

El libro que el lector tiene en sus manos contiene los artículos dictaminados favorablemente derivados de las ponencias que se presentaron en el II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado del 5 al 7 de noviembre de 2012 en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México con el copatrocinio del Programa de Posgrado de Derecho de dicha Universidad.

Los autores de esta obra provienen de once países: Alemania, Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, España, Francia, México y Uruguay; los trabajos incluidos en este volumen versan sobre los siguientes temas:

• LA MIMÉTICA Y LA TECNOLOGÍA DEL 'YO' LIBERTARIO

• DISCRECIONALIDAD Y LEGALIDAD: TENSIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

• LOS PROBLEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE LAS RAZONES POLÍTICAS Y LAS RAZONES NORMATIVAS

• IGUALDAD Y DELIBERACIÓN EN EL MARCO DE UNA TEORÍA REALISTA DE LA DEMOCRACIA LIBERAL

• EL DERECHO HUMANO A UNA DEBIDA DELIBERACIÓN, MODELOS MENTALES DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL Y SISTEMAS COMPLEJOS

• LA IGUALDAD EN LA TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS

• SOBRE LA DISTINCIÓN “DICHO/IMPLICADO” EN EL DISCURSO JUDICIAL

• LOS PRINCIPIOS DE EFECTIVIDAD, VIGENCIA Y VALIDEZ FRENTE AL ORDEN DE LOS ESPACIOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

• ¿QUÉ HACEN LOS JUECES? DOS CONCEPCIONES DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

• REFLEXIONES FILOSÓFICAS SOBRE EL TEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO NACIONAL

• VISIÓN REFLEXIVA DE LA RELACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO CON LOS DERECHOS HUMANOS

• LA FILOSOFÍA POLÍTICA DEL RECONOCIMIENTO, EL DERECHO Y EL USO DE LA VIOLENCIA. UNA INTERPRETACIÓN DE LA FILOSOFÍA HEGELIANA

• LA VIOLENCIA CONTRA LOS MIGRANTES DESDE UNA INTERPRETACIÓN BIOPOLÍTICA

• LA NEUROFENOMENOLOGÍA: CUERPO-CEREBRO, MENTE-CONCIENCIA

• PLURALIDAD NORMATIVA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

• LA TEORÍA JURÍDICA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO



DISERTACIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

UNAM
POSGRADO
Derecho



Facultad de Estudios Superiores

Acatlán

DISERTACIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ
Coordinador

MÉXICO, 2013





Facultad de Estudios Superiores

Acatlán

DISERTACIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ
Coordinador

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
COORDINACIÓN DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

MÉXICO, 2013

Primera edición: 2013

Fecha edición: noviembre de 2013

D.R © 2013, UNIVERSIDAD NACIONAL

AUTONOMA DE MEXICO

Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán,

C.P. 04510, México, Distrito Federal.

ISBN: 978-607-02-4789-7

“Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio,
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales”.

Impreso y hecho en México

Presentación	V
La mimética y la tecnología del ‘yo’ libertario Augusto Sánchez Sandoval	1
Discrecionalidad y legalidad: tensión en la aplicación del derecho Carla Huerta Ochoa	15
Los problemas del neoconstitucionalismo: entre las razones políticas y las razones normativas Carlos Alberto Burgoa Toledo	39
Igualdad y deliberación en el marco de una teoría realista de la democracia liberal Eduardo Rivera López	51
El derecho humano a una debida deliberación, modelos mentales del razonamiento judicial y sistemas complejos Enrique Cáceres Nieto	61
La igualdad en la teoría jurídica de los derechos Francisco Javier Gutiérrez Suárez	77
Sobre la distinción “dicho/implicado” en el discurso judicial Graciela Fernández Ruiz	93
Los principios de efectividad, vigencia y validez frente al orden de los espacios públicos y privados Guillermo José Mañón Garibay	109
¿qué hacen los jueces? dos concepciones de la actividad judicial Isabel Lifante Vidal	117
Reflexiones filosóficas sobre el tema del derecho internacional público y el derecho nacional Jorge Enrique Romero Pérez	133
Visión reflexiva de la relación del orden jurídico con los derechos humanos José Francisco Pedro Pérez Hernández	151
La filosofía política del reconocimiento, el derecho y el uso de la violencia. Una interpretación de la filosofía hegeliana Klaus Theodor Müller Uhlenbrock	159
La violencia contra los migrantes desde una interpretación biopolítica Luisa Gabriela Morales Vega	175

La neurofenomenología: cuerpo-cerebro, mente-conciencia Magdalena de Lourdes Espinosa y Gómez.....	185
Pluralidad normativa y ordenamiento jurídico María Isabel Garrido Gómez	207
La teoría jurídica del neoconstitucionalismo Martín Gustavo Moscoso salas	227

PRESENTACIÓN

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ

El Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) ha merecido ser ubicado en la cúspide de la clasificación del Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) que conduce el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) por reconocer a los programas de maestría en derecho y de doctorado en derecho de la UNAM, como posgrados de excelencia de competencia internacional, logro obtenido, entre otros factores, merced a sus planes y programas de estudios cimentados en el saber filosófico que permite llegar a la esencia, a las últimas causas del conocimiento, a través de la epistemología, de la gnoseología, de la lógica, de la crítica, de la argumentación y de la teoría jurídica, con apoyo en la ética y en las técnicas de enseñanza y de la investigación.

Para complementar extracurricularmente la formación de maestros y doctores, el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM organiza anualmente eventos académicos internacionales, en los que sus profesores y tutores comparten e intercambian, con sus colegas extranjeros y mexicanos, sus teorías y experiencias a través de ponencias presentadas en dichos foros académicos.

Entre otros foros internacionales, organizados por el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM en el año de 2012, destaca el Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, celebrado en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la UNAM en el mes de noviembre, en el que los docentes de las áreas iusfilosóficas del Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Facultad de Derechos de la Facultad de Estudios Superiores Aragón y de la propia Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la UNAM, alternaron con docentes de otras universidades de México y del extranjero.

El referido congreso, celebrado por primera ocasión en el año de 2011, se institucionalizó por acuerdo del Comité Académico del Programa de Posgrado en Derecho, lo que permitió reeditararlo en 2012, y convocar a su tercera edición para el año de 2013.

El presente volumen reúne los artículos dictaminados favorablemente derivados de las ponencias que se presentaron en el II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán del 5 al 7 de mes de noviembre de 2012, con la participación de ponentes de Alemania, Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, España, Francia, México y Uruguay, quienes disertaron sobre una diversidad de temas, a cual más interesante, con planteamientos novedosos, que sin duda serán de gran utilidad para muchos de sus lectores.

Vaya, pues, una amplia felicitación del Programa de Posgrado en Derecho para todos y cada uno de los autores de esta obra colectiva que el Programa de Posgrado en Derecho se enorgullece en editar conjuntamente con la Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

LA MIMÉTICA Y LA TECNOLOGÍA DEL 'YO' LIBERTARIO

AUGUSTO SÁNCHEZ SANDOVAL*

SUMARIO: 1.- La mimética y el yo que creemos ser, en la obra de Susan Blackmore, A) Los genes, los mimes y el lenguaje como imitación., B) Los conjuntos de mimes constituyen mimeplexes, C) Los genes, los mimes, los mimeplexes, el yoplex y la desfiguración del Yo y de la conciencia, D) Los mimes hacen parte del mundo de lo concreto y del mundo biológico individual. 2. la tecnología del yo libertario y la construcción de la auto-conciencia. A) El Yo consciente y el yo-plex. B)La liberación del Yo, respecto del yo-plex. Conclusión. Bibliografía

1.- LA MIMÉTICA Y EL YO QUE CREEMOS SER, EN LA OBRA DE SUSAN BLACKMORE¹

A) Los genes, los mimes² y el lenguaje como imitación.

Para Susan Blackmore los genes son instrucciones para fabricar proteínas y el resultado de su síntesis está influido a cada paso por las materias primas con que cuentan y por la naturaleza del entorno en que se hallen. No existe por tanto, nada determinado puramente por la genética, ni nada puramente determinado por el entorno. Los humanos, como las demás seres vivos, somos productos complejos resultantes, mínimamente de esas dos variables y ello es cierto, tanto por lo que se refiere a nuestra conducta, como a la estructura de nuestras piernas.³

Los genes son conjuntos de instrucciones para fabricar proteínas, ubicadas en las células del organismo, que se transmiten cuando tiene lugar la reproducción. Su actitud competitiva promueve la evolución del ámbito biológico. *Los memes* son instrucciones para efectuar conductas ubicadas en el cerebro (o en otros objetos) que se transmiten por imitación. Su competitividad promueve la evolución de la mente. Tanto los genes como los memes son replicantes y deben ceñirse a los principios generales de la teoría evolutiva (y es en este sentido en el

* Augusto Sánchez Sandoval es profesor titular "C" de tiempo completo definitivo en el Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM. augustosanchezs@yahoo.com.mx

¹ Blackmore, Susan. "La Máquina de los memes". Paidós, Barcelona, España, 2000.

² La teoría sobre la existencia de los *mimes*, como aquellas cargas de información que nos llegan del exterior y que imitamos, emulamos y copiamos, consciente o inconscientemente, nos permite nombrar e identificar a toda esa invasión comunicativa cultural, que penetra nuestra consciencia y nuestro yo. La teoría apenas está en desarrollo, pero su concepto y sus alcances descriptivos sirven para responder preguntas, que sin ellos, no tendríamos palabras en el mundo del lenguaje, para explicar eso que ocurre en el mundo biológico individual, y que al parecer deriva de los mimes. En este texto utilizaremos el concepto *meme* cuando citaremos a los autores que escriben en inglés, y aparece el término así en la traducción; pero aunque la palabra no existe en español utilizaremos *míme* o *mimes* para derivarlos de las palabras mimética o mimesis con el sentido de imitación, copia o réplica.

³ Blackmore, Susan. "La Máquina de los memes". Paidós, Barcelona, España 2000 p. 68, paráfrasis. A su vez Susan Blackmore añade: Aunque se ha considerado la evolución como un proceso al servicio de los individuos o en beneficio de las especies, todo ello es una competencia entre los genes y en su beneficio, p 32. A su vez Richard Dawkins habla del "gen egoísta" como la unidad fundamental de selección, cuyas adaptaciones sin excepción, lo benefician y por ello sobrevive y tiene mayor capacidad de trascendencia. Se presenta como principio y fin de la cadena evolutiva. P 22.

que son iguales). Más allá de este punto...son muy distintos y sólo se relacionan por analogía.⁴

Para tener conciencia de algo, requerimos del lenguaje y éste se constituye y transmite tanto por los *genes* que residen en los cromosomas⁵, como por los *memes*, que son *elementos de una cultura que puede considerarse transmitida por medios no genéticos, especialmente por la imitación*.⁶

La *imitación* es una modalidad de replicación o de copia y esto es lo que constituye al meme como replicante y le otorga además su capacidad de replicación... Una vez que disponemos del lenguaje, todo lo que se experimenta está coloreado por nuestros memes⁷

El lenguaje en cualquiera de sus formas lleva una carga de mimesis que previamente se ha instalado en el cerebro, de manera que su expresión, por cualquier medio, constituye una copia o replicación del mensaje contenido en los mimes.

Durante la infancia, dice Richard Dawkins⁸ se adquiere un lenguaje determinado y particular por el método imitativo en lugar de adquirir otra lengua. Por estos motivos hablamos de forma más parecida a la de nuestros padres que a la de los padres de los demás. Por la misma razón existen acentos distintos y por extensión idiomas distintos. Se puede decir lo propio de las religiones: La familia suele perpetuar un conjunto de creencias que ya practicaban sus antepasados, en lugar de elegir un nuevo credo a la llegada de sus vástagos [...]

Puede decirse, que a niveles cuando menos superficiales, existe una analogía en la transmisión longitudinal genética a través de las generaciones y una transmisión horizontal mimética por lo que a los virus se refiere.⁹

⁴ Blackmore, Susan. "La Máquina de los memes". Paidós, Barcelona, España 2000 p 48. A su vez, refiriéndose a las células y a los genes, Harold Morowitz citado por Capra, Fritjof, "Las conexiones ocultas" editorial Anagrama, Barcelona, 2003 dice: Que se han hecho experimentos para destruir varias células en las primeras etapas del embrión, sin que por ello dejara éste de desarrollarse hasta la adultez. De la misma forma, otros experimentos genéticos han demostrado que eliminar genes aislados, incluso aquellos que se creía que tenían un papel fundamental, tiene muy pocos efectos en el funcionamiento global del organismo. P 224.

⁵ Capra, Fritjof, "Las conexiones ocultas". Anagrama, Barcelona, España, 2003 anota: "Cuando los cromosomas de una célula se duplican en el proceso de división celular sus moléculas de ADN se dividen de tal modo, que las dos cadenas de la doble hélice se separan y cada una de ellas sirve como plantilla para la formación de una nueva cadena complementaria. Esta auto-replicación tiene lugar con una pasmosa fidelidad. La posibilidad de errores de copia, o mutaciones, es apenas de uno por cada diez mil millones". P 214

⁶ Dawkins, R.: En Blackmore, Susan. "La Máquina de los memes". Paidós, Barcelona, España 2000, citando el Oxford English Dictionary, p. 13.

⁷ Blackmore, Susan. "La Máquina de los memes". Paidós, Barcelona, España 2000 p. 81. La autora agrega que: "De esta manera existe la solución memética para resolver el problema de los orígenes del lenguaje humano. Desde que evolucionó la imitación hace unos dos y medio o tres millones de años, nació el meme o segundo replicante. A medida que los humanos se fueron imitando, los memes de mayor calidad fueron los que prosperaron más, es decir los memes con más fidelidad, fecundidad, longevidad. De ahí nació el lenguaje gramatical, del éxito de los sonidos copiables que disponían en abundancia de estos tres elementos: Fidelidad, fecundidad y longevidad". P 160, 161.

⁸ Dawkins, R.: En Blackmore, Susan. "La Máquina de los memes". Paidós, Barcelona, España 2000, p. 12.

⁹ *Ibidem*, p 14.

Así, la analogía nos sirve para pensar que la transmisión de los mimes se realiza de dos maneras: *longitudinalmente* por vía genética y *horizontalmente* por vía de contagio como si fueran virus

Dado que los virus no son organismos vivos pues carecen de metabolismo propio, un virus es una estructura molecular inerte formada por proteínas y ácidos nucleicos. Un virus es un mensaje químico que requiere de una célula viva anfitriona para producir nuevas partículas víricas, según las instrucciones codificadas en su ADN o ARN. Esas nuevas partículas no se construyen al interior del virus, sino fuera de él, en la célula anfitriona.¹⁰

Un mime es como un virus, éste no puede existir solo y requiere de un medio biológico para poder sobrevivir y multiplicarse por medio del lenguaje oral, emulado, representado o escrito. De igual modo el cerebro humano se convierte en el medio gracias al cual se incuban y logran propagarse los mimes, residentes en el vasto campo de la memoria, tanto individual como colectiva, contenida en la conciencia.¹¹

Cuando imitamos estamos transmitiendo algo, que puede a su vez copiarse varias veces hasta cobrar vida propia. Ese algo que puede ser una idea, un orden, una conducta, una información, si es susceptible de ser copiada, se llama meme.¹²

De ello, podemos derivar que el *inconsciente colectivo histórico* y el *inconsciente individual* manifiestan también una carga de *mímes* que participan tanto del mundo concreto, como del mundo biológico de cada sujeto, que permiten o no, el desarrollo de ideas libertarias o prejuiciadas, según la *predisposición* biológico-cultural de cada quien. Así se puede concluir que muchas emociones, comportamientos y expresiones de las personas están motivadas por los mimes que encontraron en sus cerebros la posibilidad de su desarrollo, pero también por los procesos de experiencia adquiridos a través de la enseñanza-aprendizaje, o en la experiencia individual del conocer.

Los memes son diferentes a los rasgos culturales que se adquieren por inculcación, condicionamiento, observación, imitación o directamente por la enseñanza. El meme sólo se transmite por imitación y no puede adquirirse por inculcación ni por condicionamiento [...] Por ello, para comprender a fondo el comportamiento humano hay que tener presente tanto la selección genética como la selección memética.¹³

¹⁰ Capra, Fritjof, "Las conexiones ocultas". Anagrama, Barcelona, 2003, citando a Pier Luigi Luisi, 1993 p. 33. F. Capra al referirse a las macro-moléculas como las enzimas, las proteínas estructurales, el ARN y el ADN agrega: "Cuando un gen fragmentado es copiado en un segmento de ARN, esta copia debe ser procesada antes de que se inicie la producción de la proteína. Entran entonces en acción enzimas específicas, que suprimen los segmentos no codificadores y uniendo los segmentos codificadores remanentes, para formar una transcripción acabada: el ARN mensajero está ya procesado y listo para la síntesis proteínica".

¹¹ Espinosa y Gómez, Magdalena de Lourdes. "Lenguaje, Conciencia y Derecho". Tesis de Doctorado presentada en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p 211, paráfrasis.

¹¹ Blackmore, Susan. "La Máquina de los memes". Paidós, Barcelona, España 2000 p. 161.

¹² *Ibidem*, p. 31.

¹³ *Ibidem*, p. 69 y 72

Los mimes son al parecer, entidades de energía con información, que están en el espacio y cuyo caldo de cultivo, desarrollo y proliferación está en el cerebro de alguien o algunos que tengan la predisposición para aceptarlos y reproducirlos por medio de conductas, por el lenguaje o cualquier otro medio de imitación. Si no es así, aunque se instalen, no sobreviven en ese cerebro.

B) Los conjuntos de mimes constituyen mimeplexes.

Los mimes se copian, se replican y se multiplican formando un *mimeplex* que constituye un *míme complejo coadaptado*. Así, los mimes, como los genes, se seleccionan dentro de un grupo de otros mimes dentro de un mismo conjunto. El resultado de esta actividad conduce a la cohabitación cerebral individual de grupos de mimes mutuamente compatibles.¹⁴

Por analogía con los complejos de genes coadaptados, los memes seleccionados en sus respectivos entornos “cooperan” en memeplexes que se apoyan mutuamente (se apoyan dentro del memeplex, pero son hostiles hacia los memeplexes rivales). Es posible que las religiones constituyan el ejemplo memepléxico más convincente, aunque sin duda alguna hay muchos más.¹⁵

Al respecto R. Dawkins¹⁶ acuñó el término *virus de la mente* para explicar a los mimeplexes ideológicos y de las religiones que se copian, propagan y tienen amplios efectos víricos *egoístas* en las poblaciones humanas infectadas. No obstante, habló también de los mimeplexes *útiles* como por ejemplo la ciencia.

Existen además otras obras que hablan de esa diseminación de los memes en la sociedad y hacen hincapié sobre los tipos de memes más perniciosos y peligrosos. En la actualidad podemos reconocer en tres ámbitos distintos este concepto de *virus*: En biología, en informática y en la mente humana, porque en los tres sistemas se hallan involucrados los replicantes y porque llamamos virus a los replicantes específicamente inútiles y egocéntricos.¹⁷

Por lo tanto, el lenguaje y los discursos; la comunicación por cualquier medio o por cualquier objeto; la cultura y las tradiciones; las historias y los libros; los inventos y las ideas que se transmiten por imitación de un cerebro a otro, son la expresión de la mimesis o de la mimética, que sirve para desarrollarnos o para inhibirnos vitalmente; para construirnos como somos o como no somos.

C) Los genes, los mimes, los mimeplexes, el yoplex y la desfiguración del Yo y de la conciencia.

El poder se ejerce por la fuerza y también por la persuasión mediante mensajes de lenguaje, pero también por mimes, que a su vez son copiados,

¹⁴ Dawkins, R.: En Blackmore, Susan. “La Máquina de los memes”. Paidós, Barcelona, España 2000, p 20 paráfrasis y utilizamos el término mime en lugar de meme. El autor añade: “Esto no se debe a una selección agrupada por elección, sino a que cada elemento por separado de un grupo, tiende a ser predilecto cuando el entorno está dominado por el resto. Se puede afirmar algo casi idéntico acerca de la selección genética. Cada gen de cada conjunto genético representa un retazo del entorno ambiental donde otros genes ejecutan su selección natural; no es pues de extrañar que dicho proceso prefiera a los “genes cooperantes” a la hora de construir organismos que, a su vez, son unos entes extremadamente integrados y unificados”.

¹⁵ *Ibidem*, p 21,

¹⁶ *Ibidem*, p 54 Blackmore, Susan citando a Richard Dawkins, paráfrasis.

¹⁷ *Ibidem*, p 54.

replicados y diseminados al conjunto social, introduciéndose en las *conciencias predispuestas*, que a su vez los esparcen.

Para Susan Blackmore¹⁸ los humanos somos dos cosas simultáneamente:

Uno: Somos máquinas de mimes

1. Cada uno de nosotros es un *ser único*, nuestros genes provienen de otras criaturas que han existido antes de nosotros, y de reproducirnos, seguirán transmitiéndose. Por otra parte, puesto que disponemos de habilidades lingüísticas y de un entorno mimético, somos depositarios de una enorme cantidad de mimes, entre los cuales algunos son simples fragmentos de información almacenada, y otros, mimeplexes organizados que se protegen entre sí. Los mimes también provienen de otros individuos y si hablamos, escribimos y nos comunicamos, se transmitirán a un número mayor de individuos. Somos aglutinadores temporales de todos estos replicantes y de sus productos en un entorno determinado.

Dos: Somos nosotros mismos:

2. Por otra parte está, el *yo que creemos ser*. Entre todos estos mimeplexes se encuentra uno que es especialmente potente y que se fundamenta en la noción del “yo” interior. Cada yo-plex ha sido conformado por el proceso de evolución mimética que actúa durante el relativamente corto período que caracteriza una vida humana. “Yo” soy el producto de todos los mimes que han conseguido introducirse en este yo-plex, ya sea porque mi constitución genética ha dotado a mi cerebro de unas condiciones especialmente favorables para que así ocurriera o porque disponen de una ventaja selectiva de un tipo u otro sobre otros mimes dentro del ámbito mimético, o ambas cosas a la vez, Cada yo ilusorio es producto del entorno mimético en el que compiten y progresan algunos mimes. Cada yo-plex da lugar a una conciencia humana común que se sustenta en la falsa noción de que alguien en nuestro interior lleva las riendas [...] La noción de un “yo” interior en mi cuerpo que controla a éste y a su conciencia no se sostiene, y dada su falsedad, tampoco puede alimentarse la creencia de que mi yo consciente disponga de libre albedrío [...] El yo no inicia acciones ni tiene conciencia ni “efectúa” deliberaciones [...] Nadie hace nada en nuestro interior: sólo hay un puñado de mimes [...] En un estado de conciencia normal es el yo-plex el que controla por completo la experiencia global y que se vale de palabras y de otros elementos miméticos muy útiles para entretejer una historia muy cuidada. Toda acción se encierra en un contexto del yo que lleva a cabo las acciones. No obstante, cuando se contempla con asombro un paisaje desde la cumbre de una montaña o cuando se está completamente inmerso en una tarea creativa, el yo-plex no domina y pueden darse a la sazón otros estados de conciencia. Por otra parte, puede existir la conciencia sin la autoconciencia.¹⁹

De lo dicho, el *yo* y el *yo-plex* se encuentran en una interacción recursiva que los hace interdependientes. Sin embargo, el yo-plex puede ser neutralizado, si logramos alcanzar grados de conciencia superiores, mediante la atención y la

¹⁸ *Ibidem*. Blackmore, Susan, Cambiamos las palabras inglesas *meme* por mime y *memética* por mimética en español. p 318.

¹⁹ *Ibidem*, p 318, 319, 320, 321. La paráfrasis consiste en el reordenamiento de las ideas, la presentación del texto y la españolización de las palabras *memes* por mimes, *memeplexes* por mimeplexes y *memética*, por mimética.

concentración en actividades de búsqueda y gozo de nosotros mismos. Al parecer entonces, existen el *Yo genético* al que le atribuimos erróneamente conciencia y capacidad creativa y el *Yo-plex* con poder de copia y replicación en competencia recíproca, que constituyen la fuerza motriz de la creatividad.

Es la propia interacción de los memes lo que nos crea en cuerpo y mente. Además de ser replicantes como los genes (y de coincidir perfectamente con el algoritmo evolutivo) los memes construyen la conciencia humana ... El puerto al que todos los memes intentan llegar es la mente humana, pero ésta es también, por ella misma, un artefacto que se crea cuando los memes reestructuran el cerebro humano a fin de mejorar su habitat.²⁰

En consecuencia, la conciencia de nuestra realidad está invadida por todos los mimes que en ella se hayan infiltrado y esto implica el pánico de saber que no somos lo que creemos. Que no somos libres en nuestra conciencia. Que no decidimos sobre nada. Que no sólo poseemos un “YO” interior genético inconsciente, sino también un *yo-plex* o sea un *yo ficticio* que nos determina a la acción, a la indiferencia o a la inacción y que con nuestro comportamiento, contribuimos a sustentarlo y a reproducirlo.

D) Los *mimes* hacen parte del mundo de lo concreto y del mundo biológico individual.

Los mimes son energía con información, es decir mundo de lo concreto, pero también hacen parte del mundo biológico individual, cuando se instalan en este recipiente en el cual pueden o no, desarrollarse y reproducirse. El mundo del lenguaje es el medio que permite la exteriorización de los mensajes y la información contenidos en los *mimes*.

El “mundo del lenguaje” es entonces, la parte del proceso de copia o emulación efectiva de los *mimes*, cuyo éxito está en la exteriorización de los mensajes por cualquier medio y depende del poder que tenga el que los emite y el contexto en que ello ocurra. No será lo mismo si las manifiesta un campesino en la taberna de un pueblo, un cura en una iglesia, un juez en un tribunal o los medios de comunicación.

En consecuencia, los cerebros y las conciencias de los miembros de las sociedades están condicionados no sólo por la voluntad de poder en todas las formas de información y de comunicación, sino también por la mimética que las copian y las reproducen.

Entonces, el discurso tradicional sobre el control social adquiere nuevas dimensiones, porque ya no es solamente el manejo de los *medios de comunicación* por parte del poder, que se ha *profesionalizado* e *institucionalizado*, sino, que a través de la mimética se tiene garantizada la generalización y homogeneización de los nuevos “lenguajes” y de los nuevos “discursos sobre la verdad” que se imponen como conciencia individual y colectiva.

²⁰ *Ibidem*. Blackmore, Susan, p 55 citando a: Dennet, Daniel. *Consciousness Explained*. Boston, MA Little Brown, 1991, p 55. “La conciencia explicada. Una teoría interdisciplinar”. Paidós, Barcelona, España, 1995.

2. LA TECNOLOGÍA DEL YO LIBERTARIO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA AUTO-CONCIENCIA.

Contra todas las tecnologías de poder que cotidianamente nos controlan, es preciso promover en los niños, en los jóvenes adolescentes y en los adultos, la construcción de su *Autoconciencia* para que: sean *si mismos, por ellos mismos y para ellos mismos*, de manera que puedan convertirse en contra-poderes y puedan enfrentarse a la *violencia institucional*.

Esta *Tecnología del Yo* no debe provenir ni del Estado ni de la sociedad, sino de la propia conciencia del individuo, que busca encontrarse a sí mismo, por sí mismo, en su unidad individual. Esto implica desarrollarse una identidad, que no puede ser por otros, ni para otros, sino que requiere construirse, teniendo como espejo a los demás y siendo diferente a ellos. Si el individuo se copia de otro, será una mala réplica del otro y no él. De ahí que el trabajo de auto construcción implica pensar, dudar, poner atención en todo, reflexionar y superarse.

La auto-consciencia es el resultado del proceso recursivo de auto-examen que realiza una persona sobre sí misma, pensándose, y analizando su propia identidad para diferenciarse de los otros sujetos, a la vez que sabe que está razonando sobre lo que analiza respecto de sí mismo.

Así se puede pasar de ser sujeto-sujetado por el poder-ideología de otro, para convertirse en persona concreta y realizada por sí misma. Por ello, una vez que se es auto-consciente, se entra en conflicto con cualquier otra auto-consciencia que quiera dominar, con el fin de saber en quien reside la certidumbre de sí mismos. Quien teme el enfrentamiento será una autoconsciencia vencida sin luchar. La auto-consciencia válida es la que lucha sin importar que sea vencida, pues se arriesga para permanecer libre, pero si pierde, tiene la oportunidad de volver a reconstruir su auto-consciencia todas las veces que sea posible, para reiniciar la lucha y obtener su reconocimiento y su libertad, frente a los otros.

Sin embargo, hay que alertar a los niños y a los adultos para que sepan, que a través de la historia, la ‘construcción del yo y de la conciencia’, han sido manipuladas por el poder y sus tecnologías de control, de manera que se las ha trasladado, del sujeto autónomo individual que era *el guía de su ‘propia conciencia* en Grecia, a un pastor cristiano o de cualesquiera otras religiones o filosofías, a un maestro, a una institución o a un guía de la conciencia ajena, que se apropian del Yo y de la conciencia del otro. De esta manera el intruso externo se convierte en el “dictador” de la conducta, en el emisor e intérprete del lenguaje y en el manipulador de la culpa del otro, para hacerlo sufrir por no cumplir los mandatos de la *cultura*, en la que el “desplazado”, cree encontrarse a sí mismo.

Así el “cuidado de si mismos” y el “conocimiento de nosotros mismos”, se realiza en un escenario comprometido con las ideologías más disímiles y la consecuencia de esta perversa traslación a otro, de la ‘tecnología del yo’, lleva a la pérdida de la autoconciencia y a alienarse, en un sueño de libertad, que a su vez hace creíble, que podemos liberarnos e inclusive liberar a otros.²¹

²¹ Cfr. Foucault, M. “Tecnología del YO y otros textos”. Paidós Ibèrica, S.A.I.C.E. Universidad de Barcelona, España 1990.

Se ha pasado del “pensemos”, al interpretemos lo que dice el otro; del “dialoguemos” al ¡escúchame!; de las “palabras y de los sentidos construidos por el yo”, a las palabras y los sentidos construidos por el pastor-guía que dirige y del cual es preciso liberarse.

He buscado, dice Foucault, estudiar el modo en que el ser humano ha aprendido a reconocerse como sujeto de una “sexualidad”. De estudiar la constitución del sujeto como “objeto para sí mismo”: la formación de procedimientos por las que el sujeto es inducido a observarse a sí mismo, analizarse, descifrarse, de reconocerse como un dominio de saber posible. Se trata en suma, de la historia de la “subjetividad”, si entendemos esta palabra como el modo en que el sujeto hace la experiencia de sí mismo, en un juego de verdad, en el que está en relación consigo mismo.²²

El precepto “ocuparse de uno mismo” era para los griegos, uno de los principales principios de las ciudades, una de las reglas más importantes para la conducta social y personal y para el arte de la vida.²³

En los textos griegos y romanos, la exhortación al deber de conocerse a sí mismos estaba siempre asociada con el otro principio de preocuparse de sí²⁴ [...] Ocho siglos más tarde se encuentra la misma noción y la misma frase en el tratado de Gregorio Niceno “Sobre la Virginitad”, pero con un sentido completamente distinto. Gregorio no se refería al movimiento por el cual uno se preocupa de sí mismo y de la ciudad, se refería al movimiento por el cual uno renuncia al mundo y al matrimonio y se despegaba a sí mismo de la carne y, con virginidad de espíritu y de cuerpo, recobra la inmortalidad de la cual ha sido privado.²⁵

Nos inclinamos más bien a considerar el cuidarnos, como una inmoralidad y una forma de escapar a toda posible regla. Hemos heredado la tradición de moralidad cristiana que convierte la renuncia de sí, en principio de salvación. Conocerse a sí mismo era paradójicamente la manera de renunciar a sí mismo.²⁶

Es probable que hoy en día el objetivo más importante no sea descubrir qué somos, sino rehusarnos a lo que somos. Debemos imaginarnos y construir lo que podríamos ser para librarnos de este tipo de “doble vínculo político” (*double bind*), que es la simultánea individualización y totalización de las modernas estructuras de poder.²⁷

Para desaprender o rehusarnos a lo que somos, nos es útil la argumentación inicial sobre los mimes egoístas, los mimeplexes y el yo-plex, que tendríamos que superarlos, alejarlos y así encontrarnos a nosotros mismos.

²² Michel, Foucault, usando el seudónimo de M. Florence, citado por Miguel Morey en la introducción del libro “Tecnologías del Yo y Otros Textos Afines”. Ediciones Paidós Ibérica. S.A, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, España. 1990. p. 21.

²³ *Ibidem*, p. 50.

²⁴ *Ibidem*, p. 51.

²⁵ *Ibidem*, p. 52.

²⁶ *Ibidem*, p. 54.

²⁷ Foucault, Michel. “El Sujeto y el Poder”. Biblioteca virtual universal, <http://www.biblioteca.org.ar>. Cátedra de Informática y Relaciones Sociales de la Facultad de Ciencias Sociales, de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.2003.p. 8.

A) El Yo consciente y el *yo-plex*

Se nos presenta ahora el problema de determinar, ¿Dónde está el Yo *genético* motor de nuestra voluntad y de nuestro decidir, para diferenciarlo del *yo-plex* mimético que lo invade y lo neutraliza?

La respuesta para Susan Blackmore es:

Cada uno de nosotros es un *yo-plex* masivo que circula por una maquinaria de cuerpo humano y de cerebro, una máquina de memes [...] No somos sólo un puñado de neuronas, sino también un puñado de memes y si no lo entendemos así, no podremos entendernos a nosotros mismos.²⁸

Para que el Yo *genético* pueda evidentemente Ser, tenemos que rebelarnos contra los mimeplexes que constituyen el *yo-plex* y para lograrlo tendríamos diversas opciones:

La *primera* postula que:

Debemos ejercer un control consciente sobre nuestras vidas y comenzar a dirigir la evolución hacia un fin más armónico... porque si permitimos que sean los memes y los genes los que controlen todo, desperdiciaremos la oportunidad de ser nosotros mismos.²⁹

Al respecto puede decirse que sí es posible, superar nuestras cargas *genéticas* y *miméticas* modificando los patrones de conducta y negándonos a seguir los patrones culturales o siguiéndolos de manera diferente.³⁰

La *segunda* opción recomienda que:

Debemos elegir conscientemente nuestra propia programación *memética* para servir mejor a cualquiera que sea la intención elegida para toda la vida, no sin antes haber reflexionado seriamente.³¹

Esta constituye otra posibilidad con efectos bastante concretos, ya que al parecer, ocurre en muchos casos, porque aunque una persona tenga una cierta inclinación ideológica, podría cambiarla y no permitir que en su cerebro se puedan seguir replicando los mimeplexes del lenguaje que la contienen. De esta manera, la información que de ella se reciba, no encontrará el medio para copiarse ni repetirse.

²⁸ Blackmore, Susan en "La máquina de los memes, Paidós, Barcelona, España, 2000, p 317.

²⁹ Csikszentmihalyi, M. "The evolving self: A Psychology for the Third Millennium, New York, HarperCollins, 1993 citado por Blackmore, Susan en "La máquina de los memes, Paidós, Barcelona, España, 2000, p 325.

³⁰ Al respecto puede pensarse como ejemplo la deformación de las cabezas entre los pueblos Mayas, que siendo una práctica cultural, produjo cambios *genéticos* de tal magnitud, que después de 5 siglos de no practicarla, aún hoy nacen algunas personas con ciertas variantes en la forma craneal. Al no continuarse su uso cultural en el tiempo, es posible que la estructura *genética* vuelva a la forma de su organización original, como ha ocurrido con la mayoría.

³¹ Brodi, R. "Virus of the Mind": The New Science of the meme". Integral Press, Seattle WA, 1996, citado por Susan Blackmore. *Op. Cit.* p 325.

La *tercera* considera:

Que las dos opciones anteriores se desvían del camino, porque para ésta, *la mente independiente que se esfuerza por protegerse de los mimes ajenos y peligrosos, es un mito.*³²

Así pues, deberemos preguntarnos *quien* tiene la oportunidad de elegir. Si consideramos la memética con rigor, será el YO quien podría elegir, pero a su vez representaría un constructo memético, es decir un grupo de memes fluido y constantemente cambiante instalado en una compleja máquina de memes. Las elecciones efectuadas serán el producto de mi historial genético y memético en un entorno determinado y nunca de un YO separado que pueda tener un objetivo vital y con ello anular los memes que lo constituyen [...] No existe un YO consciente en mi interior, debo vivir de acuerdo con ello, porque de lo contrario mis teorías serían vanas y carentes de sentido.³³

El cerebro es la compleja máquina de mimes, que si se presta, los incuba y los esparce. Entonces el YO consciente que hemos aprendido a considerar como existente, no es el protagonista de todas las funciones de decisión, control y conducción que le otorgamos.

Si de verdad creemos que no existe un Yo interior con su libre albedrío y su capacidad de elección consciente, ¿Cómo se puede decidir qué hacer? La respuesta reside en tener fe en el punto de vista memético y aceptar que la selección de genes y memes es la que decidirá la acción, con lo cual no hace falta la presencia de un yo adicional. Para vivir honestamente se debe apartar el yo del camino y permitir que las decisiones se tomen ellas mismas.³⁴

El Yo-plex no está allí para tomar decisiones sino para replicarse y copiar los mimes que lo componen, entonces hay que dejar que las decisiones ocurran. Generalmente no estamos decidiendo cada cosa que hacemos, sino que salimos de casa y llegamos al destino prefijado, en muchos casos, en forma totalmente *automática* sin accidentes. La multitud de decisiones y acciones en ese lapso, se toman solas, con un yo-plex que aturda o sin él.

Al yo-plex se le pueden reprochar muchas cosas, pero es su propia naturaleza la que conduce a estados de auto-reproche, duda, avaricia, ira y demás tipos de emociones destructivas. Cuando el yo-plex no existe tampoco existen las preocupaciones por el futuro del yo interior, es decir, de si gusto o no a los demás, de si he obrado correctamente o no, porque no existe un yo real por quien preocuparse.³⁵

La vida cotidiana entonces, está gobernada por la complejidad y la contingencia de la selección genética y de la carga social mimética. Así, escribir este libro ha implicado la suma de múltiples factores intelectivos, de concentración, lingüísticos y de explicación para comunicar. Pero además, es la suma de toda mi historia de vida mimética, de mi tipo de trabajo académico, del

³² Denté, D. "Darwin's Dangerous Idea, Penguin, Londres, 1995, citado por Blackmore, Susan en *Op. Cit.* p 325.

³³ Blackmore, Susan. *Op. Cit.* p 326.

³⁴ Blackmore, Susan en "La máquina de los memes, Paidós, Barcelona, España, 2000, p 328.

³⁵ *Ibidem*, p 330.

proceso que me ha llevado a conocer personas y libros que me han permitido construirme como creador, como replicante de creadores o de otros replicantes. De mi capacidad para superar lo conocido e incursionar en lo desconocido, formando un nuevo complejo de mimes. ¿Pero soy yo el creativo? ¿Es mi conciencia la que me motiva? A lo mejor es la necesidad de cumplirle a la Universidad Nacional Autónoma de México, al Sistema Nacional de Investigadores, o ganar en la competencia entre colegas, por hacer un artículo o un libro más.

B) La liberación del Yo, respecto del yo-plex.

Las hipótesis planteadas anteriormente, parecieran presentar un túnel sin salida, pero por más obscuro que parezca, al final podríamos encontrarnos a nosotros mismos, de acuerdo a Susan Blackmore, mediante varios métodos de liberación:

a) *Concentrarnos en el momento presente a todas horas*: Para ello es preciso liberarnos, de todas las ideas que nos lo impidan. Si logramos hacerlo por unos minutos nos daremos cuenta que no hay un yo interior que nos vigila;³⁶ y

b) La concentración en un solo punto

El yo-plex está en continuo reforzamiento, porque todo lo que ocurre se le atribuye al Yo, las emociones, la atención, las decisiones y en consecuencia, el yo-plex produce una conciencia dominada en el sentido del Yo en el centro de todo ello: yo dirijo, yo sufro, yo me responsabilizo. *El concentrarnos en un solo punto permite detener todos los procesos que alimentan el yo-plex.*³⁷

Pero hay que ser cuidadosos con esas prácticas de concentración, pues deben ser aquellas que nos conduzcan a encontrar y reforzar nuestro Yo y a la liberación del sueño mimético, del cual es preciso despertar, para encontrarnos a nosotros mismos, porque el *Yo genético creativo* y el *yo-plex cultural con poder de copia* están en continua competencia. Entonces, es preciso escoger las pautas que nos liberan y no las que nos alienan, porque en la cultura de dominación en que vivimos, la mayoría de esos procesos de concentración, están dirigidos a la *renuncia de sí mismos* para encontrar la *iluminación* y la *santidad*, pues son tecnologías de control y no de construcción de la autoconsciencia.

c) *Prestar atención a todo, en partes iguales*: Este tipo de práctica ayuda a disipar el yo-ficticio. En el momento presente cuando se presta atención a todo a partes iguales, no existe una diferencia entre mi persona y lo que sucede alrededor. Únicamente cuando quiero algo, respondo a algo, creo en algo o decido

³⁶ *Ibidem*, p 326. Blackmore, Susan. Paráfrasis. La autora agrega: “Supongamos que nos sentamos para mirar lo que sucede al otro lado de la ventana. Es posible que surjan ideas, pero estas son pasadas u orientadas hacia el futuro: dejémoslas correr y volvamos al presente. Fijémonos en lo que sucede. La mente desea etiquetar los objetos con palabras, pero éstas toman su tiempo y en realidad no forman parte del presente; así pues dejémoslas también correr. Con mucha práctica el mundo puede llegar a parecernos distinto; la idea de que los acontecimientos se suceden sólo conduce al cambio y el yo que contempla la escena parece disiparse”.

³⁷ *Ibidem*, p 327.

hacer algo, surge el YO. La práctica de puramente SER da resultados apreciables después de ejercitarla el tiempo necesario.³⁸

El hecho de aprender a poner atención a todas las cosas por igual, impide que los mimes relacionados con el Yo acaparen la atención. Así cuando aprendemos a estar plenamente presentes en el momento actual, se hace cesar toda especulación sobre el pasado y el futuro del mítico yo. *Estos trucos ayudan al ser humano (cuerpo, cerebro y mimes) a desprenderse de las ideas ficticias del yo.plex.*³⁹

En la Grecia clásica los *pitagóricos* ya planteaban otros medios para lograr la limpieza y la liberación del espíritu, como eran la práctica de las matemáticas, la astronomía, la música, la gimnasia y la lectura comentada de Homero y de Hesiodo.

Así también hoy, Fritjof Capra nos dice:

La intención básica de todas esas técnicas parece ser la de silenciar la mente pensante y trasladar la conciencia del modo racional al intuitivo. En muchas formas de meditación ese silencio de la mente racional se logra concentrando la atención en un solo detalle, como la respiración, el sonido de un mantra o la imagen visual de un mandala... Otras escuelas enfocan su atención en los movimientos del cuerpo que deberán realizarse de un modo espontáneo sin la interferencia de ningún pensamiento... Estos movimientos rítmicos pueden conducir a la misma sensación de paz y serenidad que caracteriza a otras formas más estáticas de meditación. Sensación que también puede ser provocada por algunos deportes. Para mí, por ejemplo, esquiar es una forma de meditación altamente gratificante.⁴⁰

Por su parte Foucault habla de esa lucha que tenemos que combatir para construir nuestras tecnologías de un Yo libertario

Para él, todo individuo está en la posibilidad de la “tecnología del yo”, en la batalla interior contra una razón que tiene impresos los valores de la sociedad. Este aspecto de su discurso... va dirigido al individuo que habiendo perdido el sentido comunitario, se cuestiona a solas el autoritarismo del Estado y la tiranía de la sociedad, ejercidos a través de sus instituciones de control... sin encontrar de qué asirse más que de su propia *conciencia*.⁴¹

Las tecnologías del yo, permiten a los individuos efectuar, por cuenta propia o con la ayuda de otros, cierto número de operaciones sobre su cuerpo y su alma, pensamientos, conducta, o cualquier otra forma de ser, obteniendo así

³⁸ *Ibidem*, 327. Blackmore, Susan agrega: Cuando se practica esta técnica se constata muy claramente que la atención siempre está manipulada por el exterior y nunca controlada por uno mismo.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Capra, Fritjof. “El Tao de la Física” Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental. Editorial Sirio, S. A. 8ª edición, 2006, p 56, 57 y 58.

⁴¹ Ocaña, Lucila. “Una lectura de Foucault desde la periferia del poder”, en “La Herencia de Foucault. Pensar en la Diferencia”. Ediciones el Caballito y la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1987. p. 75-76.

una transformación de sí mismos con el fin de alcanzar cierto estado de felicidad, pureza, sabiduría o inmortalidad.⁴²

Con lo visto, el aprender a superarnos, significa des-aprender los condicionamientos biológicos, miméticos e ideológico-culturales, que nos han invadido con tal omnipresencia, que en muchos casos no los podemos controlar, pero que es preciso saber que están.

CONCLUSIÓN.

La ‘tecnología libertaria del Yo’ impone el superar al yo-plex para podernos conocer a nosotros mismos, lo más que se pueda, porque el *inconsciente* es inalcanzable y pertenece al *mundo de lo concreto*, al *mundo biológico individual* y al *mundo de la cultura*. Si nos damos cuenta de ello, sabremos diferenciar que los discursos que realicemos sobre nosotros mismos, aun siendo lenguaje, se pueden objetivar y sustantivar en nosotros como personas que hemos alcanzado a superar el yo-plex y lograr nuestra autoconsciencia.

BIBLIOGRAFÍA.

- Blackmore, Susan. “La Máquina de los memes”. Paidós, Barcelona, España 2000
- Capra, Fritjof, “Las conexiones ocultas”. Anagrama, Barcelona, España, 2003
- Capra, Fritjof. “El Tao de la Física” Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental. Editorial Sirio, S. A. 8ª edición, 2006
- Espinosa y Gómez, Magdalena de Lourdes. “Lenguaje, Conciencia y Derecho”. Tesis de Doctorado presentada en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005
- Foucault, M. “Tecnología del YO y otros textos”. Paidós Ibérica, S.A.I.C.E. Universidad de Barcelona, España 1990.
- Foucault, Michel. “El Sujeto y el Poder”.

⁴² Foucault, Michel. “Tecnología del Yo y Otros Textos”. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1990. p. 48.

DISCRECIONALIDAD Y LEGALIDAD: TENSIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

CARLA HUERTA OCHOA*

SUMARIO: 1. Dilemas en la aplicación del derecho, 2. Estado de derecho y legalidad, 3. La iuris prudentia, 4. De la prudencia, 5. La prudencia en el juez, 6. Seguridad jurídica y prudencia: reflexiones finales. 7. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La filosofía del derecho tradicionalmente se ha ocupado de la teoría de la legislación, esto es, de responder a la pregunta sobre cómo debe ser el derecho y de la teoría del derecho (o *jurisprudence*), que analiza cómo es el derecho y se ocupa de la descripción del derecho, ya sea del derecho en general, de manera universal o de un sistema jurídico particular. La primera disciplina tiene un carácter más filosófico que la segunda que es específicamente jurídica. A estos ámbitos de la ciencia jurídica se ha agregado la teoría de la función judicial que analiza la competencia y organización de los órganos judiciales, las controversias, la solución de conflictos y la argumentación, por ejemplo.¹ En esta área se produce la reflexión sobre los límites a las decisiones de los jueces y sobre los medios para resolver los casos que se les presentan.

Las teorías sobre la decisión judicial, la interpretación y la argumentación, al ofrecer aparatos conceptuales para resolver problemas abre nuevas interrogantes.

La reconsideración de la función de los principios por la doctrina (con el problema de los múltiples significados y funciones que se les asigna), así como de la necesidad de la ponderación en el proceso decisorio, reviven viejas preguntas sobre el alcance y límite de las facultades de los jueces. La cuestión perene sobre la tensión entre legalidad y discrecionalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La pregunta a plantear es si existe una forma de conciliar la necesidad de seguridad jurídica, identificada en general con el principio de la legalidad, esto es, sujeción del juez al derecho con la conveniencia de dejar un margen de apreciación de las circunstancias al juez. Interpretar y aplicar derechos, como señala Aragón, “precisa de la *iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa”². En otras palabras, prudencia en la impartición de justicia.

* Investigador titular "C" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La Universidad Nacional Autónoma de México le reconoce con el PRIDE Nivel D. El Sistema Nacional de Investigadores le reconoce como Investigador Nacional Nivel 3. Áreas de Investigación: Derecho Administrativo, Derecho Ambiental, Derecho Constitucional Y Filosofía y Teoría del Derecho.

¹ Cfr. Calsamiglia, Albert, “Ciencia jurídica” en *El derecho y la justicia*, Garzón Valdés y Laporta eds., Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 25.

² Aragón, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad” en *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1, UAM, BOE, Madrid, 1997, p. 184.

En la búsqueda de la justicia, la tensión entre legalidad y discrecionalidad se resuelve en la argumentación que justifica la decisión, subsiste sin embargo la duda sobre si no hace falta algo más para lograr un control eficiente de las decisiones judiciales. Justificar la decisión es un requisito, falta saber más sobre el proceso para decidir que asegure la corrección e imparcialidad de la misma.

1. DILEMAS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

A los jueces se les requiere proporcionar una solución a un caso, pero esta además debe ser justa, pues se espera que impartan justicia, esto se debe a que como dice Nino “el valor justicia está relacionado con la idea de asignación de derechos y obligaciones, o beneficios y cargas entre diversos individuos de un grupo social”³. La exigencia de justicia abarca como mínimo la legalidad, esto es el apego al derecho vigente, pero requiere además de la equidad e imparcialidad. Actualmente esto implica cumplir con diversos requerimientos en materia de argumentación y ponderación para efectos de transparencia, procesos que a su vez deben realizarse en términos del principio de legalidad.

En opinión de Kelsen la actividad jurídica se puede explicar en términos de dos tipos de acciones: crear y aplicar las normas y señalaba que en todo acto jurídico se realizaba la aplicación de la norma superior y que con cada acto de aplicación se creaba otra norma inferior a aquella, (salvo en los casos límite como son la presuposición de la norma básica del sistema jurídico y la ejecución del acto coactivo).⁴ De tal forma que la decisión de un juez implica por una parte la aplicación de una norma general, su interpretación y la creación de una norma individualizada, la sentencia que resuelve un caso.

Si bien es cierto que la doctrina ya se ha ocupado de estos temas, en el caso de la aplicación del derecho por los jueces, preocupan los límites al ejercicio de la facultad discrecional del juez en el proceso de toma de decisión, sobre todo en el caso de la ponderación que a su vez, requiere de la prudencia. Sobre todo porque las tendencias actuales a decidir conforme a un derecho de principios pueden conducir como menciona Aragón a recurrir a un tipo de razonamiento jurídico basado en la prudencia más que en la certeza o la necesidad⁵. El derecho ofrece con el principio de legalidad un límite a la actividad judicial discrecional, el problema es que éste constituye solamente una guía de supervisión, más no es suficiente para el control de la decisión. La revisión de la conformidad de la decisión judicial al derecho se produce a través del análisis de la argumentación vertida en una sentencia

El derecho en su calidad de parámetro de la toma de decisiones genera una expectativa de seguridad jurídica y legalidad, pues el objeto de una decisión judicial es resolver conflictos entre intereses opuestos o divergentes. El principio de legalidad además tiene por objeto controlar el poder que la autoridad ejerce en la toma de decisiones, así como en su ejecución. La idea es limitar la discrecionalidad en la aplicación del derecho, el Estado de derecho debe

³ Nino, Carlos, “Justicia”, en *op. cit.*, nota 1, p. 468.

⁴ Es por ello que en ese sentido Kelsen sostiene que es un error distinguir los actos de producción de los de aplicación de manera tajante. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, segunda edición de 1960, traducción de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2000, p. 244.

⁵ Aragón, *op. cit.*, nota 2, p. 185.

garantizar la interdicción de la arbitrariedad; esa es una de las funciones del principio de legalidad.

La facultad de juzgar está relacionada con el arbitrio que es la facultad de adoptar una resolución con preferencia a otra, o en el caso del juez, la facultad para la apreciación circunstancial a que la ley no alcanza.⁶ Cuando la decisión tomada carece de razón, cuando es caprichosa se considera arbitraria por la falta de fundamentación. La arbitrariedad refleja el aspecto negativo, no racional, de una decisión. Es un acto de voluntad, no una reflexión sobre la situación y los resultados, y las razones que lo sustentan se ocultan en ocasiones al propio decisor.

La arbitrariedad no debe sin embargo confundirse con la discrecionalidad. Para el juez, la discrecionalidad es una facultad necesaria para apreciar los hechos en un caso, le permite hacer consideraciones circunstanciales racionales que el legislador no pudo hacer al emitir la norma general que debe ser aplicada. En el ejercicio de una facultad discrecional, la imparcialidad es el criterio rector de una decisión racional. Es razón discreta.

La facultad de decisión se ejerce en el marco de su competencia, la jurisdicción del juez está determinada por el derecho y se refiere al poder y autoridad con que cuenta el juez para aplicar las leyes en un juicio. La *jurisdictio* en términos generales significa “decir derecho”, es resolver un conflicto mediante la aplicación de una norma general y crear una norma individualizada que pone fin al juicio. En otras palabras, es decidir sobre una controversia conforme a derecho positivo y emitir un juicio justificado con autoridad. La jurisdicción se refiere a la potestad del juez “de decir el derecho aplicable a una situación o conducta que rompe con la paz jurídica”⁷. La decisión se fundamenta en criterios jurídicos y se crea una norma individualizada al decidir sobre la controversia conforme a las fuentes válidas en un sistema jurídico.

Juzgar, en síntesis, es realizar un juicio conforme a derecho, orientado por el valor de justicia, que como mínimo refiere a lo justo legal ya que el legislador al elaborar las normas se orienta por lo justo. En este sentido Kelsen dice que la decisión de un juez puede considerarse como justa si al crear derecho al aplicar la ley la decisión se ajusta a ésta⁸. El acto de juzgar se realiza por lo tanto, a la luz del derecho vigente y deriva de un conflicto pues como bien señala Kelsen, “donde no existen intereses en conflicto no se necesita la justicia”⁹. Para juzgar se requiere de la realización de un juicio con motivo de un conflicto de intereses, el juez debe analizar las circunstancias y elaborar un juicio sobre la relevancia de un derecho o interés para asignarle preferencia a costa del otro.

En el derecho, la justicia sirve como criterio para la revisión de la corrección del proceso de formación del juicio y la valoración de los resultados, proceso que realiza con apoyo en otros criterios como son los de igualdad, equidad e imparcialidad. La certeza y la legalidad a su vez constituyen el marco dentro del cual se lleva a cabo el juicio imparcial, esto es, objetivo en la valoración

⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, tomo I, Madrid, España, 1992, p. 180.

⁷ Saavedra López, Modesto, “Jurisdicción”, en *El derecho y la justicia*, op. cit, nota 1, p. 221.

⁸ Kelsen, Hans, ¿Qué es la justicia?, en *¿Qué es la justicia?*, trad. de Albert Calsamiglia, Planeta Agostini, España, 1993, p. 126.

⁹ *Ibidem*, p. 39.

de los intereses en conflicto¹⁰. Los parámetros de control incluyen como mínimo, la revisión de los criterios formales de corrección del argumento (lógica formal), así como la evaluación de la ponderación hecha por el juez para comprobar que la solución maximiza los derechos, (el resultado o la utilidad), al menor costo.

La ponderación es una parte del proceso de juzgar que sirve para tomar la decisión, ponderar es calcular, evaluar, determinar la relevancia de algo; esto requiere del examen cuidadoso del caso, para contrapesar y equilibrar los intereses en conflicto¹¹. El juez tiene que decidir sobre un asunto, esto implica deliberar y valorar las circunstancias y el derecho, esto es “ponderar”. En la ponderación se manifiesta la facultad discrecional del juez pues se determina el grado de limitación de los derechos. Es por ello que la ley de la ponderación exige que a mayor intensidad de la intervención, las razones para la afectación tengan un mayor peso¹². Esta ley rige la ponderación de derechos, intereses, bienes y principios, y pone de manifiesto que la relevancia de los derechos no es determinable de manera definitiva, por lo que no se les puede atribuir una prelación *a priori*¹³.

El proceso de decisión no puede ser supervisado totalmente, salvo el acto de ponderación que realiza un juez queda plasmado en los argumentos que aduce a favor de la prevalencia de un derecho frente a otro. Asignar pesos y determinar prevalencias implica elegir, ni los hechos ni el derecho son siempre claros por lo que el método de la ponderación requiere de la interpretación de los mismos, y ésta tiene que ser justificada. El peso de un derecho, o mejor dicho, su fuerza depende de los argumentos que se ofrecen, precede el interés que cuente con una mejor argumentación como sustento de la decisión en su favor. La ponderación de principios por caso aumenta la discrecionalidad del juez y la indeterminación *ex ante* del derecho en detrimento de la seguridad jurídica

Argumentar sirve para demostrar las razones que fundamentan una decisión, es una forma de probar, o bien de discutir una opinión ajena¹⁴. Como actividad se refiere la argumentación a la acción de ofrecer argumentos para convencer. El argumento como acto se refiere a un “razonamiento mediante el cual se intenta probar o refutar una tesis, convenciendo a alguien de la verdad o falsedad de la misma”¹⁵.

En la decisión jurídica, la argumentación constituye la justificación de las elecciones hechas mediante las razones que se ofrecen, la obligación de justificar la decisión, esto es, la motivación, es un elemento de legalidad. La motivación consiste en expresar de manera clara las razones que conducen a la decisión, lo que permite comprobar la imparcialidad y legalidad de la decisión. La función de

¹⁰ Sobre el juicio imparcial ante los nuevos requerimientos *vid* Huerta, Carla, “La imparcialidad del juez en la ponderación de derechos” en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Fernández Ruiz, Jorge (coord.), FES Acatlán, NOVUM, UNAM Posgrado Derecho, 2012, pp. 21-47.

¹¹ *Vid Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª edición, tomo h/z, Madrid, 1992, p. 1637.

¹² *Vid* Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en Schilcher, Koller, Funk (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Juristische Schriftenreihe Band 125, Verlag Österreich, Viena, 2000, p. 49.

¹³ Sobre la ponderación y la ley de la ponderación *vid Theorie der Grundrechte*, 2da. edición, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1994, pp. 146 y ss.

¹⁴ *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 21ª edición, Madrid, 1992, p. 187.

¹⁵ Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Tomo A-D, Ariel referencia, Barcelona, 1994, p. 218.

la justificación es garantizar la imparcialidad, así como limitar el ejercicio del poder y evitar la arbitrariedad.

2. ESTADO DE DERECHO Y LEGALIDAD

La idea de Estado de derecho se sustenta en la noción de soberano, democrático actualmente, creador del derecho, y su punto de partida señala Kriele, es un ideal de justicia positiva¹⁶. El Estado de derecho se caracteriza por su función de control del poder que se realiza en términos del principio de división de poderes¹⁷, el principio de supremacía constitucional y el de legalidad que rige la actuación de la autoridad, y en virtud del cual su actuación se sujeta a la ley y puede ser controlada por el poder judicial. El juez a su vez se encuentra sometido a la ley y a la Constitución. Estos principios en un Estado constitucional contemporáneo se complementan con los derechos y libertades fundamentales los cuales se refuerzan con los medios de control de constitucionalidad previstos en el sistema jurídico¹⁸.

La distribución y coordinación del ejercicio de funciones se complementa con mecanismo de control que permiten verificar el respeto de los límites establecidos en el sistema jurídico¹⁹. Para el buen funcionamiento de un Estado, el poder es controlado en las Constituciones mediante un conjunto de disposiciones encaminadas a limitar las esferas de competencia de los funcionarios públicos y a asegurar ciertos derechos a los ciudadanos. La garantía del ejercicio de los derechos fundamentales constituye parte del aspecto material del Estado de derecho junto con el principio de proporcionalidad y la prohibición del exceso (en el ejercicio de las funciones), que como señala Zippelius tienen por objeto optimizar la satisfacción de intereses en una comunidad²⁰. Hoy en día, el Estado de derecho se entiende como sometimiento de los poderes públicos a la Constitución.

En un Estado de derecho la autoridad actúa en un marco de funciones delimitado, lo que da lugar al principio de competencia expresa, complementario del de legalidad, que establece que la autoridad solamente puede ejercitar las funciones expresamente atribuidas. *A contrario sensu*, todo aquello que no les está jurídicamente permitido está prohibido, y su realización implica un exceso

¹⁶ Kriele lo distingue del modelo de Estado de “*rule of law*”, porque éste se orienta por una dialéctica del proceso judicial. El derecho se desarrolla en un procedimiento reglado y su impulso es la experiencia del defecto del derecho, de la injusticia en su opinión. Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, traducción de Eugenio Bulygin, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1980, pp. 146, 147.

¹⁷ De conformidad con la teoría de Montesquieu para su control el poder se distribuye como funciones entre tres órganos: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, Montesquieu, Charles Louis, *Del espíritu de las leyes*, traducción de Nicolás Estevanez, Editorial Porrúa, México, 1971.

¹⁸ Una Constitución, entendida en el sentido contemporáneo, se integra por tres pilares: los derechos fundamentales, la división de poderes y el control de la constitucionalidad. Sobre el modelo completo de análisis de la estructura constitucional interna en su aspecto formal *vid* Huerta, Carla, “Constitución y diseño institucional” en *Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, pp. 58-61.

¹⁹ Sobre la diferencia entre límite y control del poder *vid* Huerta, Carla, *Mecanismos Constitucionales para el Control del Poder Político*, tercera edición, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México, 2010, pp. 45-48.

²⁰ Zippelius, Reinhold, *Teoría del Estado*, segunda edición, traducción de Héctor Fix Fierro, Porrúa, UNAM, México, 1989, p. 277.

en el ejercicio de sus funciones y la concreción de un acto viciado de nulidad por falta de competencia. Es más, los actos de intervención tanto del poder Ejecutivo como el judicial deben además ser autorizados por ley, en sentido estricto por su legitimación democrática; esto se denomina “principio de reserva de ley”.

En la interpretación de los derechos de los individuos se recurre a un principio que opera como regla de clausura del sistema jurídico que establece que: "todo lo que no está prohibido está permitido". Dicho principio opera como regla supletoria de actuación de los individuos en los casos de actividades no previstas por el orden jurídico. En relación con la competencia de la autoridad en cambio, rige el principio interpretativo inverso en virtud del principio de competencia expresa mencionado, por lo que la autoridad solamente puede actuar si ha sido expresamente facultada por ley, este es el principio de legalidad. La legalidad tiene por objeto contribuir a la seguridad jurídica y la certeza que es un elemento de ésta.

El principio de legalidad significa, además de sujeción de los actos de autoridad al orden jurídico, la limitación de sus funciones, de tal forma que se entiende como una prohibición para realizar los actos para los cuales no están expresamente facultados por el derecho vigente²¹. Este principio limita la actuación de los órganos de gobierno para imponer obligaciones o sanciones cuando no se encuentran previamente establecidas en una ley, o bien, estén facultados por ley para hacerlo. De dicho principio se deriva también la prohibición para delegar facultades, puesto que el sistema jurídico debe autorizar esta facultad de manera expresa, ya que de conformidad con el principio de legalidad la función atribuida debe ser ejercida por el órgano facultado, de lo contrario la validez del acto estaría viciada por falta de competencia²².

Los órganos del Estado son las instituciones creadas por disposición constitucional y de ley para el ejercicio de determinadas funciones, tradicionalmente y como herencia de la teoría de la división de poderes de Montesquieu, se habla de tres funciones: la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, aunque por disposición de ley pueden contar con atribuciones que pueden referirse a cualquiera de estas tres funciones y que son el contenido de su competencia. Por ello, la doctrina contemporánea habla de distribución de funciones más que de división de poderes²³.

Los titulares de los órganos son los funcionarios públicos que se identifican porque el desempeño de su función es obligatoria, y su actividad ha de desarrollarse de manera primordial por la sujeción al derecho, un régimen

²¹ Según la jurisprudencia, las autoridades administrativas sólo tienen las facultades que expresamente les conceden las leyes, vid. Autoridades, Facultades de las (Tierras Ociosas), Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, quinta época, Tomo XLIX, p. 793.

²² De conformidad con la jurisprudencia las funciones públicas son indelegables, salvo excepción prevista en ley, así Autoridades, Facultades de las (Tierras Ociosas), Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, quinta época, Tomo XLIX, p. 793, o Profesiones. Creación de nuevas carreras que no requieren cédula para su ejercicio; Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, sexta época, Tomo CXXXIV, p. 61, que establece que las facultades legislativas son indelegables.

²³ Kelsen habla ya de “distribución de poderes” más que de división, pues dice que un órgano no tiene el monopolio de una función, “sino, cuando más, cierta posición de privilegio”, una función es distribuida entre varios órganos, en Kelsen, Hans, *Teoría del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1988, p. 323.

disciplinario en caso de incumplimiento de sus atribuciones, un control administrativo y jurisdiccional del ejercicio de sus funciones, y la facultad de acción limitada por la atribución expresa de competencia por vía de ley. Todas estas características se derivan del principio de legalidad que rige en un Estado de derecho. De esta forma, como señala Rubio Llorente: “Al quedar el poder sujeto al Derecho, queda asegurado por un eficaz control jurídico”²⁴.

Para su control, el poder político se distribuye entre órganos, según la regla general entre tres -aunque el principio de distribución funcional admite la creación de órganos constitucionales autónomos-, denominados “poderes” que llevan a cabo distintas funciones en virtud de las cuales reciben su designación. Al poder judicial le corresponde resolver controversias de carácter jurídico, se ocupa de vigilar y mantener la supremacía constitucional, así como de interpretar y aplicar la ley. En un Estado de derecho como lo menciona Saavedra, “la potestad jurisdiccional se concreta en la actividad de administrar justicia de acuerdo con la ley”²⁵. En otras palabras, el juez se encuentra sujeto al principio de legalidad. La idea de que el aspecto formal no es suficiente ha llevado al derecho a establecer otras condiciones y requisitos además del estricto apego a la ley para poder ofrecer soluciones adecuadas. Creación y aplicación de la ley son actividades que no pueden ser separadas estrictamente, y en la solución de casos los valores que conforman el sistema jurídico juegan un papel, por lo que el contenido de la decisión no depende exclusivamente de la norma.

La restricción del ámbito de acción de la autoridad es un límite a la posibilidad de abuso del poder, por lo cual los funcionarios quedan obligados a actuar en los términos en que les sean expresamente permitidos por la ley. Estos límites se refuerzan con medios de control jurídicos, sobre todo por el poder judicial a corresponde en general el ejercicio de la función jurisdiccional, y son de dos tipos: de legalidad y de constitucionalidad²⁶. Cualquier acto u omisión en exceso o defecto de su esfera competencial, se encuentra fuera del marco prescrito por la ley. Este origen legal de los actos protege a los individuos de los abusos que los funcionarios públicos pudieren cometer.

La delimitación de ámbitos de actuación de los titulares del poder político mediante su regulación, tanto en la Constitución como en las leyes secundarias, es una forma de controlar el ejercicio del poder. Una distribución de funciones específica, garantizada por normas generales, y controlada jurídicamente tiene por objeto impedir la arbitrariedad del Estado²⁷. Esta limitación requiere que se establezca de manera expresa en las disposiciones jurídicas las atribuciones que corresponden a cada funcionario. Las limitaciones previstas en la Constitución, junto con los derechos fundamentales, el principio de legalidad, la división de poderes o el federalismo por ejemplo, tienen por objeto establecer el marco de actuación de la autoridad al cual deben adecuar el ejercicio de su competencia.

Cabe señalar que la limitación de atribuciones estatales no basta para contener el ejercicio del poder y evitar el abuso, es preciso además prever medios

²⁴ “El control parlamentario”, en *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, nº 1, Cortes Generales, Madrid 1985.

²⁵ Saavedra, López, *op. cit.*, nota 7, p. 224.

²⁶ Sobre los controles interórganos de la judicatura *vid* Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Gallego Anabitarte, Editorial Ariel, Barcelona, 1986, pp. 304-320.

²⁷ Zippelius, *op. cit.*, nota 20, p. 277.

de control entre los cuales se incluyan remedios a los abusos del poder, se determine la responsabilidad y se establezcan sanciones que motiven a la autoridad a obedecer las limitaciones. Para vigilar el respeto y acatamiento de dichas disposiciones se instituyó la responsabilidad de los funcionarios públicos. Esta responsabilidad exigida por el sistema jurídico a la autoridad se configura como garantía del orden constitucional y la legalidad.

En un Estado de derecho se encuentra previsto que los actos que contravengan las disposiciones jurídicas vigentes tengan remedio por la vía administrativa²⁸ y jurisdiccional, sea por la vía ordinaria o la extraordinaria (como el juicio de amparo, la controversia constitucional o la acción de inconstitucionalidad, por ejemplo); y los actos del funcionario público, del individuo, sean sancionados con la responsabilidad jurídica. El poder judicial no es la excepción, al juez se imponen deberes en cuanto a la forma y tiempo de juzgar; estas disposiciones tienen por objeto impedir el abuso de autoridad. Su actuación se sujeta así, al principio de legalidad y se orienta por el deber de imparcialidad para asegurar una decisión conforme a derecho.

La existencia de normas jurídicas generales creadas por un órgano legislativo central provee seguridad jurídica, que consiste en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, según Kelsen en esta generalidad se expresa el Estado de derecho que a su vez identifica con el principio de seguridad jurídica²⁹. Los jueces se encuentran por lo tanto, sometidos a la ley, no al arbitrio o al capricho, y en esa medida, sometidos a la Constitución. El principio de legalidad vincula también a los jueces por lo que la interdicción de arbitrariedad también se refiere a los jueces, sobre todo en su calidad de órganos garantes de la legalidad y la constitucionalidad. En un Estado de derecho los jueces controlan la legalidad, pero también son controlados en su calidad de órganos de Estado para poder cumplir con su función de intermediarios entre la sociedad y el Estado.

3. LA IURIS PRUDENTIA

La función del juez es resolver conflictos, el objetivo es solucionar controversias y proveer así una satisfacción a las partes en relación con las reclamaciones que presentan. Al integrarse la prudencia, así como la capacidad de previsión, las exigencias del caso, la razonabilidad, la ponderación y los valores en la ciencia del derecho, específicamente en la teoría de la interpretación jurídica y, por lo mismo en la aplicación del derecho, se dificulta, como señala Aragón, separar la política de la justicia³⁰. En ese proceso se ha difuminado la frontera entre la discrecionalidad y la arbitrariedad poniendo en riesgo el equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia.

La relación entre el principio de legalidad y la discrecionalidad se manifiesta en la facultad de juzgar, el deber de resolver y las obligaciones que el sistema jurídico impone a los jueces en un sistema jurídico sobre la forma en que

²⁸ De hecho, la existencia de una jurisdicción administrativa independiente se considera como un elemento del Estado de derecho, *vid Loewenstein, op. cit.*, nota 26, p. 305.

²⁹ El inconveniente de este tipo de sistema, la falta de flexibilidad, no lo pasa por el alto, Kelsen, *op. cit.*, nota 4, p. 260.

³⁰ Aragón, *op. cit.*, nota 2, p. 199.

debe ser ejercida la función jurisdiccional. El término jurisprudencia sin embargo, es ambiguo y se utiliza para referirse a la doctrina, esto es a la teoría del derecho anglosajona específicamente, a un conjunto de tesis judiciales, o bien, a las opiniones emitidas por reconocidos jurisconsultos (sentido de la terminología romana). Las opiniones expresadas por los peritos en derecho se basaban en su conocimiento del derecho y su intuición de lo justo para resolver casos problemáticos³¹. Es por ello que el concepto de jurisprudencia se utiliza a continuación en este último sentido para analizar el método que se aplicaba.

La potestad para “decir derecho” en la solución de una controversia tiene su origen en la jurisprudencia romana. El derecho consiste en juicios formulados por los prudentes que se fundan en criterios de justicia, de tal forma el *ius* para los juristas se conforma por soluciones convenientes por lo que no puede ser injusto³². La jurisprudencia es definida por los romanos como la ciencia de lo justo y lo injusto (*iuris prudentia est iusti atque iniusti scientia*). D’Ors menciona que la definición completa es por adición a la de la filosofía: el conocimiento sobre lo justo y lo injusto en las cuestiones divinas y humanas³³. El término *iuris prudentia*, no obstante, se refiere además de a la actividad del experto, a la ciencia jurídica³⁴. La jurisprudencia o ciencia del derecho es ejercida en los primeros tiempos por los pontífices, el intérprete del *ius* es el *prudens*. El *iuris prudens* es un perito en materia jurídica a quien corresponde revelar el derecho conforme a las exigencias vitales de cada momento, pues acomoda el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas³⁵.

En el ejercicio de su función, el juez, dice Álvaro D’Ors, aplica una prudencia especial, la *iuris prudentia*, entendida como la virtud que sabe distinguir lo que se lo justo de lo injusto; sabe lo que se debe hacer. Las soluciones dadas por los jurisprudentes debían ser aplicadas por el juez al dictar sentencia.³⁶ Es la facultad de discernir para resolver conflictos, para aplicar o crear derecho. La jurisprudencia es el conocimiento de la técnica jurídica, junto con la habilidad en su aplicación, que conforme al ideal romano implica que el *iuris prudens* aplica el derecho en forma cauta, con tacto dice Margadant³⁷. La aplicación del derecho, en su carácter de lenguaje, requiere sin embargo, de algún grado de interpretación, ya sea de las normas o de los hechos, de ahí la relevancia de la interpretación, por lo que “la *interpretatio* pasó en Roma a ser un término técnico del derecho” relacionado con la negociación o el conflicto a resolver³⁸.

³¹ Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Editorial Esfinge, México, 1985, p. 54.

³² D’Ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, EUNSA, Pamplona, 1983, p. 44.

³³ *Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (D. 1,1,10,2), *ibidem*, p. 44.

³⁴ Tamayo señala que la jurisprudencia, se convierte en *scientia* cuando los juristas romanos adoptan los métodos de los *Segundos Analíticos*, lo que les permitió construir los conceptos jurídicos fundamentales y encontrar los (primeros) principios de la jurisprudencia. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica; el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México, UNAM, 2003, p. 94.

³⁵ Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 57, 58 y 102.

³⁶ D’Ors, *op. cit.*, nota 32, p. 27.

³⁷ Margadant, *op. cit.*, nota 31, p. 100.

³⁸ Vernengo, Roberto J., “Interpretación”, en *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, nota 1, p. 239.

Los pontífices (*i.e.* los *iusprudentes*) conocían el derecho en el sentido de que ‘conoce un lenguaje quien sabe qué dice’, si entiende los signos y fonemas de ese lenguaje. La *ius prudentia* es la disciplina que permite a los pontífices “leer” (describir) el derecho³⁹. La *interpretatio prudentium* se convierte así en un elemento fundamental en el desarrollo del derecho. Tamayo menciona que con la *interpretatio prudentium* la aplicación de la legislación de los *decemviri* se extendió a una nueva Roma.⁴⁰ A través de la *interpretatio* los pontífices proporcionaron el significado de las XII Tablas. La *interpretatio*, la forma de “leer” textos jurídicos, era la función central de la jurisprudencia pontificia, a través de la cual los *iusprudentes* “leían” el derecho y señalaban sus alcances. Mediante la *interpretatio* dada a los *præcepta iuris*, la jurisprudencia reformuló, en gran medida, el *ius civile*⁴¹.

En la visión clásica, la ley era lo que entendían y enseñaban los juristas, por lo que tanto el derecho romano como el común fueron derechos de juristas, concebidos al modo clásico como *ars boni et aequi*, el jurista busca lo bueno y lo justo⁴². En cuanto tales, estos derechos se presentaban al juez en forma abierta, de suerte que le correspondía a él cerrarlos caso por caso, mediante su sentencia que entraña una *iurisdictio*.⁴³ Este método casuístico de actuar de la jurisprudencia romana se desarrolla a partir de la facultad discrecional, con lo que se pone de manifiesto la tensión ya tradicional entre la justicia del caso concreto, la equidad, y la seguridad jurídica.

La *prudentia*, como aptitud jurídica, sabiduría versada específicamente en el derecho se desarrolla en Roma. Rolando Tamayo analiza las razones por las cuales los romanos optaron por el término “prudencia”⁴⁴, y señala que *prudentia* proviene de *prudens (tis)* que significa: ‘[quien] sabe de antemano’, ‘[quien] obra con conocimiento de causa’: “*in existimando admodum prudens*”, esto requería que las opiniones se emitieran de manera prudente, lo que requiere de un ‘hombre de muy sólido criterio’. La *prudentia* en este sentido era especialmente deseable, así como la presencia de hombres prudentes era imprescindible en el ejercicio de la *prudentia iuris*.⁴⁵

El derecho, como la prudencia que le servía de fundamento, no era una técnica, ni una ciencia que se aprendía de memoria, sino una disciplina o cualidad que se adquiría directamente con el ejemplo de quien lo practicaba y poseía. La jurisprudencia era, ante todo, *prudentia iuris*, el arte de saber elegir entre varias soluciones la más oportuna y adecuada al caso⁴⁶. Para García Garrido la prudencia está basada en la *iustitia*, en dar a cada uno lo suyo, pero

³⁹ García Garrido, Manuel, *Casuismo y jurisprudencia romana*, España, Faro de Vigo, 1965, p. 25.

⁴⁰ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 34, p. 96.

⁴¹ *Ibidem*, p. 97.

⁴² *Ars* en este contexto es equivalente a *scientia* dice D’Ors y se refiere a una disciplina ordenada y discible, *op. cit.*, nota 32, p. 44.

⁴³ Bravo Lira, Bernardino “Las dos caras de la codificación en Europa continental e Iberoamérica: legal y judicial”, *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 178, citado en Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, “Algunas reflexiones sobre la formación en la prudencia jurídica” *Ars Iuris*, México, No. 26, 2001, p. 267.

⁴⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 34, p. 92.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁶ García Garrido, *op. cit.*, nota 39, p. 10.

también en la *utilitas*. El prudente analiza lo justo y lo injusto, pero también lo útil y lo que no le es para satisfacer las necesidades de la vida⁴⁷.

Llanos Pitarch explica que el método jurisprudencial romano consistía en ejercer una labor de análisis del problema concreto a partir de unas directrices, los “casos guía”, pero que éstos no operan como los principios lógicos en un razonamiento deductivo, sino que se consideran por su proximidad al problema singular planteado, por tener un valor al menos relativo y desde luego como experiencia anterior.⁴⁸ No obstante, señala que la solución de un caso práctico se daba en el convencimiento y con la voluntad de que un nuevo caso igual debía tener lugar la misma solución. Pero como un caso no se repite jamás en todos sus detalles, dice que cada decisión casuística cuenta con una norma jurídica que prescinde y se abstrae de algunas circunstancias del caso, en otras palabras, una norma jurídica abstracta⁴⁹.

El método romano no toma el caso como precedente, sino como supuesto individual que hay que resolver, por lo que la solución se ha de ajustar a las particularidades de cada supuesto concreto.⁵⁰ Schulz señala que esta flexibilidad podía provocar alguna incertidumbre, aunque era una consecuencia aceptada por los juristas clásicos, en pro de sus ventajas⁵¹. Aquí se percibe el sacrificio de la certeza a favor de una decisión más justa, o por lo menos, más apegada a las circunstancias de las partes. Se puede decir, con la salvedad de que estos conceptos no eran conocidos en la época, que la facultad jurisdiccional se ejerce discrecionalmente en detrimento de la seguridad jurídica y la legalidad.

El jurisconsulto, como lo señala García Garrido, orienta al cliente ilustrándolo sobre el derecho aplicable a su caso y le aconseja la fórmula más idónea para recurrir ante el pretor, y el *orator* lo acompaña y ayuda en la batalla forense⁵². Como se puede percibir, la actitud del jurista no es imperativa, sino dialéctica; la misma *ratio decidendi* puede quedar elidida, sin por ello perder la opinión su razón, pues se funda ante todo en la autoridad del prudente.⁵³ El jurista ayuda y aconseja al particular, lo instruye sobre las fórmulas de los negocios o contratos – *cavere*- y de los litigios –*agere*- y le facilita las respuestas – *respondere*-; al jurista acuden entonces por asesoramiento el pretor y el juez⁵⁴. El *iudex*, como lo menciona Merryman, no era experto en derecho y tenía que recurrir al jurisconsulto, por lo que tenía un poder limitado⁵⁵. Carbone señala que cuando la jurisprudencia se extendió una vez concluida la exclusividad pontifical, se generalizan los pareceres contrapuestos. Las controversias jurídicas

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Llanos Pitarch, José María, “Aproximación al método de la jurisprudencia romana clásica. Valoración de la dicotomía ‘problema-sistema’”, *Revista Jurídica*, Mar del Plata, No. 1, Año 1, 2006, p. 139.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Tamayo señala que los juristas romanos, en la determinación del campo de la jurisprudencia, comienzan con los hechos singulares que han sido observados y que los criterios de identidad y existencia de estos “hechos jurídicos” se basan en pruebas empíricas, *op. cit.*, nota 34, p. 101.

⁵¹ Schulz, *Principios del derecho romano*, Madrid, 1990, p. 37 y ss, en *op. cit.*, nota 48, p. 147.

⁵² García Garrido, *op. cit.*, nota 39, p. 13.

⁵³ Llanos Pitarch, *op. cit.*, nota 48, p. 147.

⁵⁴ Iglesias, *op. cit.*, nota 35, p. 58.

⁵⁵ Merryman, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, traducción de Eduardo L. Suárez, FCE, México, 2003, p. 75.

se ventilaban entonces mediante la *disputatio* y cuando ciertas doctrinas adquirieron un consenso casi unánime, se convertían en *sentiae receptae*⁵⁶.

La finalidad de los escritos jurisprudenciales es entonces, fundamentalmente práctica, pues la función del derecho es la solución del conflicto de intereses, la idea era encontrar la acción más oportuna o sugerir al litigante la fórmula más adecuada para su caso. Por esto es que según García Garrido, al jurista romano le importaban las normas claras, precisas y sencillas que sirven para resolver los problemas de la vida cotidiana⁵⁷.

Merryman sostiene que la jurisprudencia, como ejercicio de la función judicial, se transforma profundamente como consecuencia del principio de separación de poderes, sobre todo en su versión estricta que restringe esta función. Según él, la insistencia revolucionaria en que la ley fuese emitida solamente por una legislatura representativa tuvo efectos negativos en la actividad jurisdiccional, pues ya no podrían hacer la ley, de manera directa o indirecta. Lo que convierte al juez en una especie de empleado experto, cuya función consiste simplemente en encontrar la disposición legislativa correcta, compararla con la situación de hecho y dictar la solución que emana de la subsunción de una manera más o menos automática⁵⁸. Esto se debe a que los presupuestos de la ley eran su sistematicidad, claridad y coherencia.

La codificación a su vez redujo de manera drástica el papel del juez. En lugar de declarar el derecho en los casos controvertidos, se le limitó a aplicar la ley a los casos particulares, es decir, subsumirlos bajo una ley general⁵⁹. Se le privó de la facultad interpretativa y con ello de la potestad creadora. El objetivo era proteger a los individuos de la arbitrariedad de los jueces, pero según Ortiz Treviño sólo se consiguió dejarlos inermes frente a la arbitrariedad de los gobernantes⁶⁰. Señala que esto generó un cambio de mentalidad en los jueces, ya que se persuaden no sólo de la omnipotencia de la ley, sino de su propia impotencia frente a ella, por lo que ya no revisan su contenido, sino que solamente la aplican tal como es⁶¹. Los jueces recuperan la facultad de interpretar que perdieron ante la necesidad de seguridad jurídica de manera lenta y tardía. La doctrina se divide, una parte se ocupa de establecer límites a la actividad interpretativa en pro de la seguridad jurídica, la otra, en proveer al juez de métodos y guías para sortear los problemas que presenta la interpretación jurídica.

A pesar de las diferencias entre la jurisprudencia romana que era una actividad libre y consultiva independiente y la jurisprudencia actual que consiste en el ejercicio de una función pública en el marco de la ley, coinciden como lo menciona García Garrido, en la utilización de la técnica de elaboración casuística

⁵⁶ Carbone describe la actividad de los *iurisprudentes* romanos como consistente en *cavere*, esto es, el asesoramiento y formulación y redacción de los negocios jurídicos por el jurisprudente, *agere* que significa encontrar el medio procesal adecuado y adaptarlo a la concreta necesidad del cliente e instruirlo acerca del modo de hacerlo valer ante el magistrado *iudicente*, y *respondere* que implica la formulación de opiniones sobre temas jurídicos controvertidos. Carbone, Edmundo J., "Roma, cuna de la jurisprudencia", *Revista Prudentia Iuris*, Buenos Aires, abril 1984, pp. 21 y 22.

⁵⁷ García Garrido, *op. cit.*, nota 39, p. 10.

⁵⁸ Merryman, *op. cit.*, nota 55, pp. 75, 76.

⁵⁹ Bravo Lira, *op. cit.*, nota 43, p. 268.

⁶⁰ Ortiz Treviño, *op. cit.*, nota 43, p. 268.

⁶¹ *Idem.*

para satisfacer reclamos de equidad y de justicia⁶², lo que requiere del ejercicio de una discrecionalidad prudente.

4. DE LA PRUDENCIA

Ahora se intentará arrojar algo de luz sobre el sentido del concepto de prudencia y su función en el proceso de decisión del juez, sobre todo por la tradicional concepción del juez como hombre virtuoso que lleva aparejada una serie de expectativas respecto de su persona y forma de actuar. El objeto no es dar una definición de la prudencia, sino simplemente evaluar su rol en el desempeño de la función jurisdiccional en un Estado de derecho.

La prudencia es según la doctrina clásica una virtud cardinal⁶³ que significa “sabiduría práctica”, en Platón específicamente refiere al sano juicio, es por lo tanto virtud del juicioso, del que razona. Para Aristóteles en cambio es un hábito para actuar según un criterio, ya sea de lo bueno o lo justo, por ejemplo, que se ejerce en la deliberación; tiene un carácter reflexivo⁶⁴. Para él, el hombre que tiene prudencia es capaz de deliberar bien sobre lo bueno y conveniente para él, no en algún aspecto particular, sino sobre qué clase de cosa conduce a la vida virtuosa en general. Según Aristóteles, el que es capaz de deliberar tiene prudencia⁶⁵. En su opinión, la prudencia no puede ser ni ciencia ni arte; no es ciencia porque puede hacerse de modo distinto, ni arte porque la acción y la creación son diferentes géneros de cosas. En su opinión, solamente puede ser hábito verdadero y razonado de capacidad para obrar con miras a las cosas que son buenas o malas para el hombre. Porque mientras la creación tiene fin distinto a ella misma, la acción no puede tenerlo, porque la buena acción en sí es su propio fin⁶⁶.

Para Santo Tomás de Aquino, la prudencia es virtud propia de la razón y no de la voluntad; de la razón práctica en concreto; una cualidad que perfecciona la razón práctica intrínsecamente, en cuanto razón en su uso práctico. Ahora bien, la razón sólo se perfecciona intrínsecamente por un hábito. La prudencia es, por tanto, un hábito cognoscitivo, una virtud intelectual⁶⁷. El hábito para Santo Tomás de Aquino es una cualidad que asiste a la operación de una facultad y la facilita⁶⁸. Más previamente a la prudencia se requiere el conocimiento del fin al que se dirige la prudencia, y según Santo Tomás de Aquino esto depende de un conocimiento previo y superior, el propio del hábito de los primeros principios

⁶² García Garrido, *op. cit.*, nota 39, p. 30.

⁶³ La virtud es una cualidad humana que rige la acción por medio de la razón, son consideradas como virtudes cardinales: la prudencia, la justicia, la templanza y la fortaleza.

⁶⁴ Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Tomo E-J, Ariel referencia, Barcelona, 1994, pp. 2944, 2945.

⁶⁵ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, traducción de Francisco Gallach Palés, imp. de L. Rubio, Madrid, 1951, Libro VI, p. 155.

⁶⁶ *Ibidem*. 155-156.

⁶⁷ Sellés, Juan Fernando, *La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino*, Cuadernos de Anuario Filosófico, Navarra, 1999, p. 28.

⁶⁸ El hábito como categoría es una disposición del ser transitoria, accidental, como cualidad en cambio, es más permanente pues se refiere al modo en que alguien tiene una característica. Existen dos tipos: el hábito intelectual que es teórico y refiere operaciones conceptuales, y el moral de los principios prácticos superiores (la sindéresis). Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Tomo E-J, Ariel referencia, Barcelona, 1994, p. 1543.

prácticos, es decir, de la *sindéresis*⁶⁹. La *sindéresis* es la razón o conciencia que se relaciona con el bien, y se refiere a vigilar atentamente, corregir errores de la razón y dominar los apetitos sensibles. Es el “hábito natural que procede de principios prácticos”, es innato y de carácter intelectual⁷⁰.

La prudencia es entonces, saber hacer las cosas para conseguir ciertos fines de manera razonable. Para Kant es una habilidad en la elección de los medios para alcanzar el máximo de bienestar o felicidad. La prudencia incluye la experiencia (memoria) consideración de la situación, prontitud en la ejecución, juicio o razón, previsión, y la consideración de todas estas circunstancias⁷¹. En términos generales se puede decir que es un criterio que guía otras virtudes (como la justicia por ejemplo), pero la prudencia no es un fin en sí, sino una cualidad útil, es parte del método para decidir.

Massini explica la prudencia como virtud intelectual, concretamente del intelecto práctico, que tiene por objeto establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente humano⁷². En el ámbito jurídico específicamente la entiende como la disposición del intelecto que habilita para determinar el contenido cierto del derecho, tanto en su expresión normativa, como en su determinación singular⁷³. Para Hervada es el discernimiento de lo justo y de lo injusto, el discernimiento del derecho y de la lesión del derecho⁷⁴, así especificado, ese hábito de discernir puede considerarse como prudencia jurídica.

El razonamiento judicial es complejo y reducirlo al silogismo jurídico es una sobre- simplificación, como lo es considerar al silogismo como una operación mecánica o automática es absurdo. Massini menciona que el razonamiento judicial es un modo de razonar en el que se introducen constantemente los fines prácticos, las apreciaciones de justicia, los conflictos de bienes o valores. En su opinión, nada tiene que hacer aquí el razonamiento teórico, necesario y uniforme⁷⁵, mismo que sin embargo, no puede excluirse del todo del razonamiento jurídico.

El razonamiento teórico se distingue del práctico por su objeto, el primero responde a las preguntas sobre lo que es, mientras que el segundo se ocupa de dar respuestas sobre ¿qué hacer? La justificación pertenece al campo de la “razón práctica”, al mundo de la “acción humana”. Este es el ámbito de la *prudentia*, que como ya se mencionó, la prudencia no es caprichosa ni arbitraria. Tamayo dice que la *prudentia* procede con el mismo rigor que la ciencia, “ajustándose a la razón”, y en este aspecto es como la ciencia, pues tiene que manejarse con los “cálculos de la razón”. Menciona además que lo que distingue al conocimiento científico de la prudencia no es el mecanismo del pensar, sino sus respectivos objetos; la ciencia, conoce; la prudencia conoce y dice qué hacer⁷⁶,

⁶⁹ Sellés, *op. cit.*, nota 67, p. 39.

⁷⁰ Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Tomo Q-Z, Ariel referencia, Barcelona, 1994, p. 3294.

⁷¹ Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Tomo E-J, Ariel referencia, Barcelona, 1994, pp. 2944, 2945.

⁷² Massini, C. I., *La prudencia jurídica, Introducción a la gnoseología del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, p. 34, p. 269

⁷³ *Ibidem*, p. 100.

⁷⁴ Hervada J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 75.

⁷⁵ Massini, *op. cit.*, nota 72, p. 134.

⁷⁶ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 34, p. 93.

La prudencia como hábito de la inteligencia es el acto que nos permite conocer que conocemos, es decir, por el que conocemos nuestros actos de pensar. Según Sellés, los hábitos de la inteligencia como también las virtudes de la voluntad reflejan una perfección intrínseca, adquirida por la inteligencia humana, susceptibles de un crecimiento irrestricto merced precisamente a los hábitos. De igual forma considera que son el crecimiento en conocimiento de la inteligencia respecto de la verdad. El hábito es lo que nos permite conocer nuestros actos, en su decir, conocer que conocemos⁷⁷.

Para él, la prudencia es media entre las virtudes morales y las intelectuales: pues es esencialmente intelectual, ya que es hábito cognoscitivo, y que perfecciona la razón; pero es moral en cuanto a la materia, en cuanto que es directiva de las virtudes morales, ya que es recta razón acerca de lo agible⁷⁸. Con ello se refiere al obrar, a actuar conforme al hábito que perfecciona la potencia. La prudencia por lo tanto, rectifica la razón en su operatividad y la corrige, de modo que un acto que sigue a la prudencia es más lúcido, acierta más en las acciones humanas prácticas, que el acto que precede a tal hábito. Esto se debe a que la prudencia busca la realización de la verdad práctica, es decir, la mayor verosimilitud posible o factible⁷⁹.

5. LA PRUDENCIA EN EL JUEZ

Históricamente puede comprobarse que el juez, por la función que desempeña, es medido y considerado conforme a un estándar superior y más exigente que a cualquier otro funcionario o autoridad. Se le pide que además de ser conocedor de su materia, sea una buena persona⁸⁰, un virtuoso en el desempeño de su encargo. Los sistemas jurídicos incluso los condicionan al ejercicio de ciertas virtudes⁸¹. Sobre la prudencia en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación se prevé que el juzgador se perfeccione cada día para desarrollar diversas virtudes judiciales. Señala que: “En su trabajo jurisdiccional y en las relaciones con sus colaboradores, recoge la información a su alcance con criterios rectos y objetivos; consulta detenidamente las normas del caso, pondera las consecuencias favorables y desfavorables que puedan producirse por su decisión, y luego toma ésta y actúa conforme a lo decidido”⁸².

Aunque dichas indicaciones no sean suficientes para considerar como prudente la decisión, es un comienzo, pues como menciona Sellés no es ni puede ser prudente el juez que todo lo considera relativo, porque ello se opone a lo verdadero, que es lo que busca la prudencia. Tampoco lo es, el que se deja llevar por cualquier moda o tendencia, ni el que no considera las diversas opiniones en

⁷⁷ Sellés, *op. cit.*, nota 67, nota al pie 2, p. 27

⁷⁸ *Ibidem* p. 29.

⁷⁹ *Ibidem* p. 30

⁸⁰ Jorge Malem analiza esta exigencia en su artículo “Pueden las malas personas ser buenos jueces”, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, Tomo LI, n° 235, México, 2001, pp. 135-159.

⁸¹ El artículo 17 constitucional en su segundo párrafo habla de imparcialidad en las decisiones, el artículo 100 en su párrafo séptimo exige al juez las siguientes cualidades: excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

⁸² Artículos 5 y 5.3 del capítulo V, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de diciembre de 2004.

torno a un tema intentando penetrar en él hasta el punto de desvelar la mayor *verosimilitud* posible comparándola con el fin de la vida humana. Pero sobre todo, sostiene que no lo es, el que después de haber deliberado suficientemente (pero no indefinidamente) y de haber encontrado lo bueno para tal situación, momento y circunstancias determinadas, se vuelve irresoluto y no lleva a cabo lo que se ha propuesto⁸³.

En su obra sobre la prudencia, Josef Pieper⁸⁴ revisa las ideas centrales sobre la prudencia en la filosofía occidental. A pesar de que trata el complejo tema de una virtud clásica es un ensayo breve y claro. Por lo que se refiere al acto de decisión, que podemos relacionar con el proceso que realiza un juez, se puede decir que la prudencia puede ser entendida como la “habilidad para tomar decisiones correctas”. Se ocupa de elegir los medios apropiados para lograr un fin y aunque no es lo mismo, se encuentra relacionada estrechamente con la conciencia y la “recta razón”. La prudencia dice este filósofo alemán, se orienta a la realidad y la verdad.

Según Pieper, la prudencia se integra por dos partes: la cognitiva y la imperativa, pues consiste en entender y luego decidir. Primero es necesario entender, porque una buena decisión se funda en la clara y verdadera apreciación del contexto en el cual la decisión se ha de tomar. En la segunda parte, la imperativa, cabe distinguir dos momentos, el del juicio y el de la acción, pues la prudencia tiene sentido solamente si una vez determinada la corrección del acto, éste se lleva a cabo. Los elementos de juicio y voluntad se orientan ambos a lo bueno, a lo correcto. El problema del juicio prudencial es que aun cuando se cuente con la habilidad para evaluar las circunstancias, nadie puede prever todas las consecuencias de un acto, por lo que se requiere de un cierto grado de previsibilidad que en general deriva de la experiencia.

La prudencia exige además seriedad en el estudio de las circunstancias que son analizadas durante la deliberación, pero además es indispensable el valor para actuar. La acción prudente depende de que el decisor en realidad quiera el bien, y en el caso del juez, que su intención sea la de dar la mejor solución, de hacer justicia. A grandes rasgos el precepto del Código de Ética mencionado recoge estas características como guía de la actuación jurisdiccional.

El juez se encuentra así entre dos obligaciones relevantes, la de resolver conforme a derecho y de decidir en prudencia. La función jurisdiccional en un Estado de derecho se ejerce un marco de legalidad, seguridad jurídica y certeza para impartir justicia. La seguridad jurídica es una conquista política que surge a partir de una necesidad humana básica ante la autoridad. En este sentido Pérez Luño menciona que “la génesis del *ius civile* tiene lugar en Roma a través de un acto de afirmación de la seguridad jurídica”, el reclamo de conocer el derecho, su publicidad. El derecho es una forma de poner fin a la arbitrariedad, aunque la seguridad jurídica no se convierte en un presupuesto y función del Estado de derecho sino por la tradición contractualista⁸⁵.

⁸³ Sellés, *op. cit.*, nota 67, p. 31.

⁸⁴ Pieper, Josef, *On Prudence*, University of Notre Dame Press, 1965, 40 pp.

⁸⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad jurídica”, en *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, nota 1, pp. 481, 482.

La seguridad junto con la legalidad son elementos indispensables del Estado de derecho. No obstante, Hart menciona que no solamente contar con reglas de conducta que se apliquen con seguridad por los propios particulares es una necesidad social de todos los sistemas, pues la necesidad de dejar abiertas cuestiones que solamente pueden ser evaluadas en relación con un caso concreto para su ulterior solución por la autoridad competente también lo es⁸⁶. El principio de legalidad consta de diversos elementos tales como sujeción a la ley, el principio de competencia expresa, la obligación de fundar y motivar las decisiones de autoridad y la interdicción de la arbitrariedad. El ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad, no solamente administrativa sino también judicial no se ejerce fuera del marco de la legalidad. La discrecionalidad consta de ciertos elementos o aspectos que siempre están sometidos a un control de legalidad específico en que la autoridad debe comprobar que actuó legalmente, sin embargo cuenta con un margen de apreciación en cuanto a la oportunidad y mérito de la alternativa elegida. Es una facultad jurídica, no una expresión de una voluntad caprichosa y menos arbitrariedad.

Una de las dificultades de la aplicación del derecho deriva de la necesidad de interpretación del lenguaje normativo, el cual se expresa mediante un lenguaje natural. Moreso sostiene que el lenguaje de los juristas depende del lenguaje legal, esto es el derecho positivo, y éste del lenguaje natural, y que el lenguaje jurídico ha de comprenderse como una parte de la práctica comunicativa que es el lenguaje natural. Considera que de otra manera el derecho no podría cumplir con su función de motivación del comportamiento humano⁸⁷. Esto implica que además de los posibles problemas de comprensión técnicos, el derecho adolece también de otros vicios como pueden ser obscuridad, vaguedad o ambigüedad. La discrecionalidad en la interpretación es por lo tanto necesaria para hacer operativo el derecho.

La textura abierta del derecho significa según Hart, que hay áreas del derecho que deben dejarse para su desarrollo por el órgano de aplicación, lo que confiere a los tribunales una amplia potestad creadora. Sostiene que el juez ha de procurar encontrar un compromiso, “a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”⁸⁸. La interpretación por otra parte, no es exclusiva de la práctica jurídica, se realiza también en la ciencia, y toda interpretación es discrecional lo que implica un cierto grado de subjetividad. No obstante, para Hart las normas jurídicas son criterios lo suficientemente determinados para limitar la discreción a pesar de su textura abierta⁸⁹.

Al respecto Kelsen consideraba que el derecho constituye un marco que ofrece las posibilidades de aplicación, para él, las normas son marcos abiertos a la interpretación y la interpretación no conduce de manera necesaria a una decisión única, por lo que en su opinión no hay una única respuesta correcta⁹⁰.

⁸⁶ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 162.

⁸⁷ Moreso, José Juan, “Lenguaje jurídico”, en *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, nota 1, p. 114.

⁸⁸ Hart, *op. cit.*, nota 86 pp. 168, 180.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 183.

⁹⁰ Kelsen , *op. cit.*, nota 4, pp. 351, 352.

Las guías de la interpretación no son dadas por el sistema jurídico más que a grandes rasgos, la doctrina es la que se ha ocupado de orientar a los juristas en esta labor. Pero como lo menciona Hart, la doctrina solamente contribuye a reducir con los cánones de interpretación la incertidumbre derivada del uso del lenguaje, pero no la elimina; además estos cánones en su calidad de reglas de generales para el uso del lenguaje, utilizan términos generales que a su vez requieren de interpretación⁹¹. Kelsen también indica con razón, que los métodos interpretativos solamente conducen a un resultado posible, pero no a un único resultado⁹².

En cuanto a la interpretación jurídica, Kelsen distinguió los tipos de interpretación para hacer notar que la interpretación que hacen los jueces con motivo de la aplicación del derecho es distinta a la científica, él la llama interpretación auténtica⁹³ y solamente ésta tiene consecuencias normativas. Si un juez interpreta el derecho al aplicarlo realiza una actividad creadora de normas de carácter discrecional, pues como señala Kelsen la norma de rango superior no determina en todos los sentidos el acto de aplicación, “siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad”⁹⁴.

La discrecionalidad se ejerce en el marco de las competencias del juez, en su jurisdicción, en el sentido filosófico-jurídico de este término de “enjuiciar autoritativamente y enjuiciar justificadamente”, por lo que en este sentido, la jurisdicción se manifiesta como lo opuesto a la arbitrariedad⁹⁵. En el proceso de decisión judicial la discrecionalidad no solamente se manifiesta en la interpretación, sino también en la elección de la norma a aplicar, la valoración de los hechos, la ponderación de los derechos e intereses en disputa, así como en la individualización de la norma. La ponderación en sí requiere de hacer estimaciones sobre la relevancia de los intereses y bienes en juego, el cálculo de las consecuencias, y esto se realiza en principio sin más parámetros de guía que las propias normas jurídicas.

El principio de legalidad es límite de la arbitrariedad en la medida que requiere que la decisión de un juez emane de criterios previamente establecidos en leyes o precedentes, cuando sin embargo se establecen con motivo de la decisión, como en el caso de la laguna normativa, la solución debe ser razonable y apta para resolver casos futuros. Esto se debe a que en el acto de juzgar se realizan valoraciones, se realiza una deliberación sobre el valor jurídico de la solución dada. Las valoraciones que hace el juez implican una preferencia entre estados de cosas alternativos que se determina conforme a valores socialmente predominantes o derivados de algún código moral o ideal como dice Vernengo⁹⁶. El parámetro de la decisión tiene que ser por lo tanto el derecho en primera instancia, no solamente la ley, sino también sus principios y valores aplicados en

⁹¹ Hart, *op. cit.*, nota 86, p. 158.

⁹² Kelsen, *op. cit.*, nota 4, pp. 351, 352.

⁹³ *Ibidem*, p. 349

⁹⁴ *Ibidem*, p. 350.

⁹⁵ Saavedra López, *op. cit.*, nota 7, p. 222.

⁹⁶ Vernengo, *op. cit.*, nota 38, p. 256.

el marco de las facultades conferidas al juez⁹⁷. Las funciones del juez, incluso la discrecionalidad como ya se mencionó, se ejercen conforme al principio de legalidad.

La doctrina distingue en relación con la competencia de la autoridad entre facultades regladas y discrecionales, siendo ambas legales, en algunos casos la facultad discrecional es otorgada de manera expresa o mediante la atribución de un margen de apreciación. En otros casos es inferida por interpretación del texto normativo, principalmente a partir del uso del verbo “poder”. Así por ejemplo, la siguiente tesis señala que se concluye que: “... al incluir dicha disposición la expresión “podrá”, se otorga amplia potestad decisoria al juzgador para otorgar o no plazos para el pago de la reparación del daño, pero ello no significa facultad absoluta, sino que debe utilizar su prudente arbitrio, que en el caso debe estar orientado por el monto que ha de cubrir y la capacidad económica del obligado, tomando en cuenta además que el fin primordial de la reparación del daño es el de resarcir íntegramente el menoscabo ocasionado al ofendido o a sus derechohabientes con motivo del delito cometido, ...”⁹⁸. Con lo que se pone de manifiesto que es indispensable considerar el fin para el cual se ejerce la potestad, así como los medios de que se dispone. La prudencia opera en este caso como guía para la decisión a fin de proveer el mejor resultado y minimizar el daño o perjuicio que la decisión puede causar. No obstante, como Raz apunta, cuando un juez impone obligaciones, la razón que ofrece no puede ser meramente prudencial o referirse a los intereses del juez señala Delgado Pinto, sino que tiene que ser una razón objetiva⁹⁹, pero ésta en el caso de ser de tipo moral, además debe sustentarse en una norma jurídica válida, pues constituye la razón para actuar de un juez.

En la jurisprudencia mexicana no se encuentran guías sobre el acto prudente, pero sí requerimientos del mismo como en el caso en que en relación con la prueba establece que se: “...debe hacer una prudente estimación de los motivos aducidos, basada en la lógica y en la experiencia, de acuerdo al caso concreto y bajo su prudente arbitrio...”¹⁰⁰. En una tesis aislada sin embargo, fue posible encontrar referencia a diversos elementos del tema que se discute: el equilibrio entre la libertad de juzgar, la facultad discrecional que se ejerce y el principio de legalidad. El artículo que se analizaba confería expresamente la facultad de apreciación de las pruebas, pero además establecía como reglas de la

⁹⁷ En relación con el deber de aplicar el derecho, Mendonça menciona que al juez no le está permitido recurrir a fuentes extrajurídicas, salvo autorización expresa del sistema jurídico, en dicho caso sin embargo, la decisión se fundamenta en normas de derecho, “Aplicación del derecho”, en *El derecho y la justicia*, op. cit., nota 1, p. 267.

⁹⁸ REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OTORGAMIENTO O NO DE PLAZOS PARA SU PAGO QUEDA AL PRUDENTE ARBITRIO DEL JUZGADOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR). Tesis XXVI.1 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. t. XV, enero de 2002, p. 1342.

⁹⁹ Delgado Pinto, José, “Normatividad del derecho”, en *El derecho y la justicia*, op. cit., nota 1, p. 434.

¹⁰⁰ PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA LABORAL. ES ILEGAL EL PROVEÍDO DE LA JUNTA QUE AL ADMITIRLA, CONSTRIÑE AL OFERENTE A PRESENTAR DIRECTAMENTE A SUS TESTIGOS BAJO EL ARGUMENTO DE QUE LA CITACIÓN A TRAVÉS DE AQUÉLLA RETARDA EL PROCEDIMIENTO, CUANDO ÉSTE MANIFESTÓ SU IMPOSIBILIDAD PARA ELLO Y, POR TANTO, AL DECLARARLA DESIERTA POR NO COMPARECER LOS TESTIGOS, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN PROCESAL. Tesis XVI.1o.A.T. J/25, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto 2011, p. 1107.

decisión que fuese dictada a “verdad sabida”. En la tesis sin embargo, se aclara que esto no eximía de la obligación de motivar la decisión que integra el principio de legalidad, ni constituye arbitrariedad. En cuanto al razonamiento del juez, refiere a la convicción del resultado y la conciencia del juez, al juicio práctico guiado por el sentido común (o lógica natural) considerando incluso como elementos de la legalidad de la decisión el apego de la decisión al sentido común¹⁰¹.

6. SEGURIDAD JURÍDICA Y PRUDENCIA: REFLEXIONES FINALES

La seguridad jurídica es un valor del Estado de derecho que se manifiesta en exigencias objetivas de corrección estructural, esto es, la formulación adecuada de las normas del sistema jurídico, y corrección funcional, entendida como cumplimiento del derecho por sus destinatarios, incluidos los órganos de aplicación. Señala Pérez Luño que junto a esta dimensión objetiva se presenta la certeza como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva, considerado como un valor distinto o un sub-principio de la seguridad jurídica por otros juristas¹⁰².

La certeza se manifiesta en la conducta de los sujetos de derecho, esto requiere del conocimiento de las normas, su publicidad, la información con la que cuentan sobre el actuar de la autoridad, la claridad de las normas. En resumen, es la posibilidad de saber de antemano qué conductas son obligatorias, prohibidas o permitidas y cuáles son las consecuencias de su realización u omisión. La falta de información no solamente constituye una deficiencia epistémica, sino que en el ejercicio de la función jurisdiccional abre la puerta a la arbitrariedad, por eso se incluye en las sugerencias hechas al juez en el Código de Ética citado, aunque lo conmina a utilizar “criterios rectos y objetivos” para procurar la información necesaria, hacerlo de otra manera sería en detrimento de la certeza. El problema no queda resuelto, pues la elección de los criterios y su apreciación como correctos u objetivos sigue siendo discrecional.

La certeza es un valor de especial relevancia para los sistemas jurídicos de tradición civilista, su función primordial es el control de la discrecionalidad de los jueces, por lo que la legislación debería ser completa, coherente y clara. En los países de *common law* en cambio es un valor que compite con la flexibilidad del

¹⁰¹ “El artículo 21 del título especial, que trata de la Justicia de Paz, en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, previene que las sentencias en juicios de esta naturaleza, se dictarán a verdad sabida, sin sujetarse a las reglas sobre estimación de las pruebas, sino apreciando los hechos según los Jueces lo creyeren debido en conciencia. Esta disposición no significa que los Jueces de Paz puedan dictar sus resoluciones sin exponer las razones que hayan tenido para formar su *convicción* en determinado sentido, ni tampoco que el legislador, al apelar a la *conciencia* de los Jueces, se haya propuesto establecer un criterio puramente subjetivo. En dicho artículo se habla de conciencia, al referirse al juicio práctico que formulan los hombres sobre lo justo o injusto de un acto o de una resolución, juicio que tiene más bien un valor objetivo que subjetivo, puesto que se relaciona íntimamente con los dictados del sentido común o de la lógica natural. (...) debe aceptarse que la apreciación o calificación hecha por los Jueces de Paz, en los términos del artículo 21, puede resultar ilegal cuando no se ajusta a las nociones de la lógica elemental, o del sentido común”. JUECES DE PAZ, SENTENCIAS DE LOS. Registro No. 356985, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación LV, p. 1195, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

¹⁰² Pérez Luño, *op. cit.*, nota 85, p. 483.

derecho, para aliviar esa tensión cuentan con la equidad como herramienta de justicia del caso individual. Esto, como dice Merryman, “implica claramente el otorgamiento de una facultad discrecional al juez”¹⁰³, y así se produce un mejor equilibrio entre ambos valores.

La decisión judicial tiene que ser percibida por sus destinatarios como un acto racional de impartición de justicia, no como un acto arbitrario; la justificación mediante argumentos razonados y aceptables legitima la decisión. El principio de legalidad no es una camisa de fuerza, el principio *dura lex, sed lex* ha sido superado, pero esto no suprime la necesidad de un parámetro legal de referencia de la actividad de la autoridad. Su función es garantizar un marco general e imparcial de la aplicación de la ley, pero el juez no sólo aplica el derecho sino que también imparte justicia tomando decisiones prudentes de manera imparcial ejercitando así, una facultad discrecional controlada.

El problema radica en que como lo menciona Kelsen “en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”¹⁰⁴. Una sentencia es una cadena de decisiones relacionadas sobre la norma a aplicar, los hechos a juzgar y la solución a un caso; las elecciones se realizan conforme al criterio del juez. Estas decisiones implican valoraciones que reflejan preferencias, proceso que requiere de la imparcialidad, misma que se ha de manifestar en los argumentos que se aducen a favor de la decisión. En la justificación de las elecciones hechas y para sortear las preferencias es preciso recurrir al derecho positivo a través del cual se expresan los valores del sistema jurídico en términos generales, aunque para conocerlos sea preciso interpretar las normas¹⁰⁵.

La idea de revisar la tendencia a lo concreto a la jurisprudencia romana y el casuismo como método era poder apreciar su virtud, que en opinión de D’Ors radica en que el derecho romano era científico. Por lo que insiste en la conveniencia de instruir al jurista en los hábitos mentales de la jurisprudencia romana, pero no por ello independizarlo del derecho positivo como sugiere¹⁰⁶, sino considerando las particularidades del caso ejercer la prudencia jurídica en el marco de la legalidad y seguridad jurídicas. La interpretación es necesaria solamente cuando la norma no es clara y se ha de guiar por las disposiciones del sistema jurídico y de la doctrina, la prudencia opera en estos procesos para medir la decisión y lograr un equilibrio entre discrecionalidad y legalidad.

La pregunta sobre la conveniencia de un retorno al ejercicio de la razón práctica que permita evaluar las posibles soluciones y ofrecer la más adecuada o razonable, la más justa a un caso no se puede responder sin hacer un breve repaso. La decisión judicial tiene que estar justificada, cada una de las elecciones hechas ha de apoyarse en argumentos que reflejen un equilibrio entre prudencia

¹⁰³ Merryman, *op. cit.*, nota 55, pp. 98, 99.

¹⁰⁴ Kelsen, *op. cit.*, nota 4, 354.

¹⁰⁵ Kelsen menciona sin embargo, que al aplicar la ley además de la determinación de la norma general, puede producirse una actividad cognoscitiva discrecional del órgano de otras normas como la moral o la justicia, pero que de “ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas”, Kelsen, *idem*.

¹⁰⁶ D’Ors, *op. cit.*, nota 32, pp. 27, 34.

y técnica jurídica. El derecho positivo opera como marco de referencia que evita la arbitrariedad, pero el legislador debe evitar expedir normas que impidan el ejercicio de la discrecionalidad en aras de la seguridad jurídica. La prudencia en el marco de la legalidad permite solicitar consejo, revisar los antecedentes y jurisprudencia, verificar las normas para respetar las formas y procedimientos para sustentar jurídicamente la decisión.

Radbruch ya apuntaba el problema que se discute y lo abordó como las “antinomias de la idea de derecho”, en la cual se encuentran la justicia, la discrecionalidad y la seguridad, siendo el segundo elemento el que refleja el componente relativo. Su satisfacción establece requerimientos con frecuencias contrapuestos, pero como señala Radbruch después de apuntar las contradicciones posibles entre estos elementos, no solamente no ofrece una solución, sino que sostiene que no constituye un defecto del sistema no proporcionar una solución. En su opinión, la filosofía no tiene que eliminar las decisiones, sino plantearlas¹⁰⁷.

Tanto la seguridad jurídica como la discrecionalidad son elementos relevantes para el derecho, el balance es necesario para su preservación de tal forma que puedan cumplir cada uno con su función. Para ello es necesario el control de la racionalidad de las decisiones judiciales, lo cual se realiza a través de su justificación en la medida que expresan argumentos que se hacen públicos. Una decisión racional ha de contar con información suficiente, y para asistir al juez en su decisión el derecho prevé normas que establecen cuales son las circunstancias relevantes, así como presunciones legales. La norma es en esos casos el parámetro de control de la decisión y ante la incertidumbre la interpretación que se sujeta al principio de legalidad permite evitar la arbitrariedad. Los jueces finalmente, tienen una gran responsabilidad pues como dice Zagrebelsky, son los garantes de la necesaria coexistencia del derecho y la justicia¹⁰⁸.

7. BIBLIOGRAFÍA.

- “El control parlamentario”, en Revista Parlamentaria de Habla Hispana, n° 1, Cortes Generales, Madrid 1985.
- Aragón, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad” en La vinculación del juez a la ley, Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1, UAM, BOE, Madrid, 1997.
- Aristóteles, Ética a Nicómaco, traducción de Francisco Gallach Palés, imp. de L. Rubio, Madrid, 1951, Libro VI.
- Calsamiglia, Albert, “Ciencia jurídica” en El derecho y la justicia, Garzón Valdés y Laporta eds., Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- D’Ors, Álvaro, Elementos de derecho privado romano, EUNSA, Pamplona, 1983.

¹⁰⁷ Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, pp. 73-77.

¹⁰⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 153.

- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, tomo I, Madrid, España, 1992.
- Ferrater Mora, Diccionario de filosofía, Tomo A-D, Ariel referencia, Barcelona, 1994.
- Ferrater Mora, Diccionario de filosofía, Tomo E-J, Ariel referencia, Barcelona, 1994.
- García Garrido, Manuel, Casuismo y jurisprudencia romana, España, Faro de Vigo, 1965.
- Hart, H.L.A., El concepto de derecho, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Hervada J., Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, EUNSA, Pamplona, 1992.
- Iglesias, Juan, Derecho romano. Instituciones de derecho privado, Ariel, Barcelona, 1972.
- Jorge Malem analiza esta exigencia en su artículo “Pueden las malas personas ser buenos jueces”, Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, Tomo LI, n° 235, México, 2001.
- Kelsen, Hans, ¿Qué es la justicia?, en ¿Qué es la justicia?, trad. de Albert Calsamiglia, Planeta Agostini, España, 1993
- Llanos Pitarch, José María, “Aproximación al método de la jurisprudencia romana clásica. Valoración de la dicotomía ‘problema-sistema’”, Revista Jurídica, Mar del Plata, No. 1, Año 1, 2006.
- Margadant, Guillermo Floris, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, Editorial Esfinge, México, 1985.
- Massini, C. I., La prudencia jurídica, Introducción a la gnoseología del derecho, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983.
- Merryman, J. H., La tradición jurídica romano-canónica, traducción de Eduardo L. Suárez, FCE, México, 2003.
- Moreso, José Juan, “Lenguaje jurídico”, en El derecho y la justicia.
- Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, “Algunas reflexiones sobre la formación en la prudencia jurídica” Ars Iuris, México, No. 26, 2001.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad jurídica”, en El derecho y la justicia.
- Saavedra López, Modesto, “Jurisdicción”, en El derecho y la justicia.
- Schulz, Principios del derecho romano, Madrid, 1990.
- Sellés, Juan Fernando, La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino, Cuadernos de Anuario Filosófico, Navarra, 1999.
- Vernengo, Roberto J., “Interpretación”, en El derecho y la justicia.
- Vid Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en Schilcher, Koller, Funk (eds.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Juristische Schriftenreihe Band 125, Verlag Österreich, Viena, 2000.
- Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- Zippelius, Reinhold, Teoría del Estado, segunda edición, traducción de Héctor Fix Fierro, Porrúa, UNAM, México, 1989.

LOS PROBLEMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE LAS RAZONES POLÍTICAS Y LAS RAZONES NORMATIVAS

CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO*

SUMARIO: 1. Introducción 2. Las razones políticas y las razones normativas
3. Entre la subsunción y la ponderación 4. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Con la fuerza que han tomado los derechos humanos a nivel mundial en los últimos años, y desde luego en México a colación de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, es evidente que se abre un nuevo paradigma por cuanto a la emisión de los actos y decisiones de los órganos del Estado que conllevan a un nuevo esquema para la resolución de controversias, para la respuesta a peticiones de las personas y para los actos rutinarios de las autoridades administrativas, todo ello dada la exigencia nacional e internacional de elevar las conductas estatales a nivel constitucional en donde se entiende, están tutelados ya los derechos fundamentales y patrimoniales de las personas –físicas y morales, nacionales y extranjeras, mayores y menores de edad-.

Como bien lo dice la teoría, el ámbito jurídico mundial a mutado por cuanto a la concepción de Estado de Derecho respecta, pues ha pasado de un simple Estado Legislativo de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho,¹ entendiendo por el primero la simple existencia de leyes generada por un órgano adecuado y legitimado para ello, en donde el monarca o rey ya no es más quien determina las conductas de las personas, sino es ahora un órgano que supone representar a los ciudadanos y personas para que sean fiel voz de lo que la población desea y de lo que es mejor para ellos.

En este primer esquema de Estado de Derecho (el legislativo), se crea ya la figura de un representante político de la sociedad que adopta posturas en pro de quienes lo han elegido, y por tanto, se supone hacer vigentes los cuatro verbos de

* Doctor en Derecho por la UNAM, Coordinador del Posgrado en Derecho de la FES Acatlán UNAM, Profesor de la Universidad Panamericana y de la Facultad de Contaduría y Administración de la UNAM. Investigador miembro del SNI.

¹ “Con la expresión <<Estado de Derecho>> se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, <<Estado de Derecho>> designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos... En segundo sentido, fuerte o sustancial <<Estado de Derecho>> designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*... La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositiva del *Estado legislativo de Derecho* (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositiva del *Estado constitucional de Derecho* (o *Estado Constitucional*), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.” Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del estado de derecho" en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, pp. 13-14.

la democracia que Michelangelo Bovero a determinado consistentes en “*elección*”, “*representación*”, “*deliberación*” y “*decisión*”,² con lo cual, la representación de los intereses de la población está asegurada y por tanto, las leyes adquieren una validez indudable, lo cual en su momento fue suficiente solo por cuanto al pasado, pues se desdeñaba ya la autoridad unívoca y en ocasiones arbitraria de quienes detentaban el poder bajo justificaciones dogmáticas, religiosas, por linaje, etc., que se alejaban en la práctica de la atención verdadera a las necesidades y derechos de las personas; no obstante, por cuanto al futuro, como siempre suele suceder dicho esquema de Estado de Derecho resultaba insuficiente ante toda el camino que restaba por recorrer –y que aún resta por recorrer– para dar lugar a un verdadero cumplimiento de los derechos humanos.

Con los años, no bastó ya con la simple existencia de leyes creadas por representantes de la sociedad, pues el contenido de dichas leyes no siempre fue acorde a las necesidades de la sociedad y los derechos de las personas. El derecho escrito debidamente por quienes fueron elegidos no es suficiente pues una vez ocupando los cargos públicos se tuvo que el contenido de los textos normativos no era suficiente para la satisfacción y derechos de las personas. Es así que surge la necesidad de adecuar los textos legales a los contenidos constitucionales y brocados internacionales que dieran lugar a un verdadero goce de los derechos y respeto de sus garantías, lo que exigía ya no sólo la necesidad ya colmada de un Derecho objetivo escrito, sino de que ese Derecho tuviera un contenido acorde a los principios y valores superiores, con lo cual nace el Estado Constitucional de Derecho, pues es la Constitución la que debe contener las obligaciones del Estado para respetar y satisfacer los derechos individuales y sociales, respectivamente.

Con esta nueva etapa, los derechos se ven más favorecidos y por tanto, los actos y decisiones de las autoridades estatales, incluido el poder legislativo, se ven presionados por proteger, respetar, promover y garantizar los derechos de las personas.³ De tal forma que al Derecho ya no se le ve sólo desde la *forma* sino más aún desde su *contenido*, fondo o sustancia que conlleva a un cumplimiento completo de los derechos y principios.

2. LAS RAZONES POLÍTICAS Y LAS RAZONES NORMATIVAS

A diferencia de lo sucedido anterioridad, ahora se cuenta aparentemente con un eje completo en donde es supuestamente fácil advertir la legalidad o ilegalidad de los actos de autoridad, pues basta con compararlos con lo dicho por la Constitución y así obtener un resultado de si el acto se apega o no a los

² Cfr. Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, p. 57 y ss.

³ “De acuerdo a la propuesta de van Hoof, por ejemplo, podría discernirse cuatro <<niveles>> de obligaciones: obligaciones de *respetar*, obligaciones de *proteger*, obligaciones de *garantizar* y obligaciones de *promover* el derecho en cuestión. Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no injerir obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros injerian, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *garantizar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.” Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, pp. 28-29.

brocados constitucionales. Sin embargo, ello es sólo una apariencia o una ilusión, pues se ha desdeñado en un intento exclusivo por el texto de la ley, en que para la creación de una norma existen razones previas que lo justifican, y por tanto, las razones como representación del pensamiento humano son subjetivas y propias de cada individuo que dan lugar a una tendencia distinta en cada momento y etapa de la dinámica social.

Esta dualidad no advertida con anterioridad es la diferencia entre las razones que dan lugar a la elaboración, modificación o eliminación de una ley derivadas de las políticas públicas del gobierno en turno llamadas *razones políticas*, y las razones que existen por lo expresamente dicho en la ley, por lo aseverado en los artículos de un texto legal llamadas *razones normativas*.

En efecto tenemos que las razones políticas son aquellas que se advierten, por lo menos en México, dentro del Plan Nacional de Desarrollo como posturas que tendrá el Estado respecto de diversos tópicos, por ejemplo, qué postura toma el Estado respecto a la educación, respecto al combate a la delincuencia, respecto al incremento de la infraestructura, a la generación de empleos, etc. Estos motivos sin duda son validos en algún tiempo y lugar pues representan las ideas de quienes detentan el poder en turno. Tanto así como también sucede en la iniciativa privada, en donde la inercia en ocasiones es enfocar todos los esfuerzos a las ventas y en otras, dependiendo de los directivos, enfocar toda la atención a la facturación o a la cobranza. Lo mismo sucede a nivel estatal, los gobernantes y funcionarios públicos sin duda tienen una ideología que siguen en inercia ya sea conservadora, neoliberalista, socialista, etc., la cual es su estilo y postura de llevar a cabo la vida del país.

Todas estas políticas públicas se plasman tarde o temprano en las leyes, pues de otra manera no habría posibilidad de llevarlas a cabo. De tal forma que el Estado se basa de las leyes para determinar las conductas que corresponde realizar a las personas y con ello lograr el objetivo deseado. Para ello, el Estado hace uso de las modalidades deónticas (“permiso a”, “permiso a no”, “obligación” y “prohibición”), a fin de que los destinatarios de las leyes, tanto particulares como autoridades y juzgadores, obren de cierta forma y se logren así los objetivos y fines buscados. Con base en el burdo dicho “el fin justifica los medios”, es de señalar, sin afirmar que tal dicho sea siempre cierto, que los medios son las modalidades deónticas aludidas, en tanto que el fin es el objetivo buscado con las políticas del Estado.

Esta diferencia entre políticas públicas y Derecho es importante porque arroja varias conclusiones importantes:

- Las políticas públicas son distintas de las ramas del Derecho, aunque tengan una afinidad de contenido. Por ejemplo, la Política Fiscal del Estado es distinta del Derecho Fiscal, pues en el primero se plasman las ideas de necesidad de incrementar la recaudación (ya sea mediante la baja de las tasas impositivas que hacen más económicos los precios para los consumidores apuntando al consumo global, o el aumento de las tasas que por lógica conllevan a un aumento en la recaudación más rápida apuntando al consumo individual), en tanto que el Derecho Fiscal sólo advierte lo que dentro de sus límites y artículos es posible, obligado y prohibido realizar. Asimismo, las Políticas Sociales son distintas del Derecho Laboral (parte de la rama del derecho social), en donde la primera pugna por la generación de empleos y el respeto a los derechos de los trabajadores, en

tanto el Derecho Laboral prevé con las leyes que aún en el uso de esquemas de subcontratación (comúnmente llamados *outsourcing*), los patrones deben participar de sus utilidades a los trabajadores que han sido subcontratados a través de un tercero;⁴

- Por lo anterior, es claro que las políticas públicas se encontrarán siempre, y lógicamente, por encima del Derecho, pues a través de éste se materializan los motivos que se establecen en aquéllas, por los cuales se elaboran los cambios normativos en el ordenamiento jurídico nacional (siguiendo el ejemplo de una empresa privada, es claro que un nuevo director de área no podrá emplear sus ideas por las cuales se le ha contratado, si no realiza los cambios de personal, de procedimiento, etc., adecuados para ello. De no tener ideas propias y buenas dicho directivo, la empresa privada obviamente nunca le hubiera contratado). El estilo de cada gobernante y de cada país es muy distinto y aún lo es en el mismo en cada momento histórico. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América evidentemente se pugna por la libre economía, de tal suerte que los derechos sociales allá no son tan altamente promovidos como sucede en México, prueba de ello es que la legislación laboral de allá no prevé la indemnización por despido injustificado –aunque se pueda pedir discriminación que es distinto– en tanto que en México es una constante cotidiana; a la par que en México, durante el sexenio de López Portillo se prefirió el uso de políticas keynesianas, mientras que con Salinas de Gortari se promovió más la *supply side theory*, Por lo tanto, queda claro que el Derecho es una herramienta de la política la cual es aceptada sólo si son legítimos sus objetivos;

- Por lo tanto, el Derecho, como bien lo comentó tiempo atrás Norberto Bobbio, tiene una estructura y una función. La *estructura* del Derecho se advierte con las modalidades deónticas de las cuales hace uso la ley (permisos, obligaciones y prohibiciones), en tanto que la *función* del Derecho se advierte con la búsqueda de los objetivos marcados por las Políticas Públicas del Estado;

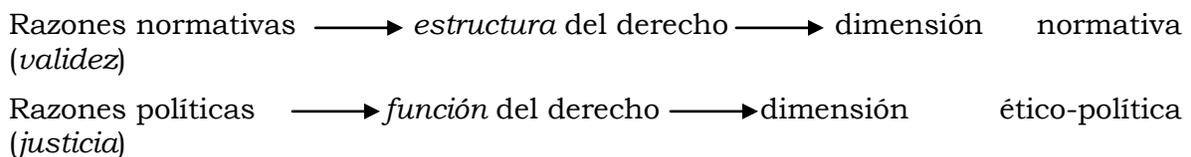
- Las políticas públicas dan lugar a las *razones políticas*, en tanto que las modalidades deónticas dan lugar a las *razones normativas*. De tal suerte que en ocasiones los actos, resoluciones y sentencias del Estado se basan exclusivamente en razones políticas mientras que en otras se basa en razones normativas. Tal fue el caso en México de confirmar la constitucionalidad del Impuesto Empresarial a Tasa Única pese a no permitir la deducción de la nómina, generando así más carga fiscal a los contribuyentes, puesto que se argumentó la necesidad de incrementar la recaudación por baja de los ingresos petroleros que tenía el país. Asimismo, por ejemplo, el delito de lavado de dinero implica que se ha hecho uso de los recursos que arroja la comisión de un delito diverso. Dentro de esta perspectiva, se requeriría el acreditamiento de un delito diverso que ha generado recursos (venta de narcóticos, defraudación fiscal, etc.) para sólo así tener por sentando el delito de lavado de dinero, pues éste último es un delito autónomo/secundario que deriva de un delito primario, pues si no

⁴ Tal y como sucede con la inclusión de la fracción VI Bis al artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo, a colación de la reforma hecha a dicho ordenamiento legal publicada en el Diario Oficial de la Federación el pasado 30 de noviembre de 2012, al señalar:
“Artículo 127. ...

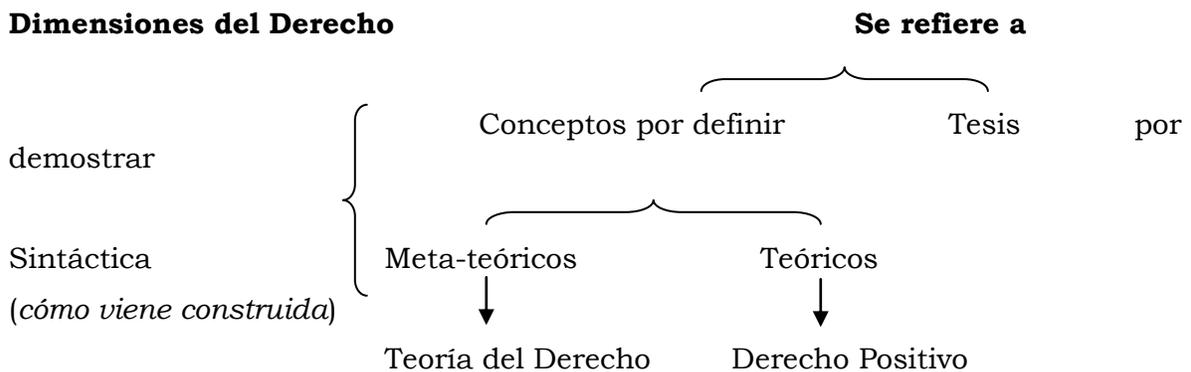
IV Bis. Los trabajadores del establecimiento de una empresa forman parte de ella para efectos de la participación de los trabajadores en las utilidades;”

existe el delito primario que arroje recursos ilícitos es obvio que no existe el delito de lavado de dinero, las cuales son razones normativas; empero, la noción actual del Estado, no sólo a nivel nacional sino a nivel internacional a colación de las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), es que basta con que no se acredite el origen o legal procedencia de los recursos que se utilizan en una operación para tener por configurado el delito de lavado de dinero,⁵ lo que obedece más a una razón política; por tanto.

- Las razones normativas son propias de la *estructura* del Derecho que conforman la denominada dimensión normativa del Derecho que versa exclusivamente sobre su validez; en tanto que las razones políticas son propias de la *función* del Derecho que conforman la dimensión ético-política del Derecho que versa exclusivamente sobre su justicia:



Recordemos que el Estudio del Derecho se desarrolla a través de tres dimensiones: sintáctica que se refiere a “cómo viene construido el Derecho”, semántica que se refiere a “de qué cosa habla el Derecho”, y pragmática que se refiere “a qué cosa/quién sirve el Derecho”, lo que se representa de la siguiente manera:



⁵ Tal y como lo ha confirmado en México el Poder Judicial a través de la siguiente jurisprudencia: “Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XII, Septiembre de 2000 Materia(s): Penal Tesis: I.2o.P. J/13 Página: 629 OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. ACREDITAMIENTO DEL CUERPO DEL DELITO. Para que se acredite la corporeidad del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, párrafo primero, del Código Penal Federal, no es imprescindible que se demuestre la existencia de un tipo penal diverso, porque de conformidad con el párrafo sexto del mismo artículo, basta que no se demuestre la legal procedencia de los recursos y que existan indicios fundados de la dudosa procedencia de los mismos para colegir la ilicitud de su origen; de otra manera, la intención del legislador de reprimir tales conductas se anularía ante la necesidad de demostrar plenamente el ilícito que dio origen a esos recursos. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.”

Semántica (<i>de qué cosa habla</i>)	{	Efectividad (punto de vista sociológico) Validez (punto de vista normativo) Justicia (punto de vista ético-político)
---	---	--

Pragmática (<i>a qué cosa/quién sirve</i>)	{	Efectividad (punto de vista sociológico) Validez (punto de vista normativo) Justicia (punto de vista ético-político) ⁶
---	---	---

Como puede advertirse la dimensión semántica –al igual que la pragmática- se divide en tres subdimensiones: *i*) efectividad que es el punto de vista sociológico; *ii*) validez que es el punto de vista normativo o interno del Derecho; y *iii*) justicia que es el punto de vista ético-político o externo del Derecho.

De tal forma que podemos pensar en una afirmación que diga “toda defraudación fiscal está penada por el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación” lo cual desde luego es cierto, pues basta con leer dicho artículo para comprobarlo. Pero a la vez puede existir otra afirmación que diga “no toda defraudación fiscal está penada en México” lo cual también es cierto, pues basta con mirar el día a día para observar cómo diversas organizaciones evitan el pago fiscal a través de supuestas estrategias que omiten el pago público, como lo es simular el sistema de *outsourcing* a través de sindicatos o mediante el pago de alimentos. Por lo tanto, ante ambas aseveraciones nos preguntamos ¿cuál de las dos es correcta? La respuesta es muy sencilla: las dos son correctas. Lo que sucede es que la primera se refiere a la porción de validez de la norma, pues es el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación es válido y vigente en el país, pero sólo como letra escrita –norma-, no como hecho, mientras que la segunda es refiere a la porción de efectividad de la norma, pues evidentemente muchos contribuyentes no realizan el pago de impuestos y continúan gozando de la libertad, lo cual es ver al derecho no ya como letra escrita sino como hecho o realidad.

Finalmente, penemos en un ejemplo burdo en donde una reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal estableciera que todo empleado gubernamental y funcionario público será sancionado al llegar tarde a su lugar de trabajo cortándole la mano. Ante tal admonición evidentemente todos los empleados públicos llegarían a su lugar de trabajo a tiempo a fin de no verse lesionados en su integridad corporal, lo cual haría que la norma fuera *efectiva*, a la par que al ser dicha reforma emitida por el Congreso de la Unión se considera

⁶ Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *Principios tributarios, entre la legalidad y el conocimiento*, México, Ed. Dofiscal, 2012, p. 23.

válida. No obstante, su contenido es inhumano y por tanto, la norma sería *injusta*.

De esta manera, observamos como las tres subdimensiones de la dimensión semántica del Derecho no actúan de forma armónica, como es el sueño dorado de todo país en donde se espera que las tres marchen a la par para que una ley sea válida, justa y eficaz y por ende, su aceptación entre los destinatarios sea fácil y sencilla a fin de lograr una adhesión espontánea del ordenamiento legal creado. Y es en esta diferencia que surgen dos formas de resolver conflictos y controversias cotidianas: a través de razones políticas o de justicia lo que es llamado *Ponderación*, o a través de razones normativas o de validez, lo que es llamado *Subsunción*.

3. ENTRE LA SUBSUNCIÓN Y LA PONDERACIÓN

La Subsunción y la Ponderación son dos actividades distintas de idealizar y resolver los problemas que surgen para la aplicación del Derecho. Recordemos que el Derecho fue hecho para aplicarse y no para contemplarse, de lo contrario sería un poema sin solución a ninguna controversia o problema de la dinámica social. El derecho es una herramienta del Estado que se usa para poner orden en la sociedad, conduciéndola a través de conductas facultativas y vinculativas que conlleven a una sana convivencia.

Con todo lo antes visto, es obvio saber que si en principio el Derecho escrito fue la salvación de todos por dejar atrás los caprichos de monarcas o reyes, evidentemente la primera forma de aplicar el Derecho fue un tanto mecanizada conforme al texto rígido de la ley, de tal forma que la construcción de las ideas era de forma automática y lógica, en donde “*si es A debe ser B*”, “*es el caso que no es A entonces no es B*” o “*es el caso que es A entonces es B*”. Era, y en ocasiones sigue siendo, un simple ejercicio de inclusión o de exclusión de las hipótesis normativas, en donde se generaban o no se generaban las consecuencias de Derecho.

Un tanto se siguió realizando esta inercia aún dentro del neoconstitucionalismo, en sus primeros años, pues la comparación de las situaciones de hecho se daba no sólo con el texto normativo, sino el texto normativo con el texto constitucional, pero al fin y al cabo siguió siendo un estudio lógico. Por ejemplo, la fracción IV del artículo 31 de la Constitución en México establece que toda contribución debe ser proporcional y equitativa, fue el caso que en 2003 las gratificaciones gubernamentales de empleados públicos se encontraban exentas del Impuesto Sobre la Renta respecto de las gratificaciones que percibían los empleados de la iniciativa privada acorde la ley de dicho gravamen, en consecuencia era lógico que la LISR no era acorde con la equidad que pugnaba el artículo constitucional, lo cual es un ejercicio de exclusión y por ende, el Procurador General de la República de aquél entonces, Macedo de la Concha, ante el reclamo social, promovió acción de inconstitucionalidad y se confirmó así la inconstitucionalidad de la porción normativa que así lo disponía. De esta manera, se reconoció el valor de la equidad constitucional que no guardaba la ley secundaria, pero al fin y al cabo fue una tarea cognitiva lógica en tanto que no había identidad de valores entre una y otra.

El problema se suscita con posterioridad, cuando los principios o derechos coluden consigo mismos, y es en este momento en donde la solución lógica ya no tuvo cabida, pues no era posible realizar la tarea de subsunción. El ejemplo trillado que se usa para ejemplificar la manera de operar de la Ponderación es cuando una persona pública (político, actor, cantante, etc.) se encuentra de vacaciones y a la par la prensa le persigue tomando fotos de sus actividades en descanso. Si ello causa incomodidad a la persona pública y se reclama como tal ante autoridades no se puede decir que el periodista esté haciendo algo incorrecto si la persona pública se encuentra en la vía o lugares públicos, ya que está ejerciendo su derecho a la libertad de trabajo, aunque la persona pública se quejará de ser molestado en su derecho a la intimidad. Por tanto, ambos derechos toman igual valor porque están igualmente reconocidos en la Constitución y un derecho no tiene mayor jerarquía que el otro a la par que uno no es anterior a otro ni uno es especial respecto de otro para aplicar los criterios de jerarquía, cronología o especialidad (*lex superior derogat legi inferiori, lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*). Por tal motivo, la solución no es lógica porque no se puede realizar un ejercicio de exclusión ya que ningún derecho está por encima de otro, los dos son igualmente válidos. Entonces cabe la pregunta ¿si los dos derechos son igualmente válidos, el ejercicio de ambos derechos es igualmente justo? Es aquí precisamente en la dimensión ético-política en donde entra la Ponderación, pues con ésta se realiza un ejercicio axiológico (basado en el valor de los derechos), y ya no en un ejercicio meramente lógico. De tal suerte que habría que atender “caso por caso” (la teoría del “*case by case*”) para determinar cuál derecho debe prevalecer respecto del otro y sólo respecto de la hipótesis de caso particular. Por tanto, si la figura pública no está haciendo algo grave más que vacacionando, es claro que resulta *injusto* el ejercicio del derecho de prensa que sólo busca comercializar las fotografías, esto es, el resultado patrimonial queda por debajo del derecho fundamental. Pero si la figura pública está consumiendo o comercializando drogas o si está llevando a cabo algún soborno, es claro que resulta *justo* preferir el ejercicio de la prensa sobre el derecho de intimidad, pues no está siendo realizado de forma debida dado que afectará al bien común.

Hasta este punto, todos nos ponemos de pie y aplaudimos inmediatamente a la conclusión anterior, pues demuestra que el Derecho ha evolucionado y su aplicación exige más ejercicios de ponderación y no de subsunción, ¿cómo no lo habíamos hecho antes? pensarán algunos; sin embargo, la verdad es que dicha afirmación no es completa ni del todo buena, pues más bien resulta errada. Regresemos al ejemplo anterior y analicémoslo nuevamente para saber si la Ponderación en verdad merece tantos aplausos o si es sólo una ilusión: si la figura pública está cometiendo ilícitos en la intimidad, ¿en verdad todavía tiene el derecho a la intimidad?, ¿acaso este derecho no tiene límites como todos los derechos en cualquier país? Recordemos que todo derecho tiene límites, pues sólo de esta manera –limitando los derechos– se llega a una verdadera convivencia sana. Pensemos por ejemplo en el derecho al trabajo, no por ser derecho es siempre ilimitado y salvaje al grado de poder trabajar para la elaboración de narcóticos. Desde luego que no. El derecho al trabajo se encuentra constitucionalmente limitado –en México por el artículo 5– a que sea un trabajo lícito, de lo contrario, las personas no tienen siquiera derecho al trabajo. Asimismo, volviendo al ramo tributario, tenemos que la compra de un automóvil

es deducible como máximo derecho de la tributación, pero en México la compra de un automóvil está limitada a una deducción máxima de \$175,000 pesos y dividida en cuatro años (25% cada año), de tal manera que si el automóvil es de lujo y tiene un valor superior, la ley sólo permite ese importe de deducción, de lo contrario quien pierde es la sociedad –y no el fisco- porque el Estado no tendrá fondos suficientes para subsanar servicios de agua, recolección de basura, etc., servicios que resultan cotidianos para cualquiera de nosotros. Entonces, volviendo al ejemplo que tenemos, ¿la persona pública aún tiene derecho a la intimidad si en ella hace y deshace desdeñando el respeto a la ley? Desde luego que no, lo que sucede es que la ley no es completa y no siempre prevé los límites que deben establecerse para todas las situaciones fácticas posibles. Más bien, lo que sucede en ese ejemplo es que el derecho a la intimidad no está debidamente acotado y por tanto, la solución al conflicto es difícil pero no por sentido común sino por laguna de la ley. En tal sentido, la razón normativa es insuficiente y debe entrar la razón política, máxime si es en aras de un bien común.

Por lo tanto, la ponderación es válida sólo en casos lagunosos y sólo de forma excepcional, más no debe convertirse en el día a día de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales del Estado. Pensemos en otro ejemplo para comprobar lo anterior. En un edificio cercado por la policía se sabe que una persona tiene secuestrada a otra a quien le está apuntando con la pistola en la cabeza y listo para disparar, la policía no tiene orden para allanar el domicilio pero el gatillo está por ser disparado, entonces ¿qué debe hacer el cuerpo policiaco?, ¿esperar a recibir la orden –razón normativa- o entrar al domicilio aún sin ella para salvar la vida de la víctima –razón política-? Cualquiera contestará que evidentemente debe entrar al domicilio a salvar a la víctima aún sin la orden respectiva porque importa más el derecho a la vida de la víctima que el derecho de inviolabilidad del domicilio de quien le apunta con la pistola, y desde luego muy seguramente cualquiera opinará que este ejercicio de Ponderación es evidente y sencillo de resolver, pero el error es que éste no es un ejercicio de Ponderación pues normativamente es una exclusión del delito tal y como lo establece la fracción IV del artículo del artículo 15 del Código Penal Federal:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.-...

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Y si existe esta fracción escrita es porque evidentemente no hay laguna, y por tanto, el estudio que correspondió fue lógico y no axiológico. Es por ello que muchos autores, entre ellos Ferrajoli, están en contra de la Ponderación, pues consideran que ponderar todo en cualquier tiempo y sobre cualquier situación es abuso a una solución excepcional. Dicho autor dice:

Sostener, por el contrario, que los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados son siempre principios que no se aplican, sino que se sopesan y ponderan, significa debilitar de manera considerable la normatividad constitucional...¿qué es lo que impide tomarse en serio los derechos fundamentales, es decir, considerarlos iuspositivamente como

tales cuando el legislador así los denomina y proclama y considera y critica por tanto como derecho ilegítimo –como antinomias por comisión o como lagunas por omisión- sus violación e incumplimientos? No serán los costes o las dificultades de su aplicación... ¿por qué no admitimos que el derecho de las democracias constitucionales actuales es por naturaleza incompleto y antinómico, a causa de su potencial contraste con principios constitucionales de todo punto exigentes? ¿Por qué no admitimos que se trata de un defecto inevitable, que nunca puede salvarse del todo pero que constituye, a la vez, su mayor y mejor virtud? ¿O es que acaso deberíamos permanecer sometidos al viejo dogma paleo-iuspositivista de la coherencia y de la plenitud o, peor aún, a la vieja tesis de Schmitt sobre la presunción de la legitimidad de los actos de ejercicio de poder, en virtud de una especie de “premio superlegal a la posesión legal del poder legal”? ⁷

De tal forma que ponderar implica, antes que todo, reconocer que el Derecho es lagunoso y por tanto, sólo por excepción se requiere un estudio axiológico y ya no lógico porque no existe regla escrita sobre la cual ser lógico, de tal forma que si se introducen los límites a los derechos, se evitan las lagunas y por ende, se evita la necesidad de hacer uso de la Ponderación, tal como en su momento lo llegó a reconocer el propio Norberto Bobbio.⁸ Más bien, con la evidencia de estas lagunas, lo que toca es que ahora el legislador retome su tarea y cumpla cubriendo los huecos de la ley para dejar un acabado más fino (algo así como sucede con la garantía que se da a los productos después de comprarlos), lo cual en cierta forma reconoce el sistema legal mexicano ya con la oportunidad de noventa días naturales que se da al emisor de una norma general declarada inconstitucional, previo a dictarse su declaratoria general de inconstitucionalidad, según lo prevé la fracción II del artículo 107 Constitucional, a colación de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.⁹

⁷ Ferrajoli, Luigi, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 203-206.

⁸ “... in Italia, ad esempio, si chiede l’abolizione della censura preventiva degli spettacoli cinematografici; la scelta é semplice, se si mette su un piatto della bilancia la libertà dell’artista e sull’altro il diritto di certi organi amministrativi, di solito incompetenti e meschini, di soffocarla; ma pare più difficile se si contrappone al diritto di espressione del produttore del film il diritto del pubblico a non essere scandalizzato, o urtato, o eccitato. La difficoltà della scelta si risolve con l’introdurre dei limiti all’estensione di uno dei due diritti, in modo che sia in parte salvaguardato anche l’altro: riguardo agli spettacoli, per continuare l’esempio, la nostra costituzione prevede il limite del buon costume.” Bobbio, Norberto, *L’età dei diritti*, Turin, Giulio Einaudi editori s.p.a., 1997, p. 12.

⁹ Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:...

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá,

Así, ponderar todo implicaría perder la rigidez constitucional y entonces ya para qué se escriben leyes, simplemente lo pondríamos todo a concurso ideológico y de criterio todo el tiempo, lo que además de ser un paso atrás, demostraría que no existen directrices firmes heterónomas que seguir y por tanto, se volvería un orden subjetivo (si de por sí se critica ya que así sea). El riesgo de la ponderación, usada en forma recurrente, constante y cotidiana sería que si bien no lleva a un ejercicio de exclusión ya que no desestima la validez del derecho que no se aplica, dado que se crea una jerarquía móvil y axiológica (móvil porque el derecho que gana no estará en posibilidad de ganar siempre ni en todos los casos, y axiológica porque el estudio está basado en el valor de cada derecho), si lleva a un ejercicio de inclusión que conlleva a la discriminación del otro derecho si no se encuentra debidamente justificada la solución, pues recordemos que la ponderación no es libre, sino que es un ejercicio que debe llevarse a cabo mediante tres pasos: *a)* idoneidad; *b)* necesidad; y *c)* proporcionalidad, tal y como incluso lo ha reconocido la Corte, retomando la teoría de Robert Alexy, a través de diversas tesis aisladas.¹⁰ Por lo tanto, la ponderación no es una actividad libre

siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

¹⁰ Tesis aislada Materia(s): Común Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Septiembre de 2005 Tesis: I.4o.A.60 K Página: 1579

TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS. Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales o principios entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo a las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) La idoneidad; II) La necesidad y III) La proporcionalidad. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Incidente de suspensión (revisión) 247/2005. Investigación Farmacéutica, S.A. de C.V. 13 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.

Incidente de suspensión (revisión) 282/2005. Bonaplást, S.A. de C.V. 13 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Ernesto González González.

Incidente de suspensión (revisión) 292/2005. Laboratorios Keton de México, S.A. de C.V. 10 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

Tesis aislada Materia(s): Común Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXVIII, Septiembre de 2008 Tesis: I.4o.C.26 K

Página: 1392

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. SUS DIFERENCIAS. No debe confundirse el principio de proporcionalidad entendido como herramienta de interpretación para establecer los límites en la relación de los principios constitucionales contendientes en caso de colisión, ya entre ellos o con algún bien jurídico constitucionalmente legítimo, con el concepto fiscal contenido en la fracción IV del artículo 31 constitucional. Efectivamente, el principio de proporcionalidad como instrumento de interpretación, sirve para hacer una ponderación sobre la idoneidad, fin legítimo y debida adecuación de la intervención estatal en los derechos fundamentales del gobernado. También supone una característica de necesidad e indispensabilidad de la intervención por una parte, al tiempo que de moderación por otra. En suma, la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad es la siguiente: 1) determinar la importancia del derecho fundamental y el fin judicial o legislativo que se le opone; 2) comparar la relevancia de

sino tasada, de tal forma que debe realizarse en forma excepcional y ante casos lagunosos a través de los tres fundamentos antes brindados, de lo contrario la ponderación no es legítima ni válida.¹¹

Con todo ello tenemos que la ponderación y la subsunción no deben ser consideradas como opuestos, sino complementos para los casos incompletos o difíciles, entendiendo por incompleto cuando la ley es incompleta y por ende lagunosa, único caso en el cual corresponde la interpretación previa para una debida aplicación, reconocido así igualmente por la Corte en México, con lo cual, se obtendrá un verdadero Estado Constitucional de Derecho que permeará por igual no sólo las decisiones administrativas o jurisdiccionales, sino también las decisiones legislativas de donde parte toda la dinámica que posteriormente se aplica y se juzga. Por lo tanto, la ley bien creada será augurio de una dinámica jurídica bien aplicada y mucho mejor juzgada.

4. BIBLIOGRAFÍA

BURGOA TOLEDO, Carlos Alberto, *Principios tributarios, entre la legalidad y el conocimiento*, México, Ed. Dofiscal, 2012.

BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Turín, Giulio Einaudi editori s.p.a., 1997.

CARBONELL, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

DI LUCIA, Paolo (comp.), *Assiomatica del normativo, Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milán, Ed. LED, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

ambos, es decir, las intensidades en que éste se beneficia por la intervención en aquél; y 3) formular una regla de precedencia entre dichas posiciones, que disponga cuál de dichos intereses debe ceder frente al otro en el caso concreto, si el protegido por el derecho fundamental o el principio constitucional que apoya el fin judicial o legislativo; en cambio, el principio de proporcionalidad tributaria se refiere a la capacidad económica de los contribuyentes, estableciendo una premisa de contribución conforme a la cual quienes cuentan con mayores posibilidades económicas tributarán en forma cualitativamente superior a la de quienes tienen posibilidades más reducidas. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 265/2006. Javier Quijano Baz. 7 de junio de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Martín Contreras García.

¹¹ “Ma i teorici del bilanciamento vedono spesso conflitti dove non ce ne sono, scambiando per conflitti i limiti provenienti da taluni diritti all’esercizio dei diritti secondari di autonomia, sia civil che politici, che consiste sempre in atti i cui effetti sono di grado subordinato alla legge, sia costituzionale che ordinaria.” Luigi Ferrajoli, “Intorno a Principia Iuris. Questioni epistemologiche e questioni teoriche” en Di Lucia, Paolo (comp.), *Assiomatica del normativo, Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milán, Ed. LED, 2011, p. 229

IGUALDAD Y DELIBERACIÓN EN EL MARCO DE UNA TEORÍA REALISTA DE LA DEMOCRACIA LIBERAL

EDUARDO RIVERA LÓPEZ*

SUMARIO: I. Introducción. II. las tensiones de la democracia liberal. II.1. Los valores fundamentales de la democracia. II.2. Igualdad política: representación, constitucionalismo y poderes fácticos. II.3. Deliberación política. II.4. Igualdad y deliberación en tensión. II.5. Conclusión. III. ¿Podemos disolver las tensiones de la democracia?. IV. Conclusiones. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La democracia es valorada por muchos de nosotros como el mejor sistema de gobierno que hemos sabido concebir. Ciertamente, como la salud, la valoramos especialmente cuando la perdemos o no la tenemos. Cuando está vigente, muchos experimentan una suerte de decepción hacia la democracia, especialmente cuando se presenta bajo la forma de una democracia liberal. Esta decepción muchas veces tiene por objeto “la política” o “los políticos”, es decir, el modo como el ideal democrático (que siempre es concebido como bueno) es plasmado en la realidad por nuestros malos políticos o por nosotros, los ciudadanos. Otras veces se dirige al carácter liberal de la democracia, es decir, al hecho de que la democracia sea limitada por una serie de reglas, controles institucionales, frenos y contrapesos. En este caso, se cae frecuentemente en la tentación de oponer otros modelos de democracia que excluyen esas reglas y controles, y otorgan a los líderes políticos un poder más extenso para representar los intereses del pueblo.

En este trabajo me propongo explorar la razón (o al menos una razón importante) de nuestra insatisfacción con la democracia, especialmente con la democracia liberal. Mi hipótesis es que el origen de esa insatisfacción no reside en la mala implementación (que existe, desde ya) o en los malos políticos (que existen, desde ya), sino en algo más profundo: en una disonancia o tensión interna a este régimen político.

Creo que reflexionar acerca de esto nos ayudará, quizá, a morigerar nuestra decepción o, al menos, a entenderla mejor y orientar mejor nuestra reacción hacia la democracia y sus instituciones.

Antes de comenzar necesito aclarar dos cosas. En primer lugar, debo definir el concepto de democracia liberal. Como toda definición, ésta es más o menos convencional. Al referirme a la democracia liberal, me refiero al sistema

* Es licenciado en Filosofía (Universidad de Buenos Aires, 1989) y doctor en Ciencias Políticas (Universidad de Mainz, Alemania, 1994). Ha sido becario posdoctoral de las fundaciones Alexander von Humboldt (1998-1999) y John Simon Guggenheim (2002-2003). Ha publicado libros en editoriales de Alemania, España, México y Argentina: Los presupuestos morales del liberalismo (en versión alemana: Alber Verlag, 1995; en versión castellana: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1997), Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo (Fontamara, 1999) y Ética y trasplantes de órganos (UNAM y FCE, 2001).

político que se caracteriza por garantizar la igualdad del voto en la selección de las autoridades políticas, ser un sistema representativo (como opuesto a la democracia directa), garantizar un conjunto de derechos liberales básicos a los individuos (libre expresión, libre circulación, propiedad privada, libre asociación, entre otros), poseer un sistema de separación y control mutuo de los poderes del estado, y garantizar estos derechos y reglas mediante una constitución que posee preeminencia sobre los órganos democráticos ordinarios de decisión (el parlamento y el ejecutivo).

En segundo lugar, debo aclarar cuál es el grado de abstracción del concepto de democracia liberal que adoptaré en este trabajo. No me refiero, en primer lugar, a la democracia liberal tal como fácticamente funciona en tal o cual sociedad. Por ejemplo, podemos pensar que la democracia mexicana es una democracia liberal (dado que posee una constitución y división de poderes, es representativa, etc.) y entonces pensar que me refiero al modo como funciona la democracia liberal en México (o en Argentina, o en cualquier otro país). Sin embargo, mi objeto de análisis es algo más abstracto que eso. Tampoco me interesa un modelo totalmente abstracto o “ideal”, en el sentido de ser el modelo de la democracia liberal tal como funcionaría en un mundo de personas perfectamente morales. Mi objeto de análisis es intermedio. Me refiero al sistema democrático-liberal tal y como funciona en general, presuponiendo ciertas regularidades acerca de la sociedad y de la psicología humana, incluyendo cierto grado de desobediencia previsible a las reglas. En otras palabras, me interesa analizar el sistema político democrático-liberal en un contexto mínimamente realista, compatible con lo que conocemos acerca del comportamiento humano individual y social.

II. LAS TENSIONES DE LA DEMOCRACIA LIBERAL

II.1. Los valores fundamentales de la democracia

La democracia, como forma de gobierno, encarna una serie de valores fundamentales. No todas las teorías de la democracia coinciden en cuáles son esos valores. Dependiendo de la estructura de las diferentes teorías, estos valores ocupan diferentes lugares, más o menos básicos o derivados dentro de la justificación. Sin embargo, hay dos valores que parecen estar presentes en, al menos, muchas de estas teorías. Me refiero al valor de la igual autodeterminación y al valor de la deliberación.

La democracia es un modo de gobierno en el que el pueblo se autogobierna. Ejerce, por así decir, su autonomía. Cada ciudadano, al ejercer sus derechos democráticos, está contribuyendo a autodeterminarse políticamente. Sin embargo, es esencial a la democracia que esta autonomía o autodeterminación política sea igualitaria. De hecho, se supone que la democracia encarna mejor que cualquier otro sistema el valor de la *igualdad* entre los ciudadanos, al menos respecto del poder político, es decir, del poder para ejercer la coacción del Estado sobre los ciudadanos. Todos los grandes teóricos de la democracia han puesto de manifiesto la conexión esencial entre democracia e igualdad. Si el poder de autodeterminarse no fuera distribuido

igualmente (por ejemplo, mediante un sistema de voto calificado), estaríamos traicionando la esencia de la democracia.¹

Ahora bien, la mera igual autodeterminación no es suficiente en una democracia plena. Las decisiones públicas podrían tomarse igualmente a través de sorteos o loterías. También podría lograrse una igual participación mediante un empleo mecánico de la regla de la mayoría.

Una democracia robusta requiere que las decisiones sean adoptadas mediante el uso de la razón, específicamente, mediante el uso de razones públicas. Esta idea ha sido desarrollada por la llamada teoría de la democracia deliberativa.² Existen diversas variantes de esta teoría, es decir, diversas razones por las cuales podemos pensar que no basta con un mero ejercicio igualitario del voto (y aplicación de la regla de la mayoría), sino que es necesario que las decisiones democráticas sean el producto de un proceso más rico que incluye la argumentación, el intercambio de razones, el diálogo político. Una de las razones es la idea de que el proceso democrático deliberativo resulta apto para tomar las mejores decisiones. Existe, de acuerdo con este enfoque, una cierta relación entre la calidad de la decisión pública y el grado de debate, deliberación y aporte de razones que ha existido antes de una votación. Con diversas versiones, esto es lo que podemos llamar una justificación epistémica de la democracia deliberativa. Es “epistémica” porque sostiene que la deliberación pública tiene el valor epistémico de acercarnos a la mejor solución, la más justa, la verdadera. Pensemos, como propone Carlos Nino (uno de los defensores más claros de este enfoque), en cualquier decisión colectiva más pequeña, como la que debe tomar un consorcio de propietarios (Nino 1997, p. 167). Es claro que el mejor modo de decidir, por ejemplo, acerca de si debe o no repararse el ascensor del edificio y cómo deben repartirse los costos de la reparación es realizando una reunión en la que los propietarios exponen sus razones para una u otra solución. Extendido al plano político, exactamente el mismo argumento puede ofrecerse: las soluciones precedidas de una deliberación pública robusta suelen ser más sensatas, más justas, más imparciales, que aquellas tomadas unilateralmente o con ausencia de cualquier debate.³

Tenemos entonces dos ideas que forman parte fundamental de la explicación acerca de por qué la democracia es el mejor sistema político: la igual consideración de todos los ciudadanos y la deliberación como instrumento de justicia. Ahora bien, apenas uno comienza a reflexionar acerca de estas dos ideas, se encuentra con que, si bien parecen fundamentales, el sistema democrático-liberal, bajo condiciones mínimamente realistas, se encuentra lejos de poder satisfacerlas suficientemente.

¹ Para la conexión esencial entre democracia e igualdad véase, por ejemplo, Dahl 1993: “La creencia racional en la democracia presupone, pues, que existe una Igualdad Categórica entre los ciudadanos (plenos)” (p. 122).

² Véase, por ejemplo, Cohen 1997: “La noción de una democracia deliberativa está basada en la idea intuitiva de una asociación democrática en la cual la justificación de los términos y condiciones de asociación procede del argumento y el razonamiento públicos entre ciudadanos iguales” (p. 72). En una dirección similar, véase también Gutman/Thomson 1996.

³ Para un desarrollo más reciente de la teoría epistémica de la democracia deliberativa, véase Estlund 2007.

II.2. Igualdad política: representación, constitucionalismo y poderes fácticos

Tomemos en primer lugar la igualdad. La democracia garantiza la igualdad política fundamentalmente a través de la igualdad del voto. Pero hay al menos tres factores que conspiran fuertemente contra la igualdad política.

En primer lugar, en una sociedad masiva, es inevitable que la democracia sea representativa. Este es un rasgo de la democracia liberal, pero no es en absoluto exclusivo de ella. Todos los sistemas políticos contemporáneos, de cualquier índole, poseen, de modos diferentes, formas de representación política. Regímenes comunistas, que eligen, sin embargo, autoridades mediante elecciones, poseen un complejo sistema piramidal de representantes. Regímenes más o menos populistas, con presidencialismos fuertes y carismáticos, también albergan el fenómeno de la representación política. En definitiva, el líder representa los intereses de la ciudadanía. Las típicas democracias liberales, como los parlamentarismos europeos, el sistema de los Estados Unidos, o el de la mayoría de los países latinoamericanos, también poseen un sistema de representantes en los tres poderes del estado.

Este hecho inevitable constituye una desigualdad radical. Como se sabe, la representación no es (ni puede ser) de mandato vinculante. Los representantes, por lo tanto, son una minoría que necesariamente ejerce una cuota de poder inmensamente mayor que la del ciudadano común. Sólo una visión ingenua del sistema representativo puede ver a los representantes como meros servidores, sin poder autónomo y, por lo tanto, iguales a sus representados.

En segundo lugar, una democracia liberal es un sistema constitucional, lo cual significa que ciertas normas procedimentales y derechos sustantivos están excluidos del juego democrático ordinario y son interpretados y aplicados por el poder judicial. Este rasgo sí es privativo de una democracia liberal. Se ha objetado al constitucionalismo el ser antidemocrático (o, al menos, contra-mayoritario), dado que el poder judicial tiene autoridad para anular leyes del parlamento sin poseer las mismas credenciales democráticas que este último (Gargarella 1996). Menos frecuente es la objeción igualitarista: al dotarse de la autoridad de control constitucional, el poder judicial se constituye en una minoría inmensamente poderosa. Pensemos, por ejemplo, en fallos constitucionales tan importantes como *Roe vs. Wade*, en los que (independientemente de nuestro acuerdo o desacuerdo con su contenido) un tribunal de nueve miembros (la Corte Suprema de los Estados Unidos) decidió que ningún estado puede (democráticamente) prohibir el aborto durante el primer mes de embarazo porque hacerlo viola la constitución norteamericana. Nuevamente, mi punto no es el carácter contra-mayoritario, sino, más específicamente, la disparidad de poder político concreto que esos jueces detentan, en comparación con los representantes de los ciudadanos y, más aún, con los ciudadanos mismos.

Por último (y quizá más importante), el poder político (entendido como la capacidad efectiva de influir en decisiones del gobierno) no se restringe al voto, ni al poder de los funcionarios políticos. El poder económico, o el poder

corporativo (la Iglesia, las Fuerzas Armadas, los Sindicatos, etc.) ejercen poder político a través de la influencia.⁴

Es importante subrayar que, cuando me refiero al poder de la influencia, no me refiero a poderes “extra-sistémicos”, tales como las guerrillas, el narcotráfico o el terrorismo. Estos poderes ilegales existen, son de una enorme importancia y contribuyen decisivamente a acentuar la desigualdad en la democracia (entre otros efectos deletéreos), dado que son minorías que ejercen un poder absolutamente desproporcionado (además de violento). Sin embargo, mi interés no es, en este trabajo, referirme a ellos, porque, aunque reales y palpables, no son poderes que pertenezcan inseparablemente a la democracia liberal. No son problemas intrínsecos de la democracia, sino amenazas externas, contra las cuales la democracia debe, en todo caso, luchar. El poder económico y las corporaciones sindicales, mediáticas o religiosas, en cambio, son efectos inevitables de una democracia que respeta, hasta cierto punto, el derecho de propiedad, la libertad contractual, la libertad religiosa, la libertad de asociación, entre otras. Con esta clase de desigualdad debe lidiar toda democracia liberal.

II.3. Deliberación política:

Si analizamos ahora el segundo valor que he mencionado, la deliberación como instrumento epistémico para arribar a decisiones justas, la situación no es más alentadora. Es fundamental para una democracia alcanzar decisiones razonadas, producto de una deliberación en la que se expresan argumentos y razones públicas (Nino 1997, pp. 170-180). De otro modo, la política de la pura negociación puede alcanzar compromisos y equilibrios, pero no posee ninguna virtud epistémica: no tenemos ninguna razón para pensar que el desenlace de esos compromisos y negociaciones sea justo, razonable o equitativo.

Sin embargo, la realidad de una democracia representativa, organizada (en el mejor de los casos) en torno de partidos políticos, es poco amigable al ideal de la deliberación pública. Al respecto, no podemos desconocer los aportes de la llamada “teoría de la elección pública” (*public choice theory*) (Gwartney/Wagner 1988; Dunleavy 1991). Aun cuando podamos ser críticos respecto de muchas de sus conclusiones, este enfoque no debe ser descuidado o ignorado, dado que muestra patentemente verdades muy amargas acerca de la democracia. Muestra por qué los actores políticos frecuentemente no actúan movidos por razones basadas en el bien común, sino en razones prudenciales basadas en el autointerés. Muestra los mecanismos de incentivos que poseen tanto los votantes como los políticos, mecanismos que socavan la deliberación y promueven la negociación, socavan el largo plazo a favor del corto plazo, socavan la persecución del bien común en pos de los intereses particulares o corporativos, socavan la participación y promueven la ignorancia en materia política. Para ilustrar brevemente este punto, permítaseme aludir a dos fenómenos comúnmente señalados por la teoría de la elección pública.

⁴ Para un análisis general de la relación entre poder económico y político, véase Rueschemeyer 2005. Como forma de evitar este problema, se han ensayado formas de democracia que restrinjan el poder económico, por ejemplo, el socialismo de mercado. En esta dirección, véase Pierson 1993.

El primer fenómeno es el de la ignorancia racional del votante (es decir, del ciudadano). Más allá de otras motivaciones que puedan (y de hecho, suelen) existir, todo ciudadano común tiene un poderoso incentivo a permanecer ignorante en materia política. Dicha ignorancia es, además, racional. Por un lado, adquirir información política es costoso: insume esfuerzo, tiempo y recursos. Por otro lado, la influencia del voto en elecciones políticas de cualquier clase es insignificante. Por lo tanto, asumir el costo de informarse resulta inútil.

El segundo es la contracara del primero. Así como el ciudadano disperso entre millones de votantes no tiene razones para adquirir información política (salvo que tenga esa preferencia específica), los grupos pequeños de interés, sí tienen incentivos muy fuertes para organizarse, informarse e incidir en el proceso político a través del lobby y la presión. Lo que estos grupos ofrecen al foro público, sin embargo, no son razones o argumentos imparciales, sino, en todo caso, la defensa encubierta o manifiesta de sus intereses particulares.⁵

El análisis de la democracia de la teoría de la elección pública es sin duda parcial y no agota el fenómeno. Muchas de sus conclusiones han sido arduamente discutidas empíricamente (Self 1993). Sin embargo, no podemos ignorar que, aunque sea en parte, refleja mecanismos e incentivos que realmente existen en condiciones mínimamente realistas. Y estos mecanismos e incentivos operan fuertemente en contra del ideal de la deliberación.

II.4. Igualdad y deliberación en tensión

Hemos visto hasta aquí algunos modos en que el sistema democrático parece traicionar los propios valores que pretende defender: la igualdad y la deliberación pública. Y esto, insisto, no se da por una mala aplicación del sistema, o porque los operadores del sistema sean deshonestos, o por la influencia de fuerzas externas a la democracia (autoritarismo, terrorismo, narcotráfico, etc.). Se da por la simple conjunción de esos ideales con ciertos rasgos fácticos obvios y muy generales de las sociedades contemporáneas. En algún sentido, debemos aceptar que la democracia liberal es, en sí misma, un ideal conflictivo e inestable. La democracia no es idílica; es defectuosa y, a veces, incluso sórdida.

Ha habido ideas y propuestas acerca de cómo solucionar o, al menos, morigerar, estas deficiencias. Lamentablemente, muchas veces las propuestas se contraponen entre sí de un modo perverso. Lo que se busca como solución del primer problema (referido a la igualdad) termina agudizando el segundo (la calidad de la deliberación), y lo que se propone como solución del segundo problema incrementa el primero.⁶

En el primer sentido, para solucionar el problema de la falta de igualdad política real, se suele sugerir que debería haber un sistema de democracia más

⁵ Para un análisis basado en este enfoque acerca de cómo la ignorancia racional produce un discurso público engañoso y simplificado, véase Pincione/Tesón 2006.

⁶ Un autor que ha señalado muy claramente la tensión entre igualdad y deliberación es James Fishkin en Fishkin 1991. Fishkin propone una solución al conflicto, que consiste en que las decisiones políticas sean discutidas y adoptadas por “deliberative opinion pools”, reuniones de pocos ciudadanos, elegidos al azar.

directa, más plebiscitaria. Además, se sostiene que el poder del cuerpo democrático en la toma de decisiones debería ser más amplio, de modo de compensar la influencia política de los grupos de poder económico o de otro tipo.⁷ Sin embargo, esta dirección tiende a afectar la calidad del debate y la deliberación, dado que no puede esperarse que los millones de ciudadanos estén suficientemente informados sobre todos los temas de la agenda política.

En el segundo sentido, algunos buscan superar el problema de la baja calidad deliberativa de la democracia y el juego de los grupos de interés, quitándole poder de decisión al órgano democrático. De este modo, se sostiene, los grupos de poder ya no tendrían nada que negociar con la corporación política y desaparecerían por lo tanto los incentivos para actuar de modo contrario al bien común. Un modo de quitar ese poder es “constitucionalizar” un rango mayor de decisiones o requerir mayorías especiales (o incluso unanimidad) para la toma de decisiones que afecten la distribución de beneficios para sectores sociales.⁸ Sin embargo, esta solución atenta contra el primer valor al menos por tres razones. En primer lugar, le otorga a una minoría (o, en el caso de la unanimidad, a un solo individuo) el poder de veto de cualquier decisión política. En segundo lugar, muchas de estas decisiones extraídas de la arena política pasan a ser tomadas por el mercado, que tampoco es garantía de igualdad. Por último, requiere un sistema de control de constitucionalidad mucho más robusto, lo cual le otorga al poder judicial un poder político altamente superior al resto de la sociedad.

II.5. Conclusión

Permítaseme resumir las tensiones que acabo de mencionar. La democracia, como sistema de toma de decisiones, encarna al menos dos valores fundamentales. Por un lado, la igual consideración de todos los afectados. Por otro, la idea de que las decisiones deben ser tomadas sobre la base de razones que surgen de una deliberación pública racional. Cada una de estas dos ideas se encuentra en tensión con el modo como la democracia opera en condiciones mínimamente realistas en una sociedad contemporánea. La igualdad se ve afectada por el carácter representativo, por el carácter constitucional, así como por la existencia de poder político fuera de las instituciones formales de la democracia. La deliberación se ve afectada por el tipo de incentivos que los actores políticos poseen, que motivan la ignorancia en materia política, así como a defender el interés corporativo o sectorial a través de la negociación y la presión política. A su vez, estos dos valores se encuentran en tensión entre sí, dado que la deliberación racional es más fácil de realizar en un contexto elitista, no igualitario, y la igualdad requiere tomar en consideración *todas* las opiniones por igual, lo cual implica la masividad y la consecuente falta de deliberación.

III. ¿PODEMOS DISOLVER LAS TENSIONES DE LA DEMOCRACIA?

⁷ Para un intento de dar plausibilidad a una democracia directa en el mundo contemporáneo, véase Budge 1993.

⁸ En esta dirección, véase el trabajo clásico Buchanan/Tullock 1962.

La pregunta que surge a continuación es si estas tensiones internas de la democracia liberal, responsables de una profunda desazón o descontento, o de la apatía política, no nos dan razones suficientes como para abandonar el ideario democrático liberal. Uno podría, efectivamente, pensar que los problemas planteados nos deberían llevar a buscar otro modelo de democracia o, incluso, al abandono de la democracia.

Por ejemplo, filósofos libertarios como Robert Nozick han propuesto tomar en serio la libertad de asociación y el derecho de propiedad e instaurar un estado mínimo, dentro del cual, mediante contratos libres, podrían fundarse diversas comunidades (democráticas, jerárquicas, igualitarias, deliberativas, monárquicas, religiosas, ateas, etc.).⁹ Una segunda vía es menos utópica. Consiste en abandonar el ideal de la deliberación y la igualdad, en pos de un modelo de democracia populista. La idea es que el pueblo es una entidad única, colectiva, que se expresa fundamentalmente en la elección de un líder, quien posee una comunicación directa con el pueblo e interpreta sus aspiraciones (Laclau 2005).

No puedo aquí evaluar estas ideas, ajenas al ideario de la democracia liberal y de la deliberación. Sólo puedo señalar el carácter altamente utópico de la propuesta libertaria y el carácter altamente peligroso de la propuesta populista.

Más promisorio es, quizá, intentar encontrar vías de solución internas a la democracia liberal, es decir, que no traicionen sus valores y características básicas: la igualdad en la ciudadanía, la representación política, el constitucionalismo, y la deliberación pública. Sin ningún propósito de ser exhaustivo ni especialmente original, menciono brevísimamente algunas modestas propuestas.

Un primer elemento que puede morigerar los vicios mencionados es el fortalecimiento de la sociedad civil y la asunción por parte de la sociedad civil de responsabilidades muchas veces delegadas al gobierno. Liberar al gobierno de tomar decisiones acerca de todos los temas posibles puede contribuir, hasta cierto punto, a disminuir las lacras de la corrupción y la negociación espuria. Es quizá preferible que las decisiones democráticas sean aquellas sobre las que existen genuinos desacuerdos morales y no aquellas en las que se trata simplemente de repartir beneficios o cargas. En segundo lugar, la descentralización política puede contribuir a una mayor participación (y, con ello, igualdad política) y, al mismo tiempo, una mayor posibilidad de deliberación real. El federalismo, en este sentido, parece ser un mecanismo importante, así como dotar de mayor poder político y autonomía a las comunas y los municipios. Por último, la participación de los ciudadanos en carriles alternativos a los tradicionales (partidos políticos, sindicatos) puede contribuir a un mayor control (asociaciones de consumidores, ONG, etc.).

IV. CONCLUSIONES

⁹ Nozick presenta esta idea en la tercera parte (“Utopía”) de Nozick 1974 (pp. 297-334). Un desarrollo más reciente de la misma idea se encuentra en Pincione/Tesón 2006, pp. 228-247.

Permítaseme concluir resaltando nuevamente la idea central de este ensayo. Los males del sistema democrático no pueden solucionarse cambiando a las personas. No son una cuestión de personas, fundamentalmente. Creo que, como criterio básico para enfrentar los problemas de la democracia, cuando vemos que las instituciones funcionan mal, debemos mirar menos a las personas y observar más las normas por las que las personas se rigen (para obedecerlas o para violarlas) y los incentivos (premios y castigos) que estas normas y su aplicación crean.

Con todo, aun el mejor diseño de reglas dentro de una democracia liberal será imperfecto. En este sentido, probablemente la democracia liberal, representativa, siempre tendrá insatisfechos: aquellos que aspiran a una igualdad política más sustantiva, aquellos que aspiran a una deliberación más genuina, aquellos que aspiran a un respeto mayor de las minorías y el *rule of law*.

Un consuelo final. Según dicen algunos autores (no lo he comprobado yo mismo), la gran mayoría de las hambrunas del siglo XX han ocurrido en países sin democracia liberal, y nunca ha habido una guerra entre dos países, ambos, democráticos.¹⁰ Aunque muy débilmente, de ser verdaderos, estos hechos nos dan alguna razón para creer que existe una conexión causal entre la democracia y el progreso en paz. En vista de la cruenta e injusta historia de la humanidad, esta razón es suficiente para aferrarnos a nuestra democracia, aunque carezca del brillo y los héroes que otras causas más ambiciosas o mesiánicas quizá puedan ofrecer.

BIBLIOGRAFÍA

BOHMAN, James y REHG, William (comps.) 1997, *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge (Mass.) and London: MIT Press.

BUCHANAN, James y TULLOK, Gordon 1962, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*. University of Michigan Press.

BUDGE, Ian 1993, "Direct Democracy: Setting Appropriate Terms of Debate", en Held 1993 (136-155).

COHEN, Joshua 1997, "Deliberation and Democratic Legitimacy", en Bohman/Rehg 1997 (67-92)

DAHL, Robert 1993, *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Paidós.

DIAMOND, Larry y MORLINO, Leonardo (comps.) 2005, *Assessing the Quality of Democracy*. Baltimore: John Hopkins University Press.

DUNLEAVY, Patrick 1991, *Democracy, Bureaucracy & Public Choice*. New York: Prentice Hall.

¹⁰ En el caso de la conexión entre ausencia de democracia liberal y hambrunas, véase Sen 2009: "No ha habido nunca una hambruna importante en una democracia con elecciones regulares, partidos de oposición, libertad de expresión y medios de prensa relativamente libres (aun cuando el país sea muy pobre y en una situación alimentaria seriamente desventajosa)" (p. 342). La conexión entre democracia y paz es sugerida por Rawls en Rawls 1999, p. 8.

ESTLUND, David M. 2008, *Democratic Authority. A Philosophical Framework*. Princeton: Princeton University Press.

FISHKIN, James S. 1991, *Democracy and Deliberation. New Directions for Democratic Reform*. New Haven and London: Yale University Press.

GARGARELLA, Roberto 1996, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.

GUTMAN, Amy y THOMSON, Dennis 1996, *Democracy and Disagreement*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

GWARTNEY, James D. y WAGNER, Richard 1988, "Public Choice and the Conduct of Representative Government", en James D. Gwartney y Richard Wagner (comps), *Public Choice and Constitutional Economics* (London: Jai Press, 1988) (3-28).

HELD, David (comp.) 1993, *Prospects for Democracy*. Stanford: Stanford University Press.

LACLAU, Ernesto 2005, *La razón populista*. México: Fondo de Cultura Económica.

NINO, Carlos 1997, *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

NOZICK, Robert 1974, *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books.

PIERSON, Christopher 1993, "Democracy, Markets and Capital: Are There Necessary Economic Limits to Democracy?", en Held 1993 (179-199).

PINCIONE, Guido y TESÓN, Fernando 2006, *Rational Choice and Democratic Deliberation. A Theory of Discourse Failure*. Cambridge: Cambridge University Press.

RAWLS, John 1999, *The Law of People*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

RUESCHEMEYER, Dietrich 2005, "Addressing Inequality", en Diamond/Morlino 2005 (47-61).

SELF, Peter 1993, *Governed by the Market? The Politics of Public Choice*. Boulder & San Francisco: Westview.

SEN, Amartya 2009, *The Idea of Justice*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

EL DERECHO HUMANO A UNA DEBIDA DELIBERACIÓN, MODELOS MENTALES DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL Y SISTEMAS COMPLEJOS.

ENRIQUE CÁCERES NIETO*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ubi societas ubi ius. 3. El papel de la ciencia cognitiva en el constructivismo jurídico: cognición situada y mente extendida. 4. El papel de la complejidad: el efecto Lucifer. 5. El efecto Lucifer en el derecho penal en México (...y más allá). 6. La receta de la maldad en el sistema penal (hipótesis 1). 7. Del efecto Lucifer al “efecto san Jorge” (hipótesis 2). 8. Propiedades del modelo de normatividad epistémica del razonamiento judicial (primera variable). a. Naturalización. b. Artefactos epistémicos. 9. El modelo mental conexionista del razonamiento judicial romano-germánico. 10. Autoorganización cognitiva y razonamiento legal. 11. modelos mentales, elicitación y representación del conocimiento. 12. arquitectura y dinámica de modelos mental de razonamiento judicial. 13. el caso hattori. 14. de nuevo el efecto san Jorge. 15. consideraciones finales. 16. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN.

De acuerdo con Francisco Varela, asumo que el conocimiento procede de la nebulosa al cristal y no de una manera determinista de fases secuenciales.

Como es ampliamente conocido en el medio académico contemporáneo, la teoría de los sistemas complejos está impactando de manera sumamente importante en distintos dominios del conocimiento con diferentes grados de “cristalización”. Su influencia no ha sido la misma en la física o la biología que en las ciencias sociales. Un dominio en el que la influencia de la teoría de los sistemas complejos es virtualmente ausente es el derecho.

Mi objetivo principal en este trabajo es representar algunos avances de mi esfuerzo por integrar complejidad y ciencias cognitivas en una nueva forma de entender el derecho a la que propongo llamar “Constructivismo Jurídico”. Aún si en este momento se encuentra más cerca de la nebulosa que del cristal, considero que ya es un primer avance en el proceso de integrar la teoría de la complejidad en el terreno jurídico.

2. UBIS SOCIETAS UBI IUS.

Esta vieja expresión latina significa que dondequiera que exista una sociedad humana hay derecho. Explícitamente se refiere a un presupuesto ampliamente generalizado: Las normas jurídicas regulan nuestra vida social.

Sin embargo, la realidad frecuentemente muestra que las normas jurídicas no tienen ningún impacto en el cambio de las dinámicas sociales y que incluso pueden generar resultados contraproducentes.

* Investigador titular "B" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La Universidad Nacional Autónoma de México le reconoce con el PRIDE Nivel D. El Sistema Nacional de Investigadores le reconoce como Investigador Nacional Nivel 1.

Por ejemplo, el objetivo explícito de las prisiones es lograr la rehabilitación social, pero es ampliamente conocido que generalmente se convierten en escuelas del crimen.

Al igual que sucede con las prisiones. Otras instituciones legales presentan un sorprendente fenómeno: muestran la misma dinámica aún si provienen de sistemas jurídicos diferentes, de diferentes países y de distintas culturas.

3. EL PAPEL DE LA CIENCIA COGNITIVA EN EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO: COGNICIÓN SITUADA Y MENTE EXTENDIDA¹.

A grandes rasgos, la teoría de la cognición situada sostiene que la cognición envuelve no solo al cerebro, sino a la totalidad del sujeto cognoscente: su sistema nervioso, endócrino, musculo-esquelético, etc., En otras palabras, que la cognición esta corporeizada y en buena medida tiene lugar sin el control consciente del individuo, sino que se auto organizan debido a su interacción con el entorno.

La teoría de la mente extendida afirma que la cognición no se restringe al “empaquetamiento” biológico del individuo, sino que puede extenderse más allá de él a elementos tecnológicos y culturales. El derecho quedaría ubicado en esta última categoría.

4. EL PAPEL DE LA COMPLEJIDAD: EL EFECTO LUCIFER.

El psicólogo social Philip Zimbardo es mejor conocido como el padre del Experimento de Stanford de 1971. Implementó una prisión artificial poblada de estudiantes voluntarios que ilustra hasta qué tanto la personalidad es situada en un contexto social; estudiantes seleccionados al azar para desempeñar el papel de guardias se convirtieron en crueles carceleros, mientras que aquellos que desempeñaban el papel de prisioneros se convirtieron en rebeldes o depresivos.

Su fascinante descubrimiento fue que prácticamente cualquiera, dadas las adecuadas influencias situacionales, puede ser inducido a abandonar sus escrúpulos morales y cooperar en conductas de violencia y opresión. En otras palabras Zimbardo proporciona un importante soporte experimental a la tesis de la cognición situada al demostrar que ciertas variables pueden inducir procesos auto-organizativos en las instituciones legales de las que emergen nuevas dinámicas que incluyen la transformación de la cognición situada de los humanos sin control consciente.

Uno de los resultados más sorprendentes de la investigación de Zimbardo consistió en encontrar el mismo tipo de variables introducidas en su experimento universitario cuando estudió las transformaciones ocurridas en instituciones reales como la prisión de Abu Ghraib.

¹ Robbins Philip, A Short Primer of the Situated Cognition, The Cambridge Handbook of the Situated Cognition, Cambridge University Press, 2008.

Entre las variables más importantes introducidas por Zimbardo para inducir la emergencia de la perversidad institucional se encuentran:

- A. Poder.
- B. “Desindividuación”.
- C. Deshumanización.

Entre las manifestaciones de la dinámica emergente se encuentran:

- A. Perversidad creativa.
- B. Maldad por inactividad.
- C. Banalidad de la maldad.

5. EL EFECTO LUCIFER EN EL DERECHO PENAL EN MÉXICO (...Y MÁS ALLÁ).

La corrupción y la ineficiencia son algunas de las manifestaciones del Efecto Lucifer en muchas instituciones jurídicas mexicanas, incluyendo a los juzgados penales. La situación es tan mala que aún cuando la constitución establece la presunción de inocencia como uno de los principios del derecho penal, las prácticas en el mundo real funcionan en el sentido opuesto: hay una presunción de culpabilidad que es muy difícil derrotar.

“En términos generales se puede afirmar que la probabilidad de que una persona que ha sido consignada sea absuelta es mínima. Las estadísticas judiciales publicadas cada año por INEGI sitúan en alrededor del 90% el porcentaje de juicios condenatorios en todo el país”².

Por otra parte, resulta sorprendente percatarse de que:

“...la descripción de los procesos penales revelados por otras investigaciones no es exclusiva de México. En el caso de Colombia, se ha observado que:...la tarea de los jueces se limita a confirmar la decisión tomada por el fiscal y a imponer la sanción.”³

6. LA RECETA DE LA MALDAD EN EL SISTEMA PENAL (HIPÓTESIS 1).

Asumo que la receta para la maldad en el sistema penal es:

A. Falta de una aceptable normatividad epistémica que permita determinar cuándo un estándar de prueba aceptado por el sistema jurídico ha sido alcanzado y por tanto alguien puede ser declarado como inocente o culpable, con base en los medios probatorios disponibles.

B. Falta de transparencia de los procesos cognitivos que tienen lugar en la “caja negra” de los jueces.

2 Pásara, Luis, *Cómo sentencian los jueces en materia penal en el Distrito Federal, México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, p. 50.

3 *Ibidem*, pág. 68.

C. Invulnerabilidad a interacciones correctivas por parte del medio sistémico (comunidad jurídica en general y sociedad civil).

7. DEL EFECTO LUCIFER AL “EFECTO SAN JORGE” (HIPÓTESIS 2).

La principal hipótesis de este trabajo es que si es posible inducir la emergencia de cierto tipo de dinámicas con las variables de la receta del mal (El Efecto Lucifer), entonces, debe ser posible inducir una dinámica virtuosa en una institución si otras variables son introducidas. Propongo referirme a este cambio con el término “Efecto San Jorge”. En otras palabras: “El Efecto San Jorge” busca ser el antídoto al Efecto Lucifer. No obstante que en este trabajo los refiero a los juicios en materia penal, asumo que la base teórica se podrá extender sin dificultades a otros dominios.

La receta del Efecto San Jorge (en los juzgados penales) sería:

A. La definición de una normatividad epistémica que permitiera determinar si un estándar de prueba ha sido o no alcanzado y por tanto decidir racionalmente si alguien puede o no ser declarado culpable o inocente.

Considero que esta es la variable más importante dado que hace posible el resto de las variables que integran al Efecto San Jorge.

B. Tener artefactos epistémicos que hagan transparentes los procesos cognitivos seguidos por los jueces cuando toman sus decisiones.

C. Control intersubjetivo por la comunidad jurídica y por la sociedad civil (entorno sistémico de las instituciones jurisdiccionales).

8. PROPIEDADES DEL MODELO DE NORMATIVIDAD EPISTÉMICA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL (PRIMERA VARIABLE).

A. NATURALIZACIÓN.

Uno de los principales retos de la naciente epistemología jurídica es la construcción de adecuados modelos de normatividad epistémica que determinen los procesos cognitivos que puedan justificar la declaración de inocencia o culpabilidad en un juicio.

Hasta el momento, han sido propuestos varios modelos basados en diferentes marcos conceptuales: probabilidad frecuentista, inducción bayesiana, inducción baconiana, etc. Sin embargo todos ellos carecen de una base naturalizada, es decir, no toman en consideración la forma en que los jueces efectivamente procesan la evidencia cuando toman decisiones, ni son consistentes con los resultados de las investigaciones científicas sobre la decisión.

El modelo que propongo busca subsanar esta deficiencia usando la teoría de los modelos mentales desarrollada por la psicología cognitiva contemporánea, siguiendo una metáfora teórica basada en la dinámica de una neurona artificial.

B. ARTEFACTOS EPISTÉMICOS.

Una propiedad biológica de diferentes especies consiste en adaptarse a su medio ambiente a efecto de satisfacer sus necesidades. En ese sentido el hombre es un generador de artefactos.

Sin embargo, no solo es constructor de artefactos físicos, sino también de artefactos culturales o artefactos epistémicos que en buena medida son el resultado de la exteriorización de sus representaciones mentales. Por ejemplo, las pinturas rupestres de las cuevas prehistóricas, los mapas, los diagramas, las ecuaciones, el lenguaje, el derecho.

Una vez que un artefacto epistémico ha sido exteriorizado, pasa a la dimensión pública donde funciona como un andamiaje compartido a partir del cual otros miembros de la comunidad podrán realizar acoplamientos estructurales en diferentes contextos que les llevarán a generar nuevos artefactos epistémicos mediante un proceso adaptativo. Más allá de ser meras representaciones compartidas, dichos artefactos exceden las dimensiones de la mera representación mental para convertirse en guías para la acción y posibilitan la coordinación de conductas colectivas, su evaluación y control intersubjetivos. Por ejemplo: los planes arquitectónicos de una catedral respecto de la actividad coordinada de quienes participan en su construcción, o la partitura que hace posible la interpretación armónica de una sinfónica.

A pesar de poseer un contenido simbólico equivalente, algunas manifestaciones de artefactos epistémicos pueden ser más eficientes que otras para ciertos efectos. Por esta razón preferimos los reportes con histogramas a aquellos que contienen solo texto y preferimos los mapas a las explicaciones verbales como indicaciones para llegar a cierto sitio.

9. EL MODELO MENTAL CONEXIONISTA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL ROMANO-GERMÁNICO⁴.

A. MODELOS MENTALES:

El término “modelo mental” es usado por primera vez por Kenneth Craik en 1943.⁵

Algunas definiciones de la expresión son: “representaciones mentales del mundo real o situaciones imaginarias”; “representaciones de la realidad que la gente usa para comprender un fenómeno específico”; “son representaciones psicológicas del mundo real o situaciones hipotéticas o imaginarias”; “es una explicación acerca de los procesos de pensamiento de alguien acerca de la forma en que funciona el mundo real”; “son modelos declarativos acerca de la forma en que está organizado el mundo y muchos contienen conocimiento general o abstracto y casos concretos”.⁶

4 Una primera versión de la descripción de mi modelo mental conexionista, ha sido publicada en la revista Problema, Anuario de filosofía y Teoría del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, número 3, 2009, págs. 219-252.

5 Kenneth Craik, *The Nature of Explanation*, Cambridge University Press, 1943.

6 Van Merriënboer, J.J. G., Clark, R.E., & De Croock, M.B.M. (2002). “Blueprints for Complex Learning: The 4C/ID-model”. *Educational Technology, Research and Development*, 50 (2), 39-64.

El objeto de este trabajo es proponer una representación de los modelos mentales usados por los jueces en su razonamiento.

10. AUTOORGANIZACIÓN COGNITIVA Y RAZONAMIENTO LEGAL.

Las investigaciones realizadas por Dan Simon en el terreno de la psicología experimental y las que yo mismo he realizado en el de la inteligencia artificial aplicada al derecho presentan resultados muy similares acerca de las propiedades auto organizativas que tienen lugar tanto entre jurados (sistema de precedentes) como en los jueces profesionales (tradicción romano-germánica). Las características más relevantes son: 1) la activación y adaptación de patrones cognitivos previos para resolver nuevos casos; 2) desplazamientos coherentistas inconscientes que permiten conectar información aparentemente inconexa, por ejemplo, relacionar distintas clases de evidencia; 3) cambios en los estados mentales a través del proceso, de acuerdo con los argumentos y contra-argumentos de las partes, pruebas y contrapruebas, etc; 4) la forma interdependiente en que son asignados los valores a los medios probatorios; 5) la influencia de elementos que son secundarios para el caso (como puede ocurrir con prejuicios raciales) en cambios de estado del sistema; y 6) el hecho de que el mismo caso pueda producir diferentes modelos mentales a pesar de estar aplicando el mismo derecho.

11. MODELOS MENTALES, ELICITACIÓN Y REPRESENTACIÓN DEL CONOCIMIENTO.

El tipo de modelo mental (artefacto epistémico) que presento en este trabajo fue obtenido a partir de las siguientes técnicas de investigación cualitativa: 1) entrevistas semiestructuradas; 2) autoseguimiento (*shadowing*); 3) interrupción de análisis y 5) mapas mentales.

12. ARQUITECTURA Y DINÁMICA DE MODELOS MENTAL DE RAZONAMIENTO JUDICIAL.

El modelo mental resultante es una red compleja heterogénea cuyos elementos son los siguientes: 1) proposiciones descriptivas de los hechos; 2) proposiciones normativas; 3) medios de prueba; 4) conceptos de la teoría general del delito; 5) decisión final.

La interconectividad entre estos distintos componentes fue modelado como una red neuronal con diferentes capas para cada uno de los elementos previamente mencionados: 1) una capa de entrada que corresponde a las proposiciones relevantes para dar cuenta de los hechos; 2) una capa de salida que consiste en la activación de dos neuronas binariamente excluyentes; 4) una capa oculta jerárquicamente superior a la que contiene las proposiciones y que representa los medios probatorios; 5) una capa jerárquicamente superior a la anterior que corresponde a las proposiciones normativas; 6) una capa jerárquicamente superior a la precedente que representa a las circunstancias exculpatorias del delito en cuestión.

Las conexiones son bidireccionales, inter-capa, intra-capa y reiterativas. La densidad de la conectividad es alta y opera entre todas las capas.

La dinámica del sistema asume que la activación de las diferentes neuronas trabaja de acuerdo con la satisfacción del umbral necesario para obtener el estado activo que corresponde a un determinado valor epistémico (creer que “p” es plausible, creer que es probable que “p”, estar probado que “p”, considerar que “p” es verdadero, etc.) Se asume que la intensidad de las conexiones neuronales no trabaja de manera determinista, sino difusa. En el modelo, se usan cuatro colores para representar cuatro grados de intensidad: desactivado (gris), bajo (amarillo), medio (anaranjado), rojo (equivalente a haber alcanzado el umbral y la correspondiente activación de la neurona o neuronas). Las conexiones sinápticas pueden ser inhibitorias o excitatorias. Esta característica es muy importante dado que el razonamiento judicial es dialógico y derrotante. En otras palabras, implica la oposición entre los diversos componentes de la red cuyo procesamiento (en muy buena medida auto organizativo) debe alcanzar una estructura coherente que corresponda a la decisión final expresada a través de la sentencia.

13. El caso Hattori.

Hattori, un estudiante japonés de 17 años de edad, quien se encontraba realizando una estancia de intercambio con la familia Haymaker, él y Haymaker Junior fueron invitados a una fiesta de Halloween organizada por sus compañeros de la preparatoria.

En la tarde del sábado 17 de octubre de 1992, los dos adolescentes se dirigieron a Baton Rouge (donde habría de llevarse a cabo la fiesta). Hattori se disfrazó de “John Travolta”, mientras que Haymaker Junior simulaba estar herido del brazo y se había pintado heridas con sangre en el rostro.

No se dieron cuenta de que tenían la dirección equivocada hasta que fue demasiado tarde. Así, llegaron a la casa de la familia Peairs pensando que el evento tendría lugar en dicha casa.

La familia Peairs estaba constituida por Rodney (el esposo), Bonnie (la esposa), y por sus hijas Brittany y Stacey, de 11 y 7 años respectivamente.

Haymaker Junior tocó el timbre. Cuando Bonnie abrió la puerta, sólo podía ver a Junior, pero al girar su cara y ver a Hattori, con una expresión de terror inmediatamente azotó la puerta sin dejar que los jóvenes explicaran el motivo de su presencia.

Después de cerrar la puerta, Bonnie lanzó un grito frenético a Rodney pidiendo que bajara inmediatamente. Rodney con un arma, quien se encontraba en el piso superior, bajó enseguida. Mientras tanto, Bonnie tomó a sus dos hijas y se dirigió al cuarto trasero debajo de las escaleras con la intención de llamar a la policía.

Al bajar por la escalera, Rodney podía escuchar los gritos de su esposa. Cuando por fin llegó a la habitación en que se encontraban Bonnie y sus hijas, pudo observar que estaban muertas de miedo. Rodney y Bonnie se miraron por unos segundos, y sin mencionar palabra alguna, Rodney se dirigió hacia la puerta.

Bonnie no hizo la llamada telefónica que tenía en mente. Le pidió a sus hijas que se quedaran en el cuarto, se levantó apresuradamente y alcanzó a su marido en su camino hacia la entrada de la casa.

En su camino hacia la puerta, Rodney tomó una de sus múltiples armas que estaban desperdigadas por toda la casa. Se trataba de una pistola tipo Magnum 44 que, de hecho, ya se encontraba cargada. Antes de abrir la puerta, ya le había quitado el seguro a la pistola y estaba listo para usarla a la menor provocación.

Sin intercambiar opiniones con su esposa acerca de qué era lo que había visto que la espantó tanto, ambos abrieron finalmente la puerta.

Hattori y Haymaker Junior ya estaban retirándose después de lo que para ellos fue una reacción incomprensible por parte de Bonnie.

Cuando escucharon que la puerta se abría, se dieron la vuelta. Hattori comenzó a caminar hacia la pareja diciendo “he venido a la fiesta”. Haymaker Junior sospechaba que algo andaba mal y le gritó a Hattori pidiéndole que se detuviera, pero aquél no le hizo caso, dado que no pensaba que se encontraba en alguna clase de peligro y en vista de que sólo quería preguntar por la dirección correcta.

Rodney gritó: “Freeze” (que en inglés tiene la connotación local de “detente o disparo”). Dado que Hattori llevaba poco tiempo inmerso en la cultura norteamericana, no comprendió el sentido de la instrucción y siguió su paso.

Cuando Hattori se encontraba a unos dos metros de distancia, Rodney levantó su arma y le disparó al adolescente en el pecho, provocándole la muerte.

El entorno de operación se constituye por diversos inputs correspondientes a las narrativas de diferentes partes en el proceso: el presunto responsable, su esposa, el amigo de Hattori, testigos, etc.

Cada una de las partes involucradas declara lo siguiente:

El acusado (Rodney) sostiene: “Estaba en mi cuarto cuando mi esposa gritó en forma frenética que bajara con un arma. Después vi a un tipo de apariencia extraña aproximándose a nosotros a través de nuestro patio. Abrí la puerta y le grité que se detuviera, pero no hizo caso y continuó acercándose con paso amenazante. Por ello le disparé, pensaba que mi familia estaba en un grave peligro”.

La esposa del acusado declara que: “En las noticias había escuchado que un asaltante muy peligroso de apariencia oriental había asesinado a alguna persona del vecindario. Cuando abrí la puerta esa noche y vi a este tipo con vestimenta rara y al otro chico sangrando, pensé que se trataba de la persona de la que hablaban en los noticieros”.

Declaración del amigo de la víctima: “Hattori era un estudiante de intercambio que venía de Japón. Nos habían invitado a una fiesta de Halloween, y como suele ser el caso en este tipo de fiestas, decidimos disfrazarnos para la ocasión. Teníamos la dirección equivocada. Con su limitada comprensión de los regionalismos de nuestra cultura, Hattori no entendió lo que el señor Peairs quiso decir con “Freeze”.

A continuación, el juez reconstruye el caso con los elementos anteriormente expuestos al efecto de producir una narrativa coherente.

Los elementos de la narrativa reconstruida jurídicamente relevantes y por tanto que activan la capa de entrada, son los siguientes:

Elementos discursivos relevantes:

1. El acusado dispara y provoca la muerte de Hattori
2. Hattori se encontraba en propiedad ajena sin permiso
3. Hattori tenía un aspecto amenazante
4. Hattori no hizo caso a la instrucción de detenerse

Como resultado de la activación de la capa de entrada (hechos relevantes), se activa un patrón de conectividad de la capa de entrada a las capas correspondientes al tipo penal o definición de delitos (posible homicidio), pero también a la capa correspondiente a las eximentes de responsabilidad (posible legítima defensa) en conexión con los hechos relevantes 2,3 y 4. La intensidad de la conexión es de un valor de plausibilidad bajo.

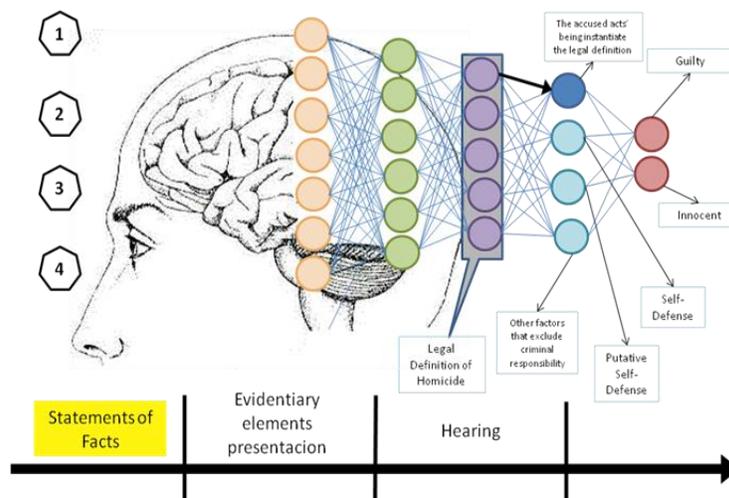


Fig. 1 Structure of the defining homicide layer ⁷

⁷ Cáceres Nieto, Enrique, “Pasos hacia una teoría constructivista y conexionista del razonamiento judicial en la tradición del derecho romano-germánico”, Problema. Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho, México, 2009, número 3, pág. 244.

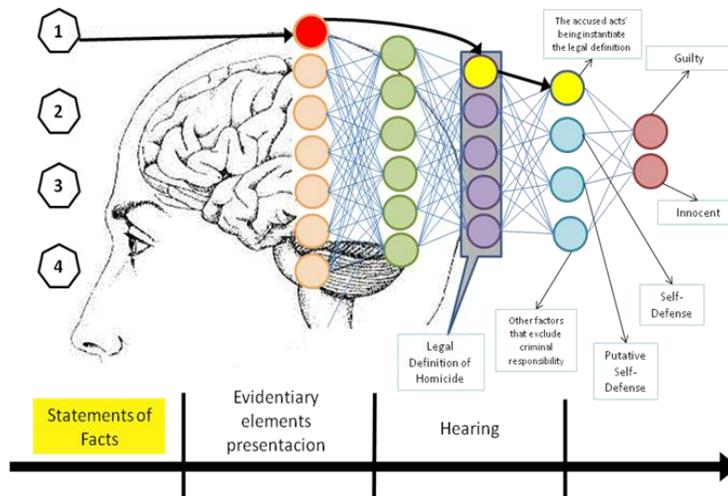


Fig. 2 Activation of the DHL by discursive element 1⁸

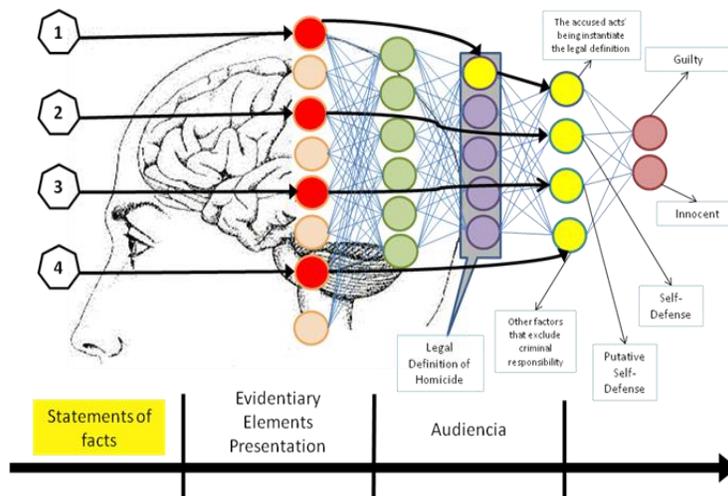


Fig. 3 Reinforcement of the DHL by discursive elements 2, 3 and 4⁹

Dado que el tipo penal de homicidio instancia al concepto teórico del delito, se activa esta neurona en la capa correspondiente.

Durante la etapa probatoria se presentan los siguientes inputs:

⁸ Ibidem, 245.

⁹ Idem.

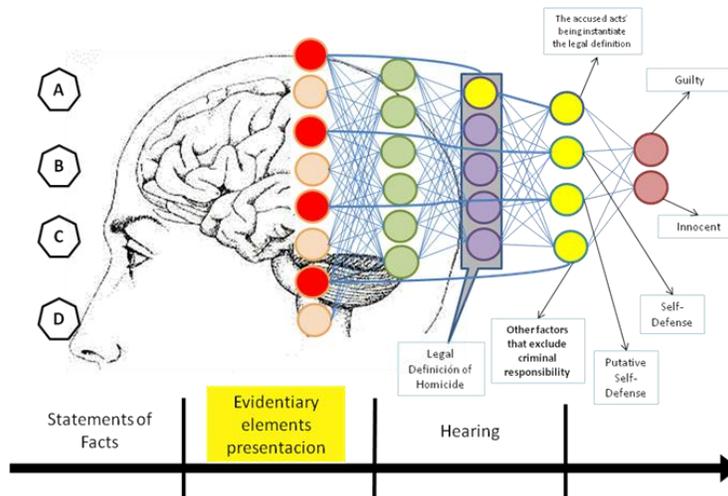


Fig. 4 Structure of the DHL and the excluding responsibility layer (ERL) ¹⁰

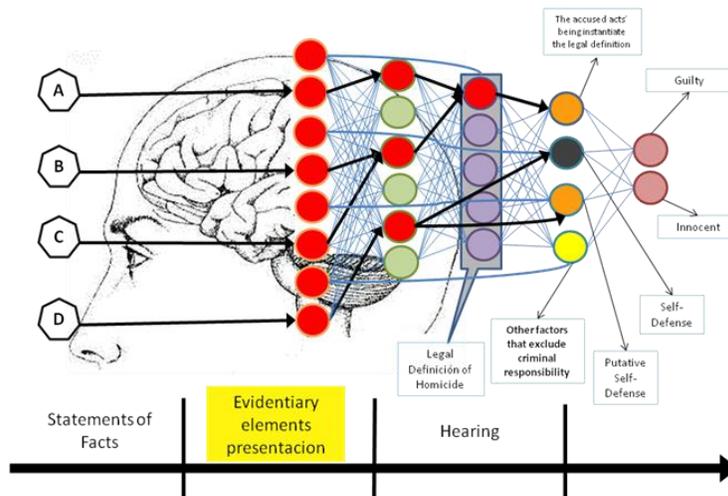


Fig. 5 Reinforcement of the DHL by evidentiary elements (EE) “A”, “B”, “C” and activation of the ERL by EE “D” ¹¹

Estas pruebas activan la segunda capa oculta. Corresponden a las pruebas confesional y dos periciales.

El reforzamiento de las pruebas (peso excitativo) aumenta la intensidad de la conexión en la segunda capa oculta, se supera el umbral correspondiente y se activa la neurona correspondiente a la creencia justificada de que Rodney cometió el delito de homicidio. Sin embargo debe destacarse que aún no alcanza el umbral requerido para activar la capa correspondiente a la teoría del delito, debido a que también están activas neuronas de la capa correspondiente a las

¹⁰ Ibidem, 246.

¹¹ Idem.

excluyentes de responsabilidad por legítima defensa, aunque su peso sea bajo (inhibitorio).

Sin embargo, debe recordarse que también se cuenta con otra prueba D, correspondiente a una testimonial presentada por el amigo de Hattori en donde se indica que la víctima era un joven estudiante japonés (lo que neutraliza su posible peligrosidad), que no comprendía bien inglés (lo cual explica porque continuó caminando no obstante la advertencia) y que se habían equivocado en la dirección de la casa de la fiesta de Halloween (lo que explica porque había entrado con tanta confianza a la casa de los Peairs).

Estos elementos generan un patrón de conectividad intercapa hacia la neurona correspondiente a la legítima defensa con peso inhibitorio y por tanto hacen que se desactive la creencia en una posible legítima defensa objetiva.

Consideraciones finales del caso.

No obstante, la capa correspondiente a las eximentes de responsabilidad sigue activa con un nivel de plausibilidad bajo, debido a una posible legítima defensa subjetiva (putativa) i.e., que el homicidio hubiera sido resultado de una insuperable creencia subjetiva de que se estaba ante una agresión real, con un peso de plausibilidad medio.

Pero entre las pruebas recibidas, se cuenta con otras dos:

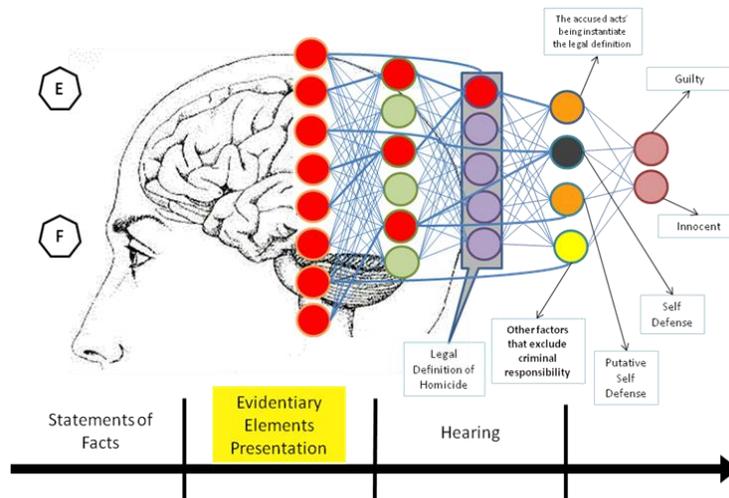


Fig. 6 Activation of ERL with plausibility value of “medium” ¹²

¹² Ibidem, 248.

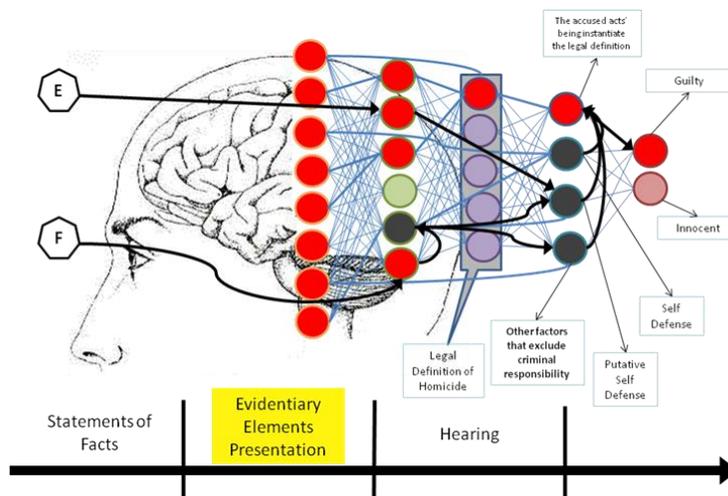


Fig. 7 Deactivation of ERL by EE “E” and “F”, and final state of the system (Guilty) ¹³

“E” es una testimonial que indica que Hattori no avanzaba de modo amenazante, sino más bien alegre, y que su disfraz no llevaba a confundirlo con un sujeto peligroso, pues estaba vestido de John Travolta.

“F” es otra testimonial que afirma que Hattori había avanzado apenas dos pasos en el jardín.

Las neuronas activadas con estos elementos generan un patrón de conectividad con peso inhibitorio respecto a la neurona correspondiente a la eximente de responsabilidad por legítima defensa subjetiva que pasa a estado de desactivación y junto con ella toda la capa de excluyentes de responsabilidad. En este estado, se transfiere el peso inhibitorio a toda la capa correspondiente a delito injustificado, alcanzando el umbral requerido para cambiar estado activo. Este estado genera un nuevo y último patrón de conectividad hacia la capa de salida que activa la neurona correspondiente al estado de “responsable” que activa los mecanismos efectores del sistema y una correspondiente conducta motora, que en este caso corresponde a la emisión de una sentencia con efectos performativos que cambian el estado de cosas del entorno de operación, construyendo una nueva realidad jurídica.

14. DE NUEVO EL EFECTO SAN JORGE.

Como se ha sostenido anteriormente, la representación gráfica de los modelos mentales de razonamiento judicial son artefactos epistémicos.

Son el ingrediente más importante de El Efecto San Jorge porque permiten, entre otras cosas:

- 1) La transformación de las “cajas negras” del razonamiento judicial en “cajas transparentes”.

¹³ Idem.

2) El carácter público de los modelos mentales los hace accesibles al control intersubjetivo del medio ambiente sistémico de las instituciones judiciales (facultades de derecho, institutos de investigación, barras de abogados, organismos no gubernamentales, etc.).

3) Los modelos mentales tienen un gran potencial en la definición de estrategias de enseñanza institucional basadas en técnicas vanguardistas como son el aprendizaje complejo y el aprendizaje situado.

4) De igual manera, los modelos mentales pueden ser una base importante para fortalecer la mente extendida de los jueces a través del desarrollo de sistemas inteligentes para la ayuda a la decisión judicial.

15. CONSIDERACIONES FINALES.

Cada vez es más frecuente en los trabajos de epistemología jurídica distinguir entre razones epistémicas y razones no epistémicas como dos dimensiones totalmente distintas y en algún sentido excluyentes. De esta manera, si las reglas de exclusión de evidencia (por ejemplo la prueba ilícita) tratan de promover el respeto a las garantías individuales, desde una perspectiva estrictamente epistémica, constituyen un obstáculo para la determinación de la verdad.

Sin embargo, la pertenencia de ambos tipos de razones a dimensiones lejanas y separadas resulta meramente aparente si se considera que la determinación de la verdad es una condición, no únicamente de aplicación de las normas jurídicas, sino de la justicia. ¿De qué manera podría impartirse justicia sin saber previamente la verdad de los hechos sobre los cuáles se debe decidir?.

Si por otra parte, la determinación de los hechos resulta justificada epistémicamente sólo si la decisión sobre la inocencia o culpabilidad está determinada por la satisfacción o no de un estándar de prueba y este a su vez puede ser determinado únicamente si se ha efectuado una debida deliberación sobre la evidencia disponible, entonces no suena descabellado pensar que el derecho a una debida deliberación judicial es parte de los derechos humanos.

El objetivo principal de este trabajo se ubica precisamente en el problema relativo al respeto a ese derecho humano y su objetivo es avanzar una propuesta de la normatividad epistémica que podría caracterizar a dicho proceso desde el *weltanschauung* distinto a la concepción dominante acerca del derecho al que propongo denotar con la expresión 'constructivismo jurídico'.

16. BIBLIOGRAFÍA.

- Cáceres Nieto, Enrique, “Pasos hacia una teoría constructivista y conexionista del razonamiento judicial en la tradición del derecho romano-germánico”, Problema. Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho, México, 2009.
- Kenneth Craik, *The Nature of Explanation*, Cambridge University Press, 1943.
- Pásara, Luis, *Cómo sentencian los jueces en materia penal en el Distrito Federal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.
- Robbins Philip, *A Short Primer of the Situated Cognition*, *The Cambridge Handbook of the Situated Cognition*, Cambridge University Press, 2008.
- Van Merriënboer, J.J. G., Clark, R.E., & De Croock, M.B.M. (2002). “Blueprints for Complex Learning: The 4C/ID-model”. *Educational Technology, Research and Development*, 50 (2).

LA IGUALDAD EN LA TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS

FRANCISCO JAVIER GUTIÉRREZ SUÁREZ*

SUMARIO: Introducción. 1. ¿El igualitarismo? 2. Dimensiones de la igualdad. 3. Igualdad y discriminación positiva. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La igualdad, vista única y exclusivamente desde el punto de vista lógico formal es un objeto de estudio de poco (o casi nulo) interés para el campo del Derecho y en especial para la teoría jurídica de los derechos. Desde este punto de vista formal, la igualdad es “simplemente” un modo de establecer un determinado tipo de relación entre entes de una totalidad¹. En la perspectiva de la teoría jurídica de los derechos, el concepto de igualdad se presenta, a diferencia del campo lógico-formal, mucho más interesante para su análisis, tanto por su riqueza conceptual, como por las importantes implicaciones prácticas de tal categoría. No obstante, desde esta óptica, desde la teoría jurídica de los derechos, la igualdad es un concepto colmado tanto de atributos como de dificultades.

En cuanto a los atributos o bondades de la igualdad, puede afirmarse, en primer lugar, que se trata de un concepto fuerte, un concepto supra jurídico, que se encuentra en estrecha conexión con problemas centrales de la filosofía jurídica y política. En consecuencia, es un tema constante de las ideologías y de las teorías políticas y jurídicas, que tiene predominantemente en el lenguaje político un significado positivo².

Sumado a lo anterior, la igualdad es, sin lugar a dudas, un ideal pre-requisito para toda convivencia ordenada, feliz y civil. La igualdad, entendida como igualación de los diferentes, ha sido un ideal permanente y perenne de los seres humanos que viven en sociedad³. Ideal, cuya fórmula más corriente es “todos los hombres son –o nacen – iguales”. Aspiración esencial para construir una sociedad verdaderamente democrática y justa, para alcanzar la paz y el desarrollo humano. Es así como más que la libertad, la igualdad, precisamente la igualdad sustancial, la igualdad de los igualitarios, es el rasgo común y caracterizador de las ciudades ideales de los utópicos como Tomás Moro⁴.

En esta aproximación a los atributos o bondades del concepto “igualdad”, conviene resaltar que es cierto que la igualdad constituye uno de los valores fundamentales en los que las filosofías y las ideologías políticas de todos los tiempos se han inspirado”. Es un principio esencial de la democracia, en tanto la democracia hoy no es sólo elecciones, es democracia constitucional, y en ella un elemento necesario del Estado Constitucional son los derechos, y entre ellos, el derecho a la igualdad es un

* Grupo de Investigación en Estudios Sociopolíticos “GIESP”, Universidad Autónoma de Occidente, Cali - Colombia.

¹ BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 56.

² *Id.*, p. 53

³ *Ibid.*

⁴ *Id.*, p. 94.

derecho básico democrático. Hoy ya no vale la duplicidad conceptual democracia vs derechos, porque toda democracia constitucional lo es porque es democracia con derechos.

En cuanto a las dificultades del concepto igualdad, estas pueden clasificarse para su análisis en empíricas y teóricas. En el terreno de las dificultades empíricas son notables dos asuntos: primero, la evidencia del problema histórico de la discriminación y segundo, la lamentable realidad de que, más que un problema histórico, del pasado - que lo es-, aún hoy vivimos en un mundo muy desigual y pareciera que tendencialmente cada día más desigual.

Respecto de lo primero, la discriminación histórica, la evidencia parece darle la razón a quienes sostienen que la igualdad no es natural, que el trato igual entre las personas no es natural. Parece que nuestras pulsiones naturales son hacia la discriminación, hacia la segregación y la exclusión. En este sentido, en especial, desde el pensamiento contractual clásico⁵ se afirma que lo natural sería herirnos, matarnos; que por lo tanto, tratarnos como iguales implica un aprendizaje, es un proceso, una ganancia cultural. La evidencia histórica muestra que la discriminación ha sido una constante en la historia de la humanidad, asunto que le permite afirmar a muchos que el proceso de reconocimiento y aseguramiento del derecho a la igualdad es fruto del proceso civilizatorio mismo. Las sociedades en la medida que se van adelantando al tiempo que les toca vivir, tendencialmente protegen mejor la igualdad y aseguran mejor la no discriminación.

Pero como se acaba de señalar, la desigualdad y discriminación no son problemas históricos (del pasado), aun en nuestros días, en pleno siglo XXI, vivimos en sociedades con fenómenos masivos de desigualdad y discriminación, en los que las más crueles, reprochables e inaceptables desigualdades se vuelven invisibles a causa, pareciera ser, de su cotidianidad. Nos parece normal que hayan niños pidiendo limosna en las calles, que familias enteras vivan en los semáforos implorando la caridad pública, que las personas mueran en las puertas de los centros asistenciales por no tener medios económicos para pagar servicios de salud prepagada, que miles de niños en las grandes ciudades tengan altos índices de desnutrición. Son éstos, y otros tantos, fenómenos discriminatorios que afectan el derecho a la igualdad y que, por supuesto, violan la Constitución de Estados democráticos, y algunos de ellos como el colombiano, incluso, Estados “sociales” de Derecho en el que el principio de igualdad es un valor básico del orden político y jurídico.

Diversas formas de discriminación han sido la causa de múltiples luchas a lo largo de la historia. Ejemplo de ellas son las luchas por la igualdad de las mujeres - feminismo-, los movimientos LGBT, las luchas en muchos países por igualdad y la abolición de diversas formas de segregación racial, las luchas del movimiento obrero. Pese a que sobre cada una de estas luchas y reivindicaciones se requerirían innumerables tratados para dar cuenta con responsabilidad de su origen, evolución, logros, actores y conquistas emblemáticas, el denominador común de todas ellas es que en el tránsito a la modernidad buena parte de las mismas logran importantes conquistas históricas que se paulatinamente se concretan en derechos fundamentales aunque lamentablemente, muchos de ellos se quedan, aun en nuestros días, en el papel como meras “declaraciones”.

⁵ Hobbes T., *Leviatán*.

Las principales causas de discriminación, tanto en el pasado como en el presente, se vinculan con razones de género, orientación sexual, origen étnico, nacionalidad, religión, ideología política, condición económica y social, entre otras. Sin embargo, Bobbio son tres las principales fuentes de desigualdad entre los seres humanos: la pertenencia a un grupo étnico o nacional, el sexo y la clase social⁶. Desde la perspectiva de los grupos vulnerables, las causas actuales más frecuentes de discriminación son, entre otras, las relacionadas con género⁷ (especialmente en contra de las mujeres), orientación sexual, grupo étnico, nacionalidad⁸ (migración), religión, edad (niños – ancianos), económica y social⁹ (pobreza y discapacidad, desplazamiento).

Peces-Barba considera la lucha contra la discriminación hace parte de los retos y desafíos que en la actualidad se le presentan a la teoría y práctica de los derechos humanos y que, para el caso particular de la discriminación, propende por eliminar situaciones de insatisfacción de derechos en las que se encuentran diferentes colectivos discriminados, entre los cuales se encuentran las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los inmigrantes y los homosexuales¹⁰.

De otra parte, en el terreno de las dificultades teóricas, son centrales los efectos del problema de indeterminación del concepto de igualdad en el establecimiento del significado descriptivo del mismo. Mientras, por ejemplo, libertad es una cualidad o propiedad de la persona, igualdad es un tipo de relación formal que se puede llenar de diversos contenidos y por lo tanto, sola dice nada o muy poco.

En esta dirección, decir que dos entes son iguales no significa nada a menos que se esté en condiciones de dar respuesta a dos preguntas básicas: ¿igualdad entre quiénes? e ¿igualdad en qué? A modo de ejemplo, el enfoque de la capacidad, trabajado recientemente por Amartya Sen¹¹, se inspira en el entendimiento de que la cuestión realmente crítica es “igualdad de qué”, resaltando el hecho de que cada una de las más importantes teorías de la justicia tiende a incluir alguna forma de tratar a las personas como iguales, dado que “cada enfoque tiene su propia interpretación de lo que considera igualdad básica para esa determinada concepción de justicia”¹². De allí que la proposición: “Todos los hombres son iguales”, resuelva por lo menos uno de los interrogantes básicos: “igualdad entre quiénes”, porque en tal contexto el atributo de igualdad se refiere a un tipo de relación entre entes que forman parte de la categoría abstracta de “humanidad”¹³, quedando sin resolver la segunda pregunta (igualdad en qué).

⁶ BOBBIO. N., *Op. Cit.*, p. 93

⁷ La revolución silenciosa de nuestro tiempo es la que está conduciendo a la lenta pero inexorable atenuación, hasta la total eliminación de la discriminación entre sexos. BOBBIO. N., *Op. Cit.*, p. 93.

⁸ “Después de la tragedia del racismo hitleriano y casi como redención por los nefandos actos por él realizados, la opinión pública mundial se ha reavivado ante la llamada a ese gran paso hacia la igualdad que es la superación del odio y de la discriminación racial. El racismo se está volviendo para quien lo practica o simplemente lo tolera una marca de infamia” BOBBIO. N., *Op. Cit.*, p. 93.

⁹ La idea comunista marcha en la dirección de la lucha contra la desigualdad propia de la división de la sociedad en clases sociales, considerada como la fuente de las otras desigualdades.

¹⁰ PECES-BARBA, G., *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Espasa, Madrid, 2007, p. 189 y ss.

¹¹ SEN, A., *La idea de la justicia*. Taurus, Sexta reimposición, Bogotá, 2012, p. 324 y ss.

¹² RIBOTTA, S., “sobre la propuesta de igualdad en Norberto Bobbio”, en: Francisco Javier Ansuátegui Roig y Alberto Iglesias Garzón (Ed.), *Norberto Bobbio. Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 423.

¹³ BOBBIO. N., *Op. Cit.*, pp. 54 – 55.

Pese a las innegables dificultades empíricas y teóricas de la igualdad, son superiores sus atributos como valor y principio básico de la democracia y los derechos fundamentales. Como principio básico de la democracia, en armonía con otros valores superiores como la Igualdad y la solidaridad, nos vincula con el Constitucionalismo y con la teoría jurídica de los derechos fundamentales, en especial para su concepto y fundamento, dado su aporte y centralidad para la creación de condiciones para hacer posible el ejercicio pleno y universal de los derechos como mecanismos jurídico políticos idóneos para hacer posible condiciones para la realización de los planes de vida y con ellos el respeto por la dignidad humana elemento central de la naturaleza común de los seres humanos.

1. ¿EL IGUALITARISMO?

Como lo resalta Sen¹⁴, la exigencia de igualdad fue una de las principales exigencias revolucionarias en la Europa y las Américas del siglo XVIII y ha sido uno de los principales puntos de consenso en el mundo posterior a la Ilustración, pese a que la igualdad es un concepto controvertido, sobre el que difícilmente se llegan a acuerdos definitivos, dado que todos los autores la conciben de forma distinta, puede afirmarse que figura de manera prominente en las contribuciones de filósofos “igualitarios” – “liberales”¹⁵ - incluso de forma básica en críticos y escépticos¹⁶ y en las teorías normativas de la justicia social que han recibido apoyo en tiempos recientes y que exigen no discriminación e igualdad en “algo” (libertad igual, Ingreso igual, Iguales derechos, iguales utilidades), que esa teoría considera como particularmente importante, defendido alguna clase de igualdad, “con lo cual se puede inferir que todos son igualitarios en algún sentido”¹⁷

Debido a los desacuerdos sobre las formas de responder a la pregunta “igualdad de qué”, ser un igualitario no es un asunto simple, ya que como afirma Ribotta, de una parte, es material y conceptualmente imposible defender la igualdad en todos los aspectos, ya que la diversidad humana en todos los sentidos hace que intentar referirnos a la igualdad absoluta sea tarea imposible; y de otra parte, no existe una única idea de igualdad, el concepto igualitarista abarca a diferentes concepciones filosóficas, políticas, sociológicas y económicas preocupadas por la igualdad en sus diferentes esferas¹⁸.

Pese a esta indeterminación y pluralidad de contenidos hay una similitud igualitaria básica de cierta importancia: lo que caracteriza a las ideologías igualitaristas es la demanda de igualdad sustancial (de hecho, material o real). El ideal límite del igualitarismo (utópico) es la igualdad de todos los seres humanos en todos los aspectos, por lo que suele afirmarse que “una doctrina igualitaria es una doctrina que sostiene la igualdad para el mayor número de hombres en el mayor número de aspectos”.¹⁹Al respecto agrega Bobbio que “Lo que singulariza a las ideologías igualitaristas es el acento puesto en el hombre como ser “genérico”, como ser

¹⁴ SEN, A., *Op. Cit.*, p. 321 y ss.

¹⁵ Como: John Rawls, James Meade, Ronald Dworkin, Thomas Nagel y Tomas Scanlon.

¹⁶ Como: Robert Nozick y James Buchanan.

¹⁷ RIBOTTA, S., *Op. Cit.*, p. 423.

¹⁸ *Id.*, pp. 423 y ss.

¹⁹ BOBBIO, N., *Op. Cit.* p.84.

perteneciente a un determinado “genus”, antes que en las características individuales por las que un hombre se distingue de otro, no importa si además el acento recae sobre las características negativas del hombre o bien en las positivas. Subrayando que de esta naturaleza común de los hombres se ha dado históricamente interpretaciones religiosas y filosóficas²⁰.

Las sociedades que han existido hasta hoy han sido sociedades desiguales y las doctrinas inigualitarias, por definición, son doctrinas conservadoras, tienden a dejar las cosas como están. Por el contrario, las doctrinas igualitarias son doctrinas transformadoras. Por ello, el igualitarismo es revolucionario en tanto pretende el paso de una sociedad de desiguales –como las hasta ahora existentes- a una futura sociedad de iguales²¹.

En síntesis, la naturaleza común de todos los seres humanos ha sido históricamente el centro de la justificación, el fundamento, de las doctrinas igualitarias que reivindican que la igualdad es algo plausible, quedando como particularidad de cada teoría qué clase de igualdad es la que sería deseable.

Pero este argumento no es suficiente e incluso se puede incurrir en falacia naturalista dado que aun admitiendo que sea objetivamente verdadero que todos los hombres son más iguales que desiguales, no se sigue de ello, que todos los hombres hayan de ser tratados de igual manera. Este principio ético fundamental ya no deriva de la pura y simple constatación de que los hombres son de hecho iguales, sino de la valoración positiva de este hecho, es decir, del juicio de valor en favor de la igualdad (la igualdad mayor posible) entre los seres humanos. Por ello afirma con razón el maestro Bobbio que “en rigor, la constatación de la igualdad natural de los hombres no sólo no es suficiente para fundar el igualitarismo, sino que ni siquiera es necesaria. Se puede considerar perfectamente la igualdad máxima como un bien digno de perseguir sin tener que comenzar, por la constatación de una igualdad natural o primitiva u originaria de los hombres”²².

Sobre este particular, siete de las más representativas teorías igualitarias contemporáneas, al reclamar alguna forma de igualdad, han dado las siguientes respuestas a éste interrogante (igualdad de qué): En primer, lugar el utilitarismo con la igualdad de utilidad o del total de la utilidad; en segundo lugar, la igualdad de bienes sociales primarios de John Rawls; en tercer lugar, la igualdad de recursos de Ronald Dworkin; en cuarto lugar, la igualdad de capacidades básicas de Amartya Sen; en quinto lugar, la igualdad de oportunidades para el bienestar de Richard Arneson; en sexto lugar, la igualdad para el acceso a la ventaja de Gerald Cohen; y finalmente, en séptimo lugar, la igualdad como condición necesaria para la justicia de Norberto Bobbio²³.

Estas y las demás tesis igualitaristas pueden ser incluidas para su análisis dentro de una de las siguientes dos formas de creer en la igualdad: igualdad teleológica e igualdad deontológica. Las teorías susceptibles de ubicar en el primer grupo - igualdad teleológica- son aquellas que consideran que la desigualdad es mala y se debe buscar la igualdad como forma de llegar a resultados mejores. De otra parte, las teorías susceptibles de ubicar en el segundo grupo - igualdad deontológica- son

²⁰*Id.*, p. 85.

²¹*Id.*, p. 89.

²² *Id.*, p. 87.

²³ Sobre este particular ver planteamiento similar en RIBOTTA, S., *Op. Cit.*, p. 425.

aquellas que consideran conveniente la igualdad, no por encontrar mejores resultados, sino por alguna razón moral²⁴.

Otro punto de observación que atraviesa cualquier análisis iusfilosófico sobre la igualdad y el principio de no discriminación es la relación inescindible de la igualdad con otros valores o presupuestos básicos del liberalismo como la libertad y la solidaridad. Una evidencia en este sentido (relación igualdad con otros valores) la encontramos, por ejemplo, en la concepción de igualdad de Peces-Barba, quien afirma al respecto que “la igualdad consiste en encontrar los criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear condiciones materiales para una libertad posible para todos, (...) Se comunica pues, con los otros tres valores, y lo hace como principio de organización y como fundamento de los derechos”²⁵

En torno a la relación de la igualdad con otros valores, son muy frecuentes las apreciaciones en el sentido de considerar que igualdad y libertad son conceptos opuestos y antagónicos. Sin embargo, este tipo de opiniones son producto, en lo fundamental, de una equivocada o marginal una comprensión del liberalismo²⁶. Mientras igualitarismo e inigualitarismo son totalmente contrarios, igualitarismo y liberalismo no lo son. En tanto el inigualitarismo niega las máximas aspiraciones del igualitarismo, el liberalismo admite la igualdad de todos, pero no en todo. Es decir, no es en extremo una concepción inigualitaria, dado que para el pensamiento liberal clásico el Estado ideal es aquel en el que todos los ciudadanos gocen, no de igualdad en todo, sino de igual libertad. Es decir, que sean igualmente libres, o iguales en el derecho a la libertad.

Libertad e igualdad, como valores fundamentales de la convivencia civil, no deben ser considerados como antagónicos, porque no son planteamientos alternativos, sino complementarios²⁷. Como afirma Sen en relación con la igualdad y la libertad: “(...) hay que evitar la adopción de una visión estrecha y unifocal que ignore las otras preocupaciones que plantean estos grandes valores, que deben ser parte de una teoría de la justicia abierta a las grandes consideraciones que invoca cada una de estas ideas”²⁸.

Libertad e igualdad en una tensión relativa junto a otros valores, como la solidaridad a fin de asegurar la plena vigencia del principio de dignidad humana. Es una relación inescindible no sólo para la necesaria distribución igualitaria de la libertad, sino por su teleología, en relación con la dignidad humana. En este sentido tiene razón López Sterup, cuando afirma que, “Al reorientar la igualdad hacia esa idea supra regulativa -dignidad humana-, se reconoce el espacio que le corresponde en la sociedad, pues no se entenderá más como un problema de suma cero: o somos libres o somos iguales”²⁹.

²⁴ RIBOTTA, S., *Op. Cit.*, p. 425

²⁵ PECES-BARBAMARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 283.

²⁶ Ver al respecto: HOLMES, STEPHEN, *Anatomía del antiliberalismo*, Alianza, Madrid, 1999.

²⁷ RIBOTTA, S., *Op. Cit.*, p. 424.

²⁸ SEN, AMARTYA. *Op. Cit.* p. 347.

²⁹ LÓPEZ STERUP, H., *Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia*, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Disponible en:

Desde las distintas formas de igualitarismo, éste conserva su carácter revolucionario y transformador de las sociedades humanas, que tendencialmente han sido desiguales. La inclusión de la igualdad en las teorías de la justicia e incluso en la aceptación tácita o explícita de alguna forma de igualdad incluso entre quienes se declaran como sus críticos, son una expresión importante de su fuerza e importancia que no debe quedar en una dimensión retórica, sino, por el contrario, desde una fundamentación fuerte, debe tener una dimensión práctica (real) muy importante, para lo que resulta útil el estudio de sus dimensiones.

2. DIMENSIONES DE LA IGUALDAD

Es posible identificar dos dimensiones de la igualdad que operan de manera distinta, pero complementaria, a saber: igualdad formal (o jurídica) e Igualdad material. En efecto, como lo plantea Peces-Barba, la idea de igualdad puede referirse, de una parte, al Derecho, que es la igualdad en el ámbito del sistema jurídico, llamada igualdad formal; y de otra parte, “la igualdad en la vida social, en la realidad de las relaciones entre los hombres, que se ha venido llamando igualdad real o igualdad material”³⁰

La primera dimensión, la igualdad formal, comprende tanto la igualdad “de derecho” como la “igualdad en derechos”. La “igualdad de derecho” se concreta en el principio clásico de igualdad ante la ley. Siendo ésta la que establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre, títulos nobiliarios o de cualquier otro tipo. Es decir, supone la exclusión de toda discriminación no justificada. Esta “igualdad de derecho”, como punto de partida, establece la igualdad formal de todos los destinatarios de la norma jurídica. Es un principio esencial de la democracia que se diferencia de otros conceptos como igualdad de oportunidades e igualdad social.

Principalmente, a partir de la modernidad, las luchas por acabar con las desigualdades dieron lugar al principio de igualdad ante la ley, resultando ser este principio de igualdad ante la ley, en criterio de Bobbio, sólo una forma específica e histórica determinada de igualdad de derecho. De las diversas concreciones históricas del ideal de igualdad de todos los seres humanos, la única universalmente recogida es la que afirma que todos somos iguales frente a la ley o, con otra formulación, que la ley es igual para todos.

La “igualdad de Derecho” supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho³¹. La igualdad formal exige que todos aquellos que sean destinatarios de las normas sean tratados igualmente por las mismas. Es decir, establece qué es lo que se puede diferenciar y qué no. Estipula que quienes estén dentro del espectro de regulación, quienes estén bajo ciertas hipótesis normativas, no pueden ser tratados de manera distinta³². Pese su carácter polisémico y genérico, el principio de igualdad frente a la ley, en general, suele interpretarse como

<http://190.41.250.173/rij/bases/nodiscriminacion/LOPEZ.PDF>. Consultado el miércoles 12 de septiembre de 2012.

³⁰ PECES-BARBAMARTÍNEZ, G., *Op. Cit.* p. 284.

³¹ PÉREZ LUÑO, A.E. “Igualdad”, en: *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Juan José Tamayo, Director. Ed. Verbo Divino, Estella (Navarra), 2005, pp. 121 y ss.

³² LÓPEZ STERUP, H., *Op. Cit.*

la proscripción de la “exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea de parte del juez, ya sea del legislador, siempre que por “discriminación arbitraria” se entienda (...) una discriminación no justificada – y en este sentido injusta³³.

Este principio es recogido (incluido) por diferentes instrumentos jurídicos, tanto del derecho internacional (Declaraciones y tratados), como del Derecho interno de los Estados (Constituciones y la ley). En el plano internacional, en especial en cuanto a las Declaraciones, se puede resaltar, en primer lugar, el Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 cuando establece a este respecto, que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; y en segundo lugar, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, cuando se su Artículo II, establece que “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

También en el plano internacional encontramos los tratados internacionales. Se trata de numerosos instrumentos jurídicos multilaterales relacionados con igualdad y no discriminación, entre ellos cabe destacar: La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)³⁴, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)³⁵, el Protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999)³⁶, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)³⁷, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2008)³⁸, el Convenio sobre igualdad de remuneración (1951)³⁹, el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1960)⁴⁰, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)⁴¹, las Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2008)⁴², la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales (1978)⁴³, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960)⁴⁴, el Protocolo para instituir una Comisión de conciliación y buenos oficios facultada para resolver las controversias a que pueda dar lugar la convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1962)⁴⁵, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones

³³ BOBBIO. N., *Op. Cit.* pp. 73 -74.

³⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

³⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

³⁶ Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

³⁷ Adoptada por la Asamblea General en su resolución A/RES/61/106, de 13 de diciembre de 2006. Entrada en vigor: 3 de mayo de 2008.

³⁸ Adoptado por la Asamblea General en su resolución A/RES/61/106, de 13 de diciembre de 2006, como Anexo II a la misma. Entrada en vigor: 3 de mayo de 2008.

³⁹ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 29jun51

⁴⁰ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 25jun58

⁴¹ Asamblea General, Resolución 2106 A (XX), 21dic65

⁴² HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27may08

⁴³ Conference General de UNESCO, 27nov78

⁴⁴ Conference General de UNESCO, 14dic60

⁴⁵ Conference General de UNESCO, 10dic62

(1981)⁴⁶, la Conferencia mundial contra el racismo -Declaración y programa de acción- (2001)⁴⁷. Son estos algunos de los más importantes instrumentos jurídicos -tratados internacionales- en materia de igualdad y no discriminación desde el derecho internacional.

De otra parte, y en lo que a incorporación del derecho a la igualdad en los ordenamientos jurídicos de los Estados se refiere, una buena prueba de su presencia y vigencia lo constituye el hecho de que esté presente en las Constituciones de todos los Estados democráticos de Derecho. Por ejemplo: Constitución de El Salvador (artículo 3), Argentina (artículo 16), Nicaragua (Artículo 27), España, (Artículo 14), Chile (artículo 2), México (artículo 1), Ecuador (Artículo 11); y por supuesto, en la Constitución de Colombia, el artículo 13 establece el derecho a la igualdad cuando dice literalmente que: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

La igualdad jurídica se manifiesta en cuatro planos: como exigencia de generalidad, como exigencia de equiparación, como exigencia de diferenciación y como regularidad en el procedimiento. Como exigencia de generalidad, reclama trato igual en situaciones que se consideran iguales; como exigencia de equiparación, supone el trato igual de lo que no lo es en el plano fáctico, pero se estima que jurídicamente se debe serlo (hombre – mujer); como exigencia de diferenciación implícita, en ocasiones, el trato diferenciado de acuerdo con presupuestos normativos que excluyen la arbitrariedad o la discriminación; y como exigencia de regularidad de procedimiento garantiza la regularidad en la forma de aplicación de las normas jurídicas⁴⁸.

De Asís⁴⁹ considera que la igualdad como diferenciación, debe tener como criterio básico de relevancia la satisfacción de bienes y necesidades fundamentales y la atribución de idéntica relevancia de los sujetos en la discusión moral y jurídica. Es decir, en la posibilidad de participar en idéntica medida en la determinación de dichos bienes y necesidades.

Como ya se señaló, la igualdad formal comprende tanto la igualdad “de derecho” como la “igualdad en derechos”. Ésta última (igualdad en derechos) implica el derecho a ser considerados iguales frente a la ley y todos los derechos fundamentales enumerados en todas las constituciones modernas. La igualdad jurídica o “igualdad de Derecho”, reseñada en el punto anterior, como ese particular atributo que hace de todo miembro de un grupo social un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica, es un ámbito más restringido que la “igualdad en

⁴⁶ Asamblea General, Resolución 36/55, 25nov81

⁴⁷ Conferencia Mundial, Durban, Sudáfrica, 08sep01

⁴⁸ PÉREZ LUÑO, A.E. *Op. Cit.* p. 124 y ss.

⁴⁹ ASIS ROIG, R. D., “La igualdad en el discurso de los derechos”, en: LÓPEZ GARCIA, JOSÉ ANTONIO y DEL REAL, ALBERTO (ed.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 149 y ss.

derechos”, que tiene un ámbito más vasto, pues comprende también la igualdad jurídica.

La “igualdad en derechos” supone el poder gozar igualmente de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente. Ejemplos que muestran la existencia normativa de la igualdad en los derechos son: en primer lugar, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, cuando establece que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en los derechos”; en segundo lugar, la Declaración Universal de Derechos de 1948, cuando establece que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Ahora un ejemplo a nivel de derecho interno que muestra la distinción entre igualdad ante la ley e igualdad en los derechos: se trata del Artículo 21 de la Constitución de Yugoslavia, en la que se establece que “los hombres son iguales ante la ley y de los derechos”, aunque la mayoría de las Constituciones, como la colombiana, asumen directamente la “igualdad en derechos” como sinónimo de igualdad jurídica.

Finalmente, a este respecto, cabe anotar que la “igualdad en derechos” es una característica propia de “todos” los derechos, no sólo de los derechos económicos sociales y culturales (DESC). Al respecto afirma De Asís⁵⁰, que la idea de igualdad está presente en el discurso de los derechos, de todos los derechos. Solo es posible abandonarla defendiendo por ejemplo, una visión parcial de la idea de individuo como sujeto moral, es decir, atribuyendo esta idea y sus notas solamente a algunos derechos. El hecho de que la igualdad esté presente en el discurso de los derechos (todos) y no sólo en los derechos económicos sociales y culturales (DESC), refuerza la idea de su transversalidad y centralidad en el discurso de los derechos, pues la pone en relación con los llamados derechos de libertad (primera generación) y derechos de solidaridad (tercera generación).

De otra parte, la segunda dimensión de la igualdad, la igualdad material (igualdad de hecho, real o económica), es un ideal o exigencia que se distingue de los principios de igualdad formal, frente a la ley o igualdad jurídica. Si bien la igualdad formal (“igualdad de Derecho” e “igualdad en derechos”) es un punto de partida, la igualdad material es una búsqueda, un punto de llegada para poder conseguir distintos tipos de igualdad según el origen o situación social de cada persona: igualdad de género, igualdad de raza, etnia o nacionalidad, igualdad de edad, igualdad de clase social, económica o de ingresos, igualdad religiosa, igualdad de personas con discapacidad.

Esta expresión de la igualdad se justifica como búsqueda en tanto la realidad personal (o grupal), en muchas ocasiones, falsea la igualdad formal (el ideal), resultando necesario disponer de correctivos, de ciertos tratamientos especiales, que permitan hacer realidad material dicha igualdad. Es decir, la igualdad material está destinada a enfrentar problemas reales vinculados a la satisfacción, por ejemplo de necesidades básicas de los destinatarios de las normas jurídicas.

No está claro cuáles son las formas o modos específicos de concreción o realización de esta igualdad material y sobre todo surgen varias posibilidades respecto de cuál es el principio más igualitario. Se pueden reconocer varias opciones: el principio a cada uno según sus necesidades”, se considera por muchos como el principio más igualitario, porque se cree que los hombres son más iguales entre sí o (menos diversos) respecto de las necesidades, que, por ejemplo, respecto de las

⁵⁰ *Id.*, p. 154.

capacidades. La igualdad de oportunidades es una posición por la cual se consigue que la sociedad esté organizada de una forma justa. De este modo, todas las personas, independientemente de sus características, disfrutan de los mismos derechos humanos, es decir, derechos tanto políticos como civiles. En Bobbio: La igualdad de oportunidades, de “chances” o de puntos de partida es otro principio considerado como fundamento de los Estados Liberales y Democráticos. Este tipo de igualdad apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en posiciones iguales para la conquista de bienes escasos. Esta idea es recogida por el concepto de igualdad social, que defiende la idea de que todos los seres humanos debemos tener las mismas oportunidades y derechos en la vida.

Pese al ejercicio analítico que se acaba de presentar, conviene resaltar que las dimensiones: formal y material de la igualdad, no son dos compartimentos estancos, dado que, como afirma Pérez-Luño, la dimensión jurídica –formal- no puede desconocer las condiciones materiales que inciden en la realización efectiva de la igualdad y la dimensión material no puede lograr sus objetivos sin contar con los causes formales que garantizan el Estado de Derecho⁵¹. Debe advertirse si, que no puede confundirse la reivindicación del derecho a la igualdad material con el igualitarismo extremo, en el que la comunidad se impone al individuo y este pierde su autonomía como sujeto moral.

El análisis de las dimensiones material y formal de la igualdad es, sin lugar a dudas, una herramienta necesaria para su comprensión en el marco de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, así como para la realización efectiva de la misma, ya que para ello se requiere el concurso de las dos dimensiones, esto comprueba que no estamos frente a una diferenciación superflua e irreconciliable, sino frente a un todo, que como un sistema, opera articuladamente para el cumplimiento de una función asociada al ejercicio de los derechos y el respeto de la dignidad humana. Aspecto que es complementado con la diferenciación entre “igualdad de Derecho” e “igualdad en derechos”, como otra de las piezas de amarre conceptual entre la igualdad formal, la discriminación positiva y la igualdad material; y por esta vía, hacer posible el respeto de la dignidad humana, a través del reconocimiento y ejercicio de los derechos, en especial del derecho a la igualdad.

3. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA.

Como se ha señalado en el punto anterior, desde la igualdad formal -igualdad ante la ley- se establece que toda persona ha de ser tratada igual por la legislación. El supuesto básico desde aquí, es que el Estado debe tratar de forma igualatoria a sus ciudadanos bajo situaciones idénticas. ¿Pero no significa esto que tenga que actuar de la misma forma cuando las circunstancias de los individuos sean diferentes? La igualdad supone la no discriminación, pero no se agota en ella. De ahí que sea posible, y esté justificado, conseguir la igualdad real o material legislando de manera desigual a favor de un grupo vulnerable, sin que esto sea considerado como un trato discriminatorio.

Por ello, y con el propósito de situar individuos en condición de desigualdad, en las mismas condiciones de partida, para remontar desigualdades históricamente dadas, para promover la igualdad real, se hace necesario introducir imperativamente

⁵¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Op. Cit.*, pp. 121 y ss.

la única “discriminación” aceptable, que se concreta en el Derecho a través de las llamadas acciones afirmativas, o discriminación positiva. Las políticas de discriminación positiva tienen como objetivo de eliminar el daño injustamente inferido a un determinado grupo social, compensar injusticias de exclusión y negación del reconocimiento y lograr, mediante tales compensaciones, una igualdad de oportunidades real y no meramente formal.

Entendidas las acciones afirmativas o discriminación positiva como acciones normativas que se establecen con la finalidad de eliminar los obstáculos que se oponen a la igualdad material para las personas pertenecientes a colectivos desfavorecidos, proporcionando un tratamiento diferenciado que, favoreciendo a quienes parten de una situación de desventaja, aseguren una auténtica igualdad fáctica a todas las personas⁵² mediante la puesta en marcha de medidas legislativas que, aunque formalmente desiguales, intentan eliminar o reducir desigualdades fácticas. Desde esta intencionalidad son muchos los esfuerzos deliberados por corregir los tratos discriminatorios, por ejemplo, contra minorías raciales, grupos étnicos y mujeres, que en muchos Estados se traduce en legislaciones destinadas a igualar, entre otras, las oportunidades de trabajar, votar e instruirse.

Más allá de la igualdad de oportunidades -aparentemente neutral-, con las acciones afirmativas, que son una concesión de oportunidades especiales en favor de los colectivos en desventaja, se hace un eficaz intento para superar una situación de desigualdad fáctica que la mera igualdad formal en algunas ocasiones no puede remediar. Resulta innegable que la presencia de amplios grupos discriminados atenta contra valores políticos básicos con los que se identifica el orden constitucional de la mayoría de los Estados contemporáneos, y en esa medida, la supresión de tales situaciones representa un auténtico e insoslayable reto para cualquier sociedad democrática que aspire a construir sociedades más justas y equitativas⁵³.

Los primeros programas de este tipo surgieron a mediados del siglo XX en los Estados Unidos con el nombre de acción positiva (*affirmative action*), lo que en otros países se conoce como discriminación positiva, acciones afirmativas o discriminación a la inversa. En la actualidad se aplican, preferentemente, en el ámbito laboral, el sistema educativo y la política de vivienda. Por ejemplo, en diferentes universidades en todo el mundo se reserva un número mínimo de plazas para determinadas minorías, también son frecuentes las medidas legislativas –como la conocida ley de cuotas de Colombia- para facilitar el acceso de las mujeres a determinados puestos de la administración pública. En el caso colombiano, el asiento constitucional de este tipo de acciones se encuentra en la parte final del ya citado Artículo 13 de la Carta Política de 1991, en el que establece que: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. Así mismo establece que: “los poderes públicos deben legislar de tal forma que las desigualdades entre los ciudadanos desaparezcan, para lo que se podrán adoptar medidas desiguales con el resto para mejorar la situación de estos grupos concretos en riesgo”

⁵² Ramos, A.S., *Educación y orientación para la igualdad en razón del género*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 52. Disponible en: www.fusda.org/Revista12-Glosario.pdf, consultado el lunes 10 de septiembre de 2012.

⁵³ VELASCO ARROYO, J.C., “Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia”, *Revista de Filosofía*, n° 41, 2007, p. 142

Pese a su innegable y creciente realidad y actualidad, los programas y acciones de discriminación positiva son objeto de innumerables y crecientes críticas. Velasco Arroyo⁵⁴, señala cuatro: Desde la primera, se afirma que la discriminación positiva o acciones afirmativas constituyen una forma de paternalismo estatal avalado por la fuerza de la ley que entra en contradicción con el mandato anti perfeccionista liberal, debido a que determinados ciudadanos serían tratados como si fueran menores de edad; la segunda crítica señala que estas medidas son contrarias al ideal del mérito personal como máximo criterio de justicia social, en tanto se favorece o desfavorece a grupos de personas basándose en cuestiones que son ajenas a sus méritos y habilidades; tercera, señala que el respeto por la igual libertad implica que todos los individuos en la sociedad deben pasar por las mismas pruebas y esto se rompe con las acciones afirmativas; y finalmente, desde la quinta crítica se atacan los argumentos utilitaristas a favor de las acciones afirmativas o discriminación positiva, dado que se insiste en señalar que afectan derechos de algunos individuos que pertenecen a la mayoría social, incluso aunque ellos mismos sean miembros marginales de la misma.

Adicionalmente, se afirma que los mecanismos de discriminación positiva pueden generar una perpetuación de las diferencias si se usa un lenguaje público que afirma e incluso subraya las diferencias en la medida que se produce abandono de los presupuestos universalistas y un acento de las tendencias particularistas, asunto que resultaría contrario a la educación en la diversidad y el diálogo intercultural como parte de los objetivos de la discriminación positiva⁵⁵.

Pese a las críticas expuestas, y al hecho de que la discriminación positiva legaliza un trato preferencial que rompe con el principio general de igualdad, existen fuertes argumentos en su favor; bien relacionados con la idea –cierta en muchos casos- de compensar daños recibidos en el pasado –graves violaciones del principio de igualdad-; bien porque sus consecuencias contribuirán a equiparar oportunidades y a socavar los estereotipos que están en la base de la no igualdad y la discriminación. Además, generalmente las críticas no son acompañadas por cifras rigurosas, se trata más bien de anécdotas, argumentos vagos, medias verdades y/o reiteraciones de estereotipos, que no logran empañar una aplastante realidad: donde se han puesto en marcha las acciones afirmativas se han obtenido resultados muy satisfactorios en relación a la equiparación progresiva de grupos históricamente marginados.

Pero en todo caso, legislar de manera desigual a favor del grupo discriminado debe tener un fundamento razonable, objetivo y proporcionado. Lo que nos lleva a la necesaria pregunta de cuándo está justificado crear diferencias normativas y cuando no; es decir, cuando es razonable establecer diferencias negativas y positivas. Surgen muchas preguntas al respecto, entre otras: ¿Basta con dar razones para que una discriminación pueda considerarse justificada?, ¿Qué razones están justificadas y cuáles no?, ¿En función de qué criterios se distinguen las razones válidas de las inválidas?

Frente a estos interrogantes se debe tener en cuenta por lo menos tres aspectos centrales: primero, recordar que entre los seres humanos existen diferencias relevantes y diferencias irrelevantes respecto a su inserción en esta o aquella categoría; Segundo, que debe existir la forma de poder comparar el grupo a favor del que se legisla de

⁵⁴ *Id.*, p. 143 y ss. ,

⁵⁵ *Id.*, pp. 149 a 156.

manera desigual, y que, al hacerlo, se pueda demostrar que existe tal desigualdad; cuarto, que existen diferencias objetivas y no objetivas. Sobre este último aspecto Bobbio⁵⁶ pone un ejemplo cuando afirma que entre blancos y negros, entre hombres y mujeres, hay diferencias objetivas, lo cual no quiere decir que sean también relevantes como criterio único para legislar de manera desigual.

De otra parte, todo análisis de las críticas u observaciones respecto de las acciones afirmativas y nos acerca conceptual y fácticamente con los discursos culturalistas y, para mayor precisión, con las críticas que desde el relativismo cultural se formulan en contra de la Universalidad como rasgo o nota central de los derechos humanos, dado que difícilmente puede reclamarse el reconocimiento de las diferencias culturales con un discurso no universalista. La dificultad parece insuperable, pues, una política de las diferencias no puede practicarse en absoluto sin un trasfondo de principios morales y jurídicos de tipo universalista⁵⁷.

Resulta por ello sumamente paradójico que, entre los defensores conservadores y comunitaristas del multiculturalismo, constituya un lugar común la crítica del proyecto ilustrado de la modernidad, concretado por primera vez en las revoluciones del siglo XVIII⁵⁸, por considerar que la defensa de unos derechos universales, abstractos e impersonales destrazan el entramado sobre el que se sostienen internamente las sociedades, cuando el discurso ilustrado buscaba “precisamente poner fin a las desigualdades injustificadas, como las que tienen su origen en el género, la raza o la clase social, y de este modo trataba de fortalecer la trama de la sociedad y aumentar su cohesión”⁵⁹.

Nótese con lo expuesto que las acciones afirmativas conceptual y empíricamente no están por fuera de la idea y práctica de la igualdad, no son ajenas a la igualdad formal y material. Por el contrario, son un importante instrumento para la realización del derecho a la igualdad, que se vincula con los más nobles propósitos de la justicia social. Sin embargo, deben plantearse como un recurso “pro tempore”, que además requiere cuidados extremos, pues su fundamento debe ser razonable, objetivo y proporcionado.

BIBLIOGRAFÍA

ASIS ROIG, RAFAEL DE, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en: LÓPEZ GARCIA, JOSÉ ANTONIO y DEL REAL, ALBERTO (ed.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.

BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.

CELA LÓPEZ, SUSANA, *Promoción de la Igualdad, El Reto de la Sociedad en el Siglo XXI*, Ideaspropias Editorial. Vigo, 2007.

CORTINA, ADELA, *Ética mínima: Introducción a la filosofía práctica*. Madrid: Tecnos, 1986.

⁵⁶ BOBBIO, N. *Op. Cit.*, p. 74.

⁵⁷ VELASCO ARROYO, J.C., *Op. Cit.*, pp. 153 y ss.

⁵⁸ Ver al respecto: GUTIÉRREZ SUAREZ, F.J., *Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas*, Tesis doctoral dirigida por Rafael de Asís Roig, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011, pp. 277 y ss.

⁵⁹ VELASCO ARROYO, J.C., *Op. Cit.*, p. 153

- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- GUTIÉRREZ SUÁREZ, F.J., *Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas*, Tesis doctoral dirigida por Rafael de Asís Roig, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011.
- HOBBS, THOMAS, *Leviatán*. 1651.
- HOLMES, STEPHEN, *Anatomía del antiliberalismo*, Alianza, Madrid, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Espasa, Madrid, 2007
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE. “Igualdad”, en: *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Juan José Tamayo, Director. Ed. Verbo Divino, Estella (Navarra), 2005.
- RAMOS, ARACELI SEBASTIÁN, *Educación y orientar para la igualdad en razón del género*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
- RIBOTTA, SILVINA, “sobre la propuesta de igualdad en Norberto Bobbio”, en: Francisco Javier Ansuátegui Roig y Alberto Iglesias Garzón (Ed.), Norberto Bobbio. *Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Dykuinson, Madrid, 2011.
- LÓPEZ, STERUP HENRIK, *Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia*, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.
- SEN, AMARTYA. *La idea de la justicia*. Taurus, Sexta reimpresión, Bogotá, 2012
- VELASCO ARROYO, JUAN CARLOS. “Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia”, *Revista de Filosofía*, nº 41, 2007.

SOBRE LA DISTINCIÓN “DICHO/IMPLICADO” EN EL DISCURSO JUDICIAL

GRACIELA FERNÁNDEZ RUIZ*

EL COLEGIO DE MÉXICO

SUMARIO: Introducción. 1. Historia de un caso. 2. la distinción entre lo dicho y lo implicado. 3. la implicatura conversacional 4. La implicatura conversacional y el caso bronston versus united states. 5. relevancia de la distinción dicho/implicado para el estudio del delito de falsedad en declaraciones judiciales. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo hablaré sobre la utilidad que tiene para el análisis del discurso judicial, y en especial para el estudio del delito de falsedad en declaraciones judiciales, una distinción ampliamente utilizada en el terreno de la filosofía del lenguaje y de la lingüística en general, a saber: la que se da entre “lo dicho” y “lo implicado”. El que aquí se estudia es uno de esos objetos cuyo análisis se ve especialmente favorecido por la colaboración entre diversas disciplinas, como la que se da, en este caso, entre derecho, filosofía y lingüística. Es justo aclarar que no es sólo el derecho quien se beneficia al hacer uso de una herramienta de la lingüística, sino que también la lingüística y la filosofía del lenguaje, al reflexionar sobre el discurso jurídico –en este caso, específicamente el que se refiere a declaraciones ante autoridad judicial- pueden contemplar, de manera quizás más clara que en otros tipos de discurso, algunos de los más esenciales mecanismos que se ponen en marcha al usar el lenguaje. En otras palabras, la distinción “lo dicho/lo implicado” sirve para apoyar con criterios lingüísticos el análisis del delito de falsedad en declaraciones judiciales y otros delitos que se le asemejan, pero, a su vez, dicho análisis ayuda a probar la validez de la mencionada distinción y el marco teórico que la sostiene, el cual ha llegado a ponerse en duda en algunas corrientes actuales de la lingüística. Así pues, este tema interesa no sólo al abogado, sino también al lingüista, aunque el presente artículo no abundará en las repercusiones que el asunto tiene sobre la teoría lingüística, sino en algunas de sus implicaciones para el estudio del discurso judicial.

1. HISTORIA DE UN CASO

Aunque no pertenece a nuestro sistema legal, me permitiré hacer alusión al siguiente caso, por ser claramente ilustrativo del punto nodal que aquí queremos tratar, además de ser uno de los ejemplos más citados en los estudios sobre delitos relacionados con la falsedad en declaraciones judiciales, y referencia obligada en la jurisprudencia estadounidense cuando de acusaciones de perjurio se trata, como lo muestra el famoso caso del proceso de 1998 contra el expresidente de los Estados Unidos de América, William Clinton, en el cual, para

* Doctorado en Lingüística, Colegio de México, Licenciatura en Filosofía, Universidad Panamericana

defenderlo de las acusaciones de perjurio que se le dirigían, los abogados de Clinton citaron la decisión que la Suprema Corte tuviera en el caso que a continuación se refiere.

En 1964, la empresa cinematográfica “Producciones Samuel Bronston”, propiedad del neoyorkino Samuel Bronston, se declaró en bancarrota. Dentro de los procedimientos que siguieron a este hecho, hubo una serie de interrogatorios bajo juramento y en uno de ellos, al ser examinado Bronston por los abogados de sus acreedores, se dio el siguiente intercambio, que aquí traduzco del inglés:

(1) A: ¿Tiene usted alguna cuenta bancaria en Suiza?

B: No, señor.

A: ¿Alguna vez la ha tenido?

B: La compañía tuvo una cuenta ahí durante cerca de seis meses, en Zurich. (*Apud* Horn: 2009, 25; también *apud* Green: 2001, 176)

No sería raro que un hablante promedio del español (o, en el caso correspondiente, un hablante del inglés) entendiera, al presenciar el referido intercambio, que el señor Bronston, de manera personal, nunca había tenido una cuenta bancaria en Suiza, sino sólo su compañía. Sin embargo, resulta que, además de la cuenta bancaria de la compañía, a la que hace referencia el interrogado, Bronston mismo también había sido dueño en el pasado de una enorme cuenta personal en un banco suizo... así es que, aunque la primera respuesta de Bronston había sido verdadera (puesto que, al momento de ser interrogado, ya había cerrado su cuenta bancaria en Suiza), la segunda respuesta requiere un análisis más minucioso: en ella, lo que Bronston contesta es LITERALMENTE verdadero (pues la compañía, efectivamente, había tenido una cuenta bancaria en Zurich), pero, dado el contexto en el que se sitúa su respuesta, lo que IMPLICA es falso pues parecería querer decir que el interrogado nunca había tenido una cuenta bancaria en Suiza, lo cual, como ya se dijo, no era verdad.

En vista de lo anterior, surge la duda de si la segunda respuesta del interrogado fue verdadera o falsa. Que no es una cuestión tan fácil de decidir se colige por la historia misma del caso, pues el interrogado, en un primer momento, fue declarado culpable de perjurio (aunque no sin varias horas previas de deliberación por parte del jurado); dicha decisión fue apelada por los abogados de Bronston con el argumento de que la pregunta central dirigida a su cliente no había sido clara y que, en todo caso, no debía acusarse de perjurio a alguien que, como Bronston, había dado como respuesta una afirmación verdadera y precisa; no obstante esta apelación, la sentencia fue ratificada. Sin darse por vencidos, los abogados de Bronston solicitaron que el caso fuese revisado por la Suprema Corte, solicitud que les fue concedida, dando así lugar a que, tiempo después, al conocer del caso, la Suprema Corte le diera la razón a Bronston, aduciendo que, si bien era cierto que la respuesta de Bronston, en una conversación cotidiana, daría a entender que el interrogado nunca había tenido una cuenta bancaria personal en Suiza, el escenario en que se planteó la pregunta y se dio la respuesta no era el de una conversación cotidiana, sino el de un proceso judicial, en el que se supone que el fiscal que interroga no es un hablante “ordinario”, sino un experto en derecho con entrenamiento específico para estos procedimientos. Como explica Green (2001), el razonamiento que llevó a la Suprema Corte a revocar el veredicto anterior fue que, a pesar de que el testimonio de un

interrogado se preste a falsas interpretaciones (siendo ‘desorientador’ o ‘engañoso’ o lo que en inglés califican como *misleading*), es responsabilidad del fiscal que lo está interrogando seguir investigando hasta que se pueda descubrir la verdad; si el fiscal no lo hace así, no puede considerarse al testigo culpable de perjurio.

Pero además de lo anterior, lo que resulta aun más importante para el tema que aquí nos ocupa, es que, según se concluyó en este caso, no debe acusarse de perjurio a una persona por lo que pueda inferirse de sus palabras, sino sólo por lo que sus palabras dicen literalmente; lo resume así Green (2001):

Al revocar la sentencia de Bronston, la Corte sostuvo que la regla de perjurio no debe aplicarse a (1) afirmaciones que son literalmente verdaderas; (2) afirmaciones que son falsas sólo por “implicación negativa” (i.e., literalmente verdaderas, pero evasivas); y (3) respuestas literalmente verdaderas pero confusas (*misleading*) o incompletas. (Green, 2001: p. 177) ¹

Este criterio es el que prevalece actualmente en los Estados Unidos y es común referirse a él como “la Regla de la Verdad Literal”.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE LO DICHO Y LO IMPLICADO.

El caso de Samuel Bronston y las discrepancias que suscitó, anteriormente descritas, nos introducen directamente en el tema de este estudio, a saber: por un lado, la distinción entre lo dicho y lo implicado dentro de la significación total de un enunciado y, por otro lado, la relevancia que esta distinción pueda tener en el análisis del delito de falsedad en declaraciones judiciales.

La distinción dicho/implicado tiene muchos siglos de existencia y ha sido motivo de reflexión, a veces de modo tangencial y otras veces directamente, para diversos pensadores. Como consecuencia de esto, existen diversas distinciones o dicotomías que comparten rasgos con la que aquí venimos comentando entre lo dicho y lo implicado. Conviene, por lo tanto, aclarar cuál es exactamente la dicotomía a la que se hace referencia en cada ocasión. El presente trabajo toma como base la distinción planteada por Paul Grice, uno de los más notables filósofos del lenguaje del siglo XX.

Grice propone diferenciar, dentro de la significación total de un enunciado, entre lo que se ha “dicho” y lo que se ha “implicado”. Para ilustrar esta distinción podemos apoyarnos en un ejemplo del mismo Grice (1967/1978): supongamos que le pregunto a una persona acerca de cómo le está yendo a un amigo mutuo en su nuevo puesto como empleado de un banco, y ella me contesta:

(2) Le está yendo muy bien; no ha ido a prisión.

Estrictamente hablando, lo que me habrá “dicho” (en un sentido riguroso de “decir”) es que a nuestro amigo le está yendo muy bien y que él no ha ido a prisión; pero además de eso, su enunciado lleva —cuando menos— un mensaje adicional que ya no se “dice” sino sólo se “implica”, y que entre muchas posibles

¹ Presento aquí el párrafo original en inglés: “In overturning Bronston’s conviction, the Court held that the perjury statute is not meant to apply to (1) statements that are literally true; (2) statements that are untrue only by “negative implication” (i.e., literally true, but evasive, answers); and (3) literally true but misleading or incomplete answers.” (Green, 2001: 177)

formulaciones tiene la siguientes: ‘podrían existir razones para que él vaya a prisión’ o ‘cabría esperar que él fuera a prisión’, etc.

Es evidente que la “implicación” de (2) a la que nos hemos referido no debe confundirse con una implicación lógica; se trata, más bien, de una insinuación o sugerencia para la cual Grice decide crear un nuevo término, *implicature*, usualmente traducido al español como *implicatura*.

También resulta claro que, como ya se había mencionado anteriormente, la distinción griceana entre “lo dicho/lo implicado” no emplea el uso común y corriente de *decir* y de *lo dicho*, sino que profundiza en dichas nociones de una manera que quizás ya sólo sea propia del especialista. Grice mismo es consciente de que su uso de las expresiones *decir* y *lo dicho* no es el más coloquial; sostiene que él está empleando estas expresiones “en un sentido favorecido y, quizás, en cierto grado, artificial”. ¿Cuál es ese sentido? No vamos a encontrar en los escritos de Grice una definición directa de ‘decir’ y de ‘lo dicho’. Sin embargo, sí nos brinda este autor algunas indicaciones necesarias para identificar lo que se ha “dicho”, y así, a lo largo de sus escritos, pueden encontrarse tres de las características definitorias de lo dicho para Grice:

(1^a) “Lo dicho” está intrínsecamente relacionado con el significado convencional (sistémico) de las palabras que se han utilizado [Grice: 1967 (1978)].

(2^a) “Lo dicho” forma parte del contenido veritativo del enunciado² [Grice: 1967 (1978)].

(3^a) “Lo dicho” forma parte de lo que el hablante quiso decir [Grice: 1967 (1989)].

Con la primera de estas características, no se refiere Grice a un significado convencional en el sentido de ‘convenido’ o ‘pactado’ en un momento determinado (como sí podría darse, por ejemplo, en la creación de un lenguaje artificial, diciendo “Aquí se va a entender X como ‘lo que tiene la característica Y’”) sino que al hablar de “significado convencional” se refiere al significado que en el sistema de una lengua natural (por ejemplo, del inglés, en el caso de Grice, o del español, en nuestro caso) tienen tales o cuales signos y que, por lo mismo, es decir, por ser parte del sistema, es el comúnmente usado por los hablantes de esa lengua.

La segunda característica de “lo dicho” presupone el hecho de que el signo lingüístico, por su propia naturaleza, tiene diversas funciones³, entre las que

² Recordemos que la Lógica entiende por ‘contenido veritativo’ o ‘significado veritativo’ de un enunciado como aquel contenido referencial, descriptivo, según el cual el enunciado va a ser susceptible de ser calificado como verdadero o falso, según se adecue o no al modo de ser del objeto o situación referida; por ejemplo, si yo digo “La Luna es de queso” este enunciado será verdadero si en la realidad la entidad a la que llamamos “Luna” tiene la propiedad de estar hecha de queso y será falso si en la realidad no presenta tal propiedad. Este último modo de entender la verdad y la falsedad va de acuerdo a la teoría de la verdad como correspondencia, en la que el criterio para distinguir entre un enunciado (o pensamiento) verdadero y uno falso es su correspondencia o no correspondencia con la realidad.

³ Grice no habla directamente de esta diversidad de funciones del signo lingüístico en las obras aquí referidas, pero dicha distinción es, como se sabe, ampliamente aceptada entre lingüistas, quienes han llegado a proponer otras funciones además de las aquí mencionadas. El lector interesado en

destacan: la representativa, la expresiva y la apelativa; esto es: cada vez que usamos los signos lingüísticos, no sólo decimos algo acerca del mundo o de lo que nos rodea (función representativa), sino que también dejamos ver algo acerca de nosotros mismos (función expresiva) y nos dirigimos a otros hablantes (función apelativa). Sin negar la importancia que cada una de estas funciones (y otras más) tienen en el lenguaje, es posible estudiarlas por separado. Así, por ejemplo, al hablar de ‘contenido veritativo’ de un enunciado estamos dejando de lado las otras funciones para centrarnos sólo en su función representativa, esto es, en lo que el enunciado nos dice del mundo y, más específicamente aun, en sus condiciones veritativas, es decir, aquéllas situaciones que tendrían que presentarse en la realidad para que el enunciado pudiese ser verdadero (y que, de no darse, el enunciado resultaría falso). Como resulta evidente, no siempre el contenido veritativo de un enunciado agota el contenido que con él se comunica; sin embargo, para Grice, dentro de todos los contenidos que pudiera comunicar un enunciado, sólo pueden considerarse estrictamente “dichos” los que, además de reunir las otras características aquí analizadas, constituyen el contenido veritativo de ese enunciado.

Por último, la tercera de las características de “lo dicho” que Grice identifica supone también una distinción previa entre el significado de la oración y el significado que tiene en mente el enunciador, es decir, una distinción entre lo que la oración quiere decir (en el sistema) y lo que el enunciador quiso decir al usarla. Evidentemente estos dos tipos de significado tienen una estrecha relación entre sí y suelen coincidir el uno con el otro, pero hay muchas ocasiones en que esto no ocurre, debido a que el hablante usa el lenguaje de modo figurado, como sucede, por ejemplo, en la ironía y la metáfora, donde el significado literal de las palabras que emite el enunciador es distinto del significado que quiere comunicar. Así pues, si yo enuncio (metafóricamente) “Fulanito es un sol” Grice no creería que yo DIJE algo equivalente a ‘Fulanito es un cuerpo celeste con luz propia’, pues no era eso lo que yo quería decir al usar las palabras enunciadas, y para que un contenido sea parte de “lo dicho” en un enunciado, tiene que ser parte de lo que el hablante quiere decir⁴.

Cada una de las características mencionadas merece, de suyo, un estudio a profundidad; sin embargo, esa tarea va más allá de los objetivos del presente trabajo donde, para mostrar de qué manera es útil la distinción dicho/implícito en el análisis del discurso judicial, nos centraremos en la primera de las características de “lo dicho”, es decir: lo dicho debe ser parte del significado sistémico de las palabras. Con el análisis de esta característica se puede explicar, desde un punto de vista lingüístico, qué es lo que ocurre con el enunciado en

tratar más a fondo este tema encontrará de gran utilidad el texto de Karl Bühler (1934/1967), *Teoría del lenguaje*.

⁴ Por supuesto que esta postura ha recibido diversas críticas porque si, por tomar como ejemplo este mismo caso, con el enunciado “Fulanito es un ángel” no se DIJO que ‘Fulanito es un espíritu incorpóreo’ (porque eso no era lo que el hablante quería comunicar al usar esas palabras) pero tampoco se DIJO que ‘Fulanito es muy bueno/amable...’ (porque tal contenido no es el significado sistémico de la oración correspondiente) entonces, en ese caso ¿Qué fue lo que se DIJO en el sentido griceano? Habría que contestar que no se DIJO nada, sino que sólo se IMPLICÓ algo... lo cual no deja de tener sus dificultades. Sin embargo, no es este el lugar para ahondar más sobre este asunto.

torno al cual gira el caso Bronston en cuanto a la discusión sobre su verdad o falsedad.

Partiendo, entonces, del análisis de la primera característica de “lo dicho”, es decir, la de formar parte del significado sistémico de las palabras enunciadas, tenemos que, dentro de todos los matices de significado a los que una misma oración puede dar lugar al usarse en distintas situaciones, hay un “núcleo duro”, invariable, de significado, que no está determinado por el contexto, sino por el sistema mismo de la lengua: a eso podemos llamarle, para los fines que aquí nos ocupan, “significado sistémico”. Junto con ese “núcleo duro” de significado hay muchos otros contenidos que también pueden surgir al enunciar una oración, pero cuyo surgimiento ya no viene del sistema mismo de la lengua, sino de los factores pragmáticos y contextuales que acompañan al uso de esa oración en cada ocasión particular. Como ejemplo de esto podemos retomar el caso antes visto de (2), que aquí repetimos:

(2) Le está yendo muy bien; no ha ido a prisión. Donde vemos que, junto al “núcleo duro” de significado que tiene esa oración –a saber: que (a alguien) le está yendo muy bien y que (ese alguien) no ha ido a prisión (al menos, hasta el momento de la enunciación)’–, puede haber mensajes adicionales que surgen en y por el contexto de uso (en este caso, como habíamos dicho, el contexto es el de una plática informal acerca de un amigo común a los dos interlocutores); uno de tales mensajes tal vez sería, como decíamos: ‘podrían existir razones para que él vaya a prisión’. Se comprende, así, al considerar la primera de las características de lo dicho, por qué razón para Grice esos “mensajes adicionales” no forman parte de “lo que se dice”: en efecto, esos otros contenidos no están en el significado sistémico de las palabras empleadas; es decir: dentro del sistema de la lengua (es este caso, del español), la oración *Le está yendo muy bien; no ha ido a prisión* no significa, de suyo, ‘podrían existir razones para que él vaya a prisión’; por lo tanto, si existen casos en que tal oración puede usarse para insinuar dichos mensajes ello no es gracias a su significado sistémico, sino gracias a que la oración se enuncia en circunstancias donde, al ponerse en juego los elementos contextuales con los supuestos básicos que rigen pragmáticamente los intercambios conversacionales, esos mensajes no explícitos son fácilmente interpretables por el oyente como ideas o contenidos que el hablante quiso comunicar. En contraste con esto, el primer requisito para que un contenido sea considerado como parte de “lo dicho” es que esté directamente relacionado con la semántica de la lengua, con su dimensión sistémica o, como lo expresa nuestro filósofo, “con el significado convencional de las palabras”.

Ahora bien, esta primera característica es necesaria, pero no suficiente, para que un determinado contenido se considere parte de “lo dicho”; puede haber contenidos comunicados en un enunciado que surjan del significado convencional de las palabras y, sin embargo, no sean parte de lo dicho (por faltarles alguna de las otras características antes explicadas) tal sería el caso, por ejemplo, de las que Grice llama “implicaturas convencionales”, uno de los tipos de inferencia lingüística más estudiados por Grice junto con las implicaturas conversacionales. Para uno y otro tipo de implicatura fue Grice quien acuñó el nombre con que se conocen hasta la fecha y, como es sabido –y se podría adivinar ya por el mismo nombre–, la diferencia central entre ellos es que, mientras las implicaturas convencionales surgen del significado sistémico

(llamado por Grice “convencional”) de las palabras, las conversacionales no tienen su origen en dicho significado, sino en principios pragmáticos que rigen a la conversación. El análisis de estos principios en la sección que sigue nos dará mucha luz sobre el caso Bronston que aquí hemos tomado como materia a partir de la cual hacer nuestras reflexiones.

3. LA IMPLICATURA CONVERSACIONAL

De la lectura de los textos de Grice entendemos que sólo hay una forma en que un determinado contenido puede ser considerado como “dicho” por un enunciado, a saber: conjuntando las tres características de “lo dicho” antes expuestas; en cambio, hay muchos modos en que un enunciado (o su enunciador) puede comunicar un contenido sin “decirlo” propiamente. Uno de estos modos es el que da lugar a la que Grice (y la tradición lingüística que le sigue) llama “implicatura conversacional”.

Grice da una definición descriptiva de la noción de ‘implicatura conversacional’ basándose en las propiedades de su funcionamiento⁵, y en esta descripción destaca la conexión que existe entre la implicatura conversacional y – perdón por la redundancia– ciertos rasgos de la conversación. La fuente de todos estos rasgos es lo que Grice llama “Principio de Cooperación”, el cual podría formularse de la siguiente manera:

En una conversación, haz tu participación tal y como lo requiera en ese momento el propósito acordado o dirección que lleva el intercambio en el que te encuentras. (Grice, 1967/1978: p.115)⁶

De este principio general derivan máximas que Grice (1967 [1978]) clasifica en cuatro categorías: cantidad, cualidad, relación y manera, las cuales, a su vez, contienen las siguientes submáximas:

- Cantidad: a) Haz tu contribución tan informativa como lo requieran los propósitos del intercambio.
b) No hagas tu contribución más informativa de lo que se requiere.
- Cualidad: a) No digas lo que crees que es falso.
b) No digas aquello para lo que no tienes la evidencia adecuada.
- Relación: Sé pertinente.
- Manera: a) Evita expresarte de modo obscuro.
b) Evita ambigüedades

⁵ Sin pretender hacer una descripción exhaustiva, sino sólo como guía para identificar el fenómeno, Grice hace mención de las siguientes características de la implicatura conversacional: es una inferencia que no influye en el valor de verdad del enunciado que le da origen, es cancelable, no es separable, no se origina en el significado sistémico de la expresión y debe ser analizable pragmáticamente. La explicación de cada una de estas características rebasa los objetivos del presente estudio, que sólo se detendrá en las que aquí resultan de más interés.

⁶ Mi traducción libre del inglés. Cito aquí el texto original: “Make your conversational contribution such as is required at the stage at which it occurs, by the accepted purpose or direction of the talk exchange in which you are engaged” (Grice, 1967/1978: p. 115).

c) Sé breve (evita extenderte innecesariamente)

d) Sé ordenado.

El Principio de Cooperación y las máximas que de él derivan tienen tan estrecha relación con la implicatura conversacional que el contenido que pueda tener esta última se determina con base en aquéllos; así, Grice afirma que en una implicatura conversacional,

[el contenido de] lo que se implica es aquello que es necesario suponer que está pensando el hablante para preservar el supuesto de que está observando el Principio de Cooperación (y quizás también algunas máximas conversacionales), si no al nivel de lo dicho, por lo menos al nivel de lo implicado. (Grice, 1967/1989: p. 86)⁷

Lo cual quiere decir que, en un contexto comunicativo como el que plantea Grice, cada participante en la conversación va a suponer en todo momento que su interlocutor está cumpliendo con el “Principio de Cooperación”, esto es, que cada una de sus intervenciones lleva su mejor esfuerzo para la buena marcha de esa conversación; y cada participante en la conversación se va a adherir a este supuesto con tanta seguridad que, cuando se dé el caso de que las palabras del otro parezcan no estar respetando el Principio de Cooperación, antes de pensar que no lo está respetando, supondrá que en realidad sí lo respeta pero no al nivel de lo dicho, sino de lo implicado, para lo cual generará una o más inferencias que le permitan mantener dicho supuesto; esas inferencias “compensatorias” necesarias para mantener la creencia de que el interlocutor está cumpliendo con el Principio de Cooperación constituyen las implicaturas conversacionales que surgen en ese contexto. Veámoslo en un ejemplo concreto; imaginemos que dos estudiantes, durante el descanso entre clases, están frente a un puesto de café y sostienen el siguiente intercambio:

(3) A: ¿Quieres un café? B: Ya me tomé uno

Si B no agrega nada más, es muy probable que A entienda que B no quiere más café. ¿Por qué sacaría esa inferencia A? No es una inferencia lógica; ni siquiera es algo que tuviera que inferirse por la experiencia acumulada, pues no es raro ver personas que, acabándose de tomar un café, se toman todavía un segundo o hasta un tercer café. ¿Por qué entonces, en este intercambio, A infiere que B ya no quiere más café? Una respuesta razonable es la que daría Grice: A infiere que B quiso decir eso, porque A parte del supuesto de que B está respetando el Principio de Cooperación y, como la respuesta literal de B “Ya me tomé uno (un café)” en realidad no es “cooperativa” porque no responde a la

⁷ Mi traducción libre del inglés que, a la letra, dice: “what is implicated is what it is required that one assume a speaker to think in order to preserve the assumption that he is observing the Cooperative Principle (and perhaps some conversational maxims as well), if not at the level of what is said, at least at the level of what is implicated. (Grice, 1967/1989: 86).

pregunta de A⁸, esta deficiencia en lo explícito la suple A razonando del siguiente modo:

(4) “B me contestó que ya se tomó un café, lo cual no responde a mi pregunta de si quiere un café; sin embargo, yo sé que está siguiendo el Principio de Cooperación, lo cual no sería compatible con el hecho de dejar sin respuesta mi pregunta, por lo tanto, al decir “Ya me tomé un café”, B sí está respondiendo a mi pregunta, pero no de manera explícita, sino implícitamente, sabiendo que, al escuchar sus palabras, yo inferiré que ‘B ya no quiere más café’”⁹

Esta inferencia a la que llega A, ‘B ya no quiere más café’ vendría a ser, en este caso, la implicatura conversacional que surge de la respuesta de B en (3).

4. LA IMPLICATURA CONVERSACIONAL Y EL CASO BRONSTON VERSUS UNITED STATES.

Para aplicar lo expuesto en la sección anterior acerca de la implicatura conversacional al caso Bronston, retomamos aquí el intercambio que dio lugar, en un inicio, a la acusación de perjurio:

(1) A: ¿Tiene alguna cuenta bancaria en Suiza?
B: No, señor.
A: ¿Alguna vez la ha tenido?
B: La compañía tuvo una cuenta ahí durante cerca de seis meses, en Zurich.

Comentábamos, al ver este ejemplo, que, a partir de la segunda respuesta de B, es natural pensar ‘B nunca ha tenido una cuenta bancaria en Suiza’. Ahora bien, ¿fue eso lo que B DIJO? En realidad, no; si inferimos eso a partir de la respuesta de B es porque suponemos que B está observando el Principio de Cooperación y que, en consecuencia, está ofreciendo tanta información y tan pertinente para este intercambio conversacional como le es posible. Ahora bien, idealmente, la respuesta más pertinente y más informativa hubiera sido un simple “sí” o un simple “no”, pero, ya que no se dio ninguna de estas respuestas, aunque en lo explícito parecería que el interrogado no fue suficientemente cooperativo, el oyente está dispuesto a suponer que en el terreno de lo implícito sí está siendo cooperativo y que si se toma la molestia de dar la explicación de que “La compañía tuvo una cuenta ahí durante cerca de seis meses...” es porque está

⁸ Viéndolo desde la perspectiva de las máximas y submáximas que surgen del Principio de Cooperación y que se expusieron más arriba, diríamos que la principal deficiencia de la respuesta de B es que no cumple con la máxima de relación (“Sé pertinente”).

⁹ Compárese la expresión de este razonamiento con la explicación que ofrece Grice (1967/1978: p. 50) acerca de cuál es el patrón general de cálculo de una implicatura conversacional: “He has said that *p*; there is no reason to suppose that he is not observing the maxims, or at least the CP [Cooperation Principle]; he could not be doing this unless he thought that *q*; He knows (and knows that I know that he knows) that I can see that the supposition that he thinks that *q* is required; he has done nothing to stop me thinking that *q* he intends me to think, or is at least willing to allow me to think, that *q*; and so he has implicated that *q*.”

siendo todavía más cooperativo que con otra respuesta de menor extensión¹⁰, a la cual ya supone y supera, pero ¿cuál sería esa respuesta de menor extensión? No podría haber sido un “sí” porque un “sí” se hubiera referido a que Bronston mismo había tenido una cuenta bancaria en Suiza, lo cual, por ser respuesta directa a lo que se preguntaba, hubiera sido más cooperativo que la respuesta que de hecho se dio¹¹. Pero como el oyente está suponiendo que el hablante fue tan cooperativo como podía haberlo sido, infiere que si no dijo “sí” era porque con ello hubiera faltado a la verdad (no hubiera sido cooperativo¹²) y, por otro lado, si tampoco dijo “no”, sino “la compañía tuvo una cuenta ahí...” es porque está diciendo todavía más que con un simple “no”: no sólo da a entender que él en lo personal no había tenido una cuenta semejante, sino que, además, coopera otro poco añadiendo que la compañía sí había tenido una cuenta ahí. Como se ve, entonces, si entendemos que un “sí” hubiera resultado falso y que un “no” es la verdad, no es porque así lo hubiera DICHO el interrogado, sino porque un cálculo pragmático basado en las reglas –o, al menos, en el Principio de Cooperación– que suelen observarse en la conversación nos llevó a inferirlo.

De este modo, hemos visto ya que el mensaje falso en torno al cual gira este caso, a saber: “Bronston nunca ha tenido una cuenta bancaria en Suiza” no es parte de “lo dicho”, sino de “lo implicado”, lo cual podíamos adivinar ya desde un principio, pero ahora hemos sustentado esa afirmación determinando, además, el mecanismo por el que surge y el tipo de “implicación” o implícito de que se trata: una implicatura conversacional.

Ahora bien, evidentemente, el razonamiento expuesto más arriba, y que trata de explicar el cálculo pragmático que lleva a la implicatura conversacional en este caso, no es una argumentación concluyente, ni mucho menos. Es sólo uno de los posibles modos razonables de proceder en medio de una conversación al interpretar las respuestas de un interlocutor; pero “razonable” no significa “lógicamente necesario”: el oyente puede discurrir de otros modos en la interpretación de lo que oye, y es este, precisamente, uno de los elementos centrales a tomar en cuenta al analizar los mecanismos propios de “lo implicado”.

Muchas veces se ha criticado a Grice por el modo en que formula su llamado Principio de Cooperación y sus respectivas máximas; se dice que hay muchos contextos de intercambio lingüístico en que tales normas o directrices no funcionan. Sin embargo, Grice mismo ya era consciente de que el sistema de máximas esbozado por él todavía no alcanzaba a explicar todos los posibles usos en que se puede emplear la lengua, sino, en todo caso, sólo aquéllos que tienen como propósito “un intercambio de información máximamente efectivo”:

Las máximas de la conversación y las implicaturas conversacionales con que se relacionan están especialmente conectadas (espero) con los propósitos particulares para los que la lengua (y, por tanto, los intercambios lingüísticos) está adaptada y se emplea primordialmente. He formulado mis máximas como si este propósito fuera un intercambio máximamente efectivo de información; esta especificación es, por supuesto, muy estrecha, y el esquema

¹⁰ Recuérdese la Máxima de Manera, anteriormente mencionada, que dice: “Sé breve”.

¹¹ Por supuesto, si la respuesta hubiera incluido un *también*, el razonamiento sería totalmente distinto.

¹² Aquí recuérdese la Máxima de Calidad y su sub-máxima: “No digas lo que crees que es falso”.

necesita generalizarse para dar entrada a propósitos tan generales como influir en otros o dirigir las acciones de otros. (Grice 1967/1978:47)¹³

Así, pues, sin dejar de estar de acuerdo con Grice en lo que toca a la presencia y funcionamiento de las máximas conversacionales por él esbozadas en muchos contextos, creo que Grice mismo coincidiría en que el cumplimiento de tales máximas no puede darse por supuesto en el caso de un interrogatorio judicial, por no tratarse, en realidad, de un contexto donde la finalidad sea un “máximamente efectivo intercambio de información”, que es el propósito o finalidad de los intercambios lingüísticos que tiene en mente Grice al enunciar sus famosas máximas de la conversación.

5. RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN DICHO/IMPLICADO PARA EL ESTUDIO DEL DELITO DE FALSEDAD EN DECLARACIONES JUDICIALES.

Retomando la situación que imaginábamos en el ejemplo (3), que aquí copiamos:

(3) A: ¿Quieres un café?

B: Ya me tomé uno,

Habíamos dicho que, si B no agrega nada más, es muy probable que A entienda que B no quiere más café y probablemente es justamente eso lo que B ha querido comunicar; sin embargo, lo que sí es seguro es que B no DIJO que no quería más café sino que, en todo caso, tan sólo lo comunicó IMPLÍCITAMENTE. Pero... ¿no serán estas distinciones demasiado extravagantes e inútiles? ¿Qué más da si el hablante DIJO “X” o sólo lo IMPLICÓ, si, a fin de cuentas, lo que todo mundo entendió fue “X”? Es normal que surjan cuestionamientos como los anteriores, dado que los dos tipos de contenido (dicho e implicado) aquí referidos pueden llegar a tratarse de manera indistinta en la comunicación cotidiana; por ejemplo, en el caso de (3), si después de este intercambio A reportara lo ocurrido en él como “Yo le ofrecí un café a B y él me DIJO que no quería”, nadie acusaría a A de estar diciendo mentiras, a pesar de que, estrictamente hablando, B no había DICHO que no quería, sino que sólo lo había comunicado implícitamente.

Quizás, en contextos como el del intercambio del café durante el descanso la distinción dicho/implicado no sea muy necesaria ni muy útil (mucho menos, indispensable) y es, en parte, esto mismo lo que ha llevado a algunos autores actuales a poner en tela de juicio su utilidad y la necesidad de mantenerla vigente; sin embargo, es claro que la mencionada distinción existe al usar el lenguaje y que en algunos contextos puede resultar decisiva su consideración, como lo fue en el caso *Bronston versus United States*, antes referido, donde la

¹³ Mi traducción libre del inglés. A continuación cito el texto original: “The conversational maxims and the conversational implicatures connected with them, are specially connected (I hope) with the particular purposes that talk (and so, talk exchange) is adapted to serve and is primarily employed to serve. *I have stated my maxims as if this purpose were a maximally effective exchange of information; this specification is, of course, too narrow, and the scheme needs to be generalized to allow for such general purposes as influencing or directing the actions of others.*” (Grice 1967/1978:47)

condena o la absolución de un hombre dependía de si la falsedad del mensaje comunicado se había dado en “lo dicho” o en “lo implicado”.

En efecto: según el sistema de justicia de los Estados Unidos, tratándose de una declaración bajo juramento donde el declarante ha comunicado algo falso, sólo puede haber perjurio si (además de otras condiciones que no es pertinente especificar aquí) la falsedad comunicada se dijo literalmente, mientras que no puede haberlo si sólo fue comunicada implícitamente.

Esta manera de entender el perjurio puede dar lugar (y, seguramente ha dado lugar) a que, en una conjunción de fiscales poco experimentados y testigos mentirosos y muy hábiles en el manejo de los dos mecanismos de significación (“lo que digo literalmente”/ “lo que se puede entender a partir de mis palabras”), tales testigos den a entender un determinado mensaje falso, sin tener que cargar con la responsabilidad de haberlo dicho, pues, a fin de cuentas, lo habrán “dicho” sin “decirlo”.

No es exclusivo del contexto judicial el uso de este recurso. Su utilidad es tan generalizada que, incluso, algunos autores lo ven como la razón de ser del implícito, o mejor dicho, del uso de estos significados implícitos para la comunicación; para Ducrot, la utilidad del implícito consiste en poder decir (en sentido amplio, no técnico) algo sin necesidad de aceptar la responsabilidad de haberlo dicho:

El locutor limita su responsabilidad a la significación literal, la cual, como ya hemos señalado, puede ser presentada como independiente. En cuanto a la significación implícita, puede, en cierto modo, correr a cargo del auditor [oyente]; éste es quien la establece, por una especie de razonamiento, partiendo de la interpretación literal, interpretación de la cual sacaría luego, por su cuenta y riesgo, las consecuencias posibles.” (Ducrot, 1972/1982: 16)

De este modo, pues, mientras que en el caso de “lo dicho” la responsabilidad del contenido comunicado recae enteramente en el locutor, en el caso de “lo implicado”, en cambio, la responsabilidad es, en cierto modo, “compartida” entre el hablante y el oyente, pues es el hablante quien pronuncia las palabras donde va contenido el mensaje implícito, pero es el oyente quien, a partir de esas palabras, saca a la luz ese mensaje. Más aún sucede así con los ejemplos de implícito que se han dado en el presente trabajo: en efecto, como el tipo de implícito que venimos analizando no es ni una implicación lógica, ni un implícito basado en el significado sistémico de las palabras, sino una implicatura conversacional, que es un implícito generado por las condiciones pragmáticas en que fue emitido el enunciado, al analizar el significado literal de las palabras emitidas por el hablante no encontraremos ahí contenida la evidencia del mensaje implicado... y de este modo, el hablante, al ser cuestionado sobre el mensaje implícito, siempre podrá evadir su responsabilidad diciendo algo como: “eso no es lo que yo dije; eso fue lo que tú entendiste...”

Relacionando estas reflexiones con el tema del delito de falsedad en declaraciones judiciales es posible apreciar, desde la perspectiva que nos brinda la distinción lingüística entre lo dicho y lo implicado, el ejemplo del juicio al que aludíamos al principio de esta exposición:

(2) A: ¿Tiene alguna cuenta bancaria en Suiza?
B: No, señor.
A: ¿Alguna vez la ha tenido?
B: La compañía tuvo una cuenta ahí durante cerca de seis meses, en Zurich.

Comentábamos, al ver este ejemplo, que a partir de la segunda respuesta de B es natural inferir que el interrogado nunca había tenido una cuenta bancaria en Suiza, lo cual, en este caso, era falso. En razón de esta falsedad, el interrogado, en un primer momento, había sido declarado culpable de perjurio; sin embargo, posteriormente, tal sentencia había sido revocada por decisión unánime de la Suprema Corte de los EEUU: pues la segunda respuesta del interrogado no había sido, estrictamente hablando, falsa, sino sólo *misleading*, esto es, “engañosa” o conducente a error o, en cualquier caso, inapropiada... En el marco de la distinción entre lo dicho/lo implicado, hemos podido apreciar que la falsedad comunicada en la segunda respuesta del interrogado no radicaba en lo que había “dicho”, sino en lo que había “implicado”. Esta sola circunstancia bastó para revocar la decisión de declararlo culpable de perjurio.

Puede apreciarse que en este caso, la decisión de revocar la sentencia se basó, a fin de cuentas, en una distinción entre lo que sería DECIR una falsedad y “comunicarla sin decirla”, lo cual, en la dicotomía que venimos planteando, equivaldría a IMPLICAR dicha falsedad. En el primer caso, la responsabilidad del enunciado falso recae directamente en el hablante; en cambio, cuando la falsedad sólo está implícita, el hablante, por medio de un enunciado, que bien puede ser verdadero en sí, le “insinúa” al oyente o lo lleva a creer un contenido falso, y en tal caso, cualquier creencia falsa que el oyente pudiera inferir a partir de lo dicho por el hablante será, en parte, responsabilidad también del oyente.

Conviene, pues, ser precavidos como oyentes y tener en mente esta distinción entre lo dicho y lo implicado, recordando que no todo lo que se comunica se comunica de la misma manera, sino que hay distintas dimensiones en la significación de un enunciado. Sería ingenuo desconocer este hecho, olvidando que el hablante siempre puede estar jugando con dos cartas distintas: la de lo que estricta y literalmente “dijo” y la de lo que comunicó de manera implícita, y que puede intentar introducir subrepticamente mensajes falsos buscando evitar la responsabilidad que tendría que afrontar si los expresara abiertamente. Este doble juego, si bien –como hemos visto– no se da continuamente en todos nuestros intercambios lingüísticos, sí es prudente esperarlo en contextos, como el que aquí se trata, de declaraciones en procesos judiciales.

La aconsejable prudencia o precaución antes mencionada sí se encuentra presente en el sistema legal mexicano, al menos en lo que se refiere a las declaraciones rendidas ante autoridad judicial en calidad de testigo o de perito¹⁴.

¹⁴ No así en las declaraciones rendidas ante alguna autoridad pública distinta de la judicial, pues en tal caso no se observa la distinción en comento, sino que simplemente se señala, en el artículo 247 del mismo código: ART. 247- “Se impondrá de cuatro a ocho años de prisión y de cien a trescientos días de multa [...] IV. Al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo sea examinado y faltare a la verdad en perjuicio de otro [...] afirmando un hecho falso o negando uno verdadero o sus circunstancias sustanciales.

El Código Penal Federal, Libro Segundo, Título Decimotercero, capítulo V, en su artículo 247 Bis establece:

ARTÍCULO 247 Bis: Se impondrán de cinco a doce años de prisión y de trescientos a quinientos días de multa al que examinado por la autoridad judicial como testigo o perito faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar [...] ya sea afirmando, negando u ocultando maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho principal [...]

Quien quiere comunicar a su interlocutor un mensaje falso puede hacerlo desde el nivel de “lo dicho”, afirmando un hecho falso o bien, negando un hecho verdadero; pero también puede comunicarle esa falsedad desde el nivel de “lo implicado”, por medio, por ejemplo de palabras que resaltan datos irrelevantes, o bien, como dice el artículo 247 Bis antes mencionado, “ocultando maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba”. La cuestión aquí, por supuesto, es cuándo se puede decir con certeza que alguien ha “ocultado maliciosamente la existencia de algún dato...”. Me imagino que habrá casos en que si, por ejemplo, el interrogado responde “no lo sé”, podría argumentarse que lo ha ocultado maliciosamente (o, al menos, voluntariamente) si se demuestra que ya en una ocasión previa el interrogado había expresado o había hecho uso de esa información que afirmaba desconocer... pero aun ahí cabría la duda de si, aunque en otro momento la había sabido, luego la había olvidado. Así es que, para poder determinar cuáles casos son, como los aludidos en el artículo 247Bis, de un “ocultamiento malicioso” de datos, sería necesario, muchas veces, adjudicarle intenciones al interrogado, lo cual no parece del todo deseable: bien podría ser válida ahí la objeción de los abogados de Bronston cuando alegaban que no debía acusarse a alguien que, a fin de cuentas, había dado como respuesta una afirmación verdadera. Siempre parecería más deseable hacer los juicios basándose en “lo dicho” por los participantes y no en “lo implicado” por ellos o lo inferido por otros a partir de sus palabras, aunque para lograr detectar a los mentirosos fuese necesaria mucha mayor habilidad por parte de quien interroga.

Para terminar, creo que la distinción dicho/implicado y los criterios que aquí se han expuesto para la identificación de cada uno de los miembros de esta dicotomía podrían ser de utilidad a los juristas en sus reflexiones. Lo que parece quedar más claro, en todo caso, es que, contrario a lo que algunos autores argumentan al desestimar la importancia de esta distinción, aduciendo que “lo dicho” carece de realidad psicológica, el discurso propio de los interrogatorios en procesos judiciales nos muestra que, al menos en tales contextos, los interrogados sí suelen tener en mente qué es “lo dicho” y “lo implicado” por sus palabras, y los que interrogan deberían hacer lo mismo.

REFERENCIAS:

BÜHLER, Karl (1934/1967) *Teoría del lenguaje*. Traducción de Julián Marías. Madrid: Revista de Occidente.

Código Penal Federal [Tomado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>]

DUCROT, Oswald (1972/1982). *Decir y no decir*. Barcelona: Anagrama.

GREEN, Stuart (2001). "Lying, misleading, and falsely denying: How moral concepts inform the law of perjury, fraud, and false statements", *Hastings Law Journal*, vol. 53, pp. 157-212. [Tomado de <http://www.jstor.org/stable/420644>]

GRICE, Paul (1989). *Studies in the Way of Words*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press

GRICE, Paul (1967/1978). "Logic and Conversation" en Cole y Morgan (editores) *Syntax and Semantics, 3: Speech Acts*. Nueva York: Academic Press. 41-58.

GRICE, Paul (1967/1989). "Utterer's Meaning and Intentions", en Grice, Paul (1989) 86-116.

HORN, Lawrence (2012). "Implying and inferring" en Keith Allan and Kasia M. Jaszczolt *The Cambridge Handbook of Pragmatics*, Cambridge University Press: Cambridge. (69-86)

HORN, Lawrence (2009): "WJ-40: Implicature, truth, and meaning", *International Review of Pragmatics* 1, 3-34.

TIERSMA, Peter. *The Language of Perjury (focusing on the Clinton impeachment)* [Tomado de <http://www.languageandlaw.org/PERJURY.HTM>]

LOS PRINCIPIOS DE EFECTIVIDAD, VIGENCIA Y VALIDEZ FRENTE AL ORDEN DE LOS ESPACIOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

DR. GUILLERMO JOSÉ MAÑÓN GARIBAY*

SUMARIO: Introducción. Proceso de producción del espacio público. El espacio público en la ciudad esfera pública y espacio público. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El filósofo francés Henri Lefebvre¹ propone que desde Platón a Hegel la ciudad ha sido un tema cardinal para la filosofía, porque los lazos entre el pensamiento filosófico y la vida urbana han sido de mutua condicionalidad: la ciudad hizo posible la filosofía, y la filosofía creó el concepto de vida urbana².

Puede decirse que la ciudad occidental resultó de la reunión de varios pueblos o tribus asentados sobre un territorio reclamado como propio³. Esta unión permitió un nuevo desarrollo de la división del trabajo⁴, de la propiedad privada y colectiva⁵. De este modo, se constituyó la comunidad con un núcleo de miembros llamados ciudadanos que detentaban el poder frente a otros miembros separados en esclavos y extranjeros.

Derecho a la propiedad (privada o común) y concepto de ciudadanía fueron concomitantes en el inicio de la ciudad que desde su arranque precisó del desarrollo de un gobierno institucionalizado⁶ con el fin de paliar el enfrentamiento entre intereses público y privado; sometiendo a los individuos a las exigencias de la unidad social, al mismo tiempo que respetando sus beneficios particulares. De esta forma, a lo largo de la historia de la ciudad occidental, el derecho a la propiedad se consolidó como la esencia de la misma, provocando la escisión campo/ciudad, salvaje/civilizado⁷, así como una de las fundamentales divisiones del trabajo; aquella que corresponde a la diferencia entre el trabajo físico e intelectual.

Las funciones de organización y dirección de las actividades políticas, comerciales y militares, así como la elaboración de su respectivo conocimiento,

* Licenciado en Filosofía, Universidad Nacional Autónoma de México, México. Maestro en Filosofía, Humboldt. Berlin, Alemania. Doctor en Filosofía, Rostok, Alemania.

¹ Lefebvre, Henri, El derecho a la ciudad. La filosofía y la ciudad. Ediciones Península. Barcelona 1978, p. 45 y ss.

² Lefebvre, Henri, De lo rural a lo urbano. Capítulo X: Humanismo y urbanismo, algunas posiciones. Ediciones Península. Barcelona 1978, p. 147 y ss.

³ Coulanges, Fustel de, La ciudad antigua. Libro III: Capítulo I: La fratria y la curia; la tribu. Editorial Panamericana. Bogota 1996, p. 129 y ss.

⁴ Aparte de aquella establecida entre géneros o habilidades y uso de herramientas en las sociedades de recolectores y cazadores.

⁵ Engels, Friedrich, Der Ursprung der Familie, des Privateigentum und des Staat. Kapitel I: Vorgeschichtliche Kulturstufen. Marx-Engels Gesamtausgabe (MEGA). Dietz Verlag. Berlin 1980.

⁶ Engels, Friedrich, Der Ursprung der Familie, Privateigentum und Staat. Kapitel IX: Barbarei und Zivilization. Marx-Engels Gesamtausgabe (MEGA). Dietz Verlag. Berlin 1980.

⁷ Sloterdijk, Peter, Regeln für den Menschenpark. Ein Antwortschreiben zu Heideggers Brief über den Humanismus. Suhrkamp. Frankfurt am Main 2008, p. 31.

correspondió al naciente trabajo intelectual. También el trabajo intelectual se haría cargo de la educación, con el fin de alejar del olvido las enseñanzas, mitos, fábulas y leyendas sobre la supervivencia humana, enfrascada en una lucha incansable entre lo feraz y lo cultivado⁸.

La conciencia educada en la fractura de la totalidad entre lo natural y lo urbano (physis y logos), aportó sus imágenes y simbolismos sobre el orden y el caos: las imágenes confusas de las fuerzas naturales se enfrentaron a las imágenes geométricas y claras del espacio urbano⁹, producto del esfuerzo, la subjetividad y reflexión humana, triunfo del espíritu apolíneo¹⁰ de la razón ordenadora sobre las fuerzas de la muerte y los lugares habitados por lo infame.

Si bien la filosofía nació de la ciudad con la división del mundo y el trabajo en físico y espiritual, no admitió la desmembración de la unidad primigenia e intento reconstituirla. Su interés y fin esencial fue repensar la totalidad, inventarla o recrearla como sistema a través de incluir la unidad en la diferencia¹¹. El reto fue contener en una sola visión (θεωρία) las diferencias entre sujeto/objeto, a través del elemento humano de mediación por excelencia: la palabra, caracterizada por dotar de sentido humano a la realidad. Con ello la filosofía se asemeja a la actividad sedentaria por antonomasia: la agricultura, constituida por la actividad de sembrar y cosechar, de dispersar la semilla en la tierra y recoge el fruto que se habrá de asimilar. La ciudad ligada a la filosofía reúne, en y por la palabra, la diversidad del territorio, las actividades disgregadas de las personas, sus palabras y escritos, lo que en el campo y la ciudad ocurre y transcurre, atendiendo a sus ciclos y ritmos respectivos, consignando aquello que acontece dentro y fuera de una subjetividad afincada en el *yo pensante*.

La fundación de la ciudad no puede separarse del pensamiento filosófico, porque la edificación de la ciudad se continúa y concreta en las ideas de los filósofos, que no se contentan con reflexionar sobre lo real, sino además desea conjugar lo real con lo ideal, el ser con el deber-ser, el ser con la belleza. La ciudad es el único lugar donde es posible realizar el *ideal de hombre*, entendido como desarrollo moral y estético¹².

PROCESO DE PRODUCCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

Es un lugar común decir que la ciudad es una construcción colectiva, una realización humana de transformación de la naturaleza, que arroja como resultado un espacio dentro del cual el hombre produce su existencia, su conocimiento, su historia. Este producto concreto, la ciudad (su territorio), se

⁸ Bartra, Roger, El salvaje en el espejo. Prólogo. Ediciones Era. México 1998, p. 8 y ss.

⁹ Hipodamos de Mileto (ver: Aristóteles, Política, lib. II, c. V, 1268 a y ss.), considerado el primer teórico del habitar urbano, creador del método del trazado urbanístico en retícula, con calles anchas cruzándose en ángulos rectos, ideó la organización de la polis según relaciones numéricas para con ello encontrar la simetría urbana.

¹⁰ Nicol, Eduardo, La idea del hombre. Capítulo III: La relación con lo divino, Apolo y Dionisos. Fondo de Cultura Económica. México 1977, Pp. 133 y ss.

¹¹ Beirerwaltes, Werner, Identität und Differenz. Vittorio Klostermann. Frankfurt 1980. Y del mismo autor: Denken des Einen. Studien zur neuplatonischen Philosophie und ihrer Wirkungsgeschichte. Vittorio Klostermann. Frankfurt 1985.

¹² Vidal-Naquet, Pierre, El mundo de Homero. Capítulo V: Ciudad de los dioses, ciudad de los hombres. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires 2001, p. 53 y ss.

sitúa como elemento visible de todo tipo de relaciones sociales. Y no obstante ser una construcción colectiva, no siempre es un proyecto colectivo del que participan todos, porque las prácticas sociales en cualquier sociedad no son ingenuas con respecto a la acumulación del capital y producción fetiche de las relaciones sociales; por ello, la ciudad es un permanente escenario de conflictos entre aquellos que tienen el poder de ordenar y producir espacio y los que únicamente tienen como tarea la reproducción y acrecentamiento del poder de los primeros.

Se puede agregar que las instituciones del Estado tampoco son inocente con respecto a estas prácticas y utilizarán su poder para promover la diferenciación y rentabilidad de los espacios, no solo controlando las inversiones en infraestructura y la regulación del suelo, sino también mediante la promulgación de leyes de planificación y aparatos administrativos.

Para analizar estas prácticas en la ciudad es necesario considerar dos categorías: por un lado, la de apropiación del espacio, que examina la manera en la cual el espacio público es usado y ocupado por los individuos, clases y grupos. Y por otro lado, la de *dominio del espacio*, que refleja la organización de los grupos más poderosos que producen y controlan el modo como el espacio urbano es usado y apropiado por ellos y otros grupos.

Ciertamente, el espacio urbano no se reduce al lugar de dominio del Estado, a él también pertenece el espacio de la resistencia y subordinación, de la interacción y tensión entre lo local y lo global, lo individual y lo colectivo, lo público y lo privado.

Los grupos excluidos y sometidos se dirigen también a los espacios urbanos para ejercer la resistencia. De esta forma, las prácticas en el espacio urbano toman significados diversos, producidos y destruidos según la acción de las diferentes clases, géneros o grupos sociales. El espacio urbano brinda el lugar para desafiar al poder dominante, y por eso, forma parte esencial de una política de resistencia articulada a través de los movimientos sociales.

Para nadie es desconocido que en la década de los sesentas se produjo en México el acontecimiento que transformó el espacio urbano público de la ciudad en el escenario de manifestaciones, protestas y levantamientos contra el poder.

EL ESPACIO PÚBLICO EN LA CIUDAD

A partir del movimiento estudiantil del 68, se comenzó a entender las manifestaciones en espacios urbanos como prácticas de apropiación y lucha por el dominio del espacio público; de esta forma, los espacios públicos ganaron una nueva connotación, además de ser espacios de represión se convirtieron en espacios de resistencia. Lejos de permanecer estáticos o inofensivos ante el intento de control y dominación por parte de un Estado autoritario, las prácticas de resistencia social lograron convertir al espacio público en espacio simbólico de manifestación, expresión y disputa, que perdura hasta nuestros días en la memoria colectiva y el ejercicio social sobre los espacios públicos.

Sin embargo, actualmente también presenciamos prácticas que tienden a la desaparición del espacio público. Para aclarar cuáles son estas, quisiera precisar el concepto de espacio público. El espacio público es un concepto del

urbanismo que se confunde con espacios verdes, equipamientos comerciales o sistemas de vialidad y transporte. Pero no hay que olvidar que “espacio público” no sólo refiere a lugares físicos sino también a las distintas esferas de la acción humana y conceptualización política. Por ello prefiero el sentido que tiene dentro de la filosofía política, como “derecho a la ciudad” o lugar de representaciones y expresiones colectivas de la sociedad, donde los diferentes colectivos urbanos constantemente están haciendo y rehaciendo el espacio público y redefiniendo la esfera pública a través de su experiencia cotidiana.

En nuestra ciudad moderna, se pueden distinguir dos perspectivas sobre el espacio público: Por un lado, una visión plantea que la esfera pública ha sido radicalmente devaluada como ideal social y político. El interés de la ciudadanía por el espacio público ha disminuido en la medida en que se ha sido apartada de los debates y decisiones sobre los asuntos públicos. Son muy difundidas las reflexiones sobre la manera en que las prácticas democráticas han sido confiscadas por los políticos profesionales y sus partidos. Esto se muestra en el análisis de la sociedad realizado por el filósofo Jürgen Habermas¹³, donde salta a la vista una esfera pública agobiada por el consumismo, los medios de comunicación y la intrusión del Estado en la vida privada, que tiene por resultado la destrucción del espacio y toma de decisiones democráticas.

Para Habermas, esto representa el declive del “hombre público”, su retiro hacia la intimidad, y con ello “el fin del espacio público” como espacios urbanos democratizados.

Esto es así por la significación del espacio público como escenario donde los grupos de cualquier tipo pueden alcanzar visibilidad pública, buscar reconocimiento, realizar sus demandas y participar en la creación de la ciudad.

Para Habermas el espacio público representa el lugar de la transformación y apropiación de la ciudad por parte de los ciudadanos y realización paulatina de un proyecto de ciudadanía.

ESFERA PÚBLICA Y ESPACIO PÚBLICO

Según Habermas, la política es el lenguaje de la esfera pública, y el surgimiento de una esfera pública depende de la capacidad de autoconciencia de un grupo para actuar conjuntamente, para ejercer su voluntad o poder político.

Habermas, en su análisis del Estado entre el siglo XVIII y XIX, propone que en el Antiguo Régimen solamente un grupo podía realizar una comunicación racional, y, por ello, formular una opinión pública, misma que sus instituciones y medios de comunicación harían visible y dominante.

Por ello la opinión o esfera pública fue en ese entonces rápidamente conceptualizada como el ámbito de influencia del grupo en el poder. A partir de 1789, los intereses burgueses disputaron claramente el derecho sobre la ciudad, y más tarde, en el siglo XIX, con la urbanización industrial, comenzaría a hacerlo la clase obrera.

¹³ Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1990.

El resultado sería la disminución de influencia de un solo grupo y el comienzo de muchos espacios públicos, que extendería el derecho a la ciudad incluso a los grupos sojuzgados o silenciados. Con la *Revolución Francesa* el significado de lo público cambió para reflejar una concepción más democrática y amplia.

Pero cuando el espacio público ya no reflejó el poder homogéneo de un solo grupo privilegiado, la ciudad tuvo que ser redefinida por los nuevos valores y demandas, tolerando las disputas y su transformación en escenario político urbano. Disputas no solamente por el acceso al espacio urbano público, sino además por el derecho a rehacer la ciudad, rehacer las distinciones entre la esfera de poder y espacio de manifestación o expresión libre.

El espacio público, en el sentido de Habermas, es el dominio en el que acontece la democracia, cuyo funcionamiento en la materialidad del espacio, es al mismo tiempo inmaterial. Por ello el espacio es dinámico, está en constante cambio, es parte de un mundo físico, de una geografía enmarcada en el ámbito social y, a la vez, es un producto social en relación con otros elementos no materiales; entre ellos los ciudadanos y sus ideas, sus relaciones socio-culturales, que proveen al espacio de una significación social.

Por ello el espacio está enmarcado en una visión *inmaterial-conceptual* desde donde se define el concepto “Ciudad”. El Espacio urbano propiamente dicho es una manifestación de la ciudadanía, es decir, del Espacio Cívico, entendido como lugar para satisfacer las necesidades de todos los ciudadanos.

Esta distinción material/inmaterial es crucial, porque es en el contexto de los espacios públicos reales donde surgen los movimientos alternativos y donde tiene lugar la disputa sobre los problemas de la ciudadanía y democracia. Ciertamente, el espacio público es un sitio real, un lugar, un terreno, pero dentro y desde el cual fluyen las ideas y actividades políticas inmateriales.

EL DERECHO A LA CIUDAD

Marx veía la ciudad como el lugar donde confluye el valor de uso y el valor de cambio: la necesidad de convivencia y venta del espacio urbano para la convivencia. A medida que crece el valor de cambio, el espacio urbano se transforma más en una mercancía que en un lugar de convivencia.

Con esto, el “derecho cívico a la ciudad” desaparece, y con él el acceso al espacio público, al derecho a rehacerlo y modificarlo según las necesidades colectivas.

Cuando la ciudad subsiste como valor de cambio, la actividad mercantilista supera la propia actividad de urbanización, porque su valor como mercancía representa un replanteamiento de propósitos, una re-definición de contenidos políticos, como ciudadanía y vida en comunidad. La apropiación de la ciudad por las inmobiliarias determina el ejercicio de la política a los usos y distribución del territorio según criterios mercantiles.

Dentro de este contexto desaparecen los 3 principios fundamentales del espacio público urbano:

1. La ciudad, como ámbito de realización de todos los derechos humanos o ejercicio pleno de la ciudadanía.

2. El espacio público, como predominio del interés colectivo por encima del privilegio individual y propiedad privada.

3. La participación ciudadana, como producción y gestión de la vida democrática.

Si solo a través de estos tres principios es posible que los diferentes sujetos sociales participen en la creación y desarrollo de la ciudad, la mercantilización del espacio urbano anula el desarrollo de la ciudad y su vida democrática. Este predominio del valor de cambio disminuye la ciudadanía al entenderla simplemente como valor de uso estratégico del mercado, sin ofrecer un lugar de encuentro y sentido de pertenencia social. Porque es claro que el sentido de pertenencia social es creado en la ciudad de acuerdo a las posibilidades del uso cotidiano de los espacios urbanos, incluyendo los intentos por subvertir y resistir el uso hegemónico de los mismos.

Por ello se puede inferir que la Ciudad, alguna vez el Espacio Público por excelencia, es hoy día, a través de su transformación en valor de cambio, el lugar y la estrategia de a una privatización de los intereses públicos al servicio de los intereses privados. Con ello no es de sorprender que se limite y ahogue las pocas plazas y parques públicos con centros comerciales y desarrollos inmobiliarios, en donde la vía pública sólo es posible mediante el pago de servicios.

Con las nuevas vialidades urbanas asistimos actualmente a la supeditación de la libre circulación al pago de peajes para incluso tener acceso a la circulación.

Deseo concluir mi reflexión sobre los *espacios públicos urbanos* con una idea de Henri Lefebvre, quien alguna vez consideró a la ciudad como una obra de arte, donde las actividades artísticas eran las rutinas colectivas de sus habitantes. En la nueva *ciudad-mercancía*, sin espacios públicos, se arrebatará la creatividad a la ciudadanía así como su hábitat necesario para seguir desarrollando sus más modestas actividades vitales.

BIBLIOGRAFÍA

- Bartra, Roger, El salvaje en el espejo. Prólogo. Ediciones Era. México 1998.
- Beirerwaltes, Werner, Identität und Differenz. Vittorio Klostermann. Frankfurt 1980. Y del mismo autor: Denken des Einen. Studien zur neuplatonischen Philosophie und ihrer Wirkungsgeschichte. Vittorio Klostermann. Frankfurt 1985.
- Coulanges, Fustel de, La ciudad antigua. Libro III: Capítulo I: La fraternidad y la curia; la tribu. Editorial Panamericana. Bogota 1996.
- Engels, Friedrich, Der Ursprung der Familie, des Privateigentum und des Staat. Kapitel I: Vorgeschichtliche Kulturstufen. Marx-Engels Gesamtausgabe (MEGA). Dietz Verlag. Berlin 1980.
- Engels, Friedrich, Der Ursprung der Familie, Privateigentum und Staat. Kapitel IX: Barbarei und Zivilization. Marx-Engels Gesamtausgabe (MEGA). Dietz Verlag. Berlin 1980.

- Habermas, Jürgen, Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Suhrkamp Verlag. Frankfurt am Main 1990.
- Lefebvre, Henri, De lo rural a lo urbano. Capítulo X: Humanismo y urbanismo, algunas posiciones. Ediciones Península. Barcelona 1978.
- Lefebvre, Henri, El derecho a la ciudad. La filosofía y la ciudad. Ediciones Península. Barcelona 1978.
- Nicol, Eduardo, La idea del hombre. Capítulo III: La relación con lo divino, Apolo y Dionisos. Fondo de Cultura Económica. México 1977.
- Sloterdijk, Peter, Regeln für den Menschenpark. Ein Antwortschreiben zu Heideggers Brief über den Humanismus. Suhrkamp. Frankfurt am Main 2008, p. 31.
- Vidal-Naquet, Pierre, El mundo de Homero. Capítulo V: Ciudad de los dioses, ciudad de los hombres. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires 2001, p. 53 y ss.

¿QUÉ HACEN LOS JUECES? DOS CONCEPCIONES DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL*

ISABEL LIFANTE VIDAL**

SUMARIO: 1. Sobre el derecho y el quehacer de los Jueces. 2. El establecimiento de los hechos. 3. La actividad interpretativa. 4. La actividad discrecional. 5. Una defensa de la concepción “racionalista” de la actividad judicial. 6. Bibliografía

1. SOBRE EL DERECHO Y EL QUEHACER DE LOS JUECES

Desde hace ya varios años, Manuel Atienza viene defendiendo una visión del Derecho “como argumentación”¹. La idea central del proyecto de Atienza consiste en sostener que, junto a las perspectivas clásicas de estudio del Derecho (la estructural, la funcional y la valorativa), es necesario incorporar una “nueva” perspectiva: la argumentativa. En cada uno de los distintos ámbitos jurídicos (legislativo, judicial, administrativo, doctrinal, etc.), el Derecho –dice Atienza- puede verse como un entramado muy complejo de decisiones vinculadas –directa o indirectamente- con la resolución de ciertos problemas prácticos, pero, y esto es lo que destaca este enfoque, estas decisiones han de venir acompañadas por argumentos o razones en su favor (o en contra de decisiones alternativas). El Derecho es visto como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos a través de decisiones avaladas por medios argumentativos. Se trata de un enfoque dinámico, instrumental y comprometido en el análisis del Derecho, que cobra especial relevancia en el marco de una sociedad democrática que incide en la necesidad de justificar “racionalmente” las decisiones de los distintos ámbitos jurídicos.

Las peculiaridades que presenta la argumentación que han de desarrollar los jueces en nuestros sistemas jurídicos se conectan con la función que éstos desempeñan en el conjunto de un Estado constitucional de Derecho. Es usual distinguir dos grandes momentos en la dimensión dinámica del Derecho: el de creación de normas generales, o legislación, y el de aplicación de normas, o jurisdicción². A cada uno suelen atribuírseles funciones esencialmente distintas. La función central de la legislación es crear normas generales que pretenden orientar la conducta futura de los ciudadanos, se trata de una función centralmente “innovadora”, de cambio del

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Argumentación y constitucionalismo” (DER2010-21032), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español.

** Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante desde 2001. Su trayectoria académica se encuentra vinculada fundamentalmente a esta Universidad, donde se doctoró en 1997, aunque también ha realizado estancias de investigación en la European Academy of Legal Theory de Bruselas (donde obtuvo en 1993 el Máster en Teoría del Derecho), en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM (México, en 2000/2001) y en la Universidad de Génova (2009); y ha participado como profesora en diversos cursos de doctorado y maestrías en España y en Latinoamérica.

¹ Cf. M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; o *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid (en prensa).

² Sigo aquí muy de cerca la presentación realizada por J. Aguiló, en *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 121 y ss.

sistema; la argumentación que para ello se exige está orientada fundamentalmente hacia las consecuencias previsibles que generarán las normas, y que serán evaluadas en función de las expectativas de garantía y logro de los valores y fines incorporados en la constitución. En el caso de la jurisdicción se trata de hacer efectivo el contenido del Derecho preexistente para resolver los conflictos que puedan surgir. Su función sería en este sentido conservadora. Esto implica que las autoridades jurisdiccionales tienen, a diferencia de las políticas, un deber de independencia. Ello se traduce en que las únicas razones que pueden invocar para justificar sus decisiones tienen que venir suministradas por el propio Derecho; no pueden actuar en representación de intereses sociales extraños al Derecho.

A partir de aquí es usual distinguir dos grandes ámbitos de argumentación a la hora de dar cuenta de en qué consiste la actividad judicial: el que nos lleva a establecer las premisas fácticas (la argumentación en materia de hechos), y el que nos lleva a establecer la premisa normativa que nos resuelve el caso (la actividad interpretativa en sentido amplio). Sin embargo, esta caracterización deja fuera otro ámbito de argumentación judicial con gran relevancia práctica, aunque un tanto desatendido desde la teoría: la determinación de las medidas a adoptar en ejercicio de los poderes discrecionales conferidos al juez.

Lo que a continuación pretendo realizar son precisamente algunas observaciones sobre cómo debe caracterizarse la actividad argumentativa que han de desarrollar los jueces en esos tres ámbitos. Estas observaciones me llevarán, en primer lugar, a mostrar cómo –para cada uno de ellos– se han sostenido fundamentalmente dos concepciones que se diferencian según acepten o no la “racionalidad” (la existencia de criterios de corrección que permitan la evaluación) de dicha actividad argumentativa; y, en segundo lugar, a defender en cada uno de ellos una de esas concepciones: la racionalista.

2. EL ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS

El primer ámbito de argumentación en sede judicial del que me voy a ocupar es el necesario para establecer los hechos relevantes del caso. Se trata fundamentalmente (aunque veremos que no solo) de lo que suele denominarse como el razonamiento jurídico probatorio: aquel que se ocupa de cómo justificar el establecimiento de la premisa fáctica que afirma que se ha dado un caso particular del supuesto de hecho genérico contenido en la norma (“Juan ha matado a Pedro”, “Luisa lleva más de un año desaparecida”, etc.). Pero, junto a este razonamiento probatorio, podemos encontrar también la necesidad de establecer premisas que determinen la probabilidad de que, dadas ciertas circunstancias particulares, se produzcan ciertos hechos futuros (“Es probable que Juan, imputado por el delito X, intente huir u ocultar pruebas”, “Es probable que esta finca rústica se devalúe”, etc.).

Durante cierto tiempo se denunció la falta de atención a la argumentación en materia de hechos por parte de los teóricos de la argumentación jurídica; pero a mediados de los años 90 la situación cambió y podríamos decir que hoy en día existe gran cantidad de trabajos teóricos de

muy buen nivel³. Como sostiene J. C. Bayón⁴, todos ellos han contribuido a superar una nefasta concepción psicologista o persuasiva del juicio de hecho que hasta entonces habría tenido cierto éxito en nuestra cultura jurídica, y a sustituirla por una concepción “racionalista”. Para la concepción “psicologista”, el principio de libre valoración de la prueba por parte del juez era entendido como ausencia de criterios de control del razonamiento del juzgador en este ámbito. Para considerar a un hecho como “probado” bastaría así la mera existencia de un estado mental de convencimiento o certeza del juzgador. A su vez, ello encontraría su apoyo en una errónea consideración de la “inmediación” como vía de acceso a la verdad, donde el convencimiento del juez era producto de una impresión global e “inmediata” y, por tanto, irremplazable. De este modo, la motivación del juicio de hecho acaba convirtiéndose ya no sólo en “inexigible”, sino en prácticamente imposible, dificultando a su vez la revisión y el control de las declaraciones de hechos probados por parte de otras instancias judiciales. Tras estas ideas subyacían tesis epistemológicas poco refinadas. Encontramos así, en algunas ocasiones, un cognoscitivismo ingenuo o acrítico que sostendría que los procedimientos probatorios pueden llegar a la certeza plena e incontrovertible sobre la verdad de los hechos; mientras que en otras se realiza una sorprendente escisión entre la “verdad procesal” y la verdad material (o verdad a secas), dando a entender incluso que el proceso no está interesado por esta última.

Pues bien, a partir de los trabajos que antes comenté, podemos considerar que dicha concepción psicologista a sobre el establecimiento de los juicios de hecho ha sido felizmente desplazada desde el punto de vista teórico por una concepción racionalista, lo que a su vez presenta importantes repercusiones de alcance práctico. Se trata de considerar –y cito a Bayón⁵– que “la libre valoración de la prueba no implica ausencia de sujeción a *cualquier* clase de regla, sino sujeción *sólo* a las reglas o criterios epistemológicos que determinan la racionalidad del juicio de hecho; de modo que la pertinencia de considerar un hecho como probado no se conecte sin más a la convicción del juzgador, sino a la racionalidad o justificabilidad de esa convicción a la luz de aquellos criterios; considerar a la inmediación como un principio que preside los procedimientos de formación del material probatorio; y que, por consiguiente, no sólo nada impide, sino que es inexcusable en un Estado constitucional una pormenorizada motivación del juicio de hecho que muestre que han quedado satisfechos los requisitos de racionalidad que hacen justificable la decisión sobre la prueba; y, como consecuencia, tampoco hay nada que impida la posibilidad de revisión en sucesivas instancias del juicio de hecho”.

³ En el ámbito español, pueden destacarse los trabajos de Perfecto Andrés Ibáñez (muchos de ellos recogidos en su libro *Los “hechos” en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005), Marina Gascón (*Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999), Daniel González Lagier (*Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Lima, 2005; y “Hechos y conceptos”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15, 2007), Jordi Ferrer (*Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002; y *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007) o Juan Igartua Salaverria (*Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995). En todos ellos, a su vez, pueden encontrarse las influencias del italiano Michele Taruffo (*La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer, Trotta, Madrid, 2002).

⁴ En la presentación general de estas dos concepciones sigo muy de cerca la exposición que de este tema hace J. C. Bayón, en “Epistemología, moral y prueba de los hechos. Hacia un enfoque no benthamiano”, en *Análisi e Diritto*, 2008, pp. 15-34,

⁵ J.C. Bayón, “Epistemología, moral y prueba de los hechos. Hacia un enfoque no benthamiano”, *op. cit.*

Las aportaciones de esta concepción racionalista gravitan en torno a dos tesis fundamentales. La primera consiste en la orientación del proceso a la búsqueda de la verdad como correspondencia. La segunda sostiene que, aunque el proceso se oriente a la búsqueda de la verdad, al Derecho no sólo le interesa la averiguación de la verdad, sino también la consecución o protección de otros fines que pueden justificar la introducción de normas sobre la actividad probatoria, los medios de prueba admisibles o el resultado probatorio mismo que pueden no estar orientados a –y pueden incluso dificultar- la averiguación de la verdad.

Siguiendo a González Lagier⁶ podemos considerar que pueden distinguirse tres elementos en la inferencia probatoria: el hecho que queremos probar (sería la hipótesis de lo que ocurrió), la información (acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero) de la que disponemos (serían los indicios, o las “pruebas”) y, por último, una relación entre los indicios y la hipótesis de lo que ocurrió. Si utilizáramos el esquema simple del argumento de Toulmin, nos encontraríamos con que la hipótesis sería la pretensión; los indicios, las razones; y la relación entre los datos que tenemos (los indicios) y la hipótesis sería la garantía. Hay que ser conscientes de que el razonamiento puede ser muy complejo, pues cada uno de los indicios a partir de los cuales pasamos a la hipótesis puede tener que ser a su vez fijado en otra argumentación; de modo que podemos distinguir entre la inferencia probatoria completa y cada una de las inferencias parciales que operarían como eslabones de una cadena nos vamos a detener en las características de estos “eslabones”.

El peso (la solidez) total de un argumento de este tipo estaría –como señala González Lagier- en función de los pesos parciales de los tres componentes. El peso o la fuerza de los hechos probatorios (de los indicios) dependería de que éstos sean a su vez: fiables, suficientes, variados y pertinentes. Para que la garantía (la relación entre los indicios y el hecho a probar) sea sólida debe a su vez estar suficientemente fundada y establecer un grado de probabilidad causal suficiente. Y por último, y respecto a la hipótesis, González Lagier señala que no debe haber sido refutada, que deben haberse confirmado las hipótesis de ella derivadas y haberse eliminado las hipótesis alternativas, y ha de ser coherente y simple. Estos criterios son graduables en un doble sentido: por un lado, en una inferencia pueden estar presentes un número mayor o menor de los criterios señalados y, por otro lado, la mayoría de esos criterios pueden cumplirse en mayor o menor medida. Si nos fijamos, se trata de los mismos criterios que dan fuerza a las hipótesis científicas, pues tanto en uno como en otro caso la verificabilidad opera como criterio fundamental para evaluar la corrección de la argumentación. Y, aunque la mayoría de los análisis de la argumentación en materia de hechos se ha realizado pensando exclusivamente en la motivación de la actividad probatoria en sentido estricto, cuyo objetivo es reconstruir el pasado, las consideraciones que acabamos de ver serían igualmente aplicables para los casos en los que estamos interesados en establecer premisas que pretenden no tanto reconstruir el pasado, sino servir como juicios de hecho predictivos sobre el futuro⁷, premisas que –como veremos a continuación- han de ser en muchas

⁶ D. González Lagier, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit.; y “Hechos y conceptos”, op. cit.

⁷ Sobre ello puede verse Atienza (*El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 233-234). En este sentido, en el ámbito científico, la explicación de hechos pasados y la predicción de hechos

ocasiones establecidas por el juez para justificar a partir de ellas la adopción de determinadas medidas; conviene señalar que también en estos casos las predicciones estarán basadas a su vez en hechos que han de ser probados, y necesitaremos llevar a cabo inferencias (fundadas normalmente en máximas de la experiencia) a partir de ellos.

Pero, pese a estas semejanzas entre la argumentación en materia de hechos en el ámbito científico y en el jurídico, las divergencias también existen y son muy notables. Y tienen que ver sobre todo con la idea de que al Derecho no le interesa solo la verdad, sino que hay otros valores que justifican exigencias institucionales que en ocasiones pueden incluso colisionar con este objetivo de búsqueda de la verdad (desde la defensa de derechos fundamentales, hasta la eficiencia económica, etc.). Algunas de esas peculiaridades de la argumentación en materia de hechos en el ámbito jurídico se reflejan en los distintos tipos de enlace (la garantía) que encontramos para pasar de las pruebas o indicios de los que disponemos a los juicios de hechos que queremos establecer. En ocasiones el enlace consiste en una máxima de experiencia, es decir, una generalización a partir de experiencias previas que asocia hechos del tipo del que queremos probar con hechos del tipo de los que constituyen las pruebas e indicios. El fundamento de estas máximas de experiencia lo encontramos en la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos y su finalidad es tratar de aproximarse, en la mayor medida posible (teniendo en cuenta las circunstancias de la prueba), a la verdad; por ello González Lagier propone llamarlas “inferencias probatorias epistémicas”. En otras ocasiones el enlace viene dado por una norma (“inferencias probatorias normativas”), que obliga al juez a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos (como ocurre con los casos de las pruebas legal o jurisprudencialmente tasadas). Estas reglas pueden tener como fundamento la observación de una asociación regular entre hechos (en cuyo caso serían similares a las máximas de la experiencia, pero con rango normativo) o algún principio o valor considerado relevante por el sistema normativo (como la seguridad, la protección del más débil, etc.). De estos dos tipos, el basado en las máximas de la experiencia ha de ser considerado lógicamente prioritario, pues para poder realizar el segundo tipo de inferencias suele ser necesario partir de la constatación de ciertos hechos⁸, de modo que el segundo tipo de inferencias debe descansar en una inferencia del primer tipo. González Lagier⁹ señala que podemos encontrar además un tercer tipo de inferencia, a la que llama “interpretativa”. Se trataría de aquellas inferencias que usan como enlace para pasar de la información de la que disponemos a los hechos que queremos establecer reglas conceptuales o definiciones. La inferencia opera aquí en realidad como una subsunción que presentaría la siguiente estructura: “X cuenta como Y”. Se trata por tanto de una “calificación” de los hechos de acuerdo con dichas reglas conceptuales. A partir de aquí, González Lagier llama la atención sobre la siguiente cuestión: en todos los hechos nos encontramos junto a la dimensión observacional o natural, una dimensión interpretativa de esos datos empíricos que nos permite

futuros se han visto en muchas ocasiones como procesos básicamente idénticos (cf. G.H. von Wright, *Explicación y comprensión*, trad. L. Vega Reñón, Alianza, Madrid, 1980, p. 18).

⁸ Es lo que ocurre con las presunciones cuya estructura es condicional: “Si x, entonces se debe presumir y”, que son la mayoría de las que encontramos en nuestros sistemas jurídicos. Sin embargo, ello no ocurriría en el caso de las presunciones recogidas no en una regla, sino en un principio y que por tanto presentan una forma categórica: “Se debe presumir x”. Sobre esto, véase J. Aguiló Regla, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en *Isegoría*, n° 35, 2006.

⁹ Cfr. D. González Lagier, “Hechos y conceptos”, *op. cit.*

calificarlos de una u otra manera. Ambas dimensiones se encuentran imbricadas de tal manera que resulta difícil escindirlas; aunque no en todos los conceptos se presenta cada una de estas dimensiones con la misma intensidad, mientras que algunos (por ejemplo, “animal” o “alcohol”) están más cerca de lo que serían clases naturales (donde la realidad impone bastantes límites) otros tiene un mayor componente convencional (por ejemplo, “intención”, “causa” o “insulto”) y son en mayor medida una construcción guiada por nuestros valores, intereses, etc. Si aceptamos –dice González Lagier- que las condiciones materiales de adecuación de los conceptos tienen dos vertientes: la de adecuación a la realidad y la de adecuación a su finalidad, entonces podemos distinguir, en el contexto jurídico, dos tipos de desacuerdos acerca de la definición de conceptos como los de acción, causalidad, responsabilidad, etc. Por un lado desacuerdos puramente teóricos acerca de cómo reconstruir el concepto correspondiente para maximizar su adecuación a la realidad, y por otro lado desacuerdos valorativos acerca de cómo construirlos para que permitan una mejor aplicación del Derecho. Y así, por ejemplo, si en el ámbito de un razonamiento probatorio discutimos si para considerar algo como “causa” se debe exigir que se trate de una condición suficiente o, por el contrario, de una condición necesaria, dicha discusión involucra –tal como muestra González Lagier- cuestiones relativas no solo a la estructura de la realidad sino también (y fundamentalmente) a cuál es el concepto de causa que se ajusta más a nuestra valoración acerca del reproche que se merece en la cuestión debatida. De este modo, la distinción tajante entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas es solo aparente: al discutir sobre estos conceptos y teorías reaparecen aspectos normativos o valorativos que dependen de nuestras prácticas y teorías acerca del Derecho, como ya señalaran con especial hincapié los realistas americanos¹⁰.

3. LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

El segundo ámbito de argumentación judicial es el que tiene que ver con el establecimiento de la premisa normativa; lo que podríamos considerar como actividad interpretativa en un sentido amplio. Es importante darse cuenta de que es usual hablar de interpretación jurídica en dos sentidos distintos. El primero, más estricto, es el que encontramos implícito en el uso de la expresión “interpretación de la ley” (o *interpretatio legis*), según el cual interpretar supone simplemente aclarar el significado de una expresión contenida en una disposición jurídica. El segundo sentido, para el que utilizaré la expresión “interpretación del Derecho” (o *interpretatio iuris*), haría referencia a una operación más amplia que la mera precisión del significado de una expresión; se trataría de encontrar la regulación jurídica (una respuesta desde el Derecho) para un determinado comportamiento o conflicto que se intenta resolver. Aquí nos encontramos con una actividad más compleja que la mera atribución de significado a un (o unos) documento(s) normativo; se incluyen además las actividades de individualización de normas, la resolución de antinomias, la integración de la ley, etc. Las actividades implicadas por ambos sentidos de interpretación están conectadas entre sí¹¹: el sentido amplio de la interpretación

¹⁰ Véase, por ejemplo, J. Frank, *Derecho e incertidumbre*, trad. C.M. Bidegain, Fontamara, México, 1993, pp. 87 y ss.

¹¹ Sobre los distintos problemas que, desde una perspectiva conceptual, plantea el fenómeno de la interpretación jurídica me ocupé en un trabajo anterior (I. Lifante Vidal, “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica”, en I. Lifante Vidal (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Palestra, Lima, 2010, pp. 171-193).

(la interpretación del Derecho) implicará siempre llevar a cabo las actividades interpretativas en el sentido más estricto (la interpretación de la ley): el punto de partida del trabajo reconstitutivo del Derecho suelen ser las leyes, en un sentido amplio que incluiría cualquier disposición jurídica dotada de autoridad. Pero nos encontramos también con la relación inversa. En el ámbito jurídico, la actividad de interpretar una disposición implica determinar cuál es su significado a la luz del ordenamiento jurídico; las decisiones adoptadas por cualquier instancia jurídica deben presentarse como justificadas jurídicamente, lo que supone que sean acordes con "el Derecho", y no sólo con una determinada norma. Para ello habrá, por tanto, que tener en cuenta ponderaciones entre principios, construcciones sistemáticas, etc., lo que implicará llevar a cabo actividades incluidas en el segundo sentido de "interpretación".

A la hora de presentar el catálogo de argumentos (o cánones) interpretativos existe cierto consenso. En este sentido, a principios de los años 90 del siglo XX, MacCormick y Summers coordinaron un análisis comparativo de los tipos de argumentos interpretativos vigentes en diversos países¹². El resultado señala tres categorías fundamentales. En primer lugar están los argumentos interpretativos "lingüísticos", que serían los que apelan al lenguaje mismo como fuente de razones para favorecer una u otra interpretación; esta categoría incorpora tanto los argumentos del significado ordinario, como los del significado técnico. En segundo lugar, nos encontramos con los argumentos "sistémicos" que serían aquellos que se orientan hacia una comprensión aceptable de un texto jurídico visto como parte de un todo (el sistema). Esta categoría incluye, a su vez, seis subtipos de argumentos, que son los que apoyarían respectivamente a las interpretaciones que mejor armonizaran (1) con otras interpretaciones de términos o expresiones ya usadas en otras partes del mismo texto legal, o (2) en precedentes judiciales, o (3) que armonizaran con provisiones análogas contenidas en otras leyes, o (4) con construcciones dogmáticas, o (5) con los principios generales del Derecho aplicables al caso, o (6) con el entendimiento históricamente desarrollado sobre su objeto y propósito o sobre su corrección. En tercer lugar, estarían los argumentos "teleológicos y deontológicos", que son aquellos que ofrecen las interpretaciones que mejor se acomodan al propósito o fin de la norma o que ofrecen la mejor realización de un valor considerado fundamental por el sistema jurídico. Mientras que los argumentos teleológicos se refieren al fin o propósito que se imputa a un fragmento de legislación bajo la presunción de que ha sido promulgado por un legislador racional en un determinado contexto histórico (la idea es que debemos tratar a la legislación como una empresa teleológica donde el objetivo es independiente de los términos del texto promulgado), los argumentos deontológicos¹³ son argumentos en términos de principios de rectitud o justicia, que deben ser observados en la perspectiva del intérprete con respecto al asunto en cuestión. La intención de actuar justamente –señala MacCormick– siempre puede ser imputada al legislador considerado como ente idealmente racional; y las particulares concepciones de justicia son a menudo razonablemente

¹² N. MacCormick y R. Summers (eds), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aledeshot, Dartmouth, 1991. En este trabajo se comparan los argumentos utilizados para interpretar las leyes, pero más adelante este mismo grupo de trabajo realizó una comparación en cuanto a la interpretación de los precedentes (N. MacCormick y R. Summers (eds), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Aledeshot, Dartmouth, 1997). Aquí sigo la presentación que de los resultados de aquella investigación realiza MacCormick, en "Argumentación en interpretación en el Derecho", trad. J.L.Fabra y L.S. Guevara, en *Doxa* 33, 2010, pp. 65-78.

¹³ MacCormick se aparta aquí de la terminología usada en el trabajo comparativo de 1991, en la que se hablaba de argumentos "evaluativos", en vez de "deontológicos".

imputables a legisladores reales históricamente situados. Por último, junto a estas tres grandes categorías, MacCormick señala la posibilidad de apelar a la intención del autor como material para elucidar el significado del texto autoritativo; pero advierte de que esto oculta la conocida ambigüedad entre las concepciones objetivas y subjetivas de la intención: la intención puede estar ligada estrechamente a elementos lingüísticos de semántica o sintaxis, a todos los elementos del contexto sistémico de un texto jurídico, o a los objetivos perseguidos o principios respaldados por el legislador bien como un cuerpo histórico o como un legislador idealmente racional. Por ello, y dado que el recurso a la intención opera como un elemento oscilante entre las tres principales categorías de argumentos interpretativos, lo considera como un argumento “transcategorico”.

También Alexy analiza los argumentos interpretativos en el seno de su teoría de la argumentación jurídica, agrupándolos en seis categorías que dependen de la forma o el esquema de argumento que adopten. Distingue así entre el argumento semántico, el genético, el histórico, el comparativo, el sistemático y el teleológico. Cada una de estas formas de argumentos cumple – dice Alexy- diferentes funciones, pero puede destacarse una función primordial de cada una de ellas: “Las formas de la argumentación semántica y genética se refieren a la vinculación de los órganos decisores, respectivamente, con el tenor de la ley y con la voluntad del legislador. Las formas históricas y comparativas permiten la incorporación de la experiencia del pasado y de otras sociedades. La interpretación sistemática sirve, entre otras cosas, para liberar de contradicciones al ordenamiento jurídico. Finalmente las formas teleológicas abren el campo a la argumentación práctica racional de tipo general”¹⁴.

Sin embargo, y pese a ese consenso a la hora de identificar los argumentos interpretativos, las divergencias se disparan a la hora de responder a cuestiones tales como por qué resulta justificado acudir a estos argumentos para apoyar una u otra interpretación jurídica, o a cuál de ellos debe dársele prioridad en caso de que avalen interpretaciones incompatibles, o qué ocurre cuando estas interpretaciones incompatibles vienen avaladas por argumentos de la misma categoría. Algunas teorías consideran que estas preguntas carecen de sentido. Una teoría de la interpretación debería limitarse –dicen- a constatar la existencia de los diferentes cánones o argumentos interpretativos, y en caso de conflicto no habría más que decir. Se trataría de “teorías escépticas” de la interpretación, según las cuales la naturaleza de la actividad interpretativa sería la de un acto de mera voluntad y no existirían, por tanto, criterios de corrección que guíen la elección entre las distintas posibilidades interpretativas (aquí el juez –dirían estos autores- se encuentra con un margen de “discrecionalidad” en el sentido de que el Derecho le permite adoptar cualquiera de ellas: todas serían pues indiferentes desde el punto de vista jurídico), del mismo modo que tampoco tendría sentido para esta concepción preguntarse por la justificación de los distintos cánones: son los que son porque de hecho se usan.

Frente a esta concepción escéptica nos encontramos una alternativa que considera que el resultado de la actividad interpretativa sería la conclusión de una argumentación, en la que se dan razones para preferir el significado “N” a otros posibles significados; y que incorpora por tanto una pretensión de corrección (interpretar no sería un mero acto de voluntad).

¹⁴ R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 237.

Algunos han pretendido definir esta pretensión en términos de verificabilidad empírica, de modo que la naturaleza de la actividad interpretativa sería cognitiva (interpretar es un mero acto de conocimiento de algo previamente existente). Dentro de estas teorías podemos distinguir a su vez entre aquellas que consideran que el criterio de verdad viene dado por el significado literal de las palabras usadas por el legislador (teorías literalistas), y aquellas que consideran que viene dado por su correspondencia con las intenciones del legislador (teorías intencionalistas). Se trata de teorías que darían una prioridad absoluta, respectivamente, a los argumentos semánticos o a los genéticos, los cuales acuden a una argumentación fundamentalmente empírica¹⁵: para la teoría del significado literal, una interpretación sería correcta cuando coincida con el significado que de hecho se da a las palabras, mientras que para la teoría intencionalista, una interpretación sería correcta cuando coincida con la intención que de hecho tenía el legislador (suponiendo la existencia y posibilidad de conocimiento de dicha intención¹⁶). Pero ambas opciones plantean múltiples problemas a la hora de responder a preguntas tales como por qué esos argumentos (los semánticos o los genéticos) resultan relevantes para justificar una interpretación en el ámbito jurídico, qué ocurre cuando resultan inconcluyentes o por qué podemos considerarlos inconcluyentes.

Podemos considerar que el resultado de la actividad interpretativa tiene la siguiente forma: “D significa N”. Se trata de la conclusión de una argumentación en la que se dan razones para preferir el significado “N” a otros posibles significados. Ese enunciado interpretativo vendría a ser equivalente a un enunciado del tipo “D *debe ser* entendido como N”, o “*Es mejor* entender D en el sentido N que en cualquier otro sentido”, en los que encontramos necesariamente una pretensión de corrección, pero esta pretensión no tiene por qué definirse en términos de verificabilidad empírica como hemos visto que hacen las teorías cognitivistas, tanto las literalistas como –al menos aparentemente– las intencionalistas. Tanto MacCormick como Alexy (y en esto coincidirían plenamente con autores como Nino, Dworkin o Atienza) consideran que para responder a estas preguntas no tenemos más remedio que acudir a argumentos de racionalidad práctica general. Desde puntos de partida distintos, estos dos autores llegan en sus respectivas teorías de la argumentación jurídica a conclusiones bastante similares: la prioridad a los argumentos lingüísticos o semánticos (y en el caso de Alexy también los “genéticos”), pero una prioridad podríamos decir *prima facie*, que se justifica y al mismo tiempo se puede exceptuar por razones basadas en los argumentos teleológicos y/o deontológicos que son los que nos abren el razonamiento jurídico a la racionalidad práctica general. Alexy, por ejemplo, llega a estas conclusiones a partir de la integración del papel de los argumentos interpretativos en su teoría del discurso; en la cual se justificaría una regla de carga de la prueba en la argumentación: “Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a otros argumentos”¹⁷. Pero esta regla deja abierta la cuestión de cuándo existen esos “motivos racionales” para asignar menor peso a estos

¹⁵ Véase en este sentido R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 230.

¹⁶ Sobre los problemas de una concepción de la interpretación en estos términos me he ocupado con detenimiento en I. Lifante Vidal, “Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”, en *Doxa*, nº 22, 1999, pp. 171-193.

¹⁷ R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 239.

argumentos, lo que hace que jueguen un papel decisivo los argumentos prácticos de tipo general. Aquí –dice Alexy- debemos acudir a las reglas generales de la ponderación¹⁸, lo que implica que deben tomarse en consideración “todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación”¹⁹. El significado literal, y quizás también en algunos casos la intención del legislador, juegan un papel relevante en la interpretación jurídica: son el punto de partida, y pueden ser también el de llegada; pero el proceso interpretativo implica atender a razones de por qué interpretar en un cierto sentido que necesariamente no pueden ser el mero dato objetivo de un significado literal o de una determinada intención.

Desde esta perspectiva, la interpretación jurídica no sería, por tanto, ni un mero acto de conocimiento (como pretenden los cognitivistas) ni tampoco un mero acto de voluntad (como afirman los escépticos), aunque puede contener algo de ambas actividades en las diversas etapas o momentos del proceso interpretativo. La actividad interpretativa sería una actividad argumentativa que se inserta en el ámbito más amplio del razonamiento práctico general y en la que, por tanto, rigen criterios de evaluación. En este sentido, Ronald Dworkin²⁰ ha desarrollado lo que ha dado en denominarse una “teoría constructivista o dependiente de valores” de la interpretación, según la cual esos criterios evaluativos nos remiten a la idea de la aceptabilidad pragmática a la luz de los fines y valores que pretende desarrollar la práctica en cuestión. La interpretación es vista como una actividad basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objeto interpretado bajo su mejor ángulo. Y ello, en el contexto de una práctica social como el Derecho, implica llevar a cabo un proceso reconstructivo de los materiales jurídicos en el cual se establezcan los valores y objetivos perseguidos por el Derecho –de manera que éste se presente como un todo coherentemente orientado a la persecución de fines considerados valiosos- y se determine qué concreta interpretación los desarrolla en mayor medida. Cuando un juez se encuentra ante un caso difícil tiene que llevar a cabo una tarea reconstructiva del Derecho, en la cual la identificación de los materiales jurídicos aplicables es sólo un primer paso, a partir del cual hay que articular las diferentes teorías que pueden dar cuenta coherentemente de esos materiales. Se trata de la exigencia de considerar al Derecho como un todo unitario y no únicamente como un mero agregado de distintos materiales jurídicos, provenientes de una pluralidad de autoridades. Esa tarea reconstructiva presenta una naturaleza

¹⁸ Sobre el esquema argumentativo de la ponderación, puede verse R. Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, 16, 1993, pp. 433-449. Siguiendo a este autor la ley de la ponderación, que es necesaria cuando entran en conflicto dos principios vendría a decir que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. El método para comparar las distintas alternativas incluye, para Alexy, la llamada “fórmula del peso” en la que entrarían en juego tres variables: el grado de afectación de los principios, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas que se refieren a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes. Así entendida, podemos considerar que la ponderación sería uno de los esquemas de argumentación que pueden utilizarse tanto para defender una interpretación de una expresión legislativa, como para llevar a cabo una actividad reconstructiva del Derecho para dar con la norma aplicable (“interpretación del Derecho”), y también –como veremos más adelante- para considerar que un determinado medio para perseguir un fin es el que ha de ser considerado jurídicamente como el mejor dadas las circunstancias.

¹⁹ R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 240.

²⁰ Cf. R. Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard, 1986; y *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

valorativa y constructiva. Una vez que se dispone de las distintas interpretaciones que “encajan” con los materiales, la tarea del juez continúa sometida a exigencias jurídicas: el juez debe elegir una de esas interpretaciones atendiendo precisamente a cuál de ellas es la que presenta al Derecho bajo su mejor luz, es decir: bajo qué concreta interpretación el Derecho es mejor Derecho, lo que implica acudir a los valores que nos permiten juzgar a un Derecho como bueno o malo, y que no son otros que valores de naturaleza moral. Desde esta perspectiva nos encontramos con que en la interpretación se produce una necesaria conexión entre la teoría y la práctica. Para llevar a cabo la tarea interpretativa del Derecho con vistas a su aplicación a un caso difícil, es necesario llevar a cabo tareas teóricas: por ejemplo, si el problema es determinar si la difusión de una noticia atenta o no contra la intimidad de una cierta persona, entonces necesitaremos una teoría acerca de en qué consiste la intimidad.

4. LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL

El tercer ámbito de argumentación judicial tiene que ver con aquellas ocasiones en las que el Derecho confiere a los jueces un poder discrecional de decisión, es decir, no pretende predeterminedar el contenido de la decisión a adoptar por el juez, sino que le confiere el poder de determinar las medidas a adoptar con el fin de promover ciertos fines o valores (como puedan ser el interés del menor, la preservación de la tutela judicial, la conservación del patrimonio del patrimonio del ausente...).

Es usual caracterizar a la discrecionalidad como un margen de libertad en la toma de decisiones que surge o bien como consecuencia de la indeterminación del Derecho o bien de la delegación de un poder. A partir de ahí, muchos autores han sostenido, de manera más o menos expresa, la tesis de que el ejercicio de la discrecionalidad por parte de las diferentes autoridades jurídicas no puede –por razones conceptuales– estar sometido a “control jurídico”, pues si la libertad en la que consiste la discrecionalidad es entendida como ausencia de obstáculos jurídicos para decidir en uno u otro sentido, y por tanto, como “permiso” para optar entre distintas alternativas acordes con el Derecho, en realidad no habría nada que controlar “jurídicamente” y en este sentido una decisión discrecional sería –respecto a ese margen en que operara la libertad–, por definición, una decisión correcta para el Derecho y no habría nada que revisar desde el punto de vista jurídico²¹. Esta visión, que coincide con la imagen sugerida por la metáfora del “agujero” de la rosquilla popularizada por Dworkin, se plasmaría en afirmaciones del tipo “donde termina el Derecho, empieza la discrecionalidad”²², o en la terminología extendida por algunos administrativistas (y por alguna jurisprudencia) de las alternativas “jurídicamente indiferentes”. Sin embargo, esta conclusión choca centralmente con algunos de los presupuestos fundamentales del Estado de Derecho, en particular con el principio de interdicción de la arbitrariedad, según el cual los poderes públicos están sometidos al Derecho en todas sus actuaciones, incluido el ejercicio de los poderes discrecionales. Por ello, conviene darse

²¹ Aunque pocos autores definen la discrecionalidad directamente a partir de este rasgo de “ausencia de enjuiciabilidad” o del “carácter último” de la decisión, es frecuente encontrar tesis que consideran que es una consecuencia inevitable de los elementos definitorios de la misma.

²² K.C. Davis, *Discretionary Justice. A preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, 1969, p. 3.

cuenta de que, si queremos salvaguardar las exigencias normativas que asociamos al paradigma del imperio de la ley, no podemos seguir manteniendo una caracterización de la discrecionalidad en estos términos²³. La “libertad” en que consiste el fenómeno de la discrecionalidad no puede ser entendida como libertad en sentido negativo (como permiso para optar entre diferentes alternativas), sino en un sentido más cercano a la idea de libertad positiva, remarcando que es al órgano decisor al que corresponde determinar la conducta a seguir. Esta idea de libertad positiva se acerca más a la idea de responsabilidad²⁴ que a la de permiso. Nuestro sistema jurídico-político proscribiera el poder entendido como simple expresión de la mera voluntad de quien lo detenta y exige inexcusablemente el fundamento adicional de la razón. Desde esta perspectiva cobra especial relevancia la cuestión de cómo se deben ejercer los poderes discrecionales, o dicho de otro modo: cuáles son las condiciones para que consideremos justificadas las decisiones en ejercicio de la discrecionalidad.

Hemos dicho que los órganos jurídicos tienen la obligación jurídica de justificar todos sus actos, también los discrecionales, pero la justificación que aquí se requiere será distinta a la del ejercicio de los poderes no discrecionales (los tradicionalmente llamados “poderes reglados”). Dado que en estos últimos casos el poder se concede para hacer prevalecer el balance de intereses que realiza el ordenamiento jurídico (y que se encuentra expresamente reflejado en una regla de acción²⁵), la justificación ha de mirar básicamente hacia el pasado (hacia el Derecho existente). Sin embargo, en el caso de los poderes discrecionales, la justificación estará enfocada hacia el futuro, hacia las consecuencias: los poderes discrecionales se otorgan precisamente para promover la consecución de ciertos fines que se consideran valiosos. Si admitimos que los poderes discrecionales son aquellos cuyo ejercicio está regulado por normas de fin, entendidas como mandatos de optimización, entonces para responder a la cuestión de cómo “deben” ejercitarse los poderes discrecionales hay que preguntarse precisamente cuál es el tipo de razonamiento justificativo que opera con este tipo de normas. Supongamos que una norma dice –como es el caso del Código civil español– que “El juez podrá adoptar, según su prudente arbitrio, las providencias necesarias para la conservación del patrimonio de una persona desaparecida”. Obviamente, para aplicar esta norma no basta con su interpretación y con la prueba de los hechos que configuran su condición de aplicación (que efectivamente Fulanito

²³Sobre la comprensión en nuestra cultura jurídica (tanto dogmática como jurisprudencial) a propósito de la discrecionalidad, puede verse el análisis crítico de J. Igartua Salaverria, *La motivación de los nombramientos discrecionales*, Civitas, 2007, esp. pp. 19-77.

²⁴ Esta concepción de la discrecionalidad se vincula estrechamente con una de las acepciones de “responsabilidad” a las que alude Hart. Se trata de las obligaciones y deberes propios de un estatus o rol social. En este sentido, Hart afirma “siempre que una persona ocupe un lugar o puesto determinado en una organización social, respecto del cual se le asignen deberes específicos *para promover el bienestar, o para impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización*, se puede decir que esta persona es responsable del cumplimiento de estos deberes o de hacer lo necesario para satisfacerlos” (H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 212. La cursiva es mía).

²⁵ Sobre la distinción entre normas de acción y normas de fin puede verse la tipología de enunciados jurídicos desarrollada por M. Atienza y J. Ruiz Manero (*Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996). En mi planteamiento, sin embargo, me separo un tanto de la presentación que realizan estos autores de las normas de fin. Por otro lado, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la formulación precisa de la regla de acción que resultará aplicable al caso puede no estar expresamente tal cual en una fuente del Derecho, sino que como hemos visto puede ser el resultado de una actividad interpretativa –reconstructiva– por parte del órgano aplicador del Derecho.

ha desaparecido), pues de ahí lo único que se deduciría aplicando el clásico silogismo subsuntivo es que “El juez podrá adoptar, según su prudente arbitrio, las providencias necesarias para la conservación del patrimonio de Fulanito”; pero este razonamiento no sirve para qué concreta acción debe emprenderse (qué concreta providencia debe, en su caso, adoptarse) . Por ello, si lo que buscamos es un criterio para determinar cuándo la concreta adopción de determinadas medidas estará justificada, este esquema resultará insuficiente. Lo que cabe considerar como un "razonamiento justificativo acabado" de una actuación judicial de este tipo no puede concluir con un enunciado como el que figura en la conclusión de este último silogismo (y que presentaría la forma: “En el caso C, A debe procurar alcanzar el fin F”), sino que necesitamos un enunciado de la forma: “Está justificado que en el caso C, A adopte *M* (una determinada medida) conducente al fin F”. Pero de un razonamiento deductivo no se puede extraer más información que la contenida en las premisas y, por definición, esas premisas no determinan de antemano cuál es la conducta a realizar. Para llegar a una conclusión del tipo que necesitamos, tendríamos que agregar premisas a aquel razonamiento. En particular creo que se necesitan premisas de índole fáctica, más allá de las necesarias para determinar que se da el supuesto de hecho que la regla de fin establece para que surja el poder discrecional y por tanto la facultad, o la obligación, de actuar. Estas premisas tienen que hacer referencia a cuáles son las circunstancias del caso (qué tipo de patrimonio posee Fulanito, cuál es la situación económica actual que puede afectar a dicho patrimonio...), y también premisas “técnicas” que establezcan si algo es o no –y en qué medida– un medio adecuado para conseguir, dadas las concretas circunstancias del caso, el fin perseguido (conservar el patrimonio); es decir necesitamos llevar a cabo un razonamiento técnico: que incorpora un juicio de adecuación de medios a fines²⁶. En este sentido Summers²⁷ lleva a cabo un interesante análisis de cómo funcionan las razones finalistas (a diferencia de las que considera como razones de corrección). Entre otras, este autor destaca las siguientes características de las razones finalistas: son razones de carácter fáctico (dependen de una relación causal), están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de graduabilidad. Las dos primeras características implican que estas razones presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción²⁸. La última característica apunta a que los fines sociales que se deben perseguir pueden lograrse en mayor y menor medida.

A partir de aquí, y si consideramos que las normas de fin operan como mandatos de optimización (es decir, que jurídicamente no es indiferente por cuál de los medios disponibles se opta, sino que hay que elegir el “mejor”), parece claro que también necesitamos incorporar a nuestro razonamiento premisas evaluativas que nos permitan considerar cuál, de entre los distintos

²⁶ Sobre este tipo de esquema argumentativo, puede verse M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

²⁷ R. Summers, “Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification”, en *Cornell Law Review*, vol. 63, n° 5, pp. 707-778.

²⁸ Ello puede hacernos considerar que, aunque en el futuro pueda no llegar a conseguirse el fin previsto, la razón tuviera fuerza en el momento de la toma de decisión (R. Summers, “Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification”, *op. cit.*, p. 775). Por otro lado, debe tenerse en cuenta que muchos de los fines que las normas ordenan perseguir a los operadores jurídicos no son en realidad estados de cosas que se puedan producir directamente con sus acciones. Sobre esta idea véase D. González Lagier, “Cómo hacer cosas con acciones (En torno a las normas de acción y a las normas de fin)”, en *Doxa*, n° 20, 1997, pp. 157-175. En este trabajo el autor distingue estados de cosas que están completamente bajo el control del destinatario de la norma y estados de cosas que lo están sólo parcialmente.

medios técnicamente adecuados y disponibles para alcanzar el fin perseguido, es el “mejor” medio (el “óptimo”) para conseguir o maximizar el fin. La cuestión relevante será, entonces, determinar atendiendo a qué tipo de criterios se ha de producir la evaluación para determinar cuál es el que, a la luz de las circunstancias particulares del caso, se considera el “mejor medio disponible”, o “medio óptimo” para dar lugar o maximizar el fin que la norma obliga a perseguir. Y no es una cuestión puramente cuantitativa respecto a qué medio lo consigue en mayor medida. En mi opinión, esta evaluación habrá de hacerse precisamente atendiendo a los fines y valores (los principios) contenidos en el propio ordenamiento jurídico. El medio óptimo será aquel que consiga maximizar el fin (lo que implica atender a cuestiones de eficiencia), afectando en menor medida a los intereses o valores protegidos por el sistema jurídico. Ello nos llevará necesariamente a tener que realizar también un razonamiento ponderativo entre los distintos fines o valores en tensión²⁹.

5. UNA DEFENSA DE LA CONCEPCIÓN “RACIONALISTA” DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

En este trabajo he intentado mostrar cómo en el análisis de los diferentes ámbitos de la argumentación judicial se pueden detectar, de forma bastante simétrica, algunas tendencias teóricas a describir estas actividades excluyendo la posibilidad del control racional sobre las mismas. Se trataría, respectivamente, del psicologismo en materia probatoria (que lo reduce a la íntima convicción del juez), el escepticismo en materia interpretativa (para el que interpretar es una cuestión meramente volitiva), y la configuración de los poderes discrecionales como permisos para optar entre alternativas jurídicamente indiferentes. Frente a ellas, he optado por defender una reconstrucción teórica de las mismas comprometida con la racionalidad de la tarea argumentativa exigida al juez y que en mi opinión encaja mejor con la propia comprensión que los participantes en la práctica del Derecho tenemos de dichas actividades. En un Estado constitucional de Derecho comprometido con la erradicación de la arbitrariedad y el sometimiento de todos los poderes al Derecho y a la razón o, mejor dicho, a una comprensión del Derecho que engloba la razón, el único poder que se acepta como legítimo es el que se presenta como resultado de una voluntad racional.

La concepción de la actividad judicial en los términos “racionalistas” que aquí he defendido nos lleva a sostener que los jueces en muchas ocasiones han de tomar decisiones sobre cuestiones filosóficas tales como qué es y qué implica la dignidad, la responsabilidad, o la causalidad; y para ello tendrán inevitablemente que elegir entre principios rivales que están disponibles para explicar esos conceptos. Pero es importante remarcar que esas elecciones deben ser presentadas (no ocultadas) y defendidas a través de argumentaciones racionales que implican una tendencia hacia la integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política; una integración que entra en conflicto con la pretensión reduccionista del positivismo jurídico. Obviamente esta integración, que –como advierte Dworkin³⁰– pone de manifiesto la incorporación de la reflexión filosófica al ámbito judicial, no eliminará las controversias jurídicas (sería ingenuo

²⁹ Sobre cómo opera la ponderación y su relevancia para la argumentación jurídica, véase la nota 17.

³⁰ R. Dworkin, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, en *Isonomía*, 32, pp. 7-29.

pensarlo), pero al menos las hará más respetables, más abiertas a la crítica racional.

6. BIBLIOGRAFÍA

- D. González Lagier, “Hechos y conceptos”.
- D. González Lagier, *Quaestio facti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, op. cit.; y “Hechos y conceptos”
- Dworkin, *Law’s Empire*, Belknap Press, Harvard, 1986; y *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- J.C. Bayón, “Epistemología, moral y prueba de los hechos. Hacia un enfoque no benthamiano”.
- M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006; o *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid (en prensa).
- R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- R. Dworkin, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, en *Isonomía*.
- R. Summers, “Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification”, en *Cornell Law Review*, vol. 63, nº 5.

REFLEXIONES FILOSOFICAS SOBRE EL TEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO NACIONAL

JORGE ENRIQUE ROMERO- PÉREZ*

SUMARIO: Introducción, 1.- Relación entre el derecho interno y el derecho externo, A. Monismo, B. Dualismo, 2.- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, 3.- Costa Rica es parte de esta Convención a partir de 1996, 4.- Constitución Política de Costa Rica, 1949, 5.- Constitución Política y los tratados, 6.- Civil Law y Common Law, 7.- Pruebas de que los tratados, convenios, acuerdos internacionales tienen un rango superior al derecho interno (incluyendo la Constitución Política), A Pruebas a título de ejemplo, B. Laudo arbitral firmado en Roma el 26 de junio de 1998, caso Costa Rica- Italia, C. Tesis de Maestría de Giovanni Peraza Rodríguez, 8.- Posición de Estados Unidos de América, A Sistema jurídico de los Estados Unidos, B Cláusula del abuelo o Grandfather Claus, C Implementation Act y jerarquía normativa de USA, 9.- El acuerdo comercial preferencial de Estados Unidos (USA) con Centroamérica y República Dominicana. Agreement (Common Law) y tratados (Civil Law), Conclusión, Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Uno de los efectos de la crisis de la deuda externa, ubicada principalmente en la década de los setentas del siglo XX, ajustes estructurales, neoliberalismo, privatización o apertura de las empresas estatales, etc., fue la multiplicación de los acuerdos comerciales preferenciales por parte de los Estados Unidos, primero en versión ALCA (Area de Libre Comercio de las Américas, que fracasa), luego el NAFTA y EL CAFTA, fabricados como *Congressional Executive Agreements* (Acuerdos ejecutivos congresionales).

Esta proliferación de acuerdos comerciales, ha puesto sobre el tapete de la discusión la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de cada país.

La Convención de Viena de los Tratados, de 1969, codifica el Derecho Consuetudinario en esta materia, estableciendo la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, incluyendo las Constituciones Políticas.

* Abogado y notario público por la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Catedrático en Derecho Público en la Universidad de Costa Rica.

1.- RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO EXTERNO

A. MONISMO

En esta perspectiva se dice que ambos derechos (local e internacional) no son sistemas jurídicos autónomos e independientes. Se da un único sistema jurídico.

En esta óptica se dan dos corrientes, al menos:

i) Monismo con primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, nacional o local

ii) Monismo con primacía del derecho nacional, local o interno sobre el derecho externo o internacional.

Existe un criterio mayoritario que avala la perspectiva i).

B. DUALISMO

El derecho local y el derecho internacional son dos sistemas jurídicos autónomos, separados e independientes (Álvarez, p. 84, 2004; Herdegen, pp. 166- 167, 2005; Teixeira, pp. 13 a 16, 2009).

2.- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS , 1969

Este instrumento jurídico internacional codifica el derecho internacional público de los tratados.

El numeral 2.1. a) define el tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

El numeral 2.2. Afirma que las disposiciones del párrafo I sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado.

El numeral 27.1 manda que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.1.

Por el derecho consuetudinario, se tiene por aceptado a nivel internacional, que los convenios específicos prevalecen sobre los tratados generales o genéricos; y, que los convenios posteriores prevalecen sobre los tratados anteriores.

Debe tenerse en cuenta estos principios originados en el antiguo Derecho Romano:

Lex posterior derogat anteriori: ley posterior deroga la anterior.

Lex posterior derogat priori: ley posterior anula la anterior.

Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali:

Ley posterior general no deroga la ley especial anterior

Conforme lo señalaremos en el punto de la cláusula de la anterioridad o del abuelo (*Grandfather Clause*), los Estados Unidos pueden invocar una norma o principio jurídico anterior de su sistema legal frente a un compromiso internacional, aplicando a la inversa el principio del Derecho consuetudinario e Internacional supracitado en los latinazos.

Para este país una norma o principio anterior puede derogar una norma internacional posterior, en base a la cláusula de la anterioridad o del abuelo.

Se recuerda que los Estados Unidos no son parte de la Convención de Viena de los Tratados de 1969.

En el Derecho Internacional existe el principio de reciprocidad. Esto quiere decir en la situación concreta del NAFTA y el CAFTA, si Estados Unidos aprueba un compromiso internacional (NAFTA Y CAFTA con la jerarquía y el rango de un *agreement (Common Law)*; y, México el NAFTA y Costa Rica, el CAFTA como tratados superiores a las leyes (*Civil Law*), En virtud de ese principio de Derecho Internacional, esos acuerdos comerciales deben ser equiparados, en su jerarquía, fuerza, potencia y rango.

Por ejemplo, la Constitución Francesa, en su artículo 55 manda:

Los tratados o acuerdos ratificados o aprobados en forma regular, tienen desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

Constitución Política de Colombia:

Artículo 150: *corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

16. *Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.*

Artículo 226. *El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.*

Artículo 227. *El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.*

Este principio de reciprocidad está incorporado en esta Carta Magna. Efectivamente, las relaciones internacionales entre los Estados deben estar sentadas sobre las bases de la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (Tangarife, pp. 234 a 238, 2004).

Lo que explica la desigualdad y la ausencia de reciprocidad entre los acuerdos comerciales que aprueban los Estados Unidos (*Common Law*) y los tratados que ratificamos los países del *Civil Law*, es el hecho de que la nación americana es una superpotencia mundial y pone las reales y efectivas reglas del juego del ajedrez del orbe.

En el caso concreto del CAFTA, existe una desigualdad enorme entre la superpotencia de Estados Unidos y los países subdesarrollados y pequeños de América Central y República Dominicana. No existe igualdad real entre estas naciones. Las relaciones evidentes y aplastantes, son entre un gigantesco país y un conjunto de pequeñas naciones pobres. El tratamiento de estas relaciones como iguales, beneficia palpablemente al país claramente fuerte y grande. La dominación, en todo sentido, de los pequeños países a cargo de la superpotencia mundial es absolutamente comprobada.

Recordemos, otro principio fundamental del derecho consuetudinario internacional ratificado en la Convención de los Tratados de Viena de 1969, es el *pacta sunt servanda*, numeral 26:

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.

3.- COSTA RICA ES PARTE DE ESTA CONVENCION A PARTIR DE 1996

Nuestro país es parte de esta convención mediante ley No. 7615 del 24 de julio de 1996.

El Gobierno de Rodrigo Carazo Odio (1978-1982) vetó el 20 de mayo de 1980, el proyecto de ley que aprobó esa convención, el 16 de abril de 1980, por considerar que contenía disposiciones que violaban nuestra Constitución Política:

- El consentimiento del país se hace mediante ratificación del Poder Legislativo y no por mera firma del Poder ejecutivo,
- No deben aceptarse la aplicación provisional de los convenios,
- No se aceptaron las reservas que el Poder Ejecutivo hizo respecto de este convenio.

4.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA, 1949

Artículo 7

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

La Sala Constitucional afirmó que es irrelevante el *nomen juris* que las partes le den al tratado o acuerdo, pues será lo relevante el contenido que se derive de su naturaleza (voto 4445-95).

5.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS TRATADOS

De acuerdo con el artículo 7 de la Carta Magna, los tratados claramente tienen un rango superior (“autoridad superior”) a las leyes emanadas del Poder Legislativo.

La Sala Constitucional, en su voto 9469-07 afirmó:

El artículo 50 de la Constitución Política tiene un rango superior a cualquier disposición del tratado de libre comercio (con los Estados Unidos) (Considerando XV)

La Constitución Política tiene un rango normativo superior al acuerdo comercial (con los Estado Unidos) (Considerando XX).

6. - CIVIL LAW Y COMMON LAW

En la tradición jurídica del derecho romano- germánico-francés (Derecho continental europeo), se habla del *Civil Law*. Este es un derecho codificado y escrito, que sujeta al Estado al principio de legalidad, entre otros aspectos. Este principio implica dos facetas:

-El Estado puede actuar si existe una ley (emanada del Poder Legislativo) que lo permita,

-El Estado NO puede actuar si no hay una ley (emanada del Poder Legislativo) que lo permita.

Para el caso concreto, los países: México, de Centroamérica y República Dominicana están bajo la órbita del *Civil Law*; Estados Unidos (excepto el Estado de Louisiana; bajo la influencia del Código Napoleón -Hill & Thompson, p. 94, 1995-) está regido por el *Common Law*.

El Common Law es un sistema jurídico no escrito, fundado en los casos, jurisprudencia de los tribunales, en la costumbre y la tradición. Es un derecho originado en Inglaterra (Picard, p. 88, 1996; Oran, p. 100, 2000; Clapp, p. 91, 2000).

7.- PRUEBAS, ENTRE OTRAS, QUE LOS TRATADOS, CONVENIOS, ACUERDOS INTERNACIONALES TIENEN UN RANGO SUPERIOR AL DERECHO INTERNO (INCLUYENDO LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA)

7. A. PRUEBAS A TÍTULO DE EJEMPLO .

a - Cláusulas del acuerdo comercial con los Estados Unidos (en adelante “acuerdo”):

10.22 el tribunal de arbitraje decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este tratado y con las normas aplicables del derecho

internacional, siendo la interpretación que haga la comisión de libre comercio, de cumplimiento obligatorio para el panel arbitral.

1.2.2 las partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1- objetivos- y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.

b - Sentencia del tribunal arbitral en el asunto Alabama, entre Estados Unidos y Gran Bretaña. 1872.

c - Sentencia del tribunal arbitral en el asunto Montijo, entre Colombia y Estados Unidos, en el cual se afirmó que el tratado internacional prevalecía sobre la Constitución Política de Colombia. 1875.

d- Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el intercambio de poblaciones griegas y turcas. 1925.

e- Asunto Georges Pinson, entre Francia y México. 1928.

f- Declaración de los derechos y deberes de los Estados, de la Organización de Naciones Unidas, artículos 13 y 14:

La soberanía del Estado está subordinada a la supremacía del derecho Internacional. 1949.

g - Convención de Viena sobre los tratados de 1969, artículos 27 y 46.1: .Ratifican la costumbre internacional de que los Estados no pueden alegar las disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento en la ejecución de un tratado.

7. B. Esta prueba la subrayo y destaco por su relevancia en nuestro país y por su contenido: *Laudo arbitral firmado en Roma el 26 de junio de 1998, en el cual Costa Rica pierde ante Italia. Caso del dique seco en el puerto de Caldera.*

Los árbitros de este panel fueron:

Pierre Lalive, Presidente. Profesor honorario de la Universidad de Ginebra. Suizo.

Luigi Ferrari Bravo. Profesor y Presidente del Instituto Internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT). Italiano.

Rubén Hernández Valle, Profesor. Embajador de Costa Rica en Roma . Costarricense.

Algunos de los aspectos de este laudo arbitral afirman:

- La República de Costa Rica funda una parte sustancial de su argumentación sobre su derecho constitucional (apartado III, en derecho, punto 43).

- Bastará con recordar el principio fundamental en Derecho Internacional de la preeminencia de este derecho sobre el derecho interno (opinión consultativa de la Corte Internacional de Justicia del 26 de abril de 1988) (apartado III, en derecho, punto 44; apartado IV, argumentos y conclusiones de las partes, punto 45).

- Esta preeminencia ha sido consagrada por la jurisprudencia, desde la sentencia arbitral rendida en Ginebra el 14 de setiembre de 1872, en el caso de Alabama entre Estados Unidos y la Gran Bretaña (apartado III, en derecho, punto 44).

- Caso de las “Comunidades” greco-búlgaras, en donde la Corte Permanente afirmó que:

Es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que las disposiciones de una ley interna no podrían prevalecer sobre aquellas de un tratado (apartado III, en derecho, punto 44).

- En el caso Georges Pinson (entre Francia y México) se afirmó que el tratado es superior a la Constitución Política (apartado III, en derecho, punto 45).

- La Convención de Viena sobre los tratados es expresión del Derecho Internacional Consuetudinario, por el cual una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificante para la no ejecución de un tratado (apartado III, en derecho, punto 46; apartado IV, argumentos y conclusiones de las partes, puntos 27 y 34).

- En el conflicto del tratado Cañas- Jerez de 1858, Nicaragua argumentó en base a su Constitución Política y Costa Rica priorizando el tratado sobre la Carta Magna de Nicaragua. El Laudo Cleveland de 1888 le dio la razón , por cuanto el derecho internacional está por encima del derecho interno (apartado III, en derecho, punto 47).

- Igual criterio se aplicó en el caso de Guinea Bissau y Senegal, al tenor del intercambio de notas del 26 de abril de 1960 (apartado III, en derecho, punto 48).

Este panel arbitral, por unanimidad, resolvió entre otros aspectos:

- (I. e.) que el crédito de la República italiana y/o del Mediocredito Centrale (convención financiera suscrita el 1 de agosto de 1985, con la cual el Mediocredito Centrale, en su calidad de mandatario del Gobierno Italiano, concede al INCOP, su calidad de mandatario del Gobierno de Costa Rica, un crédito de ayuda de USD 12.900.000, con respecto a la República de Costa asciende a una suma de USD 15 millones, comprendiendo el capital e interés apreciados globalmente y que esta suma debe ser reembolsada según modalidades de pago a convenir directamente por las partes dentro del contexto general y con el espíritu de sus relaciones en conjunto y sus acuerdos de cooperación para el desarrollo, tomando en cuenta los lazos tradicionales de amistad que los unen y que han sido recordados, especialmente, en el Compromiso Arbitral del 11 de septiembre de 1997;

- II. Se fallan las costas del presente arbitraje en la suma de USD 120.000 (...) las costas serán sufragadas por partes iguales entre las Partes.

Hecho en Roma, asiento del Arbitraje, el 26 de junio de 1998.

7. C. TESIS DE MAESTRÍA DE GIOVANNI PERAZA RODRÍGUEZ,

En la tesis de graduación de la Maestría Profesional en Diplomacia, Universidad de Costa Rica, el *M. Sc. Giovanni Peraza Rodríguez*, hace un análisis en profundidad de este asunto con el título de Medios de solución pacífica de las controversias y conflictos internacionales aplicados por Costa Rica. Caso de estudio: el arbitraje de la convención financiera suscrita por Costa Rica e Italia en 1985, presentada ante el jurado respectivo, del cual fui el Presidente, el 6 de octubre del 2010.

De esta Tesis de Maestría, selecciono esta información:

- Costa Rica no ha cumplido con lo que el laudo la condenó a cumplir, desde 1998.

Por esta razón, Italia ha suspendido la cooperación con el país.

Este convenio financiero para construir una obra (dique seco en el puerto de Caldera), nuestro país no lo pagó ni la obra se hizo.

- El autor de esta Tesis, afirma que Costa Rica debe honrar el pago a Italia, el cual no ha hecho. Agregando que falta voluntad política del Poder Ejecutivo, dado que no hay actitud de honrar lo adeudado (p. 76). Señalando que de persistir las condiciones hasta hoy, es probable que no se solucione la diferencia jurídica y financiera en cuanto a la deuda (p. 77).

- Con fecha 22 de junio del 2010, el Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica, firma una carta, que le remitió al embajador de Italia en Costa Rica, diciéndole que en cuanto a la deuda que tiene Costa Rica con Italia, se le propone hacer un canje de deuda por naturaleza, para la reducción de emisiones de CO₂.

- Costa Rica e Italia acordaron una Convención de arbitraje obligatorio el 8 de enero de 1910.

- Costa Rica aprobó por ley 7025 del 17 de marzo de 1986 un convenio marco de cooperación con Italia.

- El 11 de setiembre de 1997, Italia y Costa Rica acordaron un compromiso arbitral.

En su artículo 2 acordaron que el tribunal arbitral estaría compuesto por: Prof. Luigi Ferrari-Bravo, nombrado por el Gobierno de Italia; Prof. Rubén Hernández, nombrado por el Gobierno de Costa Rica y el Prof. Pierre Lalive, con funciones de presidente, designado de común acuerdo entre los dos árbitros citados.

El periódico costarricense *La Nación*, informó el 30 de mayo del 2012 (página 14) que la Presidenta Laura Chinchilla descubre en su visita a Roma que Costa Rica pagó la deuda con Italia. (Es confesión de que no lo sabía; posteriormente el embajador de Costa Rica en Italia, le comunica que efectivamente el arreglo ya se hizo). La embajada costarricense confirmó que desde diciembre del 2010, ese arreglo se había hecho. Por mi parte, indico que los documentos de ese arreglo no se hicieron públicos, confirmándose así la importancia de los principios de transparencia y certeza en la gestión de gobierno, que en este caso concreto estuvieron ausentes, como es lo acostumbrado en las esferas oficiales.

8.- POSICIÓN DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Por lo que respecta a los acuerdos comerciales que ha aprobado este país, se califican de acuerdos (agreements) ejecutivos congresionales. Requieren de una ley para que se incorporen al sistema jurídico de USA, conocida como Implementation Act. Esto implica que las normas internacionales requieren de una ley para ser incorporadas a este sistema (Peña, pp. 104 y 105, 2010).

A. SISTEMA JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS

El artículo VI de la Constitución de este país manda que:

Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que de ellas dimanen, y todos los tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán la Ley Suprema de la Nación (...).

Los acuerdos ejecutivos congresionales (*Congressional Executive Agreements*), requieren de una ley de ejecución, la llamada *Implementation Act*, para su incorporación al sistema legal de este país. Estos acuerdos no son tratados (*treaties*), en este sentido no tienen el respaldo constitucional de modo expreso.

Estos acuerdos provienen del Poder Ejecutivo, el cual los envía al Poder Legislativo, para su aprobación por mayoría simple. Los tratados para ser aprobados por el Poder Legislativo requieren de mayoría calificada (dos terceras de los miembros) (artículo II, sección 2).

Esta situación, del requisito de la mayoría calificada respecto de los tratados, ha hecho que el Poder Ejecutivo prefiera los acuerdos congresionales a los tratados.

Así, por ejemplo el NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) y el CAFTA (*Central American Free Trade Agreement*). Los cuales requieren obligadamente la *Implementation Act* (Ley de implementación) para ser incorporados al sistema jurídico de los Estados Unidos.

B. CLÁUSULA DEL ABUELO O GRANDFATHER CLAUSE

También se le conoce como *cláusula de anterioridad*.

Mediante esta cláusula o principio del derecho estadounidense, se privilegia la aplicación del derecho de los Estados Unidos, anterior a los compromisos internacionales (acuerdos ejecutivos).

En otras palabras, si el CAFTA O el NAFTA, contradice o se opone al derecho consuetudinario o a leyes de los Estados Unidos, prevalece el sistema jurídico de USA.

Esta cláusula forma parte de la *Implementation Act* o *Implementation Bill*.

Esta cláusula o excepción jurídica se introduce en cualquier ley, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de leyes anteriores, pues se establece que, en caso de conflicto, la ley anterior prevalece sobre la ley posterior. Esta cláusula se extiende también a los principios orientadores del *American Law*.

Este principio del *Common Law* se opone al del derecho consuetudinario que sostiene que la norma posterior deroga la norma anterior (*lex posterior derogat anterior*) (Peña, pp. 126 a 132, 2010).

Para Costa Rica, este acuerdo comercial es un tratado, así lo aprobó por referéndum el pueblo costarricense el 7 de octubre del 2007. Para los Estados Unidos se trata de un *agreement* (acuerdo) que tiene un rango inferior en el *American Law*.

C. IMPLEMENTATION ACT Y LOS AGREEMENTS

El acuerdo comercial (*Congressional Executive Agreement*) en los Estados Unidos fue aprobado así:

En Cámara de Representantes: a favor 217 en contra 215 (28 de julio del 2005).

En el Senado: a favor 54 en contra 45 (28 de junio del 2005)

El Poder Ejecutivo lo firma como Ley el 2 de agosto del 2005.

En el propio Poder Legislativo de USA hubo resistencia marcada a votar a favor del CAFTA.

Indicamos lo que dice la:

Sección 102 de la *Implementation Act* o *Implementatation Bill* (texto en español, traducción libre)

Relación del acuerdo la Legislación de USA y con la legislación estatal.

(a) Relación del acuerdo con la Legislación de USA.

(1) La legislación de USA prevalece en caso de conflicto. Ninguna disposición del Acuerdo, ni la aplicación de la misma a cualquier persona o circunstancia, que sea inconsistente con cualquier ley de USA, tendrá efecto .

(2) Interpretación.-Nada en esta Ley será interpretado: (A) para enmendar o modificar cualquier ley de USA o (B) para limitar cualquier autoridad conferida bajo cualquier ley de USA, a menos que sea previsto en esta Ley.

(a) Relación del acuerdo con la Legislación Estatal.-

(1) Disputa Legal.-.Ninguna legislación estatal, o su aplicación, puede ser declarada inválida para cualquier persona o circunstancia, sobre la base de que la disposición o su aplicación, sea inconsistente con el Acuerdo, excepto en un acto interpuesto por USA con el propósito de declarar inválida tal legislación o su aplicación.

(2) Definición de legislación estatal.

Para los propósitos de esta Sub-sección, el término legislación estatal incluye:

A) Cualquier ley de una subdivisión política de un Estado; y

B) Cualquier ley estatal que regule o grave con impuestos el negocio de los seguros (Mora, pp. 22-23, 2006).

(La versión en inglés se puede consultar como: Text of H R 3045: Dominican Republic- Central America – United States Free trade Agreement Implementation Act en : <http://www.govtrack.us/congress/bill text.xpd>).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el acuerdo tiene un rango inferior al íntegro derecho de los Estados Unidos (*American Law*).

En cambio para Costa Rica, este acuerdo comercial preferencial, es un tratado, superior a todas las leyes del país. La desigualdad jurídica es un hecho probado.

Por medio de esa *Implementation Act* o *Implementation Bill*, USA afirma que las normas internacionales no tienen validez dentro de su sistema jurídico, necesitando un ley interna que la confiera (Peña, pp. 104, 105 y 117, 2010).

9.- EL ACUERDO COMERCIAL PREFERENCIAL DE ESTADOS UNIDOS CON CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA. AGREEMENT (COMMON LAW) Y TRATADOS (CIVIL LAW).

De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, FMI, estos compromisos que adquiere Estados Unidos en materia comercial, se llaman acuerdos comerciales preferenciales.

Efectivamente, los economistas que asistieron a la Conferencia del Fondo Monetario Internacional, FMI, sobre Comercio Exterior, 2004, los denominaron acuerdos comerciales preferenciales.

Por ello, en lugar de acuerdos de libre comercio sería más acertado denominarlos acuerdos comerciales preferenciales, pues únicamente reducen las barreras comerciales entre los país suscriptores.

Además estos economistas del FMI, señalan que una conclusión fundamental sobre las políticas de comercio preferencial —ya sean acuerdos comerciales o reducciones arancelarias para exportaciones de los países en desarrollo— no equivalen a una liberalización del comercio (Stephen Tokaric, Robert Lawrence en el Boletín del Fondo Monetario Internacional del 15 de noviembre y 20 de diciembre del 2004, Conferencia del FMI del 19 de octubre del 2004, sobre Comercio Exterior organizada por su Departamento de Estudios).

Tokarick, economista principal del Departamento de Estudios del FMI afirmo que, en esa Conferencia del FMI, se concluyó que las políticas de comercio preferencial no siempre son beneficiosas. De hecho, podrían ser perjudiciales a los países que las adoptan. Recordando que los países en desarrollo no subvencionan al sector agrícola, sino que lo gravan (*idem*).

Estos convenios o acuerdos no son —ni pretenden ser- modelos de desarrollo económico, sino mecanismos para integrar mercados y mejorar las condiciones de acceso a entre ellos; y para crear plataformas comerciales con reglas más claras, conocidas y transparentes que reduzcan los costos de transacción. Por si solos, estos acuerdos, no están diseñados para combatir la pobreza y eso tiene que estar muy claro.

El énfasis reside en los flujos de inversión extranjera y el acceso a los mercados internacionales dentro de procesos de liberalización comercial (Angel Gurría, en: Eduardo Lizano y Grettel López, pp. 66 y 179, 2004).

Los acuerdos de comercio no garantizan el libre comercio. Esto se debe a que los Estados Unidos utilizan muchas medidas proteccionistas para bloquear las mercancías extranjeras.

Estos acuerdos comerciales frecuentemente son asimétricos: el Norte, que conserva barreras comerciales y subsidia a sus propios agricultores, insiste en que el Sur abra sus mercados y elimine los subsidios (Joseph Stiglitz, San José; El financiero, 23 de febrero— 2 de marzo del 2003, p. 38; Romero Pérez, pp. 111 a 113, 2006).

También hay que aclarar que es falso que estos acuerdos comerciales sean de libre comercio. El mundo está repartido entre las aproximadamente 560 empresas transnacionales.

El libre comercio no existe. Lo que sí existen son mercados oligopólicos y duopólicos, es decir, controlados por unas pocas empresas de capital transnacional.

Además de que tanto Estados Unidos como Europa practican el proteccionismo; y, el subsidio a la agricultura.

Estos convenios tienen como objetivo establecer zonas o áreas comerciales.

CONCLUSIÓN

El derecho internacional, de acuerdo a la Convención de Viena de los tratados, de 1969, tiene un rango superior al derecho interno, local o nacional (incluyendo la Carta Magna). En el marco del objetivo de esta investigación, el acuerdo comercial con los Estados Unidos tiene prioridad (como derecho externo que es) respecto del derecho nacional en su totalidad.

Las relaciones comerciales establecidas mediante la herramienta del tratado (Costa Rica, Centroamérica y República Dominicana) y del agreement para los Estados Unidos, implica una situación desigual y dominante por parte de la nación americana, otorgándole un probado beneficio, en perjuicio de estas naciones pequeñas y subdesarrolladas. Este hecho es notorio, probado y cierto. Pero, a la vez, es normal que suceda entre la nación más desarrollada del mundo y un zona pobre como Centroamérica y el Caribe. La historia enseña y muestra las relaciones entre bloques de poder fuertes y los débiles. No hay nada nuevo bajo el sol.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, Carlos *América Latina en la encrucijada* (México: Contrahistorias, 2005)

ALVAREZ, Luis, *Derecho internacional público* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004)

ALVAREZ, José et al. *Tratado de libre comercio. Aproximación académica* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005).

ANGEL, Marcia, *La verdad acerca de la industria farmacéutica* (Bogotá: Norma, 2006).

ANTILLÓN, Walter, *TLC: un ataque a los derechos del pueblo*. (San José: Juricentro, 2007).

ARLEY, Amada *Más allá del TLCAN* (México: Porrúa- UNAM, 2011)

BARCELÓ, Daniel *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005).

BARRANTES, Claudia y Erick Rincón (coordinadores) *Aproximación jurídica al tratado de libre comercio* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2005)

BARRON, Jerome; Thomas Dienes *Constitutional Law* (St. Paul, Minneapolis: West Group, 2003)

BAUDRIT CARRILLO, Luis, *Inconstitucionalidades en el TLC, a pesar del dictamen de la Sala IV* (San José: Universidad de Costa Rica, 2007).

BECERRA, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006).

_____ *La propiedad intelectual en transformación*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004).

BORJA, Arturo, coordinador *Para evaluar al TLCAN* (México: Miguel Angel Porrúa, 2001)

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law* (New York: Oxford University Press, 2003)

CALDERÓN, Cuauhtemoc; Víctor Cuevas (coordinadores) *Integración de México en el TLCAN* (México: Miguel Angel Porrúa-UAM, 2011)

CLAPP, James, *Dictionary of the Law* (New York: Random House Webster's, 2000)

CRUZ, Rodolfo, *El arbitraje* (México: UNAM- Porrúa, 2004) *Solución de controversias en el NAFTA* (México: Porrúa, 2002).

DE OLLOQUI, José, *Jornadas sobre México y los tratados de libre Comercio* (México; Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2003).

DIEZ DE VELASCO, Manuel *Instituciones de derecho internacional público* (Madrid: Tecnos, 2003).

DIEZ DE VELASCO, Manuel *Instituciones de derecho internacional público* (Madrid: Tecnos, 2003)

ENRIQUEZ, José *Derecho económico internacional* (México: Porrúa, 2006)

EVANS, Peter et al *La globalización y el orden jurídico* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007)

FLORES, Cecilia *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial* (México: ed. Themis, 2010)

FRIEDMAN, Lawrence, *Breve historia del derecho estadounidense* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2007).

FUMERO, Gerardo *El Estado solidario frente a la globalización.* (San Jose: Zeta, 2006).

GALVÁN, Juana (Presentación) *Arbitraje y solución alternativa de controversias.*

_____ *El caso de Costa Rica* (San José: Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, 2006)

GAMBRILL, Mónica, editora *Diez años del TLCAN en México* (México: Instituto de Investigaciones Económicas , UNAM, 2006).

GÓMEZ- Robledo, Alonso. *Temas selectos de derecho internacional.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2003).

GÓMEZ, Ignacio. *Derecho de los negocios internacionales.* (México: Porrúa, 2006).

GONZÁLEZ, María. *Teorías acerca de la soberanía y la globalización.* (México: Porrúa , 2005).

GUERRERO, Omar *El neoliberalismo* (México: Fontamara, 2009)

GUTIÉRREZ, Ana; Andrés León (editores) *Unión Europea- Centroamérica en el marco de las negociaciones de un Acuerdo de Asociación* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2011)

HENAO, Iavier. *Todo sobre el referendum* (Bogota: Temis, 2003).

HERDEGEN, Matthias *Derecho internacional público* (México: UNAM, Fundación Konrad Adenauer , 2005)

HILL, Gerald & Kathleen Thompson *Real Life Dictionary of the Law* (Los Angeles, USA: General Publishing Group, 1995)

HOCH, Allison et al *For Copyright Law* (New York: Law Review Publishing, 2001)

KUCZYNSKI, Pedro- Pablo and John Williamson, editors. *After the Washington Consensus* (Washington DC: Institute for International Economics, 2003).

LEYCEGUI, Beatriz y Rafael Fernández *¿ Socios naturales? Cinco años del tratado de libre comercio de América del Norte* (México: ITAM, Miguel Porrúa, 2000)

LIZANO, Eduardo y Grettel López *Economía costarricense y tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América* (San José: Academia de Centroamérica, 2004).

LÓPEZ- Bassols, Hermilo *Los nuevos desarrollos del Derecho internacional público* (México: Porrúa, 2008)

LÓPEZ, Hermilo. *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos* (México: Porrúa, 2003).

LÓPEZ, José *Sistema Jurídico del Common Law* (México: Porrúa, 2005).

LOWENFELD, Andreas *International Economic Law* (New York: Oxford University Press, 2003)

MANAVELLA, Carlos. *Guía para la lectura del voto 9469-07 de la Sala Constitucional sobre la consulta del proyecto del TLC-USA* (San José: revista Iustitia, año 21, No. 247- 248, 2007).

MELGAR, Mario *La Suprema Corte de Estados Unidos* (México: Porrúa-UNAM, 2012)

MILLER, Arthur; Michael Davis *Intellectual Property* (St. Paul, Minneapolis: West Group, 2000)

MORA, Henry *Doce ensayos por la dignidad nacional, la soberanía y el derecho al desarrollo* (San José: DEI , 2006)

_____. *101 razones para oponerse al tratado de libre comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos* (Heredia: UNAM, 2004)

MORINEAU, Marta *Una introducción al Common Law* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2009).

MURILLO, Manuel María, editor. *Propuesta de marco conceptual y jurídico para el fortalecimiento del Instituto Costarricense de Electricidad y la Regulación de las telecomunicaciones en Costa Rica* (San José: Universidad de costa Rica, 2006) Editor. *Roces constitucionales del tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América.*(San José: Universidad de Costa Rica, 2007)

NEGRO, Sandra *Derecho de la Integración* (Buenos Aires: editorial B de F, 2010)

NIETO, José *Organización económica internacional y globalización* (Madrid : Siglo XXI, 2005)

ORAN, Daniel *Dictionary of the Law* (Canada: West Legal Studies, 2000)

OSTERLOF, Doris y Juan Manuel Villasuso. *Las agendas complementarias al CAFTA- DR en Centroamérica* (San José: red LATN, 2007).

PACHECO, Filiberto. *Derecho de la integración económica* (México: Porrúa, 2002)

PEÑA, Helen *La validez jurídica de la cláusula de anterioridad en la implemation Act en la legislación americana* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010)

PEÑA, Rosa. *Preferencias en el comercio internacional.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006)

PERAZA, Giovanni *Medios de solución pacífica de las controversias y conflictos internacionales aplicados por Costa Rica. Caso de estudio: el arbitraje de la convención financiera suscrita por Costa Rica e Italia en 1985* (San José: Tesis de Maestría Profesional en Diplomacia, Universidad de Costa Rica, 2010).

PÉREZ, Rafael. *Derecho de la propiedad industrial* (México: Porrúa, 2001) *Régimen internacional y nacional de la inversión extranjera* (México: Porrúa, 2011)

PICARD, Linda (editor) *Dictionary of Law* (USA: Merriam Webster`s , 1996)

PICCATO, Antonio. *Ideología y Constitución* (México: UNAM-Porrúa, 2005)

PUYANA, Alicia y José Romero (coordinadores) *El sector agropecuario y le tratado de libre comercio de América del Norte*. (México: El Colegio de México, 2008).

_____ *Diez años con el TLCAN . Las experiencias del sector agropecuario mexicano* (México: El Colegio de México, FLACSO, 2008).

RAMÍREZ OCAMPO. *El impacto del TLC en lo economía colombiana* (Bogotá: Norma,2007)

REAL, Gabriel *Integración económica y medio ambiente en América Latina* (Madrid: Mc Graw Hill, 2000)

REMIRO, Antonio et al *Derecho Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007)

RODRÍGUEZ, Marcos, coordinador *Supremacía Constitucional* (México: Porrúa, 2009)

RODRÍGUEZ, Sonia *El sistema arbitral del CIADI* (México: Porrúa, 2006)

_____ y Herfried Woss (coordinadores) *Arbitraje en materia de inversiones* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010)

ROJAS, Santiago y María Lloreda. *Aspectos jurídicos del tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos* (Bogotá: Norma, 2007)

ROMERO- Pérez, Jorge Enrique. *Derecho administrativo especial. Contratación administrativa*. (San José: EUNED, 2002).

_____ *Contratación pública internacional* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 90, 1999, Universidad de Costa Rica- Colegio de Abogados).

_____ *Contratación Pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003).

Tratado de libre comercio . Estados Unidos- Centroamérica y República Dominicana (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Costa Rica, 2006)

Sala Constitucional, voto No. 9469-07. Análisis y comentario. Sentencia sobre el CAFTA (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de costa Rica, 2006)

Derecho de los tratados (San José: Universidad de costa Rica-Colegio de Abogados. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 108, 2005)

Las “cartas adjuntas” y el acuerdo comercial con los Estados Unidos (San José: Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 117, 2008)

Notas sobre el problema de la Constitución Política (San José: EUNED, 1994)

RONDEROS, Carlos *El ajedrez del libre comercio* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2006)

SALBUCHI, Adrián. *El cerebro del Mundo. La cara oculta de la globalización* (Córdoba, Argentina: Eds. del copista, 2001).

SANTANA, Adalberto (coordinador) *Costa Rica en los inicios del Siglo XXI* (México: UNAM, 2008)

SEGOVIA, Alexander *Integración real y grupos de poder económico en América Central* (San José: Fundación Friedrich Ebert, 2005; Revista Estudios Centroamericanos, Nos. 691-692, 2006, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”)

SUAZO, Javier *Honduras: sector agroalimentario y RD- CAFTA* (Tegucigalpa: Ediciones Guadabarranco, 2010)

TANGARIFE, Marcel. *TLC con Estados Unidos. Fundamentos jurídicos de la negociación* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2004).

TEIXEIRA, Carla *Direito Internacional* (Sao Paulo: Editora Saraiva, 2009)

VARGAS, Thelmo. *Reformas económicas en Costa Rica: las adoptadas en 1985- 2005 y las reformas pendientes*, en : Luis Mesalles y Oswald Céspedes, editores, *Reformas para el crecimiento económico de Costa Rica*, San José : Academia de Centroamérica, 2007.

VEGA, Gustavo *El tratado de libre comercio en América del Norte* (México: El Colegio de México, 2010) et al *México, Estados Unidos y Canadá : resolución de controversias en la era post- TLCAN.*(México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM,2004).

_____ *Las prácticas desleales de comercio en el proceso de integración comercial en el continente americano : la experiencia de América del Norte y Chile.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001)

VILLAGRÁN, Francisco *Derecho de los tratados* (Guatemala: Editores F & G, 2003)

VILLARROEL, Darío. *Derecho de los tratados en las Constituciones de América* (México: Porrúa, 2004)

WALLS, Rodolfo. *Los tratados internacionales y su regulación jurídica en el derecho internacional y el derecho mexicano* (México: Porrúa, 2001).

WILLIAMSON, John. *El cambio en las políticas de América Latina* (México: Gernika, 1991) Editor. *Latin American Adjustment : How Much Has Happened.* (Washington DC: Institute for International Economics, 1990).

WITKER, Jorge, coordinador. *El tratado de libre comercio de América del Norte. Evaluación jurídica, 10 años después.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005). Compilador. *El Área de Libre Comercio de las Américas, ALCA* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004).

_____ y Joaquín Piña *Régimen jurídico de comercio exterior* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010).

Texto del CAFTA: Imprenta Nacional, publicación del martes 22 de noviembre del 2005. Imprenta Nacional, publicación del viernes 26 de enero del 2007.

VISIÓN REFLEXIVA DE LA RELACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO CON LOS DERECHOS HUMANOS

DR. JOSÉ FRANCISCO PEDRO PÉREZ HERNÁNDEZ*

Con mi agradecimiento sincero a los organizadores del presente evento, inicio considerando que el momento me exige, puntualizar con todo cometido el contenido del tema.

El marco que en forma muy clara y definitiva circunscribe la presente participación, está formada por un conjunto de realidades de naturaleza jurídico-filosófica, representando la conexión de normas vigentes que se anclan en el documento Constitucional, en sus normas reglamentarias, como reguladoras de la vida ciudadana en un territorio, que en este caso es el Territorio de los Estados Unidos Mexicanos.

La presente reflexión se ve fortalecida por las recientes reformas que los órganos legislativos en funciones, han llevado a cabo sobre el tema de la inclusión de los Derechos Humanos como fuente y razón prioritaria de la vida jurídico-política, que bien puede ser el resultado de la conciencias poblacional y de los resultados, que la normatividad vigente y aplicada en nuestros días, ha llevado como resultado de las insatisfacciones jurídicas experimentadas a causa de las diversas formas de aplicación en el llamado Estado de Derecho, que se supone debe dirigir la conducta de los pobladores, y por lo mismo ha provocado una actitud evaluatoria en el ámbito de la operatividad respecto de la administración de justicia.

Para entender mejor los cambios jurídico-políticos actuales, es indispensable traer a colación los acontecimientos de la misma naturaleza jurídico-política que en tiempos pasados devinieron en los proyectos que nos ocupan.

Iniciaba la década de los 90' cuando el mundo globalizante, detuvo sus suspicacias en la situación mexicana. Los organismos mundiales en el aspecto político y jurídico, demostraron su presión en todas sus facetas hacia nuestro país y dada la realidad observada impulsaron y comprometieron a las autoridades en turno para llevar a cabo el establecimiento de organismos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos y sus consiguientes organismos en cada una de las Entidades Federativas, con un buen propósito de erradicar la tortura y la corrupción,

Sin embargo el marco jurídico-político se mantenía sin alteración alguna, provocando consecuencias incongruentes y aplicadas aunque su contexto, no fuera integral y por lo mismo aceptable dentro de la expectativa poblacional.

El Iuspositivismo inocuo e ingenuo, como lo denominó el Dr. Enrique Cáceres en su ponencia dentro de este mismo evento, Era la principal causa y

* Egresado de la licenciatura en derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. maestría en derecho por la UNAM. Doctor en Derecho, con mención Honorífica, por la UNAM, en Derecho Constitucional y Municipal, bajo la dirección y tutoría del Doctor Jorge Fernández Ruíz. profesor por oposición en "Filosofía del Derecho" en la facultad de estudios superiores Acatlán de la UNAM.

razón del estancamiento político y jurídico en nuestro país. La absoluta legalidad, textualidad y formalidad, que lleva a la actitud ritual e inerte de la administración de justicia, es mi punto de vista que, ha provocado el fenómeno de estancamiento conceptual, y procedimental que nos caracteriza.

Por lo mismo el resto de los países, y en algunos con mayor calidad, han impulsado y dado origen al cambio que si no se percibe como fundamental, sí ha orillado a una serie de consideraciones doctrinales, sobre la actividad multidescrita.

La actividad del Licenciado en Derecho, desde la etapa formativa en las Escuelas y Universidades, en México se había circunscrito a una mera formación técnica para participar en procesos jurídicos previstos y definidos en el orden jurídico vigente dentro de nuestra realidad nacional.

La anterior aseveración, la relaciono con lo que Tomás Hobbes, describió en obra *El Leviatán*, pues en su capítulo XXVI, menciona algunos principios que caracterizaban el mundo político-jurídico de su país y de su época, a los cuales me refiero aquí en forma sintética: 1) el único que puede hacer leyes, es el soberano; 2) El único que puede decir lo que es justo o injusto, es el Soberano; 3) El único que puede dejar de cumplir sus normas, es el soberano, y 4) los sentimientos de libertad, seguridad, bien común y valores en general, sólo son buenos deseos de la población¹.

La coincidencia de lo descrito por Hobbes, puede tener diversas connotaciones, entendibles y explicables bien por el marco histórico, bien por el económico, bien por la organización en los estados europeos en el momento de su tiempo, bien por la forma en que los juristas tratan de enmarcar sus concepciones o ideas, lo cierto es que dicha similitud no es mera coincidencia conceptual, sino que es la representación de la realidad de su vida político-jurídica en los pueblos mal llamados del tercer mundo, pues sus posibilidades en cualquier aspecto, son el resultado del “Homo, homini lupus”, del mismo Hobbes que subyace en su obra, también subyace en nuestros días. Me pregunto ¿Sería necesario prolongar el análisis de los puntos de vista de Hobbes para ver su aplicación hoy en día en México?

Lo cierto es que a pesar de la resistencia al cambio jurídico-político, las reformas ya están en el texto Constitucional. Si bien no es el objetivo dejarlas como Constitución de papel, en el pensamiento de Fernando Lassalle, hoy es el momento de enfrentar la realidad en el medio, escenario de los diferentes grupos de poder, tanto ideológicos, como económicos y políticos, a fin de ofrecer a la población una mejor aplicación normativa, con un marco en el cual la interpretación jurídica, conlleve a una forma más equitativa de actividad y jurisdiccional, congruente con el texto de la reforma de junio de 2012, en el que los **DERECHOS HUMANOS** son la base de la nueva administración de justicia con equidad, según el pensamiento de Aristóteles².

Aún cuando en los comentarios actuales de los juristas, no existe un consenso y uniformidad sobre el término de derechos humanos, lo que sí es claro que en ellos o bien equivalen o bien se incluye la idea y presencia de los valores

¹ HOBBS, Tomás, *El Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México 2004, Cap. XXVI.

² ARISTOTELES, *La política*, Austral, No. 239, MÉXICO 1991, pág. 24.

innatos o connaturales al ser humano, con lo cual se supera el cuarto punto del sistema inocuo del iuspositivismo, al dejar éstos de ser simples deseos de la población y por el contrario pasan a ser la base de la nueva administración de justicia, exigiendo congruentemente tomar en cuenta su garantía, a través de normas jurídicas conducentes, a fin de propiciar un orden jurídico proactivo, evolutivo y anclado no sólo en la justicia, sino básicamente en la equidad, como elemento que precisa a la justicia.

Es en este sentido que se justifica la reflexión filosófica con el fin de dar acción y vitalidad al orden jurídico. Desde luego que con esta dinámica, se enfrenta, no como enemigos, sino como oportunidades de superación, precisión y respuesta, las actitudes inertes, a los mismos formulismos dentro de la práctica judicial, otrora característica del proceso formulario de Roma, pues con ello se llega a un reto para la memoria, olvidando los razonamientos, característicos de los seres humanos, ya que se pretende dar mayor valor a expresiones axiomáticas, como verdades absolutas, olvidando que la verdad es relativa en la actividad encaminada a demostrar la realidad de los hechos que se investigan o garantizan, en beneficio de los justiciables. Así es como la misma argumentación jurídica actual, busca respuestas alternativas, justificadas o justificables en el ámbito normativo y procesal, eliminando los textos rígidos e inmodificables de las normas positivadas.

Por otro lado un elemento importante dentro de la presente reflexión, es tomar muy en cuenta que la norma jurídica está dirigida a controlar la conducta de los seres humanos. Y es bien cierto que la conducta humana tiene un elemento distintivo que es su **probabilidad**, ya que jamás puede ser garantizada su realización y cumplimiento, mucho menos con la misma forma y calidad, provocando la necesidad de interpretar y adecuar el contenido de la norma a la conducta, en un sentido inverso a lo que es acostumbrado llevar a cabo, esto es que se tipifica la conducta en la norma, en fin ¿será lógico y procedente la mecánica enunciada?, En este sentido las nuevas técnicas de argumentación jurídica, es lo que inducen, para una mejor administración de justicia.

Relativo al tema comentado, en el párrafo anterior, menciono el contenido del último párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Aprovechando el momento histórico de la presente reflexión, comento que ya se tiene abierta la posibilidad para superar la característica rígida y exclusivista del Iuspositivismo, y por lo mismo se da paso a la inclusión de técnicas de interpretación existentes, ya que en el mismo texto no se determina método exclusivo; además la referencia que se hace respecto del recurso hacia los **Principios Generales de Derecho** ofrece la profundización de sistemas jurídicos complementarios para mejor administrar la justicia con equidad.

Es el momento en que es inevitable, dentro de la presente reflexión con carácter filosófico-jurídica, la referencia a una actividad investigadora sobre el tema del Orden Jurídico, me refiero a la REINGENIERÍA JURÍDICA, como una actividad investigadora de hoy en día, a partir la teoría administrativa de *Reingeniería de procesos*, con el fin de alcanzar mejoras significativas en costos, calidad, servicio y rapidez. Para ello es indispensable una reconcepción holística, incluyendo cuestionamientos tales como: ¿por qué hacemos lo que hacemos?, ¿por qué lo hacemos como lo hacemos?. Un proceso analítico es el adecuado para llevar a cabo un mejor estudio, una mejor aplicación y una mejor interpretación del orden normativo vigente.

El desempeño analítico y jurista sobre la reingeniería jurídica, requiere de un proceso a menudo lento por su estructura y naturaleza, ya que se fundamenta en la disposición que los actores, expertos o funcionarios puedan adoptar, respecto del reto; de esta forma la voluntad crítica es como un punto de partida, donde la disponibilidad epistémica y epistemológica, serán el motor de la forma de percibir, aplicar e interpretar el texto normativo, al analizar no solo su expresión gráfica, sino escudriñando el referente y su contenido referido, con una acción que supera la actitud mecánica e irracional, al aceptar en forma pasiva que el legislador ya incluyó y agotó todos los tipos posibles de conducta, a los que se aplicará la norma establecida.

Desde luego en un avance lógico, se pervendrá a una investigación o estudio natural y comprometedor y abierto en el mundo del pensamiento jurídico, sin importar el origen de la fuente o de su análisis. Aquí es donde la aportación que los juristas han alcanzado o pueden alcanzar, serán elementos para mejorar y perfeccionar el mundo jurídico desde su planeación, su elaboración, discusión y su ámbito jurisdiccional, para que hoy en día la norma jurídica se integre en el mundo de los valores, con el cometido de alcanzar una justicia con equidad.

Será un proceso que se sustentará en el contenido de la Teoría Jurídica y la propia Filosofía Jurídica, como componentes de una ciencia única, cuya referencia es inevitable y enriquecedora, para obtener el marco necesario a fin de afrontar la Reingeniería Jurídica. Pienso que a través del panorama que pudiera abrirse, al tomar como punto de partida los temas que dichas materias presentan, se enriquecen los puntos medulares que integran el mundo jurídico.

El primer efecto que se produce con la Reingeniería Jurídica es visualizar el amplio horizonte que, el Orden Jurídico presenta a los ojos e inquietudes del investigador jurista, a fin de acercar e integrar la conjunción entre las normas jurídicas y la conducta que trata de regular, encargando dicha responsabilidad a la autoridad jurisdiccional, y junto con ellos al conjunto de expertos convocados a intervenir tanto en su aplicación como en la garantía de los derechos humanos de los justiciables. Es así como el texto normativo se enriquece a partir de su contenido y de su fin, facilitando la actividad jurídica en beneficio de todos los que en manera directa o indirecta intervienen o se benefician por su análisis, revisión y perfección normativa. Se justifica así la idea central de toda la historia del pensamiento humano, propiciando en lo futuro una mejor administración de justicia con equidad.

En el mismo sentido, la búsqueda crítica que se adopta, permite percibir nuevas alternativas de concepciones jurídicas, surgidas en la diversidad de las diferentes corrientes de pensamiento, o bien en los diferentes sistemas que en

forma unilateral, han estructurado a los ámbitos jurídicos, propios de los pueblos en su marco histórico. Considero que a estas alturas de la situación jurídica en el mundo la exclusividad de un solo sistema jurídico, puede adolecer de limitantes estructurales muy preocupantes y limitadas en la administración de justicia. La pretendida exclusividad estructural de un sistema jurídico, otrora ideal, hoy se considera como limitado e insuficiente, para responder a las necesidades y pretensiones de la población actual, con formas ideológicas, económicas y políticas, caracterizadas por la complejidad creciente como si fuera el nudo gordiano del siglo XXI.

Como un tema central, es conveniente no olvidar que la función del orden jurídico, dentro de su devenir histórico y hoy más que nunca, con un cariz que rebaza lo tradicional, inerte y pasivo que hemos heredado, como distintivo del ejercicio profesional en un marco del sistema juspositivista nos impele a buscar su eficacia, dentro de su garantizada vigencia.

Así, lo que en su tiempo, fue una norma con expresión categórica, unilateral de la máxima autoridad fuese unitaria o bien colegiada, es inevitable que en nuestro momento histórico exija la consulta y la participación de la población (elemento fundamental del Estado), a fin de obsequiar la oportunidad para expresar su sentir, al intervenir e influenciar, desde el momento de la planeación, la elaboración, la aplicación y la interpretación de una norma jurídica; con el hecho de expresar su parecer y valoración de su contenido, se puede propiciar una vigencia bilateral y permanente, comprendiéndose a sí misma, como una población autoregulada y por lo mismo comprometida en su observancia y cumplimiento.

Reflexionando con el marco expresado anteriormente, se encuentran en un abanico de realidades y opciones jurídicas, los diversos sistemas contemporáneos, de los que sin ánimo de entrar en pormenores, aprovecho la oportunidad para hacer referencia a su elemento central de cada uno, admitiendo las variantes que se tienen en los diversos países del mundo.

Incluyendo los tradicionales y más conocidos en occidente, que son el Iuspositivismo y el Iusnaturalismo, también se pueden relacionar a los siguientes: el Realismo Jurídico o Sociológico, el Derecho Correcto (Hendrich Henkel), el Marxismo, el Formalismo, el Estructuralismo, la Lingüística, la Egoología (Carlos Cossio), la Teoría Tridimensional (Miguel Reale), la Teoría de los tres círculos (E. García Maynez), el Ruso y el Derecho Alternativo, todos ellos como sistemas estructurados y completos o bien como aspectos específicos que se integran a algún otro Sistema.

En el marco diverso mencionado, es necesario también, no cerrar los ojos sobre los pensadores contemporáneos, que con sus puntos de vista analíticos, filosóficos o políticos, separados o entremezclados, aportan elementos de consideración con el fin de mejorar el fenómeno jurídico, incluyendo tres géneros o ámbitos de desarrollo: el primero que se puede llamar de la **Producción**, integrado por dos momentos sucesivos representados tanto en su etapa *Prelegislativa*, en la cual intervienen o concurren datos de carácter político y ético y recaen sobre uno, varios o similares problemas sociales, con el objetivo de encontrar su solución a través de medidas legislativas, conocidas como normas jurídicas; o bien a través de un *Proceso* soportado en pasos técnico-jurídicos, a

fin de proceder a la elaboración de las normas que tendrán vigencia en el control de la conducta de la población.

En segundo lugar la **Aplicación** a los casos surgidos de la realidad concreta, sobre la cual se lleva a cabo una acción conocida como administrativa o jurisprudencial (*ratio dicendi*), ya que en ella intervienen como autoridades, los jueces como órganos jurisdiccionales y con atribución originaria, posiblemente mancomunada a la actividad de los particulares o expertos en el contenido y manejo de las normas jurídicas en relación con los hechos, para lo cual su acción se plasmará *interpretando* normas jurídicas en una acción que supera la simple aplicación literal de la norma jurídica, respondiendo a la presencia de los Valores o Derechos humanos.

Finalmente en el tercer lugar, dentro del fenómeno jurídico, se presenta la **Dogmática jurídica**³, donde los juristas *ordenan y sistematizan los sectores del Ordenamiento Jurídico*, en un marco de realidades abstractas e intangibles y que si bien son de naturaleza conceptual y fuera del alcance directo de los sentidos, no con ello dejan de impactar al fenómeno jurídico y a sus normas que lo integran. De igual manera, la dogmática jurídica *suministra criterios de producción y aplicación* de normas, como sublimación propia del ejercicio jurídico.

En nuestro caso, los estudios y aportaciones jurídicas, se ven ampliamente enriquecidas a partir del pensamiento de Hans Kelsen, quien puso la razón de existir en su máximo grado del Iuspositivismo, siempre en consonancia con la idea de Tomás Hobbes en su capítulo XXVI de la obra *El Leviatán*.

Gustavo Radbruch, quien fue el primero que se opuso al pensamiento de H. Kelsen, considerando los errores que el nacionalsocialismo provocaba; Herbert Harth, con su formación iuspositivista, pero con grandes dudas, respecto a la validez absoluta de las normas jurídicas emanadas de la autoridad y por ello inició la inclusión de los Principios Generales de Derecho, para acercarlas normas a los valores de justicia y equidad; Teodoro Viehweg, con su punto de vista para integrar la tópica jurídica, como instrumento para la impartición de justicia; Caín Perelman, con la inclusión de la lógica en combinación con la retórica, a través de un entramado multiforme, que incluye apoyo y elementos de las diferentes teorías de interpretación y exégesis; Stephen Toulmin, basando la garantía de las decisiones judiciales en la solidez de los argumentos utilizados en la pretensión y en las razones argumentadas; Neil MacCormick, tratando de armonizar la argumentación judicial con razones de naturaleza práctica y jurídica; Robert Alexy, con el discurso jurídico que se apoya en los criterios Habermasianos, a fin de lograr el uso de argumentos correctos, resultado de una actitud analítica e integrando elementos empíricos, para integrar la relación entre los principios y las reglas; Ronald Dworkin, tratando de encontrar elementos para obtener uansentencia de carácter único y de validez plena; Manuel Atienza, con una concepción crítica de las normas positivadas, junto con sus resultados en los casos fáciles o controlables y al margen de los casos difíciles o complejos, y Luigi Ferrajoli, con su postura garantista de los valores que se inclina a lo que en nuestro caso se refleja en los derechos humanos.

³ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, IJ-UNAM, México 2010

Todo lo aquí expuesto, en fin de cuentas, nos conduce a un esfuerzo colectivo y que con la actitud crítica, presento en el sentido de que la producción, la aplicación y la dogmática, relativa a las normas jurídicas, no pueden descartar la consideración para buscar o bien la verdad jurídica o bien la validez de las normas jurídicas en orden a unos hechos en los que interviene el ser humano.

Desde mi punto de vista es de mayor amplitud la garantía de la validez compleja y no únicamente de aplicación textual, ya que con ello se incluyen elementos multiformes y de naturaleza diversa, que pueden ser políticos económicos, ideológicos, culturales, filosóficos o estrictamente jurídicos, todos ellos con el fin de acercar la administración de justicia a una conducta variable y jamás definida en un aspecto matemático. Preciso y claro.

Las circunstancias y características que se requieren en la administración, entendida como elementos de producción aplicación y dogmática jurídica, me conduce a concluir de la siguiente manera:

1.- Un orden jurídico representado por un conjunto imbricado de normas con las que se garantizan los derechos humanos de los individuos, se presenta más asequible y cercano a la aspiración humana de convivencia ordenada.

2.- El recurso a la reingeniería jurídica es oportuna, sin embargo, no debe circunscribirse al ámbito procesal, sino también al ámbito sustantivo, con lo que se mejora la atención del fenómeno jurídico pleno y vigente

3.- Haciendo una revisión al texto constitucional vigente, en su artículo 39, en el que se establece un principio político fundamental, en cuanto al origen, detentación y uso del poder (soberanía), con sentido democrático conlleva voluntariamente o no a una interacción, constante de los funcionarios de gobierno con la población que los elige directa o indirectamente y por lo mismo recuerda el mandato que hoy se ha olvidado o relegado, con un falso concepto o idea de la representación absoluta y jamás democrática en interacción y complementariedad indisoluble. Este relación pueblo-autoridad, sería un camino para alcanzar no sólo la eficiencia, sino la eficacia del orden jurídico, aunque esto adquiera un cariz de utopía.

BIBLIOGRAFÍA.

ARISTÓTELES, *La política*, Austral, No. 239, MÉXICO 1991.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, IIJ-UNAM, México 2010.

HOBBS, Tomás, *El Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México 2004.

LA FILOSOFÍA POLÍTICA DEL RECONOCIMIENTO, EL DERECHO Y EL USO DE LA VIOLENCIA. UNA INTERPRETACIÓN DE LA FILOSOFÍA HEGELIANA

KLAUS MUELLER UHLENBROCK*

SUMARIO: La especulación y el realismo de la contrariedad en la teoría del reconocimiento (Hegel). La humanidad en libertad y la crítica al Estado. La intersubjetividad y el derecho. La ilustración, el derecho y la revolución. La Revolución, la libertad absoluta y la acción violenta. Reciprocidad y reconocimiento. El antagonismo de la insociable sociabilidad. Los elementos constitutivos de la lucha por el reconocimiento (deseo, peligro, muerte, sumisión y cultura). Bibliografía

La filosofía del reconocimiento se inició con escritos protagónicos del llamado *Idealismo Alemán*, corriente filosófica que se desarrolló a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Influida por las transformaciones y convulsiones violentas experimentadas en la *Revolución Francesa* y los acontecimientos posteriores derivados de las guerras napoleónicas, el idealismo establece el principio de la espiritualidad como guía normativa. Resumiendo la concepción filosófica hegeliana, la *fenomenología del espíritu* revela la sucesión progresiva de diferentes manifestaciones de la conciencia (subjetiva) que consiste en el pensamiento del objeto, conduce a la autoconciencia como fundamento y culmina finalmente en el saber absoluto, entendido como unidad cohesiva entre subjetividad y objetividad. Sin embargo, el saber absoluto es la manifestación del espíritu como autoconciencia, que revela en el arte, la religión y la filosofía una esfera diferente al espíritu objetivo, éste entendido como el mundo de las instituciones históricas en forma de la familia, de la sociedad y del Estado. Basada en la concepción idealista de una conciencia que se auto despliega mediante procesos constitutivos de subjetividad, la esfera espiritual ejerce un tipo de gobernabilidad ideal sobre la realidad en general y el orden político jurídico en particular.¹

LA HUMANIDAD EN LIBERTAD Y LA CRÍTICA AL ESTADO

El espíritu representa en la filosofía de Hegel una versión modificada del poder de origen (*Ursprungsmacht*), dado que del espíritu emerge todo lo que existe con el fin de retornar hacia él. El origen representa un punto inicial y fundante, que engendra la totalidad de las cosas. La concepción hegeliana expresa el origen mediante la categoría de la *idea*, sinónimo de lo *absoluto*, de la cual arranca el conjunto de la realidad en forma de la naturaleza y del espíritu. Al espíritu

* Profesor de tiempo completo en la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán, UNAM. Adscrito al Posgrado de Derecho, al centro de idiomas y a la División de Ciencias Socioeconómicas. Maestro en filosofía por la Universidad Libre de Berlín, doctor en Filosofía y Letras por la UNAM.

¹ El siguiente resumen tiene como fin la reproducción de elementos teóricos que permiten entender la figura del reconocimiento y la dimensión de la violencia en la construcción filosófica de Hegel. En este lugar no se pretende hacer una síntesis de la filosofía hegeliana. El resumen no respeta criterios de cronología; consiguientemente, se hace caso omiso de indicadores históricos que subyacen a la elaboración de los conceptos filosóficos.

objetivo corresponden los fenómenos intersubjetivos, es decir, todo aquello que representa un tipo de ordenamiento social en forma del derecho y de la política. La familia, la sociedad y el Estado son las representaciones materiales de una espiritualidad dirigida a la intersubjetividad, espiritualidad resumida bajo el concepto eticidad (*Sittlichkeit*).

El proyecto de la radicalización progresiva de la autodeterminación de la conciencia se desarrolla en forma de una ontología del devenir, mediante la cual Hegel expresa la *idea* de una *humanidad en libertad*. El idealismo de la libertad se opone a condiciones existenciales de organización definidas a través de condiciones mecánicas que absorben la disposición del individuo de actuar de manera auto determinada. De esta manera, el joven estudiante de filosofía intenta, junto con otros estudiantes como Hölderlin y Schelling, superar la concepción utilitarista de un Estado máquina (Hobbes), metáfora que representa la crítica a la concepción de un Estado como artefacto, creado por individuos a través de pactos o contratos sociales.

Consiguientemente, la libertad representa una normatividad antropológica contrapuesta a la mecanización de la vida pública, representada por un Estado despótico que oprime al individuo. El idealismo reemplaza la constitución del artefacto mecánico que no corresponde a la idea. La referencia al idealismo de la libertad se encuentra ya en el documento titulado *Primer Programa de un Sistema del Idealismo* de 1797. Influidado por ideas románticas de buscar una nueva síntesis entre el acto supremo de la razón y de lo estético, el documento de su filosofía juvenil tiene carácter de un manifiesto, en donde Hegel propone, de manera sublime, el reino de la *unidad perpetua* en oposición al sistema político autoritario de jerarquía. Conservado como manuscrito de Hegel (asunto que no implica necesariamente su autoría), se propone la *nueva mitología* de la razón que posibilita reconstituir el poder de unificación sin Estado y derecho. Enfáticamente, el autor quiere “desnudar hasta la piel toda la miserable obra humana”, identificada como “Estado, gobierno, legislación”. Mediante una expresión anarquista, el primer fragmento del programa sistemático del idealismo señala:

Con la idea de humanidad delante quiero mostrar que no existe una idea del Estado, puesto que el Estado es algo mecánico, del mismo modo que tampoco existe una idea de una máquina. Sólo lo que es objeto de libertad se llama idea. Por tanto, tenemos que ir más allá del Estado! Pues todo Estado tiene que tratar a los hombres libres como a engranajes mecánicos y, puesto que no debe hacerlo, debe desaparecer.²

Sin embargo, en su filosofía posterior Hegel postula la autodeterminación de la voluntad conforme a las leyes y al derecho, autorizando con eso la existencia del orden político en forma de un Estado que constituye el contexto ético de la comunidad. En la teoría elaborada del Estado, Hegel lo describe como la realidad de la monarquía prusiana, asignando al soberano monarca el papel de mediador de los intereses generales con los particulares de los ciudadanos. Con

² Hegel, G.W.F. (1989), *Primer Programa de un sistema del idealismo alemán* (invierno 1796/97), en: Hegel, *Escritos de juventud*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 219-220

base en esta disposición, la filosofía de Hegel afirma la identidad entre todo lo que es real y la racionalidad, postulando también inversamente que todo lo que es racional es real.

Con base en la especulación acerca de la finalidad del proceso histórico universal, Hegel concibe la parusia del espíritu que conduce al despliegue de la libertad, justificando la conflictividad y la lucha como parte integral de la historia, concretizada en forma del dolor, del trabajo y del sacrificio. El sufrimiento de penurias tiene una connotación afirmativa, dado que las privaciones y desdichas fortalecen la interdependencia y la reciprocidad, transformando así el egoísmo subjetivo con el fin de contribuir a la satisfacción de las necesidades de todos los demás. Entendido en su función de mediación, las penurias representan una necesidad que reside en el entrelazamiento multilateral de la interdependencia. La mediación convierte lo particular por lo universal mediante un movimiento que constituye las condiciones necesarias de la sociedad en particular y las del patrimonio de la humanidad en general.

La autodeterminación se consigue mediante las prácticas jurídicas y las instituciones políticas; no obstante, lo que resulta ser decisivo en la configuración de la libertad es el conflicto entendido como un proceso de reconocimiento entre partes. Tal proceso inicia cuando una parte percibe que otra le ha afectado de manera negativa; consiguientemente, el conflicto desemboca en la disposición de actuar violentamente. Según la normatividad sistémica idealista, la conflictividad constituye ejemplarmente el desarrollo necesario para establecer la libertad en el género humano.

LA INTERSUBJETIVIDAD Y EL DERECHO

De manera enfática, Hegel postula como base de la intersubjetividad el respeto recíproco entre personas. La intersubjetividad requiere un modelo de organización jurídica que sostiene finalmente la libertad de cada uno. Por eso, Hegel sostiene la relación entre personalidad, reciprocidad y derecho, afirmando que la personalidad encierra, en general, la capacidad jurídica, constituyendo así el concepto y la base del derecho. Abstrayéndose del interés particular de cada persona, la norma jurídica expone la convivencia entre todos como fin. En la *Filosofía del Derecho* publicada en 1821, el autor señala al inicio de la determinación categorial del derecho de manera breve y concisa: “Se persona y respeta a los demás como personas.”³

La filosofía del derecho inicia con el derecho abstracto; éste a su vez comienza con la deducción del concepto de persona. El respeto mutuo entre las personas se deriva del reconocimiento del derecho como presuposición de la libertad individual del sujeto. El desarrollo conceptual despliega la voluntad singular del sujeto en un sentido doble: Por un lado, la voluntad se manifiesta en su relación con las cosas naturales a través de actos de apropiación. Por otro lado, la voluntad se relaciona con la de los otros individuos que constituyen jurídicamente un tipo de *cohesión abstracta*. La concepción hegeliana del derecho inicia con reflexiones abstractas acerca de la *voluntad libre en sí y para sí*, es decir, la construcción jurídica no toma en cuenta la dimensión social del espíritu

³ Hegel, Georg Friedrich Wilhelm (2007), *Filosofía del derecho*, México, p. 68

objetivo representada por la familia, la sociedad y el Estado. En este sentido, el derecho abstracto construye una constelación pre política sin Estado y sin sociedad, pero propone un modelo cohesivo de reciprocidad sostenido únicamente por la norma jurídica. El derecho es un presupuesto conceptual *ideal* necesario para la comprensión de la eticidad (*Sittlichkeit*) que constituye normativamente las condiciones *reales* de la socialización en forma de la familia, de la sociedad y del Estado.

La *idea* del derecho requiere su realización en forma de una *libertad realizada*.⁴ La voluntad abstracta del individuo tiene que reflejarse empíricamente, es decir, lo abstracto representa una abstracción apriorística y funge como origen fundante en el sentido de un presupuesto que repercute en el mundo real de la experiencia histórica. La libertad realizada del sujeto se establece mediante el sistema de instituciones políticas y sociales que incorporan el derecho abstracto, convirtiendo la abstracción ideal en el escenario real mediante un desarrollo de realización progresiva.

LA ILUSTRACIÓN, EL DERECHO Y LA REVOLUCIÓN

La realización de la libertad se concreta como resultado del proceso histórico, que implica su institucionalización a través de acontecimientos reales de transformación sociopolítica, promovidos con énfasis durante la *era de la razón*. Como época histórica, el movimiento intelectual y cultural de la ilustración repercute y culmina en los actos de la Revolución Francesa. La revolución representa la realización del derecho abstracto, influenciada por el enfoque filosófico del iusnaturalismo, que postula la existencia de derechos anteriores al ordenamiento jurídico positivo, fundados en la naturaleza humana. La doctrina de los derechos se celebró sublimemente en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada por la *Asamblea Nacional Constituyente Francesa* el 26 de agosto de 1789. Los documentos jurídicos, derivados de la revolución con intención de convertirse en ley, definen los derechos personales, colectivos e universales. La declaración de los derechos establece los nuevos principios de una constitución social que liquida las instituciones y prácticas feudales del Antiguo Régimen, definiendo primariamente el elemento político de la soberanía, según el cual el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación.⁵

Consiguientemente, la declaración establece el carácter doble del derecho: derechos universales inherentes a la naturaleza humana y derechos originarios de ciudadanos cohesionados en forma de la nación. La recepción del iusnaturalismo permite constatar derechos imprescriptibles, derivados de una naturaleza que define la condición del hombre anterior a los poderes establecidos en forma de la soberanía política. El derecho natural legitima entonces la

⁴ En la obra intitulada *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, Hegel define el objetivo de su investigación de la siguiente manera: "La ciencia filosófica del derecho tiene por objeto la idea del derecho, o sea el concepto del derecho y su realización". Hegel (2007), *Ibidem*, p. 37

⁵ En la declaración redactada por la Asamblea Constituyente, se reconocían y garantizaban las libertades personales, la libertad ante la ley y la propiedad. El artículo 3 fundamenta la base del derecho político moderno, señalando: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella."

universalidad jurídica del hombre con derechos como la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la oposición y la igualdad. Estos derechos son aplicables en cualquier territorio y en cualquier tiempo.

Sin embargo, al postular la nación como condición y antecedente de la perspectiva transnacional universal, la declaración fundamenta la constitución subjetiva de ciudadanos nacionales, afirmando un vínculo jurídico que une a la persona con el Estado. Por esta relación, se define la individualidad de la persona con base en derechos que exigen la organización territorial estatal. De tal manera, el Estado funge como contrapartida al individuo, legitimado para imponer el cumplimiento de ordenamientos en forma de obligaciones y deberes. La jurisdicción estatal define entonces la nacionalidad como una expresión jurídica y política de integración y como elemento cultural irrenunciable en la vida del individuo. La constitución jurídica de la persona repercute en la constitución jurídica del Estado, factor que posibilita la amalgama entre Estado y derecho.

LA REVOLUCIÓN, LA LIBERTAD ABSOLUTA Y LA ACCIÓN VIOLENTA

En la filosofía hegeliana, la persona (expresada categorial y abstractamente como la voluntad libre en sí y para sí) representa el núcleo del derecho abstracto. Sin embargo, la experiencia histórica no puede ocultar que la realización de la libertad mediante el constructo amalgamado entre Estado y derecho se basa en la perpetración de acontecimientos caracterizados por el uso de la violencia. Con referencia a la Revolución Francesa, Hegel reflexiona filosóficamente acerca del factor violencia en varios escritos y conferencias, tomándola como punto de referencia todavía en los últimos cursos dictados durante 1831 en la universidad de Berlín.

Según su reflexión, los seres humanos crean su historia, construyendo épocas y figuras diversas de socialización, guiados por los elementos abstractos internos del espíritu que son idea, autoconciencia y libertad. El despliegue del espíritu constituye la historia, pero la realización de la idea implica acciones que recurren a medios derivados de la naturaleza humana. La acción histórica realiza ideas, pero la realización responde también a las pasiones, disposiciones impulsivas y a los intereses de agentes que exteriorizan la idea en forma de conflictos. En este sentido, la historia realiza progresivamente la conciencia de la libertad, pero se revela también como un *altar de sacrificios*, es decir, la historia revela la constelación peculiar de una conflictividad que desemboca en el derrame de sangre sin tomar en cuenta la felicidad de individuos y pueblos. La realización de la idea corresponde más bien a series de espectáculos pasionales en forma de calamidades contingentes, que distorsionan la convivencia social.

Como consecuencia, la realización histórica de la idea se convierte en escenarios de conflicto y la historia en un “matadero en el que se han sacrificado la felicidad de los pueblos, la sabiduría de los Estados y la virtud de los individuos”.⁶ A lo largo de la historia, las épocas de felicidad resultaron ser “páginas en blanco”, dado que se impuso la “masa confusa de escombros” con “indecibles sufrimientos” de los seres humanos que presenciaron el “mal, la perversidad y la caída de los imperios más florecientes jamás creados por el

⁶ Hegel, G.W.F., *Philosophie der Geschichte*, Stuttgart, Philipp Reclam, p. 64

espíritu humano”. En su interpretación filosófica de la historia universal, Hegel constata la realidad de la violencia como un factor constitutivo en los procesos de socialización. Sin embargo, la constatación de la violencia en la historia no anticipa el signo extremo del convulsionado siglo XX, caracterizado filosófica (y míticamente) (Benjamín, Adorno, Horkheimer etc.) por representar la catástrofe permanente.

En el escenario de la historia universal, los conflictos se originan con base en colisiones entre deberes tradicionales, obligaciones existentes y derechos reconocidos, generando opciones que vulneran las condiciones establecidas. Los conflictos en la historia se concentran en grandes figuras de individuos héroes que encarnan la lucha recíproca entre pensamiento y pasión. Como individuos particulares creen que persiguen solamente intereses propios, pero como personajes de carácter histórico mundial actúan como herramientas del espíritu del mundo (*Weltgeist*), al realizar obras maestras que definen el curso de la historia universal. De manera sublime manifiestan la constitución de la libertad entendida como ingrediente de la idea.

Publicados póstumamente con los títulos *Lecciones sobre la historia de la filosofía* y *Lecciones sobre la filosofía de la historia*, Hegel señalaba en relación al significado de la acción revolucionaria en Francia que en este país pasaron directamente de las ideas a los actos, sabiendo afrontar prácticamente la constitución real del Antiguo Régimen. La ejecución de la libertad se vuelve hacia la realidad como una abstracción no desarrollada. No obstante, la praxis política real basada en el intento de hacer válidas, de manera incondicional, las abstracciones equivale a destruir la misma realidad. La revolución como escenario de realización de los principios abstractos del derecho contiene los principios de la libertad y de la virtud, pero también el *fanatismo* de la libertad expresado como virtud.

Por un lado, la acción revolucionaria comprende la libertad de la propiedad, la libertad del trabajo y la libertad de la persona, terminando con eso la sujeción al vínculo feudal. Hegel enfatiza: Las nuevas condiciones permiten al hombre emplear sus fuerzas como quiera; de manera formal, la libertad es la de hacer y realizar leyes, acción sostenida por el gobierno que ejecuta las leyes. Como resultado, el Estado se halla fundado en la libertad. De tal manera, la *institucionalización* revolucionaria sustituye las determinaciones procedentes del derecho feudal. La libertad absoluta, como contenido central de la idea racional, devora las determinaciones teológicas que justificaron los privilegios de los nobles y del clero, que son sustituidos por el esquema político secular racional del *ciudadano*, quien funge como nuevo titular de derechos inalienables. El cambio revolucionario señala que la ilustración se dispone a encarnarse como un nuevo factor en la historia humana. De manera irrenunciable, el orden monárquico tradicional no puede resistir el impacto de la libertad absoluta revolucionaria, sostenida por la razón. Su ascenso al trono del mundo demuestra que el poder antiguo no puede oponerle resistencia; como consecuencia, el Antiguo Régimen se derrumba.

Por otro lado, la institucionalización *revolucionaria* implica la transición del gobierno, en teoría, al pueblo, pero en realidad a la Convención nacional y sus comités. Confrontado con la tormenta espiritual de la pureza revolucionaria de la

libertad, el gobierno establecido no podía existir y fue derrocado. Solamente, el gobierno en manos del pueblo y de los comités se tornó en algo espantoso, dado que el nuevo poder gubernamental autorizó el uso de los medios de la violencia con base en la *virtud*, usando a la guillotina como principal instrumento del castigo. Iniciada con el propósito de realizar la inspiración del ideal puro, la revolución desemboca en la época del terror; consiguientemente, el uso de la violencia revolucionaria anula la lógica constitutiva del reconocimiento recíproco como base de socialización.

En las *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* así como en la *Fenomenología del Espíritu*, Hegel describe las consecuencias derivadas de la realización de los principios abstractos, personificados en forma de la voluntad interna (*Gesinnung*) de los agentes revolucionarios y su demanda incondicional de la virtud (*Tugend*). La demanda de realizar la pura voluntad universal por parte de un gobierno que representa una facción, es decir, una voluntad particular, desemboca en la lucha entre varias facciones. Consiguientemente, una facción reprime a los partidarios de aquella que protagonizaron la época de la transformación. La dinámica de enfrentamientos internos generó actos de eliminación física o la instauración del Gran Terror. Todos los protagonistas se convierten en sospechosos de promulgar la traición al principio puro de la libertad absoluta. La fundación del *Comité de Salvación Pública* (título paradójico que encubre la acción despótica de la policía secreta) inicia un proceso de limpieza contra todos aquellos que pudieran rivalizar con aquellos que instrumentalizaron como suyo el ideal de la libertad. El gobierno instaurado sobre la virtud inicia el procedimiento generalizado de la suspicacia. La sospecha lleva al cadalso al monarca, pero la desconfianza que imperaba en el Directorio se convierte en la *furia de la destrucción* que afecta a todos.

La revolución basada en la libertad absoluta y en la virtud termina en procesos violentos de autodestrucción y de terror. Tal constelación representa, de manera ejemplar, el supremo sacerdote del ideal jacobino, conocido como Maximilien Robespierre y apodado el Incorruptible. Como abogado con licenciatura en derecho y político, Robespierre encarna uno de los individuos de importancia histórica mundial y él fue quien instituyó el principio de la virtud como principio supremo. Para este protagonista político, la virtud fue una “cosa seria”, con el resultado que el simple principio sirve para distinguir “entre los que tienen la voluntad interna (*Gesinnung*) y los que no la tienen”. Hegel analiza el principio de la virtud como una voluntad interna que sólo puede ser conocida y juzgada por sí misma. Entendida en su diferencia a la voluntad manifestada, la referencia a la voluntad internaimplica la anulación de relaciones basadas en el reconocimiento mutuo. En nombre de la virtud reina entonces la suspicacia o la sospecha como un “saber inmediato acerca de otro”, alcanzando un “poder terrible”. El imperio de la virtud y del terror trae consigo la “tiranía más terrorífica; ejerce su poder sin formas judiciales y su pena es sumamente sencilla: la muerte”.⁷

Cuando en su último discurso el Incorruptible virtuoso pronunció públicamente la pretensión de denunciar ante la Convención a nuevos traidores a la revolución, él expuso también el testamento político de la libertad absoluta y, con base en eso, la intencionalidad inherente al acto político sanguinario. El

⁷ Hegel, G.W.F. (1966), *Fenomenología del espíritu*, p. 521

discurso comenzaba como una apología, pero continuó como una furibunda acusación de los enemigos titulados antipatriotas y corruptos, mencionando conspiraciones, traiciones y conjuras. El titulado *rector de los destinos de la república* ejerció por última vez el poder de determinar el destino de la nación con solo un movimiento de sus cejas. Pero el temor generalizado, que había paralizado largamente el contra ataque de los sospechosos, provocó el complot contra la incorruptibilidad virtuosa, encarnada en la figura del puritano de la revolución que pronunció sospechas sin ofrecer pruebas.

El discurso atemorizó, pero provocó también el odio de los delegados desesperados por la expectativa de experimentar la muerte en forma de la cabeza rodada. Después de haber acordado el complot y la conspiración, se echan contra el protagonista dictador ante quien temblaron, exigen su arresto, elaboran rápidamente un decreto de acusación y celebran con entusiasmo y alegría la ejecución del líder y de los seguidores robespierristas, sin haber realizado un juicio. El *defensor del pueblo* fue conducido lentamente al cadalso en el mismo carro en el que fueron transportados Luis XVI, Danton y otros miles de víctimas de la fase revolucionaria, resultado de una ilustración que promulgó la libertad absoluta como nueva figura de la conciencia y, con eso, la dinámica de una transformación real que combinó el principio político de la libertad con el terror.

La tragedia había terminado, pero la irritabilidad provocada por el terror condujo a la tarea de interpretar la experiencia de la violencia revolucionaria a nivel mundial. Acusado de ejercer la dictadura, la historiografía liberal condenó mayoritariamente la reclamada virtuosidad del protagonista que desembocó en la acción violenta, tratando de reducir su papel como actor protagónico. Otros no excluyeron su nombre de los anales de la historia, evitaron su estigmatización como portador del mal y usaron el calificativo hegeliano del gran hombre que actúa protagónicamente en los acontecimientos históricos de transformación. Según esta interpretación, la condena del sujeto revolucionario, convertido en promotor intencional del terror y de la muerte, se compensa con referencia a las condiciones objetivas que consideran a la acción violenta radical como un componente irrenunciable de la transformación histórica, que hace caso omiso a la clemencia.

Sin embargo, la muerte del sujeto en forma de una ejecución pública (sin juicio) terminó la fase del terror, instaurada políticamente por los guardianes de la libertad que habían eliminado a los enemigos y los supuestos traidores de la revolución. Consecuentemente, se dismanteló el aparato burocrático del sistema institucionalizado de terror, derivado del propósito de realizar el ideal de la libertad absoluta. La escenificación de la furia de la destrucción arrastró también a los artífices sacerdotales que celebraron el culto de la razón y de la libertad. Como consecuencia, el fanatismo violento de la libertad absoluta engendró la *patología de la razón*, devorando de manera peculiar la norma fundante de la reciprocidad que sostiene, en general, la vida social y, de manera particular, las relaciones jurídicas entre individuos que reconocen su posible colisión como condición de su existencia social.

En el capítulo titulado *Libertad absoluta y el terror*, que forma parte de su obra maestra *Fenomenología del espíritu*, Hegel diagnostica que la libertad universal no puede producir ni obra ni acto positivo”, así que sólo “le resta el

obrar negativo; es solamente la furia del desaparecer”.⁸ Al final queda un sistema violento derivado de la “simple fría universalidad inflexible” que cancela la “organización real y subsiste ahora para sí”. La pura “existencia abstracta en general” elimina cualquier “termino medio”, se conserva como la “pura negación totalmente no mediada”. Pero la “única obra” y el “único acto de la libertad es, por tanto, la muerte”. La celebración de la muerte en el contexto político revolucionario representa la negación de lo particular y la anulación de la figura del reconocimiento. En palabras de Hegel, la muerte como negación no tiene “ningún ámbito interno ni cumplimiento, pues lo que se niega es el punto incumplido del sí mismo absolutamente libre; es por tanto, la muerte más fría y más insulsa, sin otra significación que la de cortar una cabeza de col o la de beber un sorbo de agua”.⁹

Después de haber devorado al hombre extraordinario, la revolución toma su curso institucional sin terror, reconstituyendo la subjetividad como portadora de derechos en la medida en que los individuos reconocen mutuamente condiciones y obligaciones necesarias para ser cumplidas por todos. Como portadora de ideas, la revolución construyó una forma de relación social entre todos los ciudadanos que integran el Estado nacional. La figura amalgamada del *Estado de derecho* fue el resultado de una acción transformadora que reconoce al sujeto como portador de derechos, solamente y de manera exclusiva de modo tal que el individuo ciudadano acepta el monopolio estatal de hacer uso de la violencia, monopolio purificado del fanatismo y despotismo. Consiguientemente, el cumplimiento de los derechos depende de la disposición de invocar la sanción prevista por la autoridad estatal para todos los casos, cuando se reclama la transgresión de la ley. Es decir, el reconocimiento del individuo como portador de derechos implica la disposición política cultural de instrumentalizar la figura del reconocimiento recíproco como un elemento que supera la relación violenta en forma de la razón de la fuerza, convertida en fuerza de la razón estatal.

De tal manera, se muestra que el papel del gran individuo como protagonista intencional de la acción transformadora puede ser negado, sin parar el curso de la época. El resultado de la revolución convierte al terror,

⁸ El diagnóstico de Hegel hace referencia a la disolución radical de los intereses particulares a favor de la universalidad abstracta, representada históricamente en la fase revolucionaria en Francia, donde no se estableció una mediación entre la esfera de lo particular y la libertad absoluta reclamada por la voluntad general. La negación de la mediación condiciona la sublimación abstracta en forma del fanatismo del terror y de la virtud.

La lectura de Hegel ilustra la función de la violencia como presupuesto de la constitución política y jurídica (Estado y Code Civil), resumida en la concepción de la sociedad burguesa, pero sus reflexiones iluminan también el contexto contemporáneo de las sociedades a nivel mundial, representadas políticamente por el sistema mundial de Estados que monopoliza, de manera asimétrica, los aparatos de violencia, situación que provoca, entre otros fenómenos, la voluntad negativa en forma del terrorismo multifacético (religioso y político) con carácter fanático revolucionario. Actualmente, el nexa entre política y religión intensifica, a nivel internacional, el significado de lo político en forma de una contra violencia sin poder real, pero capaz de distorsionar las relaciones sociales.

En su *Filosofía del derecho*, Hegel analiza la libertad negativa como la “libertad del vacío, que elevada a forma real y a pasión, esto es, permaneciendo meramente teórica, en religión, se convierte en el fanatismo de la pura contemplación india; pero que si se vuelve a la realidad, en política como en religión, es el fanatismo de la destrucción de todo orden social existente, la eliminación de los individuos sospechosos para un sistema, como el aniquilamiento de toda organización que quiera resurgir.” Hegel (2007), p. 47

⁹ Hegel (1966), *Fenomenología del espíritu*, p. 347

materializado en forma de la guillotina, en una contingencia que devalúa la intencionalidad subjetiva como un accesorio insignificativo. Consiguientemente, la teoría de los principios constitutivos de civilización tiene que prevenir la barbarie que consiste en la privación de determinadas privilegios y prerrogativas, reclamadas por protagonistas que desvalorizan la vida del individuo; adicionalmente, tiene que invertir la inmunidad de principios que celebran la muerte fría e insulsa como una figura de menosprecio o de desindividualización, especialmente en forma correlativa al derecho y a la política, que consiste jurídicamente en la desposesión de garantías (*Entrechtung*) y políticamente en prácticas de exclusión. La muerte sin fin retrocede el devenir y carece del significado de reciprocidad que sostiene la vida social. Reduciendo la materia viva a la nada, la muerte desemboca insólitamente al vacío, revelando solamente la furia del desaparecer en lugar del reconocimiento recíproco.

RECIPROCIDAD Y RECONOCIMIENTO

En la teoría antropológica sobre principios constitutivos de socialización se usa el concepto *reciprocidad*, que se refiere, de manera informal, al intercambio organizado de bienes y trabajos en economías basadas en la cooperación mutua sin expectativas de una retribución monetaria, que proporcionaría la acumulación extrema de riqueza en manos de particulares. La economía del don se entiende como una versión arcaica de intercambio generalizado, intercambio que promueve la cohesión de personas que trascienden su inclinación a individualizarse. La lógica de la reciprocidad equilibrada representa un sistema de productividad y de redistribución de bienes con convenios y compensaciones, sistema entendido como un factor constitutivo de colaboración tanto en el sentido económico como en el de la ética social.

Los estudios vinculados con la *ética de la reciprocidad* tuvieron su auge al inicio del siglo XX con antropólogos como Mauss, Malinowski y Sahlins que revelaron funciones sagradas y sociales del sistema de intercambio. Desde esta perspectiva, los sistemas arcaicos del intercambio representan órdenes de cohesión que combinan principios colectivos de redistribución con los del respeto mutuo entre individuos quienes se enfrentan a una posible colisión como condición de su existencia social. Con el fin de superar o evitar conflictos violentos desgarradores, la doctrina de la reciprocidad sostiene también una teoría del reconocimiento mutuo, que afirma la necesidad de relacionar un individuo con otro para poder construir una identidad colectiva.

EL ANTAGONISMO DE LA INSOCIABLE SOCIABILIDAD

Derivado del concepto reciprocidad, el respeto entre individuos resulta ser uno de los factores básicos de socialización, utilizado tanto en teorías antropológicas como en ciencias sociales y en la filosofía política. En las relaciones interpersonales, el respeto se observa empíricamente como una necesidad, dado que el individuo no puede prescindir de relacionarse con otros. En la reflexión teórica sobre la realidad se usa el concepto de la sociabilidad que requiere la disposición de superar la inclinación del hombre a individualizarse. El término sociabilidad señala la posible superación de la resistencia del individuo a socializarse. Cuando se propagan condiciones que distorsionan al proceso de

socialización, entonces se produce el factor contrario de la insociabilidad y, con eso, el *antagonismo* como elemento constitutivo de socialización. En la corriente filosófica del llamado Idealismo Alemán se reflexionó extensamente sobre la condición antagónica de principios constitutivos de socialización y sobre la disposición de superar conflictos (violentos) que desafíen, desgarran y conmuevan a la sociedad. En diversas obras de la corriente idealista, se expuso explícitamente una *teoría del reconocimiento* como fundamento de la facultad que tienen las personas para establecer relaciones de autodeterminación.

De manera ejemplar, Kant hace referencia explícitamente al antagonismo social, expresada mediante una supuesta sociabilidad que se niega con base en su atributo opositor. Según esta teoría de la “insociable sociabilidad”, el antagonismo se entiende como un medio del que se sirve la naturaleza para lograr un desarrollo del hombre en todas sus disposiciones sociales. Adoptando un enfoque teleológico, Kant afirma que existe un progreso en la historia, pero señala también que la integración en la sociedad no se puede tomar como una garantía, dado que el desarrollo progresivo acontece sobre las espaldas de los individuos.

La suposición de la existencia de individuos egocéntricos en forma de una *libertad originaria salvaje* implica su posible enfrentamiento, dado que los individuos no logran superar ni su pereza, ni su resistencia contra los demás. Kant recurre a la figura del antagonismo que se convierte, a la postre, en la “causa de un orden legal”. Es decir, el antagonismo en forma de la *insociable sociabilidad* es el medio de una instancia sobre empírica (la naturaleza) que promueve un desarrollo subjetivo no intencional, desembocando en la figura del Estado con orden jurídico, especificado como orden de coerción. El antagonismo en Kant es una necesidad que fuerza al hombre a reconocer al orden estatal de coerción como única opción de superar la situación originaria, caracterizada por enfrentamientos antagónicos entre individuos egocéntricos. De manera resumida, Kant presupone un estado de naturaleza (*status naturalis*) donde no puede predominar la paz, dado que existe la constante amenaza de activar hostilidades. Solamente con base en el *contrato originario*, los individuos pueden renunciar a su libertad salvaje con el fin de recobrarla en forma de una libertad civil. De este modo, los individuos se cohesionan como miembros de una comunidad estatal instaurada (*gestiftet*).¹⁰

Elaborado por Kant con referencia al tránsito del estado natural al estado civil instaurado, el contexto genealógico incluye la concepción del antagonismo que subyace, con modificaciones, a la concepción filosófica de Hegel, concentrada en la figura de la lucha por el reconocimiento que sustituye la figura del contrato (social). En la última concepción de su filosofía política, Kant había retratado la razón práctica con base en la estructura del reconocimiento mutuo.¹¹ Concebido

¹⁰ La concepción política jurídica de Kant se discute con más detalles en: Müller Uhlenbrock, Klaus (2008), *Del ius publicum europaeum a la gobernabilidad global. Estrategias, fases y fundamentos de la juridificación*, p. 23 - 38

¹¹ El principio del reconocimiento en la filosofía de Kant y Fichte se analiza en: Nowak-Juchacz, Ewa, (2003), *Das Anerkennungsprinzip bei Kant, Fichte und Hegel*. En: Fichte Studien, Volume 23, *Praktische und angewandte Philosophie I*, pp. 75- 84. El presente artículo se concentra en la figura hegeliana del reconocimiento; por tanto, no reflexiona acerca del contexto filosófico de una teoría entendida como tema básico en la filosofía del Idealismo Alemán.

como idea a priori, se discute el reconocimiento como un principio ideal que constituye tanto la esfera de la moralidad como la del derecho.

Con referencia a la idea kantiana del reconocimiento mutuo, Fichte elabora en su obra *Fundamento del derecho natural* (1796) una teoría de la autoconciencia y del reconocimiento, instaurando con esa el modelo de una reciprocidad comunicativa racional, entendida como presupuesto de la libertad antropológica. La relación intersubjetiva la define Fichte como un “dar y recibir de conocimientos”, definiendo con eso el “carácter peculiar de la humanidad”, sostenido por la afirmación generalizada de la socialización, dado que el “hombre deviene ser hombre solamente entre los hombres”.¹² La experiencia intersubjetiva del Yo como ser racional finito condiciona la *relación de derecho* entre los individuos; consiguientemente, el reconocimiento recíproco entre seres racionales instaure la relación jurídica que revela la inteligencia de seres como determinante de cualquier constitución (política y jurídica) derivada de la acción humana.¹³ El derecho se deriva del dar y recibir, es decir, del postulado de la reciprocidad, según el cual el reconocimiento de los individuos como seres racionales se realiza actuando, en la medida en que un Yo trate a otro como tal.

Adaptando ideas anteriores de Kant y Fichte, Hegel despliega la teoría del reconocimiento como un tópico central a partir de sus escritos tempranos, publicados durante su estancia en la universidad de Jena desde 1801 hasta 1807. Esbozando el llamado *System der Sittlichkeit* (Sistema de la Eticidad), Hegel comprende el reconocimiento como un tópico que proviene de las doctrinas racionales inherentes al derecho natural. La intersubjetividad como principio de la filosofía práctica se materializa mediante un proceso de formación (*Bildung*), que contiene los componentes de la separación (*Trennung*) y de la unión (*Vereinigung*) entre sujetos. Ambos componentes constituyen la formación de subjetividad en forma de la lucha y del amor.¹⁴ Sin embargo, en la *Fenomenología del Espíritu* de 1807 Hegel desarrolla y enfatiza el aspecto de la *lucha* por el reconocimiento con referencia a la figura de la autoconciencia, que experimenta la lucha a vida o muerte como forma peculiar de acción violenta.

LA ESPECULACIÓN Y EL REALISMO DE LA CONTRARIEDAD EN LA TEORÍA DEL RECONOCIMIENTO (HEGEL)

La teoría hegeliana del reconocimiento se nutre de la evolución progresiva caracterizada por tránsitos de un estado de cosas a otro. La idea del progreso ocupa un lugar favorecido en la corriente filosófica de la Ilustración, con repercusión, por ejemplo, en la obra de Kant, titulada *Idea de una historia*

¹² Fichte, Johann Gottlieb, (1796), *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, Jena und Leipzig, p. 31

¹³ Fichte escribe: “Der Rechtsbegriff ist der Begriff eines Verhältnisses zwischen Vernunftwesen. Er findet daher nur unter der Bedingung statt, dass solche Wesen in Beziehung auf einander gedacht werden.” *Ibid.*, p. 53

¹⁴ Los componentes amor y lucha se discute en Siep, Ludwig (1979): *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie. Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes*, Freiburg, pp. 63. El amor como base operacional de la unión entre sujeto y objeto representa la figura central desarrollada en los escritos teológicos del joven Hegel. Posteriormente, Hegel da preferencia a la figura de la lucha como condición y componente de la autoconstitución de la conciencia.

universal desde un punto de vista cosmopolita, cuya idea central gira alrededor de un progreso, en el cual “todas las aptitudes implantadas en una criatura por la naturaleza están destinados a desarrollarse por completo y conforme a su fin en el curso del tiempo”. Sin embargo, el medio para lograr el desarrollo de todas las aptitudes del hombre es el antagonismo en la sociedad, con la especificación de que este “antagonismo sea a la larga la causa del establecimiento ... de un orden que está regulado por la ley”.¹⁵ En Kant, la historia antagónica humana realiza lo que le queda oculto como plan de la naturaleza: una constitución política jurídica a nivel nacional y también internacional.

Considerando la totalidad del desarrollo histórico del género humano en el sentido de su autorrealización, el tránsito de un estado de cosas a otro representa un progreso, definido por Hegel con referencia al concepto de la libertad. Según Hegel, la historia humana es el desarrollo del espíritu en su tiempo, pero la esencia del desarrollo espiritual yace en el despliegue de la libertad que impregna el curso sobre continentes y culturas territoriales. La expansión del sentido de la libertad se resume así: “El este sabía y hasta el presente lo sabe que uno es libre; el mundo griego y romano, que algunos son libres; y el mundo germánico, que todos son libres.”¹⁶ La expansión universal de la libertad la resalta Hegel como la cumbre de un progreso incesante e inevitable que implica la propagación de la idea y su concreción como realidad. El discurso idealista representa, por tanto, un elemento especulativo de progresión necesaria, identificado posteriormente como acto de mistificación (Marx).

No obstante, la mistificación idealista del progreso como un desarrollo continuo, acumulativo e inevitable de libertad contiene elementos de contrariedad que transfiguran la visión acerca del progreso idealizado. De manera peculiar, la teoría del reconocimiento elaborado por Hegel envuelve elementos de contrariedad. Tal teoría impugna la figura del contrato social, figura dominante en la filosofía política moderna, basada en la petición contractual de individuos que se reconocen mutuamente con el fin de construir relaciones de socialización con jerarquías estatales de dominación. A diferencia, la figura del reconocimiento en Hegel enfatiza la *lucha* como efigie determinante de un proceso antagónico que incorpora elementos realistas, proceso caracterizado por (1) *elementos impulsivos*, (2) *elementos históricos de dominación* y (3) *elementos de carácter económico opresivos*.

Incorporados al idealismo, los elementos realistas de la libertad constituyen la relevancia de una teoría que desarrolla, por primera vez y de manera detallada, el reconocimiento recíproco con base en el antagonismo entre individuos que tienen disposición a la violencia. La teoría del reconocimiento inaugura y sostiene los procesos constitutivos de una sociabilidad basada en escenarios de lucha con relaciones impulsivas de dominación y de servidumbre. Sin embargo, el significado de la lucha por el reconocimiento no se basa en la sociabilidad con referencia a hechos empíricos, dado que Hegel construye elementos constitutivos de origen (*konstitutive Ursprungselemente*) de sociabilidad que anteceden al proceso histórico de autorrealización humana. En este sentido, se entiende la teoría de la lucha por el reconocimiento como una constitución

¹⁵ Kant, Immanuel (1981), *Idea para una historia universal en sentido cosmopolita*, en: Kant, *Filosofía de la historia*, México, p. 36

¹⁶ Hegel (1961), *Philosophie der Geschichte*, p. 59

originaria y genealógica que señala fenomenológicamente condiciones previas de socialización, proyectando de manera peculiar la génesis del espíritu objetivo, materializado en forma de la familia, de la sociedad y del Estado. La construcción originaria antecede a los procesos de autorrealización humana, caracterizados por una convivencia humana basada en el Estado y el derecho.

LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO (DESEO, PELIGRO, MUERTE, SUMISIÓN Y CULTURA)

El concepto lucha representa el juego escenificado entre fuerzas constitutivas de la autoconciencia, que se descubre a sí misma mediante la reflexión, entendida como un movimiento retorno a partir de la objetividad del *alter ego*. Las fuerzas movilizadoras de la autoconciencia se concentran en el deseo (*Begierde*), que representa la dinámica de la vida. Mediante una operación no calculada, el deseo dirige la perspectiva de la autoconciencia a su semejante, pero este movimiento implica una confrontación, una lucha de vida o muerte, donde cada uno tiene que buscar la muerte del otro. El propósito del reconocimiento requiere la totalidad singular y excluyente de un Yo que busca la muerte del otro. Así se especifica una vitalidad del Yo que encuentra la satisfacción (*Befriedigung*) de su deseo. Sin embargo, el deseo es destructor (*zerstörend*), egocéntrico (*selbstsüchtig*) y transeúnte (*vorübergehend*), lo que promueve el tránsito del reconocimiento solitario a un acto que demuestra la libertad del Yo no solamente para sí, sino también para otro.

El proceso del reconocimiento genera la autoconciencia reconocitiva (*das anerkennende Selbstbewusstsein*), desarrollándose en forma de la compenetración mutua con la vitalidad que implica la experiencia de la muerte como negación natural. El antagonismo vida/muerte pone en *peligro* la vida autoconsciente. Hegel expone: “La muerte de la una ... resuelve la contradicción mediante la negación abstracta, por lo mismo, brutal (*roh*), de la inmediatidad.”¹⁷ Pero la vida arriesgada experimenta la superación de la muerte que conduce al conocimiento que la vida es tan esencial como la libertad. Solamente mediante la lucha de vida o muerte se descubre la experiencia que la vida es *esencialmente igual* a cada autoconciencia.

La lógica del movimiento se basa en los elementos de contrariedad y de caída que conforman el principio de la auto constitución, reflejando así que la verdad de la realidad es movimiento y cambio. La inquietud y el desaparecer son elementos esenciales de la realidad, cuya manifestación es el nacer y el perecer. La verdad de la realidad es el “delirio báquico, en el que ningún miembro escapa a la embriaguez”¹⁸. Lo que se halla en proceso de desaparecer debe considerarse también, a su vez, como esencial. La negación de la inmediatez de la conciencia resulta en una contradicción *nueva y más alta*, asumida en la relación entre amo y esclavo. En esta relación culmina la contrariedad y la lucha, figuras de escenificaciones que encuentran en la *Fenomenología del espíritu* su conclusión sistemática. El juego de las fuerzas del deseo en el nivel de la conciencia desemboca en la *igualdad formal* del reconocimiento. La nueva contradicción agrega la vivacidad de una lucha entre seres caracterizados por la *desigualdad*

¹⁷ Hegel (1985), *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, México, p. 228

¹⁸ Hegel (1985), *Fenomenología del espíritu*, México, p. 32

real. Sin haber realizado esta lucha, el reconocimiento mutuo quedaría solamente a nivel formal. Por eso señala Hegel: “El individuo que no ha arriesgado la vida puede sin duda ser reconocido como persona, pero no ha alcanzado la verdad de este reconocimiento como autoconciencia independiente.”¹⁹

La nueva contradicción entre amo y esclavo revela un comienzo cualitativamente diferente al reconocimiento formal. La diferencia se basa en los aspectos del dominio social, del trabajo como categoría fundante y del acto de represión. Hegel afirma que la conciencia sumisa del esclavo tiene su verdad en el amo, pero sin haber olvidado su propia autoconciencia. La existencia del esclavo no representa un hecho natural, sino llega a ser real a causa del *temor* que revela su condición como ser dependiente. El esclavo siente el temor de la muerte frente al amo absoluto quien logra que la conciencia sumisa se le someta. El amo logra establecer su independencia, se siente superior, pero descubre que no podrá gozar de su libertad absoluta en términos de su seguridad. La independencia depende del reconocimiento de la conciencia servil. Pero en la medida en que el amo descubre al esclavo como condición de su existencia, se invierte también la perspectiva del esclavo quien pierde su condición de un ser prescindible. En fin, la conciencia negada niega a la conciencia negadora a través del reconocimiento recíproco, situación que inaugura el principio de la historia o la cultura humana.

Los elementos constitutivos del reconocimiento mutuo inauguran la historia humana de aculturación política y jurídica, terminando con eso la fase prehistórica del género humano, caracterizada por la ausencia de instituciones que sustituyen estrategias arcaicas de autoconservación. La conducta agresiva violenta de la fase prehistórica, dirigida para procurar recursos territoriales, alimentarios o sexuales, se adapta paulatina y forzadamente a condiciones estatales. La arqueología de la violencia imperante en comunidades arcaicas se deriva de reglas en forma de usos ancestrales y costumbres inalterables. Renuentes a la división social, a la acumulación de la riqueza y a la concentración forzada del poder político jerarquizado, las comunidades arcaicas no resisten al impacto de la nueva figura política que demanda su transformación. La terminología hegeliana reflexiona sobre el cambio en la convivencia humana, señalando el tránsito que genera el comienzo del Estado.

La lucha del reconocimiento y la sumisión a un señor, es el fenómeno (*Erscheinung*) de donde surge la convivencia de los hombres como comienzo de los Estados. La fuerza (*Gewalt*), que es fundamento en este fenómeno, no es por esto fundamento del derecho, aunque sea el momento necesario y justificado en el traspasar de la condición de la autoconciencia, la cual está inmersa en el apetito y en la individualidad a la condición de la autoconciencia universal. Es el comienzo externo o fenoménico de los Estados, no ya su principio sustancial.²⁰

En la teoría hegeliana, la sumisión a un señor dirige la lucha del reconocimiento como un fenómeno inaugurador de la cultura estatal. Del Estado se deriva la normatividad de la convivencia social. El comienzo de los Estados resulta de la lucha por el reconocimiento. La violencia es el fundamento del Estado que monopoliza la violencia en nombre del bien colectivo, pero no el

¹⁹ Ibid., p 116

²⁰ Hegel (1985), *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, p. 229

presupuesto del ordenamiento jurídico. Por tanto, Hegel cuestiona la asociación del derecho con la violencia. En el contexto social del sistema de necesidades, compuesto por intereses particulares, hay que evitar el uso particular de la fuerza y de la violencia, uso definido como injusto, dado que la violencia ejerce la coacción sobre la voluntad libre, lo cual el soberano político no puede permitir. A diferencia, la violencia estatal, ejercida como reacción a la acción coactiva de particulares, resulta ser necesaria y funge como presupuesto legítimo del sistema legal. Consiguientemente, Hegel reclama la obligatoriedad del derecho, que debe ser reconocido como ordenamiento en mano del Estado soberano.

BIBLIOGRAFÍA

FICHTE, Johann Gottlieb, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Jena und Leipzig, 1796

HEGEL, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966

HEGEL, G.W.F., *Primer Programa de un sistema del idealismo alemán* (invierno 1796/97), en: Hegel, *Escritos de juventud*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989

HEGEL, G.W.F., *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1969

HEGEL, G.W.F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, México, Editorial Porrúa, 1985

HEGEL, G.W.F., *Filosofía del derecho*, Tribunal superior de justicia del Distrito Federal, México, 2007

KANT, Imanuel, *Idea de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita*,

NOWAK JUCHACZ, Ewa, *Das Anerkennungsprinzip bei Kant, Fichte und Hegel*, en: *Fichte Studien*, Volumen 23, 2003

SIEP, Ludwig, *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie. Untersuchungen zu Hegels Jenaer Philosophie des Geistes*, Freiburg, Alber, 1979

LA VIOLENCIA CONTRA LOS MIGRANTES DESDE UNA INTERPRETACIÓN BIOPOLÍTICA

LUISA GABRIELA MORALES VEGA*

La violencia en México contra los migrantes latinoamericanos, asiáticos e incluso africanos, que pretenden ingresar de manera irregular a los Estados Unidos a través de la frontera con nuestro país, ha sido ampliamente documentada, como muestra y para conocer algunos datos fácticos, haré referencia a dos informes que han aportado gran parte del conocimiento que hoy en día se tiene sobre el fenómeno:

De acuerdo con el informe especial emitido en febrero de 2011 por la Comisión Nacional de Derechos Humanos¹, uno de los delitos cometidos en mayor medida contra los migrantes es el secuestro, llevado a cabo generalmente por parte de los grupos de la delincuencia organizada, cuyas principales víctimas son las personas migrantes provenientes de Centroamérica que se encuentran en tránsito por nuestro país en su viaje hacia los Estados Unidos.

Como consecuencia del aumento en la comisión de delitos contra los migrantes, el informe nos dice que el 22 de marzo de 2010, en el marco del 138 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), varias organizaciones de la sociedad civil solicitaron una audiencia pública, a fin de presentar ante los comisionados la situación del secuestro sistemático y generalizado en perjuicio de personas migrantes en México, cometido por el crimen organizado.

En los documentos referidos se afirmó que el fenómeno de la migración en México y en la región de Centroamérica se ha vuelto cada vez más complejo en términos de la composición, rutas y destinos de los flujos migratorios, así como en los retos que las personas migrantes deben afrontar a lo largo de su tránsito y estancia en una región de la cual no son originarios.

En relación a las rutas, la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha elaborado un mapa donde identifica los puntos más peligrosos debido al alto índice de criminalidad contra los migrantes en la República, de acuerdo a la información oficial y al dicho de los propios migrantes. Según esta información en la mitad de las entidades federativas los migrantes son víctima de la acción de la delincuencia organizada, y tales sitios corresponden a aquéllos por los que transita el tren que cruza de sur a norte la República Mexicana:

En el informe que se comenta, las organizaciones civiles señalaron también que no concebir a los migrantes indocumentados como sujetos de derecho, resulta en la falta de marcos normativos adecuados y mecanismos que garanticen

* Candidata a Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; profesora de la Coordinación de Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán; especialista en la Orientación y gestión de trámites migratorios.

¹ *Informe especial sobre secuestro de migrantes en México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 22 de febrero de 2011, disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2011_sec migrantes.pdf, consultado el 29 de septiembre de 2011.

y protejan sus derechos humanos, independientemente de su condición migratoria. Lo anterior, deriva en un incremento de violaciones a derechos humanos cometidas por servidores públicos y agentes policiales federales, estatales y municipales, que se traducen en la criminalización de la migración en condición irregular; así como, en mayor probabilidad, para el tráfico ilícito de migrantes, las agresiones físicas, psicológicas y sexuales, la trata de personas y, recientemente, el incremento descontrolado del secuestro a personas migrantes; delitos todos estos que quedan impunes como consecuencia de una política migratoria con una escasa perspectiva de derechos humanos y que otorga amplias facultades discrecionales a la autoridad.

Todos estos elementos nos permiten afirmar que las personas que ingresan o permanecen en el territorio nacional de manera irregular o indocumentada viven al margen del Estado. El Derecho los califica como regulares e irregulares y al experimentar la ley, cuando no reúnen los requisitos para que les sea otorgada una condición de estancia regular, los migrantes sufren el abandono; la probabilidad de toparse con situaciones violentas y terroríficas cuyos autores pueden ser tanto los delincuentes como las autoridades, penetran la subjetividad de las personas que han tomado la decisión personal de emigrar. En este sentido la Ley ejerce sobre ellos violencia, pues al momento de nombrar, definir, limitar, permitir, prohibir y diferenciar lo legal de lo ilegal, el migrante como miembro de un grupo vulnerable y parte de una categoría poco relevante, queda siempre del lado ilegal, de lo prohibido.

El segundo documento es el informe que el 11 de octubre de 2012, publicó Amnistía Internacional titulado “Culpables Conocidos, Víctimas Ignoradas. Tortura y Maltrato en México”².

Decenas de miles de migrantes irregulares intentan cruzar México todos los años de camino a la frontera estadounidense. Millares son víctimas en el camino de secuestro, violación, palizas y asesinato a manos de bandas criminales, que a menudo actúan en connivencia con funcionarios públicos. Según la CNDH, en 2010 fueron secuestrados sólo en un semestre 11.000 migrantes, y muchos sufrieron graves malos tratos en situaciones en las pudo haber funcionarios públicos implicados.

La policía municipal ha sido acusada a menudo de entregar a personas migrantes a bandas criminales, que las someten a tortura para conseguir números de teléfono de familiares suyos en Estados Unidos o en Centroamérica, a los que se obliga a su vez a pagar por ellas para que no las asesinen, las hagan desaparecer o las mutilen.

Raras veces se hace rendir cuentas a las bandas criminales y a los funcionarios públicos implicados en estos abusos. Amnistía Internacional no conoce un solo caso en que se haya procesado a agentes de policía u otras fuerzas de seguridad por tortura o malos tratos a migrantes, pese a haber testimonios de testigos presenciales de su participación, así como recomendaciones de la CNDH en este sentido.

El ‘Homo Sacer’ como categoría de la teoría biopolítica de Agamben;

² Informe disponible en la página electrónica de Amnistía Internacional México, [http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20\(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME\)%20\(1\).pdf](http://amnistia.org.mx/publico/tortura/24106312.ext%20(Tortura%20y%20maltrato%20en%20Mexico-INFORME)%20(1).pdf)

Una de las teorías en la discusión teórica actual de la soberanía estatal y su ejercicio, la *Biopolítica*, fue formulada por Michel Foucault en 1979. La idea la desarrolla dentro del capítulo “Derecho de muerte y poder sobre la vida” de su obra *Historia de la Sexualidad*³, y constituye uno de los polos de desarrollo del *biopoder*.

El biopoder lo entiende como el poder que el soberano tiene sobre la vida, mismo que tiene su origen en la figura del derecho romano de la *Patria Potestas*, por virtud de la cual el padre tenía la potestad o facultad de disponer de la vida de sus hijos y sus esclavos, bajo el razonamiento que se si él les había *dado* la vida, en consecuencia podía quitárselas. En base a esta *Patria Potestas*, el soberano puede disponer de la vida de sus súbditos, aunque en la actualidad ya no abierta y libremente, sino que esta facultad se encuentra condicionada, es decir en la antigüedad el *pater familias* tenía el poder de hacer morir o dejar vivir y en la actualidad la fórmula del soberano se invierte, por lo que puede hacer vivir o dejar morir.

Aun cuando parezca que esta facultad ha estado presente a lo largo del desarrollo del Estado, el autor nos dice que cobra relevancia a partir del siglo XIX, en el que el Estado ha adquirido un *formidable poder de muerte*, gracias a, entre otras cosas; que las guerras son más sangrientas y destructivas y que éstas no se realizan ya en nombre del soberano (príncipe, rey, nación), sino en nombre de la existencia de todos, o sea *matarse unos a otros por la necesidad de vivir*. De este modo el Estado o el soberano se han instituido en *Gerentes de la vida y la supervivencia*, para combatir a aquello que se presente como un *peligro biológico* para la sociedad.

Así pues, se ha configurado una sociedad normalizadora, a través de políticas que invadieron *el cuerpo, la salud, la manera de alimentarse y alojarse, las condiciones de vida, el espacio entero de la existencia*⁴,

La nuda vida. La Biopolítica en Agamben.

Giorgio Agamben, abundando en esta teoría retoma la figura del *Homo sacer*. del derecho romano arcaico, que se define de la siguiente forma:

“Hombre sagrado es, empero, aquél a quien el pueblo ha juzgado por un delito; no es lícito sacrificarle, pero quien le mate, no será condenado por homicidio. En efecto, en la primera ley tribunicia se advierte que ‘si alguien mata a aquel que es sagrado por plebiscito, no será considerado homicida’. De aquí viene que se suela llamar sagrado a un hombre malo e impuro.”⁵

El *homo sacer* o la idea de la nuda vida, nos dice Agamben que está profundamente arraigada en la política moderna, en efecto, la política migratoria ilustra las ideas de Agamben.

En principio tenemos la enorme diferencia entre el inmigrante regular o también llamado por algunos autores como bueno/auténtico y el irregular o

³ Foucault, Michel. *Historia de la Sexualidad*, p. 161

⁴ *Ibidem* p. 174

⁵ *Ibidem* p. 94

inauténtico/sospechoso. Que se traduce en la expedición de normas para por una parte, regular la inmigración y por la otra criminalizarla, al relacionarla por ejemplo con cuestiones de seguridad nacional.

En Europa, para citar un caso, se ha implementado una política claramente restrictiva, orientada al control policial de los flujos y a combatir la inmigración ilegal. Pues en los últimos años se ha sometido a una presión migratoria sin precedentes y entonces, empezamos a escuchar términos como “invasión”, “avalancha”, “oleada”, “riada”, etc. Todas estas palabras son transmisores eficaces del peligro y el riesgo que representan los flujos migratorios, con los que la administración obtiene el apoyo de la sociedad para la restricción.

Esta situación, que la percibimos perfectamente bien en el corredor migratorio más grande del mundo México-EUA, ha traído como consecuencia en ambos casos la puesta en marcha de medios jurídicos excepcionales para combatir la migración, este orden excepcional necesita generar un clima de temor o pánico, presentando como peligroso y potencialmente destructivo (peligro biológico) a determinado grupo social, así pues, como vemos documentado en el informe de AI, la emergencia es responsable de ello.

Ahora, los factores que intervienen en la conformación de los flujos, como la globalización, la situación económica o política de los países de origen, el mercado laboral mundial, son soslayados o atribuidos únicamente al país emisor de emigrantes y en cambio, se hace hincapié en los riesgos supuestamente asociados a la movilidad humana: terrorismo, narcotráfico, trata de personas, esclavitud *en México por ejemplo, su peligro radica en constituir el objeto de deseo de la delincuencia organizada, para secuestrarlos, extorsionarlos, prostituirlos o utilizarlos como mulas o venta de órgano*. Cuando en realidad la existencia de una presencia criminal fuertemente arraigada revela una incapacidad estructural manifiesta del Estado.

Otro de los rasgos biopolíticos que encontramos en la gestión migratoria, lo constituyen los lugares en donde acaban los migrantes, todos estos lugares se caracterizan por ser un espacio físico donde el Derecho y el Estado no están presentes:

1.- Las fronteras, auténticas zonas de muerte, donde la vida de quienes intentan cruzarlas no vale nada. El desierto Mexicano, la zona Zeta, el mar que en miserables embarcaciones deben cruzar los que anhelan llegar a la costa Europea o Australiana. Travesías peligrosísimas, mortales que quien no logra sobrevivir representa únicamente un cuerpo inerte sin identidad, sin nación, sin que nadie lo reclame, lo llore, lo vele.

2.- Quienes no mueren, pueden ser apresados y reclusos en centros de internamiento, en México llamados estaciones migratorias, que son auténticas penitenciarias, donde no se respeta formalidad procesal o legal, sino simplemente se recluye a los seres sin alimentación, sin asistencia y sobre todo sometidos a tortura, mientras son devueltos al lugar de origen.

3.- Quienes logran superar la frontera, se enfrentan a una vida invisible, son cuerpos explotables, tolerados y permanente amenazados. Esto por la creciente dificultad de conseguir el estatuto migratorio de residente o de legal. Así, se insertan a la cadena laboral en condiciones muy inferiores o en algunos

casos de esclavitud, prestando sus servicios en la agroindustria, minas, prostíbulo, reducidos a su mínima expresión humana, derivada del endurecimiento del derecho migratorio.

Así las cosas, la analogía del *Homo Sacer* con el migrante la podemos identificar, pues estos sujetos no existen jurídicamente en el territorio del Estado, viven, cualquiera que haya sido su destino, en un espacio o “zona de irreductible indiferenciación” en donde el orden jurídico se encuentra permanentemente suspendido, víctimas de un derecho de excepción que se ha generalizado o normalizado con motivo del peligro biológico que representa la migración irregular a la sociedad de acogida, es:

“...lo que caracteriza a la política moderna no es la inclusión de la *zoé* en la polis, en sí misma antiquísima, ni el simple hecho de que la vida como tal se convierta en objeto eminentemente de los cálculos y de las previsiones del poder estatal: lo decisivo es, más bien, el hecho de que, en paralelo al proceso en virtud del cual la excepción se convierte en regla, el espacio de la nuda vida que estaba situada originariamente al margen del orden jurídico, va coincidiendo de manera progresiva en el espacio político, de forma que exclusión e inclusión, externo e interno, *bios* y *zoé*, derecho y hecho, entran en una zona de irreductible indiferenciación.”⁶

De esta cita se desprende la idea política fundamental de la obra. En efecto, el argumento de Agamben se erige en el sentido de que la biopolítica de Foucault yerra al considerar novedoso o propio de la modernidad la inclusión de la nuda vida (lo excluido) en el orden jurídico, pues esa es precisamente la naturaleza de la figura *Homo Sacer*; y que lo que debemos considerar es la configuración del Estado de Excepción que no es otra cosa que esa “zona de irreductible indiferenciación” donde coinciden inclusión y exclusión, *zoé* y *bios*, hecho y derecho, y desde su punto de vista las características de existencia del Estado de Excepción en la actualidad es lo que se debe considerar a través de las reflexiones biopolíticas.

Para entender lo que implica tal Estado de Excepción, es menester recurrir a las consideraciones teóricas de Carl Schmitt y del propio Agamben en torno a la soberanía. Este último nos presenta lo que ha llamado la *paradoja de la soberanía* y dice que tal paradoja se enuncia así: “El soberano está, al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico”⁷, ya que es el único facultado para declarar el estado de excepción con lo que se suspende la validez del orden jurídico mismo, lo que trae como consecuencia, según Schmitt, que caiga “fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida”⁸, de modo que una (la principal) de las atribuciones soberanas es la suspensión del estado de derecho o de la vigencia de la ley, lo que de ningún modo se traduce en caos o anarquía, pues generalmente, esta atribución se ejerce para salvaguardar la subsistencia del Estado y defenderlo de agresiones externas; Schmitt, en relación a esto nos dice que la excepción da cabida a la *decisión*, un concepto eminentemente jurídico pues al ser el derecho exclusivo de una

⁶ Ibidem p. 19

⁷ Ibidem p. 27

⁸ Idem.

situación determinada creada por el soberano, éste la garantiza en su totalidad y así *asume el monopolio de la última decisión*⁹.

Como mencionamos antes, el concepto de excepción sólo se entiende si va ligado al de soberanía y Agamben utiliza el propuesto por Schmitt según el cual el soberano termina ubicándose en esa zona de indistinción (excepción) que lo mantiene dentro y fuera de la ley a la vez y supone que la vigencia del orden legal implica necesariamente una división entre el dentro y el fuera de la ley, pero lo supera de la siguiente forma:

“Si la excepción es la estructura de la soberanía, ésta no es, entonces, ni un concepto exclusivamente político, ni una categoría exclusivamente jurídica, ni una potencia exterior al derecho (Schmitt), ni la norma suprema del orden jurídico (Kelsen): es la estructura originaria en que el derecho se refiere a la vida y la incluye en él por medio de la propia suspensión”¹⁰

De aquí obtenemos que *la relación originaria de la ley con la vida no es la aplicación -de la ley sobre la vida- sino el Abandono*¹¹ de la vida. Lo que se clarifica con la relación de la evolución del *nomos* griego que expone más adelante, desde Píndaro, siendo en él donde en primer lugar se relacionan *Bía* y *Diké*¹², la violencia y la justicia, conceptos contradictorios para los griegos, según nos dice; después de Píndaro, Solón también revela esa relación y Hesíodo por el contrario establece que el *nomos*, es lo que separa esos dos conceptos. El autor califica a Píndaro como el “primer gran pensador de la soberanía” pues considera que *el nomos soberano es el principio que, reuniendo derecho y violencia, los hace caer en el riesgo de la indistinción*¹³, si atendemos a esa idea, el soberano es el punto de indiferencia entre derecho y violencia, es el punto en el que el derecho se hace violencia y viceversa.

Cita también Las Leyes de Platón¹⁴ y desprende de ahí que la ley tiene poder conforme a la naturaleza y en esencia es un poder no-violento, por lo que considera Agamben que lo que importa a Platón es *precisamente neutralizar la oposición que... para Píndaro, justificaba la oposición soberana de Bía y Diké*¹⁵, asevera también que toda la argumentación del libro X de Las Leyes apunta a la desarticulación de esa oposición, concluyendo que cuando Platón dice que “la ley debe reinar sobre los hombres y no los hombres sobre la ley”, lo que hace es afirmar el carácter “natural” no-violento de la ley¹⁶. Lo que se interpreta entonces es que Agamben encuentra un refuerzo en Platón de su tesis sobre la indistinción de la ley y la naturaleza o del *nomos* y la *physis*.

⁹ Ibidem p. 28 Esta última decisión ya se vislumbraba quizá en Bodin al atribuir al soberano la facultad de juzgar en última instancia.

¹⁰ Ibidem p. 43

¹¹ Ibidem p. 44 La palabra abandono significa en este contexto exclusión, de acuerdo a la amplia explicación que el traductor del volumen consultado hace sobre el desarrollo del vocablo bando.

¹² Ibidem p. 46

¹³ Ibidem p. 47

¹⁴ Ibidem p. 50

¹⁵ Idem

¹⁶ Idem

La contraposición entre *nomos* y *physis*, es lo que ha nutrido la teoría clásica pues el orden jurídico (*nomos*) impuesto por el soberano sólo se explica por la existencia del estado de naturaleza (*physis* o fuera de la ley) que acarrea la incertidumbre y el temor de los miembros del grupo social, pues en tal estado la vida de los hombres está expuesta a la amenaza de la muerte. Por ello en la concepción de la soberanía de Hobbes, la vida estaría expuesta permanentemente al peligro de muerte pues el estado de naturaleza permite a todos ser violentos, por lo que el hombre deberá tratar de cuidarse o protegerse de todo aquél que sea más fuerte, hábil o violento que él, por lo que es *esta misma identidad de estado de naturaleza y violencia lo que justifica el poder absoluto del soberano*¹⁷; pues ese poder absoluto lo faculta para ejercer en exclusiva la violencia, lo que acarrea según Agamben, la incorporación del estado de naturaleza, a través de la violencia soberana a la vida social del Estado, y así

“La soberanía se presenta, pues, como una incorporación del estado de naturaleza en la sociedad, o... un umbral de indiferencia entre naturaleza y cultura, entre violencia y ley, y es propiamente esta indistinción la que constituye la violencia soberana específica”

Y acusa el autor que en la actualidad sucede que el estado de excepción donde la ley se disuelve y el soberano realiza todo lo que considera necesario no tiene ya un lugar localizable y exclusivo donde existir y coincide en *todas partes con el ordenamiento normal, en el cual todo se hace así posible de nuevo*¹⁸

En este punto y para redondear la idea de soberanía en Agamben, volvemos sobre la figura del *Homo Sacer*, hemos dicho que es el hombre juzgado por un delito al que cualquiera puede matar impunemente pero que no es sacrificable; estos elementos conceptuales, la impunidad de matar y la insacrificabilidad, los explico a continuación: el hombre sagrado u *homo sacer*, es insacrificable en el entendido de que no es digno de tener una muerte ritual, es decir no reúne los requisitos necesarios para rendirle deferencia a la hora de morir y no cae en los supuestos de los procedimientos de purificación en el paso a la muerte, por ello es que pende sobre él la violencia, al ser posible que cualquiera le quite la vida; es decir, no puede el soberano aplicarle la pena capital y tampoco ha sido consagrado a ninguna divinidad porque es un hombre que de algún modo u otro está maldito¹⁹ pero por lo mismo cualquiera puede asesinarlo y tal conducta no estará sancionada por la ley penal y quedará impune. Estas condiciones implican una doble excepción, por un lado la excepción de la ley humana, pues al no tipificarse su muerte violenta a manos de otro como un homicidio, debemos asumir que la vida de ese hombre no constituye un bien jurídicamente tutelado; y por el otro la excepción de la ley divina, ya que el vocablo sacrificio nos remite a la divinidad en el sentido de que los sacrificios (humanos) constituyen un ritual dirigido esencialmente a los dioses o a una instancia trascendental; por ello es que el *homo sacer* soporta una doble excepción al no situarse dentro de los supuestos protegidos por el derecho

¹⁷ Ibidem p. 51

¹⁸

¹⁹ Esta maldición obedece a la ambivalencia de la sacralidad que expone Agamben y que podemos relacionar con las ideas de Sigmund Freud referentes al *tabú*.

humano ni por el divino. O como dice Macrobio a través de Agamben “ *no sólo la prohibición de la inmolación excluye, en efecto, cualquier equiparación entre el homo sacer y una víctima consagrada, sino... la licitud de matarle implicaba que la violencia que se le hacía no constituía sacrilegio*²⁰ ni delito alguno.

Relacionando los párrafos que preceden, hemos visto que la soberanía es intrínsecamente paradójica al encontrarse dentro y fuera de la ley a la vez, es decir en el estado de excepción, pues sólo será soberano el que decida la aplicación del derecho cuando ha suspendido la vigencia del mismo; también hemos visto que el *homo sacer* es un hombre que al estar preso en una doble excepción, se ubica precisamente dentro y fuera de la ley a la vez, lo que hace comprensible la afirmación de que:

“Soberana es la esfera en que se puede matar sin cometer homicidio y sin celebrar un sacrificio; y sagrada, es decir expuesta a que se le de muerte, pero insacrificable, es la vida que ha quedado prendida en esa esfera.”²¹

Su ubicación dentro y fuera de la ley es la forma en que la vida ha quedado prendida en la esfera soberana; o en otras palabras está presa en el *bando soberano*, y la conclusión de este razonamiento es que la vida considerada sagrada es justamente a la que nos referimos y por ende, tenemos que aceptar que la *contribución originaria de la soberanía*, es precisamente la creación o fabricación de la nuda vida; y es en este punto en donde se genera la coincidencia sustancial entre la *Biopolítica* de Foucault y la *Nuda Vida* de Agamben; pues en ambos casos el soberano (detentador de la *Patria Potestas*) incide y decide sobre la esencia *zoé* (si puedo llamarlo así) del hombre y es por este motivo que estas teorías demuestran un cambio cualitativo en la concepción del Estado; a más de que en las mismas se sostiene la (paradójica también) sujeción de la vida al *poder de muerte* soberano a partir de la promulgación de los derechos humanos en los que se considera la vida humana como sagrada, pues esta

“...sacralidad es la forma originaria de la implicación de la nuda vida en el orden jurídico político y el sintagma *homo sacer* designa algo como la relación ‘política originaria’, es decir, la vida en cuanto, en la exclusión inclusiva, actúa como referente de la decisión soberana.”²²

En vista de esto es que la relación de las personas con el poder no se clasificarían ya como soberano/súbdito o ciudadano, sino como soberano/*homo sacer*, pues se considerará soberano a quien frente a él los demás sean *homo sacer* aunque sea en potencia, y así más adelante, sobre la teoría de Hobbes, manifiesta que en el estado de naturaleza no se actualizaba en estricto sentido una lucha de todos contra todos, sino de cada quien contra todos los demás, por lo que la idea de que el hombre es un lobo para el hombre, significa para

²⁰ Agamben, op. cit. p. 107.

²¹ Ibidem p. 109

²² Ibidem p. 111

Agamben que el hombre es un *homo sacer* para el hombre, es decir que cada hombre representaba un *homo sacer* ante los demás.

El sometimiento de la nuda vida o del *homo sacer* al bando soberano constituye el origen de la estructura propiamente soberana, por ello en la modernidad la vida se sitúa notoriamente en el centro de la política, es decir por ello el nacimiento de la *Biopolítica*.

Por último, en la teoría de Agamben, el campo de concentración juega un papel sobresaliente al identificarlo como el referente empírico del estado de excepción, pues nos dice que los campos son los recintos que no nacen del derecho ordinario, *sino del estado de excepción y de la ley marcial*²³, en seguida enumera varios campos de concentración durante el siglo XX, no sólo los creados bajo el nazismo; lo relevante en este estudio es la afirmación de que llega un momento en que la existencia de este lugar, nacido bajo un estado de excepción y por ende, contrario al derecho, al *nomos*, se prolonga en el tiempo más allá de la existencia del estado de excepción, es decir, subsiste al estado de excepción, en ese momento este lugar excepcional se convierte en algo normal, regular, y cita el autor al jurista Werner Spohr: *a través de la suspensión de los derechos fundamentales el decreto da lugar a un estado de excepción querido con la vista puesta en la realización del Estado nacionalsocialista*²⁴.

Con ello el autor justifica la subsistencia de estos lugares al estado de excepción por la voluntad de las autoridades y aun más cita a Carl Schmitt que sostuvo como *fuerza primaria e inmediata del derecho el mandato del 'Führer', la 'Schutzhaft' no tenía por lo demás necesidad alguna de un fundamento jurídico en las instituciones y en las leyes vigentes, sino que era un 'efecto inmediato de la revolución nacionalsocialista'*²⁵, e incluso relata que una de las defensas utilizadas por el oficial en jefe de la GESTAPO fue *no existe ninguna orden ni ninguna instrucción en el origen de los campos: éstos no han sido instituidos, sino que un buen día estaban ahí*.²⁶ Debemos agregar aquí que la justificación de Schmitt no encierra el sentido de que las decisiones del líder o soberano eventualmente se convertirán en ley, sino que son ya de hecho ley, son fuente primaria del derecho, lo que me recuerda la frase de Hobbes *auctoritas non veritas facit legem*.

Pensamos entonces que si estas citas del autor son correctas y en efecto llevan el sentido con el que se nos presentan, consecuentemente podemos aceptar la idea de que el campo de concentración se encuentran a la vez dentro y fuera del derecho, en esa *zona de irreductible indiferenciación*, donde tiene cabida la nuda vida, el *homo sacer*. Y por ende, comparte ese oscuro espacio con el soberano en donde éste posee la capacidad de disponer de la vida o en otras palabras, de ejercer efectiva y realísimamente su *poder de muerte*.

Las consideraciones teóricas vertidas constituyen una herramienta de la que nos podríamos servir para interpretar la incidencia del Estado a través del orden jurídico en los procesos migratorios, que no son otra cosa que la movilidad espacial sobre el planeta de personas que en su mayoría pueden ser calificadas

²³ Ibidem p. 213

²⁴ Ibidem p 214

²⁵ Ibidem p 215

²⁶ Idem

de *homini sacri*, al ser obligadas a abandonar su hogar por la actualización de fenómenos violentos que tienen su causa muchas veces en el ejercicio soberano.

A manera de conclusión, el migrante como víctima de la violencia ejercida tanto por el crimen organizado como por los funcionarios del Estado, se encuentra precisamente en esa zona de “irreductible indiferenciación” de que nos habla Agamben, pues como lo afirmaron incluso las organizaciones de la sociedad civil, de que nos habla el informe de la CNDH que se comenta líneas arriba, los migrantes irregulares no son considerados sujetos de derecho, por lo que su vida no constituye un bien jurídicamente tutelado, por lo que al igual que en tratándose del *homo sacer*, el asesinato y en general todos los delitos cometidos en su contra quedan impunes.

OBRAS CONSULTADAS.

AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 2010

Amnistía Internacional, www.amnesty.org/es

BENJAMIN, Walter, *Conceptos de filosofía de la Historia*, Buenos Aires, Terramar, 2007

BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1973

El Universal online, www.eluniversal.com.mx

Excelsior online, www.excelsior.com.mx

Foucault, Michel. *Historia de la Sexualidad*, México, Siglo XXI, 1976.

HARDT, M y Negri, A. *Imperio*, España, Paidós, 2005

HELLER, Herman, *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Informe especial sobre secuestro de migrantes en México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 22 de febrero de 2011, disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2011_secigrantes.pdf, consultado el 29 de septiembre de 2011.

SASSEN, Saskia. *Globalization and its discontents*, Nueva York, New Press, 1998.

SCHMITT, Carl La *Dictadura*, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1968

----- El concepto de lo político, España, Alianza, 1999.

LA NEUROFENOMENOLOGÍA: CUERPO-CEREBRO, MENTE-CONCIENCIA.

Magdalena de Lourdes Espinosa y Gómez.

SUMARIO: 1. La herramienta: cuerpo-cerebro. 2. El proceso: la relación cerebro-mente. 3. El producto: la conciencia. a. Los Solitones Biológicos: partículas elementales del pensamiento. b. El binomio mente-cerebro. 4. El giro hacia una nueva epistemología. A. La Filosofía de la Complejidad: Gregory Bateson (1904-1980). B. Francisco Varela (1946- 2001) y la hermenéutica celular. C. Hacia un Realismo Analógico. Conclusiones Referencias

LA NEUROFENOMENOLOGÍA: CUERPO-CEREBRO, MENTE-CONCIENCIA.

El momento que nos ha tocado vivir resume una enorme cadena de esfuerzos humanos, tanto en lo material, como intelectualmente. Si volteamos atrás a los últimos cien años, nos podremos dar cuenta de cómo se fueron ensartando uno a uno, simultánea y paulatinamente, cada uno de los eslabones que ahora nos permiten comprender de una manera integral lo que es el ser humano.

El día de hoy, es posible asomarnos a su interior e identificar no sólo la maravilla del cuerpo y sus órganos, sino conocer su funcionamiento y el de los sistemas que lo componen como una totalidad. Tal vez, lo más fascinante es lograr entrar al cerebro, conocer lo que es y hace una neurona, lo cual es verdaderamente extraordinario y más aún, el saber cómo se transmite entre ellas la información

Pero, si bien esto nos ha permitido tener una nueva perspectiva mucho más amplia y completa del organismo; por otro lado, todavía no se tiene la misma claridad respecto al cómo ‘conoce’ y ‘siente’. Por ello, sería conveniente que el fenómeno del conocer sea abordado desde los dos ámbitos, de manera cuidadosa y completa; es decir, mediante lo que somos tanto en la parte corpórea, como también en la incorpórea. Lo cual implica a su vez entender ambos aspectos: primero al cerebro como la *herramienta* material y en segundo término, al proceso que efectúa la *energía mental* expresada mediante el pensamiento. Y también se requeriría tomar en cuenta tanto el aspecto *emocional*, como los *sentimientos*.

En este sentido, recientemente, se ha retomado el aspecto que Edmundo Husserl (1859-1938) había identificado como *fenomenología*, para el estudio de la *conciencia*, y ahora con los avances logrados en la neurología sobre el cerebro, es como se ha llegado a acuñar el vocablo conjunto de *neuro-fenomenología*.

En cuanto al uso del término “*neurofenomenología*”, cabe decir que es tomado del neurobiólogo chileno, Francisco Varela. Así, en una entrevista que le hace Susan Blackmore le pregunta:

Susan: Entonces, ¿cómo surge esta <<sensación de la botella>> a partir de esta relación de encarnación entre ciertas neuronas dentro de un cerebro y una botella ahí fuera?

Varela: Ésta es la razón de que hable de *neurofenomenología*. La parte <<*neuro*>> te da un conocimiento fundamental de cómo funciona el cerebro, pero no te da la parte <<*feno*>>. Ésta última requiere tanto esta encarnación en un cuerpo como el acceso en primera persona para informar cómo se siente. Y es la combinación de estas dos cosas la que lo

conseguirá. En otras palabras, mi tesis es que no lo puedes hacer sin una o la otra. Se trata de acostumbrarse a pensar y hacer ciencia de un modo diferente, combinando estas dos cosas.

La razón de que use el ejemplo de la solidez de un objeto es que la manera en que manejamos objetos está muy bien estudiada en neurociencia, pero al mismo tiempo la idea de acción encarnada en un cuerpo es también muy rica en fenomenología. Así que, cuando combinas las dos, es como si de repente miraras las cosas desde dos perspectivas; la mirada se vuelve en 3-D. Ya no existe la contradicción denunciada por el problema difícil. El problema sólo sigue siendo difícil si eres semiciego. ¹

De esta manera, ella define como *neurofenomenología*: “Un maridaje entre la neurociencia y la fenomenología, iniciado por Varela con el propósito de aunar los métodos, de primera persona de la fenomenología con los de tercera persona de la neurociencia”. ²

Así, veremos que hay tres cuestiones a tratar, la primera se refiere a:

1. LA HERRAMIENTA: CUERPO-CEREBRO

En este trabajo se hará referencia al cuerpo humano, considerado como el *instrumento* central por la cual el hombre se manifiesta y crea. Tradicionalmente, se ha estimado que está formado por cuatro grandes aparatos o sistemas: el digestivo, el circulatorio, el respiratorio y el nervioso el cual:

Está encargado de los enlaces por medio de los órganos sensitivos y sensoriales. Los mensajes enviados a gran velocidad por los nervios sensitivos son detenidos en los relevos, desde donde se dirigen hacia el córtex cerebral en el que originan las sensaciones conscientes. De los centros nerviosos (cerebro, cerebelo, tronco cerebral, médula espinal, ganglios del sistema nervioso vegetativo) parte una corriente incesante de influjo nervioso que inspira, regula y coordina todas las reacciones del organismo a las modificaciones del universo ambiente, rige la motilidad, asegura la satisfacción de las necesidades orgánicas y ejecuta las órdenes del psiquismo. ³

Por la investigación realizada en los últimos años por Varela, Blalock y Ader, ahora cobran singular importancia el sistema endócrino y el linfático, dado que trabajan en complemento íntimo con el nervioso. Paralelamente, Ruff y Pert, identificaron el sustrato *bioquímico* de las *emociones*, aspecto fundamental para el sano equilibrio humano.

Indiscutiblemente, el cerebro humano representa el clímax de la evolución en los seres vivos y su estudio ha motivado a muchos hombres de ciencia. Uno de sus

¹ Blackmore, Susan *Conversaciones sobre la Conciencia*, Paidós, México 2010. pp.308 y 309. Refiere a: Varela, F.J y J. Shear, *The view from Within: First person Approches to the Study of Concioousness*, Thorverton (Devon), Imprint Academic, 1999.

² *Ibidem*. Blackmore, Susan *Conversaciones sobre la Conciencia*, Glosario p. 359.

³ La Vida, Enciclopedia del Mundo Viviente, t.5, *La Máquina Humana*, Salvat, dirigido por A. M. Monnier y Paul Leget, Barcelona, 1962, p.12.

primeros investigadores, fue Ramón y Cajal (1852-1934), quien ganó el premio Nobel en 1906, al brindar las bases citológicas e histológicas de la neurología moderna. Hacia 1911, realizó la primera explicación comprensiva de la estructura neuronal del *neocortex*, junto con descripciones detalladas de las células piramidales y de la inmensa población de neuronas menores.

Otro aporte reciente, se debe a Robert Stenberg quien formuló la “*Teoría Triárquica del Cerebro*”⁴, con la que se logró reconocer la importancia de la ‘*amígdala cerebral*’, como la parte más antigua del mismo y en la que radican las emociones primarias como la ira. De este modo, el cerebro “*triuno*”, está formado por tres áreas:

1. El cerebro *reptílico o amígdala*, con los mecanismos de ataque o huida.

2. Después se desarrolló el *límbico o mamífero*, en donde se ubican emociones como el temor, la ternura y el amor, con este sistema se llegó a lograr el aprendizaje y la memoria. Se sabe que hace unos 100 millones de años, el cerebro de los mamíferos creció repentinamente, hasta llegar a formar:

3. El *neocortex*, en el homo sapiens, como la parte más nueva y específicamente humana, sede del pensamiento y de las emociones sutiles o sentimientos.

Por otro lado, una de las contribuciones más significativas sobre el *cerebro*, se debe a Sir John Eccles, neurólogo australiano quien en el artículo: “*Bases neurofisiológicas del espíritu*”, realizado en 1962, logró integrar y expresar los aportes relativos al funcionamiento y la *comunicación neuronal*. Describiendo el vínculo entre el sistema nervioso central (SNC) y esa parte que ya —*no es visible*— como materia neuronal, sino que se muestra como “*eléctrica*” y a la cual denominó “*espíritu*”.⁵ Así afirma, por espíritu entendemos: “la actividad psíquica que se ejerce conscientemente en el campo general de la percepción, del intelecto, memoria y volición. Estos fenómenos considerados conscientes, constituyen la base de las experiencias individuales e interiores”.⁶ Las cuales serían materia de la fenomenología. Para él: “Todo análisis de las bases neurofisiológicas del espíritu debe iniciarse con un estudio de la *estructura*, mecanismo y funcionamiento del *cerebro*, características de las que derivan sus singulares propiedades sin ningún equivalente en todo el universo material”.⁷ Comenta que emplea los términos “*mecanismo*” y “*funcionamiento*” para señalar al ‘*cerebro*’ como una ‘*máquina*’ de complejidad sin igual, pero que sigue siendo eso: una máquina.

Diferentes estudios remarcaron que la respuesta específicamente humana del cerebro radicaba en el *córtex*.⁸ El comportamiento de la corteza cerebral puede

⁴ Sternberg, R.J, *Beyond IQ: A Triarchic Theory of Human Intelligence*, New York, Cambridge University Press, 1985.

⁵ Eccles, *Bases Neurofisiológicas de Espíritu*, Enciclopedia, La Vida, Salvat, t.5, España, 1961, p.75.

⁶ *Ibidem*, p. 76.

⁷ *Ibidem*, p. 75.

⁸ El cortex cerebral tiene un conjunto de neuronas que integran un velo discoidal de 0,03 cm. de espesor y 2,000 cm² de superficie. Tiene cerca de 50,000 neuronas por milímetro cuadrado de cortex, cada una conectada a otros centenares de ellas. La neurona es una

considerarse como el resultado del comportamiento de sus *mil millones* de neuronas. Se identificó que la respuesta del cortex es —*eléctrica*—, y se da en diferentes “*ritmos por pulsaciones ciclo/ segundo*” y para Eccles tiene grandes propiedades dinámicas.⁹ En la masa encefálica, podemos *representarnos* estas oscilaciones irregulares como debidas a los circuitos temporoespaciales específicos, formados por una *multitud* de ondas que recorren la *red neuronal*.¹⁰

Siendo entonces, que la mente se vale de esa la *red neuronal* que Sir Charles Sherrington describe en verdadera poesía como: “Un *telar encantado* donde millones de lanzaderas rápidas como un relámpago (*impulsos nerviosos*) tejen un motivo fugaz, siempre significativo, aunque efímero; se trata de una armonía atornasolada de arabescos infinitesimales”.¹¹ La actividad estructural es como un estremecimiento ondulatorio que se insinúa entre el laberinto de las neuronas, y que tan pronto se lanza como se fusiona con otros grupos de ondas o, *reverberando*, retorna sobre cauces ya recorridos. El paso de un “relevo” requiere de una *milésima* de segundo: la onda recorre un millón de neuronas por segundo. Estos son los hilos del <<*laberinto encantado*>> de Sherrington.¹²

Entonces, puede decirse que el cortex “*representa un acontecimiento y el espíritu— lo rememora*”. Con lo cual, Eccles está afirmando que la memoria se genera en un campo diferente. De igual manera dice: “La ‘*voluntad*’ altera la actividad temporoespacial de la red neuronal poniendo en marcha ‘campos de influencias’ que actúan gracias a la función detectora única del córtex. Lo cual supone que la “*voluntad*” o la “*influencia psíquica*” son de naturaleza temporoespacial, esa es la razón de su eficacia”.¹³

Corroboró que la excitación sináptica requiere para su impulso una milésima de segundo para pasar de una neurona a otra, con lo que en 20 milésimas de segundo se afectaría a un gran número de neuronas.¹⁴ Siendo así como Eccles demuestra que:

- El *paso* de la *información* de una *neurona* a otra ‘*no*’ es de índole *física*, pues los axones de las dendritas ‘*no*’ llegan a tocarse. La información se transmite por una *corriente* de *impulsos nerviosos* en donde se produce el intercambio por el flujo de *electricidad*.

De este modo, al *punto* en donde se *entrecruza la comunicación* entre dos neuronas, y que ‘*no*’ es orgánico, se denomina “*sinapsis*”. A finales del siglo XIX se le ocurrió a Sherrington la idea de que estas áreas de contacto eran lugares especializados de comunicación que denominó *sinapsis*, de la palabra griega “*sinapto*” que significa agarrar con fuerza.¹⁵

unidad funcional: permite la transmisión del influjo nervioso de las zonas receptoras a las zonas efectoras (terminaciones sinápticas del axón). Eccles, *Ibidem*, p. 76.

⁹ Eccles, *Idem*.

¹⁰ *Ibidem*, p.78.

¹¹ Citado por Eccles, p. 79, nota 7.

¹² *Ibidem*, p. 79, paráfrasis.

¹³ Eccles, *Ibidem*, p.79.

¹⁴ Eccles, *Ibidem*, pp. 80-81.

¹⁵ Popper Karl y Eccles John, *El Yo y su cerebro*, 2ª Reimp., Barcelona, Labor, 1985. p.262, paráfrasis.

Recientemente, se sabe que una ‘sinapsis’ es una — *descarga electroquímica*— que *une* a cincuenta mil neuronas o más, en todas las direcciones posibles en la corteza cerebral. Y hace casi cuatro décadas, Eccles decía:

Actualmente, puede verse la creciente eficacia de las funciones sinápticas como *generatrices* de una *configuración neuronal ‘congelada’*, un “*engrama*”. El hipocampo es meramente el instrumento responsable del establecimiento de la ‘*huella mnémica*’ o ‘*engrama*’, que presumiblemente se localiza en gran medida en la corteza cerebral, en las áreas apropiadas. ¹⁶ Desde entonces, en neurofisiología, en cibernética o en la ciencia de la información, se llama “*engrama*” al modelo estereotipado que la máquina (o en nuestro caso el *cerebro*) reproduce sin modificar. ¹⁷

También comenta como gracias al ‘*microscopio electrónico*’ se pudo descubrir que la neurona se halla completamente ‘*separada*’ de otras neuronas por su membrana envolvente. En la sinapsis se produce el contacto íntimo, con una separación de la hendidura sináptica de unos 200^o (A). En las sinapsis de transmisión eléctrica, las membranas pre y postsinápticas están casi en contacto directo. Con todo, “se mantiene la integridad de las membranas neuronales, sin que haya fusión citoplasmática”. ¹⁸

En el sistema nervioso, la transmisión se produce mediante dos mecanismos totalmente distintos. En primer lugar están las *breves ondas eléctricas*, denominados *impulsos*, que viajan de un modo *todo-o-nada* a lo largo de las fibras nerviosas, frecuentemente a gran velocidad. En segundo lugar, está la transmisión a través de las *sinapsis*. Los impulsos los genera una neurona, descargándolos a lo largo de su axón una vez que se ha ‘*excitado*’ sinápticamente lo suficiente. El impulso viaja a lo largo del axón o fibra nerviosa y de todas sus ramas, terminando por alcanzar los botones sinápticos que constituyen los contactos del axón con el soma y dendritas de otras neuronas. Hay dos tipos de neuronas, aquellas cuyos axones forman sinapsis excitadoras y las que forman sinapsis inhibitorias. En la sinapsis excitadora, las vesículas sinápticas son esféricas, mientras que en la sinapsis inhibitoria son alargadas. ¹⁹ Otra técnica de investigación de las sinapsis es el registro desde el interior de las células nerviosas mediante diminutos *microelectrodos*, lo cual ha revelado no sólo la “*independencia eléctrica de las neuronas*”, sino también el modo de operación de las sinapsis. Cada neurona posee cientos o incluso miles de sinapsis en su superficie, y sólo descarga impulsos cuando la excitación sináptica es mucho más fuerte que la inhibición. ²⁰

Cabe decir que el periodo dado entre los años 1990 y el 2000, fue llamado la “*Década del Cerebro*”, pues en este tiempo de finales de siglo e inicio de milenio, se dieron extraordinarios puntos de apoyo generados por la ciencia para coronar

¹⁶ *Ibidem*, p.441.

¹⁷ Eccles, *op. cit.*, en nota 5, p.80, nota 8.

¹⁸ Popper Karl y Eccles John, *op. cit.*, en nota 15, p.262.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 261-262, paráfrasis.

²⁰ Popper Karl y Eccles John, *Ibidem*, p.265

esta idea de *plenitud e integración sistémica* basada en lo que Bateson llamó: la “*totalidad como Mente*”.²¹

En México, y orgullosamente dentro de la Universidad Nacional Autónoma de México, contamos con el eminente Doctor Ricardo Tapia quien afirma: “La investigación sobre el funcionamiento del cerebro nos dará también en las próximas décadas una gran cantidad de información que quizá permitirá acercarse al conocimiento de los mecanismos de lo más humano que el hombre posee: su conciencia, su pensamiento, su imaginación y su creatividad”.²² Con lo cual pone de relieve, precisamente, esos puntos que si bien se entrelazan con el cerebro, son algo muy diferente al órgano en sí mismo y a la vez constituyen el *quid* de la esencia humana.

De esta manera, quedó delineado con precisión que:

- Uno es el órgano físico, el *cerebro* y
- Otra cosa es la *mente incorpórea*, la cual se manifiesta gracias a él.

Ahora, la segunda cuestión corresponde a:

2. EL PROCESO: LA RELACIÓN CEREBRO-MENTE

Lo que permitió el paso del *homo erectus* al *homo sapiens* fue precisamente, el despertar de la *mente*: Así, Teilhard de Chardin comentaba: “Energías de naturaleza física controlan por todas partes el desarrollo de la Vida – y el Hombre, por su *pensamiento*, ha renovado la faz de la Tierra”.²³ Como puede verse en otro de sus libros, esta idea le obsesionaba: “Sin exageración, la aparición del *Pensamiento*, renovó por completo la faz de la Tierra”.²⁴ Efectivamente, es la mente, al expresarse como pensamiento lo que marcó *la* diferencia y el desarrollo del género humano como tal, lo que a su vez permitió que se diera la capacidad de reflexión y de verbalización.

Incuestionablemente, la aparición del *homo sapiens*, marca la gran diferenciación de los sucesos acontecidos en la Tierra durante los cinco mil millones de años de su existencia. Así, ante ese enorme lapso se genera la curiosidad de saber: ¿Cómo se dio este enorme salto? Y dentro del contexto del desarrollo geológico: ¿Cómo se puede explicar que la evolución produjo mentes y el lenguaje humano? Karl Popper aduce que es sencillamente admirable, el que la materia haya podido superarse a sí misma generando mentes, propósitos y todo el mundo de los productos de la mente humana al comentar:

Parece así que en un universo *material* puede emerger algo *nuevo*. La materia ‘*muerta*’ parece poseer más potencialidades que la simple reproducción de materia muerta. En particular ha producido mentes —sin

²¹ Bateson, Gragory, *Pasos hacia una Ecología de la Mente*, Carlos Lohé-Planeta. Argentina, 1994, p.492

²² Tapia, Ricardo, *Las células de la mente*, 6ª Reimp, F.C.E, La ciencia para todos 30, México, 2010, p.154.

²³ De Chardin, Teilhard, *La Visión del Pasado*, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1961, p 214.

²⁴ De Chardin, Teilhard, *Las Direcciones del Porvenir*, Taurus, Madrid, 1973, p 151, nota 6.

duda en lentas etapas— terminando con el *cerebro y la mente humana, con la conciencia humana de sí y con la conciencia humana del universo*.²⁵

De esta manera, cobra sentido y emerge, la tercera cuestión que se refiere a:

3. EL PRODUCTO: LA CONCIENCIA

El conocer, implica un proceso que culmina en la conciencia. Así, con la capacidad obtenida, puede decirse que sólo la mente es capaz de volver sobre ella misma y en este desenvolvimiento recursivo —a través el acto de darse cuenta—, es como se logra el despertar de la conciencia como el meollo fundamental de lo humano. Y al hablar de la conciencia, paralelamente, ha de resaltarse la *responsabilidad* medular que conlleva.

Tiempo atrás, Hegel, en la *Fenomenología del Espíritu* comentó:

La RAZÓN es espíritu en tanto que eleva a verdad la certeza de ser toda realidad [Realität] y es consciente de sí misma como de su mundo y del mundo como de sí misma. [...] En la razón *observadora*, esta pura ‘unidad del yo’ y del ser, del ser *para sí* y del ser *en sí*, se determina como el *en sí* o como *ser*, y la *conciencia* de la razón se encuentra.[...]La *categoría intuita*, la *la cosa encontrada*, entran en la *conciencia* como *el ser para sí* del yo, que ahora se sabe en la esencia objetiva como *el ‘sí mismo’*.²⁶

Es entonces, la experiencia del sí mismo, en lo sensible y en lo cognoscible, el hilo conductor con el que en la actualidad se pretenden armar los temas a estudiar bajo el término conjunto de: *neurofenomenología*.

Bajo este panorama, y como la serpiente que devora su propia cola, el verdadero sentido sistémico, el alfa y el omega del hombre se encuentra en su *mente*, con la capacidad recursiva de salir y regresar a sí misma renovando y ampliando incesantemente, su información a base de experiencia estocástica. Sin embargo, para que eso sea posible, se requiere de la conformación básica del *cerebro* funcionando adecuadamente con su *cuerpo*; y ensamblados ambos mente y cerebro, trabajarán en consonancia. Entonces, paradójicamente, estará lo ilimitado en lo limitado, lo incorpóreo en lo corpóreo, el fluido de la energía en la materia; esto es, la mente creando y transformando.

- En este punto se hace énfasis en que: la *mente* es *ilimitada*.
- En el otro polo, el *cerebro* que la manifiesta: sí tiene límite.

Pero, si bien éste órgano es limitado y finito, nadie podría dudar de sus extraordinarias características. Ahora como complemento, se verán:

a. Los Solitones Biológicos: partículas elementales del pensamiento

²⁵ Popper, Karl y Eccles, John, *op. cit.* en nota 15, p 12.

²⁶ Hegel, G., W., *Fenomenología del Espíritu*, 12ª Reimp., México, F.C.E., 2000, p. 259, cursivas y acotaciones propias.

A raíz de varios trabajos, los primeros especialistas en “conducción nerviosa” sabían que las “señales” involucraban alguna forma de ‘*actividad eléctrica*’. Alan Hodgkin investigó el radar durante la segunda guerra mundial, pero en 1945 regresó a su laboratorio en Cambridge. Ahí, con la ayuda de su alumno Andrew Huxley hermanastro del famoso novelista, Hodgkin comenzó a estudiar los cambios eléctricos que se producen en el gigantesco nervio axón del calamar. Sus investigaciones aclararon que la ‘*transmisión nerviosa*’ no se parece a los mensajes de la línea telefónica, sino que involucra una ‘*pulsación*’ localizada que ‘*viaja*’ por el ‘*nervio*’ a velocidad constante y sin cambiar de forma. Además, cada ‘*pulsación*’ es generada sólo cuando se alcanza determinado umbral crítico de ‘*energía*’.²⁷

Gracias a ésta investigación, *Hodgkin, Huxley y John Eccles*, ganaron el premio Nóbel de medicina en 1963, al demostrar que los ‘*impulsos nerviosos viajan*’ tan de prisa como lo que ahora se llaman “*solitones*”, a una velocidad constante y sin disipación. La matemática de la teoría Hodgkin-Huxley reveló que los nervios, después de activarse en su umbral, tienen un periodo latente antes de generar otro solitón. La propagación y la interacción de los <*solitones neurales*> también implican una ‘*memoria*’. La neurona ‘*retiene*’ cierta sensibilidad a los mensajes que ha transmitido ‘*antes*’. De este modo, una ‘*red nerviosa*’ tiene una “*memoria holística*” de su ‘*patrón*’ de mensajes, un dato que puede ser decisivo para desarrollar una teoría general de la memoria cerebral. Ahora se ha desarrollado un nuevo campo de estudios para investigar cómo los solitones chocan, pasan por encima de las irregularidades de la fibra nerviosa e interactúan en las intersecciones. Así, algunos teóricos han llamado al *solitón nervioso* la “*partícula elemental del pensamiento*”.²⁸ Finalmente, en síntesis se tratará:

b .El binomio mente-cerebro

Desde otra visión, Krishnamurti se refiere a la mente de la siguiente manera:

La *mente* es la totalidad de nuestro conocimiento, de nuestra conciencia; es todo el *proceso* de nuestro pensar, la medida total de nuestra existencia humana. La *mente* es el *resultado* del cerebro. El *cerebro origina* a la mente. Sin cerebro no hay mente, pero la mente está separada del cerebro; es hija del cerebro. Si el cerebro es limitado, dañado, la mente también está dañada. El cerebro, que registra cada sensación, cada sentimiento de placer o de dolor, el *cerebro* con todos sus tejidos, con todas sus respuestas, *crea* lo que llamamos la *mente*, aunque ésta es independiente del cerebro.²⁹

Para Bergson (1859-1941) la relación del *cerebro* con el pensamiento es, compleja y sutil, de modo que comenta:

Diría que el *cerebro* es un órgano de ‘*pantomima*’ y sólo de pantomima. Su papel es *imitar* la vida del espíritu, imitar también las situaciones exteriores a las que el espíritu debe adaptarse. La actividad cerebral es a la actividad mental lo que los movimientos de la batuta del director de orquesta son a la sinfonía. La sinfonía supera por todos los lados a los movimientos que la

²⁷ Briggs, J. y Peat, F.D. *Espejo y Reflejo: Del Caos al Orden*, CONACYT- Gedisa, México, 1991, p.128, paráfrasis.

²⁸ *Ibidem*, p.129, paráfrasis.

²⁹ Krishnamurti, Jidhu, *El Libro de la Vida*, Obras Completas, Vol. XI, 22 septiembre.

escanden ³⁰; la vida del espíritu desborda igualmente la vida cerebral. Pero el cerebro, precisamente porque “*extrae de la vida del espíritu*” todo cuanto tiene de articulable en movimiento y de materializable, precisamente porque así constituye el punto de *inserción del espíritu en la materia*, asegura en todo momento la adaptación del espíritu a las circunstancias, mantiene sin cesar al espíritu en contacto con las realidades.

No es, hablando con propiedad, *órgano* de pensamiento, ni de sentimiento, ni de conciencia; pero hace que conciencia, sentimiento y pensamiento permanezcan extendidos sobre la vida real y, por tanto, sean capaces de acción eficaz, Digamos, si queréis, que el cerebro es el *órgano de la atención a la vida*.³¹

Conforme a Bergson: “Las células de las llamadas regiones sensoriales de la *corteza*, células interpuestas entre las arborizaciones terminales de las fibras centrípetas y las células motrices de la zona rolándica, permiten a la *excitación* recibida alcanzar ‘*a voluntad*’ tal o cual mecanismo motor de la médula espinal y ‘*escoger*’ así su efecto”.³²

El *cerebro* no debe, pues, ser otra cosa, en nuestra opinión, que una especie de oficina telefónica: su papel estriba en “*dar la comunicación*” o en hacerla esperar. Nada añade a lo que recibe; pero como todos los órganos perceptivos envían ahí sus últimas prolongaciones y todos los mecanismos motores de la médula y del bulbo tienen ahí calificados representantes, se convierte realmente en un *centro* donde la *excitación periférica*, entra en relación con tal o cual mecanismo motor, *elegido* y no impuesto.³³

Para el filósofo francés, el cerebro parece más bien un instrumento de análisis en relación con el movimiento recibido, y un instrumento de selección en relación con el movimiento ejecutado. Y el sistema nervioso no es en modo alguno un aparato que sirva para fabricar o incluso preparar representaciones, considera que tiene por función recibir ‘*excitaciones*’.³⁴

Bajo su mirada, ‘*experiencia significa conciencia*’. Ésta puede expandirse hacia fuera y exteriorizarse con relación a ella misma, en la exacta medida en que percibe cosas exteriores unas a otras; y también puede adentrarse en su intimidad, recobrándose y profundizando, para sondear sus propios abismos como “*autoconciencia*”.

También sostiene que: “*conciencia significa memoria*”.³⁵ A su vez comenta que: “No hay estado de *alma*, por simple que sea, que no cambie a cada instante, pues *no*

³⁰ **Escandir** (Del lat. scandere) tr. Métr. Medir el verso, contar el número de pies o de sílabas que consta. R. A. E., 22ª ed., t. 5, España, 2002, p.465. En este caso, los compases o los tiempos de la sinfonía.

³¹ Bergson, Henri, *Memoria y vida*, Textos escogidos por Pilles Deleuza, Alianza Editorial, Madrid, 1977, pp.67-69. Cursivas propias.

³² Bergson, Henri, *Memoria y vida*, *Ibidem*, p.74.

³³ *Ibidem*, *Memoria y vida*, p.75.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Bergson, Henri, *Introducción a la Metafísica*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1979, p.21.

hay conciencia sin memoria". Y, sin esta supervivencia del pasado en el presente, no había *duración*, sino solamente instantaneidad.³⁶

Y cuando afirma que: "La teoría del conocimiento y la teoría de la vida, nos parecen inseparables una de otra" ³⁷, está vislumbrando lo que desarrollarían en 1980 casi setenta años después, Maturana y Valera en la Teoría de Santiago que se comentará más adelante.

En sus disertaciones Bergson plantea que:

La *materia y la vida* que llenan el mundo están también en nosotros; las fuerzas que obran en todas las cosas las *sentimos* en nosotros; cualquiera que sea la esencia íntima de lo que es y de lo que se hace, nosotros *somos* ello. Descendamos entonces al interior de nosotros mismos: cuanto más profundo sea el punto que toquemos, más fuerte será el impulso que nos volverá a la superficie. La intuición filosófica es ese contacto, la filosofía es ese impulso.³⁸

Hay por una parte una *multiplicidad* de estados de conciencia sucesivos, y por otra, una *unidad* que los liga. La '*duración*' será la "síntesis" de esa unidad y de esa multiplicidad, operación misteriosa de la que no se entiende, cómo soportaría matices o grados. En esta hipótesis no hay, ni puede haber, más que una duración única, aquella en que nuestra '*conciencia*' trabaja habitualmente.³⁹

- Se comprende que nuestro pensamiento pueda *extraer* conceptos fijos de la realidad móvil; pero no hay medio alguno de *reconstruir*, con la fijeza de conceptos, la movilidad de lo real.⁴⁰

Por otro lado, para la Dra. Besant:

"*Conciencia y vida son idénticas*, son dos nombres distintos de una misma cosa, según se la mire interior o exteriormente. No hay vida sin conciencia: no hay conciencia sin vida. Cuando después de separarlas vagamente en el pensamiento, se analiza la distinción, se advierte que se ha llamado vida a la conciencia dirigida hacia el interior y conciencia a la vida dirigida hacia el exterior". ⁴¹

En este sentido, en la neurofenomenología se busca integrar la visión de las dos caras de la moneda humana como: cuerpo-cerebro, mente-conciencia. Ya no es posible postergar el ver al hombre en su integridad "*corpóreo-anímica-espiritual*", al decir de Víctor Frankl.⁴²

³⁶ *Ibidem*, p.50.

³⁷ Bergson, Henri, *La Evolución Creadora*, 2ª Ed. en español, Colección Austral, Madrid, España, Espasa Calpe, 1985, (1907, 1ª Ed.). p 12.

³⁸ Bergson, Henri, *op. cit.* en nota 33, pp.132-133.

³⁹ *Ibidem*, p.61.

⁴⁰ *Ibidem*, p.71.

⁴¹ Besant Annie, *Estudio sobre La Conciencia*, Adyar, Argentina, 1981, p.27, cursivas propias.

⁴² Frankl, Víctor, *La Presencia ignorada de Dios*, 9ª ed., Herder, Barcelona, 1995, p. 26.

De esta manera, a lo largo del tiempo, se fueron aportando nuevos puntos de luz para la comprensión de nuestro ser y su contexto, mismos que se habían mantenido ocultos en el negro y opaco velo de una muy larga noche... tras la cual el primer rayo de la luz en el alba que comienza, parece empezar a disipar el profundo espesor del oscurantismo que contrajo hasta su olvido, el íntimo sentido de para qué el hombre ha nacido.

4. EL GIRO HACIA UNA NUEVA EPISTEMOLOGÍA

Ahora, al seguir las ideas de Mauricio Beauchot y de Luis Eduardo Primero Rivas⁴³, se puede decir conforme al primero que la filosofía analítica, así llamada por su oposición a lo sintético, se manifestó como minuciosa y atenta a los detalles lo cual le dio un gran rigor. Esta corriente tuvo como antecesores a los lógicos del siglo XIX: Boole, Shoeder, Peano y a Frege. Y quienes le dieron inicio fueron G.E. Moore, B. Russell y L. Wittgenstein; éste último fue quien inspiró al Círculo de Viena con Moritz Schlick, Rudolf Carnap y Otto Neurath a la cabeza.⁴⁴ Este círculo fue el portavoz del neopositivismo o positivismo lógico y en Estados Unidos de Norteamérica se habló de empirismo lógico. Al Grupo de Berlín lo representaron H. Reichenbach y F. Waismann; en Inglaterra se destacó A.J. Ayer y C.G. Hempel fue el filósofo de la ciencia o epistemólogo del grupo. A raíz del viraje de Wittgenstein antes de su muerte hacia un relativismo notable, surgen en un segundo momento, J.L. Austin y G. Ryle, entre otros; y del otro lado del Atlántico, Morris, Pierce, Quine y Rorty. Una figura singular fue K. Popper, a quien siguió T. S. Kuhn, así como Lakatos, Feyerabend y Ernesto Sosa.⁴⁵

Posteriormente, entre los postmodernos están; M. Foucault, G. Deleuze, J.F. Lyotard, J. Derrida, G. Vattimo y Rorty. Derrida cambió de manera drástica pues pasó de decir “nada hay fuera del texto”, a “nada hay fuera del contexto”.⁴⁶ Así, la primera modernidad se dio entre los años 60 y 70.

Ferraris y Volpi señalaron el nihilismo de los postmodernos en sus inicios y con ellos emerge un rechazo a la modernidad, tanto a su racionalismo, como a su cientificismo.⁴⁷ A partir de los 80 hasta la fecha surge el giro hacia un *realismo de la verdad*, el cual hace a un lado el peligro del relativismo que conduce al escepticismo. Conforme a Beauchot y Primero Rivas, se puede decir que la Filosofía posmoderna pecó de equívoca, relativista, nihilista y escéptica.⁴⁸

Así fue como los excesos de la filosofía analítica por su *univocismo*, y de la filosofía postmoderna por su *equivocismo*, prepararon una nueva época hacia un ‘nuevo realismo’ como lo denominó Ferraris, al rescatarlo y replantearlo tanto en la epistemología, como en la ontología. Después del giro lingüístico se ha dado el cambio ontológico y empieza a surgir el giro epistemológico. Ahora se: “nos abre paso hacia una epistemología analógica. Que es la propia de una hermenéutica

⁴³ Beauchot, Mauricio y Primero Rivas Luis, Eduardo, *Perfil de la Nueva Epistemología*, CAPUB, Colección Biblioteca de Filosofía y Educación, México, junio, 2012.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 47, paráfrasis.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 48 -52, paráfrasis.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 57, paráfrasis.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 58, paráfrasis.

analógica”.⁴⁹ Y puede decirse que la revolución científica contemporánea se resuelve a favor de la hermenéutica.⁵⁰

De este modo, conforme a la expresión de P. Ricoer, mediante la *hermenéutica de la sospecha* de Nietzsche, Freud y Marx, se puede ampliar el concepto de la hermenéutica, más allá del idealismo, al ubicarla en la *filología* como el aporte de Nietzsche, en la *cultura* por el sentido que Ricoer da a la contribución de Freud, y en la *historia* por el logro de Marx ⁵¹, lo que abre horizontes amplios, dinámicos y realmente prometedores para la hermenéutica a través de los aspectos del pensar filosófico moderno para integrarse como:

“una gnoseología, para derivar a una ontología y sus diversas expresiones (fenomenológica, lingüística, antropofilosófica), que servirán para conceptualizar una filosofía de la historia, quizá centrada en el concepto de *tradicción*, con dos vertientes básicas iniciales — modernidad y/o postmodernidad—, que a su vez crean desarrollos específicos, en la epistemología, la ética, y muchas otras variaciones de la construcción filosófica, entre las cuales podemos destacar la *filosofía del derecho*, de la cultura y de la educación”.⁵²

Según Primero Rivas, en relación a la hermenéutica de la sospecha, se requiere rescatar la presencia del *ser humane*⁵³ en la intelección y comprensión de la realidad, al tener presente lo que dijo Gadamer: “las llamadas ciencias del espíritu, cuyo término inglés equivalente, *moral sciences*, muestran que estas tienen por objeto algo de lo que forma parte *necesariamente* el mismo *sujeto* que conoce”.⁵⁴ El autor afirma la necesidad de colocar al *ser humane* en el sitio que le corresponde en la medida que seamos capaces de apropiarnos de la *ecología integral* de la realidad, incluido el cosmos, y entender que lo real es real dada la síntesis de las múltiples proporciones dinámicas entrecruzadas en el ser y sus configuraciones —sus entes—; de este modo las analogías que logren identificar, nombrar, organizar, relacionar, categorizar y teorizar al usar a la hermenéutica en su sentido y significado para el ser humano, constituyen lo que nos permitirá avanzar hacia una epistemología como Mauricio Beauchot propone con “*rostro humano*”.⁵⁵

Gracias a las nuevas epistemologías y frente a la *cosmovisión ecológica contemporánea* y a los puntos que merecen ser tomados en cuenta, resalta el aporte de un gran hombre de ciencia, creador de lo que Primero Rivas identifica como:

A. La Filosofía de la Complejidad: Gregory Bateson (1904-1980)

⁴⁹ *Ibidem*, p.59.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 61.

⁵¹ *Ibidem*, p. 63, paráfrasis.

⁵² *Idem*.

⁵³ Primero Rivas dice que al utilizar la “e”, *Ser humane*, significa el reconocimiento del impacto histórico del feminismo que puede llevar a modificaciones semánticas y gramaticales. Así, él usa *Ser humane* contra ser humano. *Ibidem*, p. 69 nota 4.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 72, cursivas propias.

⁵⁵ *Idem*, paráfrasis.

Bateson, viene de un linaje de hombres de ciencia que estuvieron en el *St. John's College*, en la Universidad de Cambridge, Inglaterra, entre 1859 y 1922.⁵⁶ Su padre, William Bateson (1861-1926), es quien inicia el uso de la palabra 'gen', así en 1905 concibió el término de "genética" como la ciencia dedicada al estudio de los fenómenos de la herencia y la variación. Cabe decir que por su admiración al botánico austriaco Gregor Mendel (1822-1884) llamó a su hijo Gregory, quien se formó como biólogo y antropólogo; por su gran capacidad de observación, la agudeza de su inteligencia y su profunda sensibilidad ante la naturaleza, fue pionero en su género al dejar asentadas las bases del cambio paradigmático que exigía una nueva epistemología.

Fue fundador del grupo de los cibernéticos que a iniciativa del médico psiquiatra Warren McCulloch, se reunieron en las Conferencias Macy de 1942 a 1953 en Nueva York. Cuando el equipo se dio cuenta que había emergido ante ellos un nuevo paradigma se propuso integrarlo de manera multidisciplinaria; el punto central versó sobre las cuestiones básicas del funcionamiento de la mente humana, con lo cual surgió una perspectiva realmente innovadora para las ciencias.

Bateson, efectuó trabajos importantes en psiquiatría respecto a la comunicación humana en la Escuela de Palo Alto, en California. Son notables sus aportes en el estudio de la *esquizofrenia*, pues se dio cuenta que como resultado de la *comunicación patológica* entre los miembros de un sistema familiar, se generaban fuertes perturbaciones psicológicas derivadas —no del sujeto—, sino de la interacción familiar; y dado que *no* se encontraron *bases orgánicas* en los pacientes, propuso la *Teoría del Doble Vínculo* como causa de la esquizofrenia en las relaciones sociales de poder y sumisión. De esta manera también elaboró y presentó como complementaria, a la *Teoría de la Esquizofrenia*.⁵⁷

Como hombre de ciencia, sus aportes fueron definitivos en una nueva visión en cuanto al conocer y el pensar. Para él, la lógica ya no generaba las respuestas adecuadas y había quedado totalmente rebasada, la consideró: "Un modelo pobre de causa y efecto".⁵⁸ Su visión fue extraordinariamente amplia, Keeney refiere que: "Bateson, empleaba el término "biología" de una manera muy idiosincrásica, para designar el estudio del "proceso mental" *inmanente* ya sea en las playas, los bosques, los sistemas de las computadoras o los seres humanos".⁵⁹

Con los logros obtenidos dentro del Grupo Macy, se puede afirmar que la identidad entre el proceso viviente y el proceso mental es, quizá, la intelección más profunda de nuestra época. *Mente y Naturaleza* pasan a ser así: una *Unidad Inseparable*. Esta es la postura asumida por Bateson, McCulloch, Maturana, Varela, von Foerster y todos los epistemólogos cibernéticos para quienes:

⁵⁶ Lipset, David, *Gregory Bateson. El legado de un hombre de ciencia*. Trad. José Esteban Calderón, F.C.E., México, 1991, p. 57.

⁵⁷ Espinosa, y Gómez, Magdalena de Lourdes, "Conciencia, lenguaje y derecho", tesis no publicada para obtener el grado de Doctora en Derecho, UNAM, FES Acatlán, México, 2006, pp.148-150.

⁵⁸ Bateson Gregory, *Espíritu y Naturaleza*, Amorrortu, 2ª ed., Argentina, 1993, p. 71

⁵⁹ Keeney, Bradford, *Estética del Cambio*, 2ª reimp., Paidós, España, 1994, p.77, nota 1, cursivas propias.

La *epistemología cibernética* es una manera de *redescubrir la naturaleza biológica* de nosotros mismos, de nuestras relaciones interpersonales y de nuestro planeta. Esta comprensión es absolutamente decisiva en el momento y lugar que vivimos: los armamentos siguen apilándose, los pueblos continúan batallando por territorios, venenos creados por el hombre ya están incorporados a nuestra progenie y la educación suele producir un saber trivial. A menudo, la *sabiduría estética* indispensable para salvarnos y salvar al planeta suele *desecharse* a favor de las soluciones pragmáticas que son el fruto de la *codicia* y de la incompreensión biológica. Esta situación nos lleva a una sola conclusión: gran parte de la cultura que vivimos es *insana*.

60

Y en la vorágine de la cultura del consumismo materialista: “Muchos de nosotros ignoramos aún que nuestra manera de *conocer es inseparable* de nuestra manera de *comportarnos*: y somos menos todavía los que sabemos que la *epistemología cibernética*, en el cabal sentido de la palabra, *es la vida misma*. La *biología de la cognición* como sostienen Varela y Maturana es la organización de la vida”.⁶¹ Efectivamente, para ellos la premisa fundamental de su teoría, consiste en identificar la cognición o proceso de conocimiento, con el proceso de la vida.⁶²

Bateson, dejó establecido un parámetro contundente por el respeto hacia la *ecología*, a la que consideró como la expresión del *sistema total y viviente de la mente*.⁶³ Con lo cual se generaría en 1987 la *Hipótesis Gaia*, en donde la Tierra fue vista como un *sistema vivo* del cual formamos parte.⁶⁴ Es así como gracias a él, la relevancia del mundo biológico se abrió a *todo* lo vivo, incluyendo al planeta mismo. Paralelamente, su opinión encontró un eco singular en Humberto Maturana y Francisco Valera, quienes con lo que habían investigado, integraron en los años ochenta la “*Teoría de Santiago*”, cuyo postulado central es: *Conocer es vivir, y vivir es conocer*.

Gracias al genio de Bateson, quedó marcada su huella como la gran diferencia en el nuevo enfoque de la ciencia, al final de su vida se dedicó a estudiar el lenguaje de los delfines en Hawái.

B. Francisco Varela (1946- 2001) y la hermenéutica celular

Este neurobiólogo chileno, nos brindó puntos muy relevantes en la nueva manera de conocer, así considero importante retomar algunos de sus textos para notar su trascendencia:

“Una de las críticas que debe hacerse a esta obra [la prologada de *Máquinas y seres vivos*] (así como a mi libro del 79, *Principles of biological autonomy*, North-Holland, New York), es que la crítica de la *representación* como guía del fenómeno cognitivo es remplazada por una alternativa débil: Lo *externo*

⁶⁰ Keeney, Bradford, *op. cit.*, en nota 53, pp. 24-25, cursivas propias.

⁶¹ *Ibidem*, p.126.

⁶² Capra, Fritjof, *Las Conexiones Ocultas*, Anagrama, Barcelona 2003, p.61, paráfrasis.

⁶³ Bateson, Gregory, *op.cit.* en nota 21, p. 492.

⁶⁴ Lavelock J., Bateson G., Margulis L., Alan H., Varela F., Maturana H y otros *Gaia, Implicaciones de la nueva biología*, edición a cargo de W.I. Thompson, 3ª ed. Kairós, Barcelona, 1995.

como mera *perturbación* de la actividad generada por la clausura operacional, que el *organismo interpreta* ya sea a nivel celular, inmunitario o neuronal. Remplazar la noción de *input-output* por la de *acoplamiento estructural* fue un paso importante en la buena dirección porque evita la trampa del lenguaje clásico de hacer del organismo un sistema de procesamiento de información”.⁶⁵

Primero Rivas, comenta que Francisco Javier Varela García había escrito esta frase en enero del año 1994 y con ella para esa fecha, considera que se había descubierto ‘la hermenéutica’; lo cual también se aprecia en otra afirmación que hace en la misma obra referida a la tesis más conocida de la *Escuela de Santiago*:

“Si la *autopoiesis* ha tenido influencia es porque supo alinearse con otro proyecto cuyo centro de interés es la *capacidad interpretativa del ser vivo* que concibe al hombre no como un agente que “descubre” el mundo, sino que lo *constituye*. Es lo que podemos llamar el *giro ontológico* de la modernidad, que hacia el siglo XX se perfila como un nuevo espacio de vida social y de pensamiento que ciertamente está cambiando progresivamente el rostro de la ciencia”.⁶⁶

Más adelante, leemos:

“Aparece de manera explícita un punto de *referencia* en las interacciones y por lo tanto la emergencia de un nuevo nivel de fenómenos: la constitución de significados. Los sistemas *autopoiéticos inauguran* en la naturaleza el fenómeno *interpretativo*”.⁶⁷

Ante lo cual, Luis Eduardo Primero Rivas comenta:

“Esta afirmación, extremadamente importante, establece una línea de trabajo de enorme trascendencia, en tanto argumenta —y debemos recordar que fue un importante neuro-biólogo— que la *interpretación surge* desde la actividad *neuronal*; así conformada como una tarea *simbólica* desde la acción *primera* de la actividad humana, la inicial de la operación del sistema nervioso central, la super red de conexiones neuronales fisiológicas y anatómicas que nos da la materialidad dinámica que permite desarrollar la humanidad”.⁶⁸

Como se puede notar, Varela por su formación en neurobiología vislumbró algo fundamental, que describió en su libro escrito en 1988 cuando se refirió a:

La autoorganización: las raíces de una alternativa.

Ya en los primeros años de la cibernética se propusieron otras posibilidades ante el *aplastante* dominio de la *lógica* como enfoque

⁶⁵ Maturana, Humberto y Varela, Francisco, J., De *Máquinas y Seres vivos, Enacción y cognición*, Lumen, Argentina, 2003, p. 55.

⁶⁶ De máquinas y seres vivos, *Ibidem*, p. 34.

⁶⁷ *Ibidem*, n.4, p. 46.

⁶⁸ Beuchot, Mauricio y Primero Rivas Luis, Eduardo, *op. cit.*, en nota 43, p. 77, cursivas propias.

predominante en las ciencias cognitivas. En las Conferencias Macy, por ejemplo, se comentó a menudo que en los *cerebros reales* no hay reglas ni un procesador lógico central, y que la información no está almacenada en lugares precisos. En cambio, era *evidente* que el cerebro operaba a partir de *interconexiones masivas*, de forma distribuida, de modo que las conexiones entre conjuntos de neuronas cambian como resultado de la experiencia. En síntesis, estos conjuntos presentan una capacidad *autoorganizativa* que no es propia de la “lógica”.⁶⁹

Desde otra perspectiva. Primero Rivas hace una reflexión sobre lo pequeño, lo múltiple y lo gigantesco con el siguiente ejemplo, en donde describe el enfoque sistémico:

El diario *La Jornada* en su sección de “Ciencias” del martes 10 de noviembre del año 2009 (p.2^a) publicó una noticia titulada así: “Pájaro daña con pan el gran acelerador de partículas”, que relataba cómo “la vocero” del Centro Europeo de Investigación Nuclear (CERN) había anunciado que el retraso en el funcionamiento del acelerador(que como recordamos es una máquina de 27 kilómetros de largo, con una altísima tecnología ubicado entre Francia y Suiza), se debió a que “un ave dejó caer migas de pan, las cuales generaron un corto circuito en una instalación eléctrica externa del edificio”, pero que “el corto circuito también afectó el sistema de enfriamiento”, lo que causara una subida de temperatura ”que tuvo que ser controlada”.⁷⁰

Resulta entonces paradójico que ante la inmensa magnitud del colisionador de hadrones⁷¹, dicha migaja de pan que el ave portaba en su pico, haya producido un efecto de tal envergadura. De tal manera que:

Esta información convoca la realidad de la cual venimos hablando: lo existente, el ser existente, es uno y múltiple; mínimo y gigantesco; previsible y azaroso; se compone de partes, factores, proporciones y/o analogías en permanente, completa e ineludible interacción, existente a pesar que la actual mente del ser humano sea incapaz de interpretarla,

⁶⁹ Varela, Francisco, J., *Conocer. Las ciencias cognitivas: tendencias y perspectivas. Cartografía de las ideas actuales*, 3^a reimp. Gedisa, España, 2002, p, 53, cursivas propias.

⁷⁰ Beuchot, Mauricio y Primero Rivas Luis, Eduardo, *op. cit.*, en nota 43, p. 78.

⁷¹ El Gran Colisionador de Hadrones conocido como LHC (por sus siglas en inglés *Large Hadron Collider*). El LHC es un acelerador y colisionador de partículas en un túnel circular de 27 km de circunferencia ubicado a 60 metros bajo tierra. Fue diseñado para colisionar haces de protones y núcleos de plomo desde 7 TeV de energía hasta donde lleguen sus límites, siendo su propósito principal examinar la validez y límites del Modelo Estándar, el cual es actualmente el marco teórico de la física de partículas. Dentro del colisionador dos haces de protones son acelerados en sentidos opuestos hasta alcanzar casi la velocidad de la luz y al chocar a altísimas energías (aunque a escalas subatómicas) que permitirían recrear muchos de los eventos ocurridos inmediatamente después de la Gran Explosión (o Big Bang, cuando nació el Universo). Montañaño, Zetina, Luis Manuel, *El Bosón de Higgs: ¿Por qué es necesario descubrirlo? Sus impactos sociales*, Departamento de Física, Cinvestav, por publicar.

pues su extensión, profundidad e *interactividad de partes y niveles*, excede con mucho, la *mente* actualmente vigente.⁷²

Cabe comentar que el sentido *holístico* todavía es difícil de aceptar por la mayoría de las mentes humanas actuales empapadas en su profundo egocentrismo; sin embargo, cada día es más contundente el hecho de que el todo está en la parte y viceversa, la parte en el todo. Puesto que la naturaleza se integra en una totalidad compuesta por la tierra, su atmósfera, sus mares, lagunas y ríos, las montañas y los volcanes que escupen fuego, los minerales, los microbios, las plantas, los animales y el hombre.

Para concluir este punto, se puede decir que Gadamer, dio el impulso de lo que Mauricio Beauchot llamó las “filosofías postmodernas”, como aquellas conceptualizaciones situadas de diversas maneras en la hermenéutica filosófica (y/o contemporánea), que han rendido igualmente frutos diversos, vinculadas con todas las epistemologías postmodernas, al unir la cibernética, la biología y la necesidad de crear *nuevas formas de comprender el mundo y la vida*; todo ello permitió el surgimiento de la ya citada Escuela de Santiago, en la que Varela llegó a *descubrir la hermenéutica celular*, con lo cual se dio la posibilidad de poder pensar en la vinculación existente entre lo infinitamente pequeño y lo macroscópicamente grande, que a su vez puede ser comprendido y captado mediante el significado de Bateson, como la “*Unidad Sagrada*” que conduce al realismo analógico planteado por Mauricio Beauchot.⁷³

C. Hacia un Realismo Analógico

Beauchot comenta que después de los excesos del univocismo analítico y del equivocismo postmoderno, ahora se requiere construir una epistemología analógica, con un realismo analógico. El cual surge de una hermenéutica analógica también, que es su plasmación en la epistemología. Para él, este realismo es analógico en el sentido de que no es unívoco; pues un realismo unívoco sería *a priori*, dogmático e incluso ingenuo. Considera que tampoco es un realismo equívoco, el cual es casi contradictorio, pues se desvanece en el relativismo excesivo, como cosa de la fantasía y del sentimiento. En cambio, esa contradicción desaparece por obra de la *analogicidad*, ya que un realismo analógico es un realismo crítico *a posteriori* y admite cierto relativismo (moderado); pero lo más importante es que no sólo acepta la intervención de la inteligencia y la razón; sino que además incluye a la *imaginación* o fantasía y al *sentimiento*.⁷⁴

Cabe comentar que este aspecto central del hombre, fue dejado de lado por la ciencia positivista, la cual consideró a los sentimientos como algo ‘subjetivo’ que tenía que dejarse a un lado, pues contaminaba su tarea; de tal manera que la investigación hecha *seriamente*, sólo tomaba en cuenta lo ‘objetivo’. Sin embargo, gracias al propio quehacer científico desde 1927, para Heisenberg y Einstein se hizo patente que ambos aspectos estaban unidos, dado que se dieron cuenta que el observador afectaba con su observación al objeto observado.

⁷² Beauchot, Mauricio y Primero Rivas Luis, Eduardo, *op. cit.*, en nota 43, p. 78, cursivas propias.

⁷³ *Ibidem*, pp. 78 y 79, paráfrasis, cursivas propias.

⁷⁴ Beauchot, Mauricio y Primero Rivas, Luis Eduardo, *op. cit.* en nota 43, p. 81, paráfrasis.

En la propuesta del realismo analógico, Beauchot retoma la visión integral del hombre al afirmar que la parte humana de la imaginación y los sentimientos, se aborda mediante una hermenéutica analógica, y por otro lado se da la relación de este realismo con la praxis, a través de la *phrónesis* o prudencia, que es una virtud sumamente analógica.⁷⁵

Por otro lado es interesante lo que sostiene respecto al papel que juega la imaginación cuando dice: “La imaginación es como el *gozne* que enlaza las emociones, el intelecto y la razón. El conocimiento tiene una gran carga de *afecto*. Por eso las buenas novelas son aptas para enseñar la *ética*, porque saben representar los afectos involucrados, como lo hacían las tragedias griegas”.⁷⁶

A su vez reitera: “Creo que en esta línea, se puede sustentar la idea de que tanto la imaginación o fantasía como las emociones, afectos o sentimientos toman *parte activa* en nuestros procesos de conocimiento. Inclusive por eso se tiene como asignatura pendiente la *educación* de los *sentimientos*”.⁷⁷ Sobre todo ahora que los jóvenes ya no leen ni la literatura clásica, ni las buenas novelas.

Así explica que: “Esto tiene que ver con la epistemología, ya que el proceso del *conocimiento* está entreverado de *sentimientos*. En el *juicio* intervienen la imaginación y el sentimiento”.⁷⁸ Lo cual es un aspecto fundamental para volver a tener y aceptar a la persona de manera integrada, completa, dado que como Beauchot afirma: “No podemos *desconectar* nuestro lado *afectivo* de nuestro lado *cognoscitivo*, los cuales marchan de consuno, trabajan conjuntamente”.⁷⁹

En este mismo sentido, vale la pena retomar lo que Rousseau sostenía en sus Confesiones: “Existir, para nosotros, es *sentir*, y nuestra sensibilidad es indiscutiblemente *anterior* a la razón misma”. También tiene otra frase contundente cuando dice: “Antes de pensar sentí”.⁸⁰

El resultado de esa dicotomía se refleja tanto en la vida cotidiana, como en la cultura, ahora los productos de la ciencia en su extraordinaria tecnología han generado individuos aislados por sus computadoras y dispositivos electrónicos, apagando la lozanía de la mirada, la dulzura de la palabra y del calor humano. Por ello es importante tener en cuenta que con anterioridad:

La educación de los sentimientos fue muy central en la tradición. En los griegos abarcaba la *ética*, correspondía a la formación de las *virtudes*, y entre los helenísticos y romanos, de la época imperial, tuvo la forma de la *epiméleia* estoica, que estudió mucho Foucault. Con los cristianos, tanto en la patrística como en el Medioevo, adoptó la forma de dirección espiritual, y tuvo presencia en el Renacimiento y el barroco hasta el siglo XVIII, en que parece estancarse. Nietzsche se refiere a los psicólogos y moralistas franceses como La Rochefoucauld.⁸¹ Pero luego esta educación

⁷⁵ *Idem*, paráfrasis.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 90.

⁷⁷ *Idem*, cursivas propias.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 91, segundo párrafo, cursivas propias.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 92, cursivas propias.

⁸⁰ Rousseau citado por Sánchez Vázquez, Adolfo, *Rousseau en México*, Itaca, México 2011, p.18, cursivas propias.

⁸¹ F. Nietzsche, *Humano, demasiado humano*, II, 35; México: Editores Mexicanos, 2000(4ª reimpr.), p. 48, citado por Beauchot, *Ibidem*, p. 91, nota 10.

de los sentimientos se relega, tal vez se desprecia, y ha quedado como una *necesidad* que tenemos que *atender*".⁸²

Por ello Beauchot considera que una epistemología del juicio *prudencial* es la finalidad de su investigación y cree que una epistemología del mismo, es lo más necesario para la vida. Lo llama el conocimiento *phronético* o juicio prudencial y a su vez tiene nos advierte que:

Los antiguos le daban mucha importancia a la *phronesis* o prudencia, virtud teórica que tenía que ver con la práctica, con lo concreto, contingente y movedizo o cambiante. Era una *sabiduría práctica*, muy estudiada por Aristóteles y la tradición aristotélica, actualmente, Alessandro Ferrara se ha centrado en ella.⁸³ Sigue a Hannah Arendt, quien ha conectado el juicio prudencial con el juicio reflexionante de Kant; en este juicio no hay conceptos ni principios, se guía más por el *sentimiento* que por una idea.⁸⁴

De esta manera considera que el juicio prudencial:

También es *poético* en el sentido de que no se reduce a la razón, sino que también acoge a la *intuición* y a la imaginación o fantasía. Igualmente, no deja fuera los sentimientos, los afectos, las emociones, las pasiones. En ese sentido recoge el ideal aristotélico de una razón *phronética* o prudente, y el kantiano de una razón *simbólica*, e incluso el nietzscheano de una razón más allá de la mera literalidad y la pura alegoricidad. Porque la pura alegoricidad es *ciega*, pero la pura literalidad es *vacía*.⁸⁵

En el mundo jurídico estamos constreñidos por la literalidad, el instrumento usado es la lógica y en su gran mayoría, los juicios se hacen mediante la palabra escrita. Recientemente, se han creado los juicios orales, en donde la emotividad está presente y los sentimientos afloran. Considero que es imprescindible incorporar con urgencia esta perspectiva de la *hermenéutica analógica jurídica* en donde se pueda mediante los métodos alternos de solución, facilitar el diálogo entre las partes, admitir que lo análogo y la emotividad cobren primacía como razones suficientes para la solución de conflictos, sobre todo en materia familiar dando primacía al juicio prudencial.

Bateson por su parte dijo al respecto: "Lo monstruoso es intentar *separar* el intelecto de las emociones, y considero que es igualmente monstruoso intentar separar la mente externa de la interna. O separar la mente del cuerpo. Blake observó que "Una lágrima es algo intelectual", y Pascal afirmó que "El corazón tiene sus *razones* de las cuales la razón nada sabe".⁸⁶

⁸² *Ibidem*, Beauchot, Mauricio y Primero Rivas, Luis Eduardo, *op. cit* en nota 43, p. 91, cursivas propias.

⁸³ A. Ferrara, *Autenticidad reflexiva*, Madrid: Antonio Machado Libros, 2002; *La fuerza del ejemplo. Exploraciones del paradigma del juicio*, Barcelona: Gedisa, 2008, ps. 37ss, citado por Beauchot, *Ibidem*, p.92.

⁸⁴ Beauchot, Mauricio y Primero Rivas, Luis Eduardo, *op. cit* en nota 43, p. 92, cursivas propias.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 95. cursivas propias.

⁸⁶ Bateson, Gregory, *op. cit.*, en nota 21, p 494.

Luis Eduardo Primero Rivas se refiere también a lo monstruoso, pero ahora en cuanto al resultado dado de esta dicotomía, cuando nos dice:

Distinguir sutilmente.

La tesis gnoseológica de la hermenéutica analógica *recupera* el significado y papel de los sentimientos en la captación e la realidad, proponiendo una *educación sentimental* capaz de percibir, identificar y modelar las senso-percepciones, los afectos y pasiones surgidas y conformadas en nuestra actividad científica, entendiendo la impropiedad de distinguir las proposiciones del ser humano para separarlas indebidamente, arbitraria y artificialmente, por medio del efecto reductor y corruptor de una gnoseología de la reducción antropológica, que terminó construyendo *monstruos científicos*, personas incapaces de medir las consecuencias de sus actos, o inmunes a ellas, que contribuyeron intencionalmente e inintencionalmente al *caos social* actualmente existente.⁸⁷

Estamos en un momento en donde se requiere como una exigencia impostergable que el sistema educativo reconozca la importancia de la educación analógica en *phronesis*, puesto que:

La gnoseología de la hermenéutica analógica promueve una educación del nivel sensible del ser humano que permita hacer lo dicho (percibir, identificar y modular los sentimientos), pues ellos *orientan* la acción humana desde los niveles más primarios de interpretación, como genialmente destacó Francisco Varela al identificar que las *neuronas también interpretan*, pues al darle sentido y significado a los estímulos eléctrico-energéticos que les llega del exterior —o de otras células vía sus dendritas—, pueden responder con su propia actividad, acción indispensable en alguna pragmática de la vida.⁸⁸

Es por ello que la Filosofía del Derecho que yo denomino *Vital*, requiere retomar el realismo analógico para volver a dar vida al mundo jurídico, con la capacidad de respetar al ser humano que razona y siente, en una palabra: íntegro.

CONCLUSIONES

1. Estamos ante una nueva manera de conocer y de interpretar al hombre y su contexto.
2. Las visiones previas del positivismo con su univocismo y del postmodernismo con su equivocismo han quedado obsoletas.
3. Poder ver al hombre en su integridad requiere de un enfoque holístico.
4. El positivismo dio primacía a la racionalidad, dejando de lado lo afectivo.

⁸⁷ Primero Rivas, Luis Eduardo, *Ibidem*, p. 102, cursivas propias.

⁸⁸ Primero Rivas, Luis Eduardo, *Ibidem*, p. 103, cursivas propias.

5. La Neurofenomenología es una nueva vía de comprensión incluyente respecto al hombre, en cuanto a lo que piensa y respecto a lo que siente.
6. El realismo analógico se muestra como una opción hermenéutica y epistemológica para integrar a la *hermenéutica analógica jurídica*, como el instrumento idóneo de los métodos alternos de solución de conflictos.
7. En los juicios orales es necesario el conocimiento del manejo *emocional*, así como utilizar el *juicio prudencial*.
8. La Filosofía del Derecho puede retomar la tarea, dado que su eje de conocimiento es el hombre, con sus pensamientos, sentimientos, emociones, creencias, valores y virtudes. Y: “No habrá sociedad justa sin hombres justos”, Platón.

REFERENCIAS

- Bateson, Gregory, *Pasos hacia una Ecología de la Mente*, Carlos Lohé-Planeta, Argentina, 1994.
- Bateson Gregory, *Espíritu y Naturaleza*, Amorrortu, 2ª ed., Argentina, 1993.
- Beuchot, Mauricio y Primero Rivas Luis, Eduardo, *Perfil de la Nueva Epistemología*, CAPUB, Colección Biblioteca de Filosofía y Educación, México, junio, 2012.
- Blackmore, Susan, *Conversaciones sobre la Conciencia*, Paidós, México 2010.
- Briggs, J. y Peat, F.D., *Espejo y Reflejo: Del Caos al Orden*, CONACYT- Gedisa, México, 1991.
- De Chardin, Teilhard, *La Visión del Pasado*, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1961.
- De Chardin, Teilhard, *Las Direcciones del Porvenir*, Taurus, Madrid, 1973.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, R.A.E. 22ª ed., en 10 tomos, España, 2002.
- Eccles, *Bases Neurofisiológicas de Espíritu*, Enciclopedia, La Vida, Salvat, t.5, España, 1961.
- Espinosa, y Gómez, Magdalena de Lourdes, “*Conciencia, lenguaje y derecho*”, tesis no publicada para obtener el grado de Doctora en Derecho, UNAM, FES Acatlán, México, 2006.
- Frankl, Víctor, *La Presencia ignorada de Dios*, 9ª ed., Herder, Barcelona, 1995.
- Hegel, G., W., *Fenomenología del Espíritu*, 12ª Reimp., México, F.C.E., 2000.
- La Vida, Enciclopedia del Mundo Viviente, t.5, *La Máquina Humana*, Salvat, dirigido por A. M. Monnier y Paul Leget, Barcelona, 1962.
- Lipset David, *Gregory Bateson. El legado de un hombre de ciencia*, traducción José Esteban Calderón, F.C.E., México, 1991.
- Lavelock J., Bateson G., Margulis L., Alan H., Varela F., Maturana H y otros Gaia, *Implicaciones de la nueva biología*, edición a cargo de W.I. Thompson, 3ª ed. Kairós, Barcelona, 1995.
- Maturana, Humberto y Varela Francisco, *De Máquinas y Seres vivos*, Lumen, Argentina, 2003.
- Montaño, Zetina, Luis, Manuel, *El Bosón de Higgs: ¿Por qué es necesario descubrirlo? Sus impactos sociales*. Departamento de Física, Cinvestav, por publicar.
- Popper. Karl, y Eccles, John, *El Yo y su cerebro*, 2ª Reimp., Barcelona, Labor, 1985.

- Sánchez Vázquez, Adolfo, *Rousseau en México*, Itaca, México, 2011.
- Sternberg, R.J, *Beyond IQ: A Triarchic Theory of Human Intelligence*, New York, Cambridge University Press, 1985.
- Tapia, Ricardo, *Las células de la mente*, 6ª Reimp, F.C.E, La ciencia para todos 30, México, 2010.
- Varela, Francisco, J., *Conocer. Las ciencias cognitivas: tendencias y perspectivas. Cartografía de las ideas actuales*, 3ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2002.

PLURALIDAD NORMATIVA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

MARIA ISABEL GARRIDO GÓMEZ.*

SUMARIO: I. Aspectos introductorios. II. Abandono de la estructura jurídica Kelseniana. III. manifestaciones de la pluralidad normativa. IV. El encaje de la pluralidad normativa en el ordenamiento jurídico. V. Métodos de reorganización sistémica del pluralismo normativo. a) Unificación del derecho privado. b) Elaboración de un código universal. c) creación de una razón jurídica nueva. d) la labor del derecho comparado. e) el derecho cosmopolita. f) La importación del derecho. g) El tratamiento de la diferencia. VI. Conclusión VII Bibliografía

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

En el presente trabajo parto de la relevancia que tiene el análisis de la pluralidad normativa y el ordenamiento jurídico desde una óptica propia de los tiempos que corren. Para ello no hay que olvidar que, en dependencia del concepto que mantengamos sobre lo que es el Derecho, obtendremos unos resultados u otros. Es decir, que los partidarios de una postura restringida y estatalista del Derecho llegarán a la conclusión de que hay normas, como las creadas por corporaciones y organizaciones transnacionales, que no son propiamente jurídicas; y, al revés, si se defiende una postura más amplia y flexible que acoja la posibilidad de que tales corporaciones y organizaciones puedan crear normas jurídicas, la consecuencia será que estas son expresión de la nueva pluralidad normativa y que forman parte del ordenamiento jurídico.

La pregunta que corresponde hacernos es cuál es la causa de que esto suceda. Pues bien, la razón de este panorama es la implantación de una globalización que presenta una remisión a un proceso social, económico, cultural y demográfico, del cual no puede escapar el Derecho. Desde esta perspectiva y partiendo de la nueva relación entre las esferas pública y privada, destacan la relevancia de la desregulación como realidad y la necesidad de que el Estado siga manteniendo sus funciones, si bien renovadas conforme a las exigencias del nuevo escenario en el que opera. Pero, como veremos a lo largo de estas páginas, la realidad del Derecho muestra diversos problemas que exigen ser superados por medio de una nueva comprensión y de la puesta en práctica de nuevas técnicas y formulaciones jurídicas.

En el sentido que nos interesa, la globalización económica se manifiesta como pieza clave del resto de las globalizaciones, en el sentido de una interdependencia creciente de las economías locales y de pérdida de la capacidad que tiene un Estado-nación para llegar a gobernar los factores externos que introducen modificaciones en su ciclo económico¹. En esa globalización hay un mercado en vías de unificación a través de la elaboración de una zona planetaria de producción y de intercambios; firmas mundiales que gestionan este sistema de producción y comercialización; y una lógica financiera de rentabilidad que ha de ser lo más rápida posible y ha de explicar en última instancia el movimiento de esos flujos. Esta

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá (España).

¹ Barrie Axford, *The Global System: Economics, Politics and Culture*, St. Martin's Press, Nueva York, 1996, pp. 25 y ss.

globalización converge en la que muchos han llamado Tercera Revolución Industrial, Revolución dirigida por la concentración de poder de decisión en multinacionales y la deslocalización de la producción².

Existen organizaciones que actúan como centros de poder económico, caso de la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. Cada una forma algo semejante a un sistema global, en el que, para cada ámbito transferido, son ellas las únicas responsables en la determinación de las reglas de funcionamiento, de su ejecución y del control de su ejecución por medio de un sistema de resolución de conflictos, dando lugar a un proceso de feudalización del Derecho y de la Administración pública. Todas difieren mucho en su naturaleza, estructura, funciones y atribuciones. Ello pone de manifiesto que el vínculo entre la globalización político-institucional y la económica tiene un tono particular porque la de corte político-institucional es causa y consecuencia de la de naturaleza económica, esto es, estas organizaciones son, a su vez, las que propician la eliminación de las barreras jurídicas que obstaculizan clásicamente el comercio internacional. No obstante, se debe ver también la otra cara de la moneda, es decir, que la globalización político-institucional constituye la respuesta de los Estados nacionales a la globalización económica³.

En resumen, podríamos decir que la globalización representa un fenómeno que es eminentemente económico, aunque se sostiene en pilares ideológicos referentes a la filosofía liberal o neoliberal; políticos, atinentes a la confusión de fronteras estatales y al debilitamiento del Estado como monopolizador del poder dentro de ellas; tecnológicos, por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y, especialmente, de la red; y jurídicos, dado el surgimiento de normas transnacionales y mayoritariamente creadas por los sujetos privados que actúan en el mercado global⁴.

En cuanto a lo que se refiere a la globalización política hoy se divisan nuevos espacios⁵ y, en la parcela de las relaciones internacionales, cabe plantear que la crisis de los Estados nacionales que conocíamos hasta ahora encierra un vacío de Derecho público. Esto significa que tal vacío se refleja en una carencia de reglas, de límites y de vínculos garantes de la paz y los derechos humanos. En consecuencia, se percibe que la falta de esta esfera pública internacional que tenga capacidad suficiente para enfrentarse a los nuevos poderes supraestatales es el problema por

² Robert Gilpin, *The Challenge of Global Capitalism. The World Economy in the 21st Century*, Princeton University Press, Princeton (Nueva Jersey), 2000, pp. 61 y ss.; François Ost, "Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el Estado de naturaleza", trad. de M. T. García-Berrio, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, n.º 3, 2002, p. 474; James N. Rosenau, *The Study of Global Interdependence. Essays on the Transnationalization of World Affairs*, Frances Pinter, Londres, 1980, pp. 1 y ss.

³ Christopher Arup, *The New World Trade Organization Agreements. Globalizing Law through Services and Intellectual Property*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2000; Oriol Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 36-48; Karsten Nowrot, "Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations under International Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n.º 6, 1999, pp. 579 y ss.

⁴ Gema Marcilla Córdoba, "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", *Doxa*, n.º 28, 2005, pp. 254-255.

⁵ Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, trad. de C. Bernal y M. García Villegas, Siglo del Hombre-Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes-Ediciones Uniandes, Santafé de Bogotá, 1998.

autonomasia de la era de la globalización. Para aclarar más, Ferrajoli sustenta que por esfera pública hay que entender “el conjunto de instituciones y de funciones dedicadas a la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales”⁶.

La extensión del proyecto de un orden mundial neoliberal se apoya en el Consenso de Washington que propugnaba la estabilización, liberalización y privatización para lograr el camino del desarrollo alcanzado gracias al crecimiento sostenido⁷. En este contexto, la idea de cambiar de formas políticas de regulación a mecanismos de mercado sirve de fortalecimiento a dichas políticas⁸. Se ha producido una progresiva disociación entre decisión y responsabilidad, entre poder y organización democrática y entre democracia y realidad, surgiendo en muchos casos una ficción en lo que respecta a que el pueblo es el último detentador del poder y a que la participación política es el gobierno del pueblo⁹. En esta línea de análisis, la primera cuestión que llama la atención es en la creación del Derecho el menoscabo del principio democrático, este y los mecanismos político-jurídicos que lo hacen posible han entrado en crisis¹⁰.

Esto es, el debate sobre el carácter no democrático de la realidad jurídica fuera del Estado adolece de tres grandes vicios al parecer de Cassese. El primero, la sobrevaloración del lugar de la democracia en los ordenamientos políticos, cosa que tiene muchos límites ya que ningún Gobierno está gestionado por el pueblo porque no hay democracia directa. El segundo lo constituye la transposición mecánica de la teoría de la democracia del Estado al ordenamiento global dada la fuerza que clásicamente ha tenido siempre. Y el tercer vicio coincide con la infravaloración de las garantías que aporta el ordenamiento jurídico global dada su dispersión sobre varios sujetos, sus divisiones internas y su policentrismo; no obstante, existir un poder central que está sometido a una improbable democracia cosmopolita¹¹. Para Cassese, lo dicho significa que la legitimidad del ordenamiento jurídico global se asegura gracias al Derecho, no mediante el consenso. Por ende, se defiende que los

⁶ Luigi Ferrajoli, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, versión española, en Manuel Escamilla y Modesto Saavedra (eds.), *Derecho y justicia en una sociedad global-Law and Justice in a Global Society*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 39, 2005, pp. 40 y ss. y, en concreto, p. 42.

⁷ David Held, *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Polity Press, Cambridge (Reino Unido), 2001, pp. 161 y ss.

⁸ Jürgen Habermas, “¿Es posible una Constitución política para la sociedad mundial pluralista”, en Manuel Escamilla y Modesto Saavedra (eds.), *Derecho y justicia en una sociedad global-Law and Justice in a Global Society*, cit., p. 118; Kanishka Jakasuriya, “Globalization, Law and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n.º 6, 1999, pp. 425-455. Cfr. sobre el tema, ver Francisco Javier Caballero Harriet, “Globalización, Estado y Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII, 2000, pp. 13-42.

⁹ Juan Jesús Mora Molina, “Introducción”, en Benjamin Barber, *Democracia fuerte, Política participativa para una nueva época*, comentado, adaptado y revisado por J. J. Mora Molina, Almuzara, Córdoba, 2004, p. 21.

¹⁰ Oriol Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., pp. 32-62.

¹¹ Sabino Cassese, *La globalización jurídica*, trad. de L. I. Ortega Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 22 y 23; William I. Robinson, “La globalización capitalista y la transnacionalización del Estado”, versión castellana, *Revista web mensual de Economía, Sociedad y Cultura*, enero de 2001.

poderes públicos internacionales supra y ultraestatales ejercen una autoridad legítima porque actúan según el Derecho y respetan el *due process of law*¹².

II. ABANDONO DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA KELSENIANA

Las afirmaciones realizadas anteriormente permiten avanzar que el monismo jurídico de la teoría de Kelsen ha dejado paso a las nuevas concepciones que radican en el pluralismo jurídico. Este monismo se apoyaba en la monocentralidad, y dicha monocentralidad significaba que todo Derecho emana del Estado y que este es el único productor legítimo de normas jurídicas. El poder que se reconocía era el del Estado y la expresión de ese poder era la ley, estando el Derecho internacional subordinado a la ratificación de los tratados por los Estados en cuestión. Por consiguiente, el orden internacional se concebía como un orden *inter pares* sin una autoridad central capaz de actuar su potestad sancionadora frente a aquellos que vulnerasen sus preceptos. Todas estas coordenadas eran propias de la modernidad y, singularmente, de las teorías positivistas-formalistas¹³.

La conclusión es que el poder y el Derecho aparecen íntimamente unidos en un doble sentido: el poder no solo genera Derecho, sino que es el Derecho quien crea ciertos poderes. Aquel es el fruto de la actividad del Estado y el Estado es un producto del Derecho¹⁴.

No obstante, cabe reparar en que, en la década de los años noventa del siglo XX, recobró gran vigor el cambio de paradigma del Derecho que había imperado a lo largo de la época anterior. Es precisamente en esta época cuando se comenzó a vislumbrar el choque entre dos grandes eras, la económica de la postguerra representada por la generalización del Estado social de Derecho, en la que se advierte el despliegue de políticas redistributivas e intervencionistas con una aportación relevante de la garantía de niveles mínimos de igualdad material, surgiendo un Derecho regulador que asume las funciones de control, gestión y dirección de mercados¹⁵.

Pero, a partir de la globalización, se ha producido un Derecho que Capella denomina dual¹⁶. Así pues, el Derecho del Estado abierto pretende desregular, es decir, eliminar deberes impuestos a los sujetos empresariales de la actividad económica y atribuir cargas a otros sujetos. El Derecho económico pasa a ocupar un segundo plano, una parte de él viene autoimpuesto como nueva *lex mercatoria* supraestatal. El Derecho estatal recibe esta *lex* y la instrumenta por medio de normas cuando es preciso, mas no todo queda aquí, sino que otra parte del Derecho

¹² Sabino Cassese, *La globalización jurídica*, cit., p. 24.

¹³ Íñigo de Miguel Beriain, *El poder en la era de la globalización*, Comares, Granada, 2008, p. 55.

¹⁴ Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 44 y ss.; Gregorio Peces-Barba Martínez, *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 95.

¹⁵ Alfonso de Julios-Campuzano, "La crisis del ordenamiento. Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización", en ID. (ed.), *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 79.

¹⁶ Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida. Aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 2008, p. 267.

económico estatal tiene cierto control de la producción básica. Surge la fusión entre lo público y lo privado¹⁷.

Esto no significa que el Estado no tenga nada que hacer, se trata de crear mediante las normas las condiciones necesarias para que nazcan los mercados y, cuando existan, puedan llegar a corregir sus fallos. En esta dirección, la creación de normas ha de buscar la solución de los retos de nuestro tiempo¹⁸. Coherentemente, el Estado seguiría manteniendo funciones de gobernabilidad sintetizadas en: a) Reducir riesgos a la seguridad y la salud de los seres humanos y su ambiente; b) garantizar un grado suficiente de seguridad jurídica (Estado de Derecho); c) establecer un sistema simbólico de referencia dentro del cual se desarrolle un sentido de identidad cívica y participación en las decisiones colectivas (democracia); y d) potenciar el desarrollo económico y reducir la desigualdad social con el objetivo de crear bienestar colectivo e incrementar la calidad de vida. No obstante, la mayor novedad consiste en que los sujetos pueden estar obligados a cumplir con normas que pertenecen a esferas distintas según cuál sea su posición en la sociedad. Ello significa que la uniformidad que se desprende de la globalización fortalece estrategias internas de actores que actúan en otros niveles¹⁹.

III. MANIFESTACIONES DE LA PLURALIDAD NORMATIVA

Lo primero es obligado recordar que el problema del origen de las fuentes del Derecho es, ante todo, político por una parte y sociológico por otra²⁰. Ha sido y es un problema político debido a que detrás de un debate un tanto abstracto sobre las fuentes lo que ha habido, y hay, es una discusión sobre el poder, sobre qué instituciones detentan el poder normativo y cuáles son sus relaciones y, en última instancia, sobre qué grupos o colectivos ejercen el poder político, social y económico de una sociedad. Ahora bien, el Estado desarrolla su vida dentro de unos parámetros cada vez más complejos y le corresponde asegurar la mejor regulación posible en el ámbito social por medio del Derecho y de las políticas públicas, siendo sus funciones más acuciantes las de hacer que mejore el funcionamiento del mercado, la promoción de la igualdad y la protección de los trabajadores vulnerables²¹.

El origen de algunos supuestos de globalización del Derecho puede encontrarse en la red de localismos globalizados y globalismos localizados que va unida a las transformaciones de la acumulación de capital y del imperialismo cultural occidental global; sin embargo, en otros supuestos, aunque están en conexión con estas transformaciones, pueden estarlo simplemente para oponerse a ellas, surgiendo las consideraciones políticas y culturales autónomas, como las que

¹⁷ Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida. Una aproximación histórica-teorética al estudio del Derecho y del Estado*, cit., pp. 268 y 269.

¹⁸ Virgilio Zapatero, *El arte de legislar*, Thomson-Civitas, Madrid, 2009, pp. 374-375.

¹⁹ Sergio López Ayllón, *Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la globalización en los Poderes Judiciales de Iberoamérica*, Suprema Corte de la Nación, México, D. F., 2004, pp. 87 y ss.

²⁰ Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 136 y ss.

²¹ André-Jean Arnaud y M.^a José Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 282.

están bajo los programas del cosmopolitismo y el patrimonio común de la humanidad. Por añadidura, se puede hablar de otros casos de cambio jurídico en los que los cuatro patrones de la globalización -al decir de B. de Sousa Santos, el localismo globalizado, el globalismo localizado, el cosmopolitismo y el patrimonio común de la humanidad- están presentes bajo combinaciones complejas²².

Supranacionalmente y con el fin de captar mejor algunos de los aspectos expresados, se ve que la formación de la Unión Europea como resultado de un proceso histórico de articulación del espacio tiene la finalidad de satisfacer intereses comunes a una diversidad de Estados, cuya justificación jurídica se enraíza en el principio del ordenamiento internacional referente a la obligación de cooperar pacíficamente entre sí. Su construcción se hace en base a la intervención y participación de los Estados miembros y sus pueblos respectivos. La meta es conseguir una unidad política, posterior a la económica y social, provista de un elemento esencial: el de la sujeción al Derecho preeminente desde el momento de su constitución y en el cumplimiento de sus competencias²³.

Por eso, la globalización en sus distintas categorías conduce a que una teoría del Derecho apegada a la realidad tiene que partir de que existen nuevas y poderosas fuentes de producción normativa, y que su tradicional jerarquización tiene que ser revisada. Además, la globalización ha transformado lo internacional y ahora desarrollan su operatividad simultáneamente el Derecho mercantil internacional y el penal internacional con el de mediación y arbitraje internacional, el medioambiental internacional y el comunitario internacional²⁴.

Así pues, la superación de la estatalidad normativa trae consigo la adopción de reglas jurídicas comunes en el campo de ordenamientos distintos por efecto de actos explícitos de aceptación de la estructura normativa de varias organizaciones, o por el reconocimiento implícito de normas jurídicas que quedan fuera del área en la que se promulgaron inicialmente.

Igualmente, se ha llegado a hablar de una inflación normativa, la cual posee un alto menoscabo de la estructura formal de las normas legales. La existencia de una masa de normas ha producido, como efecto, una baja intensidad, a la vez que la mitificación de la ley ha hecho surgir la llamada deslegalización. Pero lo más importante es no olvidar que el principio de jerarquía deja paso al pluralismo. La expansión del pluralismo ha traído consigo los sistemas de interlegalidad o, como dice Pérez Luño, “de la intersección de sistemas de áreas y niveles jurídicos sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática, a partir de múltiples redes de juridicidad”²⁵.

²² Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica*, trad. de C. Martín, M. García Villegas, E. del Pozo y C. Morales de Setién, revisión de C. Lema, Trotta, Madrid, 2009, p. 321.

²³ Paz Andrés Sáenz de Santamaría, Javier Andrés González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 1999, pp. 1, 2, 60 y 96.

²⁴ Rafael Domingo, *¿Qué es el Derecho global?*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 108. Cfr. además Rafael Domingo, Martín Santibáñez y Aparicio Caicedo (coords.), *Hacia un Derecho global. Reflexiones en torno al Derecho y la globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006; y Francesco Galgano, “Le fonti del diritto nella società post-industriale”, *Sociologia del diritto*, n.º 1 y 2, 1990, pp. 153-164.

²⁵ Antonio-Enrique Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, pp. 81 y ss.

Además, las concepciones clásicas de las fuentes del Derecho no incluían el contrato, esta razón es la que avala la diferente concepción del Derecho actual al perfilarse como instrumento fundamental de la innovación jurídica. En este orden de ideas, en la actualidad el contrato ocupa el sentido que tiene la ley para organizar la sociedad civil mediante autorregulaciones, o mediante la delegación en organismos privados de la sociedad civil para la elaboración de normas a las que con posterioridad el Estado da su *placet* oficial²⁶. Pareciendo evidente que la Constitución, concebida como la norma fundamental y básica, ha ido perdiendo fuerza y eficacia, y las estructuras jurídicas han pasado a ser, más bien, “mecanismos de coordinación, de adecuación de intereses y de ajustes pragmáticos”²⁷.

IV. EL ENCAJE DE LA PLURALIDAD NORMATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En una posición clásica, hablar de un ordenamiento jurídico supone que las normas que lo componen no están aisladas, sino que están interconectadas por su pertenencia a un sistema en base a una estructura. El concepto de estructura lo que nos da a conocer es la existencia de una pluralidad de elementos, condicionados unos con otros conforme a un dinamismo permanente y la configuración de una totalidad²⁸.

Así pues, los sistemas jurídicos se caracterizan por su sentido ordenador, siendo muy útil el establecimiento de tipos funcionales concretados en varias clases de contenidos: el de las funciones primarias, manifestadas en tareas como el control del comportamiento y la represión, el otorgamiento de instrumentos para el desenvolvimiento de la interacción privada, la regulación de la distribución social de bienes y servicios y la resolución de disputas, las cuales están fuera de la normatividad positiva; y el de las funciones secundarias, que se remiten a la condición que desempeñan las normas en el seno del sistema²⁹. La configuración del Derecho como sistema normativo implica un proceso encarrilado hacia diversas operaciones que muestran características estructurales e insuficiencias formales, posibilitando su reformulación con la finalidad de obtener un sistema más simplificado³⁰. Por lo que respecta a las normas, solo existen como partes de un ordenamiento que se inserta en un sistema en el que se ha dotado de competencia y capacidad a unos poderes para dictar preceptos jurídicos.

²⁶ Pedro Mercado Pacheco, “El “Estado comercial abierto”. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en Juan Ramón Capella (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 134 y 135; Virgilio Zapatero, “Producción de normas”, en Elias Díaz y Alfonso Ruiz Miguel (eds.), *Filosofía política*, vol. II (“Teoría del Estado”), 1997, pp. 161 y ss.

²⁷ Juan Ramón de Páramo Argüelles, “Autonomía política y derechos en la sociedad global”, en Alfonso de Julios-Campuzano, *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 111.

²⁸ Giuseppe Lumia, *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1991, pp. 53 y 54.

²⁹ Joseph Raz, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. y notas de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1985, pp. 213 y ss.

³⁰ Carlos E. Alchourrón y Eugenio Buluygin, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 24.

Sin embargo, la idea de un legislador único, capaz de satisfacer todas las necesidades reguladoras, no es concebible hoy³¹, constatándose que las sociedades capitalistas contemporáneas se mueven dentro de contextos estructurales a los que les corresponden subjetividades. Por lo tanto, la idea moderna de racionalidad global de la vida social y personal se desintegra en micro-racionalidades al servicio de una racionalidad que es global, incontrolable e inexplicable. De modo que la labor de la teoría crítica postmoderna sería, según B. de Sousa Santos, la reinención de las microracionalidades citadas de forma que dejen de ser partes de una totalidad para convertirse en totalidades presentes en muchas partes³².

Pero estas coordinadas juegan dentro de una superposición de los niveles de juridicidad, la multiplicación de las instancias legislativas y la proliferación de normas. Ahora el sistema jurídico es abierto y flexible. Sus normas se entrelazan con otras que proceden de distintas instancias; el pluralismo jurídico global se distingue por un elemento estructural referente a la variedad de instituciones, normas y procesos de resolución de conflictos registrados y localizados en distintas esferas del mundo. Y, a su vez, destaca un elemento relacional entre ámbitos de naturaleza distinta en lo referente a la estructura y al proceso³³. En este orden de ideas, conviene no perder de vista que conviven tres tipos de niveles: el Derecho local, el Derecho estatal y el Derecho global. El último se manifiesta como una legalidad supraestatal, muy informal, que se basa en las prácticas de los agentes económicos dominantes y tiende a constituir su propia oficialidad creando diferentes formas de inmunidad. La acción se expresa de forma general y, en la parte social, esas escalas no actúan aisladamente³⁴.

Señalados los distintos modelos básicos, lo que se ha venido en llamar la *ingobernabilidad sistémica* demuestra la pérdida del Estado de la capacidad normativa de gestión, promoción, control, dirección y planificación de los sistemas económico, social y político³⁵.

Ciertamente, se olvida la sistematicidad lineal para implantarse una sistematicidad circular, superada por la concreción de nuevos conceptos aportados, a título ilustrativo, por las teorías de Hofstadler, Morin y Ost. Esas teorías son las de la *jerarquía enredada* y el *bucle extraño*, y representan una ruptura de la concepción clásica aportada por Kelsen³⁶. Expresado en otros términos y en contraposición también a la sistematicidad lineal, Virally y Amselek defienden que no puede apoyarse apriorísticamente que una norma no pueda modificar nunca a la que le

³¹ Joseph Raz, *La ética en el ámbito público*, trad. de M. L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 315; M.^a Cristina Redondo y Pablo Eugenio Navarro, "Aceptación y funcionamiento del Derecho", *Doxa*, n.º 9, 1991, p. 225.

³² Cfr. la obra de Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de C. Rodríguez, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2002.

³³ Alfonso de Julios-Capuzano, "Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho", en ID. (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, cit., p. 19, siguiendo a Zinder.

³⁴ Alfonso de Julios-Campuzano, "Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho", cit., p. 25.

³⁵ Manuel Calvo, *Transformaciones del Derecho y del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 43.

³⁶ Michel van de Kerchove y François Ost, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. de I. Hoyó Serra, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pp. 102 y ss.

proporciona su validez. Y algunos autores llegan a decir que las autoridades públicas obtienen el principio de su competencia normativa de una gran cantidad de categorías de normas jurídicas que son diversas y no son, ni mucho menos, iguales. Ost y Faria hablan de un Derecho en red, Arnaud de un Derecho postmoderno, B. de Sousa Santos de la necesidad de *despensar* el Derecho moderno y MacCormick del pluralismo jurídico³⁷.

Al hilo de la argumentación ferrajoliana, el problema más acuciante que se debe tener en cuenta es que ha entrado en crisis la credibilidad del Derecho al mostrarse incapaz de dictar normas adecuadas para dar solución a los desafíos de la globalización. Ferrajoli describe la situación como “un vacío de Derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un Derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política”³⁸. Es obvio que, desde una perspectiva económica, el principio de la soberanía nacional ha hecho imposible la transnacionalización efectiva de los mecanismos jurídicos y de gobierno que conforman la infraestructura imprescindible para un intercambio económico globalizado. En consecuencia, los actores de la economía mundial han encontrado mecanismos jurídicos que evaden los sistemas jurídicos nacionales. Igualmente, hay instituciones que realizan funciones en relación con la economía mundial con mecanismos pertenecientes al Derecho privado para garantizar préstamos e inversiones de empresas privadas en los Estados receptores y para resolver los conflictos que surjan entre ellos³⁹.

En el orden de ideas demostrativo del cambio sufrido en las fuentes tradicionales del Derecho, volvemos a un fenómeno que manifiesta una de las particularidades más relevantes de la globalización de las normas jurídicas: es el del Derecho de la Unión Europea, configurado por una multiplicidad de normas dentro de distintas condiciones y criterios de validez. Sus fuentes son muy heterogéneas y hay una combinación entre los principios que las sustentan, ellos son de naturaleza económica y política. De acuerdo con las valoraciones en juego, en la operatividad de las instituciones de la Unión hay muchos problemas de orden práctico, y también en el ámbito del Derecho comunitario que no conforma un ordenamiento piramidal,

³⁷ Ver estas clasificaciones en: Alberto Febbrajo, “From Hierarchical to Circular Models in the Sociology of Law”, *European Yearbook in the Sociology of Law*, Milán, 1988; José Antonio Estévez Araújo, *El revés del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 111; François Ost y Michel van de Kerchove, *Elementos para una teoría crítica del Derecho*, trad. de H. Roitman y M. de la Colina, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

³⁸ Luigi Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, trad. de M. Carbonell, revisión de P. Andrés Ibáñez, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, t. XXXIX/15, enero-abril de 2006, p. 302. Para mayor información, ver VARIOS AUTORES, *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

³⁹ Philip C. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956, pp. 37 y ss.; Sergio López Ayllón, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho. La encrucijada entre tradición y modernidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, pp. 70 y 71; Gema Marcilla Córdoba, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva Ciencia de la legislación*, prólogo de M. Gascón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 193 y ss.

pero tampoco un *ius commune*, existiendo un obstáculo en la compatibilización de las normas que provienen del *Civil Law* y del *Common Law*. Para comprender bien esta clase de Derecho, nos hemos de situar en la autolimitación de los poderes legislativos que son soberanos dentro de los Estados miembros y que efectúan una delegación de competencias a órganos supranacionales.

Lo que resulta de esto es un policentrismo y un pluralismo que se expresan, por lo menos, en tres modelos de normatividad al decir de Faria: una impuesta, otra planificada como voluntaria y otra no planificada pero que es evolutiva. Ahora bien, no todo queda en el esquema que acabo de trazar porque se han de afrontar una serie de cuestiones adicionales cuando se pone en marcha un engarce de naturaleza estructural entre los distintos sistemas jurídicos que operan en el territorio⁴⁰.

Además, en el apartado del estudio de los aspectos singulares del Derecho propio de la globalización, la desregulación es una de las principales manifestaciones, la cual se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras que se limitan a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que actúan dentro del mercado. En suma, la desregulación no significa una situación de anomia, sino que se identifica con una situación de sustitución de una legislación intervencionista por normas de corte abstencionista, y con la tolerancia o cooperación con la iniciativa normativa privada⁴¹. De esta forma, hablamos de la retracción de normas de Derecho público que se destinan a la protección social o laboral, en beneficio de normas de Derecho privado y de la autorregulación de grandes empresas⁴².

El ejemplo que mejor lo demuestra dentro del plano transnacional es el de la *lex mercatoria*. Dicha fórmula produce aspectos positivos para los sujetos económicos privados, siendo el más llamativo el del debilitamiento de la participación y la representación en condiciones de igualdad. Desde este punto de vista, la desregulación se puede considerar como una expresión del pluralismo jurídico, sin embargo, si la estimamos en el plano filosófico-político, la vinculación se produce con el proyecto neoliberal y la práctica de privatización de los servicios públicos. Ahora bien, aparte de estas dos posibilidades, se puede considerar en el ámbito del Derecho administrativo como autorregulación regulada. Esta representaría una especie dentro del género de la desregulación consistente en la tolerancia por parte de los poderes públicos de las normas gestadas en el ámbito privado, pero con el objetivo de que tales normas cumplan fines de interés general.

Con esta visión, la característica de la autorregulación regulada reside en la cooperación entre el Estado y los sujetos económicos privados que tiene como fin el cumplimiento más eficaz y eficiente de los intereses generales⁴³. En el sentido

⁴⁰ José Eduardo Faria, *El Derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid, 2001, pp. 247 y ss.; Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society. Towards a Criticism in Social Theory*, The Free Press, Nueva York, 1976; ID., *What should Legal Analysis Become?*, Verso, Nueva York, 1996.

⁴¹ Gema Marcilla Córdoba, "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", cit., pp. 240 y 252.

⁴² Gema Marcilla Córdoba, "Notas sobre globalización y cultura democrática", en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2008, p. 593.

⁴³ Gema Marcilla Córdoba, "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", cit., pp. 246-248; Marco Revelli, "La ideología de la globalización y su realidad", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, D. F., 2003, pp. 139 y ss.

de la mayor eficacia o eficiencia de los poderes públicos, la desregulación puede conectarse con la aparición del Estado regulador.

Esta desregulación viene dada por una serie de causas, como la naturaleza transnacional de los agentes económicos que llevan a cabo los procesos globales, la necesidad de los agentes económicos de un marco normativo uniforme a escala global, y la alta capacidad de presión e influencia que sobre los poderes públicos estatales poseen los agentes económicos a esa escala global⁴⁴.

Todas las técnicas y fórmulas autorreguladoras empleadas tienen dos orientaciones. Una se remite a la concreción de los requerimientos del ordenamiento jurídico con respecto a los derechos, libertades y valores que están más directamente implicados en los procesos de comunicación social. La otra orientación pretende una mayor calidad en sus contenidos y una atención a algunos valores que no tienen una salvaguarda específica o afirmación explícita en las Constituciones⁴⁵.

De este modo, aplicando el esquema señalado, la regulación de las interioridades técnicas de la industria desde la Administración es materialmente imposible por la falta de conocimiento especializado. Por tanto, cuanto mayor sea la pretensión reguladora, mayores serán los espacios de autorregulación⁴⁶.

V. MÉTODOS DE REORGANIZACIÓN SISTÉMICA DEL PLURALISMO NORMATIVO

Los métodos más relevantes para la reorganización sistémica del pluralismo normativo son:

A) UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Parte de la doctrina clama por la unificación del Derecho privado mediante la comercialización y la generalización del Derecho mercantil alegando que su autonomía, surgida espontáneamente cuando el comercio era ejercitado con exclusividad por los comerciantes inscritos en las corporaciones, resulta un anacronismo en una época en la que los actos de comercio se ejercitan libremente por toda clase de ciudadanos. Además, más allá de los postulados tratados, la creciente uniformidad del ambiente económico dentro de la sociedad globalizada hace que las exigencias contractuales sean hoy para todos los productores. La dualidad de Códigos de Derecho privado tiene numerosos inconvenientes porque arrastra repeticiones que son inútiles, y complica la aplicación del Derecho al suscitar controversias respecto de la forma en que han de ser combinadas sus disposiciones, sobre todo, respecto a la delimitación de los actos y negocios que han de caer bajo la jurisdicción civil o mercantil. De la misma manera se aduce que, aun científicamente, es negativa la escisión al dañar al

⁴⁴ Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida. Aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*, cit., pp. 272 y ss.

⁴⁵ José Esteve Pardo, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 58 y 59; Alan Watson, *Law Out of Context*, University of Georgia Press, Atenas, 2000, pp. 140 y ss. Ver también Ignacio Borrajo Iniesta, "The Privatization of Legal Rules: Spain", *Revue Européenne de Droit Public*, número especial, 1994.

⁴⁶ Simon Deakin, Christel Lane y F. Wilkinson, "Trust or Law". Towards an Integrated Theory of Contractual Relations Between Firms", *Journal of Law and Society*, n.º 21/3, 1994, pp. 329 y ss.; José Esteve Pardo, *Autorregulación. Génesis y efectos*, cit., pp. 26-29.

Derecho mercantil, en cuanto aísla a sus instituciones de la teoría general de las obligaciones; y al Derecho civil, en tanto lo priva de los elementos que podrían renovarlo adaptándolo a las nuevas coyunturas⁴⁷.

Sin embargo, siguiendo los estándares citados, lo cierto es que hay zonas de Derecho civil que han sido y serán siempre inaccesibles al mercantil, tales como los derechos de la personalidad, las relaciones de familia y las sucesiones. Similarmente, hay sectores como la letra de cambio, libranzas, cheques, sociedades con forma mercantil, industrias aseguradoras, bancarias, porteadoras y, en general, todas las que reclaman una organización empresarial que postulan un tratamiento autónomo, esté o no incluido dentro del Código de comercio⁴⁸.

De otra parte, existe una uniformización de las normas de Derecho internacional privado, las cuales se refieren a los criterios a seguir para la determinación del Derecho aplicable. A tales efectos, se puede mencionar la unificación de criterios acerca de los “puntos de conexión” (nacionalidad de los contratantes, lugar en el que se celebra el contrato, lugar de ejecución, etc.). Ello nos servirá para conocer unívocamente en cada caso de qué nacionalidad son el Derecho aplicable y el tribunal competente⁴⁹.

B) ELABORACIÓN DE UN CÓDIGO UNIVERSAL

Para solventar los problemas expresados una propuesta de gran interés es la que realiza Günther, quien, desde una óptica interna, considera que las comunicaciones dentro de la red transnacional de la interlegalidad pluralista tienen como referencia al Derecho. Esto ocurre en relación a una legalidad formal y material orientada a los derechos humanos, conteniendo elementos de legalidad procedimental en su vertiente de autodeterminación democrática. Ahora bien, la legalidad vigente no se corresponde con la propia de la modernidad, transformándose en una suerte de Código universal de libre circulación.

A la pregunta de si estamos ante una ficción, la idea es que la comunicación jurídica transnacional muestra algunos campos comunes, aun a pesar de las diferencias dadas por las distintas culturas. Pues bien, en cuanto al Código mencionado, en él hay otros conceptos, principios, reglas e instituciones jurídicas. Por ejemplo, Günther cita el concepto de derechos asignados al individuo y a ejercer autónomamente, los deberes complementarios a estos derechos, las normas secundarias como autorizaciones para la decisión sobre normas primarias, los conceptos de la responsabilidad culpable y objetiva, las reglas elementales de la imputación de conductas y sus consecuencias para los sujetos físicos y/o colectivos, el principio de la previsibilidad de responsabilidades y sanciones, las reglas del reparto de la prueba entre el actor y el demandado, la presunción de no culpabilidad y la institucionalización del rol de

⁴⁷ Para profundizar más, ver Lars Ericsson, “Tendencias conflictivas en el Derecho moderno”, en Aulis Aarnio y otros, *La normatividad del Derecho*, versión castellana, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 113 y ss.

⁴⁸ Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho mercantil*, t. I, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, p. 31.

⁴⁹ José Antonio Estévez Araújo, “La globalización y las transformaciones del Derecho”, en Virgilio Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 1, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2002, p. 316.

un tercero imparcial, incluyendo el derecho de presentar recursos contra las decisiones o el principio del *audiatur et alter pars*, entre otros.

C) CREACIÓN DE UNA RAZÓN JURÍDICA NUEVA

Ahora bien, en vista de estas observaciones, hemos de preguntarnos si realmente la racionalidad jurídica global es absolutamente ingobernable y no es posible encauzarla. Hablamos de una cultura occidental, la cual implica una dimensión específica, el enraizamiento de un Derecho que regula los derechos fundamentales uniéndose a los valores de una sociedad. O hablamos de una cultura europea, que gira en torno a la idea de equilibrio social, económico, político y, por supuesto, jurídico. Por este motivo, si analizamos la relación entre el Derecho europeo y el Derecho de los Estados miembros en términos de sistemas, es constatable, dice Arnaud, una “polisistemia simultánea”, o coexistencia dentro de un mismo espacio y tiempo de diversos sistemas en vigor. De la comparación puede resultar una igualdad, una similitud o una identidad de razones jurídicas, siendo atestiguable la posibilidad de que la razón de los sistemas sea divergente, con una divergencia meramente formal o material. Estos extremos se resumirían en la propuesta de creación de un Derecho que encierre una razón jurídica nueva, producto de las razones de los Derechos de los Estados miembros, dentro de un espíritu de coexistencia resultante de una voluntad de coalición cultural. Por lo que puede observarse que es necesario profundizar en que la inteligibilidad de un sistema se une al descubrimiento de su racionalidad, y en si las razones jurídicas en las que se apoyan son capaces de coexistir. Lo que confluje en la dinámica de la producción normativa, y en la propuesta de un esquema de modelización de los procesos decisionales de creación de las normas que armonice el campo de la complejidad⁵⁰.

A esto hemos de añadir que los Tratados constitutivos de la Unión Europea poseen una legitimidad originaria. Ello nos da a conocer que el Derecho comunitario tiene un fundamento último de validez distinto al de los Derechos de los Estados miembros. Desde esta perspectiva, se puede hablar de un bloque normativo que responde a principios jurídicos distintos de los que inspiran los ordenamientos nacionales, que en parte lo desplazan en algunos campos, que se elabora fuera de los órganos de creación del Derecho nacional y que obliga a las autoridades y a la ciudadanía⁵¹.

D) LA LABOR DEL DERECHO COMPARADO

La acción del Derecho comparado es cada vez más crucial. En definitiva, cumple una multifuncionalidad expresada en que favorece un mejor conocimiento, interpretación y aplicación de los Derechos; sirve para propugnar reformas legislativas; es una vía de perfeccionamiento, unificación y armonización sistémica,

⁵⁰ André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Presses Universitaires de France, París, 1991, pp. 27 y ss., 229 y ss., 248-249; André-Jean Arnaud y M.^a José Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, cit., pp. 287 y ss.; Mireille Delmas-Marty, *Raissonner la raison d'État vers une Europe des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, París, 1989.

⁵¹ Jean-Victor Louis, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Comisión Europea, Bruselas, 1993, p. 14.

vehículo para comprender a los pueblos extranjeros, y plataforma para el establecimiento de relaciones internacionales de cooperación e integración. Por eso, siguiendo estos postulados, es apéndice de la política jurídica o, lo que es sinónimo, de los procesos de producción normativa, aparte de servir para la formación de un juicio crítico y complementar a la Filosofía del Derecho⁵². Pero, a la vez, ha de tender a modificar su funcionalidad. Así pues, B. de Sousa Santos establece cambios que deben guiarse por tres factores explicativos: la posición del país en la jerarquía del sistema mundo; la trayectoria histórica de entrada y paso hacia la modernidad y a través de ella, y los lazos específicos de parentesco que relacionan los diferentes ordenamientos jurídicos existentes con las familias más amplias del mundo jurídico⁵³.

Congruentemente, por tanto, esto comporta que la comparación no deba tener una función meramente descriptiva y deba observar las semejanzas y diferencias concurrentes, siendo el paso previo y preparatorio de la armonización. De igual modo, del discurso se desprende que lo provechoso del iuscomparatismo deriva de que los resultados de las investigaciones se encaminen a que las soluciones de un sistema son, habitualmente, respuestas a problemas generales que surgen de la misma forma o similarmente⁵⁴.

e) El Derecho cosmopolita

La conformación de un Derecho cosmopolita incluye en su definición la aceptación del pluralismo jurídico⁵⁵. El modelo se caracteriza porque su propuesta radica en un mundo en el que la soberanía de las naciones encierra un mayor grado de transversalidad que de territorialidad, dando la posibilidad de permitirles obtener muchos de los beneficios que provienen de la flexibilización de las fronteras y que ya han obtenido muchas empresas. La idea que cimienta esta tesis es la creación de pactos de cooperación transnacional que crean espacios de soberanía cooperativa⁵⁶.

La cuestión de la globalización y las identidades debe implicar, como dice J. de Lucas, la tensión y las contradicciones a propósito de la lógica de los derechos, de la ciudadanía y de la democracia, que revierten en la necesidad de

⁵² Desde hace ya tiempo y en relación con la aplicación del método sociológico, cfr. Luis Recaséns Siches, "Nuevas perspectivas del Derecho comparado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, abril-junio de 1953, p. 245. Y en cuanto a la conexión con la Filosofía del Derecho, ver Luis Legaz Lacambra, *La Filosofía del Derecho y el Derecho comparado*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1960. Por otro lado, ver David Nelken, *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997.

⁵³ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, cit., pp. 328 y 329. Ver H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 348 y ss.

⁵⁴ Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, p. 181.

⁵⁵ Íñigo de Miguel Beriain, *El poder en la era de la globalización. Análisis de una metamorfosis*, cit., p. 136. Cfr., además, sobre el tema Nuria Belloso Martín y Alfonso de Julios-Campuzano (coords.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del Derecho?*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Dykinson, Madrid, 2008.

⁵⁶ Íñigo de Miguel Beriain, *El poder en la era de la globalización. Análisis de una metamorfosis*, cit., p. 143. Sobre esta cuestión, ver Jan Aart Scholte, "Globalization and Governance: From Statism to Polycentrism", Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation, Univesidad de Warwick, Working Paper n.º 130/04, febrero 2004.

volver a pensar y definir la política. De ahí que la discusión se deba plantear conforme a cinco ejes: “la identidad de resistencia frente a la globalización”, “las confusiones acerca del riesgo que comportaría el incremento de la multiculturalidad con vistas al mantenimiento del pluralismo y de la misma democracia”; “el problema de la igualdad”; “el impacto de la globalización en la crisis de la noción de soberanía y, en particular, en la necesidad de abandonar su definición monista”; y “las disputas sobre el modelo de ciudadanía”⁵⁷.

F) LA IMPORTACIÓN DEL DERECHO

Desde esta perspectiva, se ha de tener en cuenta que las fuentes de importación son, a menudo, muy diversas. Así, muchos de los instrumentos regionales e internacionales son creaciones que obtienen, en parte, elementos de una variedad de fuentes nacionales, pero que implican la incorporación de elementos relevantes totalmente nuevos sin que se pueda llegar a asumir una interacción binaria simple entre las tradiciones y órdenes jurídicos. En este sentido, la difusión puede producirse entre muchos tipos de órdenes y entre diferentes niveles geográficos, no únicamente de forma horizontal entre ordenamientos jurídicos nacionales. Las reglas seguidas deben ser: estimar la estructura social y la del sujeto individual; captar ordenaciones sociales y políticas claras; procurar influir, positivamente, en el pensamiento directivo y la convivencia comunitaria; deslindar nítidamente las funciones al representar la organización jurídica; descubrir una íntima relación entre división y centralización de la actividad social de la comunidad; articular el ordenamiento desde el lado de la autoridad, pero sin exagerar la dependencia disciplinaria en la colectividad; establecer una relación mutuamente favorable entre cada escala de influencia y de poder social y político; tener siempre en cuenta los orígenes de cada especialización funcional, pero sin hacer depender de aquellos, en todo caso, la evolución ulterior; y recoger costumbres e instituciones adaptadas a aclarar finalidades y vigencias en el centro de cada actividad orgánica producida en sociedad⁵⁸.

G) EL TRATAMIENTO DE LA DIFERENCIA

El tratamiento de la diferencia se ha de hacer por el reconocimiento de derechos, o por disposiciones en el marco de acciones transformadoras de las causas que originan las desventajas; siendo las más relevantes las que apuntan a las aportaciones de la ciudadanía social. La traducción del proceso de transformación se ha reflejado en la evolución de la competencia formal hacia la labor sustantiva; el empleo de normas de reconocimiento y valores fundamentales y estructurales; el incremento de cláusulas de protección; la postulación de cláusulas ponderativas, garantías de identidad, jerarquía y compensación; el desarrollo constitucional de la mano de normas de tareas; y la ampliación de los derechos fundamentales gracias a normas de remisión⁵⁹.

⁵⁷ Javier de Lucas, *Globalización e identidades*, Icaria-Antrazyt, Barcelona, 2003.

⁵⁸ William Twining, “La difusión del Derecho: Una perspectiva legal”, trad. de M. Álvarez Ortega, en Alfonso de Julios-Campuzano (ed.), *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 148-159.

⁵⁹ M.^a José Añón Roig, “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos”, en Javier de Lucas (dir.), *La multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 253;

VI. CONCLUSIÓN

En la actualidad, es relevante insistir en que se tiende a crear un orden que no se basa en la territorialidad, sino que descansa en la aceptación de un marco jurídico común y el núcleo son los derechos humanos. En tal escenario se crea una estructura en red, siendo necesario algún nivel institucional común que pueda cuidar de la buena práctica y de su aplicación. De ahí que se pueda ratificar la idea que apuntamos en un principio, esta es la de la funcionalidad que todavía hoy tienen los Estados-nación, si bien se podría prestar esa función por instituciones que se sitúan por arriba, configurándose un sistema de anillos “en el que cada círculo de la superestructura contase con autonomía propia dentro su ámbito de decisión”.

De la enunciación precedente se aprecia que se ha modificado el sistema de fuentes del Derecho dando primacía a los pactos, pero también es obvio que los contenidos del Derecho se han modificado. Un rasgo sobresaliente de la globalización jurídica consiste en la privatización del Derecho, de la misma manera que, en términos más generales, la globalización ha supuesto una tendencia a la privatización de lo público. El centro de gravedad ha pasado de la ley, como producto de la voluntad estatal, a los contratos entre particulares (aunque esos *particulares* -o algunos de esos *particulares*- sean las grandes empresas multinacionales). Eso va acompañado de una creciente, y relativa, pérdida de soberanía por parte de los Estados como derivación del avance del Derecho supranacional y transnacional.

Así, en la medida en que el contrato constituye la forma típica de la juridicidad en el ámbito de la globalización, el Derecho tiende a verse menos como el producto de una voluntad política, y adquiere mayor peso una visión del Derecho como medio para obtener ciertos fines, como mecanismo de construcción social. Con la globalización ha aparecido un *soft law* en el que el recurso a la coacción es menos importante que en el Derecho estatal: eso recae en la tendencia a privilegiar mecanismos de resolución de conflictos -como la mediación o el arbitraje- que, frente a la jurisdicción, no parecen tener un carácter impositivo, puesto que presuponen la aceptación por las partes, que son quienes nombran a los mediadores o a los árbitros; o en la relevancia de organismos como la Organización Mundial de Comercio, regidos por normas y procedimientos distintos a los del clásico Derecho estatal⁶⁰.

Esta realidad es la que ha fomentado que, como dice Ferrajoli, la credibilidad del Derecho atravesase por una crisis al mostrarse incapaz de dictar normas adecuadas para dar solución a los desafíos de la globalización⁶¹. Igualmente, el hecho de que el panorama jurídico se halle lleno de leyes de circunstancia y reglamentos de necesidad incide en que la rapidez y la transitoriedad produzcan una pérdida de la funcionalidad real de la acción del Estado. Es decir, nos encontramos ante el hecho

Peter Häberle, *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001, pp. 108 y ss.

⁶⁰ Iñigo de Miguel Beriain, “¿El Derecho, moneda de cambio? “Regulatory Competition” en la era de la globalización”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 2, 2007, pp. 121-142.

⁶¹ Luigi Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, cit., p. 302.

de que las normas de cambio, reconocimiento y adjudicación hartianas no pueden desenvolver su papel real, esto es, el papel de eliminar las incertidumbres y asegurar la identidad sistémica del Derecho positivo⁶².

Sin embargo, ello debe entenderse desde un contexto en el cual comprendamos la existencia de un principio de cambio constante de las formas jurídicas, debiéndose emplear una unidad mínima e imprescindible.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alan Watson, *Law Out of Context*, University of Georgia Press, Atenas, 2000.
- Alfonso de Julios-Campuzano, “La crisis del ordenamiento. Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización”, en ID. (ed.), *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007.
- André-Jean Arnaud y M.^a José Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.
- Antonio-Enrique Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.
- Barrie Axford, *The Global System: Economics, Politics and Culture*, St. Martin’s Press, Nueva York, 1996.
- Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, trad. de C. Bernal y M. García Villegas, Siglo del Hombre-Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes-Ediciones Uniandes, Santafé de Bogotá, 1998.
- Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica*, trad. de C. Martín, M. García Villegas, E. del Pozo y C. Morales de Setién, revisión de C. Lema, Trotta, Madrid, 2009.
- Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- David Held, *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Polity Press, Cambridge (Reino Unido), 2001.
- Elias Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.
- Francesco Galgano, “Le fonti del diritto nella società post-industriale”, *Sociología del diritto*, n.º 1 y 2, 1990.
- Gema Marcilla Córdoba, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa*, n.º 28, 2005.
- Gema Marcilla Córdoba, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”.

⁶² José Eduardo Faria, *El Derecho en la economía globalizada*, cit., pp. 111-112.

- Gema Marcilla Córdoba, “Notas sobre globalización y cultura democrática”, en Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2008.
- Giuseppe Lumia, Principios de Teoría e ideología del Derecho, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1991.
- Gregorio Peces-Barba Martínez, Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995.
- Ignacio Borrajo Iniesta, “The Privatization of Legal Rules: Spain”, Revue Européenne de Droit Public, número especial, 1994.
- Íñigo de Miguel Beriain, El poder en la era de la globalización, Comares, Granada, 2008.
- José Esteve Pardo, Autorregulación. Génesis y efectos, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002
- Joseph Raz, La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral, trad. y notas de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1985.
- Joseph Raz, La ética en el ámbito público, trad. de M. L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 315; M.^a Cristina Redondo y Pablo Eugenio Navarro, “Aceptación y funcionamiento del Derecho”, Doxa, n.º 9, 1991.
- Juan Jesús Mora Molina, “Introducción”, en Benjamin Barber, Democracia fuerte, Política participativa para una nueva época, comentado, adaptado y revisado por J. J. Mora Molina, Almuzara, Córdoba, 2004.
- Juan Ramón Capella, Fruta prohibida. Aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado, Trotta, Madrid, 2008.
- Juan Ramón Capella, Fruta prohibida. Aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado.
- Juan Ramón Capella, Fruta prohibida. Una aproximación histórica-teorética al estudio del Derecho y del Estado.
- Juan Ramón de Páramo Argüelles, “Autonomía política y derechos en la sociedad global”, en Alfonso de Julios-Campuzano, Dimensiones jurídicas de la globalización, Dykinson, Madrid, 2007.
- Luigi Ferrajoli, “Criminalidad y globalización”, trad. de M. Carbonell, revisión de P. Andrés Ibáñez, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, t. XXXIX/15, enero-abril de 2006.
- Luigi Ferrajoli, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, versión española, en Manuel Escamilla y Modesto Saavedra (eds.), Derecho y justicia en una sociedad global-Law and Justice in a Global Society, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n.º 39, 2005.
- Luis Díez-Picazo, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho, Ariel, Barcelona, 1999.
- Manuel Calvo, Transformaciones del Derecho y del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

- Marco Revelli, “La ideología de la globalización y su realidad”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), Estado constitucional y globalización, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, D. F., 2003.
- Michel van de Kerchove y François Ost, El sistema jurídico entre orden y desorden, trad. de I. Hoyo Serra, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.
- Oriol Mir Puigpelat, Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo.
- Paz Andrés Sáenz de Santamaría, Javier Andrés González Vega y Bernardo Fernández Pérez, Introducción al Derecho de la Unión Europea, Eurolex, Madrid, 1999.
- Pedro Mercado Pacheco, “El “Estado comercial abierto”. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en Juan Ramón Capella (coord.), Transformaciones del Derecho en la mundialización, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- Rafael Domingo, ¿Qué es el Derecho global?, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- Rafael Domingo, Martín Santibáñez y Aparicio Caicedo (coords.), Hacia un Derecho global. Reflexiones en torno al Derecho y la globalización, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006
- Sergio López Ayllón, Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica. Una exploración sobre los efectos de la globalización en los Poderes Judiciales de Iberoamérica, Suprema Corte de la Nación, México, D. F., 2004.
- Simon Deakin, Christel Lane y F. Wilkinson, “Trust or Law”. Towards an Integrated Theory of Contractual Relations Between Firms”, Journal of Law and Society, n.º 21/3, 1994.
- Virgilio Zapatero, “Producción de normas”, en Elias Díaz y Alfonso Ruiz Miguel (eds.), Filosofía política, vol. II (“Teoría del Estado”), 1997.
- Virgilio Zapatero, El arte de legislar, Thomson-Civitas, Madrid, 2009.

LA TEORÍA JURÍDICA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

MARTÍN GUSTAVO MOSCOSO SALAS*

SUMARIO: 1) principios versus normas. Ponderación versus subsunción. Jueces versus libertad del legislador. 2) constitución versus independencia del legislador. 3) Constitución versus independencia del legislador. 4) Jueces versus libertad del legislador. 5) bibliografía.

Resulta cada vez más frecuente escuchar en los diálogos académicos, jurisdiccionales y recientemente hasta en el discurso político, el término neoconstitucionalismo, al grado de poder decir que se ha convertido en una moda del lenguaje jurídico, un referente obligado en el estudio del derecho, a pesar de que muchos conocen poco de su origen dentro de la teoría jurídica y mucho menos dimensionan en todo su esplendor el cambio paradigmático que representa para todos los operarios jurídicos, en cuanto a la forma contemporánea en la que se debe crear, interpretar, aplicar, argumentar, investigar y enseñar el Derecho.

En razón de lo anterior, aprovecharemos esta publicación para difundir algunos aspectos relevantes que nos permitirán entender mejor el significado de este término vago, más aun cuando la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos realizada en nuestro país y los diversos testimonios jurisprudenciales nacionales o supranacionales cada vez más frecuentes en los tribunales, no hacen más que mandar una y otra vez el fuerte y claro mensaje de que el neoconstitucionalismo se erige como la teoría idónea para entender al Estado Constitucional Democrático de nuestra contemporaneidad y consecuentemente, como una corriente corregida y aumentada del positivismo que supera la visión paleopositivista del derecho (*expresión usada para referirse al viejo legalismo decimonónico*), cuyo declive se debió a su disfuncionalidad para responder los problemas complejos de nuestras sociedades heterogéneas y globales, además de no convencer que fuese la mejor ruta para la creación de escenarios sociales más libres, justos e igualitarios que garanticen la dignidad de los seres humano dentro de un gobierno y entorno democrático.

En primer lugar para adentrarnos a sus aspectos básicos, no podemos omitir mencionar que este término fue acuñado en 1988 por la profesora Susanna Pozzolo de la Universidad de Génova, Italia, dentro de su ensayo intitulado "*Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional.*"¹

* Licenciado en Derecho por el Instituto de Estudios Superiores de Chiapas. Maestro en Derecho con mención honorífica y Doctor en Derecho con mención honorífica por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Es tutor de las instituciones de Posgrado donde se desenvuelve y ha dirigido diversas tesis doctorales, maestría y licenciatura. Además de participar como conferenciante en diversos actos académicos en instituciones públicas y privadas.

¹ Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", trad. Josep Vilajosana, en Revista *Doxa*, España, núm. 21, 1998, pp. 339-353.

En este formidable ensayo que sirvió de fuente bautismal de este término de importante aceptación a pesar de no tener un significado unívoco por su amplitud de contenido, expresó literalmente que: *“Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del Derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al Derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, y sólo en parte a Carlos S. Nino. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica.”*²

Para la profesora Pozzolo las características de esta corriente iusfilosófica, se sintetiza al menos en los siguientes 4 ejes temáticos que explica de la siguiente forma:

1) PRINCIPIOS VERSUS NORMAS.

Con esta formulación se refiere a la expresión de que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios, recalcando que los principios se diferencian de las normas por algunas características: la dimensión de peso o de importancia y la no aplicabilidad del llamado modo del «todo o nada», según el cual son aplicables al caso concreto sólo *prima facie*. Recalcando el hecho de que en las constituciones contemporáneas, los principios se encuentran presentes en un número particularmente elevado, expresado en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción, hasta determinar un cambio cualitativo del propio documento. Enfatizando además que junto a la tesis de los principios se encuentra, normalmente, la expresión de una tesis prescriptiva según la cual los jueces deberían servirse en mayor medida de tales estándares en la interpretación y en la argumentación jurídica. Esta tesis tiende a sugerir una interpretación de la Constitución y la consiguiente argumentación, dirigida a extraer del texto constitucional normas y principios idóneos para regular directamente las controversias y avanzar en el tema de justicia de las resoluciones que se emiten.³

2) PONDERACIÓN VERSUS SUBSUNCIÓN.

Con esta expresión la profesora Pozzolo da cuenta del peculiar método interpretativo y aplicativo que requieren los principios jurídicos, al respecto puntualiza que los principios no serían interpretables/aplicables según el común método llamado «subsunción», peculiar de las normas.

Los principios necesitarían un método llamado ponderación o balanceo, mismo que consta principalmente de tres pasos: **a)** En primer lugar, una operación interpretativa tendente a localizar los principios jurídicos aplicables al caso

² *Ibidem*, p. 340.

³ *Idem*.

concreto, presuponiéndose que los principios idóneos para regular el caso concreto son siempre más de uno y que se presentan siempre en una relación de antinomia parcial, es decir, se presupone que ambos regulan el caso, pero que tales regulaciones son sólo parcialmente coincidentes; **b)** En segundo lugar, los principios así localizados son internamente sopesados para poder ponerlos en relación jerárquica, obviamente axiológica; el principio de mayor peso prevalece sobre el principio de menor peso; **c)** En tercer lugar, la jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se caracteriza por no estar construida en abstracto, sino en concreto, es decir, se construye en relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante en el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso específico. De este modo, el principio que prevalece en el caso examinado podrá sucesivamente ceder en el juicio de otro caso concreto, o en otras palabras, la relación axiológica, pues, se da cada vez para cada caso individual en base a los juicios de valor formulados por el Juez individual.⁴

3) CONSTITUCIÓN VERSUS INDEPENDENCIA DEL LEGISLADOR.

Con esta formulación la profesora de la Universidad de Génova, sostiene la idea de una penetración o irradiación general del texto constitucional en todo el campo jurídico, es decir, estamos en presencia de la llamada «materialización» o «sustancialización» de la Constitución. Bajo esta idea se afirma que la Constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales o infraconstitucionales y el actuar legislativo, ya que éste último debe tenerla como una guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. En suma, la Ley cede el paso a la Constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales.”⁵

4) JUECES VERSUS LIBERTAD DEL LEGISLADOR.

Finalmente, la cuarta proyección del neoconstitucionalismo desde la visión de Susanna Pozzolo, se refiere a la expresión de una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia, y es que a partir de las anteriores proyecciones (*la supuesta presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción y la penetración o irradiación general del texto constitucional*), se le encarga al Juez un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la Constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo, por lo cual, si con anterioridad el Juez interpretaba y aplicaba el Derecho independientemente del valor justicia vehiculadas por el caso, ahora su legitimidad se basa precisamente en el respaldo axiológico de sus decisiones. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del Derecho. Debido a este peculiar papel asumido

⁴ *Idem.*

⁵ *Ibidem*, p.341.

por el Juez, éste tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.⁶

En este mismo ensayo, donde se usó primigeniamente el vocablo neoconstitucionalismo, Pozzolo comenta que esta corriente se caracteriza por usar un manejo prescriptivo, superando con ello el dogma descriptivista del positivismo clásico, al efecto comenta que la ciencia jurídica debe asumir responsabilidades morales, no puede limitarse a una descripción del Derecho, ya que si hiciera esto último, no sería de ninguna utilidad para la práctica jurídica, ya que no podría proveer un esquema conceptual de justificación de las decisiones, añadiendo como otro argumento neoconstitucionalista que dicha teoría parte del dato positivo de la constitucionalización de un catálogo de Derechos Fundamentales y de la justiciabilidad de la Carta Fundamental por obra de un órgano para ello específicamente predispuesto.

Identifica también como propuesta del neoconstitucionalismo la búsqueda de: Un modelo teórico para la explicación y descripción del Derecho del Estado Constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y Moral; un modelo axiológico-normativo bajo cuyas líneas debería desarrollarse el Derecho real, pretendiendo poder alcanzar el ideal jurídico a través de lo que podría llamarse una proyección evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del Derecho Constitucional positivo; un modelo donde la Constitución subordina a la Ley y que junto a los criterios de validez formal ha sumado los criterios de validez material capaces de condicionar la actividad legislativa incluso en sus contenidos y no sólo en sus formas; un modelo donde el uso de la fuerza no sería uno de los elementos definatorios del Estado, sino sólo un elemento accesorio, ya que el verdadero elemento definatorio sería el contenido de justicia que expresa a través de la carga axiológica que posee y que tiene como fundamental tarea la de desarrollar el bien común, un modelo donde los principios axiológicos han dejado de situarse en el limbo de proclamaciones políticas sin incidencia jurídica práctica hasta convertirse cada día más en serio en objetivos a perseguir por los poderes públicos.

En suma, la profesora italiana advierte que el Derecho del Estado Constitucional formado también y sobre todo por principios, no sería apto para la aproximación rígida y poco dúctil del método iuspositivista, que finalizaría por desatender las exigencias de justicia sustancial que la realidad práctica del Derecho llevaría en sí mismo. En razón de lo anterior, reafirma que el Estado Constitucional dúctil por naturaleza tendría necesidad de una metodología interpretativo-aplicativa no severamente deductiva, sino de una técnica ponderativa, conectada a la razonabilidad práctica y a instrumentos equitativos, a una metodología, por tanto, dirigida a la ponderación o al balanceamiento de los principios y de los valores en juego, en cada ocasión transportados al caso concreto, lo que permitiría potencializar las exigencias de justicia que cada caso lleva consigo.⁷

El profesor español Luis Prieto Sanchís, explica que con la voz *neoconstitucionalismo*, constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a

⁶ *Idem.*

⁷ *Cfr.* Pozzolo, Susanna, "Un constitucionalismo ambiguo", trad. Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 187-210.

secas, se usan ya sea para encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho que designa el modelo institucional de una forma de organización política; ya sea para explicar las características de dicho modelo; y finalmente, para hablar de la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada⁸ y explicar que como tipo de Estado de Derecho, el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales antes separadas: “...una que concibe a la Constitución como regla del juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco Democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida... y la segunda tradición, en cambio, que concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. Si puede decirse así, en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas del juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad de las relaciones laborales”. Complementándonos que de la primera de estas tradiciones se recoge la idea de garantía constitucional y una correlativa desconfianza ante el legislador, mientras que de la segunda tradición se hereda un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego. En pocas palabras, el jurista español resume a este fenómeno como la búsqueda de: “Una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al Legislador sino a los jueces.”⁹

También Prieto Sanchís comenta que no cabe duda, de que el Estado Constitucional representa una fórmula del Estado de Derecho, acaso su más cabal realización, pues si la esencia del Estado de Derecho es el sometimiento del poder al Derecho, sólo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo, exponiéndonos que hay, al menos, dos elementos en el constitucionalismo contemporáneo que suponen una cierta corrección al modelo liberal europeo de Estado de Derecho que hoy identificamos con la teoría del neoconstitucionalismo. El primero es la fuerte ‘rematerialización’ constitucional, que apela a la idea de que la Constitución ya no sólo limita al Legislador al establecer el modo de producir el Derecho y, a lo sumo, algunas barreras infranqueables, sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica. El segundo y más importante para su obra, al que llama el desbordamiento constitucional, que se centra en el postulado de la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema, es decir, los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución, a través del Legislador, sino que lo hacen directamente, y en la medida, en que aquella disciplina de numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil

⁸ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Perú, Palestra, 2007, Serie Derechos y Garantías, núm. 5, pp. 110 y s.

⁹ *Ibidem*, pp. 112-114. Vid. también Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 101-136.

encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.”¹⁰

En otra valiosa aportación, Prieto Sanchís enfatiza que el constitucionalismo europeo de la posguerra (*que en los países latinoamericanos empezó posteriormente*) ha adquirido una singularidad tan acusada que para muchos no sólo encarna una forma política inédita, sino que incluso ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica, por supuesto que se refiere al neoconstitucionalismo. Adicionalmente hace notar que dicha singularidad bien puede resumirse en un constitucionalismo de los derechos, o en otras palabras, el fenómeno de las *Constituciones materiales y garantizadas*, materiales porque presentan un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (*valores, principios, derechos o directrices*) pero de un idéntico sentido al decir todas al poder como se organiza y que es lo que puede y a veces debe decidir; garantizada porque su protección o efectividad se encomienda a los jueces, o dicho de otra manera, porque en el sistema existen normas secundarias de organización y procedimiento destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a Derechos. Aunado a lo anterior, Prieto Sanchís hace notar que no menos importantes resultan para matizar el neoconstitucionalismo otras características, tales como la omnipresencia de la Constitución, es decir, que tiene una fuerza de irradiación o de saturación de principios y derechos en todo el sistema, al grado de que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o contradice; la presencia de una Constitución abierta y pluralista que no establece en caso de conflictos de su contenido condiciones de procedencia fijas; la utilización de la ponderación como método aplicativo de la Constitución para cada caso concreto; la necesidad de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación, en el entendido de que no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, lo que significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a los contenidos constitucionales. Por último, concluye que el Estado Constitucional es un marco de convivencia que permite la alternancia política y, por tanto, el establecimiento y desarrollo de distintas y aún contradictorias concepciones ideológicas, preservando siempre los derechos de los individuos y de los grupos minoritarios, en otras palabras, el Estado Constitucional Democrático se caracteriza porque mucho debe quedar a la libre configuración del Legislador, pero también reservarse a la esfera de lo inaccesible por la mayoría, con esto tenemos que hay que ponderar dos principios en pugna: *el principio de la democracia*, pues ningún ámbito queda por completo sustraído a la concepción de la mayoría; y *el principio de la constitucionalidad o de la defensa del individuo* incluso frente a la mayoría, pues ningún ámbito queda tampoco absolutamente al arbitrio de la política.¹¹

Paolo Comanducci por su parte, da cuenta en su obra que el neoconstitucionalismo a diferencia del constitucionalismo no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también como una teoría concurrente a la positivista. Así las cosas, las diversas formas de neoconstitucionalismo contemporáneo detectadas por este autor son: **1.**

¹⁰*Ibidem*, pp.118 y s.

¹¹Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los Derechos”, trad. Manuel Ferrer Muñoz, en Miguel Carbonell (Coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, UNAM, IJ, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho, pp. 213-235.

Neoconstitucionalismo teórico. Como teoría del Derecho aspira a describir los logros de la constitucionalización (resalta por ejemplo, el catálogo de Derechos Fundamentales que posee, la presencia omnipresente de principios y reglas, y las peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas, es decir, representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional, en particular a sus postulados que hoy se ven insostenibles: el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo. **2.** *Neoconstitucionalismo ideológico.* Este modelo no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación, subrayando particularmente de los mecanismos de tutela de los Derechos Fundamentales, considera que en los ordenamientos constitucionales democratizados se desarrolla una conexión necesaria entre Derecho y Moral, por lo que se ve proclive a entender que puede subsistir una obligación Moral de obedecer a la Constitución, poniendo énfasis en la distinción entre Constitución y Ley y la forma específica de interpretar cada una de ellas. **3.** *Neoconstitucionalismo metodológico.* Sostiene la tesis, al menos respecto al Derecho constitucionalizado donde los principios y los Derechos Fundamentales constituirían un puente entre Derecho y Moral que existe conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y Moral.¹²

Comanducci considera que la interpretación constitucional es uno de los temas importantes en el Estado Constitucional y advierte que según sea lo que se entienda por Constitución, es decir, por su objeto, se derivarán diferentes modos de entender su interpretación. Los cuatro modelos que hoy en día cree pueden distinguirse son los siguientes: **1.** El modelo axiológico que la concibe como orden: Constitución no hace referencia directa a normas sino indirectamente, acá directamente designa un orden, una estructura de la sociedad y/o del Estado que genera normas que son fundamentales. **2.** El modelo descriptivo como orden: Designa como Constitución una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder sociales y políticas. **3.** El modelo descriptivo que lo considera como norma: Designa a un conjunto de reglas jurídicas positivas consuetudinarias expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales. **4.** El modelo axiológico de la Constitución concebido como norma: Posee la misma designación que la anterior, salvo que a este se le adiciona la condición de que posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico, que lo hace un valor en sí misma.¹³

Martínez Zorrilla entiende al neoconstitucionalismo, como *“un conjunto de cambios y transformaciones en los textos constitucionales en las últimas décadas, (o redondeando en el último medio Siglo), que han conllevado también una importante transformación en el papel desempeñado por ésta en el conjunto del ordenamiento, además de ciertos cambios importantes en el plano institucional, como se manifiesta por ejemplo, en el margen de libertad del Legislador o en el papel de los jueces”*¹⁴ Además resalta, que el Estado Constitucional responde en

¹²Cfr. Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 82-87.

¹³ Cfr. Comanducci, Paolo, “Modelos de Interpretación de la Constitución”, trad. Manuel Ferrer Muñoz, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo I, 2005, pp. 469-499.

¹⁴ Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, Colección Filosofía y Derecho, pp. 59 y s.

gran medida, al cambio constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial, ya que si bien en las Constituciones europeas anteriores de éste movimiento bélico se constituían como la pieza clave de mayor jerarquía y el escenario en donde se establecía el contenido institucional y procedimental, fue hasta después de éste lamentable suceso cuando empezaron no sólo a incorporar contenidos sustantivos en forma de Derechos, valores, principios, bienes o fines entre otros, sino también, se luchó para que fueran auténticas normas jurídicas y no sólo declaraciones de buenas intenciones.

García Figueroa, detalla como rasgo de la teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo, que si bien Bentham dijo que el ser del Derecho es distinto en varios países, actualmente ese ser es cada vez más semejante debido al fenómeno de la constitucionalización y la vinculación del Derecho a su dimensión ideal de deber ser, lo que se explica por el papel que juega la Constitución y su contenido iusfundamental en los actuales sistemas jurídicos, mismo que ha llegado a condicionar intensamente el discurso filosófico-jurídico, hasta el punto de fundar nada menos que una nueva teoría del Derecho aún por definir, pero cuyo presupuesto sería el paradigma del constitucionalismo y el paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Asimismo, se advierte que esta nueva concepción de un Estado Constitucional se integra por una serie de teorías aparentemente dispersas pero que convergen sin violencia en una nueva actitud hacia el Derecho, presidida por cierto neorealismo y cierto neoiusnaturalismo.

Dentro de esta pluralidad de teorías que encuentran escena en el Estado Constitucional, García Figueroa contempla, entre otras, a la *teoría de la argumentación jurídica y Moral (de Alexy)*, el *ideario garantista (de Ferrajoli)*, *muy a menudo incorpora las objeciones (de Dworkin) o las correcciones (de Coleman, y Walluchow) al positivismo (de Hart) y casi siempre tiene buen respaldo entre teóricos de los Derechos Fundamentales (de Peces-Barba) y de la dogmática constitucional (de Zagrebelsky)*. De ahí su éxito entre filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho. Este mismo autor, considera que el término genérico constitucionalismo o con tratamiento más preciso neoconstitucionalismo, responde a la intención de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad la teoría o el conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas. Respecto al desarrollo del constitucionalismo esboza que se ha influenciado por un aspecto material que consiste en la consabida recepción en el sistema de ciertas exigencias de la Moral crítica bajo la forma de Derechos Fundamentales; un aspecto estructural o funcional que tiene que ver con la estructura de las normas constitucionales (principios) y el tipo de argumentación que éstas fomentan; un aspecto político: que replantea la relación de fuerzas de los poderes del Estado. Por último el autor de mérito, reconoce que el éxito actual del nuevo paradigma constitucionalista se explica por su oportunidad ante las nuevas circunstancias jurídicas, históricas y sociopolíticas. En cuanto a las jurídicas, al ofrecer una cobertura más amplia propia de los rasgos propios de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Desde el tema histórico, cabría afirmar que mientras el argumento de la injusticia es minimalista ya que pretende expulsar sólo las normas extremadamente injustas, el argumento de los principios presenta una virtualidad maximalista ya que pretende expandir el ordenamiento jurídico hacia un ideal, pretende optimizar las

posibilidades morales del ordenamiento jurídico una vez garantizado un mínimo ético. Y desde el punto de vista socio-político, el constitucionalismo respondería mejor a las necesidades de sociedades política y culturalmente plurales. Por último, se reflexiona que mientras el positivista se concentró en el ser del Derecho frente al iusnaturalismo que lo había confundido con su deber ser, en los actuales Estados Constitucionales, el tema es *“qué puede llegar a ser el Derecho argumentativamente.”*¹⁵

Otras aportaciones valiosas en el tema del Estado Constitucional, las realiza Mauro Barberis al explicar que el término neoconstitucionalismo reenvía evidentemente al término constitucionalismo, que éste aparece con el ataque del positivismo jurídico capitaneado por Ronald Dworkin; que el neoconstitucionalismo se distingue precisamente del iuspositivismo inclusivo en cuanto hace suya la tesis iusnaturalista de la conexión necesaria entre Derecho y Moral; pero se diferencia del iusnaturalismo tradicional, y se acerca al iuspositivismo inclusivo, en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales, que desde siempre es el campo de reflexión del constitucionalismo.¹⁶

En este contexto del Estado Constitucional, Dworkin reflexiona que éste, es una etapa que rompe con la clásica influencia del positivismo y sus postulados de tratamiento. Así expresa que: *“No obstante, la influencia política del positivismo jurídico ha caído en picada en las últimas décadas y ya no es una fuerza importante ni en la práctica ni en la educación jurídica. El gobierno se ha vuelto demasiado complejo para ajustarse a la austeridad del positivismo. La tesis de que el Derecho de una comunidad consiste meramente en los mandatos explícitos de los cuerpos legislativos parece natural y oportuna cuando los códigos legales explícitos pueden plantearse y proporcionar todo el Derecho que una comunidad necesita. Cuando el cambio tecnológico y la innovación comercial dejan sin embargo atrás el suministro del Derecho Positivo, como pasó de forma creciente en los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, los jueces y otros funcionarios jurídicos deben recurrir a principios más generales de estrategia y equidad para adaptar y desarrollar respuestas jurídicas. La mayoría de académicos asumieron que, si realmente se necesitaba una Teoría General del Derecho, ésta debía ser más sutil que el positivismo jurídico...”*¹⁷

Carbonell manifiesta que el neoconstitucionalismo entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado Constitucional contemporáneo, puede ser analizado desde tres distintos niveles. El primer nivel pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial; en un segundo nivel para referirse a las consecuencias de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, relevantemente en lo que concierne a la práctica jurisprudencial de muchos tribunales; y en cuanto al tercer nivel, en los desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos

¹⁵Cfr. García Figueroa, Alfonso, “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 159-186.

¹⁶ Cfr. Barberis Mauro, “Neoconstitucionalismo, Democracia e imperialismo de la moral”, trad. Santiago Sastre Ariza, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 259-278.

¹⁷ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2007, pp. 230 y s.

constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial, suponiendo aportaciones de frontera que no sólo explican el fenómeno jurídico sino también lo crean. Carbonell advierte que lo novedoso de este modelo no radica en sus elementos, sino en la conjunción de ellos y sus efectos que pueden verse en el propio funcionamiento del Estado Constitucional y que los problemas que debe resolver el neoconstitucionalismo son la interpretación de las normas constitucionales, el uso del Derecho Comparado por los jueces supremos, el lugar de los Derechos Fundamentales, su proyección a las relaciones entre particulares, el alcance de los derechos sociales, el impacto de la globalización en la constitucionalización, el papel del Estado y la libertad de expresión, etc.¹⁸

Bernal Pulido, advirtiendo que el término neoconstitucionalismo es extremadamente difícil, y por lo tanto, no se puede hablar de una versión estándar del mismo, que sintetice lo acaecido en tantos países, en tantos años, y por tantos puntos de vista, y que lo ha llevado a ser una especie de cajón de sastre, comenta que se considera por algunos que el núcleo de aquello que se presenta como neoconstitucionalismo, a saber puede caracterizarse porque los Derechos Fundamentales de la Constitución son principios y que se aplican judicialmente mediante la ponderación.¹⁹

Manuel Atienza analizando que el Derecho evidentemente ha sufrido grandes transformaciones y que el modelo positivista ya no puede responder a ellas, comenta que las nuevas concepciones jurídicas dentro del Estado Constitucional -que pudiéramos nosotros identificarlas como neoconstitucionalistas o postpositivistas- poseen rasgos comunes estrechamente ligados con el enfoque argumentativo del Derecho, éstos son los siguientes: La importancia otorgada a los principios como ingredientes necesarios -además de las reglas- para comprender la estructura y funcionamiento de un sistema jurídico; la tendencia a considerar las normas-reglas y principios no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico; La idea de que el Derecho es una realidad dinámica que consiste -no tanto o no tan sólo- en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, también en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.; ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación, es que es vista más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho; el debilitamiento entre el lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la Ciencia del Derecho que no puede reducirse ya a discursos meramente descriptivos; en el entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y Derechos establecidos en la Constitución; la idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas-de sujeción del Juez a la Ley- pues la Ley debe ser interpretada de acuerdo a los principios constitucionales; la tesis de que entre el Derecho y la Moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco, incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento Hart, esa regla incorporaría

¹⁸ Carbonell, Miguel, "El Neoconstitucionalismo en su laberinto", en Miguel Carbonell (Coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, op. cit., pp. 9-15.

¹⁹ Cfr. Bernal Pulido, *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, en *ibidem*, p. 301.

criterios sustantivos de carácter Moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter Moral; la tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la Moral y la política; Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino la práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); el debilitamiento entre las fronteras entre el Derecho y el no Derecho; la importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones -y por tanto, en el razonamiento jurídico- como característica esencial de una sociedad democrática; la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integralidad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso; y la consideración de que el Derecho no sólo es un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada Moral social, sino a una Moral racionalmente fundada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica.²⁰

García Amado explica que el neoconstitucionalismo podría sintetizarse en las siguientes tesis: **a)** La Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica, la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica; **b)** Consiguientemente, la indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos, pese a su imprecisión lingüística; **c)** Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados; **d)** Los jueces y en particular el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo: deben inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleva al cabo dicha maximización; **e)** Consiguientemente, tanto el Legislador, como, principalmente los jueces tienen acceso al contenido de esos textos prelingüísticos que componen la Constitución material o axiológica, y lo tienen con suficiente amplitud como para poder determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos; **f)** Este entramado doctrinal tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al Legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura.²¹

Ahora bien, las críticas formuladas en contra del neoconstitucionalismo y que tratan de denunciar sus desventajas, son principalmente las siguientes: **1.** En el neoconstitucionalismo existe una fuerte discrecionalidad, los intérpretes hacen que la Constitución diga lo que quieren que diga y no lo que realmente dice. **2.** Manifiesta que la ponderación es un procedimiento irracional para la aplicación de los Derechos Fundamentales. **3.** La ponderación es utilizado por los Tribunales Constitucionales no para fundamentar sus fallos, sino para aparentar una fundamentación de lo que quieren ellos decidir; **4.** La ponderación da

²⁰ Atienza Manuel, "El Derecho como argumentación", en la obra coordinada por Rodolfo Vázquez y Ruth Zimmerling, publicada con motivo de la ceremonia "Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003", México, Distribuciones Fontamara, ITAM, INACIPE y otros, 2004, pp. 124-126.

²¹ García Amado, Juan Antonio, "Derechos y pretextos, Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en *Ibidem*, pp. 239 y s.

aparente legitimidad al activismo judicial cuando realmente resulta violatorio de las competencias del Legislador; **5.** El activismo judicial es incompatible con la democracia y el Estado de Derecho; **6.** Desaprovecha la subsunción e interpretación sin necesidad de ponderación, como método que ofrece una fundamentación racional y que sí evidencia la verdadera elección del Juez; **7.** Al tratar de encontrar con la ponderación el punto de optimización de los derechos, aparenta que el sistema es coherente y completo y que para cada caso hay una solución correcta; **8.** No reconoce la existencia de principios implícitos; puede abusar en el control de constitucionalidad de las leyes en detrimento de los otros poderes.²² En razón de lo anterior, García Amado concluye que: “... muchas de las tesis del llamado constitucionalismo o constitucionalismo de los derechos resultan sumamente funcionales a una jurisprudencia muy propensa a la extralimitación, la demagogia y la política más descarada, y a una casta profesoral ansiosa por legislar sin pasar por las urnas y muy dada a los juegos de manos que transmutan preferencias personales en postulados pseudocientíficos, como tan perspicazmente vio Kelsen, siempre tan denostado por sus colegas más ambiciosos...”²³

A manera de reflexión y después de mencionar algunos de los intentos doctrinarios más relevantes para explicar a la corriente jurídica llamada *neoconstitucionalismo*, *neopositivismo* o *post-positivista*, sólo nos resta añadir que independientemente de sus variados enfoques y amplios contenidos, la misma se posiciona como la teoría idónea, necesaria e intrínseca del Estado Constitucional, como aquella teoría con alta ductilidad para la presencia y vivencia de los derechos humanos, como aquella teoría que permite la irradiación constitucional hacia el resto de contenidos del sistema jurídico, como aquella teoría que reconoce además de las reglas a los principios jurídicos y los entiende en la medida de que necesitan ser ponderados en cada caso atendiendo al pluralismo y heterogeneidad, como aquella que se vuelve el campo propicio para la argumentación jurídica, como aquella teoría que brinda el mejor camino para consolidar una sociedad más justa, democrática libre e igualitaria, o en otras palabras, como la corriente que permite no sólo dar cauce a los diversos y variados elementos que conforman al Estado Constitucional, sino adicionalmente, permiten la conjunción de todos ellos potencializándose en sus efectos, pero sobre todo, siempre considerando que el Estado tiene una función instrumental ya que ante todo debe estar al servicio de los derechos humanos, y consecuentemente, al servicio del máximo fundamento de todos éstos, la dignidad humana, nunca pues más un Estado que se considere un fin en sí mismo, nunca más un gobierno que utilice al Derecho para la simple dominación de la sociedad sin sentido razonable.

Pudiéramos sintetizar que la esencia de la teoría jurídica del neoconstitucionalismo, radica en imponer a los Estado ya no sólo que tengan una Constitución, ni que la misma este provista de contenidos sustanciales (como lo postuló el primer constitucionalismo), sino más bien en que esa Constitución sea realizable, que sea una Constitución viviente y que su vivencia se refleje en una sociedad más justa e igualitaria en el terreno jurídico, político, económico y social.

²² *Ibidem*, pp. 237-264.

²³ *Ibidem*, p. 264.

Y es precisamente en la búsqueda de cumplir con esta misión del Estado Constitucional, lo que ha llevado a acuñar términos desde la doctrina tales como Constitución con fuerza normativa, Constitución viviente, Constitución real, Constitución jurisdiccionalmente aplicable, Constitución activa, Constitución normativa, Constitución positiva, Constitución eficaz, Constitución útil, Constitución cumplida, Constitución efectiva, etc. y que no hacen más que imprimir la importancia de su dimensión aplicativa.

Esta característica de efectividad trascendental y definitoria para la corriente del neoconstitucionalismo y de su Estado Constitucional, ha sido analizada por diversos referentes jurídicos clásicos y contemporáneos, desde Loewenstein que distinguía entre Constituciones normativas, nominales y semánticas, las primeras consideradas como las que se aplicaban; las segundas las que *aspiraban* a ser practicadas y las terceras las que sólo se vanagloriaban de estar en el papel pero no tenían aplicación alguna a la realidad.²⁴; desde Lucas Verdú quien diferenció entre “*tener una Constitución*” -desde el punto de vista formal- y “*estar en Constitución*”²⁵; o recientemente por Aguiló Regla al expresar que un sistema jurídico-político tiene una Constitución cuando cuenta con la forma constitucional como garantía de dichos ideales; y vive en Constitución cuando esos ideales son practicados²⁶, o a la manera del profesor Vigo al mencionar que “*No caben dudas que entre el ejemplo o modelo previsto en el texto constitucional y las operaciones efectivamente realizadas, hay una distancia, la que incluso es posible que nunca se transite, dejando a la Constitución como un mero proyecto o posibilidad,*”²⁷ o parafraseando finalmente a Carpizo quien reflexionaba que la Constitución real en un país de Constitución escrita no es ni la realidad ni la hoja de papel, sino el punto en el cual la realidad jurídica valorada y el folleto se interfieren, así la Constitución de un país es un eterno duelo entre el ser y deber ser, entre realidad y norma, es la perpetua adecuación entre un folleto y la vida o de la costumbre con la vida.²⁸ Por lo redactado hasta el momento, bien podemos concluir que cualquier esfuerzo que se realice en aras de contar con una Constitución viviente que impacte favorable al Estado Constitucional-Democrático Mexicano, es por añadidura un esfuerzo neoconstitucionalista, ojalá cada vez sean más por el propio bienestar nacional.

²⁴ Cfr. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. A. Gallego, Barcelona, Gedisa, 1982, pp. 216-218.

²⁵ Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 43-47.

²⁶ Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Bogotá, Palestra-Temis, Lima, Bogotá, 2004, p.42

²⁷ Vigo Rodolfo, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, p.106

²⁸ Cfr. Carpizo Jorge, *Estudios constitucionales*, México IIJ, UNAM, 1983, pp. 51-53

5) BIBLIOGRAFÍA.

- Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Bogotá, Palestra-Temis, Lima, Bogotá, 2004.
- Barberis Mauro, “Neoconstitucionalismo, Democracia e imperialismo de la moral”, trad. Santiago Sastre Ariza, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*.
- Carbonell, Miguel, “El Neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Miguel Carbonell (Coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*.
- Carpizo Jorge, *Estudios constitucionales*, México IIJ, UNAM, 1983.
- Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*.
- Comanducci, Paolo, “Modelos de Interpretación de la Constitución”, trad. Manuel Ferrer Muñoz, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, Tomo I, 2005.
- Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2007.
- García Figueroa, Alfonso, “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. A. Gallego, Barcelona, Gedisa, 1982.
- Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykinson, 1997.
- Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, Colección Filosofía y Derecho.
- Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, trad. Josep Vilajosana, en *Revista Doxa*, España, núm. 21, 1998.
- Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, trad. Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los Derechos”, trad. Manuel Ferrer Muñoz, en Miguel Carbonell (Coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, UNAM, IIJ, 2007, Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho.
- Prieto Sanchís, Luis, *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Perú, Palestra, 2007, Serie Derechos y Garantías, núm. 5.
- Vigo Rodolfo, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot.

DISERTACIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Editado por la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Se terminó de imprimir el 29 de octubre de 2013, en

Los talleres de Tesis Bolívar, Bolívar 290 C, Col. Obrera, C.P. 06800, México, D.F.

Se tiraron 250 de ejemplares, en papel cultural de 90 g. para interiores y cartulina sulfatada de 230 g. para exteriores.

Se utilizaron en la composición tipos Bookman Old Style #11.

Tipo de impresión offset.

El cuidado de la edición estuvo a cargo de
Gustavo Alberto Guzmán Ávila