–41).



Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoria del diritto*. Il Mulino.

Tarello, G. (1978). Tecniche interpretative e referendum popolare. *Politica del diritto*, 5, 585–603.

Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Giuffrè.

Tarski, A. (1949). The semantic conception of truth. En H. Feigl & W. Sellars (Eds.), *Readings in philosophical analysis* (pp. 52–84). Appleton-Century-Crofts. (Obra original publicada en 1944).

Weber, M. (2016). *Diritto*. Donzelli. (Obra original publicada en 2010).

Género y teorías feministas del derecho. Abril Uscanga-Barradas²⁰⁰

I. Teorías jurídicas críticas feministas

Para realizar este estudio sobre género y teorías feministas del derecho, voy a aproximarme desde las teorías críticas, por lo que iniciaré explicando qué es lo que hace que algo pueda ser denominado crítico, es decir, ¿qué lleva a las teorías críticas feministas a serlo?

Para el estudio del derecho existen numerosas teorías, pero si nos referimos a las teorías críticas feministas en el derecho, se debe partir de entender que estas son un conjunto de enfoques académicos y prácticos que cuestionan y analizan cómo muchas estructuras legales y del sistema jurídico en general perpetúan y refuerzan las desigualdades de género y otras formas de opresión.

No olvidemos que las identidades de género se entrelazan con otras dimensiones de identidad como la raza, la clase social, la orientación sexual, entre muchas otras. Esto ayuda a comprender cómo las mujeres experimentamos la ley de manera diferente según nuestras interseccionalidades.

200 Profesora de carrera de la Facultad de Derecho en el área de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México

La crítica central de estas teorías se orienta a cuestionar que el derecho puede ser puramente neutral y objetivo, como frecuentemente se ha llegado a sostener por parte de la visión dominante y, por otra parte, afirma que las leyes y las prácticas legales a menudo reflejan y perpetúan los prejuicios y las jerarquías de poder existentes en una sociedad.

Lo anterior nos permite enfocar nuestra atención más allá del estudio clásico de la violencia contra las mujeres, para incluir las formas institucionalizadas de violencia, y a su vez, nos permite analizar cómo el sistema legal no siempre brinda respuestas adecuadas.

Se debe tener en cuenta que son muchos los puntos que se examinan en relación con las teorías críticas feministas dentro del derecho, debido a que resulta importante estudiar, por ejemplo, como frecuentemente se nos impide el acceso a la justicia, se limitan nuestras libertades y nuestra autonomía.

Esto implica que se tengan que examinar una pluralidad de temas como son los relacionados con el análisis de los derechos reproductivos de las mujeres, la interrupción legal del embarazo, la maternidad subrogada, los deberes de cuidado y la violencia obstétrica, entre otros. Temas que se concatena con las barreras que muchas mujeres enfrentan para lograr un acceso eficaz a la justicia, por lo que esta teoría incluye aspectos económicos, sociales y culturales como materia de análisis.

Es importante mencionar que las teorías críticas feministas en el derecho no solo buscan criticar el *status quo*, sino también proponer formas de transformar el sistema jurídico, para que sea más igualitario y sensible a las necesidades y experiencias de las mujeres, y otros grupos marginados o, en situación de vulnerabilidad. Por ello, debemos tener en cuenta que las teorías críticas feministas en el derecho son fundamentales para desafiar las injusticias de género arraigadas en las estructuras legales, para avanzar hacia un sistema jurídico que promueva de forma eficiente la igualdad y la justicia para todos los géneros.

Si queremos analizar la igualdad y la no discriminación, desde las diferentes teorías feministas, es necesario tener en cuenta el tratamiento que el derecho ha realizado en torno a las mujeres, tanto en el ámbito legislativo como en el judicial, así como el social y el político, de ahí que resulte necesario estudiar las teorías jurídicas feministas (Ricoy Rosa, 2016).

No obstante, la importancia teórica de acuerdo con Ricoy (2016), existen algunas desventajas que contienen los diversos planteamientos o la adopción



de una perspectiva de este tipo: la primera es su indudable componente ideológico (no dominante en las estructuras) en la toma de postura de cada una de las problemáticas en torno a estos temas; en segundo lugar, podemos referirnos a la constante polémica que la voz del feminismo suele llevar aparejada.

Incluso, al día de hoy, han surgido contradicciones por el hecho de que diversas medidas diseñadas para aumentar la igualdad entre hombres y mujeres, como es el caso de las cuotas de género o las acciones afirmativas, acaban teniendo efectos negativos sobre las mujeres debido al contexto patriarcal.

Esto no es un tema que solo afecte a los sectores más desfavorecidos de las poblaciones, sino que su potencial expansivo es tan amplio que puede vulnerar a todas las mujeres sin distinción de raza, estatus económico o formación académica y, por el contrario, tampoco se limita a que la violencia provenga de un solo sector de la población.

Por ejemplo, lamentablemente hoy podemos escuchar en la academia mexicana, que muchos consideran que las exigencias feministas son exageradas o ya cumplieron su objetivo (como si fuera una moda que debe olvidarse), o una exageración que debe enterrarse, o incluso una pérdida de tiempo de académicas y alumnas que deberían de estar haciendo cosas más provechosas.

Para todos los que piensan esto, me voy a dar permiso para actualizarlos en tres puntos: 1) el movimiento nunca ha estado tan vivo; 2) no hemos aparecido de la nada, sino que somos el resultado de muchas luchas sociales, de mujeres que han dado su vida por defender nuestros derechos y libertades, y 3) no pensamos migrar nuestras convicciones por muy incómodas que estas les parezcan a algunos grupos.

A pesar de los tiempos que corren seguimos siendo no convencionales, algo así como el lado *b* en el pensamiento jurídico, y en muchas ocasiones seguimos siendo vistas como intrusas en un mundo aún machista, discriminatorio y segregador.

Para paliar lo anterior, el pensamiento feminista es vasto y heterogéneo, en él confluyen numerosas corrientes cuyo común denominador es el esfuerzo por mejorar la situación de las mujeres, sin embargo, la *mujer* como sujeto principal de análisis no se limita a un solo modelo, sino que somos plurales en experiencias, desigualdades en problemáticas y diversas en opiniones, sin que esto descalifique un proceso histórico de construcción de una justicia social para las mujeres.

En este punto hay que aclarar que no existe *el feminismo*, sino *los feminismos*, así como no existe *la mujer*, sino *las mujeres*. La teoría feminista pretende al mismo tiempo hacernos iguales en derechos con respecto a los hombres (derechos laborales, electorales y reproductivos) y, a su vez, diferentes, no solo con respecto a los hombres, sino en el entendimiento entre nosotras.

En relación directa con el derecho, las teorías feministas han evidenciado el origen patriarcal de la gran mayoría de las normas jurídicas y han buscado transformarlas formalmente; sin embargo, aún perviven imaginarios estereotipados, sexistas y de discriminación en la aplicación de las normas, que afectan la garantía de los derechos de las mujeres.

Las teorías críticas feministas buscan probar el valor político de las verdades jurídicas consolidadas en la práctica cotidiana. Es así que estas teorías retan los enfoques tradicionales que tratan de presentar al Estado como emanación del interés general y a su orden jurídico como instrumento de realización de ideales universales e históricos de justicia (Bonnetto y Piñeiro, 1994).

Los estudios jurídicos críticos feministas pretenden demostrar que son las condiciones histórico-materiales de la vida social las que explican las formas y funciones de las instituciones jurídicas. En su desarrollo, los estudios críticos se proponen una empresa teórica y pedagógica con destino a desmontar los presupuestos políticos y epistemológicos de las teorías tradicionales.

Las teorías críticas feministas del derecho pretenden un cambio radical de perspectiva con respecto a las teorías tradicionales en la observación del fenómeno jurídico. Esta visión afirma que se debe vincular el derecho con los procesos histórico-sociales en permanente transformación, no solo debe describir al objeto del derecho, sino que, al hacerlo, lo debe afectar.

Es así que las teorías feministas han creado un cuerpo discursivo que sirve de fundamento en debates académicos y políticos. Al crear su propio discurso, los feminismos han resignificado conceptos como el género y su evidente función.

A través de la categoría género cuestionan los postulados de objetividad, imparcialidad y verdad de las normas jurídicas. Lo anterior lo realiza a través de tres elementos: 1) lenguaje, 2) política y 3) derechos.

En primer lugar, las teorías feministas tienen claro que el lenguaje desempeña varias funciones socialmente. El lenguaje, además de comunicar también construye el pensamiento, estableciendo signos y símbolos por los cuales



cada sociedad expresa sus conocimientos, pensamientos y realidades, dando como resultado no solamente un instrumento de comunicación, sino también un elemento epistémico que comprende valores, prejuicios, modos de vida y costumbres de una sociedad.

Ningún lenguaje es coincidencia, por eso cada palabra lleva plegada una carga simbólica que determina objetos y sujetos. La epistemología feminista estudia la manera como el sistema sexo-género influye en las concepciones del pensamiento, del conocimiento, en los métodos de investigación y justificación.

En segundo lugar, el elemento político de los feminismos hace referencia a la incidencia en los espacios de poder con el fin de que se tomen decisiones que ayuden a conseguir la igualdad material de las mujeres, ya que intenta consolidar una ética que traspase la cotidianidad y que modifique todos los sistemas sociales.

En un tercer lugar, los feminismos como teorías críticas del derecho cuestionan los elementos centrales del discurso jurídico, como: igualdad, libertad, derechos, ciudadanía y justicia. Es así que plantea discusiones en torno a la objetividad e imparcialidad, tanto en la generación como en la aplicación del derecho.

De esta forma, la ley tiene dos roles distintos entre sí: refleja a la sociedad al mismo tiempo que actúa sobre ella al ser tanto constitutiva como derivativa de los cambios políticos y sociales. En este sentido, es posible darnos cuenta de que la ley opera como un lenguaje dual, ya que al mismo tiempo que establece la igualdad entre los sexos, mantiene los privilegios milenarios de los hombres, así como de ciertos grupos.

Así, la ley es derivativa porque cambia cuando cambia la sociedad, pero es constitutiva porque la sociedad cambia al cambiar la ley.

Gracias a estos cuestionamientos se consiguió la modificación y derogación de normas que antes parecían lógicas y se justificaban porque se veía como algo natural, gracias a la diferencia cultural creada para hombres y mujeres. No obstante, no solo se buscan cambios normativos, sino también una deconstrucción cultural de los fundamentos de la desigualdad que no siempre son explícitos en una sociedad.

Para Virginia Woolf (1929), la verdadera igualdad que se necesita es la igualdad material y la lucha de las mujeres que va más allá de la reivindicación

de la igualdad de derechos, porque si estos no se acompañan de un cambio de valores sociales se seguirán perpetuando los mecanismos de dominación social.

Es importante reconocer que el derecho tiene una alta fundamentación patriarcal, es legitimador de desigualdades y es sexista, aunque mude formalmente sus disposiciones (Saldarriaga y Gómez, 2018), por lo que es de gran importancia analizar la norma sin las cegueras institucionales, abriéndonos a nuevos paradigmas de la comprensión.

También resulta relevante establecer que esta mirada no pretende solo cambiar la norma o legislar para las mujeres, sino poner fin a los modelos que han excluido a las mujeres; no es una justicia únicamente para las mujeres, sino crear un nuevo modelo de justicia, de reconfiguración de las relaciones de justicia social, por ello es necesario modificar las estructuras para generar nuevos anidamientos institucionales.

II. ¿Cuál es el contenido del derecho?

El derecho y su contenido no son generados sin intervención de juicios y valoraciones de quienes lo crean, sino que debe tenerse en mente la influencia que los mismos tienen en el contenido del derecho.

De esta manera, resulta necesario realizar estudios y análisis del derecho, y que se realicen con las herramientas necesarias para identificar dicha intervención.

En el caso de un estudio del derecho que pretenda la identificación del género y su influencia en su contenido e implementación, resulta de utilidad entender al derecho como un fenómeno legal que se encuentra constituido por tres componentes (Facio, 2004):

1. El componente formal normativo
2. El componente estructural-ideológico y
3. El componente contextual político-cultural

Dichos componentes, para Facio (2004) se encuentran intrínsecamente relacionados entre sí por lo que no es de extrañar que se influyan mutua-



mente, limitándose y definiéndose entre sí, de tal manera que un operador e intérprete, para conocer con plenitud e integridad el contenido y efectos que pueda tener una determinada ley, jurisprudencia y doctrina jurídica, necesita revisar y analizar estos tres componentes.

Para desarrollar cómo es que el género es un elemento de análisis del derecho, primero es necesario definir cada uno de los componentes del derecho que serán analizados.

En primer lugar, el componente formal normativo puede ser entendido como la norma agenda, es decir, como la ley formalmente promulgada o, al menos, formalmente generada, en cualquiera de sus expresiones, sean estas leyes, tratados, decretos o reglamentos entre otros.

En segundo lugar, el componente estructural-ideológico de la ley, sería el propio contenido que las cortes, las oficinas administrativas, y que funcionarias que administran justicia le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo al seleccionar, aplicar e interpretar. Así como todos los elementos ideológicos que intervienen en la creación y aplicación de la norma, los que se cuelan en los discursos y se institucionalizan.

En tercer lugar, en el caso del componente contextual político-cultural de las leyes, este es el contenido que las personas van dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, de las costumbres y tradiciones, así como el uso que las personas dan a las leyes existentes; sin embargo, no se trata solo de lo explícito, sino especialmente de lo no dicho, de lo implícito, las leyes no escritas o las leyes que formalmente están derogadas, pero que en la vida diaria continúan vigentes.

Ahora bien, para empezar a ilustrar cómo es que el género se vuelve un elemento de análisis del derecho a partir de sus componentes, es posible recordar que en México varias leyes han servido de ejemplo:

- a) La exposición de motivos del Código Civil (1871), el cual señalaba que la *sevicia cruel*, entendida como el peligro de perder la vida, era la única causa justa para promover divorcio.
- b) La Ley sobre Relaciones Familiares (1917) establecía que la mujer tenía la obligación de atender a todos los asuntos domésticos; por lo que, ella era la especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del hogar.

- c) Apenas hace unas décadas, las mujeres solo podían, con licencia del marido, obligarse a prestar servicios personales a favor de persona extraña, o a servir un empleo, o ejercer una profesión, o a establecer un comercio (Ley sobre Relaciones Familiares, 1917).
- d) La mujer no podía contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. Lo mismo estaba establecido en el artículo 158 del Código Civil Federal (1928) hasta el 2020.
- e) No debemos olvidar que uno de los anteriores textos fundamentales de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1857), en su artículo 34, establecía que eran ciudadanos de la República todos los que tenían la calidad de mexicanos, excluyendo así a las mujeres.
- f) Finalmente, a finales del siglo pasado, diversos códigos penales de diversos estados de la república mexicana, de acuerdo con el Instituto Nacional de las Mujeres (2014) indicaban que al que realizará cópula con mujer de catorce años de edad y menor de dieciocho, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o el engaño, se le impondría pena privativa de libertad o multa, pero cesaría toda acción para perseguirlo o se extinguiría la sanción contra el estuprador cuando el delincuente aceptara casarse con la mujer ofendida.

Analizar el derecho a partir del género es sustancial para llegar a demandar cambios en su contenido de manera consciente, es decir, no quedarse en el plano de la autoconciencia y la reflexión, sino ser propositivos en los cambios que deberían realizar para lograr el cumplimiento de los objetivos.

Debe tenerse en cuenta que el entendimiento e interpretación de las leyes hecho por la sociedad se relaciona directamente con que tan comprensibles las mismas les resulten, en el sentido de que ello dependerá de la forma cómo se encuentran redactadas. Al redactar las leyes debe tenerse en cuenta a quién van dirigidas, de manera tal que el lenguaje empleado permita que las conozcan, las entiendan y las interioricen, sino es altamente posible que sean interpretadas ambigüamente.

Es así como, el análisis del derecho a partir del género implica una serie de pasos que parten de la mencionada concientización para comprender la generalización y la profundidad de la histórica discriminación y la subordinación de las mujeres, a la par que permite reconocer que las instituciones regu-



larmente tienen una estructura androcéntrica y patriarcal, excluyen o invisibilizan a las mujeres.

En este punto es necesario hacer mención a las diversas formas en que el sexismio se manifiesta, siendo estas (Güereca, 2017):

- I. Androcentrismo, entendida como la organización de las estructuras económicas, socioculturales y políticas a partir de la imagen del hombre, invisibilizando las realidades, experiencias y aportaciones de las mujeres (Comisión Especial de Equidad de Género, 2012).
- II. Insensibilidad de género, se presenta cuando se ignora la variable del sexo como una variable socialmente importante o válida. Esta no cuestiona los efectos del impacto diferenciados de las vivencias, contextos e, incluso, del acceso a los derechos entre hombres y mujeres.
- III. Dicotomismo sexual, consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes. Consiste no solo en enunciar diferencias entre hombres y mujeres sino en que la consideración de dichas diferentes se basa en una idea de supuesta superioridad del sexo masculino frente a la inferioridad del sexo femenino.
- IV. Familismo, partiendo este de la noción de que la mujer y la familia son sinónimos por lo que las necesidades e intereses de ella son los mismos que los de la familia en conjunto. Este elemento es resultado de arraigadas ideas relativas a los roles y los estereotipos de género que refuerzan la desigualdad entre mujeres y hombres, sobre todo la idea de que el espacio privado y el hogar son los lugares que deben ser ocupados por las mujeres, dejando el espacio público libre para ser ocupado por el hombre.
- V. Sobregeneralización, refiere solo al análisis y estudio de la conducta del sexo masculino y presenta los resultados de este como válidos para ambos sexos. Por otro lado, es posible encontrar a la sobreespecificación siendo esta la que consiste en presentar como específico de un sexo ciertas necesidades, actitudes e intereses que en realidad son de ambos.
- VI. Doble estándar, se da cuando una misma conducta, una situación idéntica o características humanas son valoradas o evaluadas con distintos parámetros o distintos instrumentos para uno y otro sexo.

Esto suele responder a una visión dicotómica de la realidad basada en roles y estereotipos de género.

- VII. Prescripción de las diferencias sexuales: consiste en partir de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas para un sexo que para el otro. Este parte de una visión sexista y patriarcal de la sociedad en la que hay un deber ser establecido para cada sexo.

Estudiar *el otro* necesariamente implica reconocer quién es el parámetro para ese entendimiento convencional (Facio, 2004). Cuando se hace un análisis de género desde la perspectiva de la mujer feminista, se hace desde la conciencia de que esa perspectiva incluye las experiencias de todas y todos.

Esta visión implicaría la creación de espacios óptimos (baños, caminos, aulas) desde la perspectiva femenina, así como la creación de servicios que atiendan las necesidades de todos los sectores de la población.

Debe señalarse que al realizarse un análisis desde la perspectiva de la mujer no se puede excluir al hombre, pues al ser él quién se ha constituido como parámetro de lo humano, si no se incluyese no se podría entender la subordinación de la mujer. En caso contrario, si se realizan análisis solamente desde la perspectiva del hombre, tampoco se puede entender cabalmente la realidad en su integralidad.

La mayoría de los análisis parten de una privilegiada perspectiva masculina, que asume y da por hecho que los privilegios masculinos no necesitan ser explicados porque están dados naturalmente, misma razón por la cual no hay esfuerzos por modificarlos.

En un sentido totalmente contrario a ello, un análisis desde la perspectiva feminista implica el reconocimiento a una pluralidad de realidades del sujeto oprimido, es decir, no se asume un modelo único de mujer, tiene claras las variables de raza, clase, edad, entre muchas otras que lo modifican (Curiel, 2002). Es por ello que resulta importante conocer las diferentes teorías feministas, pues cada una de ellas aborda distintas perspectivas de análisis.



Referencias

BONETTO de Scandogliero, S., & Piñero de Ruíz, M. (1994). Teoría crítica del derecho. *Revista Estudios*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5209610.pdf>

CÓDIGO Civil Federal de 1928. (1928, 30 de agosto). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf>

COMISIÓN Especial de Equidad de Género. (2012). *Glosario de definiciones*. <https://www.ciga.unam.mx/images/eventos/2022/Lectura-1.-Glosario-Perspectiva-de-Genero.pdf>

CONSTITUCIÓN Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857. (1857, 12 de febrero). https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf

CURIEL, O. (2002). Identidades esencialistas o construcción de identidades políticas: El dilema de las feministas negras. *Otras Miradas*, 2(2). <https://www.redalyc.org/pdf/183/18320204.pdf>

FACIO, A. (2004). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. *Género y Derecho*, 99–136. https://ifpeducacionenlinea.mx/wp-content/uploads/2020/08/Anexo-08-Genero_derecho_AldaFacio.pdf

GÜERECA Torres, R. (2017). Violencia epistémica e individualización: Tensiones y nudos para la igualdad de género en las IES. *Reencuentro. Análisis de Problemas Universitarios*, 28(74). <https://www.redalyc.org/journal/340/34056723002/html/#fn18>

INSTITUTO Nacional de las Mujeres, Dirección General de Transversalización de la Perspectiva de Género. (2014). *Incesto y estupro: Legislación penal en las entidades federativas*. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/48376/Incesto_y_Estupro-2014.pdf

LEY sobre relaciones familiares de 1917. (1917, 9 de abril). <https://www.constitucion1917-2017.pdf.gob.mx/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.pdf>

RICOY, R. (2016). Teorías jurídicas feministas. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12762>

SALDARRIAGA Grisales, D., & Gómez Vélez, M. (2018). Teorías feministas, abolicionismo y decolonialidad: Teorías críticas que cuestionan la efectividad de los derechos de las mujeres. *Prolegómenos*, 27(41), 43–60. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2018000100043

WOOLF, V. (2023). *Un cuarto propio* (J. Gómez, Trad.). Frailejón Editores. (Obra original publicada en 1929).



HACIA UNA MATRIZ DE PENSAMIENTO JURÍDICO CRÍTICO LATINOAMERICANO.

DIEGO J. DUQUELSKY GÓMEZ²⁰¹

Introducción

El propósito de este trabajo es identificar dos grandes enfoques para la construcción de un pensamiento postpositivista, los cuales denominaremos *liberales* y *críticos*. Para ello, se ha elaborado una matriz de análisis que organiza la discusión en torno a diez dicotomías fundamentales: a) modernos versus posmodernos; b) racionalistas versus irracionalistas; c) ilustración versus filosofía de la sospecha; d) constructivismo versus deconstrucción; e) neocontractualismo versus conflictivismo; f) lo individual versus lo colectivo; g) universalismo versus multiculturalismo; h) integridad versus indeterminación; i) activismo tolerable versus activismo indispensable; y j) confianza versus desconfianza en los juristas.

Por supuesto, se trata de una clasificación arbitraria y sesgada, como cualquier intento de categorización, además de excesivamente simplificada e imprecisa. Los términos empleados para designar estos *tipos ideales* son, en sí mismos, vagos y de difícil delimitación. Rara vez encontraremos autores o corrientes que encajen de manera absoluta en cada uno de los criterios propuestos y, en muchos casos, incluso podríamos vernos en la necesidad de agrupar dentro de una misma categoría a pensadores cuyas tesis resultan, en apariencia, incompatibles.

No obstante, estas limitaciones, sostenemos que esta matriz puede ofrecer claves útiles para repensar el pensamiento jurídico crítico en América Latina. En particular, nos interesa explorar cómo esta aproximación puede con-

201 Profesor Regular Titular de Introducción al Derecho – UNPAZ – Argentina. Profesor Regular Titular de Introducción a la Sociología – UNICEN – Argentina. Profesor Regular Adjunto de Filosofía del Derecho -UBA-Argentina. Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (2022-2026)

tribuir a superar las limitaciones de aquellas teorías críticas de raíz exclusivamente eurocéntrica.

1. ¿Somos parte de la modernidad?

El primer aspecto que abordaremos se refiere a la perspectiva histórica desde la cual es posible cuestionar tanto el formalismo normativista como las teorías pospositivistas de matriz liberal.

El positivismo jurídico puede entenderse como el resultado de un proceso iniciado en los siglos XVII y XVIII, en el que la racionalidad científica se fue imponiendo progresivamente sobre otras formas de conocimiento. En su convergencia con el capitalismo, esta racionalidad terminó por asumir un carácter eminentemente productivo.

Entonces, buena parte de la crítica al positivismo puede interpretarse como una denuncia frente a las *promesas incumplidas* de la modernidad. En este sentido, autores como Bobbio, Ferrajoli o Habermas, entre otros, han desarrollado diversas reflexiones sobre las tensiones y contradicciones inherentes a este proyecto inacabado.

Sin embargo, desde América Latina la pregunta no puede limitarse a los términos en que la modernidad se ha desarrollado en otros contextos, sino que debe incluir la manera en que nos ha sido impuesta. Surge así la cuestión de si es posible *reconstruir* algo que, en rigor, nunca llegó a consolidarse plenamente en la región. Por ello, algunos proponemos pensar la crítica jurídica radical desde una perspectiva que, en ausencia de un término más adecuado, podríamos calificar como posmoderna, aunque esto exige algunas precisiones conceptuales.

Existe una forma extendida de entender la posmodernidad que Boaventura de Sousa Santos (2010) denomina *celebratoria*. Desde esta perspectiva, la incapacidad de la modernidad para resolver sus propios problemas no se percibe como una crisis, sino como una solución en sí misma. La equivocación habría sido, según esta visión, haber considerado factibles promesas que, en realidad, siempre fueron ilusorias. Ahora que hemos reconocido su carácter irrealizable, podríamos —sostienen estos autores— reconciliarnos con la realidad tal como es y celebrar sus formas existentes.



Frente a esta postura, el *posmodernismo de oposición* se presenta como una alternativa tanto a las visiones modernas como a la celebración acrítica de la posmodernidad.

El rasgo distintivo de este enfoque es la conciencia de su carácter transitorio. No existiría, en términos estrictos, una *condición posmoderna*, sino más bien un *momento posmoderno*. La intención de Santos al emplear este término es subrayar la dificultad de caracterizar esta etapa de transición desde nuestra perspectiva actual. Se trata de un interregno entre un paradigma aún dominante —que incluso ha desarrollado la capacidad de señalar sus propias contradicciones, como hacen algunos teóricos liberales— y un conjunto de nuevos paradigmas emergentes, cuyos contornos, por el momento, solo podemos vislumbrar de manera fragmentaria.

2. ¿Existe una única racionalidad?

El segundo concepto que merece ser discutido, tanto en relación con el pensamiento positivista como con las corrientes pospositivistas de orientación liberal-moderna, es la noción de *razón* y su posible recuperación.

Para los primeros, la racionalidad técnico-instrumental de la ciencia moderna ha sido el modelo trasladable a cualquier otra forma de racionalidad, incluida la jurídico-política. En el ámbito del derecho, esta postura se ha traducido en la reducción de la vasta tradición filosófica, sociológica y política de los siglos XVII y XVIII a una ciencia dogmática desprovista de cuestionamientos críticos.

Frente a ello, muchos pensadores pospositivistas han intentado revertir esta tendencia mediante la recuperación de la razón práctica. Desde esta perspectiva, la razón no se concibe únicamente como herramienta del conocimiento científico y tecnológico, sino también como un criterio para orientar la acción, evaluar las instituciones y fundamentar la democracia.

Por supuesto, la manera en que autores como Nino, Rawls, Habermas o Alexy entienden la razón no es uniforme. Algunos la retoman en términos cercanos al racionalismo kantiano, mientras que otros la reformulan en clave de acción comunicativa, corrección procedural o argumentación racional. No obstante, estas diferencias, todos coinciden en rescatar un concepto de razón que el positivismo lógico había relegado.

En cambio, el pensamiento jurídico crítico latinoamericano debe asumir el desafío de cuestionar una noción que goza de amplio prestigio, aun a riesgo de ser tachado de *irracionalista*. Este cuestionamiento opera en dos niveles.

En primer lugar, implica rechazar la idea de una racionalidad única. Hay que considerar que existe un solo modo de concebir la razón es una manifestación del *epistemocidio* derivado del proceso colonizador.

Siglos antes de que el positivismo lógico excluyera del ámbito de lo cognoscible todo aquello que no pudiera ser verificado empíricamente, el pensamiento occidental moderno ya había trazado una línea divisoria —o, en términos de Boaventura de Sousa Santos, una división abismal— que relegaba cualquier forma de conocimiento ajena a los cánones europeos al ámbito de la magia o la superstición. De ahí que las dificultades para desarrollar un pensamiento crítico radical en América Latina se deriven, en gran medida, del hecho de que el fin del colonialismo político no supuso el fin del colonialismo epistemológico.

En segundo lugar, como lo han señalado los Critical Legal Studies en el mundo anglosajón, asumir el calificativo de *irracionalismo* puede implicar una estrategia deliberada. En este sentido, la voluntad de desestabilización cobra mayor importancia que la construcción de una escuela con premisas coherentes y una jerarquía interna claramente definida.

3. ¿No deberíamos desconfiar del derecho hegemónico?

Otra característica común a muchos pensadores pospositivistas de orientación liberal, moderna y racionalista es su reivindicación del pensamiento ilustrado, particularmente en la figura de Kant.

Este rasgo no es exclusivo de los autores alemanes, como Habermas y sus discípulos, sino que se extiende a América Latina —como en el caso de Nino— e incluso al mundo anglosajón, donde se manifiesta paradigmáticamente en la obra de John Rawls. Este último resulta especialmente interesante, ya que logra romper con el predominio del utilitarismo y la filosofía analítica en el ámbito de la filosofía jurídica, moral y política anglosajona, una hegemonía que había perdurado por más de un siglo.



Siguiendo con nuestra propuesta de dicotomías, es posible destacar otra influencia fundamental para el desarrollo del pensamiento crítico: la llamada *filosofía de la sospecha*.

El término *maestros de la sospecha* fue introducido en 1965 por Paul Ricoeur para referirse a Karl Marx, Friedrich Nietzsche y Sigmund Freud. Posteriormente, la expresión se popularizó para designar a una corriente de pensamiento que, aunque integrada por autores cuyas posiciones pueden resultar incompatibles en muchos aspectos, comparte una perspectiva común: la desconfianza.

Desde una perspectiva histórica y geográfica, estos pensadores forman parte de la modernidad. Sin embargo, sus ideas desafían los supuestos fundamentales de la Ilustración, en particular su concepción del sujeto, su autonomía y su racionalidad.

Nietzsche, al analizar la relación entre saber y poder; Marx, a través de su teoría de la ideología; y Freud, mediante su noción de inconsciente, ponen en cuestión la posibilidad de interpretar el mundo exclusivamente en términos racionales. De este modo, abren la puerta a un pensamiento crítico que, en lugar de reafirmar los postulados ilustrados, los somete a un examen radicalmente escéptico.

4. ¿Reconstruir o deconstruir?

A lo largo de las últimas cuatro décadas, numerosos autores que han cuestionado el positivismo han sido agrupados bajo la etiqueta de *constructivistas*. Sus planteamientos han tenido un impacto significativo no solo en el ámbito estrictamente jurídico, sino también en la filosofía moral y política. Figuras como Habermas, Rawls y Nino son comúnmente identificadas dentro de esta corriente.

Si se buscara identificar ciertos rasgos comunes en sus propuestas, podría señalarse que los constructivistas no rechazan la posibilidad de afirmar la validez universal de ciertos juicios morales, aunque sin adoptar una postura realista en términos morales. Además, sus teorías poseen un marcado carácter procedural: parten de supuestos artificialmente construidos desde los cuales derivan racionalmente soluciones consideradas justas. Ejemplo de ello son la *situación ideal de diálogo* en Habermas o la *posición original* en Rawls.

En cambio, las teorías críticas no se centran en la construcción, sino en la deconstrucción. La sospecha, tal como se abordó en el apartado anterior, orienta la indagación hacia aquello que subyace a las apariencias.

Si los pospositivistas modernos reprochan al positivismo haber renunciado a la razón en el ámbito moral y político, los teóricos críticos llevarán más lejos su denuncia: el positivismo normativista no solo ha renunciado a ciertos debates, sino que ha ocultado elementos fundamentales. No existen *teorías puras*; los *sistemas normativos* no son coherentes, completos ni independientes. Detrás de su aparente autonomía, encubren ideología, relaciones de poder, dinámicas de dominación y estructuras coloniales.

El pensamiento latinoamericano ha desarrollado un camino paralelo —aunque con sus particularidades— al trazado por el movimiento de los Critical Legal Studies (CLS). Estos últimos han hecho de la deconstrucción una herramienta clave, profundizando críticas que ya habían sido esbozadas a principios del siglo XX por el realismo jurídico norteamericano. Así como autores como Holmes, Frank o Llewellyn fueron pioneros en mostrar cómo factores extrajurídicos influyen en la decisión judicial, los CLS incorporaron la dimensión ideológico-política para realizar un ejercicio sistemático de *demolición* del material jurídico: sentencias, doctrinas, manuales, entre otros.

5. ¿Existen sociedades sin conflicto?

Otro rasgo característico de algunas de las teorías contemporáneas más influyentes es su recuperación del *contrato social* como fundamento para las instituciones, las prácticas y los valores, concebidos en términos de consenso. La *posición original* de Rawls, la *comunidad ideal de diálogo* de Habermas y la *democracia deliberativa* de Nino pueden interpretarse, en cierto modo, como formas de neocontractualismo.

Frente a estas perspectivas, resulta pertinente rescatar a aquellos autores que, de manera general, podrían ser denominados *conflictualistas*. Pensadores como Ernesto Laclau, Chantal Mouffe o Judith Butler no consideran el conflicto como una anomalía social ni como un obstáculo para la democracia, sino como un elemento constitutivo de las relaciones sociales. Desde su punto de vista, el conflicto es ineliminable, y la democracia deliberativa liberal no hace más que ocultarlo o trasladarlo al ámbito de lo privado.

Chantal Mouffe lo expresa con claridad:

El pensamiento liberal tiene que ser necesariamente ciego a lo político debido a que su individualismo le hace incapaz de entender la formación de identidades colectivas. Sin embargo, lo político está desde el primer momento imbricado con formas de identificación colectivas por cuanto en este campo siempre estamos tratando de la formación de un “nosotros” por oposición a un “ellos”. Lo político tiene que ver con el conflicto y el antagonismo. No tiene nada de extraño, pues, que el racionalismo liberal no sea capaz de aprehender su naturaleza, dado que el racionalismo requiere la negación misma de la inerradicabilidad del antagonismo. El liberalismo tiene que negar el antagonismo ya que, al situar en primer plano el momento ineludible de la decisión —en el sentido fuerte de tener que decidir en un terreno indecidible—, lo que el antagonismo pone de manifiesto es el límite mismo de todo consenso racional (2010, p.6).

Desde esta perspectiva, el conflicto no es un problema que resolver, sino una condición inherente a lo político. La imposición de un consenso absoluto, en última instancia, no haría más que enmascarar la existencia de antagonismos insuperables.

6. ¿Por qué no hablar de los pueblos?

Probablemente, este sea uno de los ámbitos en los que el pensamiento crítico latinoamericano tiene más que aportar y, en consecuencia, donde aún queda más por explorar, repensar y crear. Como se ha señalado en diversas ocasiones, el colonialismo cultural ha llevado a heredar traumas ajenos.

No resulta extraño que los autores europeos, marcados por la experiencia de regímenes totalitarios que accedieron al poder con un fuerte respaldo popular y que, en nombre del pueblo, avasallaron los derechos de las minorías, mantengan un recelo particular hacia los movimientos populares con potenciales derivas antidemocráticas. Sin embargo, este no es el caso de América Latina.

Para empezar, es necesario problematizar las nociones de mayorías y minorías, evitando asociarlas exclusivamente con la dimensión numérica. En nuestras sociedades existen minorías privilegiadas y poderosas, así como mayorías compuestas por los sectores más vulnerables y desfavorecidos.

A pesar de ello, amplios sectores de la academia —además de la prensa— continúan alertando sobre el peligro de la *dictadura de las mayorías*. Sin embargo, la historia latinoamericana recuerda que nuestras dictaduras no han sido jamás dictaduras de mayorías, sino de minorías que, en nombre de la república, la democracia y la libertad, han violado sistemáticamente los derechos que afirmaban defender.

Desde esta perspectiva, uno de los desafíos centrales del pensamiento crítico latinoamericano consiste en resignificar el concepto de populismo, tal como propone Ernesto Laclau, cuestionando su carga negativa automática.

Asimismo, resulta crucial deconstruir la noción de sujeto. Como advierte Alicia Ruiz, el sujeto no preexiste a la sociedad, al sistema político ni al discurso jurídico; por el contrario, es este último el que configura su propia autoconcepción.

Al mismo tiempo, América Latina ha sido cuna de nuevas formas de entender los sujetos colectivos, las cuales, si bien han tenido un desarrollo significativo en las ciencias sociales, aún no han permeado suficientemente la filosofía del derecho. La crisis del modelo neoliberal a finales de los años noventa no solo supuso una crisis política sin precedentes en la región, sino que también transformó el papel de los Nuevos Movimientos Sociales. El caso boliviano es paradigmático: el proceso que culminó en la Constitución de 2009 habría sido imposible dentro de los marcos tradicionales de representación político-partidaria o gremial. Este ejemplo, por lo tanto, no debería ser subestimado en la reflexión sobre el vínculo entre ciudadanía y los modos de determinación del gobierno.

7. ¿Es compatible el multiculturalismo con los derechos humanos?

Uno de los mayores desafíos del pensamiento crítico latinoamericano radica en la tensión entre la universalidad de los derechos humanos y el multiculturalismo.

Para los autores liberales, esta cuestión parece resolverse con relativa facilidad mediante teorías de corto alcance, las cuales se limitan a sostener principios compatibles con diversas concepciones del bien. La postura de Rawls es paradigmática en este sentido: su teoría política de la justicia no pretende ser más que una propuesta destinada a lograr un consenso traslapado o superpuesto.



Estas posiciones suelen ir acompañadas de una visión restringida del cosmopolitismo. Si bien aspiran a trascender el Estado-nación, también buscan ser compatibles con distintas culturas, aunque —y aquí radica su limitación— solo con aquellas consideradas *razonables* dentro de su propia matriz conceptual.

Frente a esta visión hegemónica de la tradición liberal occidental, diversas voces críticas han planteado alternativas. Entre ellas, destaca la propuesta de Boaventura de Sousa Santos, quien, desde una perspectiva posmoderna y emancipatoria, ofrece una interpretación compleja de los derechos humanos.

Según el pensador de Coimbra, los derechos humanos pueden entenderse de dos maneras: como un *localismo globalizado* o como un *cosmopolitismo subalterno e insurgente*. La primera perspectiva implica la imposición de una visión particular como si fuera universal, mientras que la segunda plantea una reapropiación crítica y situada de los derechos humanos desde los márgenes.

Para superar esta dicotomía, Santos (1999) propone una reconstrucción intercultural de los derechos humanos, basada en los siguientes principios:

- a) Reconocimiento de la incompletitud de todas las culturas.
- b) Aceptación de la diversidad interna de cada cultura.
- c) Respeto por los distintos ritmos y tiempos en el diálogo intercultural.
- d) Construcción horizontal de la agenda de discusión, sin imposiciones externas.
- e) Derecho a la igualdad cuando la diferencia conlleva subordinación, y derecho a la diferencia cuando la igualdad amenaza la identidad.

Desde esta óptica, la defensa de los derechos humanos no puede reducirse a la aplicación de normas abstractas desligadas de los contextos específicos. Su sentido y alcance solo pueden ser definidos a partir de un diálogo intercultural que reconozca tanto las tensiones como las posibilidades de transformación dentro de cada cultura.

8. ¿Existe una única respuesta correcta?

A pesar de haber sido cuestionado durante más de un siglo por el realismo jurídico norteamericano, la escuela del derecho libre alemana y el propio positivismo de Kelsen, Hart o Ross, el mito de la integridad y precisión del derecho sigue reapareciendo con insistencia.

Incluso el denominado neoconstitucionalismo, pese a las incertidumbres que conlleva la incorporación de principios, termina sosteniendo la posibilidad de hallar una respuesta correcta aun en los casos difíciles, siempre que se despliegue adecuadamente la compleja práctica argumentativa propia de la labor jurídica. Para algunos, como Alexy, esto implica la correcta aplicación de una fórmula estructurada; para otros, como Dworkin, supone una ardua búsqueda en la tradición jurídico-política de la comunidad.

Desde la perspectiva de las teorías críticas, existen al menos dos niveles de análisis indispensables para cuestionar estos presupuestos.

En primer lugar, en sintonía con las críticas formuladas por los *Critical Legal Studies* (CLS) —considerados por muchos los continuadores del realismo jurídico norteamericano—, se enfatiza el carácter ideológico y legitimador del discurso judicial. Así, por ejemplo, la actividad del juez en el modelo dworkiniano no puede entenderse como una empresa heroica en pos de un ideal democrático; por el contrario, su discurso encierra componentes políticos ineludibles.

Uno de los aportes más relevantes de los CLS, especialmente en Kennedy (1992), es la advertencia de que la tensión entre *libertad* y *restricción* en la actividad judicial no responde tanto a la naturaleza de los materiales jurídicos, sino a la vivencia subjetiva del propio magistrado. Frente a un mismo caso y con idénticas normas, un juez puede percibir que la norma es clara y deja escaso margen de maniobra, mientras que otro, con una formación, valores o creencias distintas, puede considerar que se enfrenta a un caso atípico que requiere la aplicación de otros principios y criterios normativos.

En segundo lugar, las teorías críticas han integrado aportes fundamentales de la semiótica y la lingüística, lo que torna ingenua la pretensión de un sentido único y determinado de los materiales jurídicos. Como señala Cárcova:

La hermenéutica, la teoría del discurso, la teoría de la comunicación, el constructivismo lingüístico y el fenómeno de la narratividad han tenido un impacto trascendental en la teoría del derecho y en la filosofía jurídica. Han comenzado a proveer insumos de nuevo tipo para reanimar la reflexión jusfilosófica, dado que la materia prima fundamen-



tal de su objeto de estudio es el lenguaje y, en términos más generales, el sentido y la comunicación (2009, p.35).

Es importante notar que el problema de la interpretación no se limita al plano normativo, sino que también abarca la reconstrucción de las circunstancias fácticas en el proceso judicial. En este sentido, los aportes de la teoría literaria y la narratología resultan clave para comprender que todo proceso judicial es, en última instancia, un relato. Entonces, se vuelve esencial desentrañar los niveles de distanciamiento entre lo narrado y lo acontecido, dado que el discurso jurídico es siempre parcial, fragmentado y selectivo.

9. ¿Pueden los jueces ser activistas y garantistas a la vez?

Uno de los debates más candentes en la filosofía del derecho contemporánea gira en torno a la supuesta tensión entre garantismo y activismo judicial. Como se ha señalado en otro trabajo:

A partir del surgimiento de teorías de corte postpositivista, del abandono de la figura del juez como mecánico aplicador de la ley, del papel asignado a los principios y del carácter normativo de los textos constitucionales, se ha generado una doble preocupación: por un lado, el temor a que la falta de límites derivada de la vaguedad propia de la incorporación de principios aumente el poder discrecional de los jueces y, con ello, se pongan en riesgo las garantías constitucionales. Por otro lado, la inquietud de que la voluntad popular, expresada a través de la representación política, quede subordinada al poder contramayoritario del poder judicial.

Sin embargo, el pensamiento crítico latinoamericano no puede ignorar que, en nuestro contexto, no todo activismo judicial atenta contra los derechos fundamentales; por el contrario, en muchos casos constituye una condición indispensable para su protección, en particular en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales.

Incluso Manuel Atienza, aun defendiendo la necesidad de acotar el poder discrecional de los jueces, acuña el concepto de *activismo tolerable*, aludiendo a la necesidad de contextualizar el grado de intervención judicial en función de las condiciones sociales:

“Puede entenderse que los jueces latinoamericanos sean más activos que los europeos (los italianos o los españoles) a la hora de reconocer (o ‘crear’) derechos sociales, simplemente porque si ellos no lo hacen, no cabe esperar que alguna otra instancia estatal pueda satisfacer la exigencia de su reconocimiento: a la subsistencia, a la salud, etc.” (2011, p.85).

Más, siguiendo a Gustavo Caramelo (2015), en nuestras sociedades este activismo no solo es justificable, sino muchas veces indispensable.

El concepto de *activismo garantista* sugiere que es posible una actitud judicial creativa, antiformalista y comprometida con la efectivización de los derechos fundamentales sin que ello implique la vulneración de garantías constitucionales. Esta idea se vincula estrechamente con una noción desarrollada en los años noventa por el movimiento de derecho alternativo brasileño: el *positivismo de combate*, o como prefiere denominarlo Amilton Bueno de Carvalho, la *positividad combativa*. Esta expresión, originalmente acuñada por Miguel Pressburger, describe un conjunto de disposiciones normativas que reconocen conquistas históricas y democráticas pero que, pese a haber sido positivizadas, no se aplican. Edmundo Lima de Arruda Jr., en su tipología sobre los usos del derecho, denomina a este fenómeno el *plano do instituído sonegado* (1992, p.174).

10. ¿Es posible un discurso jurídico emancipatorio?

Lo expuesto en el apartado anterior no implica, en modo alguno, pensar que serán los jueces quienes lideren el camino hacia una sociedad más libre e igualitaria, en la que los derechos fundamentales sean plenamente respetados. No debe olvidarse el papel profundamente conservador que históricamente ha desempeñado el poder judicial, en tanto estructura anclada en la reproducción de las formas dominantes de control social. Esta tendencia ha sido reforzada por el ámbito académico-jurídico, donde predomina una visión formalista y acrítica. Entonces, surge la pregunta: ¿podemos confiar en el derecho y en los juristas como herramientas para transformar la realidad?

Uno de los principales aportes de las teorías críticas del derecho en Argentina ha sido el abandono de la lectura marxista lineal que concibe el derecho exclusivamente como un elemento superestructural de reproducción de las relaciones de dominación. En su lugar, se ha desarrollado la noción de *función paradojal* del derecho. Según esta perspectiva —dice Cárcova— el papel del derecho depende de una relación de fuerzas:

En manos de los grupos dominantes, constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses; en manos de los grupos subalternos, puede ser un mecanismo de defensa y contestación política (2001, p.35).

Como señala Boaventura de Sousa Santos (2010), las teorías críticas de raíz eurocéntrica han asumido una posición de vanguardia, formuladas desde los países centrales con el propósito de guiar los reclamos de los movimientos progresistas a nivel global. No obstante, en lo que va del siglo XXI, las luchas sociales más transformadoras han surgido desde el Sur global, en contextos sociopolítico-culturales profundamente distintos a los imaginados por la intelectualidad académica de izquierda.

Por ello, siguiendo a Santos, este trabajo se adhiere a la necesidad de abandonar la lógica de la vanguardia para adoptar una perspectiva de teorías de retaguardia, es decir, enfoques que acompañen de cerca la labor transformadora de los movimientos sociales, cuestionándolos, articulándolos y estableciendo diálogos con otras luchas.

Referencias

- ARRUDA Jr., E. L.** (1992). *Direito alternativo no Brasil: Algunos informes e balanços preliminares*. Lições de Direito Alternativo 2.
- ATIENZA, M.** (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa*, 34.
- CÁRCOVA, C.** (2001). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. En C. Courtis (Coord.), *Desde otra mirada*. Eudeba.
- CÁRCOVA, C.** (2009). ¿Hay una traducción correcta de las normas? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 3.
- CARAMELO Díaz, G.** (2015). Activismo judicial y derechos sociales. *Pensar en Derecho*, (6), 99–114.
- CHAPLIN, A.** (2010). *Movimientos sociales en Bolivia: De la fuerza al poder*. Oxford University Press & Community Development Journal.
- DUQUELSKY, D.** (2018). La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial. *Doxa*, (41).

- DUSSEL**, E. (2016). Transmodernidad e interculturalidad. *Astrágalo: Cultura de la Arquitectura y la Ciudad*, 21, 31–54.
- KENNEDY**, D. (1992). Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos. *Doxa*, (11), 286.
- MARÍ**, E. (1982). Moi Pierre Rivière y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales. En VV.AA., *El discurso jurídico: Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Hachette.
- MOUFFE**, C. (2010). Política agonística en un mundo multipolar. *Documentos CIDOB. Dinámicas Interculturales*, (15).
- RAWLS**, J. (1996a). La justicia como equidad: Política no metafísica. *Política: Revisita de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, 1, 23–46.
- RAWLS**, J. (1996b). *El liberalismo político*. Crítica.
- RICOEUR**, P. (1970). *Freud: Una interpretación de la cultura*. Siglo XXI.
- ROGGERO**, J. (Comp.). (2015). *Derecho y literatura: Textos y contextos*. Eudeba.
- RUIZ**, A. (s.f.). Aspectos ideológicos del discurso jurídico. En *Materiales para una teoría crítica*.
- SANTOS**, B. de S. (1999). *La globalización del derecho*. Universidad Nacional de Colombia.
- SANTOS**, B. de S. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Ediciones Trilce.



TEORÍA DEL DERECHO Y FUNCIÓN SOCIAL. EDUARDO ANDRADE SÁNCHEZ²⁰²

Agradezco profundamente a la directora de este Centro, Rosy Laura Castellanos Mariano su amable invitación para impartir esta conferencia en un ambiente de incertidumbre sobre los alcances de la función judicial. El estudio de la teoría del Derecho en relación con dicha función debe servir de base para entender y analizar lo que ocurre en nuestro país el día de hoy.

Ustedes tienen conocimiento de que existen distintas teorías jurídicas. Siempre han habido diversas formas de interpretar y aplicar el Derecho. Porque, a lo largo de la historia, no se ha dejado de pensar en torno a esta realidad social que es el Derecho.

¿Qué nos interesa particularmente para este análisis? La teoría del Constitucionalismo que se encuentra en la base de la creación del Estado contemporáneo, a partir del triunfo de la burguesía como una clase social que pugna por los derechos humanos, entonces llamados "derechos del hombre y del ciudadano", o desde el *Bill of Rights* de Inglaterra del siglo XVII. Documentos así fueron producto de la búsqueda de libertad y de igualdad por parte de quienes luchaban por ellas. Esa lucha está siempre en la raíz de los derechos humanos; un esfuerzo por lograr el reconocimiento y la aceptación de una serie de aspiraciones, de deseos, de ideales, que tienen los grupos sociales y que van conquistando a lo largo del tiempo.

En la Teoría del Estado Constitucional están dos elementos que sir-

202 Profesor e investigador de El Colegio de Veracruz, México. Abogado y doctor en Ciencia Política. Ha sido diputado, Senador de la República; Procurador de Justicia y Magistrado del Tribunal Superior del Estado de Veracruz. Ha desempeñado elevados cargos administrativos en el gobierno de su país. Desde 1976 es profesor de Teoría del Estado, Ciencia Política y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y autor de libros sobre estas materias además de otras 13 obras sobre temas penales y electorales y de múltiples artículos jurídicos.

ven de cimiento para construir el Constitucionalismo como lo entendemos actualmente. Uno es la *soberanía popular*. No podemos perder de vista que este Constitucionalismo pretende sustituir la soberanía absoluta del monarca concentrador de todo el poder. Se trataba de derribar la teoría del *derecho divino de los reyes*. Pretendió sustituir el origen divino del poder por una base terrenal, y poco a poco se fue construyendo la nueva justificación: que el poder a ejercer sobre la sociedad tiene que provenir de la sociedad misma.

Un precedente importante de la teoría del Estado fue la teoría contractualista de Rousseau, que partía del supuesto de que los seres humanos llegamos a la conclusión racional de que conviene, por el bien de todos, vivir en una sociedad ordenada y pacífica en la que haya una autoridad que ponga en práctica las normas que rigen a la colectividad, y la única fuente posible de validez de las decisiones que ese poder va a ejercer sobre la gente, es la voluntad de la propia gente, es decir, del pueblo.

Este andamiaje teórico lo elaboraron pensadores que lo fueron construyendo a partir de la noción de *soberanía* al tiempo que evolucionaba la sociedad. Hobbes justificaba la soberanía del monarca por la existencia de un contrato inicial que le otorgaba su autoridad. Luego, en Locke, la soberanía proviene del pacto social la ejerce el Parlamento. Rousseau posteriormente sostuvo la plena soberanía popular. Este enfoque predomina hasta hoy en la teoría constitucional según la cual la fuente de legitimidad del poder es la voluntad del pueblo.

El otro pilar del Constitucionalismo —como teoría jurídica y política— es la idea de la división de poderes. Sus raíces son muy antiguas. Ya Aristóteles distinguía las tres funciones sustanciales del gobierno sobre la sociedad, pero quien perfecciona la teorización sobre la necesidad de que el poder no se concentre en una sola persona o grupo, es Montesquieu. Él afirma que, para evitar el abuso en el ejercicio del poder que menoscabe la libertad de los individuos, se necesitan separar las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. Estas en realidad implican el ejercicio de un poder unificado que es el del Pueblo, como bien lo refiere nuestra Constitución al decir que “el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial”. En el Constitucionalismo es vital comprender la naturaleza de tal separación de funciones, la cual no implica la existencia de poderes aislados y menos enfrentados como parece estarlo entendiendo de manera equivocada el Poder Judicial de nuestro país.

La “independencia judicial” no supone una capacidad infinita de decisión puesto que debe respetar la independencia de los otros poderes, cada uno de ellos con sus funciones bien delimitadas. La teoría de la división de poderes se sustenta también en la noción de la clara definición de las atribucio-



nes de cada poder, sobre la base de que su ejercicio está estrictamente acotado por el principio de que *la autoridad solo puede hacer aquello para lo que está expresamente facultada por la Constitución*. La esencia del concepto de “derechos humanos” reside precisamente en este principio. Los gobernados necesitamos saber a qué atenernos, hasta dónde puede llegar válidamente la autoridad, de manera que quede garantizado nuestro ámbito de desarrollo personal. Montesquieu señala nítidamente en su obra *El Espíritu de las Leyes*, la íntima relación entre lo que hoy denominamos *derechos humanos* y la *división de poderes*: esta es la garantía del respeto de aquellos.

La división de poderes está diseñada para que cada uno opere dentro de su ámbito de competencia. Dicho ámbito lo establece el propio pueblo cuando en ejercicio de su soberanía dicta los términos de su Constitución Política a través de un Poder Constituyente. Esta base teórica que se erige como dogma del Constitucionalismo, se pretende poner en entredicho con motivo de la pugna suscitada entre el Judicial y los otros poderes, cuando se quiere diferenciar entre el poder que redacta la primera Constitución del país, y el que tiene la capacidad de introducir reformas a la misma.

El poder que llamamos “fundacional” es el que *funda* el Derecho, es decir, que establece un orden jurídico determinado. Puede ser el que emite la primera Constitución de una nación, o bien el que cambia sustancialmente la naturaleza del régimen al emitir una nueva Constitución a partir de la convocatoria a un proceso constituyente que se encargará a un órgano especialmente electo para ese efecto, o mediante la asignación del poder de crear un nuevo orden constitucional a un órgano u órganos previamente existentes.

Bajo ese concepto teórico podemos distinguir en la historia de México cuatro momentos fundacionales expresados en las Constituciones de 1824, 1836, 1857 y 1917. Cada uno de ellos definió los términos y condiciones para reformar o adicionar la Constitución. Ese procedimiento transfiere a los órganos encargados de efectuar tales reformas un Poder Constituyente. Esto implica la atribución de dictar normas constitucionales de la misma fuerza y nivel que las emitidas originalmente en el proceso fundacional. La referida facultad constituyente presenta dos modalidades teóricas: una en la que el poder transferido a los futuros reformadores se encuentra limitado por el Constituyente fundacional, que establece el impedimento de modificar ciertos contenidos a los cuales se les asigna teóricamente el nombre de “cláusulas pétreas”; la otra modalidad consiste en no fijar ningún límite o condición al Poder Reformador, al cual llamamos también Constituyente Permanente.

Aquí es preciso enfatizar que, si bien la Constitución no contiene cláusulas pétreas, la capacidad constituyente del poder reformador tiene que entenderse como absoluta. Pretender limitarla en función de principios su-

puestamente inalterables que implícitamente deben considerarse cláusulas pétreas, implica poner obstáculos artificiales a la voluntad popular a la que el Constituyente fundacional no le impuso ninguna limitación. Quienes alegan la existencia de principios intocables están asumiéndose como un sustituto del Poder Constituyente, pese a carecer de legitimidad democrática.

Ahora bien, en la práctica, una Constitución no puede imponer cláusulas pétreas que condicioneen y encadenen a todas las generaciones posteriores. El mejor ejemplo es nuestra Constitución del 24, que contenía una cláusula pétreas según la cual nunca dejaría de ser la religión oficial del Estado mexicano, la católica. Esa prohibición voló por los aires con el explosivo instaurado por las Leyes de Reforma. Asimismo, esa primera Constitución ordenaba que nunca pudiera modificarse el sistema federal, pero apenas doce años después, cuando los conservadores se hicieron del poder, emitieron las Siete Leyes Constitucionales de 1836, y convirtieron a nuestro país en un Estado Centralista o Unitario. Constatamos así que las llamadas cláusulas pétreas no pueden realmente condicionar el futuro del desarrollo constitucional. Si esto es verdad para cuando existen, con mayor razón se sostiene la idea de que el Poder Reformador, que es tan *constituyente* como cualquiera anterior de tipo fundacional, no tiene límites para sus determinaciones.

Con independencia de las llamadas Constituciones Flexibles, como la del Reino Unido, que se reforman mediante la emisión de leyes ordinarias, las Constituciones Rígidas señalan la manera como se pueden reformar, cumpliendo condiciones más complejas que las exigidas para las leyes comunes. Tales requisitos, más elaborados, buscan garantizar la permanencia de las normas constitucionales. Los condicionamientos que imponen cambian de país a país, pero cualquiera que sea el procedimiento de reforma, las normas que surgen de él comparten plenamente la naturaleza constitucional de las que originalmente fueron establecidas. Las modificaciones pueden, por supuesto, variar las reglas que regulan las funciones del Estado.

En nuestra Norma Suprema están nítidamente establecidas cuáles son las funciones legislativas, cuáles las ejecutivas y cuáles las judiciales y se determina que no podrán reunirse dos o más de los poderes que las ejercen, en una sola persona o corporación.

Esta disposición se mantiene incólume con motivo de los cambios constitucionales que se efectúan para reformar el Poder Judicial de la Federación. La función judicial no es desplazada o sustituida por alguno de los otros poderes, lo único que se modifica es el procedimiento aplicable para acceder a los cargos judiciales.

En este contexto, también debe tenerse presente que el Poder Le-

gislativo ostenta una primacía, porque la propia Constitución le concede al legislador la regulación orgánica de los otros dos poderes, puesto que emite tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Esta preeminencia tuvo su origen en las ideas centrales del Constitucionalismo, de acuerdo a las cuales la ley constituye la fuente primaria de todo derecho, cuya ejecución habría de corresponder al Ejecutivo para las tareas administrativas generales y la exigencia de su cumplimiento por parte de los gobernados, y el Poder Judicial, sería el encargado de aplicar la ley para resolver los conflictos planteados en el seno de la sociedad.

La función judicial es una función resolutora de conflictos, no emisora de políticas públicas. Su tarea no es sustituir al legislador o enmendarle la plana, sino hacer cumplir lo establecido por la ley, por supuesto, con algunos márgenes de interpretación. Ciertamente la Constitución también prevé que el Poder Judicial ejerza un control respecto de la constitucionalidad de las leyes; es decir, del apego a la Norma Suprema que debe caracterizar al producto proveniente del poder legislativo. Este control tiene un punto de referencia muy importante en el caso *Marbury vs. Madison*, por virtud del cual la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció el precedente relativo a la posibilidad de invalidar una ley si esta es contraria al texto constitucional. Pero ese control tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la Norma Suprema y no abre la posibilidad para que el Poder Judicial modifique la Constitución o deje de obedecerla.

Este propósito excesivo de parte del Poder Judicial es lo que ha dado lugar al conflicto que se desarrolla actualmente, al que antes hemos aludido y que se caracteriza porque los juzgadores quieren llegar al extremo de dejar de aplicar el texto de la Constitución; tendencia que se ha venido desarrollando durante los últimos años y encuentra su origen en teorías que recurren a la aplicación directa de valores de carácter moral a los que se les concede un nivel superior a la norma jurídica, pero los cuales presentan como defecto la relatividad de las consideraciones de carácter moral, las cuales introducen una enorme incertidumbre jurídica. Se supone que la teoría *iusmoralista* pretende defender, por encima de todo, los derechos humanos. No obstante, en realidad genera su desprotección desde el momento que las garantías jurídicamente establecidas pueden dejarse de lado ante la aplicación de principios que muchas veces ni siquiera se encuentran explícitos en la Constitución.

Estas teorías que han venido a deformar el Derecho provienen de las ideas difundidas fundamentalmente por Dworkin, quien a mi juicio ha hecho un enorme daño al Derecho al plantear una distinción artificial entre reglas y principios. Esta diferencia ha sido adoptada por muchos teóricos en

nuestro país, particularmente a partir de la influencia de Robert Alexy, que ha introducido conceptos tan ambiguos como la llamada “derrotabilidad” de las normas frente a los principios, e incluso la de un principio frente a otro que puede considerarse de carácter superior, sin que exista realmente una referencia en el derecho positivo para que se apliquen tales criterios.

La distinción entre reglas y principios puede tener una justificación teórica porque efectivamente hay características que los hacen diferentes, pero lo que no puede perderse de vista es que unas y otros son igualmente normas. Es cierto que los principios pueden tener una mayor amplitud, pero estos generalmente permiten configurar reglas precisas que se expresen en la ley. Esta es la función primordial de los principios jurídicos: inspirar al legislador, pero la seguridad jurídica se pone en riesgo cuando se pretende recurrir directamente a principios abstractos al margen de lo que diga expresamente la ley.

Esa viciosa desviación es la que está provocando en la actualidad la conducta de algunos ministros de la Suprema Corte, que, a partir de la defensa de supuestos derechos humanos, pretenden desconocer una reforma constitucional emitida válidamente por el Constituyente Permanente o Poder Reformador. Es importante recordar que el proceso de reforma constitucional consiste en que ambas Cámaras del Congreso de la Unión —por mayoría calificada de las dos terceras partes de sus miembros presentes— aprueben la reforma o adición a la Constitución. Posteriormente el proyecto pasa a los congresos locales y se requiere que por lo menos 17 de ellos (es decir, la mayoría absoluta) aprueben las modificaciones para que estas se integren a la Constitución vigente. Tal integración supone la absoluta igualdad con otras normas constitucionales, de manera que no puede cuestionarse su validez por el Poder Judicial. Tales normas constitucionales se encuentran por encima de las facultades de los poderes constituidos, que no pueden desconocerlas. El Poder Judicial queda sujeto a dichas normas y le está prohibido arrogarse una función que pretenda desplazar o sustituir al Poder Constituyente.

Se ha llegado al extremo de que una integrante de la Corte, la ministra Ríos Farjat, ha planteado en una entrevista que nuestro máximo tribunal está analizando si pueden entrar al estudio de la validez de una reforma constitucional. Afirmó que ello no significaba cuestionar la validez de la Constitución, sino solo el análisis de la posibilidad de llegar a una acción de esa naturaleza. Pues la sola intención de considerar como posible modificar preceptos constitucionales, ya constituye en sí misma, una violación a la Constitución que no les otorga dichas atribuciones.

La elección popular de los cargos de los juzgadores prevista en el



nuevo texto de la Norma Suprema no constituye de ninguna manera una violación a los derechos humanos de quienes hasta ahora ocupan esos cargos. El desempeño de estos no implica el ejercicio de un derecho humano, por el contrario, constituye el cumplimiento de la obligación de ejercer la función estatal que les ha sido encomendada. Ellos son depositarios del poder público. Tienen la condición de gobernantes, en sentido amplio, no de gobernados cuyos derechos pudieran ser afectados por alguna disposición jurídica, y mucho menos cuando se trata de un cambio constitucional. Cuentan sí, con algunos derechos específicos a las prestaciones que derivan de la propia Constitución, entre ellas, por supuesto, la remuneración que les es asignada y que es irrenunciable, pero ni siquiera se trata de un derecho laboral, pues no son trabajadores. No tienen *derecho de huelga*, por eso, la detención de actividades que realizaron es ilícita y violatoria de su deber constitucional. Ese “paro”, paradójicamente, ha producido una afectación de derechos humanos: los de los justiciables, cuyo acceso a la justicia se ve impedido por la inactividad de los órganos judiciales.

Las deformaciones que se están presentando en nuestro sistema jurídico llegan al extremo de que los propios servidores públicos del Poder Judicial le plantean en forma de consulta a la Corte la posibilidad de incumplir la Constitución. Pierden de vista que la Corte no es un órgano consultivo. Entre los argumentos que presentó la ministra en la entrevista a la que he hecho referencia, se encuentra el relativo a la afectación de la *expectativa* que tenían los funcionarios judiciales, de continuar ciertas etapas de la carrera judicial. Esa sola explicación demuestra la falta de los derechos falazmente argumentados, ya que la *expectativa de derecho* no es un *derecho adquirido* que puede ser afectado retroactivamente por la nueva norma; mucho menos cuando se trata de una de nivel constitucional, ya que estas son las únicas disposiciones que pueden ser aplicadas retroactivamente.

En una afirmación que casi resulta humorística, la ministra dijo que el objeto de la consulta era atender las *preocupaciones* de los juzgadores. La Corte no es una clínica psicológica, ni puede juzgar acerca de las preocupaciones de las personas. Para atender dichas *preocupaciones* se llegó a plantear una distorsión total de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación para tratar de auto otorgarse facultades de revisión de una reforma constitucional.²⁰³

La pretendida *consulta* aludía a una controversia entre el Ejecutivo y el Legislativo, por una parte, y el Poder Judicial por la otra, sobre el cumplimien-

²⁰³ Afortunadamente todos esos propósitos no prosperaron y la cordura prevaleció en el Pleno de la Suprema Corte, que acabó por acatar, como era su obligación, la reforma constitucional.

to de la Constitución. Cualquiera que haya estudiado en serio Derecho Constitucional se daría cuenta de que tal controversia es imposible. Ya dije que el control de constitucionalidad siempre se ejerce sobre normas inferiores a la Constitución, entre las cuales están, por supuesto, los tratados internacionales a los cuales aludieron también los inconformes como sustento de su petición. La “controversia” en la que buscaban avalar su pretendida *consulta* es la que puede darse dentro del Poder Judicial sobre interpretaciones de la Constitución, para el ejercicio del control de constitucionalidad referido a las normas inferiores —y nunca a la propia Constitución—. El Poder Judicial nunca es parte de controversias constitucionales. Basta leer el artículo 105 de la Constitución. Las controversias que ahí se regulan se dan entre otros poderes u órganos por invasión de competencias. El Poder Judicial no está mencionado entre los eventuales partícipes de una controversia constitucional, puesto que es el encargado de resolver dichos conflictos. Por eso es un absurdo plantear una controversia del Judicial contra el Ejecutivo pues eso supone que el Poder Judicial estaría actuando como juez y parte en lo que en realidad constituye un enfrentamiento de carácter político. Estos despropósitos derivan de teorías que surgieron a partir de la segunda mitad del siglo pasado, como ya lo referimos, que introdujeron conceptos de carácter moral para tratar de usarlos en la solución de conflictos jurídicos. Eso es lo que el autor español Antonio García Amado llama, con razón, *iusmoralismo*.

El recurso a las diferencias entre principios y reglas; el acudir directamente a un principio para pasar por encima de las reglas y pretender que hay principios que chocan entre sí y que uno puede derrotar a otro, genera confusiones de todo punto rechazables. Si se analiza a fondo esta teoría se comprende su falsedad pues no son los principios los que entran en conflicto cuando tiene que resolverse una controversia en un tribunal; son los derechos concretos de las personas confrontadas. Un ejemplo que se pone frecuentemente para ilustrar esa colisión entre principios es el que ocurre cuando alguien comete un exceso en su libertad de expresión y ofende o calumnia a otra persona. Esta persona tiene el derecho al honor, el cual entra en conflicto con el derecho a la libre expresión de aquel que se expresó de una manera ofensiva. Cuando quien considera afectado su honor concurre ante el órgano judicial, el juzgador emplaza a la otra parte, y después de escuchar a ambas, tiene que resolver si la expresión ofensiva causó un daño que afectó el honor de la contraparte.

El juez no efectúa una distinción entre principios. No tiene que resolver en abstracto un conflicto entre el principio de libre expresión y el principio del respeto al honor. Su misión es resolver la aplicación de normas concretas que regulan derechos subjetivos. Si a la luz de esas normas el juzgador encuentra



probado el daño causado con motivo de la expresión ofensiva, va a condenar al autor de esta a indemnizar al ofendido, no porque sea superior el derecho al honor que el de la libertad expresión, sino porque en el caso concreto el ejercicio excesivo de la libertad de expresión dañó el honor de la otra persona. En otro caso puede suceder a la inversa. Supongamos que en un pleito similar el presunto afectado no puede probar que se le ha causado un daño. En esa situación no triunfó la libertad de expresión sobre el derecho al honor, lo que el juez hizo, en este segundo caso hipotético, fue resolver sobre hechos concretos y validar el derecho de la parte ganadora. En el primer asunto, el del ofendido a una indemnización, en el segundo, el derecho del presunto ofensor a no ser condenado por el uso de las expresiones empleadas. Evidentemente las reglas aplicadas en cada caso provienen de los referidos principios, pero en sus fallos el juez analiza hechos concretos, no principios abstractos.

En rigor, los principios son normas cuya estructura no liga directamente un supuesto a una consecuencia, pero de manera indirecta sí lo hacen. Por ejemplo: el principio democrático implica, entre otras cosas, la realización de elecciones limpias. Si en violación a las normas concretas se comete un fraude electoral, el juez no tiene que recurrir al principio democrático como tal para anular la elección, sino simplemente aplicar las normas que conducen a dicho resultado.

Para enfrentar estas desviaciones debemos formar en nuestro país una nueva escuela que expulse del panorama teórico del orden jurídico mexicano ese *principalismo* vinculado al *iustmoralismo* que han arraigado en la Corte, y que, sin estar previstos proceduralmente en ninguna ley, conducen a la aplicación de los llamados *tests*: de idoneidad, de racionalidad, de proporcionalidad, o a fórmulas como los *escrutinios*. Al juzgador no le corresponde verificar si es idóneo el medio que se propone en una norma, sino determinar si esta es o no acorde con la Constitución. El juez no está autorizado para juzgar al legislador, su función es emitir un juicio sobre la norma que aquel ha emitido.

En cuanto a la racionalidad, es evidente que todas las normas tienen una razón tras de sí. Las exposiciones de motivos suelen explicar esas razones y son guías para la interpretación, pero no para destruir la hipótesis racional que orientó el legislador. Las razones que dan origen a la norma no son justificables. Al juzgador no deben importarle cuales fueron las razones buenas, malas o regulares, que tuvo el legislador. Si el contenido de la norma es violatorio de la Constitución, debe ser anulada pero no en virtud de las razones que la motivaron.

En aplicación de esas muy discutibles apreciaciones que no tienen ningún sustento en las normas procesales, se ha producido una indebida expansión del Poder Judicial que ha anulado sistemáticamente distintas disposiciones promovidas por el Ejecutivo mediante el empleo de esos análisis sobre idoneidad, racionalidad o proporcionalidad. Al hacerlo, los jueces se arrojan facultades de decisión sobre las políticas públicas y las medidas legislativas. Ejemplos sobran, un caso clarísimo de invasión del Poder Judicial al Legislativo ocurrió cuando el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación le ordenó al Congreso de la Unión incorporar a la Comisión Permanente a un miembro de un determinado partido político. El Tribunal Electoral se ocupa de conflictos de derecho electoral, su misión termina cuando resuelve en definitiva sobre la validez de las elecciones. No le toca pronunciarse acerca de lo que ocurre después en el ámbito parlamentario; no tiene atribuciones para juzgar un procedimiento interno para la constitución de un órgano de otro poder, como es la Comisión Permanente, la cual tiene funciones tan importantes como decidir si se convoca o no a un periodo extraordinario de sesiones. Ese fue un caso, pero hay otros muchos.

Al pronunciarse sobre las reformas a la Ley de la Industria Eléctrica, se llegó a la aberración de que una decisión tomada por el Pleno de la Suprema Corte fuera desobedecida por jueces de distrito. Luego, la indebida resolución de tales jueces inferiores fue ratificada por una Sala pese a tener un nivel jerárquico inferior al Pleno. El Presidente de la República, al mandar su iniciativa al respecto, buscaba dar prioridad en el despacho del fluido eléctrico a la empresa pública del Estado mexicano, la Comisión Federal de Electricidad. Existían importantes razones para la aplicación de esa norma. La primera de ellas se sostenía en la capacidad decisoria del Estado mexicano para regular el mercado eléctrico. Asimismo, se expusieron notables razones técnicas, como el hecho de que las energías renovables son intermitentes y cada vez que falla el viento, la Comisión Federal tiene que entrar a sustituir esa falta de energía que se necesita en la red.

El Legislativo avaló esas razones y además tomó en cuenta que la propuesta era acorde al programa político del Ejecutivo que, desde su campaña, impulsó dar prioridad a las empresas públicas mexicanas. Las compañías eléctricas transnacionales se ampararon y, alegando sus derechos humanos supuestamente afectados, pidieron la suspensión de la aplicación de la ley. El juzgador tenía dos opciones, porque nuestra Constitución tiene algunos elementos de lo que yo he denominado *híbridismo*, pues en ella coexisten disposiciones genéticamente distintas provenientes de posiciones ideológicas incompatibles. Las opciones, relativamente válidas, podían conducir a tomar en cuenta la Rectoría del Estado como principio constitucional y la protección del



interés social, para negar la suspensión; o bien argumentar que se afectaba la libre competencia, que es también un principio constitucional, para conceder la suspensión. El exceso judicial llegó al extremo de dar efectos generales a dicha suspensión beneficiando incluso a empresas que no habían recurrido al amparo.²⁰⁴

Obsérvese la paradoja: el extender los efectos, en vez de favorecer la libre competencia se atentó contra ella porque las empresas que obtuvieron dicha suspensión en realidad argüían que solo a ellas debía beneficiarles, pues de otra manera se beneficiaba a sus competidoras que ni siquiera acudieron a solicitar el amparo.

Otra situación paradójica y de resultados aberrantes se presentó en razón de que el tema había sido analizado por el Pleno de la Suprema Corte a través de otra vía: la Acción de Inconstitucionalidad. En estos casos, para declarar la inconstitucionalidad de una ley se requiere el voto de ocho ministros de los 11 que conforman ese órgano.²⁰⁵ Si no se alcanzan los ocho votos aunque siete ministros estimen que hay inconstitucionalidad, opera el principio de presunción de constitucionalidad de la legislación y, consecuentemente, debe entenderse que queda firme la constitucionalidad de la ley cuestionada. Lógicamente, si no es inconstitucional, entonces es constitucional, no puede ser las dos cosas a la vez.

Esta verdad evidente es desconocida por el Poder Judicial al recurrir a un sofisticado razonamiento según el cual, aunque la ley no haya sido declarada inconstitucional por el Pleno, su validez constitucional puede ser analizada por jueces de distrito de nivel inferior. Según este absurdo criterio, la apreciación de los ministros que optaron por considerar a la ley como inconstitucional.—si constituyen una mayoría simple de la Corte— ofrece una orientación a los juzgadores inferiores en favor de la inconstitucionalidad. Eso constituye una maniobra inaceptable. Si no se alcanzó la votación necesaria para la declaración de inconstitucionalidad, significa que la ley debe mantener su carácter constitucional y este no debería ser puesto en duda por juzgadores inferiores.

204 Por fortuna, una reforma constitucional posterior imposibilita dar efectos generales a las suspensiones.

205 Debe aclararse que, en virtud de la reforma constitucional al Poder Judicial, el Pleno se reduce a nueve integrantes y para declarar la inconstitucionalidad bastarán seis votos.

Se dieron otros casos como el relativo a la suspensión de la distribución de los libros de texto gratuitos o las órdenes de aplicar vacunas independientemente de la existencia de las mismas o de su viabilidad para administrarlas a menores de edad. En muchas ocasiones, la resolución judicial termina por violentar derechos humanos. Tal es el caso del derecho a la educación, menoscabado por la interrupción de la distribución de los libros, o la afectación del derecho al trabajo cuando se suspenden actividades lícitas, como ocurrió en el caso de un juez que prohibió el uso de los juegos pirotécnicos en una feria municipal, sin tener sustento jurídico para hacerlo.

El colmo de estos atentados constitucionales se dio con motivo del intento de dejar sin efecto el artículo 19 de la Constitución, en el cual se establece la prisión preventiva denominada oficiosa. Se trata de una restricción al derecho de libertad prevista constitucionalmente y, por lo tanto, debe prevalecer sobre cualquier interpretación de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, por cierto, no la prohíbe expresamente. La oposición a su aplicación proviene de un criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos excediendo las facultades que le otorga la Convención.

Un argumento empleado contra la prisión preventiva oficiosa sostiene erróneamente que afecta a los pobres. Eso es falso, la que puede perjudicar a los pobres es la llamada *justificada*, la oficiosa aplica indistintamente para todos los que incurren en uno de los delitos que dan lugar a su imposición, sean pobres o ricos.

Por supuesto que se trata de una restricción a la presunción de inocencia, pero dicha presunción también opera cuando se trata de la prisión preventiva determinada por un juez y que por eso debería denominarse “judicial” pues no siempre está efectivamente *justificada*. La prisión preventiva oficiosa encuentra su justificación en razón de que el Constituyente ya hizo las previsiones que se pide al juzgador que efectúe para el caso de los delitos que no requieren la prisión preventiva oficiosa. El Constituyente ya consideró que la gravedad de los delitos y lo elevado de las penas aplicables hace presumir razonablemente la posibilidad de que el presunto responsable intente eludir la acción de la justicia, también valoró la posibilidad de que perjudique a las víctimas o a los testigos, o bien procure entorpecer la investigación; igualmente ha estimado que la naturaleza de la conducta delictiva que se le imputa hace presumir un daño social importante.

Se dice falsamente que en la prisión preventiva oficiosa no interviene un criterio judicial. Eso no es así, pues quien emite el auto de vinculación a



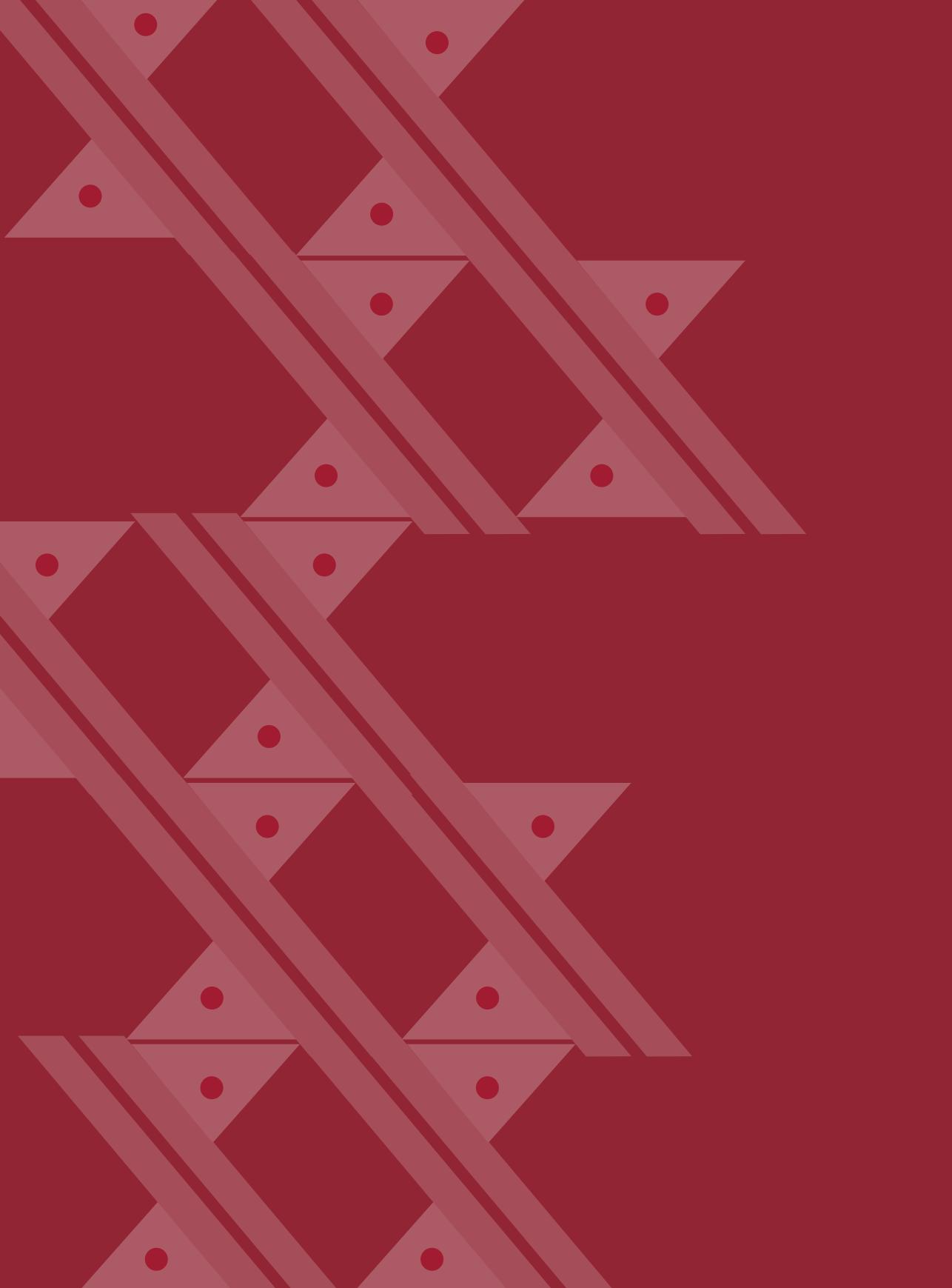
proceso es precisamente un juez, después de evaluar las condiciones del ejercicio de la acción penal por un delito que dará lugar a dicha prisión preventiva. No obstante, es imposible negar la existencia de buenas razones para considerar que quizá conviniera suprimir este tipo de prisión, aunque ello implica considerar una gran cantidad de variables antes de tomar una decisión de esa índole; pero en todo caso el único procedimiento para suprimirla es la reforma constitucional y no una resolución judicial, como llegó a hacerlo un Pleno Regional que decidió violar la Constitución en vez de aplicarla. Solo el Constituyente Permanente o Poder Reformador tiene facultades para cambiar un texto constitucional.

Esta revisión de la función judicial como se ejerce en México en la actualidad y la influencia que algunas teorías del Derecho han tenido en sus desviaciones, obliga a reconsiderar el papel de los conocimientos teórico-jurídicos en nuestro sistema constitucional. Los juzgadores no deben arrogarse la atribución de invalidar una disposición constitucional ni pretender sustituir al Poder Legislativo.

El Poder Judicial ni siquiera forma parte del Poder Constituyente Permanente. Los órganos que en su conjunto integran el Poder Reformador no tienen ninguna obligación de consultar a los integrantes de la judicatura respecto de las reformas que se proponen efectuar, pues se entiende que el Poder Judicial se encargará solamente de asegurar que se cumplan.

Es fundamental tener presente que los excesos cometidos por cualquiera de los poderes de la República generan un desequilibrio inaceptable. Suele preaverse a la sociedad del posible abuso del Poder Ejecutivo, pero también debe evitarse la posibilidad de establecer una *dictadura judicial* si se permite que este Poder disponga de la Constitución a su antojo.

Muchas gracias.





ESTUDIOS DE DERECHO Y LITERATURA: ÁNGEL RAMA Y CLORINDA MATTO DE TURNER. ALFONSO MACEDO RODRÍ- GUEZ²⁰⁶

Mi trabajo con las relaciones interdisciplinarias se orienta sobre todo a la literatura y las ciencias de la comunicación, en especial el estudio de la intertextualidad entre la narrativa literaria, el cine y las series de televisión. Sin embargo, mi primer acercamiento a la relación entre derecho y literatura —esto que ahora presento es el segundo momento— ocurrió cuando un estudiante de la Licenciatura en Letras hispánicas de la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa me propuso como su director de tesis. Se trata de Ismael Linares, quien ya obtuvo su título de licenciatura, y quien en su momento realizó una investigación titulada *Convergencias entre derecho y literatura en “La muerte tiene permiso”, “La grosería” de Edmundo Valadés y “Dos crímenes” de Jorge Ibargüengoitia*. El texto teórico principal en el que se apoyó y con el que se presentó para que lo dirigiera, fue el artículo “El movimiento Derecho y Literatura: aproximaciones históricas y desarrollo contextual” de Manuel de J. Jiménez Moreno y Rafael Caballero Hernández en la *Revista de la Facultad de Derecho de México* (v. 65, núm. 23, pp. 47-75), que el estudiante identificó a través de uno de sus profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM, institución en la que estudió Derecho de manera simultánea a Letras hispánicas.

206 Profesor investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa. Autor de *La ficción en Juan José Saer y Ricardo Piglia. Lecturas contra el colonialismo y la industria cultural* (UAM-I, 2021) y de diversos artículos de investigación y capítulos de libro sobre autores hispanoamericanos (Piglia, Saer, Augusto Monterroso, Roberto Bolaño, Juan José Arreola, Sergio Pitol, Manuel Puig, José Emilio Pacheco, etc.), el ensayo hispanoamericano y el cómic argentino. También estudia las relaciones entre la literatura y las series de televisión. Es Investigador Nacional I del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la SECIHTI.

en la UAM. A partir de su propuesta teórica, sugerí el corpus principal: el cuento de Valadés que se publicó en el volumen homónimo y la novela de Ibargüengoitia. Linares eligió un cuento adicional: “La grosería”, otro cuento de Valadés publicado en el mismo volumen. Su enfoque fue literario; el estudiante atendió algunos aspectos lingüísticos, estructurales, formales y temáticos en relación con la forma de la representación literaria de ciertos problemas jurídicos, o sea en el plano de la ficción, pero que se relacionan con la historia de México y su realidad en el siglo XX, sobre todo en la época posrevolucionaria (*La muerte tiene permiso* se editó por primera vez en 1955 bajo el sello del FCE) y el sexenio de José López Portillo, ya que *Dos crímenes* de Ibargüengoitia se publicó por primera vez en 1979.

Para no repetir la idea central del corpus que —el ahora licenciado— Ismael Linares analizó en su tesis, el presente trabajo se orienta a algunas reflexiones teóricas de Ángel Rama en su libro *La ciudad letrada* (1984), obra ensayística que analiza la posición y función de los intelectuales, funcionarios y letrados hispanoamericanos en su relación con el poder político en América Latina; en un segundo momento, analizo un texto literario de nuestro continente que representa una escena que recrea la forma de impartir justicia: me refiero a la novela *Aves sin nido* de la escritora peruana Clorinda Matto de Turner, publicada por primera vez en 1889.

Conviene recordar que este año se cumple el centenario de la muerte del escritor checo Franz Kafka, cuya obra ha trascendido, entre otros aspectos, debido a la manera en que representó las relaciones humanas en el contexto de las primeras décadas del siglo pasado, sacudidas por acontecimientos históricos como la caída del imperio austrohúngaro y la primera guerra mundial. Quizá su obra más famosa sea la novela *El proceso*, publicada de manera póstuma y en la que refleja y representa al ciudadano alienado del siglo XX: perseguido por la justicia, agobiado por prácticas dilatorias sobre su caso, instalado en la ignorancia de no saber quién lo ha acusado y cuál fue el delito que cometió. Las visitas interminables a los tribunales que terminan en fracaso sugieren la representación de los seres humanos indefensos ante las autoridades. De esta novela, pero también de otra, *El castillo*, así como de algunos cuentos, como *En la colonia penitenciaria*, puede hacerse una lectura del mundo que suele llamarse “kafkiano” porque domina lo absurdo, el sin sentido de la existencia humana, lo impredecible e incierto en la sociedad moderna y contemporánea.

En el caso de la literatura mexicana, además de Valadés e Ibargüengoitia, podría pensarse en Juan Rulfo como el escritor que representó en su novela *Pedro Páramo* y sus cuentos de *El llano en llamas* un mundo desencantado,



sobre todo en el contexto rural, y cuyos habitantes no recibieron la justicia que el movimiento revolucionario de 1910 les había prometido. El cuento que abre *El llano en llamas*, “Nos han dado la tierra”, justamente hace una crítica directa a la escasa repartición de tierras de la reforma agraria que se venía impulsando desde el régimen de Lázaro Cárdenas y que fue decayendo en los siguientes sexenios —como los de Manuel Ávila Camacho, Miguel Alemán Valdés y Adolfo Ruiz Cortines—. En *Pedro Páramo*, probablemente la máxima obra narrativa de la literatura mexicana, Rulfo representa las formas de contubernio entre el poder local, representado por el cacique que le da título a la novela, con el poder estatal y federal.

Por otra parte, más allá de la ficción y sus zonas de contacto con la historia de México, durante el siglo XX escritoras y escritores nacidos en México se formaban en las aulas de la Facultad de Derecho, aunque ya estaban proyectando una carrera literaria. Se inscribían en la licenciatura en Derecho, pero acudían a la Facultad de Filosofía y Letras a tomar clases y escuchar a otros maestros, algunos también dedicados a la literatura. El título de “Licenciado en Derecho” les abrió ciertas puertas para ejercer otros cargos: funcionarias y funcionarios de Estado, embajadoras y embajadores, agregadas y agregados culturales, etcétera. Es probable que los casos más famosos —hayan terminado o no sus estudios— sean los de Octavio Paz, Rosario Castellanos, Carlos Fuentes y Sergio Pitol. La escritora y los tres escritores hicieron carrera diplomática y alternaron sus actividades laborales con la creación literaria y las relaciones públicas. Justamente, su posición intelectual contribuyó, directa o indirectamente, voluntaria o involuntariamente, a legitimar a los presidentes de la nación en turno, por lo que puede identificarse un fenómeno social que proviene de los tiempos coloniales, cuando la clase intelectual, surgida de las personas que estudiaron para convertirse en abogados, funcionarios, notarios, etc., avaló las decisiones del poder ejecutivo, por lo que Paz, Castellanos, Fuentes y Pitol, en diversos momentos y bajo diferentes circunstancias, integrarían un eslabón de las relaciones entre la clase intelectual y el Estado mexicano y cuya historia se remonta a la época del virreinato.

En *La ciudad letrada* de Ángel Rama, publicado póstumamente hace cuarenta y un años, en 1984 —el crítico uruguayo murió en un accidente de avión en el que también viajaban la novelista y crítica de arte argentina Marta Traba, el novelista Manuel Scorza y el escritor mexicano Jorge Ibargüengoitia, autor de un gran número de novelas en las que hace una crítica al poder político, como *Dos crímenes*, *Maten al león* y *Los relámpagos de agosto*—, el crítico uruguayo hace un recorrido histórico en el que traza el mapa de las principales ciudades latinoamericanas, ubicadas en lugares estratégicos para el control de los ciudadanos y la administración de la riqueza. Para que estas

ciudades emergieran y se mantuvieran después de la independencia de la corona española, fue necesaria la participación de la clase intelectual. Según Rama, ésta tuvo varias etapas que identifica a través de la evolución de las grandes urbes: la ciudad ordenada, la ciudad letrada, la ciudad escrituraria, y luego la ciudad modernizada. A estas etapas, analizadas en los capítulos correspondientes, se agregan “La politización de la *polis*” y “La ciudad revolucionada”.

El capítulo dedicado a la ciudad ordenada se refiere a los trazos cuadrangulares del primer cuadro de las ciudades coloniales constituidas después de la conquista española. La unión simbólica y real del poder imperial con el poder eclesiástico contribuyó a la creación de “*la ciudad barroca*” (2009, p. 32), pero aquí lo importante es el modo en que el poder monárquico e imperial busca la legitimación de su poder en el llamado nuevo mundo: en la etapa colonial, la legitimación se encuentra en alianza con la iglesia católica, por lo que la casta sacerdotal con altos estudios especializados en derecho, teología y filosofía dio fe (2009, p. 41) a los edictos y órdenes promovidos desde la corona en Madrid. Según Rama, el acto de dar fe es un acto de escritura desarrollado por escribanos, escribientes e incluso escritores, lo que consolidó a este grupo social del que el poder político comenzó a depender. Este nuevo poder letrado permaneció a la caída del poder eclesiástico a principios del siglo XIX, en los inicios del periodo independiente; así, el poder de los letrados, formados en las universidades de raíz católica que con el paso del tiempo asumieron el laicismo, sobrevivirá al poder religioso y se adaptará a los políticos liberales que tomarán el poder.

En esta etapa, Rama identifica ese periodo como el de la *ciudad letrada* porque se consolida el poder político y cultural de la clase intelectual, cuya principal formación profesional es el estudio del derecho, y porque la vida urbana comienza su proyecto de modernización, lo que diferencia con más claridad el espacio citadino del espacio rural. Antes, en el periodo colonial:

[...] hubo una *ciudad letrada* que componía el anillo protector del poder y el ejecutor de sus órdenes: Una pléyade de religiosos, administradores, educadores, profesionales, escritores y múltiples servidores intelectuales, todos esos que manejaban la pluma, estaban estrechamente asociados a las funciones del poder y componían lo que Georg Friederic ha visto como un país modelo de funcionariado y de burocracia (2009, p. 62).

En el siglo XIX, la clase intelectual laica logró adaptarse al nuevo poder, terminó por institucionalizarse y consolidarse como “dueños de la letra”, por lo que fueron los transmisores de la nueva ideología pública: el liberalismo eco-

nómico (2009, p. 68). Este periodo da paso a la siguiente etapa y al siguiente capítulo del libro: *la ciudad escrituraria*, en que se acentúa la distancia entre la mayoría de los ciudadanos y una minoría intelectual con poderes notariales, dueña del campo y los contratos de compraventa entre particulares:

El corpus de leyes, edictos, códigos, acrecentado aún más desde la Independencia, concedió un puesto destacado al conjunto de abogados, escribanos, escribientes, y burócratas de la administración. Por sus manos pasaron los documentos que instauraban el poder, desde las prebendas y concesiones virreinales que instituyeron fortunas privadas hasta las emisiones de la deuda pública durante la República y las desamortizaciones de bienes que contribuyeron a nuevas fortunas ya en el XIX (2009, p. 83).

Este fenómeno social terminó por separar definitivamente a la élite de los poderes político, económico, social y cultural del resto de los habitantes de las repúblicas latinoamericanas decimonónicas: la lengua culta de los letreados se diferenció de la lengua viva del pueblo, por lo que aquélla se codificó y fue necesaria la presencia de los traductores —o sea, los abogados— para que se comprendieran las leyes y se divulgara el mensaje cifrado. En contraste, en el campo de la literatura, aunque éste fue producido por escritores e intelectuales provenientes en su mayoría de la clase alta y la clase media, el lenguaje reivindicó al pueblo, por lo que obras tempranas del siglo XIX, como *El Periquillo Sarniento* de Joaquín Fernández de Lizardi, recrearon la realidad de aquellos años y al mismo tiempo hicieron una crítica social a la desigualdad social en México. En este momento, según Rama, el latín del poder eclesiástico colonial y del poder letrado es cuestionado desde el lenguaje popular de la novela de Lizardi, lo que también muestra una separación temprana entre el ejercicio del derecho como legitimador del poder y la creación literaria con una función política de denuncia a la desigualdad social.

El siguiente capítulo de *La ciudad letrada*, “La ciudad modernizada”, describe el proyecto modernizador del liberalismo, basado en sus principios de educación, periodismo y diplomacia. La profesionalización en el magisterio, el periodismo y las relaciones internacionales supone una aspiración al ascenso social, lo que le dio más poder a la clase intelectual porque logró su emancipación parcial del poder político. Los escritores podían trabajar en periódicos, escribir crónicas, ser profesores y sostener sus proyectos literarios con sueldos que no provenían necesariamente del gobierno. A finales del siglo XIX, en pleno Porfiriato, los intelectuales positivistas de la generación de Justo Sierra consiguieron la autonomía de la universidad respecto al gobierno; así, esta institución comenzó a consolidarse como un espacio para el desarrollo profesional de la clase intelectual y al mismo tiempo se convirtió en la principal difusora

de la ideología en turno: liberalismo económico, positivismo, etc. Los abogados, según Rama, se resignaron a compartir el poder con los nuevos profesionistas que la modernidad requería: sociólogos, economistas y educadores, lo que también se convirtió en un peligro al ser los ciudadanos de clase media quienes entraban a las aulas universitarias, por lo que la democratización hizo pensar a la élite intelectual que perderían sus privilegios. Una forma de contención del poder intelectual ante las masas que comenzaban a entrar a la universidad fue la creación de las academias de la lengua en América Latina (2009, p. 134), defensoras de la manera correcta de escribir. El lema de la RAE, que “limpia, fija y da esplendor” a la lengua, sugiere la idea de que, quien no domina la lengua oficial, está fuera de los circuitos de comunicación y convivencia. En la literatura hispanoamericana, un ejemplo que es implícitamente contrario a esta tendencia es la máxima obra de la poesía gauchesca: *Martín Fierro* (1872), del escritor argentino José Hernández, quien da voz en la ficción a un gaucho víctima del progreso económico y el proyecto modernizador de Argentina en las últimas décadas del siglo XIX.

Este recorrido de la obra de Ángel Rama, que recupera algunas obras literarias subversivas porque cuestionan al poder y señalan sus grandes contradicciones, termina con los capítulos “La *polis* se politiza” y “La ciudad revolucionada”, en la que el proceso de democratización corre parejo con la modernización y la llegada de nuevas ideas políticas que también se ven reflejadas en la literatura, especialmente en la narrativa.

Más allá de Rama, conviene ahora detenernos en dos ejemplos de la literatura hispanoamericana, uno del siglo XIX y otro del siglo XX.

En el primer caso, se trata de la novela *Aves sin nido* de la escritora peruana Clorinda Matto de Turner. Publicada en 1889, es considerada la primera novela del indigenismo hispanoamericano porque narra una serie de acciones de racismo en contra de los indios del Perú. Matto de Turner recurre a la representación literaria de la realidad de su país, cuando las ideas del positivismo en el pensamiento modernizador y el naturalismo en la novela europea y americana se encontraban en boga. La historia principal narra el modo en que una adolescente de origen indígena pierde a sus padres en una emboscada ordenada desde el poder en Kíllac, un pequeño pueblo peruano, orquestada por el gobernador, el sacerdote y el juez, los dueños de la tierra que tienen a los indios en calidad de esclavos. Éstos son brutalmente explotados y en deuda económica permanente para que no puedan escapar del poder. Los padres son asesinados, y entonces la adolescente es adoptada por un joven matrimonio que ha llegado de Lima por asuntos de negocios. Fernando Marín, el padre adop-

tivo, quien trató a los padres de la chica, decide dar seguimiento al caso de homicidio, pero sabe de antemano que no habrá justicia en el caso.

En la segunda parte de la novela, después del relato del asesinato de los indios en la emboscada, Fernando mantiene su empeño en dar seguimiento a los asesinatos de los indios y logra que se abra una investigación judicial. Cuando se comienza el proceso para identificar a los culpables, el narrador omnisciente describe algunos detalles de la forma en que se construyen los obstáculos jurídicos para proteger a los detentores de los poderes político, religioso y jurídico y no hallar a los verdaderos culpables. Mediante la representación de los modos de hablar de los habitantes de Kíllac a finales del siglo XIX, el narrador busca reflejar la simulación del proceso: se trata de una actividad que aparenta estar enmarcada en el derecho y la justicia, pero se revela el carácter dilatorio de la supuesta pesquisa:

—Preguntado si sabe y le costa que hubo desórdenes con armamentos de fuego en este pueblo, la noche del cinco del mes corrientes, respondió...

—Que sí sabe y le consta por haber sido su domicilio atacado —se apresuró a contestar don Fernando deseoso de ahorrarle algunos aprietos de redacción al Juez.

—Conesta declaración los mata usté a sus enemigos, mi don Fernando —dijo Verdejo haciendo paréntesis en el dictado. [...]

—Preguntado si sabe quiénes atacó y la casa o conoce los autores del atentado...

—Que sí —dijo don Fernando con firmeza.

Al escuchar esta respuesta, Estéfano se levantó la cara con la sorpresa consiguiente a tan inesperado golpe, observando el semblante del señor Marín, y aunque en él no pudo descubrir nada que le hiciese sospechar que estaba al cabo de su participación, desde aquel momento varió algo la forma de su letra, lo que demostraba que su pulso no iba firme. [...]

—Siendo esto así, condenados tendremos —y creyendo haber trabajo lo suficiente, agregó: —Por hoy basta, don Fernando: mañana continuaremos si Dios norden otra cosa, porque mestán esperando pa un deslin-

de ¡Jesús! Qué ocupao vive un jués... y *toavía* sin... —dijo rascando la palma de la zurda con los dedos en la diestra (Matto de Turner, 1994, pp. 72-73).

La representación de los errores en la pronunciación del juez Verdejo, puestos en letras cursivas para sugerir la incompetencia en el modo de impartir justicia debido en parte a que se trata de un problema en la educación del Perú a nivel nacional, se relaciona con la corrupción al ponerse de manifiesto la alianza entre los tres poderes mencionados. La simulación del proceso se hace evidente cuando Marín sale del juzgado y los cómplices del crimen acuerdan el modo en que procederán: utilizarán a una persona humilde, de oficio campanero, para adjudicarle a él solo todo el ataque que había sido perpetrado por un grupo numeroso de personas que fueron manipuladas o sobornadas:

—Y ahora que recuerdo, señor; para que todo vaya bien aparejado, hay que decretar primeramente el embargo del ganado del campanero, porque hasta el presente *folio* resulta el único comprometido en esto —instruyó Benites obedeciendo a un plan ya preconcebido.

—Ajá, ya *meiba* olvidando, ponga usted el decreto *fuerte*.

Autorizó el juez, y Benites redactó en seguida una especie de auto de embargo de las vacas, ovejas y alpacas de Isidro Champi, campanero de Kíllac, para quien aquel ganado representaba la suma de sacrificios sin nombre soportados por él y su familia durante su vida (Matto de Turner, 1994, p. 73).

Las dos citas textuales anteriores buscan la representación de la realidad peruana de finales del siglo XIX, en el contexto del modo en que los intelectuales de Perú entendían la modernización; ésta se apoyaría en las ideas del progreso social que surgiría de una educación científica y racionalista. Además, la crítica social de la novelista va dirigida a quienes representan la ley, no a las instituciones. El cambio de mentalidad incluye que las nuevas generaciones de peruanas y peruanos (representadas y representados en la novela a través del matrimonio Marín) deben ser educadas y educados en la universidad pública para sustituir los vicios de la generación anterior, conformada por burócratas y jueces leguleyos e ignorantes, sacerdotes con historial de abusos sexuales sobre mestizas e indias y terratenientes que ocupan cargos políticos para mantener y ampliar su riqueza.

Escrita en el contexto del positivismo francés y dentro de las corrientes literarias dominantes en las tres últimas décadas del siglo antepasado, Aves



sin nido es una novela con elementos didácticos cuya tesis principal es la esperanza en la educación como redentora de los ciudadanos pertenecientes a la clase media y la clase baja que deben ser incluidos al proyecto modernizador. La crítica social de Matto de Turner funciona como una exhortación a los representantes de los poderes para que asuman una postura ética que promueva el avance de la sociedad y la superación de sus problemas. Este proyecto en el que la novela peruana se adscribe a un proyecto modernizador y civilizador sin hacer uso de la fuerza física parecería contrastar con el final de la historia, ya que no sólo no se hace justicia, sino que se descubre que la hija del matrimonio de indios asesinados en realidad es hija de un sacerdote retirado, ya fallecido, y quien también es padre de su prometido. Se representa el horror al incesto como un acto de injusticia en el cual el sacerdote, como precursor del cacique Pedro Páramo de Rulfo, controla la vida de quienes se encuentran bajo su poder. En complicidad con el gobernador y el juez, había mantenido el poder sin que nunca fuera juzgado por sus crímenes. En ese sentido, la denuncia en la novela sugiere que el cambio viene de la universidad y la educación basada en la moral de quienes ocupen los cargos públicos, hasta lo cual las instituciones se mantendrían sin cambios significativos, lo que sugiere cierta posición política, aunque moderada, en Matto de Turner.

De acuerdo con la exploración del libro de Ángel Rama, *La ciudad letrada*, y del breve análisis de un fragmento de la novela *Aves sin nido* de Clorina Matto de Turner, podemos concluir que, al ser una disciplina artística y humanística, la literatura cumple una función estética, pero también una función social al mostrar las contradicciones de las sociedades de cualquier tiempo y espacio. En la obra de Rama, el discurso ensayístico, acompañado de una base bibliográfica sólida que documenta el modo en que el poder político requirió el apoyo del poder de la clase intelectual para legitimarse, existe un contrapeso: los escritores que, aunque frecuentemente ocupan el mismo campo intelectual de aquellos que se encuentran con ideas afines al poder político, también realizan una obra literaria que funciona como una forma de cuestionar y deslegitimar a aquél. Un ejemplo es *Aves sin nido* puesto que busca la representación de una realidad peruana en que domina el atraso social y la corrupción. La función social de la novela se relaciona con su función didáctica: si los detentores del poder eclesiástico, político y legal son reemplazados por personas más preparadas en el terreno académico y si éstas, además, mantienen sus convicciones morales, sin dejarse sobornar por el mismo poder al que aspiran, las naciones hispanoamericanas podrían mantener su independencia económica, política y cultural; sin embargo, la novela de Matto de Turner incurre en cierto idealismo eurocentrífugo que la historia del siglo XX se encargó, tácitamente, de refutar.

REFERENCIAS

- JIMÉNEZ** Moreno, M. de J., & Caballero Hernández, R. (2017). El movimiento Derecho y Literatura: Aproximaciones históricas y desarrollo contextual. *Revista de la Facultad de Derecho*, 65(263), 43–75.
- LINARES** Morales, I. (2023). *Convergencias entre derecho y literatura en “La muerte tiene permiso” y “La grosería” de Edmundo Valadés y “Dos crímenes” de Jorge Ibargüengoitia* [Tesis de licenciatura, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa].
- MATTO** de Turner, C. (1994). *Aves sin nido*. (A. Cornejo Polar, Pról.; E. Kristal & C. García Bedoya, Notas). Biblioteca Ayacucho.
- RAMA**, Á. (2009). *La ciudad letrada*. (E. Subirats & E. Von Der Walde, Pról.). Fineo / UANL.
- VALADÉS**, E. (2012). *La muerte tiene permiso*. Fondo de Cultura Económica.

MODULO III. VISIONES CRÍTICAS SOBRE EL CONS- STITUCIONALISMO, LOS DE- RECHOS HUMANOS Y EL IM- PACTO DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO EN EL DERE- CHO



Principios fundamentales e intelibilidad del Derecho. Acerca de las condiciones semánticas de un juego del lenguaje con sentido. María del Pilar Zambrano²⁰⁷

Introducción

En los albores del siglo XXI muchos de los conceptos que hasta hace poco tiempo se consideraban axiomáticos en la teoría y/o en la filosofía del derecho positivo, han comenzado a perder gran parte de su fuerza explicativa.

Uno de los fenómenos sociales que con más fuerza ha disparado esta renovación conceptual es el «pluralismo», que ya hace algún tiempo inquietó a John Rawls. En los territorios estatales conviven ciudadanos de diferentes identidades nacionales y culturales, muchas de las cuales son a su vez el resultado de un entrecruzamiento entre distintas concepciones comprehensivas, en términos del mismo Rawls²⁰⁸. En este contexto, ya no queda tan claro que el estado pueda continuar definiéndose como la organización política y jurídica de una nación y que la nación pueda seguir definiéndose, a su vez, como una comunidad con una identidad cultural determinada²⁰⁹.

Estos mismos movimientos sociológicos, unidos a otros fenómenos políticos como la tendencia de los estados a delegar una porción cada vez más importante de su soberanía en instituciones supranacionales y paraestatales desafían, a su vez, la plausibilidad de hacer converger de modo total y excluyente los conceptos de Estado y de derecho. Ya no se trata solamente de que las sentencias y las opiniones de los tribunales internacionales sean vinculantes para los estados que delegaron voluntariamente su jurisdicción en ellos. Los estados no pocas veces ejercen su poder político sujetándose a normas del denominado “Soft law”, como las resoluciones de comités que desde el punto de vista del derecho internacional público carecen de toda fuerza vinculante. En este segundo contexto, lo que ya no queda tan claro es que pueda seguir

207 Profesora e investigadora en el Departamento de Derecho Privado y Relaciones Internacionales de la Universidad de Navarra.

208 Cfr. RAWLS, J., RAWLS, J (2005) *POLITICAL LIBERALISM (EXPANDED EDITION)* COLUMBIA UNIVERSITY PRESS, XLV Y XLVI.

209 VIOLA, F., «LA VÍA EUROPEA DE LA RAZÓN PÚBLICA», *PERSONA Y DERECHO*, 65 (2011), 59-82: 64.



afirmándose que la fuente primaria y excluyente del derecho positivo sea la ley formalmente concebida²¹⁰.

Los movimientos sociales y políticos no han pasado desapercibidos ni en el ámbito de la práctica jurisprudencial, ni tampoco en la teoría del Derecho. La práctica jurisprudencial ha reaccionado reconociendo a los derechos fundamentales una fuerza expansiva sin precedentes, a través del denominado neo-constitucionalismo, que ha derivado ahora en un *neo-convencionalismo*²¹¹. Quizá el signo más relevante de la toma de conciencia académica de la revolución sociológica, política y conceptual que está atravesando el Derecho desde finales del siglo pasado es lo que algunos denominan el *giro interpretativo* en las ciencias sociales²¹². En una síntesis muy apretada este giro podría definirse como la conciencia de que todas las prácticas sociales que están medidas

210 En este sentido, se ha sostenido que la disyuntiva entre monismo y dualismo, como dos paradigmas contradictorios de las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional, ha quedado superada en el plano práctico por el “pluralismo de fuentes”. Ver VON BOGDANDY, A. (2012), «DEL PARADIGMA DE LA SOBERANÍA AL PARADIGMA DEL PLURALISMO NORMATIVO. UNA NUEVA PERSPECTIVA (MIRADA) DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES», EN (2012) *INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL*, (CAPALDO, G., SIECKMAN, J., CLÉRICO, L., EDS.), EUDEBA, BUENOS AIRES, 24.

211 Sobre el neo-constitucionalismo cfr., entre muchas otras obras posibles, CRUZ, L.M. (2005) *LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN DE VALORES. PROBLEMAS JURÍDICOS Y POLÍTICOS*, COMARES, 1; Y (2007) “NECONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO”, *ARCHIV FÜR RECHTS-UND SOZIALPHILOSOPHIE* 106, 22-33; o PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES*, TROTTA, 107. SOBRE LA VIGENCIA Y EL ALCANCE DEL DENOMINADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO, CFR., POR EJEMPLO, GELLI, M.A. (2012), «COOPERACIÓN, CONFLICTOS Y TENSIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CONVENCIONAL», EN CAPALDO, G., SIECKMAN, J., CLÉRICO, L., EDS., 2012, 414 ss.

212 Cfr. BOHMAN, J. F., HILEY, DAVID, R. AND SHUSTERMAN, R., (1991) “INTRODUCTION: THE INTERPRETIVE TURN” EN BOHMAN, JAMES, F.,

por el lenguaje son, en la misma medida en que se realizan a través del lenguaje, prácticas sujetas a una interpretación controvertida. El lenguaje es abstracto por naturaleza y esta abstracción determina que, para cada concepto, exista un margen o un grupo de casos o referencias controvertidas. Por ello, cuando una práctica social utiliza el lenguaje para la consecución de sus fines es, por naturaleza, una práctica controvertida²¹³.

Si estas consideraciones se aplican al derecho, el giro interpretativo podría definirse como la conciencia explícita que todo el derecho positivo es controvertible. En palabras de Ronald Dworkin, (quizá el representante más notorio de esta nueva visión del derecho), el derecho es una práctica social interpretativa, en el sentido de que todas sus reglas están sujetas a discusión y que, más aún, esta discusión es el motor que alimenta su creación y su transformación²¹⁴.

La naturaleza controvertida del derecho no debería en realidad sorprender a nadie mínimamente familiarizado con su práctica. Lo novedoso no es la controversia, sino el modo y el contexto en que esta se desarrolla en las prácticas jurídicas actuales. En cuanto al modo, podría resumirse diciendo que el denominado *neo-constitucionalismo* se ha salido de sus cauces. Ya casi no queda controversia que no se plantee en términos de derechos fundamentales, con una marcada indiferencia hacia las reglas de uso del lenguaje iusfundamental. En cuanto al contexto, el pluralismo y el multiculturalismo de nuestras sociedades contemporáneas ha licuado la posibilidad de hallar una perspectiva común de comprensión de los derechos, y por la misma razón, ha licuado también la legitimidad de las decisiones políticas.

De forma que, aunque en la era del neo-constitucionalismo el poder de los jueces para invalidar leyes generales o políticas administrativas en nombre

HILEY, DAVID, R. Y SHUSTERMAN, RICHARD, (EDS.), *THE INTERPRETIVE TURN*, CORNELL UNIVERSITY PRESS, 1.

213 Ronald Dworkin es uno de los autores más relevantes que han desarrollado el concepto del Derecho como una práctica esencialmente “interpretativa”. Entre sus obras más significativas en este sentido, cuentan DWORKIN, R., (1986), *LAW'S EMPIRE*, CAMBRIDGE MASS; (1996) *FREEDOM'S LAW. THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION*, HARVARD UNIVERSITY PRESS, CAMBRIDGE, 1996; y (2006) *JUSTICE IN ROBES*, HARVARD UNIVERSITY PRESS.

214 Cfr. DWORKIN, R. (2006), 11.



de los derechos fundamentales sea cada vez mayor, los preconceptos morales desde los cuales se ejerce este poder son también cada vez más polémicos. Si se combinan ambos factores, la escena resultante es muy pobre en términos de eficiencia y legitimidad en el gobierno.

No es de extrañar pues que, como ha insistido en señalar Andrés Ollero, cada vez se haya tornado más difícil distinguir los derechos de los deseos, tanto en el plano político como en el jurídico²¹⁵. En efecto, el juego del lenguaje de los principios y derechos fundamentales se ha fragmentado al compás de la fragmentación social y cultural. En contra de la aspiración de John Rawls, el lenguaje de los derechos fundamentales ya no es el corazón o el centro de un consenso político entrecruzado, sino más bien el arma que se esgrime para el enfrentamiento jurídico y político en las prácticas constitucionales occidentales²¹⁶.

La ausencia de una plataforma moral común para interpretar los principios fundamentales, ha transformado pues a nuestras prácticas jurídicas en una suerte de torre de Babel, donde todos usamos las mismas palabras y declaraciones para hacer valer nuestras pretensiones, pero lo hacemos con sentidos diferentes y a veces contradictorios²¹⁷. En este contexto, se comprende la relevancia y la urgencia de la pregunta de Andrés Ollero, acerca de si la democracia aconseja que se renuncie a toda pretensión de verdad en una sociedad plural y multicultural²¹⁸.

Una respuesta afirmativa implicaría que el idioma de los principios y derechos fundamentales no es otra cosa, en realidad, que un bonito disfraz para el uso de la fuerza. Frente a esta conclusión, aquí se sostiene una comprensión alternativa, según la cual el juego del lenguaje iusfundamental puede cumplir con su propósito más básico de garantizar el respeto a la persona,

215 Cfr. OLLERO, A., (2009) «¿SON JURÍDICOS LOS DERECHOS HUMANOS?», *SCIO* 4, 135-154, 136.

216 Sobre el concepto de consenso entrecruzado, cfr. RAWLS, J (2005) *POLITICAL LIBERALISM (EXPANDED EDITION)* COLUMBIA UNIVERSITY PRESS, XLV Y XLVI.

217 La analogía con la Torre de Babel está tomada de CRISTOFARI, F *IDENTITÁ PERSONALE Y MULTICULTURALISMO, PRO-MANUSCRITO*, 107.

218 Cfr. OLLERO, A., (2005) «DEMOCRACIA Y RELATIVISMO EN UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL», EN IZQUIERDO, C., SLOER, C., (EDS.) (2005) *CRISTIANOS Y DEMOCRACIA*, EUNSA, PAMPLONA, 48.

aún en un contexto de fragmentación moral y política, si se asumen al menos dos condiciones. Primero, una teoría semántica que dé cuenta del vínculo objetivo—no discrecional—de significación o representación entre los enunciados de derechos fundamentales y los requerimientos de justicia que estos enunciados expresan. Segundo, un horizonte de justicia objetiva que garantice que *aquellos* que los enunciados iusfundamentales significan o expresan es intrínsecamente razonable²¹⁹.

Una y otra condición ciernen la interpretación entre un piso de posibilidades interpretativas dado por las normas que rigen la formación y el uso del lenguaje jurídico, y un techo de posibilidades interpretativas dado por las exigencias básicas de justicia a las que apunta todo lenguaje jurídico. Es el marco que permite distinguir la creación pura sin espacio para el reconocimiento del objeto, del espacio legítimo e inevitable de creatividad en la interpretación²²⁰.

En las páginas que siguen desplegamos algunas de las razones por las cuales una teoría semántica realista del tipo de la propuesta por Hillary Putnam y Saul Kripke ofrece una explicación suficiente de la función significativa de los enunciados iusfundamentales. Más concretamente, se intentará mostrar que la insistencia típica del realismo semántico en la prioridad de la referencia sobre el significado es una necesidad lógica de cuatro caracteres generalmente consensuados de los enunciados ius-fundamentales. A saber, su proyección universal, su naturaleza categórica, y su pretensión de inteligibilidad y razonabilidad.

1. El realismo semántico como presupuesto lógico de la capacidad significativa de los enunciados iusfundamentales

Durante los años setenta Saul Kripke y Hilary Putnam lanzaron una suerte de revolución en el campo de la filosofía del lenguaje, con sus respec-

219 El concepto de “horizonte de justicia objetiva” está tomado de OLLERO, A. (2009), 139. HEMOS DESARROLLADO MÁS AMPLIAMENTE LA NECESIDAD LÓGICA DE ESTAS DOS CONDICIONES, ENTRE OTROS TRABAJOS, EN ZAMBRANO, P. (2009), *LA INEVITABLE CREATIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. UNA APROXIMACIÓN IUSFILOSÓFICA A LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD*, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (UNAM), MÉXICO, PASSIM.

220 Cfr. *Idem*, 79.

tivos trabajos *Name and Necessity*, y *The Meaning of meaning*²²¹. En una muy breve síntesis, sostuvieron que el significado de los conceptos no se construye con el mero uso social, sino que es más bien el producto de una mezcla de creación social y de descubrimiento. Las teorías semánticas inspiradas en sus ideas se describen como teorías que dan *prioridad a la referencia sobre el significado*, en el sentido de que la referencia de los conceptos —es decir, las cosas a las que los conceptos se aplican—, constituye el criterio último para abstraer su significado (la idea general que el concepto designa)²²².

Un ejemplo muy utilizado para explicar esta teoría es la del concepto oro. ¿A qué llamamos oro? La respuesta podría ser: el significado de oro es *mineral amarillo que brilla mucho, y que tiene una determinada composición química*. En principio podemos aplicar el concepto de oro a muchas cosas que brillan como tal, pero si consultamos a los expertos (por ejemplo, los químicos) hallaremos que estábamos equivocados, pues, aunque muchas cosas brillen como el oro, no todas poseen su composición química. Frente al hallazgo de que algo que parecía oro en realidad no lo era, la así llamada por Hilary Putnam “semántica tradicional”, dejaría librada a la comunidad lingüística la opción de cambiar o mantener el significado de la palabra oro. Si el significado se cambia, será para extenderlo y hacer entrar en su campo de referencia a la substancia que

221 Kripke, Saul, (1972) «NAMING AND NECESSITY», EN (1972) *SEMANTICS OF NATURAL LANGUAGE*, DAVIDSON, D., HARMAN, G., (EDS). REIDEL, 253; Putnam, Hilary, (1975) «THE MEANING OF MEANING», EN *MIND, LANGUAGE AND REALITY* K.GUNDERSON, (ED,) CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 131. SOBRE EL IMPACTO DE ESTOS DOS TRABAJOS EN LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE DEL SIGLO XX, VER, POR EJEMPLO, PESSIN, A., GOLDBERG, S., (1996) «PREFACE» EN (1996) *THE TWIN EARTH CHRONICLES. TWENTY YEARS ON REFLECTION ON HILARY PUTNAM'S "THE MEANING OF MEANING"* PESSIN, A., GOLDBERG, S (EDS.) M.E. SHARPE, XI-XIII.

222 Sobre el sentido de la expresión ver por ejemplo MOORE, M. (2001) «JUSTIFYING THE NATURAL LAW THEORY OF INTERPRETATION», *FORDHAM LAW REVIEW*, 2087: 2091. LA EXPRESIÓN ESTÁ LIGADA A LA TEORÍA DE Kripke SOBRE LOS “DESIGNADORES RÍGIDOS”, EN Kripke, S (1972), 269. HILARY PUTNAM ORIGINARIAMENTE DISCUTIÓ ESTA PRIORIDAD BAJO EL TÍTULO DE “SIGNIFICADO Y EXTENSIÓN” (MEANING AND EXTENSION). CFR., PUTNAM, H (1996) [1975] EN PESSIN, A., GOLDBERG, S (EDS.) (1996), 6. .

parecía oro pero que, en la visión de los expertos y a la luz del uso tradicional del concepto, no lo era. Si el significado se mantiene, la substancia equívoca quedará excluida del campo de referencia del concepto²²³. Que el significado cambie o se mantenga depende de los intereses, de las convicciones científicas, o lo que sea que empuja o conduce el uso de los conceptos en una determinada comunidad lingüística (Foucault diría que es poder).

En la visión de Putnam´s y Kripke, lo correcto, en cambio, es hacer pre-
valecer la referencia sobre el significado. Una vez que nos damos cuenta de
que algunas cosas que brillan como el oro no son realmente oro, no hay más
opciones para la comunidad lingüística que la rectificación del significado.

En términos de teoría del conocimiento, afirmar la prioridad de la refe-
rencia sobre el significado implica también afirmar la prioridad de la aprehen-
sión sobre el juicio, como actos conectados pero diferenciables de la inteligen-
cia. Mediante la aprehensión se abstrae, separa e identifica aquello que
comparten entre sí (la idea o significado de oro) las cosas a las que se refiere
el concepto. Mediante el juicio se afirma (o niega) la pertenencia de un indivi-
duo a una clase conceptual: esto es —o no es— un anillo de oro. El concepto
abstraído en la aprehensión justifica la validez o invalidez de los juicios: pode-
mos aplicar correctamente un concepto (la idea o el significado de oro como
aquello que brilla y tiene tal y cual composición química) a la realidad, y juzgar
lo que las cosas son (esto es un anillo de oro), porque antes hemos aprehendi-
do el concepto en forma relativamente independiente al juicio²²⁴.

En cambio, para una semántica radicalmente convencional el significado
antecede a la referencia, y (o porque) los juicios anteceden a la aprehensión
del concepto. No existe nada necesariamente compartido entre los entes a los
que se aplica un concepto, salvo el hecho fortuito de que fueron agrupados o
clasificados en una misma clase, mediante juicios análogos dentro de una
determinada comunidad lingüística. Por ello, el significado de los conceptos
no se abstrae a partir de la referencia, que carece de inteligibilidad propia, sino
a partir del uso del lenguaje, que no es otra cosa que los juicios que se realizan
de forma convergente en el seno de una comunidad lingüística.

La convencionalidad del significado y de la referencia no es ni la única
ni la más discutida tesis de las denominadas por Hilary Putnam *teorías tra-*

223 Cfr. PUTNAM, H. (1974), «MEANING AND REFERENCE», *THE JOUR-
NAL OF PHILOSOPHY* 70 (19), 699-711, ESPECIALMENTE, 710.

224 Cfr. LLANO, A., INSCIARTE, D., (2007) *METAFÍSICA TRAS EL FINAL
DE LA METAFÍSICA* EDICIONES CRISTIANDAD, 55 ss.



dicionales del lenguaje. Constituye, más bien, una consecuencia lógica de la opción por otorgar prioridad al *significado* o, si se quiere, a la definición por sobre la referencia de los conceptos, y al uso del lenguaje (o juicio) por sobre la aprehensión²²⁵. Sin posponer la importancia del debate generado por el resto de las tesis dentro de la filosofía del lenguaje, nuestro propósito en este trabajo es mucho más acotado. Nos focalizamos en la tesis de la convencionalidad y, concretamente, en algunos de los problemas que plantea para la interpretación de los enunciados iusfundamentales. A través del análisis de estas dificultades pretendemos defender la tesis propositiva según la cual la prioridad de la referencia sobre el significado y de la aprehensión sobre el juicio está presupuesta en cuatro caracteres de los enunciados de derechos fundamentales: su universalidad, su naturaleza categórica, su pretensión de razonabilidad y su pretensión de inteligibilidad.

1.1. Una semántica realista implicada en la proyección universal de los enunciados iusfundamentales.

La proyección universal de los enunciados ius-fundamentales se nombra en algunos textos de modo explícito y, en otros de modo algo menos directo, a través de la referencia a proposiciones morales autoevidentes. Ejemplo de lo primero es la Declaración *Universal* de los derechos humanos de 1945. Ejemplo de lo segundo es la Declaración Americana de la Independencia, que funda su legitimidad en la auto evidencia de la igualdad entre los hombres, y su consecuente condición de titulares de derechos inalienables: “We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal, that they are endowed by their Creator by certain unalienable rights (...”).

La proyección universal de los enunciados ius-fundamentales es difícilmente conciliable con la naturaleza convencional que tendría su referencia si

225 Una excelente explicación de la naturaleza radicalmente convencional de todas las variantes de las así llamadas por Putnam teorías “tradicionales” del lenguaje puede encontrarse en MOORE, M.S. (2007), ¿«CAN OBJECTIVITY BE GROUNDED ON SEMANTICS?», EN (2007). *LAW: METAPHYSICS, MEANING, AND OBJECTIVITY* VILLANUEVA, E., (ED.) RODOPI PHILOSOPHICAL STUDIES, 746 ss. UNA BUENA SÍNTESIS DEL RESTO DE LAS NOTAS TÍPICAS DE ESTAS TEORÍAS EN MARGOLIS, E., LAURENCE, S. (1999). «CONCEPTS AND COGNITIVE SCIENCES», EN (1999). MARGOLIS, E., LAURENCE, S (EDS.) *CONCEPTS: CORE READINGS*, MIT PRESS, 3-80: 8-15.

se los interpretara asumiendo una semántica tradicional, desde el momento en que las convenciones se ciernen al espacio y al tiempo de una concreta comunidad lingüística. Por ello, cualquier teoría semántica que sostenga que tanto el significado de los enunciados como su referencia se construyen convencionalmente es, por definición, una teoría parroquial. Esto es, una teoría que se sitúa en la necesidad lógica de identificar y delimitar la comunidad lingüística dentro de la cual las convenciones lingüísticas son válidas²²⁶.

En el caso concreto de los enunciados iusfundamentales, una teoría semántica convencional se sitúa en la necesidad de identificar cuál es la comunidad lingüística pertinente para determinar cuál es el uso correcto de los conceptos vinculados a los derechos fundamentales. ¿Es la comunidad especializada de operadores jurídicos, como Hart propuso hace algún tiempo? ¿Es la comunidad más amplia de todos los ciudadanos dentro de un Estado nacional? ¿O es quizás, la comunidad especializada de operadores jurídicos en el ámbito jurídico internacional?

El paso de la primera a la segunda etapa en el desarrollo del pensamiento de John Rawls es un ejemplo paradigmático de esta dificultad. En efecto,

226 Sobre la inescapable parroquialidad de toda teoría convencional del lenguaje y del Derecho, ver ETCHEVERRY, J.B. (2008). *OBJETIVIDAD Y DETERMINACIÓN DEL DERECHO. UN DIÁLOGO CON LOS HEREDEROS DE HART* COMARES, COMARES, 10. JOSEPH RAZ DISTINGUE LA NATURALEZA UNIVERSAL DEL DERECHO, Y LA NATURALEZA PARROQUIAL DEL CONCEPTO DE DERECHO. ESTA DISTINCIÓN ES TAN ACEPTABLE COMO BIZANTINA, UNA VEZ QUE RAZ TAMBIÉN AFIRMA QUE LA ÚNICA VÍA DE ACCESO A LA REALIDAD “UNIVERSAL” DEL DERECHO ES A TRAVÉS DE CONCEPTOS PARROQUIALES. VER RAZ, J., (1998) “TWO VIEWS OF THE NATURE OF THEORY OF LAW” (4) *LEGAL THEORY* 249, 280 Y MÁS RECENTEMENTE, RAZ, J. (2011), *BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION* OXFORD UNIVERSITY PRESS, 32. UN EJEMPLO DE LA INESCAPABLE NECESIDAD DE DAR CUENTA DE LOS LÍMITES ESPACIALES Y TEMPORALES DE LA COMUNIDAD LINGÜÍSTICA EN LA CUAL SE ANALIZA UN CONCEPTO (Y POR LO MISMO TAMBIÉN UNA TEORÍA) DEL DERECHO ES HIMMA, K.A. (2003). “MAKING SENSE OF CONSTITUTIONAL DISAGREEMENT: LEGAL POSITIVISM, THE BILL OF RIGHTS, AND THE CONVENTIONAL RULE OFrecognition IN THE UNITED STATES” (4) *JOURNAL OF LAW IN SOCIETY* 149, 153 ET SQ.



si hay un ítem que marca la diferencia entre el Rawls anterior y posterior a los años ochenta es la extensión de la comunidad lingüística que considera pertinente para analizar los conceptos centrales del liberalismo y, más específicamente, los derechos fundamentales. Mientras que en la *Teoría de la Justicia* Rawls parecía contextualizar su análisis en una comunidad lingüística aparentemente universal, en las conferencias que acabaron en *El liberalismo político*, el contexto es claramente local. Las perplejidades de John Rawls son por lo tanto una muy útil heurística para entender el problema de la identificación de la comunidad lingüística. Rawls explicó de forma abierta que la razón para el cambio desde una teoría de la justicia universal hacia una teoría local radicaba en su rechazo de cualquier enlace o parecido con teorías metafísicas. Si el costo de este rechazo fue nada más que una provincialización de su teoría, él estaba dispuesto a pagarla, y fue absolutamente sincero acerca de haberlo hecho²²⁷.

Esta breve excursión en la biografía intelectual de Rawls manifiesta el laberinto al que conduce el intento de fundar e interpretar enunciados

227 La interpretación universalística de la concepción de la justicia propuesta por Rawls en RAWLS, J., (1971) *A THEORY OF JUSTICE* CAMBRIDGE MASS, ESTÁ INSPIRADA EN SU PROFUNDA CONEXIÓN CON UNA TEORÍA KANTIANA DE LO BUENO. VER POR EJEMPLO BEINER (1992). *WHAT'S THE MATTER WITH LIBERALISM?* UNIVERSITY OF CALIFORNIA PRESS, 63-66; LARMORE, CH (1987) *PATTERNS OF MORAL COMPLEXITY* CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 125-6, 174-5, NN. 67-68; o SANDEL, M. (1994). "POLITICAL LIBERALISM"(107) *HARVARD LAW REVIEW* 1770. LOS TRABAJOS DE RAWLS QUE MÁS EXPLÍCITAMENTE MANIFIESTAN EL GIRO HACIA UNA TEORÍA DE ALCANCE LOCAL SON RAWLS, J. (1980). "KANTIAN CONSTRUCTIVISM IN MORAL THEORY", (77) *JOURNAL OF PHILOSOPHY*, 515; (1985). "JUSTICE AS FAIRNESS: POLITICAL NOT METAPHYSICAL", (14) *PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS*, 233; (1987). "THE IDEA OF AN OVERLAPPING CONSENSUS"" (7) *OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES* 1; (1987). "THE PRIORITY OF RIGHT AND IDEAS OF THE GOOD"" (17) *PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS* 251. SOSTIENE JEREMY WALDRON QUE LUEGO DE QUE JOHN RAWLS EXPLICITÓ LA NATURALEZA PARROQUIAL DE SU PROPUESTA, SU VALIDEZ DEBERÍA CONFINARSE A LAS PRÁCTICAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS NORTEAMERICANA O, COMO MUCHO OCCIDENTAL. VER WALDRON, J. (1993). *LIBERAL RIGHTS, COLLECTED PAPERS 1981-1991* CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 519.

ius-fundamentales a partir de una teoría semántica tradicional o constructivista. Si la interpretación de un concepto, de una declaración de derechos o incluso de una teoría de la justicia aspira a tener validez universal, entonces —y siempre en una teoría constructivista— debe partir del uso de ese concepto, de la declaración o la teoría dentro de la comunidad lingüística universal. Y ¿qué es la comunidad lingüística universal, si no una teoría abstracta y, por tanto, universal de la razón? Pero una teoría abstracta de la razón, como los críticos de John Rawls apuntaron y como él mismo admitió, es inseparable de una teoría metafísica de la persona y, por lo mismo, es por definición incompatible con una semántica constructivista²²⁸.

En definitiva, la semántica tradicional es por definición local o parroquial y por lo tanto no puede dar razón suficiente de la aspiración de validez universal de los principios fundamentales. Contrariamente, una semántica realista —o, lo que es lo mismo, una teoría del concepto que otorga prioridad a la referencia— es, por definición, una teoría tan universal como universal sea la realidad a partir de la cual se abstraen los conceptos. Claro está, es posible que aquello que los conceptos representan sea una realidad cambiante en tiempo y en espacio. Pero en tal caso la localidad de los conceptos será un fiel reflejo de la naturaleza local de la realidad que los conceptos representan, y no viceversa. Teniendo en cuenta que los enunciados iusfundamentales tienen una explícita vocación de universalidad, está claro que presuponen también una referencia universal. Es posible que esta presuposición o pretensión sea vacua, pero esta eventualidad es, en este contexto, totalmente diferente a lo que estamos tratando.

1.2. Una semántica realista implicada en la naturaleza categórica de los enunciados iusfundamentales.

Desde hace ya algún tiempo Michael Moore ha desarrollado extensamente el argumento de que la naturaleza categórica de los derechos fundamentales presupone una teoría semántica realista. En una muy breve síntesis señala que los derechos fundamentales son categóricos, en el sentido de que prevalecen sobre cualquier cálculo de utilidad. Si ello es así, su conceptualización no puede estar ligada a los mismos cálculos e intereses sobre los que prevalecen los derechos fundamentales²²⁹. Cuando se utiliza la semántica

228 Cfr. RAWLS, J. (2005). AT 100-101

229 MOORE, M. (2001). “CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND ASPIRATIONS TO A GOOD SOCIETY. JUSTIFYING THE NATURAL LAW THEORY OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION” (69) 2087 AT 2105.



tradicional para la interpretación de los derechos fundamentales se comete entonces la siguiente contradicción performativa: la misma comunidad a cuyos intereses utilitarios se oponen los derechos, es la que define el significado y la referencia de los derechos.

Una posible respuesta a este argumento es la que propone Ronald Dworkin, quien clásicamente ha definido a los derechos fundamentales como *cartas de triunfo* contra la voluntad o los intereses de las mayorías políticas, y quien a la vez ha rechazado de forma insistente que su teoría implique una semántica realista²³⁰. Afirma Dworkin que, aunque el significado de la mayoría de los conceptos jurídicos se fija de acuerdo con su uso dentro de la comunidad jurídica, política y moral en su conjunto; los derechos fundamentales son una excepción. Su significado se fija *contra* un tipo especial de preferencias mayoritarias, que son las *preferencias externas* (preferencias acerca de cómo los demás deberían conducir sus vidas). De esta manera, el uso mayoritario de los conceptos jurídicos es relevante en todos los campos del derecho, excepto en el plano de los derechos fundamentales, cuyo sentido es garantizar la libertad contra la imposición de estas *preferencias externas* mayoritarias²³¹.

Pero este argumento no hace otra cosa que trasladar el poder de definir el significado de los derechos fundamentales de un sector de la comunidad política a otro. Con ello, resurge la aporía consistente en decidir cuál es la comunidad lingüística relevante para definir el uso pertinente o correcto de los conceptos y surge una vez más, la extensión local o parroquial de los derechos fundamentales. En realidad, Ronald Dworkin, como el segundo

230 VÉR DWORKIN, R. (1977). *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* DUCKWORTH AT 192, DONDE DEFIENDE LA TEORÍA DEL PESO ANTI-MAYORITARIO DE LOS DERECHOS, Y 162 Y 176, DONDE RECHAZA CUALQUIER TIPO DE COMPROMISO REALISTA. LA NATURALEZA CONVENCIONAL DE LA TEORÍA SEMÁNTICA PRESUPUESTA EN SU TEORÍA DE LOS DERECHOS FUE DESARRROLLADA MÁS EXTENSAMENTE EN TRABAJOS POSTERIORES Y, PARTICULARMENTE, EN DWORKIN, R. (1986). *LAW'S EMPIRE* HARVARD UNIVERSITY PRESS, 72-86, Y EN DWORKIN, R. (2006). *JUSTICE IN ROBES* CAMBRIDGE MASS, 1-13, CAPÍTULO 6 Y P. 226, SEÑALANDO SU NO-REALISMO CONTRA LA INTERPRETACIÓN DE MICHEAL S. GREEN EN GREEN, M.S., "DWORKIN'S FALLACY OR WHAT THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE CAN'T TEACH US ABOUT THE LAW" (89) *VIRGINIA LAW REVIEW* 1897.

231 DWORKIN, R. (1977). 277.

Rawls, acepta este costo y limita la validez de su teoría de los derechos fundamentales al auditorio de las democracias occidentales²³².

Sin embargo, el problema más grave de esta estrategia radica en otro sitio. A saber, que la injusticia de imponer intereses colectivos por sobre las preferencias minoritarias no es cuantitativa. No obedece al hecho de que los primeros son *colectivos* y los segundos *minoritarios*. Si este fuera el caso, todavía habría que explicar por qué las preferencias o intereses de las minorías son más importantes que los de las mayorías pues, bien miradas las cosas, la sensación de injusticia parece incluso más apremiante cuando son las minorías las que se imponen sobre las mayorías. Lo cierto es que la naturaleza categórica de los derechos fundamentales se impone a cualquier cálculo consecuencialista o utilitarista, y no solo a los cálculos mayoritarios. En realidad, aunque es cierto que los derechos fundamentales prevalecen sobre los intereses colectivos, esta característica no define su significado, sino que solo expresa su peso.

En definitiva, la naturaleza categórica de los derechos fundamentales solo parece explicable desde una teoría semántica que independice el significado de los conceptos ius-fundamentales de todo cálculo o interés, sea mayoritario o minoritario. Esto es, una teoría semántica que otorgue prioridad a la realidad por sobre el significado y una teoría cognitiva en la que prevalezca la aprehensión del concepto por sobre la capacidad de juzgar.

1.3. Una teoría semántica realista implicada en la pretensión de razonabilidad e inteligibilidad de los enunciados ius-fundamentales

1.3.1. El dilema del regreso

Una de las mayores dificultades a la que se enfrenta cualquier teoría del lenguaje es dar cuenta de la inteligibilidad de los conceptos y, junto con ello, de su comunicabilidad. Esto es, explicar cómo es posible adquirir el significado de un concepto y desarrollar la habilidad para aplicarlo correctamente en los juicios, sin que las diferencias interpretativas entre los miembros de una

232 Ver DWORAKIN, R. (2002). *SOVEREIGN VIRTUE. THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY*. HARVARD UNIVERSITY PRESS AT 240.



comunidad lingüística marquen una ruptura conceptual²³³.

Autores de tradiciones y escuelas tan distintas, como Alejandro Llano y Fernando Insciarte de un lado, o Simon Blackburn, Stephen Laurence y Eric Margolis de otro, coinciden en que el intento por explicar la inteligibilidad y comunicabilidad de los conceptos prescindiendo de conceptos primitivos o básicos que son inteligibles en sí mismos (y por ende no se construyen), acaba de forma casi insorteable en la disyuntiva de la circularidad o del regreso al infinito²³⁴.

Bien miradas las cosas, esta dificultad es una manifestación particular de la naturaleza autorreferencial de un lenguaje que prioriza el juicio sobre la aprehensión y el significado sobre la referencia²³⁵. En efecto, en una interpretación que asume estos dos órdenes de prioridad, el significado de los enunciados iusfundamentales se abstrae a partir de otros juicios o enunciados iusfundamentales más concretos o abstractos (prioridad del juicio sobre la aprehensión), realizados dentro de una misma comunidad lingüística (el denominado *uso del lenguaje*).

Así, la definición de la privacidad que ofrece la Corte Suprema Norteamericana, como el derecho fundamental a “definir el propio concepto de existencia, de significado, del universo, del misterio de la vida humana, y ... del sentido propio de la dignidad”, no se habría abstraído a partir de algún tipo de contemplación de las necesidades o bienes básicos del hombre, sino pura y exclusivamente a partir del uso del lenguaje iusfundamental por parte de quienes tienen autoridad para fijar su significado²³⁶. Esto es, a partir de un análisis comparativo de los juicios realizados en casos anteriores por la Corte Suprema en su historia globalmente considerada (dejando por ahora de lado la dificultad de determinar cuáles son los confines de esta práctica). Así, según indica la propia Corte, la definición de privacidad se induce de la línea de sentencias que otorgan protección constitucional a las decisiones personales relacionadas con el matrimonio, la procreación, la contracepción,

233 Ver BLACKBURN, S. (1984). *SPREADING THE WORD. GROUNDINGS IN THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE*. OUP, 8.

234 Ver LLANO, F., INSCIARTE, D. (2007). 60-62; BLACKBURN, S. (1984), 44; LAURENCE, S., MARGOLIS, E., (1999), 10.

235 Ver LLANO, A., INSCIARTE, F. (2007). 57.

236 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US. 833: 852.

las relaciones familiares, la crianza de los hijos y la educación²³⁷.

Pero si la definición de privacidad que propone la Corte se abstira de los juicios iusfundamentales realizados por la misma Corte en casos anteriores, solo resultará inteligible para quien conozca el significado de los conceptos utilizados en estos otros juicios anteriores. La pregunta obvia en este punto es cuál es el origen de la comprensión o inteligibilidad de los conceptos de matrimonio, procreación, contracepción, etcétera, utilizados en este segundo nivel de uso del lenguaje. Y la respuesta también obvia es que, si la referencia —la clase o tipo de bienes y acciones a las cuales se aplican— no ilumina el significado de estos conceptos, entonces su comprensión remite de forma necesaria a un tercer nivel de análisis del lenguaje: el de aquellos juicios mediante los cuales se construye el significado de matrimonio, procreación, contracepción, etcétera, tales como *unión de dos personas de distinto o de igual sexo; o control artificial de la natalidad*, etcétera. Lo cual remite a un cuarto nivel de análisis y, así sucesivamente.

El problema de la regresión en la cadena de significado no es meramente teórico ni bizantino cuando se lo contextualiza en el plano de la interpretación iusfundamental. Al contrario, en la misma medida en que manifiesta un déficit de inteligibilidad y comunicabilidad del lenguaje iusfundamental, constituye también una explicación muy robusta de las razones por las cuales las prácticas interpretativas que asumen una teoría semántica convencional acaban de forma ineludible confundiendo la creatividad interpretativa con la discrecionalidad.

En efecto, si el significado de los conceptos precede a su referencia, y si el significado es pura construcción social, no hay ninguna perspectiva racional que justifique la decisión de incluir o no un caso marginal, oscuro o difícil dentro del rango de casos individuales comprendidos en la clase denotada por significado. Herbert Hart ha admitido, por lo tanto, que la discrecionalidad es inevitable en la formulación de los juicios relativos a estos casos marginales²³⁸. Otros adherentes a la semántica tradicional han intentado

237 Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 US. 833: 859.

238 HART, H. (1994). AT 127 AND 154. COMO ES BIEN SABIDO, LA TESIS HARTIANA DE LA DISCRECIÓN HA SIDO DISCUSIDA HASTA LA EXHAUSTIVIDAD TANTO DESDE DENTRO DEL POSITIVISMO ANALÍTICO, COMO POR “OUTSIDERS”, Y PARTICULARMENTE POR RONALD DWORKIN EN UNA SERIE TRABAJOS ESCRITOS ENTRE FINALES DE LA DÉCADA EL 60 Y PRINCIPIOS DEL 70, LUEGO INCORPORADOS COMO CAPÍTULOS 2 A



reducir las fronteras de la discreción, abriendo el juego del lenguaje jurídico a otros juegos de lenguaje y, particularmente, al juego del lenguaje moral²³⁹.

Pero esto, una vez más, equivale a patear la pelota a otra cancha, donde por otra parte los casos *difíciles* son más profundos y frecuentes que en el ámbito jurídico. En primer lugar, porque el *juego moral del lenguaje* es al menos tan abstracto y, por lo tanto, tan controvertido, como el juego del lenguaje jurídico. En segundo lugar, porque como se notó, las sociedades occidentales contemporáneas son plurales y multiculturales. No hay una única perspectiva moral sino un crisol de comprensiones diferentes y a veces contradictorias del sentido de la vida, de modo que el uso de los conceptos morales es mucho menos estable y uniforme que el uso de los conceptos jurídicos.

4 EN DWORAKIN, R. (1977). ESTAS CRÍTICAS SE DESARROLLARON MÁS AMPLIAMENTE EN DWORAKIN, R. (1985). A MATTER OF PRINCIPLE CLARENDRON PRESS, 119-137; Y EN DWORAKIN, R. (1986). 258-266. EL ÚLTIMO COLETAZO DE ESTE DEBATE INCLUYE LA RESPUESTA DE HART EN SU *POSTSCRIPTUM* A HART, H.L.A. (1994). 238-276 Y LA CONTRA-ARGUMENTACIÓN DE DWORAKIN EN DWORAKIN, R. (2007), CAPÍTULO 7. UNA BUENA SÍNTESIS DEL DEBATE Y SU IMPACTO EN LA FILOSOFÍA ANALÍTICA CONTEMPORÁNEA PUEDE VERSE EN ETCHEVERRY, J.B (2008), 50 SQ. COMO HEMOS ARGÜIDO EN OTROS SITIOS, LA CONFIANZA DE DWORAKIN EN LA OBJETIVIDAD DE SU TEORÍA INTERPRETATIVA ES INFUNDADA DESDE EL MOMENTO EN QUE LOS CONCEPTOS MÁS FUNDAMENTALES A LOS QUE LIGA EL SIGNIFICADO DE LOS CONCEPTOS LEGALES SON, COMO EN HART, UN PRODUCTO SOCIAL RADICALMENTE CONVENCIONAL. VER ZAMBRANO, P. (2007). "OBJETIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y OBJETIVIDAD EN LA MORAL. UNA REFLEXIÓN A PARTIR DE LAS LUCES Y SOMBRAS DE LAS PROPUESTAS DE RONALD DWORAKIN" (57) *PERSONA Y DERECHO* 281.

239 Un típico exponente de esta tesis es Wilfred Waluchow in WALUCHOW, W. (2003). *INCLUSIVE LEGAL POSTIVISM* CLARENDRON PRESS AT 219-221; 225-226. HEMOS DISCUTIDO MÁS EXTENSAMENTE SU PROPUESTA EN ZAMBRANO, P (2010) *LA INEVITABLE CREATIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURIDICAL. UNA APROXIMACIÓN IUSFILOSÓFICA A LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD* INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNAM, 13-29.

Finalmente, y más importante, incluso si el juego moral del lenguaje fuera más compacto y menos controvertido que el juego jurídico, la discreción en la formulación de los juicios no acabaría nunca de ser desterrada. Pues si el significado es construido desde la voluntad social, la discreción se encuentra en el corazón o la raíz de todos los conceptos. Una discrecionalidad, claro está, que no parece cuajar con el requisito de razonabilidad presente en la mayoría, si no en todas, las prácticas constitucionales.

La pretensión de inteligibilidad y de comunicabilidad connatural a todo lenguaje, y la pretensión de razonabilidad propia del lenguaje iusfundamental constituyen, en fin, dos razones de peso para tomarse en serio el dilema del regreso al infinito en la determinación del sentido de los enunciados iusfundamentales. Y las dificultades de una semántica convencional en este punto indican que no hay otra forma de cortar este regreso que no sea trocar el orden de prioridad semántica y cognitiva, y comenzar la cadena de significado en conceptos con inteligibilidad propia, que precisamente porque son auto-inteligibles no solo no se construyen a través de su uso o aplicación convencional, sino más bien al contrario, justifican (o no) el uso del lenguaje.

II.0.2. El referente rígido de los enunciados iusfundamentales

Algunos autores han identificado clásicamente estos tapones en la cadena de regresión en fenómenos empíricamente verificables. Pero, en primer término, no hay ningún fenómeno *verifiable* idéntico a otro en el mundo y, por lo tanto, todavía persiste el problema de abstraer las características comunes que unen a los fenómenos verificables en una misma clase²⁴⁰. Segundo, y más importante, los conceptos utilizados en el derecho son innegablemen-

240 Una excelente síntesis de las dificultades de este intento, con especial foco en el fallido esfuerzo de Carnap por sostener los denominados (por Quine) “dogmas del empirismo”, puede verse en PUTNAM, H. (2002). *THE COLLAPSE OF THE FACT/VALUE DI-CHOTOMY, AND OTHER ESSAYS, INCLUDING THE ROSENTHAL LECTURES*, CAMBRIDGE, MA, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 19-24, Y MÁS RECIEN-TEMENTE PUTNAM, H., WALSH, V. (2007). “FACTS, THEORIES, VALUES AND DESTITUTION IN THE WORKS OF SIR PARKA DASGUPTA (19) RE-VIEW OF POLITICAL ECONOMY 181 AT 184-185



te irreducibles a la experiencia fenoménica²⁴¹. ¿Cuáles es, sino, el concepto tapón (por así decirlo) que da luz a la cadena de significado correspondiente a los conceptos de libertad, derecho, dignidad, libertad, privacidad, etcétera?

En conclusión, o en algún punto los conceptos legales y morales remiten a otros conceptos que son inteligibles por sí mismos y tienen por tanto un *referente rígido*, en palabras de Saul Kripke, o la cadena completa de significado jurídica y moral carece de sentido²⁴². Para justificar esta afirmación, primero es preciso señalar cuál es la referencia rígida o —no convencional— de los principios de derechos fundamentales.

Aunque los debates teóricos sobre este problema son muchos y variados, se podría afirmar que, por definición, se supone que los principios fundamentales son la garantía de razonabilidad y por lo tanto también de justicia en el gobierno de la cosa pública²⁴³. Lo que significa que la realidad a la que se refieren los principios fundamentales debe ser inteligible para la razón práctica o, más precisamente, intrínsecamente razonable. Concretando un poco más, una semántica realista apunta o señala como referencia de los principios de derechos fundamentales a una realidad intrínsecamente razonable que, en la medida en que es objeto de reconocimiento y no de construcción se constituye, en palabras de Kripke, en un referente “rígido”.

Ahora bien, como John Finnis ha notado hace algún tiempo, lo razonable en el plano práctico no es una dimensión teórica de la naturaleza sino, en palabras Moore, un “moral kind” (por oposición a un “natural kind”)²⁴⁴. Esto es, una realidad operable o realizable mediante el obrar.

¿Cuál es pues esta realidad operable a la que refieren los enunciados iusfundamentales de modo rígido o fijo? Si los principios de derechos funda-

²⁴¹ Sobre la dificultad que representan los conceptos morales en general para las denominadas teorías tradicionales del lenguaje, ver LAURENCE, S., MARGOLIS, E. (1999). 11.

²⁴² KRIPKE, S. (1972). 269.

²⁴³ Cfr. CIANCIARDO, J. (2009). *EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. DEL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO AL MODERNO JUICIO DE PROPORCIONALIDAD* ÁBACO DEPALMA, 130 ss.

²⁴⁴ Cfr. FINNIS, J. (2011). *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS*, 2^{ND. EDITION}, OUP, CAPÍTUL

1. SOBRE EL CONCEPTO DE “MORAL KIND” VER MOORE, M.S. (1989). «THE INTERPRETIVE TURN IN MODERN THEORY: A TURN FOR THE WORSE?» STANDFORD LAW REVIEW 41, 871-958, 882 ss.

mentales se proponen dirigir o guiar el obrar y, además, hacerlo con fuerza normativa, la realidad práctica a la que se refieren no podrá ser un fin meramente conveniente o apetecible, sino que deberá incluir también algún tipo de necesidad. En conclusión, la referencia rígida de los enunciados de derechos fundamental son proposiciones prácticas intrínsecamente inteligibles —y por lo mismo rígidas— que señalan los fines o bienes que debe realizar todo derecho, y el tipo de conducta que es compatible con su realización.

La siguiente pregunta nos traslada del plano semántico referencial, al correlativo plano cognitivo: ¿Qué significa en este contexto que una proposición práctica sea evidente o intrínsecamente inteligible? Significa, al menos, dos cosas. En primer lugar, que la proposición se auto-justifica porque su naturaleza obligatoria o debida no se deriva de proposiciones morales más abstractas. En segundo lugar, una proposición moral es evidente en un sentido conceptual, de auto-comprensión de la acción que conviene o debe ser realizada. Si los dos sentidos de inteligibilidad se combinan, cuando decimos que una proposición práctica es intrínsecamente inteligible decimos por lo menos dos cosas²⁴⁵.

245 La Nueva Escuela de Derecho Natural se ha dedicado desde hace algún tiempo al análisis del sentido justificativo de auto-evidencia, especialmente a través del estudio de los conceptos de bienes humanos básicos; de principios pre-morales que expresan el carácter apetecible de los bienes humanos básicos; y de principios morales evidentes que expresan la vinculación debida entre ciertos tipos de acciones humanas y ciertos bienes humanos básicos. Ver especialmente FINNIS, J. (1991). "INTRODUCTION" EN (1991). *NATURAL LAW*, VOL.I., (FINNIS, J., ED.) DARTMOUTH, XI. LA PROPOSICIÓN SEGÚN LA CUAL LOS VALORES HUMANOS BÁSICOS SON LA ÚLTIMA REFERENCIA DE LAS PROPOSICIONES MORALES APARECE EN EL TRABAJO FUNDACIONAL DE LA ESCUELA, GRIZEZ, G. (1965). "THE FIRST PRINCIPLES OF PRACTICAL REASONS: A COMMENTARY ON THE SUMA THEOLOGIAE, 1-2, QUESTION 94, ARTICLE 2" *NATURAL LAW FORUM* (4) 44; Y MÁS TARDE EN GRIZEZ, G, BOYLE, J, FINNIS, J. (1987). "PRACTICAL PRINCIPLES, MORAL TRUTH, AND ULTIMATE ENDS" *AMERICAN JOURNAL OF JURISPRUDENCE* (32) 99. ESTA PROPOSICIÓN FUE ARDUAMENTE DISCUTIDA DENTRO Y FUERA DE LA ESCUELA, COMO SURGE DE FINNIS, J. (ED.) (1991). CAPÍTULOS 12 A 16 Y, DIEZ AÑOS MÁS TARDE, LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN OCASIÓN DEL SIMPOSIO "NATURAL



En el sentido conceptual de inteligibilidad, decimos que el tipo o la clase de acción denotada en la proposición es intrínsecamente inteligible. Así, cuando decimos que el precepto moral que prohíbe matar es evidente, también decimos que el significado de la acción —y no meramente del verbo— no se deriva a su vez del significado de otros conceptos en que podría descomponerse, sino que se capta o abstrae originariamente. Más concretamente, lo que se capta o abstrae de forma originaria es tanto lo que tienen en común las infinitas descripciones físicas que encajan con el verbo *matar*, como los fines intencionales típicos que acompañan a estas descripciones y transforman al verbo en la acción jurídica propiamente dicha la elección de la muerte como resultado del obrar²⁴⁶.

En el sentido justificativo de inteligibilidad, cuando decimos que una proposición moral es intrínsecamente inteligible, decimos que la evaluación

LAW AND HUMAN FULFILLMENT" EN (2001). *AMERICAN JOURNAL OF JURISPRUDENCE* 46. LA DIMENSIÓN SEMÁNTICA O CONCEPTUAL DE LA EVIDENCIA DE LAS PROPOSICIONES MORALES HA SIDO EN CAMBIO MUCHO MENOS ESTUDIADA DENTRO DE ESTA ESCUELA O, MÁS BIEN, ESTUDIADA INCIDENTALMENTE A TRAVÉS DE LA DISCUSIÓN DEL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DE LOS TIPOS DE ACCIÓN. ENTRE OTROS MUCHOS TRABAJOS EN ESTE SENTIDO, PUEDE CONSULTARSE FINNIS, J., GRISEZ, G., BOYLE, J. (2001). "DIRECT AND INDIRECT: A REPLY TO CRITICS OF OUR ACTION THEORY" *THE THOMIST* (65) 1-44, REPUBLICADO EN FINNIS, J. (2011). *COLLECTED PAPERS V.* II OXFORD UNIVERSITY PRESS CAPÍTULO 13.

246 La distinción entre la dimensión física o exterior de la acción y su intencionalidad es clásica en la tradición tomista, y aparece con toda claridad en AQUINO, *SUMA THEOLOGIAE* I-II, QQ. 17-20, ESPECIALMENTE QQ.18 A.6 Y Q.20. EL DEBATE INTERNO AL TOMISMO SOBRE EL MODO DE DEFINIR LOS TIPOS DE ACCIONES GIRA EN TORNO, PRECISAMENTE, AL MODO DE VINCULAR UNA Y OTRA DIMENSIÓN DE LA ACCIÓN EN CADA TIPO. CFR., POR EJEMPLO, RIPPERGER, CHARD (1995). «THE SPECIES AND UNITY OF THE MORAL ACT», *THE THOMIST: A SPECULATIVE QUATERLY REVIEW*, 59 (1), 69-90 Y MÁS RECENTEMENTE, KEISER, K. (2010) «THE MORAL ACT IN SAINT THOMAS: A FRESH LOOK» *THE THOMIST* 74, 237-282.

positiva o negativa del impacto de la acción sobre sus fines o bienes intencionales típicos es también intrínsecamente inteligible.

Conclusión: el realismo semántico como condición lógica de la interpretación iusfundamental

Hemos argüido hasta aquí que la prioridad de la referencia sobre el significado en el plano semántico, y de la aprehensión sobre el juicio en el plano cognitivo, son un presupuesto lógico de cuatro notas esenciales de los principios iusfundamentales: su universalidad, su naturaleza categórica, su pretensión de razonabilidad y su pretensión de inteligibilidad. La argumentación desplegada ha sido fundamentalmente de contraste: se han manifestado las dificultades en las que se sitúa una semántica convencional para dar cuenta de estas notas, y la consiguiente necesidad lógica de invertir el orden de prioridad semántica y cognitiva.

En primer lugar, se alegó que la naturaleza parroquial de la semántica tradicional no encaja con la aspiración de validez universal de las declaraciones de derechos fundamentales. En segundo orden, se indicó la contradicción performativa consistente en librar la construcción de los derechos fundamentales a la misma comunidad contra la cual se supone que son ejecutables. En tercer término, se aludió al problema de la regresión que condiciona la inteligibilidad y comunicabilidad del lenguaje, tanto en general como en el campo de la interpretación de los derechos fundamentales y de la moral. Por último, existe el problema de la discreción que condiciona la razonabilidad de la interpretación iusfundamental no solo en los casos difíciles, sino en todo caso y hasta en la práctica en su totalidad, pues la discreción estaría en la raíz de la formación de todos los conceptos jurídicos.

Todas estas dificultades son evidentemente más graves ante la realidad multicultural y pluralista de las democracias constitucionales occidentales. Pues cuanto más pluralista es una sociedad menor es la convergencia en los juicios que se formulan en su seno o, lo que es lo mismo, en el uso de conceptos morales y legales. Y a menor convergencia menor legitimidad en la construcción social de significado.

Los cuatro problemas que afectan a la semántica tradicional en el contexto de la práctica iusfundamental y, particularmente el problema de la regresión, pueden ser superados cuando la interpretación asume como perspectiva u horizonte de comprensión una semántica realista. Esto es, una



teoría semántica que no concibe al significado de los conceptos y enunciados como una creación social *ex nihilo*; sino más bien como el resultado de un acto cognitivo de aprehensión que comienza en la referencia y que justifica a los juicios.

La prioridad de la aprehensión sobre el juicio, y de la referencia sobre el significado entrañan la aserción de que tanto el significado de ciertos conceptos y proposiciones, como la justificación de ciertos juicios es evidente.

En tanto y en cuanto la evidencia significa auto-justificación, una semántica realista refiere los principios iusfundamentales a proposiciones morales que poseen una fuerza categórica inherente. Esto es, proposiciones morales intrínsecamente razonables con respecto a las cuales carece de sentido preguntar *¿por qué son obligatorias?* Esta dimensión o sentido de evidencia permite justificar la naturaleza categórica de los principios de derechos fundamentales frente al auditorio universal compuesto por todos los hombres que comparten el uso de la razón práctica, en correspondencia tanto con la pretensión de universalidad, como del peso o la fuerza normativa categórica de los principios iusfundamentales.

En tanto y en cuanto la evidencia significa auto-inteligibilidad del significado de los conceptos y proposiciones, una semántica realista independiza el significado de los enunciados iusfundamentales del uso del lenguaje de la misma comunidad política que está obligada a hacerlos valer, y elude así la contradicción performativa en que incurre una semántica tradicional. Asimismo, en la medida en que remite a una tipificación intrínsecamente inteligible de las acciones y de sus bienes o fines típicos, elude el regreso al infinito y da cuenta tanto de la inteligibilidad de los enunciados iusfundamentales como, consecuentemente, de la razonabilidad de su interpretación. En otras palabras, permite distinguir entre el uso y el abuso del lenguaje de los derechos fundamentales.

Bajo esta luz, podrían explicarse los casos difíciles como acciones humanas que comparten características con más de un tipo o clase de acciones humanas y, por lo tanto son difíciles de colocar en uno u otro. Pero a pesar de ser casos difíciles, no son casos imposibles. Porque tanto la bondad de los fines a los cuales se dirigen las acciones humanas, como el enlace teleológico entre las acciones humanas típicas y sus fines son intrínsecamente visibles o comprensibles.

Ahora bien, la referencia de los enunciados iusfundamentales a normas intrínsecamente inteligibles puede ser más o menos directa o pura.

En su versión más directa y pura consistiría en una simple reproducción o traducción de los requisitos de la ley natural. En su versión menos directa y pura, incluiría el procedimiento llamado de *determinación* que, en una muy breve síntesis, consiste en elegir una entre muchas maneras razonables posibles de cumplir con los requisitos de la ley natural²⁴⁷.

Hay diferentes tipos de enunciados iusfundamentales, algunos de los cuales obviamente están relacionadas con principios morales a través de la determinación. Por ejemplo, los enunciados iusfundamentales relativos a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (derechos políticos) derivan su contenido concreto de las formas más o menos equitativas de distribuir el poder político en cada comunidad.

Por el contrario, otros enunciados parecen ser conclusiones puras de la ley natural. El caso más obvio es el reconocimiento del derecho fundamental a la vida. Sin embargo, como hemos argüido más ampliamente en otros sitios, aún en estos casos los enunciados iusfundamentales incluyen un componente considerable de determinación. Al menos dos razones justifican esta hipótesis. En primer lugar, que la perspectiva jurídica de tipificación de la acción humana es análoga pero parcialmente diferente a la perspectiva moral. La segunda razón es que, precisamente por esta distinción en la perspectiva de tipificación, el lenguaje jurídico relativo a la acción humana es parcialmente independiente del lenguaje moral²⁴⁸.

Estas conclusiones abren un nuevo abanico de interrogantes entre los cuales, quizás el más urgente sea el que concierne a la naturaleza convencional o rígida de la referencia de los enunciados iusfundamentales en su dimensión determinativa. La argumentación propuesta en este trabajo no permite desarrollar una respuesta *in extenso*, sino solo apuntar

247 Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *SUMA TEOLÓGICA*, I-II, Q. 95, A.2.

248 ZAMBRANO, PILAR (2013). “PRINCIPII, RAGGIONI E DIRITTI. IL DIRITTO COME DIFFERENZA PRATICA”, IN LA *REVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO*, II, 169; Y (2012). “PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPIOS MORALES DE JUSTICIA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA DISTINCIÓN ENTRE LA PERSPECTIVA MORAL Y LA PERSPECTIVA JURÍDICA DE ESPECIFICACIÓN DE LA ACCIÓN HUMANA”, EN *LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO Y LA MORAL. ESTUDIO SOBRE EL PENSAMIENTO DE JOHN FINNIS. A PROPÓSITO DE LA 2DA. EDICIÓN DE LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES*, J.B. ETCHEVERRY, (ED.) UNAM, 2012, MÉXICO, 87-118.



una condición. A saber, que si la dimensión determinativa de los derechos iusfundamentales no se deriva de un modo racional —o más bien razonable— de la dimensión conclusiva, le son aplicables todos y cada uno de los dilemas que afectan a una interpretación que asume una teoría semántica convencional.

En esta línea de razonamiento una semántica realista aplicada a la interpretación de los enunciados iusfundamentales implica o supone asumir que su referencia no solo incluye una tipificación básica de acciones y de bienes, sino también un criterio razonable de construcción —determinación— de nuevos tipos de acciones y de bienes²⁴⁹

249 En cuanto las acciones son movimientos con finalidades operativas propias, constituyen “tipos funcionales”. Las concretas acciones a las que se refieren los enunciados iusfundamentales incluyen un margen de determinación, por lo cual, además de ser funcionales, constituyen lo que Michael Moore denomina “tipos legales”. Esto es, tipos cuya referencia combina valores o bienes morales dados –no convencionales– y una elección del modo en que estos valores o bienes pueden ser realizados a través de la acción individual, y a través de la coordinación social. Ver sobre estos dos conceptos MOORE, M.S. (1989).

Diálogo sobre el cambio Constitucional en América Latina desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Juan José Cantillo Pushaina²⁵⁰

Introducción

Esta ponencia sobre el cambio constitucional en América Latina se abordará desde el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (en adelante NCL). De manera que cada vez que se dialogue sobre el NCL, se estará haciendo referencia a procesos constituyentes y a rupturas constituyentes. Por esta razón, hay que distinguir los conceptos de reforma constitucional y procesos constituyentes porque no son sinónimos. Una reforma constitucional es un cambio en la Constitución vigente de acuerdo con los procedimientos constitucionales previstos en la misma Constitución. En contraste, un proceso constituyente es una serie de actos que terminan con la aprobación de una nueva Constitución.

Sin embargo, la ruptura político-jurídica que origina un proceso constituyente no lo convierte necesariamente en una iniciativa democrática, dado que un proceso constituyente puede ser democrático, pero también elitista o autoritario (Pisarello, 2014, p. 11). Lógicamente, cada proceso constituyente tiene particularidades que reflejan una insatisfacción con una realidad en un contexto social, político, económico y cultural determinado. Pero también, ante todo, es una propuesta de futuro (Pisarello, 2014, p. 19). Primero, porque su iniciativa depende de las generaciones que no participaron en la producción de los marcos constitucionales vigentes. Segundo, porque busca solucionar problemas que no pueden abordarse en los términos del siglo pasado, problemas, por ejemplo, de tipo tecnológico, financiero, ambiental, etcétera.

250 Indígena del Pueblo Wayuu en Colombia. Magistrado de las Salas de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Profesor universitario. Abogado de la Universidad del Norte de Barranquilla; Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre; Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Cali; Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá - España; Magíster en Derecho-Procesal Penal de la Universidad Sergio Arboleda; Doctorando en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Mayor de San Andrés - UMSA. Correo electrónico: cantpshai@yahoo.es; ORCID: 0000-0002-2020-2027.

I. La Primera Generación de Procesos Constituyentes

De acuerdo con Pisarello (2014, p. 22), “en términos históricos, la teoría del proceso constituyente democrático madura con las revoluciones modernas y con la generalización, a partir de ellas, de las constituciones escritas”, catalogadas como un contrato social. Entonces, hay una primera generación que se relaciona con el proceso constituyente que acabó con el absolutismo y que condujo a la formación del constitucionalismo norteamericano. Así mismo, surgieron instituciones o instrumentos como las convenciones o asambleas constituyentes y la consagración de las cartas de derechos, que favorecieron el establecimiento de los conceptos de Constitución y proceso constituyente. Nace así lo que se conoce como constitucionalismo moderno o constitucionalismo liberal.

Sin embargo, la noción de contrato social en esta generación solo incluía a quienes se consideraban iguales dentro del contrato, por lo que los pueblos indígenas, las comunidades negras o afrodescendientes y las mujeres no estaban incluidos. A pesar de ello, tanto la revolución norteamericana como la revolución francesa serían un estímulo decisivo para muchos procesos anticolonialistas e independentistas que ocurrieron en la época.

II. La Segunda Generación de Procesos Constituyentes

La segunda generación de los procesos constituyentes se desarrolló en dos fases (Pisarello, 2014, p. 49). La primera fase, que comprende el periodo entre 1918 y 1938, se destaca por la terminación de la Primera Guerra Mundial y la Revolución rusa. Precisamente, el desmoronamiento de los imperios en Austria-Hungría, Alemania, Turquía y, en parte, en Rusia ocasionó procesos constituyentes que reflejaban un enfrentamiento con el centralismo totalitario de esas monarquías. Dichos procesos resultarían en revoluciones como en Rusia o en regímenes republicanos como la República de Weimar o la Segunda República española. También se darían en otros lugares diferentes a Europa, tal como sucedió con la Revolución mexicana de 1910, con sus características propias.

Los dos grandes procesos constituyentes del siglo XX fueron el mexicano y el ruso. La Constitución de Querétaro, de 1917, fue pionera de lo que se conocería como constitucionalismo social. La soviética de 1918 comenzaría una importante tradición de constitucionalismo socialista, que también impactaría

los posteriores procesos constituyentes de entreguerras. En la Europa continental, otros procesos constituyentes intentaron construir su propio camino entre el constitucionalismo liberal heredado y la vía bolchevique. Transitaban procesos constituyentes accidentados e instalados entre la reforma, la revolución y la contrarrevolución. Producto de estos procesos son la Constitución de Weimar, de 1919, y la Constitución Española, de 1931 (Pisarello, 2014, p. 55). Ahora bien, ninguna de estas constituciones, la mexicana, la soviética, la de Weimar y la española, fueron sometidas a referéndum.

La fase segunda de esta generación de procesos constituyentes se le conoce como rupturas constituyentes de posguerra. Surgieron como una expresión democrática de rechazo al nazismo, al fascismo y a diversas variantes de colonialismo e imperialismo. Estos procesos casi siempre intentaron reforzar el constitucionalismo social o combinar las conquistas sociales con demandas de liberación o de autodeterminación nacional. Tenemos la Constitución de Francia, de 1946; la Constitución Italiana, de 1948; y la Constitución Portuguesa, de 1976. Las Constituciones Italiana y Portuguesa no se sometieron a referéndum. La Constitución de Francia sí se sometió a referéndum. Sin embargo, aquí hay que precisar que la primera Asamblea Constituyente presentó un proyecto de Constitución a referéndum que fue rechazado por el pueblo francés. Así que se eligió otra Asamblea Constituyente que presentó otro proyecto de Constitución, sometido a referéndum que sí fue aprobado (Pisarello, 2014, p. 69).

III. La Tercera Generación de Procesos Constituyentes

Según Pisarello (2014, p. 47), en términos generales, estos procesos constituyentes señalaron el paso del constitucionalismo liberal al llamado constitucionalismo social de la posguerra. En algún momento, se creyó que el surgimiento de los procesos constituyentes se había terminado con el constitucionalismo social. Ahora bien, los procesos constituyentes de la posguerra tienen muchos cuestionamientos que no han podido resolver de manera adecuada: “La democratización efectiva del territorio y del mundo de la empresa, los grandes retos lanzados por el feminismo, el ecologismo, el antirracismo o el antimilitarismo” (Pisarello, 2014, p. 107). Aquí viene, finalmente, *la tercera generación de los procesos constituyentes*, que se relaciona de manera concreta con los procesos constituyentes democráticos ocurridos en Latinoamérica, y en sentido estricto, a partir de los 90.

En las últimas décadas, en el panorama constituyente y constitucional latinoamericano se han presentado cambios trascendentales que, según Viciano y Martínez Dalmau (2010, p. 9), configuran la existencia de un *nuevo*



constitucionalismo, planteando la sustitución de un constitucionalismo *tradicional*, que tiene como base una Constitución débil, no apta para impulsar procesos políticos de progreso social. Mientras tanto, el *nuevo constitucionalismo*, producto de las asambleas constituyentes involucradas con procesos de rediseño social y político, propone un nuevo paradigma de Constitución fuerte, original y vinculante, en sociedades que han creído en la transformación constitucional como parámetro de una genuina revolución (Viciano y Martínez Dalmau 2010, p. 9).

IV. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Este resurgir constituyente latinoamericano constata, de manera teórica y práctica, que el constitucionalismo como proceso político de cambio social adapta Constituciones adecuadas a la fuerza que lo origina. Como procesos constituyentes, procesos político-sociales de transformación, con participación directa del Pueblo, según la mayoría de las y los autores, en especial Viciano, Martínez Dalmau y Gargarella, el NCL inicia con la Constitución de Colombia de 1991 y se desarrolla con las Constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009. Otros autores solo involucran a los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia, mientras que a Colombia la sitúan como antecedente de ese NCL (Pisarello, 2014, p. 108) o la excluyen de ese conjunto de Constituciones “que comparten rasgos marcados y que tienen una orientación política particular” (Salazar, 2013, p. 350). En esta ponencia, la inclusión de Colombia obedece a dos puntos de vista que, aunque en alguna medida son contrarios, posicionan la experiencia colombiana como el inicio del NCL. Por un lado, los españoles Viciano y Martínez Dalmau, los promotores y principales autores de la Teoría del NCL, y por el otro, el argentino Gargarella, quien manifiesta que el NCL no tiene nada de nuevo, sino de lo mismo (Gargarella, 2018, pp. 110 y 115).

Una de las diferencias entre estos autores, muy relevantes para quienes estudian y promueven los derechos humanos, los derechos fundamentales y, por tanto, el derecho constitucional, consiste en que Viciano y Martínez Dalmau, de alguna u otra forma, acompañaron los procesos constituyentes democráticos de Venezuela, Ecuador y Bolivia. Lo más importante no fue tanto lo que asesoraron, sino lo que observaron y aprendieron de esos procesos constituyentes latinoamericanos que plantearon debates transformadores que cambiaron el mismo concepto de Estado (LATIN IURIS, 2022, 6m4s).

V. Constitución Política de Colombia de 1991

Colombia, desde su independencia como república, se ha caracterizado por convivir con la violencia política, lo que ha originado el conflicto armado colombiano, actualmente acompañado de otras situaciones de violencia. En 1989, en uno de los mayores picos de violencia política, surgió el movimiento estudiantil con la iniciativa de incorporar una papeleta informal para las elecciones al Congreso de 1990, que se ha denominado en la historia colombiana como “la séptima papeleta” (Durán-Cousin, 2020, p. 572). La idea era convocar una Asamblea Constituyente y reformar la anterior Constitución. Sin embargo, este proceso se inspiró al margen del marco constitucional y de la legislación electoral vigente, validado por la Corte Suprema de Justicia. Lo que sucedió finalmente fue la creación de una Nueva Constitución. Además, esta Constitución no fue sometida a referéndum.

Entre sus principales novedades, esta Constitución estableció que Colombia era un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista; y reconoció la diversidad étnica y cultural de la sociedad colombiana y el pluralismo jurídico. En este sentido, al reconocer el derecho propio, la justicia propia y las autoridades de los pueblos indígenas, lo hizo como parte de la estructura del Estado (Cantillo, 2022, p. 72). Asimismo, incorporó el concepto de bloque de constitucionalidad, consagró mecanismos de participación ciudadana, amplió la lista de derechos, incluyendo los derechos sociales, colectivos y del ambiente, e incorporó la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales. Creó circunscripciones especiales en el Congreso de la República para pueblos indígenas y comunidades negras y afrodescendientes, y estableció como entidad territorial, junto a los departamentos y municipios, a los territorios indígenas.

VI. Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999

Tanto en Venezuela como en Bolivia y Ecuador, el detonante de las rupturas constituyentes fue el descontento frente a las expectativas del pueblo en las condiciones de vida, el hastío al sistema corrupto y elitista y la crisis de las políticas neoliberales. Este proceso constituyente se originó desde la primera gran manifestación llamada “caracazo” en 1989, pasando por el golpe de Estado de 1992, hasta llegar a la victoria de Hugo Chávez en diciembre de 1998. La activación del poder constituyente venezolano triunfó a pesar de la resistencia de los poderes constituidos, que estaban siendo ejercidos por la oposición (Pisarello, 2014, p. 113). Muy a pesar de lo que pueda verse hoy, la Constitu-



ción de Venezuela de 1999 consolidó un avance democrático en el país y en la región. Esta Constitución fue sometida a referéndum.

Entre sus novedades, la vigencia de los derechos sociales, los cambios institucionales, los mecanismos de democracia participativa y el nuevo papel del Estado en la economía fueron reconocidos de manera expresa en igual estatuto jurídico a todos los derechos y la exigencia de un referéndum en caso de un cambio constitucional parcial o total.

VII. Constitución Política de Ecuador de 2008

La Constitución de Ecuador de 2008, para Viciano y Martínez Dalmau (2010, p.), es un digno ejemplo del NCL. De todas las constituciones del NCL, es la más extensa. Está precedida por enérgicas protestas indígenas y de sectores medios y urbanos. De este levantamiento emergió la candidatura de Rafael Correa, llamando a una “Revolución Ciudadana” y la vinculó a la convocatoria de una Asamblea Constituyente (Pisarello, 2014, p. 117). El proceso constituyente inició en 2007 y la Constitución fue ratificada mediante referéndum en 2008.

Esta Constitución desarrolló temas como la plurinacionalidad, la interculturalidad, el pluralismo jurídico y la naturaleza. Asume un paradigma eco-social, un nuevo tipo de constitucionalismo social, con una fuerte influencia indígena, campesina y de algunos movimientos ambientalistas. En materia de derechos, pasa de un paradigma antropocéntrico, basado en el Buen Vivir (Suumak Kawsay).

VIII. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009

Evo Morales, líder indígena, había hecho suyas las demandas de nacionalización de los recursos naturales, reforma agraria y asamblea constituyente, incorporándolas en su proyecto de refundación y descolonización del Estado boliviano (Pisarello, 2014, p. 116). Morales fue elegido presidente en Bolivia en 2005. Una vez instalado el gobierno de Evo Morales, en el marco de los poderes constituidos, se convocó una Asamblea Constituyente y en 2007 se presentó el proyecto de Constitución que fue aprobado mediante referéndum en 2009. Es la primera Constitución legitimada directamente por el pueblo boliviano, y una gran representante del NCL (Viciano y Martínez Dalmau, 2010, p. 9).

Entre otros, asume el suma qamaña (vivir bien) como principio constitucional, el carácter plurinacional del Estado, la convivencia de elementos liberales con indígenas, la interculturalidad y el pluralismo jurídico. Además, consagra de manera expresa el bloque de constitucionalidad, el valor de los derechos sociales, el papel del Estado en la economía, su mención en el preámbulo de la madre tierra y la Pachamama; y crea un Tribunal Constitucional, cuyas magistradas y magistrados²⁵¹ son elegidos con criterios de plurinacionalidad, mediante voto popular, en donde se integran magistradas y magistrados provenientes de manera obligatoria del sistema indígena. Esto es, forzosamente el Tribunal Constitucional debe integrar magistradas y magistrados indígenas.

El tema de la elección popular de los miembros del Tribunal Constitucional surge como una solución para la tensión típica que existe entre la ideología popular y el mecanismo del control judicial de constitucionalidad (Salazar, 2013, p.380). De esta forma, se busca conservar la coexistencia del elemento liberal con otros propios del movimiento del NCL. Entre sus ventajas está la democratización del Poder Judicial, la responsabilidad y transparencia de las y los jueces elegidos por voto popular y la participación ciudadana (Charry, 2024). Sin embargo, para algunos autores, la elección popular de las y los jueces constitucionales es errada, porque no evita la objeción contramayoritaria (Salazar, 2013, p.380). Estas y estos jueces seguirán ejerciendo su autoridad contra las mayorías políticas en defensa de las minorías para cumplir su función de guardianes de la Constitución y garantes de los derechos fundamentales.

También, una de las críticas a esta forma de integración de los magistrados del Tribunal Constitucional refiere a que tomarse los derechos en serio, como lo decía Ronald Dworkin, significa obligatoriamente ejercer el poder de los jueces contra algunas decisiones del Poder Político (Salazar, 2013, p. 380). En términos generales, entre sus desventajas se encuentran la politización del Poder Judicial, la falta de independencia y la realización de campañas costosas y superficiales (Charry, 2024). Por esta razón, para los críticos, la elección democrática de los jueces constitucionales parece ser una mala solución para un problema verdadero.

La elección de jueces mediante voto popular tiene defensores y opositores. En México se adoptó un sistema similar al de Bolivia, con el objeto de democratizar el Poder Judicial. Lo cierto es que este tipo de elección de jueces dependerá del contexto social, cultural y político de cada país y, en todo caso, de la voluntad popular o del Poder Constituyente originario que debe determinar su propio destino.

251 En México se les denomina ministras y ministros.

IX. Elementos o rasgos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Las Constituciones del NCL tienen unos elementos o rasgos que entran en contravía con la tradición constitucional preponderantemente en occidente, especialmente eurocétrica. Estas Constituciones son originales, extensas, complejas, rígidas y legítimas. A continuación, sucintamente se hará referencia a cada elemento (Viciano y Martínez Dalmau 2010):

- I. Originales. Partiendo de los promotores de la teoría, la originalidad no se relaciona necesariamente con el constitucionalismo popular, aunque es un elemento nuclear de estos procesos constituyentes; sino que se relaciona con el hecho de que son Constituciones con elementos propios, que incorporan valores propios de la sociedad plural que pretenden regular y que los distinguen de otras sociedades o países. De entrada, el concepto de pluralismo jurídico, al positivizarse en la Constitución, toma un viraje diferente al que hasta ahora se ha estado estudiando. Los pueblos indígenas en el mundo tienen un común denominador respecto de cuatro principios que los rigen. Son estos la visión de lo colectivo, de la espiritualidad, de la oralidad y del territorio; y a partir de allí se desarrollan otros, pero son estos los principales. Estos elementos comunes permean la originalidad del NCL. En México, por ejemplo, recientemente, el 30 de septiembre de 2024, se aprobó una reforma constitucional del artículo 2 de la Constitución Política en materia de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanos que fortalece el principio constitucional del pluralismo jurídico.
- II. Extensas. La Constitución Política de Colombia de 1991 tiene 380 artículos; la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 posee un articulado de 350 disposiciones; la Constitución Política de Ecuador de 2008 está integrada por 444 artículos y, finalmente, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 la componen 411 disposiciones. Una de las críticas que se le hace a las Constituciones del NCL es que este rasgo de ser extensas afecta la eficacia jurídica de las Constituciones y, por tanto, afecta la seguridad y la certeza jurídica de las mismas.
- III. Complejas. Esta característica se relaciona con su originalidad, debido al lenguaje simbólico que utiliza. Los críticos señalan que terminan siendo Constituciones ambiguas, contradictorias y un desafío para los intérpretes de esas Constituciones (Salazar, 2013, p. 356). Un ejemplo es la tendencia del NCL de ampliar los sujetos de derechos a entes abstrac-

tos como la naturaleza o la Pachamama, así como a un conjunto amplio de sujetos colectivos. La plurinacionalidad, la interculturalidad, el pluralismo jurídico y los valores como el sumak kawsay o el suma qamaña son un lenguaje y contenido abiertos a las interpretaciones más diversas y no ofrecen certeza y seguridad jurídicas.

- IV. Sin embargo, considero que no es afortunado hablar de lenguaje simbólico. Aunque este fuera el sentido que se le quisiera dar, termina abriendo una puerta a la multiplicidad de interpretaciones que puede realizarse desde una visión que no correspondería a la del pueblo que impulsó el cambio constitucional y confundiendo a las y los destinatarios que fijaron las reglas de convivencia. Es el lenguaje de los pueblos que activaron los procesos constituyentes y aprobaron las Constituciones el que se debe tener en cuenta. El sentido y el significado de instituciones, figuras, conceptos y expresiones propias de los pueblos indígenas incorporadas en las Constituciones del NCL no deben ser consultados desde la visión de Occidente, sino imperativamente desde la cosmovisión y el carácter colectivista y oral de las normas del sistema normativo o derecho propio de los pueblos indígenas (Cantillo, 2021, p. 203).
- V. Esta es otra de las razones por las cuales estas Constituciones, se insiste, consagraron el principio constitucional del pluralismo jurídico y evidencia la necesidad de pasar de su *fase fundacional* a la *fase de su consolidación* a partir de que “los estudiosos del derecho asuman el pluralismo jurídico como objeto de sus investigaciones para su desarrollo y aplicación útil en la vida práctica de nuestras sociedades plurinacionales-pluriculturales” (Cantillo, 2021, p. 202).
- VI. Rígidas. Buscan materializar la primacía del poder constituyente sobre los poderes constituidos. Las constituciones establecen que las reformas constitucionales deben someterse a referéndum, sin importar, en algunos casos, que se trate de reformas que no alteren elementos fundamentales del Estado. Los críticos manifiestan que la supremacía del texto constitucional es una característica propia del constitucionalismo moderno y que lo único que merece mención es lo relacionado con el bloque de constitucionalidad, que hace referencia a que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el respectivo Estado forman parte de la Constitución. Merecen mención porque consideran que estas normas desafían las teorías tradicionales sobre la supremacía constitucional.
- VII. Un caso interesante sobre el bloque de constitucionalidad es el de Bolivia, porque la Constitución, en su artículo 410.II, lo consagra de mane-

ra expresa en el texto constitucional. Además, no solo lo limita a los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado, sino que lo amplía a las normas de Derecho Comunitario (Cantillo, 2021).

- VIII. Legítimas. Su aprobación se realiza mediante referéndum para legitimar la voluntad popular de cambio por medio de un proceso democrático robusto. Teniendo en cuenta que la Constitución de Colombia de 1991 no fue sometida a referéndum, esta puede ser la razón por la que alguna doctrina la excluye del NCL.

Conclusión

El cambio Constitucional en América Latina, acontecido con mayor representatividad para la región, es el relacionado con el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Este movimiento inició con la Constitución de Colombia de 1991 y se desarrolló luego con las Constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009. Son Constituciones con identidad y elementos propios. Sus rasgos es que son originales, extensas, complejas, rígidas y legítimas. El NCL es una teoría que fue promovida desde afuera, por personas que no son de Latinoamérica, pero con un propósito loable, porque parte de lo propio de los países latinoamericanos que se caracterizan históricamente por ser plurinacionales. Son Estados con población indígena. De ahí que los estudiosos del derecho en América Latina se apropien del NCL, de conceptos propios como el pluralismo jurídico, la plurinacionalidad, la interculturalidad, la naturaleza o la Pachamama en su condición de sujeto de derechos, entre otros, y lo desarrollos desde nuestra realidad, cumpliendo así con el querer, el sentir y el mandato del Poder Constituyente originario que produjo la Constitución.

Referencias

Cantillo Pushaina, J. (2021a). El bloque de constitucionalidad como un constitucionalismo multinivel. Una sucinta referencia comparada entre Colombia y Bolivia. *Revista Jurídica Derecho*, 10(14), 193–211. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8978602>

Cantillo Pushaina, J. (2021b). Pluralismo jurídico: avances constitucionales actuales. *Foro: Revista De Derecho*, (36), 193–211. <https://revistas.uasb.ec/index>.

[php/foro/article/view/2823](#)

Cantillo Pushaina, J. (2022). *El Pluralismo jurídico en la justicia dialógica de la Jurisdicción Especial para la Paz*. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uxternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/3650657f-6c9d-4b97-863d-9a3c164fad79/content>

Charry, J. (2024, 18 de noviembre). *Elección popular de jueces*. Legis Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/eleccion-popular-de-jueces>

Durán-Cousin, G. (2020). *Colombia. El país de los extremos*. La Carreta Editores.

Gargarella, R. (2018). Sobre el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 109–129. <https://rucp.cienciassociales.edu.uy/index.php/rucp/article/view/13/12>

LATIN IURIS. (2022, 14 de octubre). Rubén Martínez Dalmau ¿Por qué es nuevo el Nuevo Constitucionalismo? [Archivo de Vídeo]. https://www.youtube.com/watch?v=Q6ta-u_QMSQ

Pisarello, G. (2014). *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Editorial Trotta.

Salazar Ugarte, P. (2013). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*. En L. R. González Pérez & D. Valadés, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (pp. 345–387). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>

Viciano, R., & Martínez Dalmau, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 25. https://www.redalyc.org/articulo_oa?id=293222977001

Inteligencia Artificial e Impartición de Justicia en México: Hacia una Justicia Moderna, Imparcial y Transparente que garantice la protección de los derechos humanos. Froylán Borges Aranda²⁵²

252 Doctorante por la Universidad Panamericana y por la Universidad Nacional de México, con las líneas de investigación de la inteligencia artificial y el juez, magistrado del Poder Judicial de la Federación.

Introducción

La impartición de justicia en México atraviesa una etapa de transformación digital, impulsada por la necesidad de modernizar los procesos y hacerlos más accesibles y eficientes.

Las autoridades judiciales han reconocido la importancia de incorporar nuevas tecnologías para ampliar el acceso a la justicia, agilizar la gestión de casos, reducir costos y explorar métodos innovadores como la resolución de disputas en línea.²⁵³

En este contexto, la inteligencia artificial (IA) emerge como una herramienta prometedora que podría *revolucionar* el funcionamiento de los tribunales, no solo mejorando la eficiencia, sino también promoviendo un sistema más equitativo y accesible para todos los ciudadanos.²⁵⁴

La IA se define, en términos generales, como *la capacidad de las máquinas o sistemas informáticos para realizar tareas que típicamente requieren inteligencia humana, como aprender, razonar o tomar decisiones*. En el ámbito judicial, esto se traduce en algoritmos y programas capaces de analizar grandes volúmenes de información legal, predecir resultados de casos o incluso asistir en la redacción de documentos jurídicos.

Ya existen iniciativas pioneras en México, como *Juilla* —un buscador jurídico potenciado por IA de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— y el proyecto *Sor Juana*, enfocado en facilitar la comprensión de sentencias, pro-

253 Pantic, Luarence, *La justicia digital: un camino sin retorno*, México Evalúa. <https://www.mexicoevalua.org/la-justicia-digital-un-camino-sin-retorno/#:~:text=desaf%C3%ADos%20para%20una%20justicia%20digital,judicial%20con%20responsabilidad%20y%20%C3%A9tica>.

254 Nácar, Jonathan, *Inteligencia Artificial y justicia: Un panorama incierto en México*, Eje Central. <https://www.ejecentral.com.mx/nuestro-eje/inteligencia-artificial-y-justicia-un-panorama-incierto-en-mexico#:~:text=La%20Inteligencia%20Artificial%20,accesible%20para%20todos%20los%20ciudadanos>.

movido por una ministra de la Corte.²⁵⁵ Sin embargo, la adopción plena de la IA en el sistema de justicia mexicano apenas comienza y enfrenta desafíos significativos. Entre ellos se cuentan la brecha tecnológica entre distintas regiones, la falta de capacitación especializada entre los operadores judiciales y la ausencia de un marco normativo claro para su implementación.²⁵⁶

El objetivo de este ensayo es explorar el impacto de la IA en la justicia mexicana y su relación con la protección de los derechos humanos, en función de la ponencia presentada en el Diplomado “Pensamiento Jurídico Mexicano, Crítica y Teoría Contemporánea del Derecho”, organizado por el Centro Nacional de Derechos Humanos “Rosario Ibarra de Piedra” (CENADEH), institución académica de la Comisión y el Consejo Nacional de Humanidades, Ciencia y Tecnología, ahora Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación.²⁵⁷

Para ello, se analizarán los aspectos técnicos de las aplicaciones de IA en el poder judicial, las implicaciones filosóficas y éticas de su uso, ejemplos prácticos tanto en México como en otros países, y las garantías necesarias para asegurar que esta modernización ocurra de manera imparcial y transparente, respetando en todo momento los derechos fundamentales.

A partir de este análisis multidimensional, se ofrecerán conclusiones y propuestas orientadas a lograr una justicia moderna que aproveche las ventajas de la IA sin comprometer los principios de equidad y humanidad que deben regir el sistema judicial.

I. Derechos Humanos, la Justicia y la Inteligencia Artificial

Como punto de partida, debe decirse que actualmente la legislación mexicana no contempla expresamente el uso de IA en la función judicial. La Constitución Política, en su artículo 17, garantiza una justicia pronta, completa e imparcial por tribunales previamente establecidos.

Con base en ese fundamento constitucional y en relación con otros que garantizan los derechos humanos que pudieran vincularse con la IA, se podrían enumerar:

255 Ana Margarita Ríos Farjat.

256 Nácar, Jonathan, *Inteligencia Artificial y justicia...*, op. cit.

257 En diciembre de 2024, en las instalaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

1. Derecho de acceso a la justicia, porque la IA puede mejorar la eficiencia del sistema judicial, pero también debe garantizar que sus decisiones sean explicables y revisables.²⁵⁸
2. Derecho a la igualdad y no discriminación, en tanto que los algoritmos deben ser diseñados sin sesgos que perpetúen desigualdades estructurales.²⁵⁹
3. Derecho a la privacidad y protección de datos personales, en el sentido de que la IA debe manejar datos sensibles con transparencia y respeto a la autodeterminación informativa.²⁶⁰
4. Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información, en torno a que la IA puede facilitar el acceso a la información jurídica y fortalecer la transparencia del sistema judicial.²⁶¹
5. Derecho al debido proceso y garantías judiciales; toda persona tiene derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial, por lo que las decisiones automatizadas deben ser revisadas por jueces humanos.²⁶²
6. Derecho a la protección contra decisiones arbitrarias; los algoritmos deben ser auditables para evitar que generen decisiones injustas o inapelables.²⁶³
7. Derecho a la dignidad humana; toda tecnología debe respetar

258 Artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

259 Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

260 Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

261 Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

262 Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

263 Artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

la dignidad y autonomía de las personas, evitando su deshumanización en procesos judiciales y administrativos.²⁶⁴

El desafío de la IA en el ámbito de los derechos humanos radica en garantizar que su desarrollo y aplicación respeten los principios de justicia, equidad y transparencia, asegurando que la tecnología sea un medio para fortalecer los derechos y no una herramienta que los restrinja o vulnere.

No obstante, del Sistema de Información Legislativa (SIL) se advierte una relación de las iniciativas legislativas en México relacionadas con la inteligencia artificial que permiten concluir que se está avanzando en un marco jurídico para sistemas de IA.²⁶⁵

II. Aspectos técnicos de la Inteligencia Artificial en la Impartición de Justicia

En el plano técnico, la IA aplicada a la impartición de justicia suele apoyarse en algoritmos de aprendizaje automático (*machine learning*) y técnicas de procesamiento de lenguaje natural para interpretar textos jurídicos y realizar predicciones basadas en datos.

Esto permite, por ejemplo, analizar miles de sentencias previas en busca de patrones que ayuden a pronosticar el resultado de un caso nuevo o a identificar jurisprudencia relevante de forma automatizada.

Un caso notable es ROSS, conocido como el primer “abogado robot”, que emplea la tecnología DeepQA de IBM Watson para responder preguntas legales. ROSS es capaz de escuchar lenguaje humano, rastrear más de 10 mil páginas por segundo y formular respuestas mucho más rápido que cualquier abogado, incluyendo citas a leyes y jurisprudencia, sugerencias de lecturas adicionales e incluso un cálculo de la confiabilidad de sus conclusiones.²⁶⁶

264 Artículo 1 de la Carta de la ONU.

265 SIL - Sistema de Información Legislativa-Resultados.

https://sil.gobernacion.gob.mx/Librerias/Search/search_UTF.php?Valor=%22Inteligencia%20artificial%22.

266 Chuquicallata, Francisco, *Ross, el primer abogado robot que litiga usando inteligencia artificial*, Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/ross-primer-abogado-robot-litiga-usando-inteligencia-artificial/#:~:text=Se%20llama%20Ross%20y%20>



A medida que recibe más consultas, este sistema “aprende” y mejora su precisión, lo que ejemplifica cómo la IA puede alimentarse de la interacción constante con usuarios para perfeccionar su desempeño. Sus respuestas no son un simple copiar-pegar de textos legales, sino que ROSS interpreta las preguntas, ejecuta juicios de valor basados en un meticuloso estudio de la base de datos jurídica y fundamenta sus recomendaciones con referencias legales pertinentes.²⁶⁷ Herramientas de este tipo demuestran que la IA puede procesar información jurídica a una velocidad y escala imposibles para un humano, apoyando a abogados y jueces en tareas de investigación y análisis.

Existen ya múltiples plataformas de IA aplicadas al derecho. Por ejemplo, LexIA son asistentes jurídicos basados en IA diseñados para investigar normativa, jurisprudencia y doctrina, permitiendo realizar consultas legales complejas en lenguaje natural.²⁶⁸

De igual modo, en México, el Poder Judicial Federal ha implementado JullIA como buscador inteligente de jurisprudencia, y más recientemente, un chatbot llamado JusticIA que orienta a los usuarios en sus consultas al Semanario Judicial de la Federación (repositorio de jurisprudencia nacional).²⁶⁹

En Colombia, la Corte Constitucional desarrolló PretorIA, un sistema que analiza y clasifica grandes cantidades de texto legal, realiza resúmenes de documentos e identifica patrones, ahorrando horas de trabajo a los magistrados en la selección de casos relevantes.²⁷⁰

Estas herramientas se apoyan en algoritmos de procesamiento de lenguaje entrenados con extensas bases de datos de leyes y sentencias, lo que les permite identificar información clave de manera autónoma una vez digitalizados los documentos jurídicos.

La IA también se ha aplicado para la predicción judicial.

es,r%C3%A1pido%20que%20cualquier%20abogado%20humano.

267 *Idem.*

268 Lexia - AI Legal Assistant. <https://www.lexia.lat/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20Lexia%20y%20c%C3%B3mo,puedo%20ayudarme.>

269 Pantin, Luarence, *La justicia digital...*, op. cit.

270 *Idem.*

Mediante técnicas de *machine learning*, es posible entrenar modelos con datos de casos previos para anticipar desenlaces o evaluar riesgos. En materia penal, por ejemplo, existen algoritmos que estiman la probabilidad de que un acusado reincida o se sustraiga del proceso, apoyando la decisión del juez sobre medidas cautelares (prisión preventiva, fianza, etc.) o sobre la severidad de una sentencia.

Asimismo, grandes despachos de abogados y empresas *legaltech* ofrecen herramientas que, con base en antecedentes y hasta en el historial de fallos de ciertos jueces, calculan la probabilidad de éxito de un juicio o el posible monto de un acuerdo. Esto puede ayudar a abogados y clientes a tomar decisiones informadas sobre litigar o negociar.

Ahora bien, estas aplicaciones no están exentas de problemas.

Por un lado, si tales sistemas vaticinan una baja probabilidad de triunfo, algunos individuos podrían tener dificultades para encontrar quién represente su caso, lo cual plantearía un obstáculo de acceso a la justicia.

Por otro lado, en ciertos países se mira con recelo la predicción de fallos judiciales, pues temen que permita a los litigantes elegir estratégicamente la jurisdicción más favorable (*forum shopping*).

De hecho, Francia prohibió este tipo de análisis y decidió eliminar el nombre de los jueces al publicar las sentencias, para impedir estudios sobre la tendencia de cada juez; una medida que, paradójicamente, se considera un retroceso en materia de transparencia y rendición de cuentas.²⁷¹

Pese a tales retos, los beneficios técnicos de la IA en los tribunales son tangibles. La automatización de tareas rutinarias –como la revisión de expedientes, la clasificación de nuevos casos o la búsqueda de precedentes– puede reducir la carga de trabajo de los juzgados y agilizar la resolución de asuntos rezagados.

Estudios iniciales destacan que la IA puede encargarse de labores repetitivas, como la lectura de documentos o la elaboración de resúmenes de expedientes, permitiendo a jueces y funcionarios concentrarse en cuestiones de fondo.²⁷²

271 *Idem*.

272 Aguilar Hernández, Juan Francisco, *Desafíos de la inteligencia artificial en el sistema de justicia en México*, Producciones



Del mismo modo, los sistemas inteligentes pueden analizar grandes volúmenes de información en tiempo real, brindando a los operadores jurídicos insumos para decisiones más informadas y basadas en datos. Por ejemplo, un juez podría apoyarse en una herramienta que le señale patrones jurisprudenciales relevantes para el caso bajo estudio, ahorrándole horas de búsqueda manual.

En suma, desde *chatbots* que orientan al ciudadano hasta algoritmos que asisten al juez en el dictado de sentencias, los aspectos técnicos de la IA en la impartición de justicia abarcan un amplio abanico de herramientas cuyo fin común es hacer más eficiente y preciso el quehacer judicial.²⁷³

III. Perspectiva filosófica y ética

El advenimiento de la IA en la justicia plantea preguntas profundas sobre el papel del juez y los principios que sostienen al sistema legal.

En la era de la automatización, es crucial preservar la función humana en la toma de decisiones judiciales. Un algoritmo, por más sofisticado que sea, carece de la conciencia, la empatía y la capacidad de ponderación moral que caracterizan al juzgador humano. Por ello, expertos enfatizan que la IA debe concebirse como una herramienta de apoyo y no como un sustituto del juez, manteniendo siempre a una persona detrás de la decisión final.²⁷⁴

Las resoluciones judiciales involucran valoraciones cualitativas –gravedad de una falta, credibilidad de un testigo, circunstancias atenuantes o agravantes– que difícilmente pueden ser capturadas en su totalidad por un modelo matemático. Si se delegara excesivamente en sistemas automatizados, existe el riesgo de deshumanización del derecho: que la impartición de justicia se vuelva un ejercicio mecánico donde los casos se resuelvan con criterios puramente algorítmicos, sin considerar los matices humanos de cada situación.

IMER. <https://www.imer.mx/programas/desafios-de-la-inteligencia-artificial-en-el-sistema-de-justicia-en-mexico/#:~:text=,informadas%20y%20basadas%20en%20datos>.

273 Nácar, Jonathan, *Inteligencia Artificial y justicia...*, op. cit.

274 Aguilar Hernández, Juan Francisco, *Desafíos de la inteligencia artificial...*, op. cit.

Esta preocupación ha sido señalada por críticos de la automatización legal. La presencia de “abogados robot” como el citado ROSS ha generado detractores que advierten que confiarle a una máquina todo el trabajo nunca es buena idea, enfatizando que los robots “no tienen sentimientos” y no cuentan con la intuición ni la prudencia que aporta un jurista de carne y hueso.²⁷⁵

Además, los algoritmos entrenados con datos históricos del sistema de justicia pueden reflejar e incluso acentuar sesgos preexistentes. Un ejemplo notable se observó en Estados Unidos con ciertos programas de evaluación de riesgo criminal (usados para decisiones de sentencia o libertad bajo fianza), los cuales resultaron en atribuir puntajes de riesgo más altos a acusados de minorías étnicas, evidenciando sesgos raciales en los datos de entrenamiento.²⁷⁶ Si no se previene, la discriminación algorítmica puede socavar seriamente el principio de igualdad ante la ley, perpetuando injusticias bajo la apariencia de objetividad tecnológica.

Otro dilema ético es el de la transparencia y la explicabilidad de las decisiones asistidas por IA.

El estado de derecho exige que las resoluciones judiciales estén debidamente fundadas y sean comprensibles para las partes. Sin embargo, muchos modelos de IA –especialmente los basados en redes neuronales profundas– operan como “cajas negras” cuyo razonamiento interno no es fácilmente entendible ni siquiera por sus programadores.

Esto choca con la necesidad de explicar por qué se arribó a determinado fallo o recomendación. La explicabilidad se vuelve indispensable para garantizar una justicia moderna y a la vez legítima, pues favorece decisiones más justas y éticas al exigir que los modelos de IA proporcionen razones claras detrás de sus resultados.²⁷⁷

275 Chuquicallata, Francisco, Ross..., op. cit.

276 Pantin, Luarence, *La justicia digital...*, op. cit.

277 BGBG, *Transparencia y Explicabilidad en la IA: La clave para generar confianza y evitar sesgos (segunda parte)*. <https://bgbg.mx/transparencia-y-explicabilidad-en-la-ia-la-clave-para-generar-confianza-y-evitar-sesgos-segunda-parte/#:~:text=La%20explicabilidad%20favorece%20una%20toma,la%20vida%20de%20las%20personas>.



En sectores tan sensibles como el judicial, donde los algoritmos pueden impactar directamente la vida de las personas, esta cualidad es particularmente importante. De lo contrario, la falta de claridad dificulta identificar y corregir errores y genera desconfianza sobre la equidad de las decisiones automatizadas.²⁷⁸

Por ello, se demanda que cualquier sistema inteligente empleado en tribunales sea transparente y auditabile, permitiendo a ciudadanos y abogados entender cómo se procesó la información y se llegó a una conclusión.

En la práctica, esto implica que los desarrolladores revelen los criterios generales que sigue el algoritmo y que los jueces puedan acceder (al menos de forma técnica) a las razones que da la IA, integrándolas a la motivación de sus sentencias. Solo así se evitará otorgar una fe ciega e infundada en las “máquinas de justicia” y se mantendrá la rendición de cuentas en el proceso judicial.

En resumen, la perspectiva filosófica y ética advierte que la modernización judicial mediante IA debe ser cautelosa y humanista. Debe buscarse un equilibrio donde la tecnología potencie la justicia sin socavar sus valores fundamentales: la humanidad del juez, la imparcialidad real (libre de sesgos, sean humanos o computacionales) y la transparencia del proceso.

Mantener al ser humano “en el circuito” de decisión –con control efectivo sobre las herramientas algorítmicas y capacidad de interpretar sus aportes– es esencial para que la justicia siga siendo justicia en sentido pleno, y no meramente el *output* frío de un cálculo automatizado.

IV. Aplicaciones prácticas y casos de éxito en México y el mundo

El panorama internacional ofrece ejemplos ilustrativos del potencial (y los retos) de la IA en los sistemas judiciales.

En Canadá, por ejemplo, el Tribunal Supremo emitió un manual de “*Principios y directrices provisionales sobre el uso de IA*” que prohíbe emplear herramientas de decisión automatizada en la redacción de sentencias o acuerdos sin una consulta pública previa, y además exige a los litigantes declarar si en

278 Aguilar Hernández, Juan Francisco, *Desafíos de la inteligencia artificial...*, op. cit.

sus promociones emplearon alguna herramienta de IA.²⁷⁹ Esta política pionera busca asegurar que la adopción de IA sea transparente y respetuosa del debido proceso.

Por contraste, China ha apostado por la implementación masiva: creó *Tribunales de Internet* en ciudades como Beijing, Guangzhou y Hangzhou para gestionar en línea diversos litigios (comerciales, administrativos, etc.), con un uso avanzado de IA tanto en el análisis de pruebas como en la redacción de veredictos.²⁸⁰ En estos tribunales digitales chinos, las partes litigan de forma virtual y las aplicaciones móviles oficiales permiten presentar y dar seguimiento a casos judiciales sin acudir físicamente a la corte.

Estados Unidos, por su parte, aceleró la adopción de sistemas de justicia en línea a raíz de la pandemia de COVID-19: muchas cortes implementaron plataformas de *Online Dispute Resolution (ODR)* que permiten presentar escritos y pruebas de manera electrónica ante los jueces, quienes incluso pueden buscar de forma automática palabras clave en transcripciones digitales para apoyar sus decisiones.

Esto agiliza los procedimientos, aunque también ha expuesto limitaciones, como la ausencia de herramientas para verificar la autenticidad de pruebas digitalizadas (un desafío importante para evitar fraudes).²⁸¹

En Estonia, uno de los países más digitalizados del mundo, el gobierno ha integrado plenamente la tecnología en el ámbito legal: el 99% de los servicios gubernamentales se pueden realizar en línea y el 98% de la población cuenta con identificación digital, lo que sienta las bases para un ecosistema judicial electrónico.

279 México Evalúa, *La inteligencia artificial tiene un futuro prometedor para agilizar la impartición de justicia, pero también tiene riesgos que deben atenderse*: México Evalúa. <https://www.mexicoevalua.org/la-inteligencia-artificial-tiene-un-futuro-prometedor-para-agilizar-la-imparticion-de-justicia-pero-tambien-tiene-riesgos-que-deben-atenderse-mexico-evalua/#:~:text=utiliz%C3%B3alguna%20herramienta%20de%20IA>.

280 *Idem*.

281 *Idem*.



De hecho, el uso de blockchain y firmas digitales en procesos legales estonios genera ahorros estimados del 2% del PIB, y existe una plataforma nacional de resolución de disputas en línea para resolver de forma remota conflictos entre consumidores y comerciantes.²⁸²

Asimismo, Italia y Nueva Zelanda exploran activamente la integración de IA: la primera discute un proyecto de ley específico sobre IA judicial y ha implementado proyectos piloto para apoyar la elaboración de decisiones a partir de bases de datos de casos previos; la segunda utiliza un sistema llamado *INSPIRE* que asiste a instituciones gubernamentales –incluida su Corte Suprema– proporcionando análisis de jurisprudencia y legislación aplicable en la resolución de disputas en línea.²⁸³

Estas experiencias demuestran que la IA puede aplicarse exitosamente en tareas muy diversas, desde la tramitación electrónica de expedientes y la búsqueda inteligente de información, hasta la automatización parcial de decisiones judiciales, siempre y cuando se acompañe de controles adecuados y consideraciones éticas.

En América Latina también se observan innovaciones notables. Un ejemplo es *Prometea* en Argentina, un sistema de IA desarrollado por el Ministerio Público Fiscal de Buenos Aires que genera borradores de resoluciones de forma automática. Su función es ahorrar a los funcionarios tareas repetitivas y permitirles enfocarse en los casos más complejos, así como en la atención y contención de víctimas –ámbitos que *solo un humano* puede asumir plenamente.²⁸⁴

Prometea ha logrado, por ejemplo, resolver en cuestión de segundos ciertos trámites urgentes que antes tomaban semanas o meses, evidenciando cómo la IA puede acelerar la justicia en asuntos sencillos sin sacrificar calidad.

Otro caso es *PretorIA* en Colombia: este asistente virtual de la Corte Constitucional analiza miles de tutelas (recursos de amparo) presentadas ante el tribunal, clasificando y destacando automáticamente aquellas que plantean

282 *Idem*.

283 *Idem*.

284 *Prometea*, Wikipedia, la enciclopedia libre. <https://es.wikipedia.org/wiki/Prometea#:~:text=Prometea%20es%20un%20sistema%20de,de%20la%2048.>

temas nuevos o especialmente relevantes, lo que ayuda a los magistrados a priorizar su atención.²⁸⁵

Gracias a ello, se ha optimizado el proceso de selección de casos y la elaboración de síntesis de expedientes, reduciendo el rezago en la revisión de quejas ciudadanas. Estas aplicaciones latinoamericanas sugieren que la región, aunque con recursos más limitados que las potencias tecnológicas, puede adaptar la IA a sus necesidades específicas para mejorar la eficiencia judicial y ampliar el acceso a la justicia.

En cuanto a México, si bien aún no existen implementaciones de IA a gran escala en el Poder Judicial, se han dado primeros pasos importantes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha incursionado con proyectos piloto como *JulIA*, el buscador inteligente de jurisprudencia mencionado, que inició operaciones en 2022, y la herramienta *Sor Juana*, promovida por una ministra, para facilitar la comprensión y divulgación de sus proyectos de sentencias al público.²⁸⁶

Por su lado, el Poder Judicial del Estado de México ha realizado pruebas con sistemas de IA locales para análisis de expedientes y gestión de causas, mostrando avances significativos en la materia.²⁸⁷

Estos esfuerzos demuestran el interés por una justicia más tecnológica, pero aún son iniciativas aisladas y en fase experimental. Mirando hacia el futuro, las posibles aplicaciones de IA en el sistema judicial mexicano son amplias: desde asistentes virtuales que orienten a los ciudadanos en sus trámites legales (por ejemplo, *chatbots* que informen sobre requisitos, formatos o procedimientos), hasta sistemas de gestión de casos que asignen automáticamente expedientes a juzgados menos saturados y ayuden a administrar el flujo de trabajo.

También podría emplearse IA para *minar* datos judiciales y detectar patrones de corrupción o atraso procesal, contribuyendo a focalizar auditorías internas. Incluso en la función jurisdiccional, se podría explorar el uso de algoritmos de apoyo: por ejemplo, para sugerir al juez precedentes relevantes en

285 Pantin, Luarence, *La justicia digital...*, op. cit.

286 Nácar, Jonathan, *Inteligencia Artificial y justicia...*, op. cit.

287 México Evalúa, *La inteligencia artificial tiene un futuro prometedor...*, op. cit.



la redacción de una sentencia o para identificar posibles inconsistencias en proyectos de resolución antes de emitirlas.

Todas estas aplicaciones potenciales deberán, por supuesto, someterse a prueba y adaptarse al contexto legal y cultural mexicano, que tiene sus propias particularidades (idioma jurídico, estructura de procedimientos, etcétera).

La implementación de la IA en la justicia mexicana enfrenta considerables desafíos estructurales. Existe una marcada *brecha tecnológica* entre los distintos poderes judiciales del país: mientras algunas jurisdicciones cuentan con expedientes digitalizados y sistemas modernos, otras carecen de infraestructura básica —en palabras de una analista, “a veces pensamos en inteligencia artificial, pero muchos tribunales ni siquiera tienen internet”.²⁸⁸

Esta disparidad implica que no todas las entidades están en condiciones de “subirse a la ola” de la digitalización de inmediato, lo que representa una gran brecha entre estados avanzados y rezagados.²⁸⁹

A ello se suma la limitación presupuestal: la modernización tecnológica requiere inversiones sustanciales, y sin recursos dedicados no habrá progreso. De hecho, una revisión de México Evalúa advirtió que la mayoría de los estados carece de los recursos necesarios para implementar incluso la reforma judicial en curso, mucho menos para proyectos tecnológicos innovadores.

Sin dinero asignado a mejorar equipos, conectividad y capacitación, será difícil llegar a herramientas de IA sofisticadas adaptadas al contexto y la legislación mexicana. También hay retos humanos y organizativos: persiste la reticencia entre algunos operadores jurídicos —incluyendo abogados litigantes— a adoptar nuevas herramientas digitales, ya sea por desconocimiento, desconfianza o simple apego a los métodos tradicionales.

Finalmente, se identifica la ausencia de un marco normativo claro en torno al uso de IA. Actualmente, no existe un plan nacional específico para la IA en el ámbito de la justicia, ni lineamientos oficiales que guíen su implementación en juzgados.

Esta laguna regulatoria genera incertidumbre y puede frenar una adopción más amplia y coordinada, pues los jueces podrían temer usar IA sin una

288 Nácar, Jonathan, *Inteligencia Artificial y justicia...*, op. cit.

289 *Idem*.

base legal que los respalte, y los desarrolladores carecen de criterios sobre límites y responsabilidades.²⁹⁰

Superar estos obstáculos requerirá una visión integral: invertir en infraestructura y conectividad para todos los tribunales, capacitar continuamente al personal judicial en competencias digitales y desarrollar guías o políticas que orienten el uso ético, eficiente y seguro de la inteligencia artificial en la impartición de justicia.

V. Garantías para la protección de los derechos humanos

La introducción de la IA en la impartición de justicia debe venir acompañada de salvaguardas sólidas para proteger los derechos humanos de las personas involucradas en los procesos.

Un primer paso es prevenir los sesgos algorítmicos mediante el cuidado en los datos que alimentan a estos sistemas. Si la información histórica con que se entrena un algoritmo contiene prejuicios (por ejemplo, un sesgo sistemático contra ciertos grupos), la IA podría reproducirlos e incluso amplificarlos.

Por ello, se requiere garantizar la calidad y representatividad de los datos utilizados para entrenar los modelos, de modo que no incluyan sesgos discriminatorios. Estudios especializados subrayan la importancia de prestar atención a la información con la que se entrena la IA para evitar decisiones discriminatorias, recomendando depurar los conjuntos de datos y complementarlos cuando sea necesario para lograr equidad.²⁹¹

Asimismo, deben establecerse mecanismos de auditoría continua de los algoritmos: es decir, revisar periódicamente sus recomendaciones y resultados a fin de detectar y corregir eventuales disparidades injustificadas.

Idealmente, se podrían conformar comités o unidades técnicas dentro del Poder Judicial dedicadas a monitorear las herramientas de IA, verificando

²⁹⁰ Borges Aranda, Froilán, *Hacia el Juez 2.0*, Revista Tiempo de Derechos, año 4, número 47, marzo 2022, Fundación Aguirre, Azuela, Chávez, Jáuregui, Pro-Derechos Humanos A.C.

²⁹¹ México Evalúa, *La inteligencia artificial tiene un futuro prometedor...*, op. cit.



su rendimiento y verificando que no incurran en sesgos prohibidos (por ejemplo, por razón de género, etnia, posición socioeconómica, etcétera).

En línea con ello, resulta esencial la transparencia: los tribunales y desarrolladores deben ser claros sobre cómo funcionan estas IA, qué datos utilizan y con qué fines. Esto implica, por ejemplo, hacer público cuándo se emplea una herramienta automatizada en un proceso judicial y permitir que las partes conozcan –y si es necesario, impugnen– las sugerencias generadas por la máquina.

La experiencia comparada ofrece ideas útiles en este sentido: como se dijo anteriormente, en Canadá se exige revelar el uso de IA en los escritos presentados ante la corte, precisamente para asegurar la transparencia y permitir el escrutinio público de dichas herramientas.²⁹²

De igual forma, a nivel internacional, la Unión Europea ha enfatizado principios de explicabilidad, supervisión humana y no discriminación que deben regir los sistemas de IA de “alto riesgo”, como los empleados en justicia, buscando que estos nunca operen en un vacío de control o comprensión.²⁹³

Paralelamente, es urgente desarrollar lineamientos éticos y jurídicos que regulen la IA en la justicia. Diversos expertos y entidades han propuesto cartas de principios a este respecto. En el contexto mexicano, el centro de análisis México Evalúa ha recomendado elaborar guías de buenas prácticas que establezcan estándares éticos y legales para el uso de la IA en la impartición de justicia.

Estos lineamientos deberían abordar cuestiones como la privacidad de los datos personales (garantizando el cumplimiento de leyes como la de protección de datos personales), la seguridad e integridad de los sistemas (para evitar manipulaciones o ciberataques en expedientes digitales) y la responsabilidad profesional en el uso de la IA.

De hecho, cualquier decisión asistida por un algoritmo debe poder atribuirse a una autoridad humana identificable que responda por ella. Esto conecta con el principio de rendición de cuentas: las instituciones deben definir quién es responsable de los resultados arrojados por la IA y cómo se subsanarán posibles errores o daños.

292 *Idem*.

293 *Idem*.

Analistas subrayan como “fundamental” contar con regulaciones específicas que cumplan directrices de transparencia en el uso de datos, auditoría de algoritmos para evitar sesgos y mecanismos de responsabilidad que garanticen un uso justo y equitativo de la IA.²⁹⁴

En otras palabras, deben crearse marcos que obliguen a la supervisión humana efectiva de la tecnología: por ejemplo, que un juez siempre valide una recomendación antes de aplicarla, o que existan vías de apelación cuando una parte considere que una decisión automatizada fue incorrecta o injusta.

Otro elemento clave es mantener el equilibrio entre tecnología y juicio humano.

Como se discutió, la IA debe servir de apoyo, pero nunca desplazar la apreciación judicial. Es conveniente instaurar límites claros a la automatización: por ejemplo, prohibir que se dicten sentencias o resoluciones totalmente automatizadas sin intervención de un juez.

La IA puede asistir, más las decisiones últimas han de recaer en personas, preservando así la garantía constitucional de ser juzgado por tribunales establecidos y por jueces responsables de sus fallos.²⁹⁵

Asimismo, se debe asegurar que la introducción de IA no vulnere las garantías procesales y los derechos humanos de las partes. Esto abarca el derecho al debido proceso (p. ej., que ninguna persona sea objeto de una resolución adversa basada exclusivamente en un algoritmo que no pueda cuestionar), el derecho a una defensa adecuada (permitiendo que abogados y defensores tengan acceso a la información y metodología de la IA para refutarla si es pertinente) y el derecho a la privacidad (proteger los datos personales sensibles que pudieran alimentar a la IA).

Las partes en un litigio deben poder conocer si se utilizó IA en su caso y, de ser así, tener la oportunidad de alegar sobre ello. Estas garantías mantendrán a raya la posibilidad de una “justicia opaca” donde las personas no entienden las decisiones que les afectan.

Finalmente, la capacitación continua de los operadores jurídicos es fundamental para acompañar este cambio tecnológico. Jueces, magistrados, ac-

294 *Idem.*

295 Aguilar Hernández, Juan Francisco, *Desafíos de la inteligencia artificial...*, op. cit.



tuarios, ministerios públicos, defensores y abogados necesitan familiarizarse con las herramientas de IA, comprender sus alcances y limitaciones, y aprender a interpretar sus resultados.

Instituciones como la UNESCO han desarrollado cursos de formación y *kits* de herramientas para el personal judicial en materia de IA, reconociendo la importancia de educar a los usuarios de estas tecnologías.²⁹⁶

Con capacitación, se logrará tanto vencer temores infundados (por ejemplo, el miedo a que la IA reemplace al juez) como evitar un uso acrítico de la tecnología. Un operador bien entrenado sabrá aprovechar las ventajas de un sistema inteligente –por ejemplo, para encontrar jurisprudencia relevante en segundos–, pero también sabrá detectar una recomendación errónea o sesgada de la máquina y corregirla.

En suma, la protección de los derechos humanos en una justicia apoyada por IA exige un enfoque multidimensional: datos libres de sesgo, reglas claras, transparencia, supervisión humana y educación constante. Solo así es posible equilibrar la innovación tecnológica con el respeto irrestricto a la dignidad humana y a los principios básicos del derecho.

Conclusiones

La irrupción de la inteligencia artificial en la impartición de justicia puede ser un catalizador para lograr un sistema más ágil, imparcial y accesible, siempre y cuando se implementen las salvaguardas adecuadas.

El impacto potencial de la IA es innegable: podría ayudar a resolver el rezago de asuntos, reducir los tiempos procesales, mejorar la consistencia de los criterios judiciales y acercar la justicia a quienes hoy enfrentan barreras de acceso.

Al mismo tiempo, este ensayo ha evidenciado que dicha transformación conlleva riesgos que deben atenderse —desde la opacidad y los sesgos discriminatorios hasta la posible deshumanización de las decisiones—. Por ello, cualquier incorporación de la IA debe hacerse de manera ética y responsable, po-

296 Pantin, Luarence, *La justicia digital...*, op. cit.

niendo por delante la protección de los derechos humanos o fundamentales. La tecnología debe supeditarse a los fines de la justicia, y no al revés.

Para que México aproveche las ventajas de la IA sin comprometer la justicia, es indispensable seguir varias líneas de acción.

Primero, aprender de las experiencias internacionales: como señaló una investigadora, debemos observar “*lo que funciona y lo que no*” en los países con mayor recorrido en el uso de IA judicial, para así construir un sistema más eficiente que ahorre tiempo y recursos, sin olvidar la revisión constante para evitar sesgos que deriven en injusticias.²⁹⁷

Segundo, desarrollar una estrategia nacional que incluya guías claras para el uso de IA en tribunales, integrando principios de imparcialidad, transparencia, explicabilidad y control humano.

Esto podría materializarse en lineamientos emitidos por la Suprema Corte o el Consejo de la Judicatura, elaborados en conjunto con expertos en tecnología y derechos humanos.

Tercero, fortalecer la infraestructura y los datos: sin expedientes digitalizados, conectividad en todos los juzgados y datos de calidad, la IA no podrá desplegar su potencial.

Invertir en la modernización de los sistemas de gestión judicial y en la recopilación/depuración de bases de datos es una condición previa para cualquier proyecto de IA exitoso.

Cuarto, establecer mecanismos regulatorios y de supervisión: por ejemplo, ajustar las leyes procesales para contemplar la figura de decisiones asistidas por computadora, o exigir que se informe a las partes cuando se use IA en un caso (como hace Canadá) y que siempre haya posibilidad de impugnarlo.

Quinto, promover la capacitación interdisciplinaria de los operadores de justicia, sumando a tecnólogos, juristas y eticistas en la formación de jueces y abogados para esta nueva era digital.

En concreto, un estudio reciente plantea cinco recomendaciones puntuales para la implementación de IA en el Poder Judicial mexicano:

297 México Evalúa, *La inteligencia artificial tiene un futuro prometedor...*, op. cit.



(1) Garantizar la calidad de los datos para evitar decisiones discriminatorias.

(2) Desarrollar guías de buenas prácticas que establezcan estándares éticos.

(3) Asegurar la transparencia y la auditoría continua de los algoritmos, con mecanismos de rendición de cuentas.

(4) Implementar programas de capacitación continua en IA para jueces, abogados y personal jurídico; y

(5) Evaluar cuidadosamente la automatización en procesos clave (por ejemplo, en la selección y nombramiento de jueces, tema de la reforma judicial en curso).²⁹⁸

Estas propuestas, resumidas, trazan una hoja de ruta hacia una adopción segura y legítima de la IA.

El futuro de la justicia digital en México dependerá de la capacidad de articular estas propuestas en políticas públicas concretas. Es alentador que los principales actores del sistema —Poder Judicial, poderes Ejecutivo y Legislativo, academia y sociedad civil— estén comenzando a colaborar en este tema.

Se reitera la invitación a los poderes judiciales, académicos y organizaciones civiles a sumar esfuerzos en la construcción de un sistema judicial que integre la IA “*de manera responsable, garantizando los derechos fundamentales y la equidad en el acceso a la justicia*”.²⁹⁹

En última instancia, la tecnología debe ser un medio para potenciar la labor humana, no un fin en sí mismo. Si México logra implementar la inteligencia artificial manteniendo en el centro los principios de imparcialidad, transparencia y respeto a los derechos humanos, estará encaminado hacia una justicia verdaderamente *moderna, imparcial y transparente*.

Los beneficios pueden ser enormes —un sistema más eficiente, con menos corrupción y con mayor acceso para todos—, pero su realización requiere liderazgo y visión a largo plazo.

298 *Idem*.

299 *Idem*.

La oportunidad de transformar la justicia está sobre la mesa; queda en manos de nuestras instituciones abrazar la innovación con prudencia y ética. De hacerlo así, la IA puede convertirse en aliada para fortalecer el Estado de Derecho y materializar esos ideales de equidad y confianza en la justicia que la sociedad mexicana anhela.

Referencias

BGBG. (2025). *Transparencia y explicabilidad en la IA: La clave para generar confianza y evitar sesgos*.

Borges Aranda, F. (2022, marzo). *Hacia el juez 2.0. Revista Tiempo de Derechos*, 4(47). Fundación Aguirre, Azuela, Chávez, Jáuregui, Pro-Derechos Humanos A.C.

Chuquicallata, F. (2023). *Ross, el primer abogado robot que litiga usando IA. La Ley* (Perú).

México Evalúa. (2025). *Comunicado de prensa: La inteligencia artificial tiene un futuro prometedor para agilizar la impartición de justicia, pero también tiene riesgos que deben atenderse*.

Nácar, J. (2025). *Inteligencia artificial y justicia: Un panorama incierto en México*. EjeCentral.

Pantin, L. (2023). *La justicia digital: Un camino sin retorno*. México Eva-lúa/Nexos.

Producciones IMER. (2024). *Desafíos de la inteligencia artificial en el sistema de justicia en México*.

Wikipedia. (2023). *Prometea (software)*.

Derechos humanos neuro-específicos. Hugo S. Ramírez-García³⁰⁰

Introducción

³⁰⁰ Doctor en Derecho por la Universitat de València. Profesor titular D. Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Ciudad de Méxi-co. Investigador Nacional Nivel 3 SNII.



La acelerada expansión de la neurociencia ha transformado la manera en que concebimos la identidad, la privacidad y la libertad individual. En este contexto, surge la necesidad de reconocer y proteger nuevos aspectos de la integridad mental así como la autonomía cognitiva, lo que ha impulsado el debate sobre la implementación de lo que se ha denominado “neuroderechos” o si se prefiere, derechos humanos neuro-específicos. Estos derechos abarcan la protección de la privacidad mental, la libertad de pensamiento, la integridad cognitiva y la continuidad psicológica, y pretenden garantizar que el progreso neurotecnológico no conlleve el elevado costo de vulnerar la dignidad humana.

La presente ponencia intenta justificar el reconocimiento de los derechos humanos neuro-específicos a partir de una perspectiva interdisciplinaria, que integra argumentos éticos, jurídicos y sociales. Argumentaré que el reconocimiento de los neuroderechos no solo es justificable, sino imprescindible para asegurar que el incremento del conocimiento acerca del funcionamiento del cerebro humano sea tal que sus beneficios puedan integrarse en la sociedad, sin sacrificar la protección de lo más íntimo y esencial del ser humano.

Estas reflexiones fueron expuestas en la primera edición del Diploma “Pensamiento jurídico mexicano, crítica y teoría contemporánea del Derecho”. Agradezco a la Maestra Rosy Laura Castellanos Mariano y al Maestro Raymundo Espinoza Hernández, impulsores y organizadores de esta iniciativa, por su generosidad y confianza al invitarme a participar en él.

I. Neurociencia y neurotecnología: una aproximación básica

Con el propósito de identificar y delimitar el contexto de mi reflexión, propongo ofrecer una respuesta a las siguientes cuestiones: ¿qué es la neurociencia?, y ¿cuáles son sus principales campos de desarrollo contemporáneo? La neurociencia es una disciplina científica cuyo desarrollo se ha intensificado notablemente a partir de la década de 1990 (Giménez, Sánchez-Migallón, 2010). Su objeto primario de estudio es el sistema nervioso, abordando tanto su estructura como su función. Se basa en una perspectiva multidisciplinaria que integra conocimientos de biología, psicología, química, física y otras disciplinas afines para comprender cómo el sistema nervioso trabaja a nivel molecular, celular, y sistémico. Por ejemplo, algunos de los hitos más destacados de la neurociencia incluyen:

a) *El mapeo del cerebro humano.* El cual se lleva a cabo mediante técnicas de neuroimagen que han proporcionado información sobre las regiones cerebrales asociadas con funciones específicas, como la memoria, la percepción y el lenguaje.

b) *El descubrimiento de neurotransmisores.* Es decir, descubrimientos como la existencia de la dopamina, serotonina y otros neurotransmisores han contribuido a entender mejor los procesos neurológicos y han sido cruciales en el desarrollo de medicamentos para tratar trastornos mentales.

c) *La comprensión de la neuroplasticidad,* o sea, la capacidad del cerebro para cambiar y adaptarse. En efecto, actualmente ha sido demostrado que el cerebro humano puede reorganizarse en respuesta a la experiencia y la estimulación, lo que tiene implicaciones importantes para la rehabilitación y el tratamiento de lesiones cerebrales.

d) *La neurogenética.* Una especialidad dedicada al estudio de los genes relacionados con el sistema nervioso, lo cual ha permitido la identificación de genes asociados con enfermedades como el Alzheimer o la esquizofrenia, todo ello como base para la proyección de terapias efectivas para estos y otros padecimientos.

e) *La neurotecnología,* por su parte, abarca dispositivos y herramientas que se enfocan en la estructura y función del cerebro y las redes neuronales para entender, monitorizar o modificar su funcionamiento.

Ejemplos destacados de neurotecnología son: (i) Estimulación cerebral profunda: Implica la implantación de electrodos en regiones específicas del cerebro modulando la actividad neuronal a través de impulsos eléctricos para tratar afecciones neurológicas y psiquiátricas como el Parkinson, la epilepsia y la depresión resistente. (ii) Interfaces cerebro-computadora: Con las cuales las personas pueden comunicarse y controlar dispositivos directamente con la actividad cerebral. Entre sus usos se busca restaurar funciones motoras en pacientes con parálisis; o incluso mejorar la conectividad humana con la inteligencia artificial. (iii) Estimulación magnética transcraneal: permite modificar la actividad cerebral sin necesidad de cirugía mediante campos magnéticos para estimular áreas específicas del cerebro y tratar condiciones como la depresión, el dolor crónico y el trastorno obsesivo-compulsivo. (iv) Neuroprótesis: a fin de mejorar la comunicación del sistema nervioso para restablecer funciones perdidas o mejorar las capacidades motoras en personas con amputaciones o lesiones medulares.

II. Neurociencia y sus efectos sobre la agencia y responsabilidad morales

Hoy puede afirmarse que la neurociencia ha transformado profundamente la reflexión ética respecto de la agencia humana y la responsabilidad moral, debido al incremento del conocimiento sobre la actividad cerebral implicada en nuestras decisiones, emociones y comportamientos. Entre las cuestiones abiertas en este sentido podemos señalar:

a. Determinismo neuro biológico: agrupa un conjunto de argumentos que critican el uso actual del concepto “autonomía”, con base en los datos que describen a la conducta humana como un fenómeno gobernado (o si se prefiere, determinado) por patrones de actividad cerebral y factores genéticos o ambientales.

b. Responsabilidad moral. Se recurre a la neurociencia para suministrar evidencias útiles en alegatos sobre la capacidad limitada de ciertos individuos para controlar su comportamiento debido a condiciones neurológicas o psicológicas, como trastornos de la personalidad, traumas cerebrales o adicciones.

c. Reconstrucción de conceptos de justicia. La neurociencia plantea la posibilidad de adoptar modelos más rehabilitativos y menos retributivos o punitivos en los sistemas de justicia.

d. Manipulación y mejoramiento neurológico moral: la idea de utilizar tecnologías o intervenciones biomédicas para mejorar las capacidades morales de las personas. Estas capacidades incluyen la empatía, la capacidad de razonar éticamente, la regulación emocional y la sensibilidad hacia los intereses de los demás. La idea central es que ciertos comportamientos inmorales, como la violencia o la injusticia, podrían ser mitigados mediante la intervención en los procesos biológicos que subyacen a nuestras decisiones morales.

III. Neuroética: una reflexión emergente

La neuroética, explica Adela Cortina (2014), se pregunta por las condiciones éticas en las que deben llevarse a cabo tanto las investigaciones neurocientíficas como la aplicación de sus resultados para no atentar contra los derechos humanos. Así, bajo un plano de interdisciplinariedad, la neuroética se

ocupa de los desafíos éticos ante las posibilidades crecientes de manipulación cerebral y mental, así como al potencial de los dispositivos neurotecnológicos para influir en el comportamiento, la identidad y la privacidad de los individuos.

A pesar de su corta historia, que el consenso localiza en el año de 2002, la neuroética ha desarrollado sus reflexiones de manera sostenida a partir de un conjunto de principios como:

a. Autonomía. A partir del cual reconoce el derecho del individuo a tomar decisiones informadas sobre intervenciones que afectan su cerebro y su identidad, manteniendo siempre el control sobre sus pensamientos y conductas.

b. Beneficencia y no maleficencia. Desde el cual promueve el uso de tecnologías para mejorar la calidad de vida de los pacientes, evitando daños y considerando siempre los beneficios y riesgos para el bienestar general.

c. Privacidad y confidencialidad. Mediante este principio se procura asegurar la protección de la información mental y neural de los individuos, respetando su privacidad en cuanto a pensamientos, emociones y procesos cognitivos.

d. Justicia y equidad. Mismo que busca garantizar un acceso justo y equitativo a las neurotecnologías, promoviendo políticas que eviten disparidades en su uso y acceso.

Un impulso notable a favor de la expansión y avance de la neuroética se encuentra en el contenido del Reporte sobre Implicaciones Éticas asociadas a la Neurotecnología elaborado por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO (2020). En él se ha logrado sintetizar la reflexión compartida por varios expertos de diversos países que arroja un diagnóstico donde destacan las siguientes cuestiones de interés: (i) Privacidad cerebral; enfocada en el riesgo de que la información de la actividad cerebral obtenida a través de diversos métodos pueda ser utilizada sin el consentimiento de las personas que las experimentan. (ii) Manipulación de la actividad cerebral; en este caso, el reporte hace hincapié en el desarrollo de la capacidad de influir en el pensamiento, las emociones o el comportamiento de las personas gracias al conocimiento derivado de la neurociencia y aplicado mediante múltiples neurotecnologías. (iii) Finalmente, se hace un importante llamado para evitar el acceso desigual al aprovechamiento de neurotecnologías lo cual, a su vez, puede pronunciar las inequidades sociales.

A partir de lo anterior, se desglosa una propuesta para un marco ético internacional donde se enfatiza que los avances deben estar acompañados de un marco regulatorio ético que garantice la dignidad humana y los derechos fundamentales. Igualmente se pone de manifiesto la necesidad de establecer un sistema de gobernanza global que asegure un desarrollo responsable de la neurotecnología, alineado con los principios bioéticos internacionales.

De manera concreta el reporte hace estas recomendaciones clave: promover investigaciones que respeten los derechos humanos; evitar la comercialización desregulada de dispositivos neurotecnológicos que comprometan derechos fundamentales; establecer políticas públicas orientadas a la equidad en el acceso a estas tecnologías.

IV. **Hacia el reconocimiento de derechos humanos neuro-específicos**

Uno de los rasgos más destacados de los derechos humanos se expresa en el principio de progresividad, el cual impulsa las mutaciones que expanden la capacidad de los derechos para emancipar y proteger a sus titulares ante el surgimiento de nuevas necesidades humanas o de nuevas modalidades de amenaza a las libertades y de agresión a la dignidad. Dicho con otros términos, la progresividad justifica la identificación de nuevos derechos o la redefinición del alcance de derechos ya reconocidos, para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados. Como es de esperarse la neurociencia y la neurotecnología no sólo representan un polo de conocimiento e innovación; son también fuente de preguntas y preocupaciones, sobre todo cuando se identifica un conjunto de riesgos no menores que pueden atentar contra los intereses fundamentales de todos los seres humanos. A causa de esta ambivalencia se postula la pregunta acerca de la necesidad o no de reconocer derechos humanos neuro-específicos. Veamos con un poco más de detalle los extremos del debate.

V.a. ¿Qué argumentos y razones se ofrecen para negar la necesidad del reconocimiento de unos derechos humanos neuro-específicos?

1. *Limitaciones científicas actuales.* Aunque el potencial de la neurotecnología es significativo, los avances actuales aún están lejos de lograr una “lectura de pensamientos” o control mental efectivo.

2. *Inflación y redundancia con otros derechos existentes.* Los neuroderechos se solapan con derechos humanos ya reconocidos, como la privacidad, la integridad personal y la autonomía.
3. *Complejidad de implementación y regulación.* Las neurotecnologías se desarrollan a un ritmo acelerado, y los gobiernos podrían tener dificultades para legislar sobre temas tan complejos y cambiantes. La incertidumbre técnica y la falta de consenso sobre los límites de la neurociencia aplicada hacen que algunos duden de la capacidad de los sistemas legales para proteger los neuroderechos de manera coherente.
4. *Restricción al desarrollo científico y económico.* La regulación derivada del reconocimiento de los neuroderechos podría obstaculizar la innovación y la competitividad, al fundamentar restricciones que podrían desalentar la investigación y el desarrollo en este campo.

V.b. ¿Qué razones fundamentan el reconocimiento de los derechos humanos neuro-específicos?

1. Filosofía de la técnica: superación del *imperativo tecnológico*.

A fin de sustentar este argumento debemos tener en cuenta la influencia contemporánea del imperativo tecnológico con el que se describe la tendencia cultural moderna y contemporánea según la cual, si una tecnología es factible o viable, eventualmente será desarrollada y adoptada, independientemente de sus consecuencias sociales, éticas o ambientales. Este imperativo plantea que la tecnología sigue un impulso autónomo y evoluciona de manera inevitable, moldeando la sociedad y las estructuras humanas.

Ante el riesgo de que la evolución de la neurociencia y de la neurotecnología se guíen bajo las premisas del imperativo tecnológico, cabe el reconocimiento de los derechos humanos neuro-específicos para evitar:

- a) *Falta de control humano.* Si aceptamos que la tecnología es inevitable, se pierde la capacidad de elegir qué desarrollos priorizar o evitar.
- b) *Impactos negativos no anticipados.* La historia reciente confirma las hipótesis de Hans Jonas (1995) sobre la modificación tecnológica del carácter



de la acción humana y la incertidumbre radical como elemento de la reflexión ética. La imposición del imperativo tecnológico anula la aplicación del principio precautorio: frente a la incertidumbre científica, debemos actuar como si las peores consecuencias posibles fueran probables. Esto implica que la falta de certeza sobre los efectos negativos de una tecnología no debe ser excusa para su implementación irresponsable.

c) Desigualdades: Los avances tecnológicos a menudo benefician a unos pocos, exacerbando la desigualdad global.

2. Filosofía de los derechos humanos: funciones éticas de los derechos y sus principios de justicia sustantivos.

A la par de lo anterior podemos considerar una serie de argumentos arraigados a la *praxis* de los derechos humanos que contribuyen a la justificación del reconocimiento de derechos humanos neuro-específicos. Recordemos que los derechos humanos representan el conjunto de bienes, prerrogativas e inmunidades de los que son titulares todos los seres humanos sólo por el hecho de existir (Ramírez, H. y Pallares, P., 2021). Entre las funciones morales que se adjudican a los derechos humanos destacan la de carácter protector y la de naturaleza emancipadora. Ésta asume como valor central a la autonomía de los individuos, y se manifiesta principalmente en contextos de opresión, desigualdad y dominación, donde los derechos humanos actúan como catalizadores de cambios profundos, o bien para evitar tales contextos. Buscan empoderar a los individuos y comunidades para que puedan reivindicar su dignidad, igualdad y autonomía. Promueve la justicia social y combate las estructuras que perpetúan la exclusión, la discriminación y la pobreza.

Por su parte, la función protectora se enfoca en el carácter vulnerable de todo ser humano, fomentando las condiciones apropiadas para garantizar el acceso y disfrute de aquellas realidades objetivamente valiosas para cualquier individuo de la especie humana.

Ambas funciones se articulan en una teoría de la justicia basada en los derechos humanos, la cual representa el esfuerzo intelectual por ofrecer las razones que justifiquen la validez de un conjunto de principios a partir de los cuales podrán responderse a cuestiones como el tipo de conductas intolerables en una sociedad; cómo deberían tratarse los individuos entre sí; cómo deberían distribuirse los bienes que se obtienen y conservan gracias al esfuer-

zo de los miembros de la sociedad; y cómo debería configurarse el contenido de las normas vinculantes en esa misma sociedad.

La concepción de lo justo basada en los derechos humanos gira en torno a un axioma que establece que por el hecho de ser —y como condición necesaria para realizarse como seres humanos— todos los individuos de la especie humana son titulares de un conjunto de bienes, prerrogativas e inmunidades que representan sus intereses fundamentales, impostergables e incondicionados (Ramírez, H., 2021).

A partir de este axioma se sigue: (i) que la existencia de un sistema de normas positivas está justificada para garantizar el respeto y disfrute de los bienes, prerrogativas e inmunidades inherentes a los derechos; (ii) que las normas son justas y por lo tanto coactivamente vinculantes si y sólo si su cumplimiento protege y promueve los intereses fundamentales de todos los seres humanos; (iii) que el criterio de corrección y justicia para los actos distributivos y correctivos coincide con el grado de respeto, protección y promoción de los intereses fundamentales de todos los seres humanos.

Entre los elementos centrales de una teoría de la justicia basada en los derechos humanos se encuentran sus atributos: la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia, la progresividad. Aquí cobra particular relieve la *progresividad* ya que, como venimos sosteniendo, impulsa las mutaciones positivas que expanden la capacidad de los derechos para emancipar y proteger a sus titulares ante el surgimiento de nuevas necesidades humanas o de nuevas modalidades de amenaza a las libertades y de agresión a la dignidad. Aquí la progresividad justifica la aparición de nuevos derechos o la redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.

Atendiendo a lo anterior, es posible identificar una serie de bienes que serían mejor protegidos si son reconocidos y garantizados unos derechos humanos neuro-específicos. Concretamente, es posible identificar cuatro bienes concretos, a saber:

- I) Un primer bien está representado en la propia actividad mental que es la manifestación de la actividad cerebral expresada en la experiencia de emociones, de preferencias, de pensamientos, de razonamientos, etcétera. La actividad mental es individual y única. En su ausencia o eventual alteración, es inviable la obtención de otros bienes y en general del desarrollo y aprovechamiento de las facultades cognitivas y psíquicas. Dicho con otros términos, el



funcionamiento (inalterado) de la mente es un bien.

- II) Un segundo bien recae en la comunicación que se lleva a cabo en el tejido neuronal. Su funcionamiento adecuado igualmente es un bien que debe ser protegido de alteraciones.
- III) Un tercer bien sería la actividad cerebral traducida en datos. Se trata de datos personales muy sensibles que representan algo valioso para quien es su titular
- IV) Un cuarto bien es la continuidad psicológica, la cual es la capacidad que cada individuo despliega para reconocerse a sí mismo, gracias a la coherencia y continuidad de diversos elementos de la dimensión cognitivo-emocional-afectiva (mismos que integran su identidad mental y psicológica). Se trata ni más ni menos de la dimensión mental de la identidad de cada sujeto; lo cual es indiscutiblemente un bien.

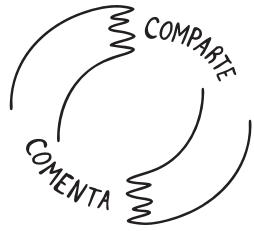
Asumiendo el valor de las realidades que acabamos de describir se puede justificar el acto de reconocimiento de derechos que los integren y protejan su disfrute. En este sentido, puede decirse que el reconocimiento de los neuro derechos humanos no es redundante respecto de otros previamente ya reconocidos, en la medida en que con ellos se busca proteger la dimensión neuro-cognitiva de los seres humanos, la cual forma parte sustantiva de la identidad personal de cada uno de los individuos de la especie humana, integrada por cuatro elementos, cada uno con un valor intrínseco: libertad cognitiva; privacidad mental; integridad mental; continuidad psicológica.

Referencias

- Cortina, A. (2014). *Neuroética y neuropolítica: Sugerencias para la educación moral*. Tecnos.
- Giménez Amaya, J., & Sánchez-Migallón, S. (2010). *De la neurociencia a la neuroética: Narrativa científica y reflexión filosófica*. EUNSA.
- Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Herder.

Ramírez, H. (2021). Derechos humanos: Principios sustantivos para una teoría de la justicia. En H. Ramírez & J. Soberanes (Coords.), *El artículo 1o constitucional: Una teoría de los derechos humanos* (pp. [coloca las páginas si las tienes]). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Ramírez, H., & Pallares, P. (2021). *Derechos humanos: Promoción y defensa de la dignidad*. Tirant lo Blanch.



MEMORIAS

PRIMER DIPLOMADO PENSAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. CRÍTICA Y TEORÍA CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO

editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos,
en diciembre 2025, Ciudad de México.



Consulta esta y todas las
publicaciones de la CNDH en:
<https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/>



¡Queremos conocer tu opinión!
Responde nuestra encuesta en:
<https://forms.office.com/r/4YTpsCGK5m>

