



ISSN: En TRÁMITE

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM



JULIO | 2018
DICIEMBRE | 8

$\mathcal{R}_D$

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

NUEVA ÉPOCA, NÚMERO 9
JULIO - DICIEMBRE 2018





DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomelí Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Javier Nieto Gutiérrez

COORDINADOR GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En portada: Francisco Moreno Capdevila, Conquista y destrucción de México Tenochtitlán, s/f, temple sobre masonite, 3.04 x 9 m. Auditorio “Benito Juárez”, Facultad de Derecho-UNAM, Ciudad Universitaria, México, foto: Víctor Jurado.

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, No. 9 (julio - diciembre 2018) es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio “F”, Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, correo electrónico: informesderecho@posgrado.unam.mx, Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Editor responsable: Claudio Vázquez Pacheco, Certificado de Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2012-042613595600-102, ISSN: 2007-5995, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor; Certificado de Licitud de Título y Contenido No. 15735, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación, impresa por Creativa Impresores S.A. de C.V, calle 12, Número 101, Local 1, Colonia José López Portillo, Delegación Iztapalapa, C.P. 09220, Ciudad de México, éste número se terminó de imprimir el mes de mayo de 2017, con un tiraje de 300 ejemplares, impresión tipo offset, con papel Cultural de 90 g para los interiores y papel couché de 300 g para los forros.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción de los artículos (no así de las imágenes) con la condición de citar la fuente y se respeten los derechos de autor.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA

Claudio Vázquez Pacheco

EDITOR

Tania Mendoza Martínez

EDITORA ADJUNTA

Javier Cancino Jiménez

Diana Érika Hernández Ríos

SECRETARÍA EDITORIAL

Marta Yhamel Belloso

Mitzi Aurora Mendez Hermenegildo

Susana Monserrat Gil Vilchis

ASISTENTE EDITORIAL

Héctor Alejandro Ramírez Medina

ENCARGADO DE DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN

José Manuel Guevara García

ENCARGADO DE PROGRAMACIÓN Y SISTEMAS

CONSEJO EDITORIAL

Juan Antonio García Amado
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Sergio García Ramírez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Flavia Emilia Carbonell Bellolio
UNIVERSIDAD DE CHILE

Raúl Carrancá y Rivas
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María Patricia Kurczyn Villalobos
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

María Elena Mansilla y Mejía
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jordi Ferrer Beltrán
UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

José María Serna de la Garza
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Carlos Bernal Pulido
UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Carlos Francisco Quintana Roldán
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Guillermo Claudio Lariguet
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, ARGENTINA

Jorge Fernández Ruiz
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Lenio Luiz Streck
UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS, BRASIL

Massimo La Torre
UNIVERSIDAD MAGNA GRAECIA DE CATANZARO, ITALIA

Rafael Luis Hernández Martín
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suarez
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM

Tiago Gagliano Pinto Alberto
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
PARANÁ, BRASIL

Leonor Suárez Llanos
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales
UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA

Marta Ordás Alonso
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Rodrigo Brito Melgarejo
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María José García Salgado
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

José Manuel Cabra Apalategui
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Toni Roger Campione
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Javier Díez García
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Luis Ángel Ballesteros Moffa
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Leandro Vergara
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES,
ARGENTINA

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Israel Ortiz Villar
UNIVERSIDAD DE GRANADA, ESPAÑA



ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
<i>Carlos H. Reyes Díaz</i>	
EDITORIAL.	15
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	
LA CORTE INTERAMERICANA A CUARENTA AÑOS DE SU ESTABLECIMIENTO	23
<i>Sergio García Ramírez</i>	
UNA FUNDAMENTACIÓN UNIVERSALISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS . . .	73
<i>Rogelio Silva Mendoza</i>	
LA GARANTÍA DEL DERECHO HUMANO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. COMBATE A LA IMPUNIDAD EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA (MÉXICO Y COLOMBIA)	107
<i>María Elisa Franco Martín del Campo</i>	
KELSEN E O POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: NOTAS DE UM (POSSÍVEL) ACERTO DE CONTAS	145
<i>Lenio Luiz Streck</i>	
UBI SOCIETAS, IBI IUS? SOBRE EL LUGAR DEL DERECHO EN LAS TEORÍAS CLÁSICAS DEL PATRÓN CULTURAL UNIVERSAL.	171
<i>Benjamín Rivaya García</i>	
POSITIVISMO JURÍDICO Y RAZÓN PRÁCTICA. REFLEXIONES SOBRE UN TEXTO DE ALEJANDRO SAHUÍ MALDONADO . . .	215
<i>José Manuel Cabra Apalategui</i>	

ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXTRACCIÓN DE HIDROCARBUROS. PROCEDENCIA DEL AMPARO	245
<i>Paola Rodríguez Romo</i>	
FEMINICIDIO EN EL SISTEMA PENAL BRASILEÑO.	285
<i>Cristiane Brandão Augusto</i>	
INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES.	315

PRESENTACIÓN

La enseñanza del derecho no es una tarea exclusiva de los docentes en el aula, ni siquiera de los docentes en general. La enseñanza del derecho, en palabras de Martin Böhmer, tiene algo de rimbombante y de inacabable. Es por ello que la labor de enseñanza, aunque también de investigación y de difusión que se realiza con aportaciones editoriales como la que ahora nos reúne en este número de la Revista del Posgrado de Derecho de la UNAM, es igualmente importante y más imperecedera que la que se realiza en el aula.

La diversidad de aproximaciones teóricas y prácticas del derecho son elementos que nutren nuestra labor académica. Con cada número de la Revista del Posgrado aportamos temas de discusión de nuestra realidad cambiante. Las aportaciones que aquí se presentan serán siempre debatibles, como lo es el derecho mismo, y nunca serán ni pretenden ser verdades inmutables, sino espacios que abren conversaciones.

Así como Ortega y Gasset proponía siempre dudar de lo que enseñáramos, de la misma forma planteamos el reto de confrontar las ideas que aquí se presentan, porque la realidad es un caleidoscopio de pensamientos y voces, y tiene vigencia corta. Las aportaciones que presentamos en este Número 9 son acercamientos académicos de diversas posturas sobre temas actuales de discusión y análisis jurídico en materia de derechos humanos, de filosofía del derecho, de derecho administrativo energético, y de derecho penal extranjero que, en su conjunto, pretenden ser insumos de próximas investigaciones esencialmente de maestría y de doctorado, sin que ello sea limitativo de otros niveles y de otras áreas de conocimiento.

Con aportaciones de gran nivel de miembros destacados de nuestra comunidad, pero al mismo tiempo también de otras regiones

del mundo, esta propuesta editorial constituye un paso más en la construcción del conocimiento jurídico y en factor de la enseñanza y la investigación del derecho en la UNAM.

Confiamos en que estas visiones contemporáneas del derecho lleguen al mayor público posible, por lo que mantenemos la versión electrónica y gratuita de nuestras publicaciones en el portal del Programa de Posgrado en Derecho. Pero deseamos todavía más que su lectura y análisis sirva para fortalecer cada día más el estado de derecho que tanta falta hace hoy en día a nuestra sociedad.

Dr. Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
UNAM

EDITORIAL

Uno de los propósitos fundamentales de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM es llamar la atención del lector a temas de interés relacionados con la ciencia jurídica para incentivar el análisis y discusión sobre el entorno social y su funcionamiento desde una perspectiva nacional y global.

En la persecución de este importante objetivo hacemos uso de la experiencia, conocimientos y opiniones que expertos conocedores del derecho plasman en sus artículos a fin de proporcionar al lector valiosas herramientas que le permitan tomar conciencia sobre temáticas de gran valor para la comprensión de la realidad social presente en su acontecer cotidiano.

El presente número de la Revista fue realizado priorizando el generar un producto en los campos de conocimiento de Derechos humanos, Filosofía del Derecho y Estudios Jurídicos en materias que han adquirido especial relevancia en tiempos recientes. Para ello, hemos mantenido la orientación fundacional de nuestra Revista resguardando la participación de miembros de nuestra máxima casa de estudios promoviendo e incentivando la publicación de investigaciones científicas realizadas por catedráticos y juristas de destacadas instituciones nacionales e internacionales de México, España y Brasil enriqueciendo así nuestra Revista y nuestra visión doctrinal con el intercambio de ideas y puntos de vista de otros sistemas jurídicos que sólo es posible mediante la siempre provechosa exogamia.

A continuación me permitiré presentar a cada uno de los autores que han colaborado en la elaboración de este número comenzando por la rama de los Derechos Humanos:

El Doctor Sergio García Ramírez nos honra con su artículo “La Corte Interamericana a cuarenta años de su establecimiento” en el cual ofrece al lector una visión interna y objetiva de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos explicando momentos clave en su creación y desarrollo así como las aportaciones que ha hecho la Corte en la tutela de estos importantes derechos. Además, alude a la tutela internacional de los derechos humanos y a los antecedentes de la Corte en diversos planteamientos emanados de conferencias de los países americanos a partir de 1945 destacando el carácter vinculante que tiene la interpretación adoptada por la Corte tanto en opiniones consultivas como en sentencias que incluyen, pero no se limitan a, la protección de grupos e individuos vulnerables, reparaciones por hechos ilícitos y acceso a la justicia. Todo lo anterior enriquecido con las observaciones, experiencias y aportaciones que ha tenido el autor como integrante y presidente de la Corte Interamericana.

El artículo del Maestro Rogelio Silva Mendoza, “Una fundamentación universalista de los Derechos Humanos” hace uso de la filosofía normativa kantiana para dotar a los derechos humanos de una fundamentación propiamente normativa y con ello sentar las bases para generar una discusión en torno a la imperiosa necesidad de fundamentar los derechos humanos desde un criterio universalista cuya fuerza vinculante se encuentre en su contenido en sí. Proveyendo a los derechos humanos de una justificación teórica universal más allá de la que contiene su simple enunciación como derechos universales.

La Maestra María Elisa Franco Martín del Campo, postulante de Doctorado en Derecho por nuestra facultad, nos proporciona en su artículo: “La garantía del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Combate a la impunidad en los Tribunales Constitucionales de América Latina (México y Colombia)” un análisis de dos sentencias elaboradas en Tribunales Constitucionales de América Latina que han aplicado la Convención de Belem do Pará como parte del método para juzgar con perspectiva de género, y la manera en que este tratado internacional tiene un papel esencial para hacer efectiva la garantía del derecho humano de las mujeres

a una vida libre de violencia y el combate a la impunidad sistemática de la violencia contra las mujeres en la región desde el ámbito judicial.

En la materia de Filosofía del Derecho contamos con la colaboración del Doctor Lenio Luiz Streck, profesor en la Universidad do Vale do Rio dos Sinos, fundador del programa de postgrado en Derecho de la misma institución y coordinador de las líneas de investigación del programa desde 1996 hasta la actualidad. En su artículo “Kelsen e o positivismo jurídico contemporâneo: notas de um (possível) acerto de contas” se confronta el Iuspositivismo contemporâneo desde el punto de vista de uno de sus teóricos más representativos; Hans Kelsen explicando brevemente la genealogía del positivismo y la forma en la que Kelsen logró desarrollar una ciencia del Derecho. Todo esto con el objetivo de llamar la atención hacia tres errores presentes en el iuspositivismo actual: 1) la ausencia de un metalenguaje; 2) la ausencia de una preocupación sobre la diferencia entre casualidad e imputación y; 3) la paradoja o auto-contradicción del positivismo exclusivo.

Así mismo, me permito presentar el artículo titulado “*Ubi societas, Ibi ius?* Sobre el lugar del Derecho en las Teorías clásicas del patrón cultural universal”, del Profesor Titular de la Universidad de Oviedo y Doctor en Derecho Benjamín Rivaya García, quien nos invita a cuestionar la creencia de que el Derecho sea un rasgo compartido por todas las culturas del mundo. Atreviéndose a preguntar si existen rasgos culturales universales y si, en caso de que esto sea cierto, el Derecho sea universal cultural.

Por último, en la rama del conocimiento de la Filosofía del Derecho tenemos el artículo del profesor de Teoría y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, el Doctor José Manuel Cabra Apalategui, denominado “Positivismo jurídico y razón práctica. Reflexiones sobre un texto de Alejandro Sahuí Maldonado” en el cual elabora un análisis crítico a las tesis mantenidas por Alejandro Sahuí Maldonado sobre el concepto de

justificación, la conexión entre derecho y moral, el principio de unidad de razonamiento práctico o las relaciones entre la metaética y la teoría del Derecho.

Para dar cierre a este número de la Revista tenemos dos artículos de estudios jurídicos de gran importancia actual: el feminicidio y la extracción de hidrocarburos.

El primero que presentaremos se titula: “Adjudicación de contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos. procedencia del amparo”, realizado por la Subdirectora de la Dirección General de Contratos Petroleros en la Secretaría de Energía, la maestra Paola Rodríguez Romo, hace un análisis de la procedencia del amparo respecto de los actos realizados para adjudicar contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos en el marco de la reforma energética.

El último artículo que presentaremos fue realizado por la Doctora Cristiane Brandão Augusto, quien es Post-Doctoranda por el Centro de Investigaciones y Estudios de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México, bajo el título “Feminicidio en el sistema penal Brasileño”. En este trabajo se hace un mapeo de las concepciones del lector sobre la estructura patriarcal de la sociedad y las fatales consecuencias que ésta conlleva. Posteriormente analiza el actuar del Estado de Derecho Brasileño en base a la tipificación, recepción y el modo (o falta de) en que se han asimilado los principios de la igualdad de género en los Tribunales del Jurado de Río de Janeiro a fin de dimensionar la realidad de instituciones dentro del Poder Judicial Brasileño desinteresadas en eliminar la discriminación y los estereotipos de género.

Manteniendo lo que hemos dicho en números anteriores; tenemos la firme creencia de que, las problemáticas sociales requieren tanto de explicaciones atrevidas que motiven su reflexión como de propuestas innovadoras que, atentas a la realidad social, permitan trazar cursos de acción que resulten en su solución satisfactoria. Sin embargo, tenemos también la creencia de que la ciencia social y su

conocimiento no debe permanecer relegada a los estudiosos de la misma o a los aplicadores del derecho puesto que al hacerlo se crea, por un lado, un ambiente proclive a la apatía y la inconformidad política en la ciudadanía y por el otro, una marcada tendencia a la desconexión por parte de los legisladores sobre las diversas cuestiones que afectan a la población resultando en una dinámica tautológica que afecta el correcto desarrollo de nuestra sociedad.

En conclusión, este número de la Revista del posgrado en Derecho de la UNAM le ofrece al lector distintas experiencias y visiones de la ciencia jurídica y su acontecer desde un aire teórico nacional e internacional. Esto sólo ha sido posible gracias al trabajo de los autores, los dictaminadores, los editores, los informáticos y demás miembros del equipo de la revista.

De parte del equipo de la Revista del Programa del Posgrado en Derecho de la UNAM deseamos que éste número resulte de interés para el lector y permita generar un diálogo constructivo encaminado hacia el perfeccionamiento del Derecho y, por ende, de la sociedad.

Dra. Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA DE LA REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO

ARTÍCULOS

DERECHOS HUMANOS

LA CORTE INTERAMERICANA A CUARENTA AÑOS DE SU ESTABLECIMIENTO¹

THE INTER-AMERICAN COURT FORTY YEARS AFTER ITS ESTABLISHMENT

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ²

RESUMEN: Este artículo ofrece un panorama sobre la creación, el desarrollo y las aportaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la tutela de estos derechos, a través de una jurisprudencia que actualmente comprende la interpretación de la mayoría de los derechos y libertades previstos en la Convención Americana (Pacto de San José). En 2018 se celebra el cuadragésimo aniversario de la vigencia de la Convención, fundamento de la Corte Interamericana. Se alude a la tutela internacional de los derechos humanos y a los antecedentes de la Corte en diversos planteamientos emanados de conferencias de los países americanos, a partir de 1945, 1948 (Novena Conferencia Interamericana), 1959 (establecimiento de la Comisión Interamericana) y 1969 (Conferen-

¹ Este texto me fue solicitado con motivo del cuadragésimo aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mi apreciado colega Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Presidente de ese Tribunal. Los organizadores de la celebración han procurado reunir reflexiones de antiguos juzgadores, con énfasis en hechos y participaciones correspondientes a la etapa de su desempeño. Esto explica las citas y referencias a mis tareas y experiencias como juez (1998-2009) y presidente (2004-2008) de la Corte. Nada más lejos de mi intención que formular una “autobiografía judicial”; sólo he pretendido atender, en sus términos, la invitación que recibí. De mi ingreso a la Corte –alentado por el profesor Héctor Fix-Zamudio– y de mi experiencia en ella he dado cuenta en un artículo intitulado “Mi paso por la Corte Interamericana”, incluido en mi libro *Para la Navidad del 2017* (México, CVS Publicaciones, 2017, pp. 125 y ss.). Me satisface entregar este texto a la *Revista del Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM*.

² Exjuez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y antiguo profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (México).

cia de San José sobre Derechos Humanos). Destaca el carácter vinculante que tiene la interpretación adoptada por la Corte tanto en opiniones consultivas como en sentencias. Por lo que toca a los temas cubiertos por la jurisprudencia de este Tribunal, se menciona la tutela de grupos e individuos vulnerables (tema que el autor denomina “jurisprudencia para los vulnerables”): mujeres, niños, indígenas, discapacitados, pobres, migrantes, desplazados y detenidos. Se agregan otros sectores: periodistas, defensores de derechos humanos y LGBTTI. Igualmente, se alude a la jurisprudencia relativa a reparaciones por hechos ilícitos y acceso a la justicia. El artículo pone énfasis en las observaciones, experiencias y aportaciones del autor como integrante y presidente de la Corte Interamericana.

PALABRAS CLAVE: *Derechos humanos. Sistema Interamericano. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Jurisdicción. Jurisprudencia. Interpretación. Grupos y personas vulnerables. Acceso a la justicia. Reparación de violaciones a derechos humanos.*

ABSTRACT: This article provides an overview of the creation, development and contributions of the Inter-American Court of Human Rights to the protection of these rights through jurisprudence that currently comprises the interpretation of most of the rights and freedoms set forth in the American Convention (Pact of San José). 2018 marks the fortieth anniversary of the entry into force of this Convention, cornerstone of the Inter-American Court. Reference is made to the international protection of human rights and Court precedents on various issues arising from conferences of countries in the Americas held since 1945: 1948 (Ninth Inter-American Conference), 1959 (creation of the Inter-American Commission) and 1969 (San José Conference on Human Rights). It highlights the binding nature of the interpretation adopted by the Court in both advisory opinions and judgments. As to the issues covered by the case law of this Court, the most significant are the protection of vulnerable groups and individuals (which the author calls “case law for the vulnerable”): women, children, indigenous peoples, the disabled, the poor, migrants, displaced persons and detainees. Other sectors have been added: journalists, human rights defenders and LGBTTI. Allusions are also made to case law regarding reparation for wrongful acts and access to justice. This article emphasizes the observations, experiences and contributions of the author as a member and president of the Inter-American Court.

KEYWORDS: *Human Rights. Inter-American System. American Convention on Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Inter-American Commission on Human Rights. Jurisdiction. Case law. Interpretation. Vulnerable individuals and groups. Access to justice. Reparation for human rights violations.*

SUMARIO: I. El alba del Sistema; II. El Tribunal supranacional; III. Sede e itinerancia; IV. La Corte reguladora. Normas y prácticas; V. Interpretación vinculante: hacia un Derecho común; VI. Del orden internacional al orden nacional; VII. Diálogo judicial y control de convencionalidad; VIII. Vocación institucional. La jurisprudencia “transformadora”; IX. El “juez natural” del Sistema. Permanencia y autonomía; X. Integración del Tribunal: nueva interpretación; XI. Los protagonistas; XII. Derechos y libertades, temas de la jurisprudencia; XIII. Una cuestión permanente: acceso a la justicia y debido proceso; XIV. El deber de garantía. Impunidad y violaciones graves; XV. Justiciabilidad de los DESCAs; XVI. Vulnerables: jurisprudencia para los más débiles; XVII. Urgencia y gravedad: medidas provisionales; XVIII. Consecuencias jurídicas (reparación): actuar sobre los factores de las violaciones; XIX. Cumplimiento, impacto y trascendencia.

I. EL ALBA DEL SISTEMA

1. Celebramos el cuadragésimo aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya aparición debió vencer obstáculos y recelos. Y festejamos el septuagésimo aniversario de un hecho germinal para esa jurisdicción: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, en 1948. Para apreciar las vicisitudes que enfrentó el advenimiento de la Declaración regional, conviene recordar el concepto entonces prevaleciente acerca de la soberanía y la jurisdicción doméstica. Además, es preciso evocar la circunstancia regional americana: se trataba de construir un sistema continental novedoso, que abriera el cauce a una estructura que sustituiría a la Unión Panamericana, con todo lo que ello implicaba. Igualmente, es necesario considerar la circunstancia inmediata

que rodeó a los participantes en la Conferencia de 1948: las dramáticas horas del “Bogotazo”.³

2. La corriente favorable a la fundación de un Sistema Interamericano protector de los derechos humanos y de una verdadera jurisdicción sobre la materia, emprendió la marcha –sin perjuicio de antecedentes apreciables– en la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, conocida como Conferencia de Chapultepec (México, 1945), en honor de la egregia sede que tuvo aquel encuentro de los Estados americanos. La Declaración de 1948 fue adoptada (2 de mayo de 1948) en el Gimnasio Americano de la capital colombiana, varios meses antes de la Declaración Universal (10 de diciembre de 1948). Por lo tanto, corresponde a la regional el honor –y a nosotros, mujeres y hombres de América, la satisfacción– de que aquélla fuese el primer instrumento de su género en la historia de la humanidad. Constituyó la carta de advenimiento del Derecho internacional de los derechos humanos.

3. En su tiempo, la emisión de un instrumento con tales pretensiones remontó criterios tradicionales que opusieron resistencia: un sistema internacional o supranacional que interviniese en cuestiones concernientes a la jurisdicción doméstica quebrantaría las facultades soberanas de los Estados.⁴ Algunos testigos de esa hora advierten sobre la vacilación en ir hacia adelante: tan lejos y tan pronto como se pudiera.⁵ Sin embargo, el propósito de colocar al ser humano en el centro del escenario, sin fronteras territoriales para el reconocimiento y la plena vigencia de su dignidad y de los derechos y libertades inherentes a ésta, venció los escollos y permi-

³ Cfr. Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2015, pp. 8-9.

⁴ Sobre los problemas que debió enfrentar la declaración, en su tiempo y circunstancia, cfr. Carlos García Bauer, *Los derechos humanos. Preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, p. 9

⁵ Cfr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, “Prólogo” a García Bauer, *Los derechos humanos...*, *cit.*, p. 9

tió el paso paulatino hacia un Sistema Interamericano, que implicó una transición mayor dentro de la breve historia de la tutela internacional de los derechos humanos. El ser humano reasumió el papel eminente que le reconocieron las declaraciones revolucionarias del siglo XVIII. La marcha se vio abonada, desde luego, por la reacción universal frente al siniestro espectáculo de las grandes guerras.

4. El trabajo preparatorio de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos transitó por varios anteproyectos de convención, como el formado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Igualmente, le precedió la creación bienhechora de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ésta “hizo camino al andar”, a partir de la valerosa decisión de los Cancilleres reunidos en Santiago de Chile, en 1959. Pero aún se tendría que remontar, como en efecto ocurrió, las limitaciones contenidas en el primer Estatuto de aquella Comisión.⁶ Luego llegó la Conferencia de San José, en 1969, que adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), incorporando en ella –una vez superadas algunas objeciones, que cedieron en el curso de la Conferencia– a la Corte destinada a interpretar y resolver contiendas a propósito de la aplicación del Pacto de San José, y también a esclarecer consultivamente otros temas del Derecho convencional de los derechos humanos.⁷

⁶ Cfr. García Bauer, *Los derechos humanos...*, cit., pp. 153-155. La eficacia de la Comisión, que fortaleció la idea tutelar del Sistema, se mostró en las actuaciones de aquélla en algunos países en que hubo violaciones graves de derechos humanos. Cfr. Thomas Buergenthal y Douglass Cassel, “The future of the Interamerican Human Rights System”, en Varios, *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 549, y Felipe González Morales, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 31 y ss.

⁷ Sobre la Conferencia de San José, cfr. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos*, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., rep. 1978.

5. Pasaría una década antes de que la CADH adquiriese vigencia por ratificación o adhesión de once Estados americanos. Hoy, en 2018, al cabo de otras etapas y contingencias, podemos mirar a nuestra América con el lente de la jurisdicción de los derechos humanos. Por supuesto, este no es el final del camino. Sólo nos encontramos en una estación de lo que he denominado “navegación americana” de los derechos humanos:⁸ a buena distancia del puerto de partida, pero también del punto de llegada –la tierra prometida–, donde tendrán plena vigencia práctica, no sólo discursiva y normativa, los derechos fundamentales del ser humano. Así se habrá trasladado al imperio de la realidad la ferviente utopía de los revolucionarios de América y de Francia, que asignaron a la asociación política –hoy día, la nacional y la internacional– un fin preciso: la protección de los derechos humanos.

II. EL TRIBUNAL SUPRANACIONAL

6. Quienes aprobaron la creación de una Corte internacional –que califíco como supranacional, atendiendo a su propósito y a su eficacia– escucharon las voces que sugerían o reclamaban la presencia de esa jurisdicción al lado de la instancia política que había comenzado a rendir buenos frutos. Esta fue la propuesta de René Cassin,

⁸ Hay una amplia bibliografía acerca de la etapa inicial del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. De ésta me he ocupado en mi libro *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 6 y ss. y 100 y ss. Sobre los días del “Bogotazo”, cfr. la narración del jefe de la Delegación mexicana y Canciller de su país, Jaime Torres Bodet, en *La victoria sin alas*, México, Fundación Miguel Alemán, 2012, pp. 273 y ss.

Así, por ejemplo, en “La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en Varios, *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), México, Instituto Max Planck/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 459 y ss.

invitado a la Conferencia,⁹ además de que lo fuera de un vigoroso conjunto de juristas americanos a los que se debe el progreso de la tutela internacional de los derechos humanos en nuestro continente, entre ellos —participantes o no en el encuentro de San José— Carlos García Bauer y Eduardo Jiménez de Aréchaga.

7. Conscientes de que sería necesario atraer más voluntades y aguardar con prudencia y paciencia el retiro de las piedras que habría en el camino, los suscriptores de la Convención alojaron en ésta una cláusula facultativa sobre la competencia del Tribunal para conocer asuntos contenciosos.¹⁰ Gradualmente han llegado las adhesiones de los Estados a esa competencia prevista en la CADH. Pero aún son muchos los ausentes tanto del Pacto de San José como del reconocimiento de la competencia sobre asuntos contenciosos.

8. En 1978 entró en vigor la Convención. Con ella, la Corte Interamericana adquirió cuerpo y misión. En la ceremonia de instalación desarrollada en el Teatro Nacional de San José intervinieron varios promotores, defensores y actores de la jurisdicción emergente. El Presidente de Costa Rica, Rodrigo Carazo, señaló que el nuevo Tribunal debía emitir la jurisprudencia que permitiese alcanzar los objetivos del Pacto y aplicar sus disposiciones a plenitud,¹¹ iluminando zonas oscuras o indefinidas de la normativa

⁹ En San José, Cassin señaló “Esta Conferencia tiene un carácter jurídico, casi judicial muy pronunciado”. Cotejó las experiencias europea y americana, elogió el progreso significativo alcanzado por la Comisión Interamericana, se refirió a las aspiraciones de algunos países del hemisferio e invitó a “establecer, sin destruir un mecanismo ya probado (la Comisión y su desempeño), un instrumento nuevo que pueda, como en el caso de Europa, reforzar una Convención mediante una serie de interpretaciones y formar una jurisprudencia de valor inapreciable para prevenir violaciones futuras”. *Conferencia Especializada Interamericana...*, cit., p. 434.

¹⁰ Sobre este punto y, en general, acerca de las preocupaciones de los autores de la Convención para atraer la voluntad de los Estados, cfr. Amaya Úbeda de Torres, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007.

¹¹ Cfr. “Discurso pronunciado por el Excelentísimo señor Presidente de la República de Costa Rica, Lic. Rodrigo Carazo Odio, en el Teatro Nacional de Costa

e integrando así el sistema de protección de derechos humanos. A éste llegaron las aportaciones de la Corte, inicialmente reunidas en opiniones consultivas –simiente de la jurisprudencia venidera– y posteriormente expuestas, además, en un apreciable número de resoluciones jurisdiccionales de otra naturaleza. En todas ellas se expresan las facultades jurisdiccionales de la Corte: consultiva, contenciosa, preventiva y ejecutiva.

III. SEDE E ITINERANCIA

9. La jurisdicción interamericana, que tiene sede en San José, Costa Rica –merced a un convenio hospitalario con el gobierno de esa República–, recibió un nuevo impulso fecundo gracias a una decisión insólita: la celebración de períodos de sesiones fuera de la sede regular, acordada en la etapa en que presidí la Corte. Esta práctica, con algunos antecedentes en actuaciones procesales externas (por ejemplo, sesiones relativas a la *Opinión Consultiva-18/03*, en Santiago de Chile), inició en 2005. A la luz de los buenos resultados obtenidos, se llevó adelante la primera serie de sesiones con audiencias públicas en otros Estados americanos.

10. Me referí a este proyecto en los informes que expuse, como Presidente de la Corte, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA en 2004 y 2005. En el correspondiente a este último año anuncié que el Tribunal desarrollaría un periodo de sesiones, con características novedosas, en la ciudad de Asunción, Paraguay. Aclaré que “no se trata(ría), en modo alguno, de realizar visitas *in loco*, que conciernen a la Comisión Interamericana, sino de actuaciones jurisdiccionales, especialmente audiencias públicas, que son la materia precisa y estricta del quehacer de la Corte, en la

Rica, el día 3 de septiembre de 1979, con motivo de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Memoria de la Instalación*, Secretaría de la CorteIDH/Unión Europea, San José, 1999, pp. 20-21.

que ésta debe concentrar su atención y dedicación y a la que debe dirigir sus limitados recursos”.¹²

11. Tampoco se buscaba, es obvio, dar a la administración de justicia un carácter espectacular, con el peligro, tan sabido, de constituir la justicia en espectáculo. El proyecto, cuidadosamente preparado, conjuró estos riesgos y mostró notables ventajas. En la etapa en que tuve el honor de presidir la Corte, ésta celebró sesiones externas en Asunción, como acabo de indicar, y en Brasilia, Buenos Aires, San Salvador, Guatemala y Bogotá.¹³ En los siguientes años continuó y arraigó este programa, que ha favorecido el conocimiento del Tribunal en los Estados de nuestra región.

IV. LA CORTE REGULADORA. NORMAS Y PRÁCTICAS

12. La Corte Interamericana posee atribuciones convencionales normativas, administrativas y jurisdiccionales. En seguida me referiré a las normativas, que se deducen del Pacto de San José, secundado por el Estatuto del Tribunal –emitido por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos–, y por el

¹² Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio del año 2004*, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.19/05, 10 mayo 2005, p. 8.

Sobre este desarrollo en la actividad de la Corte, al que me referí en informes ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y la Asamblea General de la OEA, cfr. mis referencias en *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 161-163 y 191 y ss, obra en la que también recojo las intervenciones que tuve como Presidente del Tribunal en las ciudades sede de los periodos externos. Igualmente, cfr. Pablo Saavedra y Gabriela Pacheco Arias, “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en Varios, *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, García Ramírez y Mireya Castañeda (coords.), México, Secretaría de Relaciones Exteriores/ UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 37 y ss.

¹³ Cfr. García Ramírez, *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 191-231.

Reglamento, cuya elaboración compete a la Corte misma. Éste es mucho más que una regulación interna, protocolo de organización y tramitación: constituye un ordenamiento procesal que rige el despliegue de las competencias jurisdiccionales. En otros términos, el reglamento es un compacto código de procedimientos al que se disciplina la actuación del Tribunal, de la Comisión Interamericana y de los Estados parte en la Carta de la OEA –por lo que toca a las opiniones consultivas–, así como de todos los sujetos que actúan bajo la competencia consultiva o contenciosa de aquél.

13. Las fuentes para la regulación del procedimiento son los acuerdos o determinaciones de la Corte a través de sentencias u opiniones y los procesos de reforma directa a cargo del Tribunal. En los últimos lustros –y, en ellos, la etapa en que tuve el honor de integrar la Corte o de presidirla– se llevó adelante la reforma al Reglamento en consulta con los actores del Sistema acerca de los aspectos sobresalientes para el despacho de su jurisdicción. Esto permitió recibir puntos de vista atentos a los problemas advertidos y a sus posibles soluciones. Así hallaron fundamento varias modificaciones reglamentarias basadas en la experiencia del propio Tribunal o en las aportaciones de los actores del Sistema, señaladamente los Estados, la Comisión Interamericana y las organizaciones de la sociedad civil. El método utilizado –con diseño “democrático”, se destacó en algún momento–, sustentó la reforma de 2009, como indica la correspondiente “Exposición de Motivos”.¹⁴

14. Por supuesto, no basta la modificación de normas si ésta no se acompaña con el desarrollo de las prácticas que requiere la actividad jurisdiccional. Es preciso conciliar –sin sacrificio para nadie– la excelencia en la decisión con la diligencia en emitirla. Esto supone

¹⁴ Véase la “Exposición de Motivos de la Reforma Reglamentaria” (de 2008-2009), en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano* (actualizado a febrero de 2010), Secretaría de la CorteIDH, San José, 2010, pp. 193 y ss. También disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf>.

retos, como se suele decir, e incorporación de nuevas prácticas. Se procuró hacerlo en la etapa a la que corresponde la mayoría de las referencias contenidas en este texto, como quedó dicho en un informe ante la OEA.¹⁵

15. La actuación de la Corte debe ser difundida a escalas nacional, regional y mundial. Es importante —más aún, indispensable— que el desempeño del Tribunal y su jurisprudencia sean ampliamente conocidos y analizados, y para ello es preciso utilizar todos los medios disponibles. La publicación de cuadernos sobre opiniones y casos es uno de esos medios, tradicionalmente utilizado —y muy valioso— para atender a ese propósito, como lo es la edición de textos diversos en los que se informa acerca del Tribunal y las tareas que cumple. A estas vías de información se agregó, en mi etapa como Presidente del Tribunal, el relanzamiento de la página web,¹⁶ que tiempo después adquiriría notable vuelo y se convertiría en un espacio de obligada consulta para quienes se interesan en la tutela interamericana de los derechos humanos, ahora expuesta igualmente por medio de la transmisión electrónica de las sesiones públicas de la Corte. En esa página se recogieron todos los documentos que figuran en los expedientes de casos cerrados, para conocimiento de quienes deseen consultar sin restricciones las piezas que los integran.¹⁷ En el tiempo al que se refiere este artículo se alentó igualmente —como se había hecho en etapas anteriores— la

¹⁵ A este respecto, en el informe que presenté en 2004 ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y ante la Asamblea General de la OEA, como Presidente de Corte Interamericana, manifesté que este Tribunal se proponía “ampliar la duración de los periodos de sesiones, reprogramar los trabajos del Pleno de la Corte y de sus integrantes, utilizar más tiempo antes de las reuniones en San José para el estudio y la preparación de casos, buscar nuevas fuentes de financiamiento de algunas actividades y redistribuir, en la medida de lo posible, los recursos disponibles”. En el periodo comprendido entre 2004 y 2007, “estas propuestas se convirtieron en hechos, sin salvedad”. *La Corte Interamericana...*, *cit.*, p. 158.

¹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 175.

¹⁷ Cfr. *idem*

aparición de obras que recogiesen la historia, las funciones y los alcances del Tribunal.¹⁸

V. INTERPRETACIÓN VINCULANTE: HACIA UN DERECHO COMÚN (*IUS COMMUNE*)

16. Con paso firme, venciendo asedios de diversa procedencia y aplicando con eficacia sus escasos recursos financieros —merced a la excelencia de sus recursos humanos—, la Corte ha adquirido madurez y prestigio. En efecto, se ha logrado en apreciable medida que las decisiones judiciales posean la virtud que deben tener: trascendencia, que es mucho más que cumplimiento e impacto. La trascendencia es capacidad de mover el derecho interno y, con él, las prácticas domésticas. Implica creciente —aunque no siempre inmediata, fulminante—, recepción de los criterios sustentados en la jurisprudencia del Tribunal.

17. La Corte ha sostenido que la jurisprudencia concurre a integrar la norma tutelar de los derechos humanos, compuesta por las disposiciones textuales de la Convención y por la interpretación que aporta ese Tribunal, su intérprete supremo. Tal es la norma tutelar que informa constituciones, leyes ordinarias, políticas públicas, resoluciones jurisdiccionales y otros actos de los Estados nacionales, merced al esfuerzo de recepción que ha cundido en muchos ámbitos. De nueva cuenta señalo: estamos lejos de llegar al punto de arribo. Cuando se analiza el “cumplimiento de sentencias” hay espacios colmados de sombras, pero también luces que antes no existían. Digámoslo con justicia para quienes las han encendido.¹⁹

¹⁸ Tuvo especial importancia una obra analítica y colectiva que reunió estudios formulados por los jueces integrantes de la Corte y dio cuenta de la jurisprudencia emitida hasta 2004, con índices temáticos: Varios, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, CorteIDH, San José, 2005.

¹⁹ En mis informes ante la OEA, como Presidente de la CorteIDH, hice notar los avances en el cumplimiento (que ahora identifico bajo el rubro de “trascen-

18. El Tribunal también ha reiterado que sus resoluciones son vinculantes para los Estados que acogen la Convención Americana. El reconocimiento de esta calidad por parte de la Corte y de los Estados es un factor determinante para el arraigo y la fortaleza de la jurisdicción interamericana. Ha sido relevante sostener la eficacia *inter partes* de las decisiones judiciales, eficacia que la CADH proclama y que asumen explícitamente los suscriptores de ésta, pero más lo ha sido sostener el imperio *erga omnes* de la interpretación que hace el Tribunal con respecto a los instrumentos que le confieren competencia *ratione materiae*. En otros términos, a la cosa juzgada se agrega la “cosa interpretada”, como señalan algunos estudiosos, o la interpretación vinculante, como prefiero decir.²⁰

19. Ese avance en relación con la fuerza de las sentencias –y de las decisiones en torno a medidas provisionales y cumplimiento de resoluciones– se ha extendido últimamente para comprender los criterios sostenidos por la Corte en sus opiniones consultivas. En un tiempo, la doctrina se dividió y la Corte no reconoció eficacia vinculante a sus opiniones consultivas. Esto ha cambiado, acertada-

dencia” de las resoluciones de aquel Tribunal): “(l)os criterios interpretativos de la Convención incorporados en dichas resoluciones han informado, cada vez más, modificaciones de leyes –inclusive de la más alta jerarquía–, expedición de normas, nuevos rumbos jurisprudenciales, cambios reglamentarios, variación de prácticas”. García Ramírez, *La Corte Interamericana...*, cit., p. 169. También es preciso distinguir los criterios de ponderación del cumplimiento: como observancia de los puntos de condena (en ocasiones muy numerosos) contenidos en las sentencias, o como medición que se cifra en la fórmula “todo o nada”. A este respecto, Cfr. Varios, *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, pp. 34-35. Los informes que rendí ante la OEA se encuentran disponibles en: <<http://www.corteidh.or.cr/informe-anual.html>>.

²⁰ Cfr. García Ramírez y Claudio Zanghi, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en Varios, *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Raúl Canosa Usera, Javier García Roca, Pablo Santolaya y Pablo Antonio Fernández (coords.), 2ª.ed., Lima, Thomson Reuters, 2015, pp. 460-461.

mente, a partir de la *OC-21*.²¹ Los Estados parte en la Convención —y en otros tratados del ámbito americano— se obligan a dar cumplimiento a las normas sustantivas contenidas en esos instrumentos, que se incorporan a su propio orden jurídico. Y el alcance de esos preceptos se halla definido, en último examen, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, intérprete de la Convención y de aquellos tratados. De ahí que sea vinculante la interpretación provista por ese Tribunal, que concurre a integrar la norma cuya observancia es obligatoria, tanto en las opiniones como en las sentencias. Considero que está pendiente el examen de la eficacia de las opiniones consultivas sobre tratados que no forman parte del sistema normativo americano, pero son aplicables en países de América, tratados que también figuran en la competencia consultiva del Tribunal de San José.

VI. DEL ORDEN INTERNACIONAL AL ORDEN NACIONAL

20. Los Estados han emprendido la construcción de vías de acceso del Derecho interamericano al orden interno. Lo hacen a través de los que suelo denominar “puentes”: constitucional, legal, político, jurisdiccional y cultural.²² Así se plantea y acredita la trascendencia de las decisiones de la Corte. Ha caminado hacia adelante el acatamiento a las decisiones de aquélla, andando sobre un terreno difícil, accidentado, en el que aparecen obstáculos previsibles o imprevistos.

21. En los últimos lustros —y claramente en la etapa de la que guardo memoria como juez del Tribunal de San José— la gran ma-

²¹ Cfr. *OC-21/14*, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, párrs. 31-32.

²² Cfr. mi desarrollo de esta idea, marco para la recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno, en “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, en *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 685.

yoría de los Estados expresó su convicción de cumplimiento de las decisiones de la Corte. Se expresó en resoluciones de las altas cortes nacionales y de otros tribunales domésticos.²³ Alguna vez se afirmó la decisión de acatamiento, a pesar de que el tribunal interno no compartía los razonamientos y las conclusiones del Tribunal de San José.²⁴ Sin embargo, esa recepción es inestable. Hubo en el pasado —fuertemente— y se han reproducido en el presente reticencias o reservas que ponen en entredicho la fuerza de la jurisprudencia interamericana, buscando sustraerse a ella o sujetarla a apreciaciones de instancias nacionales.²⁵ Es preciso mantener la atención en vigilia; estos peligros pudieran multiplicarse y mellar la integridad del Sistema Interamericano.

VII. DIÁLOGO JUDICIAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

22. Existe una fuerte relación entre los órganos jurisdiccionales internos y la Corte Interamericana, que se describe bajo el expresivo concepto de “diálogo jurisprudencial”. Prefiero hablar de “diálogo jurisdiccional”, puesto que la comunicación y sus consecuencias no ocurren apenas entre los productos de la jurisdicción, la jurisprudencia, sino a partir de la función misma de los órganos

²³ Cfr. *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 24 de noviembre de 2010, párrs. 163-169, y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párrs. 225-232.

²⁴ Cfr. *Bulacio vs. Argentina*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2008, párrs. 8-11, y Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Espósito, *Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, 23 de diciembre de 2004, párr. 12.

²⁵ De mi etapa como juzgador puedo citar la decisión adoptada por el Gobierno de Perú, rechazada por la CorteIDH y luego retirada por el Estado. Cfr. “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003, pp. 269 y ss. Asimismo, en mi libro *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 389 y ss.

internacional y nacionales que participan conjunta y deliberadamente en la formación de un derecho común americano, idea que ha ganado fuerza –no sin cuestionamientos– y que forma parte de las ocupaciones actuales de muchos estudiosos y actores del Sistema Interamericano.

23. En otra época, ciertamente no remota –porque nada lo es en la corta historia del Sistema–, los órganos jurisdiccionales locales e internacional caminaron distanciados. Aquellos atendían escasamente las orientaciones de la justicia internacional, y ésta no acogía los criterios acuñados en la doméstica. Obviamente, la desatención nacional al régimen supranacional gravitaba desfavorablemente en la tutela internacional de los derechos humanos y empobrecía la tutela nacional en perjuicio de los ciudadanos. La situación cambió en las décadas más recientes, y se abrió el horizonte para ambos órdenes jurisdiccionales, primero a través de intercambios en foros políticos o académicos, que facilitaron el conocimiento mutuo y generaron confianza entre los interlocutores, y luego mediante la franca aceptación doméstica de la jurisprudencia interamericana. Esto confirió sentido y vigor al “diálogo jurisdiccional”, como frágua para la asunción compartida de razones y orientaciones, que culminan en el Derecho común interamericano. Tuve la fortuna de participar en este proceso de gradual aproximación, expresado –por ejemplo– en reuniones de tribunales en Punta del Este, Uruguay,²⁶ y en Cuernavaca, México.²⁷

24. Posee gran relevancia el control de convencionalidad, tema que se halla en nuestro constante escenario. Hace más de quince años me referí a la existencia de un control de “internacionalidad”

²⁶ XII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Punta del Este, 2005. Cfr. <<https://www.scjn.gob.mx/relaciones-institucionales/encuentro-anual>>.

²⁷ XIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, Cuernavaca, 2006. Cfr. <<https://www.scjn.gob.mx/relaciones-institucionales/encuentro-anual>>.

o de “juridicidad” –a la manera del control de constitucionalidad– derivado de la comunidad entre los objetivos del orden interno informado por convicciones humanistas y democráticas, y el internacional sustentado en las mismas convicciones.²⁸ A la reflexión sobre esta coincidencia se agregó el reconocimiento de que las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos y las decisiones interpretativas y aplicativas de la Corte Interamericana no se dirigen apenas a cierto sector del Estado nacional, sino deben ser atendidas por éste en su conjunto, lo que entraña una obligación ineludible a cargo de los tribunales domésticos. En mi voto concurrente a la sentencia del caso *Myrna Mack Chang* (Guatemala) aludí al “control de convencionalidad” por parte de la Corte Interamericana.²⁹

25. El Tribunal de San José asumió y desarrolló la doctrina del control de convencionalidad como atribución –facultad y deber– de los tribunales nacionales, tema que ha cundido y originado importantes consecuencias. Un notable paso en esta dirección, en el que participé como miembro de la Corte, se produjo en la sentencia del caso *Almonacid*.³⁰ Esta es una de las más valiosas aportaciones de la Corte Interamericana al desarrollo del Sistema. Del control a cargo de los juzgadores, como renovada expresión de las atribuciones naturales de éstos, se transitó al control a cargo de órganos o funcionarios auxiliares de la justicia, y más tarde al control por parte de todos los agentes del Estado, lo cual implica una especie de control universal por un gran número –millares o millones– de

²⁸ Cfr. García Ramírez, *Temas de derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México/Seminario de Cultura Mexicana/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 435.

²⁹ Cfr. García Ramírez, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2ª. ed., México, CNDH, 2015, pp. 210-211, y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>.

³⁰ Cfr. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

agentes públicos, con o sin investidura judicial. Otro punto relevante, que requiere análisis, es el relativo a los efectos del control y a los presupuestos de éste.³¹

26. Creo que sería útil una nueva consideración de la materia, tomando en cuenta los fines últimos del control, su mejor operación

³¹ Sobre el origen de la doctrina del control de convencionalidad en la Corte IDH, cfr. Giuseppe de Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales, comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 112; Ernesto Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, pp. 46 y 167-171; Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2009, pp. 1-5; Néstor Pedro Sagüés, “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano”, en Varios, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010, p. 449, “El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo”, en Varios, *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (coord.), México, FUNDAP, 2012, p. 422, y *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013, pp. 344-346; Allan R. Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 47; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Varios, *El control difuso...*, cit., pp. 132-133; Víctor Bazán, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisprudenciales y control de convencionalidad”, en Varios, *El control difuso...*, cit., pp. 15 y ss.; Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, 2012, pp. 133 y ss., 142 y 147; José Luis Caballero Ochoa, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, pp. 75-76, y Emmanuel Rosales, “En busca del acorde perdido o la necesidad de un lenguaje común para el análisis sistemático de la aplicación del Derecho internacional de derechos humanos por cortes nacionales”, en Varios, *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, Paula M. García Villegas Sánchez Cordero (coord.), México, Porrúa, 2013, p. 180.

y el propósito –destacado por varios juristas– de utilizarlo como medio para la formación del derecho común.³² En todo caso, el concepto mismo de control –que primero es subordinación al orden internacional convencional, y luego confrontación entre éste y el orden interno– ha sido un asunto descollante en la doctrina reciente de la Corte Interamericana y en la meditación y actuación de juzgadores y académicos.

VIII. VOCACIÓN INSTITUCIONAL. LA JURISPRUDENCIA “TRANSFORMADORA”

27. En diversas ocasiones he subrayado lo que caracterizo como “vocación institucional” de la Corte Interamericana.³³ Desde luego, todos los tribunales comparten una vocación justiciera y enfilan sus tareas en el sentido que ordenan las disposiciones que los gobiernan. La Corte Interamericana posee esa misma vocación genérica y la asume en los términos de la circunstancia en la que actúa y de la misión específica que tiene. No es una instancia para el conocimiento de gran número de casos; no puede actuar y no actúa con este propósito; tampoco pretende ser –lo ha desechado expresamente– un tribunal de última instancia para revisar los litigios domésticos. Se ha comprometido con la causa de los derechos humanos y trabaja para la trascendencia de sus resoluciones como factor de profunda reforma inmediata o mediata, a sabiendas

³² Cfr. Sagües, *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016, p. 417.

³³ Cfr. “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, en *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 684-685, y Reunión de expertos sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Center for Civil and Human Rights, Indiana, University of Notre Dame, Estados Unidos de América, 31 de marzo-2 de abril de 2014, disponible en: <<https://humanrights.nd.edu/assets/134036/garciaramireziaspan.pdf>>.

de que esta empresa magna no se consuma en un día ni depende —subrayémoslo— solamente de la tarea jurisdiccional.

28. Las resoluciones de la Corte Interamericana tienen naturaleza y pretensión “transformadora”. Calan en los factores de la violación de los derechos y alientan la garantía de no repetición. Exploran el contexto de los hechos violatorios, identifican su gestación remota o cercana y previenen su persistencia o multiplicación futura. Esta aspiración explica el carácter de muchas sentencias del Tribunal en aspectos básicos de su mejor jurisprudencia: así, las consecuencias de la violación de derechos humanos, generalmente identificadas como reparaciones, y las decisiones, cada vez más frecuentes e incisivas, sobre grupos vulnerables o individuos que los integran, amplísimo universo en el espacio americano. Adelante me referiré de nuevo a estos puntos. Esta dedicación natural, que complementa las definiciones progresistas de los derechos y las libertades enunciados por la Convención, concurre a establecer y caracterizar la vocación institucional de una Corte creada para los ciudadanos del “mundo americano”, y que hace su propia tarea en la “navegación” —también americana— por los derechos humanos.

IX. EL “JUEZ NATURAL” DEL SISTEMA. PERMANENCIA Y AUTONOMÍA

29. La CorteIDH ha sido y es un tribunal permanente, si entendemos con rectitud la permanencia como ejercicio ininterrumpido y eficaz de las atribuciones a su cargo, no apenas como reunión constante de los integrantes del Tribunal en torno a una mesa de deliberaciones. El carácter trascendente de su desempeño, en los términos en que lo caracterizo, contribuye a que la Corte pueda atender su vocación y servir a su objetivo en un número relativamente reducido de opiniones y sentencias. Ocurrió en la etapa a la que aludo directamente en este artículo y ha sucedido en las anteriores y posteriores. La trascendencia no deriva de millares de resoluciones

reiterativas, sino de criterios oportunamente establecidos, con signo justiciero y progresista, a veces calificadas como “paradigmáticas”, sobre temas y problemas de gran entidad, que reclaman la atención transformadora a cargo de la jurisprudencia interamericana. Los números son moderados; las decisiones, trascendentales. Hasta junio de 2018, el Tribunal había emitido 24 opiniones consultivas y 352 sentencias en relación con 236 casos contenciosos.

30. La CortelDH es el juez natural en el Sistema que le incumbe. Este es un punto central para su operación, sin riesgo de naufragio o extravío. Recordemos la disposición del Pacto de San José (artículo 8.1), que también se aplica, naturalmente, al Tribunal Interamericano: independencia, imparcialidad y competencia. Estimo que se ha honrado esta regla —un “dogma”—, que constituye un principio inamovible para cualquier verdadero tribunal de justicia. La Corte ha sufrido opiniones encontradas y ha resistido señalamientos adversos, determinados por sentencias justas en contra de situaciones injustas. Creo que nada de esto ha desviado el curso del Tribunal en su compromiso de independencia, imparcialidad y competencia. Lo muestra su enérgica y serena resistencia a ciertos avatares del pasado o del presente, y estoy seguro de que lo mostraría si aquéllos cruzaran de nuevo en su camino.

31. La Corte Interamericana ha operado con recursos escasos. Es preciso incrementar éstos como lo ordenan la razón y múltiples acuerdos, insuficientemente cumplidos, de la Organización de los Estados Americanos y de la Cumbre de las Américas,³⁴ incremento constantemente requerido antes, durante y después de mi propia

³⁴ En diversos momentos se ha dispuesto el incremento de las aportaciones destinadas a financiar el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos en distintos momentos. Mencionaré sólo algunos ejemplos de esta reiterada disposición, cfr. OEA, Asamblea General, *Resolución 1828 (XXXI-O/01)*, 5 junio 2001, OEA, Asamblea General, *Resolución 2908 (XLVII-O/17)*, 21 de junio de 2017, y Tercera Cumbre de las Américas, *Declaración de la ciudad de Québec*, 2001, párr. 7.

etapa judicial. No se desconoce esa insuficiencia inquietante, pero ella no ha detenido la actividad de la Corte ni mermado su desempeño en perjuicio de la vocación institucional que le compete.

X. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL: NUEVA INTERPRETACIÓN

32. En la etapa de mi desempeño judicial, la Corte tuvo oportunidad de deliberar sobre su integración y de modificar un arraigado criterio interpretativo, que no tuvo el rango de costumbre internacional. Me refiero a la interpretación del artículo 55 CADH sobre participación de jueces *ad hoc* en la composición del Tribunal y actuación de jueces de la nacionalidad del Estado al que se imputa la violación sujeta a juicio. Al abordar este asunto debo decir que guardo excelente recuerdo de jueces *ad hoc* con los que compartí el conocimiento de diversos casos. Pero ahora no invoco experiencias personales, sino me remito a la debida regularidad en la integración de un tribunal y en el despacho de las causas.

33. La Corte acertó en la *Opinión Consultiva OC-20/2009* —en la que participé—, ponderando el principio de igualdad entre las partes que comparecen ante un tribunal y considerando, con sensibilidad, que los jueces deben ser y además “parecer” independientes e imparciales a la luz de cualquier observación rigurosa, incluso la mirada de las víctimas, de los Estados o de otros analistas calificados. Antes de que se adoptara la bienvenida *OC-20*, me inhibí de intervenir en el conocimiento de casos concernientes al país de mi nacionalidad.³⁵ Expuse razones que finalmente transitaron a la jurisprudencia de la Corte.

³⁵ Así, por ejemplo, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, 6 de agosto de 2008; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 de noviembre de 2009, y *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009.

Sobre este tema, señalé que “el buen desempeño de las funciones jurisdiccionales no reposa solamente en la integridad y capacidad del juez —que son indispensables, por supuesto—, sino también en la valoración que se haga sobre aquéllas.

34. Hoy día, la intervención de jueces *ad hoc* se confina a los casos interestatales. Así se reconoce el origen de ese personaje en procedimientos ante tribunales que resuelven sobre contiendas entre Estados, no entre éstos y los particulares. Sin embargo, mantengo la reserva que desde hace tiempo expresé sobre la figura del juez *ad hoc*. Consta en mi voto particular sobre la citada OC-20: “Algunos de los argumentos con los que se cuestiona su intervención en los denominados casos individuales, abonarían su exclusión en la otra categoría”. Lo “más razonable sería que el tribunal quedase integrado con jueces que no ostentan la nacionalidad de alguna de las partes. Así el tribunal correspondería, con mayor evidencia, a la figura del tercero colocado fuera y por encima de las partes”.³⁶

XI. LOS PROTAGONISTAS

35. Me he referido al órgano jurisdiccional interamericano. Debo comentar otros extremos de lo que he denominado los “protagonistas” del Sistema, dato político-operativo de éste.³⁷ En el marco de los protagonistas figuran los Estados, la OEA, las instituciones de la sociedad civil, los órganos internacionales de supervisión –Comisión y Tribunal– y otros sujetos a los que califiqué como actores “emergentes”.³⁸ Éstos han llegado a ocupar espacios importantes y a desempeñar papeles cada vez más relevantes en la operación del Sistema. Ahora no puedo extenderme sobre ellos, pero mencionaré

Ser, pero también parecer”. *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009, p. 1 y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>.

³⁶ Cfr. *Votos...*, *cit.*, pp. 102 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf>.

³⁷ Sobre los elementos o datos del sistema. Cfr. García Ramírez, *La Corte Interamericana...*, pp. 57 y ss.

³⁸ Cfr. García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Porrúa, 2018, p. 202, *Votos...*, *cit.*, p. 519, y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_191_esp.pdf>.

que en las décadas recientes se incrementó su número con la presencia del ombudsman y la defensoría pública, inicialmente vistos con algún recelo por tratarse de órganos del Estado que no podrían militar, para los efectos de la justicia supranacional, en las filas de éste, y tampoco podrían hacerlo –se supuso– en el banco de las víctimas y sus allegados. Por fortuna, esta objeción decayó y titulares del ombudsman y de la defensoría pública interna pudieron atender fuera de sus fronteras territoriales la defensa de los derechos de las víctimas, como lo habían hecho fronteras adentro. Lo vimos en un caso significativo, conocido en el tiempo en que participé en el Tribunal.³⁹ Los buenos resultados de esta intervención, que no añadió gramos al platillo del Estado, fortaleció la posición de las víctimas ante la jurisdicción supranacional.

36. El vínculo con las defensorías públicas nacionales animó la antigua propuesta de la Corte para que el Sistema contase con defensores profesionales de las víctimas que no pueden allegarse, por sí mismas, la asistencia jurídica que requieren. Sostuve esta propuesta –como lo hicieron mis antecesores– ante la OEA. Al amparo de útiles iniciativas se estableció una novedosa institución, el Defensor Interamericano, cuyo desempeño se ha apoyado con un Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, integrado en el tiempo sobre el que tengo experiencia directa.⁴⁰

³⁹ Durante la audiencia del caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* –celebrada en Montevideo, Uruguay– el Defensor del Pueblo compareció en la representación de las presuntas víctimas. Cfr. *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, 27 de noviembre de 2008, párr. 8.

⁴⁰ El 3 de junio de 2008 la Asamblea General de la OEA aprobó la creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cfr. OEA, Asamblea General, *Resolución 2426 (XXXVIII-O/08)*, “*Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, puntos resolutivos 2.d) y 3.

XII. DERECHOS Y LIBERTADES, TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA

37. En un breve artículo panorámico como el presente no es posible aludir a todos los temas abordados por la jurisprudencia de la Corte. Intentaré, sin embargo, una brevísima noticia, considerando que tuve oportunidad de intervenir como juzgador en la formación de opiniones o la solución de casos relativos a los temas que en seguida mencionaré.

38. Desde luego, la jurisprudencia interamericana se ha ocupado en el examen de las obligaciones generales de los Estados y ha caracterizado los deberes de respeto, garantía y adopción de medidas. Debo subrayar aquí los pronunciamientos a propósito del deber de garantía y la obligación de abatir la impunidad –tema muy transitado– y juzgar los actos violatorios bajo el Derecho interno y el Derecho internacional de los derechos humanos. Es bien conocida la jurisprudencia que rechaza medidas cuya consecuencia sea el olvido de las violaciones cometidas y la consecuente impunidad de sus autores. Me pronuncié en este sentido, a través de votos particulares, coincidiendo con mis colegas.⁴¹ Se ha suscitado una cuestión relevante a propósito de la “justicia transicional” –que adelante mencionaré de nuevo–, tomando en cuenta los diversos escenarios en los que ésta se plantea: secuela de un conflicto interno, que se pretende cerrar, o etapa posterior a la declinación de un gobierno autoritario que incurrió en violaciones de derechos como medio de control político.

39. La Corte fijó criterios importantes para el rechazo a la impunidad y acerca de la responsabilidad internacional del Estado. En tal sentido, analizó la responsabilidad generada por personas o grupos que no pertenecen formalmente al Estado, pero actúan –vul-

⁴¹ Cfr. *Votos...*, *cit.*, pp. 125-128, 151-155, y 461-463, y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf>; <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf> y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>.

nerando derechos fundamentales— merced al apoyo, la tolerancia o la indiferencia de éste. Esta doctrina del Tribunal supranacional se proyecta sobre la responsabilidad internacional del Estado y sobre las fuentes del deber de reparar en diversas vertientes: rectificación de omisiones y reparación de agravios.

40. La Corte ha fijado el alcance de un amplio número de derechos y libertades consagrados en la CADH y en otros instrumentos que debe aplicar o a los que debe recurrir —aunque no los aplique directamente— para fijar los términos del Derecho internacional y orientar, al amparo de éste, sus propias reflexiones y decisiones. En una rápida mirada sobre los derechos analizados por la más frecuente jurisprudencia de la Corte figuran temas de primer orden, que a menudo poseen especial intensidad en el encuentro entre la autoridad y los ciudadanos. Pude intervenir en el examen de la mayoría; otros llegaron al conocimiento de la Corte posteriormente.

41. A título de ejemplos mencionaré algunos temas de la jurisprudencia interamericana, sin internarme en su examen: primado del principio *pro persona*, que se halla en la base del régimen de interpretación de derechos, libertades y deberes generales; alcance de la titularidad de los derechos humanos en el doble plano de las personas físicas y morales; igualdad y no discriminación, sin olvido del principio de especificidad al que adelante me referiré; reconocimiento de la personalidad jurídica y derecho a la identidad y al nombre; restricciones a la pena capital con firme tendencia abolicionista;⁴² medidas para favorecer la calidad de la vida; integridad física y psicológica; formas contemporáneas de esclavitud; medidas restrictivas o privativas de la libertad; legalidad —naturaleza y alcance de la ley, idea que se proyecta sobre la más importante función reguladora del Estado—; honra y dignidad; dimensiones individual y social de la

⁴² Mi voto en el caso *Raxcacó Reyes*, párrs. 1-12. Cfr. *Votos...*, *cit.*, pp. 344-350, y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf>.

También, cfr. CorteIDH, *Pena de muerte*, Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorteIDH, 2017.

libertad de expresión y ejercicio del periodismo,⁴³ ámbito en el que expresé claramente mi posición desfavorable al empleo de la vía penal;⁴⁴ asociación; tutela de la familia; protección del niño –tema sobre el que también volveré–; diversas implicaciones del uso y goce de bienes, entraña del derecho a la propiedad privada; participación en las decisiones de la sociedad a la que se pertenece y acceso a la función pública; protección judicial como tutela ordinaria efectiva y como garantía de derechos fundamentales; suspensión del ejercicio de derechos,⁴⁵ y derechos económicos, sociales y culturales, cuya justiciabilidad constituye uno de los temas de mayor relevancia y trascendencia para la jurisdicción interamericana.⁴⁶

⁴³ Cfr. García Ramírez y Alejandra Gonza, *Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Miami, 4^a. ed., Sociedad Interamericana de Prensa, 2016.

También, cfr. CorteIDH, *Libertad de pensamiento y expresión*, Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorteIDH, 2017.

⁴⁴ Así, en mi voto en el caso *Kimel*. Cfr. *Votos...*, cit., pp. 503-5-504, y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf>.

⁴⁵ Cfr. García Ramírez, “Tutela de los derechos en situaciones excepcionales. Debido proceso y cumplimiento de resoluciones”, en Varios, *Reconciliación y Derecho Procesal. Memoria del Coloquio sobre Reconciliación y Derecho Procesal*, Ramiro Bejarano Guzmán, Pablo Moreno Cruz y Marcela Rodríguez Mejía (eds.), Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal/International Association of Procedural Law/Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 341 y ss.

⁴⁶ Cfr. García Ramírez, “Protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2010, pp. 127-157.

También, cfr. Observatorio de Jurisprudencia Interamericana, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano, Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2010-2016.

XIII. UNA CUESTIÓN PERMANENTE: ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO

42. Me interesa destacar que entre los temas muy frecuentemente abordados por el Tribunal de San José figura el acceso a la justicia, vinculado al debido proceso, medio sobresaliente para la defensa y rescate de todos los derechos. Es una cuestión invocada en la casi totalidad de los litigios llevados ante la Corte, como ha ocurrido en el espacio jurisdiccional europeo. Esta materia se halla primordialmente regulada por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, aunque también aparece, por diversos motivos, en otros preceptos: así, artículos 4, 5, 7 y 27. La Corte ha elaborado detallada y sólida doctrina acerca del debido proceso, que podría informar una deseable convención regional sobre la materia.

43. La jurisprudencia interamericana ha puesto en relieve los elementos que caracterizan el debido proceso: ante todo, la garantía de plena defensa de los derechos de quienes intervienen en el litigio. Hay aportaciones notables que conviene tener en cuenta y que aluden a un amplio conjunto de opiniones y casos en cuyo conocimiento intervenga.⁴⁷ Entre ellos, las referencias al juez natural—independiente, imparcial y competente—, presupuesto del debido proceso, cuya ausencia invalida inmediatamente el enjuiciamiento y hace innecesario entrar al examen de otras violaciones alegadas por el demandante.⁴⁸ En mérito del juez natural, la Corte acotó la

⁴⁷ En numerosos votos particulares abordé temas generales y específicos del acceso a la justicia y el debido proceso. Figuran, acompañando al desarrollo de la materia, en mi libro, al que me remito, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2016, pp. 101 y ss. También, cfr. Observatorio de Jurisprudencia Interamericana, *Derecho a las garantías judiciales*, Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano, Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2014-2015.

⁴⁸ En mi voto concurrente a la sentencia del caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, del 20 de noviembre de 2009, sostuve que la presencia y actuación del juez natural constituye un presupuesto —no sólo un elemento— del debido proceso. Cfr.

actuación de la justicia militar, frecuentemente utilizada en países americanos, y actualmente excluida para los civiles y concentrada en asuntos que atañen a bienes jurídicos del orden castrense.

44. La jurisprudencia interamericana trasladó a todos los procedimientos las garantías explícitamente asignadas al ámbito penal: aquellas pasan, en lo pertinente, de los supuestos previstos en el artículo 8.2 a los regulados en el 8.1. Igualmente, la jurisprudencia ha extendido apreciablemente las disposiciones del debido proceso para la defensa del justiciable, como ocurrió en la notable *Opinión Consultiva OC-16/99*, a propósito de la protección consular de los detenidos extranjeros, principalmente cuando éstos afrontan la posibilidad de condena a pena capital.⁴⁹

45. En el mismo ámbito del debido proceso, la Corte agregó a la ponderación del plazo razonable el impacto que el transcurso del tiempo puede tener sobre los derechos del individuo –ponderación que sugerí en mis votos particulares–,⁵⁰ además de otros factores que afectan la razonabilidad, consagrados por la jurisprudencia europea y recogidos por la interamericana. En el examen de los recursos que puede emplear el justiciable, esta jurisprudencia ha destacado imperiosamente la impugnabilidad de las sentencias ante un tribunal superior, que va más allá de la revisión concentrada en puntos de legalidad, como ocurre bajo ciertas formas de casa-

Votos..., cit., pp. 518 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf>.

⁴⁹ Me referí al carácter dinámico y expansivo del debido proceso en el voto concurrente que emití para la *Opinión Consultiva OC-16/99*, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso”, del 1 de octubre de 1999. Cfr. *Votos...*, cit., pp. 21 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>.

⁵⁰ En mi voto para la sentencia del caso *López Álvarez vs. Honduras*, del 1 de febrero de 2006, propuse la consideración de un nuevo elemento para ponderar la razonabilidad del plazo: “afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes –es decir, la situación jurídica– del individuo”. *Votos...*, cit., p. 338, y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>.

ción que no permiten el examen amplio de violaciones a derechos fundamentales.⁵¹

XIV. EL DEBER DE GARANTÍA. IMPUNIDAD Y VIOLACIONES GRAVES

46. En el ejercicio de su función, desplegada sobre hechos consumados en contextos fuertemente autoritarios, el Tribunal supranacional ha examinado la exoneración de sujetos responsables de graves violaciones de derechos humanos. Esto quebranta el deber de garantía, amparando las violaciones con sentencias absolutorias o sumamente benévolas a las que se atribuye autoridad de cosa juzgada. Es evidente que no subsistiría la justicia penal internacional ni se tendría en pie la justicia de derechos humanos si los hechos violatorios quedaran al margen de todo enjuiciamiento posterior, bajo al palio de la cosa juzgada. De ahí que la Corte haya insistido —insistencia de la que participé en varios casos—⁵² en la ineficacia de ciertos procesos “a modo” y de las sentencias dictadas en ellos: ni aquéllos son verdaderos juicios, ni éstas son genuinas sentencias. En tal virtud, se autoriza la reapertura —o mejor dicho, la apertura— de auténticos procesos.

47. En este sector de consideraciones procede mencionar la jurisprudencia sobre investigación de violaciones graves, concepto sobre el que no hay definiciones unánimemente aceptadas, aunque tales

⁵¹ Cfr. mi voto particular correspondiente a la sentencia del 2 de julio de 2004 en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en *Votos...*, *cit.*, pp. 210 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Asimismo, cfr. mi artículo “Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derechos fundamentales (artículos 8.2.h y 25 CADH)”, en Varios, *El derecho humanos al debido proceso. Sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, Carlos Pérez Vázquez (coord.), México, Tirant Lo Blanch, 2014, pp.145-168.

⁵² Cfr. *Votos...*, *cit.*, p. 341-343 y 464-465, y en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf> y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>.

violaciones son claramente identificables en el examen cuidadoso de los hechos cuestionados. La Corte Interamericana ha fijado las reglas aplicables a la investigación –utilizando referencias alojadas en la normativa contra las ejecuciones extrajudiciales, la tortura o la desaparición forzada–, cuya indagatoria no puede sujetarse a procedimientos apresurados o ligeros. Se habla de investigación *ex officio*, no condicionada a la gestión o a la diligencia de las víctimas, inmediata, acuciosa, completa, cumplida por autoridades competentes, comprensiva del contexto. La invocación de reglas contenidas en instrumentos de *soft law* –como el Protocolo de Estambul– confiere a éstos la fuerza preceptiva indispensable para el buen despacho de la investigación.⁵³

48. Las reflexiones y decisiones jurisdiccionales acerca del debido proceso –que constituye una suprema garantía de justicia, atenta a la satisfacción de la sociedad y de la víctima y a la respuesta razonable a la contienda entre quien vulnera derechos y quien es titular de éstos– se proyectan hacia la “justicia transicional”, aludida en líneas anteriores. La jurisprudencia interamericana ha insistido en la necesidad perentoria de mantener a salvo los principios y reglas del debido proceso, sin desconocer las otras necesidades que sustentan el concepto mismo de una justicia de transición. En el debate sobre esta materia, tan delicada, se ha sugerido reconocer las diferencias que median y la línea divisoria que debe existir entre la atención indispensable a procesos de paz, para erigir una nueva era democrática, y la consagración de la impunidad en favor de los responsables de graves violaciones de derechos humanos.⁵⁴

⁵³ Cfr. García Ramírez, *El debido proceso...*, cit., pp. 68-71.

⁵⁴ Cfr. Humberto A. Sierra Porto, “Los retos jurídicos del proceso de paz colombiano”, en Varios, *Reconciliación...*, cit., pp.79-99, y voto del Juez Diego García-Sayán en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, en: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf>. Me he referido a este tema en mi artículo “Justicia transicional y jurisprudencia interamericana”, en Varios, *Justicia transicional*, Dimaro Agudelo Mejía, Liliana Damaris Pabón Giraldo, Luis

XV. JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCA

49. La protección jurisdiccional de los DESC o DESCA, como se dice recientemente, es decir, la llamada “justiciabilidad” de esos derechos, requiere un comentario especial. Ha sido diversa la puesta en escena de los derechos económicos, sociales y culturales a través de las grandes declaraciones y los tratados internacionales: aquéllos figuran en la Declaración Americana y en la Declaración Universal, pero su tratamiento se hace por separado en los tratados y pactos mundiales y regionales. En esta separación se refleja el concepto de “generaciones” de derechos humanos, que no entraña jerarquía o preferencias inaceptables, sino diferencias cronológicas o documentales a propósito del ingreso al escenario de los derechos reconocidos.

50. A la Conferencia de San José llegó la pretensión de incluir en la Convención el régimen de los derechos económicos, sociales y culturales. Se hizo notar que la observancia de los derechos humanos deriva de la existencia de condiciones propicias, que el Estado debe aportar.⁵⁵ Sin embargo, estas aspiraciones sólo figuraron en el proyecto de Pacto, que recogió una alusión a los deberes de los Estados en esta materia (artículo 25), pero no prevalecieron en la deliberación y en el acuerdo final de esa Conferencia. El tema se incluyó solamente en un precepto, el artículo 26, bajo el rubro de “Desarrollo progresivo”, a reserva de que otro instrumento expusiera el catálogo de aquéllos, como efectivamente ocurrió a través del Protocolo de San Salvador. Empero, éste abre la puerta a una

Orlando Toro Garzón, Mónica María Bustamante Rúa y Orión Vargas Vélez (coords.), Medellín, Universidad de Medellín, 2017.

Igualmente, cfr. CorteIDH, *Justicia Transicional*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorteIDH, 2017.

⁵⁵ Cfr. “Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos” y “Enmiendas al proyecto... presentadas por la Delegación de Guatemala”, en *Actas y Documentos...*, cit., pp. 23 y 107

justiciabilidad muy limitada: asociación sindical y derecho a la educación.

51. La Corte se ha ocupado de los DESCAs en tres vertientes o con tres referencias: asegurar la progresividad y rechazar la regresión de éstos, emprender la tutela de DESCAs o de bienes atinentes a éstos a través de la protección de ciertos derechos civiles (por ejemplo: salud, mediante la tutela de la integridad; desarrollo de comunidades indígenas, a través de las implicaciones del uso y el goce de bienes; niñez, mediante una comprensión intensa y extensa de la cláusula sobre derechos del niño expuesta en la CADH, etcétera), y proteger los DESCAs directamente por conducto del acceso a la justicia y diversas fórmulas de interpretación de la Declaración Americana y el Pacto de San José,⁵⁶ orientación que se ha abierto paso.

XVI. VULNERABLES: JURISPRUDENCIA PARA LOS MÁS DÉBILES

52. Señalé que entre los temas relevantes, e incluso característicos y definitorios, de la jurisprudencia interamericana se hallan la tutela de los grupos vulnerables y de los individuos que los integran, y el régimen de las reparaciones por violación de derechos humanos. La atención a los derechos humanos de los grupos vulnerables viene de tiempo atrás: se mostró en la Declaración de Viena, de 1993,⁵⁷ y ha persistido en el panorama de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia formada a partir de éstos. En América ese interés eminente se acreditó en decisiones de la Cumbre Judicial Iberoame-

⁵⁶ Cfr. *Votos...*, *cit.*, pp. 541-546, y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf>; en la misma línea, mi artículo “Protección jurisdiccional internacional...”, *cit.*, pp. 136 y ss. Asimismo, cfr. *Lagos del Campo vs. Perú*, 31 de agosto de 2017, párrs. 141-156, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, párrs. 192-193, *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 8 de marzo de 2018, párrs. 100-105.

⁵⁷ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 25 de junio 1993, párrs. 18 y ss.

ricana correspondientes a las Reglas de Brasilia –y sus precedentes– para el acceso a la justicia de personas vulnerables⁵⁸ y al Protocolo de la misma especialidad emitido en Santiago de Chile en 2014.⁵⁹ Se ha dado paso a una especie de Derecho judicial interamericano –uso la expresión con libertad, para fines expositivos– acerca de los sujetos vulnerables.

53. En el manejo de esta materia entran en juego dos principios centrales del Derecho internacional de los derechos humanos, sostenidos por la jurisprudencia interamericana. De una parte, el principio de igualdad y no discriminación, al que la Corte reconoce explícitamente fuerza de *jus cogens*, como se manifestó en la *OC-18/03*, en la que participé;⁶⁰ y de la otra –en mi concepto– un principio de “especificidad” que atiende a la necesidad de establecer con realismo la “igualdad entre los desiguales” para que éstos puedan disponer efectivamente –no sólo discursivamente– de aquélla.⁶¹ Se pretende alcanzar ese equilibrio entre las proclamaciones del Derecho y las imposiciones de la realidad a través de

⁵⁸ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad, 2008, en <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/DH091.pdf>>.

⁵⁹ Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas, 2014, en <<http://www.cumbrejudicial.org/productos-y-resultados/productos-axiologicos/item/38-protocolo-de-acceso-a-la-justicia-para-personas-y-grupos-vulnerables>>.

⁶⁰ Cfr. *Votos...*, *cit.*, pp. 87 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>.

⁶¹ Cfr. García Ramírez, *Derechos humanos de los menores de edad: perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 56; García Ramírez y Laura Martínez Breña, *Presos y prisiones: el sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, Programa Universitario de Derechos Humanos, 2014, pp. 8-9, y mi voto en el caso *Ximenes Lopes*, en *Votos...*, *cit.*, p. 411, y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf>.

ciertas providencias de compensación⁶² o tutela diferenciada.⁶³ La jurisprudencia interamericana de estos años –en rigor, la de todo el tiempo, con acento creciente– ha procurado atender la igualdad y la especificidad para generar condiciones de ejercicio genuino de los derechos humanos en un Continente en el que la mayoría de la población podría inscribirse bajo el concepto de vulnerable.

54. El elenco de los grupos o sujetos vulnerables se localiza en la Declaración de 1993 –que ya mencioné– y más puntualmente en las Reglas de Brasilia, por lo que toca al acceso a la justicia. Con sustento en estos documentos es posible analizar la jurisprudencia del Tribunal de San José en materia de derechos de mujeres, niños, indígenas, personas en situación de pobreza, personas con discapacidad, migrantes, desplazados y sujetos privados de libertad. Es pertinente incluir otras categorías que también ha examinado la Corte con un criterio tutelar específico atento a la vulnerabilidad de sus componentes, probada ante el Tribunal: así, los integrantes de las comunidades LGBTI, los periodistas y los defensores de derechos humanos. Aquellos constituyen una minoría bajo asedio, recientemente movilizada para el rescate de sus derechos; los segundos militan en profesiones o actividades que se hallan en grave riesgo determinado por el enrarecimiento de la observancia de los derechos humanos.

55. En la jurisprudencia de los años en que integré o presidí el Tribunal, hubo progreso en la atención a las mujeres, es decir, en la aplicación de la “perspectiva de género”, que informa grandes tratados internacionales: CEDAW, de Naciones Unidas, esforzada contra la discriminación, y Belém do Pará (1994), del Sistema Interamericano, dirigida contra la violencia. La primera decisión de la Corte que aplicó directamente la Convención de Belém do Pará

⁶² Eduardo J. Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, tomo I, pp. 275-276

⁶³ Roberto Berizonce, *Las tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

fue la sentencia sobre el caso del penal *Castro Castro*. En el voto particular que emití entonces expuse los argumentos de carácter sustantivo y procesal que sustentan la competencia material de la CorteIDH para la aplicación directa de la Convención de Belém.⁶⁴ Luego llegarían varias sentencias en la misma línea, considerablemente enriquecida.

56. Por lo que toca a niños, niñas y adolescentes, o bien, menores de edad —una vez superado el debate terminológico—, también hubo y sigue habiendo pronunciamientos relevantes. Destaca la *Opinión Consultiva OC-17/02*, solicitada por la Comisión Interamericana a propósito de cuestiones procesales, pero comprensiva de otras manifestaciones del trato del Estado —y diversos sujetos obligados— con respecto a los niños, las niñas y los adolescentes.⁶⁵ El Tribunal de San José destacó el interés superior del niño, que diversos instrumentos exaltan, y su condición como titular de derechos, no sólo destinatario de la protección del Estado. Igualmente, la *OC-17* se refirió al carácter especial de garante que incumbe al Estado en su trato con menores de edad, y también con otros sujetos vulnerables. En el célebre caso *Niños de la Calle* (1997) el Tribunal estudió —con reflexiones innovadoras en el ámbito de su jurisprudencia— la protección del derecho a la vida, no sólo a través de abstenciones, sino mediante acciones positivas que aseguren una vida digna.

⁶⁴ Mi punto de vista sobre la competencia de la Corte Interamericana para aplicar directamente la Convención de Belém do Pará figura en el voto que emití con respecto a la sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso *Miguel Castro y Castro vs. Perú* del 25 de noviembre de 2006, en *Votos...*, *cit.*, pp. 390 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf>.

⁶⁵ El voto que emití en relación con la *Opinión Consultiva OC-17/02*, “Condición jurídica y derechos humanos del niño” —en el que igualmente analizo la superable antinomia entre las versiones “tutelar” y “garantista” acerca del procedimiento aplicable a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal— aparece en *Votos...*, *cit.*, pp. 24 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>. Cfr., asimismo, García Ramírez, *Derechos humanos de...*, *cit.*, pp. 99 y ss.

57. La jurisprudencia de la Corte sobre derechos de indígenas –un sector de gran importancia histórica y actual en el mundo americano, donde también tienen presencia otros grupos étnicos vulnerables: afrodescendientes– cobró mayor vuelo en el examen del caso *Mayagna*, del año 2000. Recuerdo el análisis que los magistrados hicimos acerca de la vinculación especial de los pueblos indígenas con la tierra –o los territorios– que han ocupado tradicionalmente, y las consecuencias jurídicas de esa vinculación, así como la observancia de los usos y costumbres al amparo del Derecho internacional, que confiere un marco normativo *sui generis* a las comunidades indígenas. De ese examen data la reflexión en tomo a la necesidad de apreciar los derechos de los individuos en conexión con los derechos de las comunidades a las que aquéllos pertenecen, posibilidad que subrayé en el análisis de los artículos 1.2 y 21 CADH.⁶⁶

58. El Sistema Interamericano emitió una convención sobre personas que presentan alguna forma de discapacidad, antes de que lo hiciera el Sistema Mundial. En su jurisprudencia, la Corte acentuó los deberes del Estado en hipótesis de delegación o subrogación en manos de particulares de medidas curativas o asistenciales, originalmente atribuidas al poder público.⁶⁷ En pos de esas reflexiones, el Tribunal ha formulado decisiones que aluden a la situación de las personas con discapacidad y, más ampliamente, a enfermos o personas que padecen ciertas restricciones o limitaciones cuya superación amerita medidas especiales; tal ha sido el caso de la fecundación *in vitro*, tema que examinó el Tribunal de San José –con posterioridad

⁶⁶ Este voto, vinculado a la sentencia de la CorteIDH en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, del 31 de agosto de 2001, aparece en *Votos...*, *cit.*, pp. 113 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>.

⁶⁷ Cfr. mi examen de esta materia en el voto del caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* en *Votos...*, *cit.*, pp. 363 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf>.

a la etapa de mi desempeño judicial—, entendiendo que la infertilidad es una manifestación especial de discapacidad.

59. Se ha hecho notar que la pobreza, extremada bajo la forma de indigencia, constituye un obstáculo —en ocasiones irremontable— para el efectivo ejercicio de los derechos humanos. Esta cuestión también ha ocupado a la Corte, que produjo criterios favorecedores del acceso a la justicia de quienes carecen de los medios necesarios para obtener una tutela efectiva.

60. La migración ofrece características específicas en el espacio americano, además de las muy graves que tiene en el ámbito mundial, últimamente agudizadas por adversas condiciones de vida en lugares donde imperan la pobreza, la violencia o el rezago económico y laboral. La situación de los extranjeros en países de recepción o tránsito, trátese de migrantes regulares o de migrantes indocumentados, ha sido un tema de atención principal en la jurisprudencia interamericana, en la que tuve oportunidad de participar.⁶⁸ Ésta se ha pronunciado en opiniones consultivas, sentencias sobre casos contenciosos y medidas provisionales, destacando invariablemente el primado de los derechos humanos de quienes migran o lo intentan, sobre cualesquiera disposiciones o políticas nacionales que pudieran entrañar menoscabo de aquéllos. En la misma línea figura la jurisprudencia reciente a propósito de los desplazamientos forzados —internos o internacionales—, que implican violación a diversos derechos.

61. La situación de los reclusorios en países americanos es deplorable, inadmisibles; trae consigo la violación sistemática y masiva de diversos derechos en agravio de individuos o grupos numerosos. La prisión se aplica en demasía, casi siempre en condiciones sumamente desfavorables. En esta situación operan muchos reclusorios, a título de “instituciones totales”: la vida se halla minuciosamente

⁶⁸ Cfr. *Votos...*, *cit.*, pp. 86 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>.

regulada y controlada; o bien, a la inversa, prevalece el desorden e impera la ley de la selva.⁶⁹

62. La jurisprudencia en torno a sujetos privados de libertad no abarca solamente la privación determinada por motivos penales o relacionados con éstos, sino cualesquiera otras formas de privación de libertad dispuesta por el Estado. Empero, las condiciones de vida son especialmente deplorables en los reclusorios donde se desarrolla la prisión preventiva y se ejecuta la punitiva. La jurisprudencia interamericana sobre las medidas que es preciso adoptar con respecto a la detención y al uso de reclusorios ha sido abundante desde el principio y constante a través de los años, tanto acerca de casos individuales como de comunidades de reclusos. La Corte llamó la atención de la Organización de los Estados Americanos acerca de las pésimas condiciones de vida prevalecientes en los reclusorios de nuestra región. Lo hice como Presidente del Tribunal, en informe ante la OEA.⁷⁰

63. La tutela jurisdiccional de los vulnerables, al amparo de la CorteIDH, se ha extendido hacia otros grupos o individuos que han quedado sujetos al asedio de regímenes autoritarios o de presiones tradicionales en el interior de la sociedad, que implican discriminación y lesión. Los practicantes de ciertas profesiones o actividades y

⁶⁹ Sobre la situación de los reclusorios y la normativa internacional de los derechos humanos aplicable a los reclusos, cfr. García Ramírez y Martínez Breña, *Presos y prisiones...*, *cit.*, pp. 77 y ss.

⁷⁰ Ahí señalé que: “(e)n diversos casos se ha observado que existe una verdadera crisis en el sistema de reclusorios para adultos y menores de edad. Esta crisis se traduce en extremada violencia y genera riesgos constantemente señalados. La Corte ha dictado resoluciones sobre medidas provisionales en las que se formulan diversas observaciones a este respecto y se urge a las autoridades a revisar a fondo el sistema de reclusorios. Parece indispensable que la Organización y los Estados dediquen especial atención al examen de este problema y provean soluciones inmediatas y progresivas, según las circunstancias”. Consejo Permanente de la OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2005*, 16 de marzo de 2006, OEA/Ser.G, CP/CAJP-2344/06, pp.18-19.

los integrantes de diversos grupos han resentido ese asedio y requerido la tutela de la jurisdicción interamericana: miembros de la comunidad LGBTTI, periodistas y defensores de derechos humanos.

XVII. URGENCIA Y GRAVEDAD: MEDIDAS PROVISIONALES

64. Las medidas provisionales, que atienden a la que he llamado “competencia preventiva” de la Corte Interamericana, tuvieron y tienen un importante desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal. Éste ha perfilado los fundamentos de las medidas y previsto su permanencia mientras se mantengan las condiciones que las determinaron. Es relevante el criterio establecido por la Corte –que tengo presente por haberse dispuesto y caracterizado en los años en que forme parte de aquélla– para modificar criterios previos y extender las medidas a personas no identificadas que se hallasen en la misma situación –es decir, en “comunidad de riesgo”– que se advirtió con respecto a personas individualizadas.⁷¹

XVIII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS (REPARACIÓN): ACTUAR SOBRE LOS FACTORES DE LAS VIOLACIONES

65. Dije que la regulación de las reparaciones constituye un tema sobresaliente de la jurisprudencia interamericana. Ha destacado en poco tiempo, sentencia a sentencia, a través de disposiciones y orientaciones novedosas, con signo “transformador”, que acreditan el empeño puesto en esta materia por los autores de la Convención Americana. En este punto, la CADH se distanció de los criterios adoptados por el Sistema Europeo y de los proyectos que informaron, antes de la Conferencia de 1969, lo que sería el Pacto de

⁷¹ Cfr. mi voto conjunto con el juez Alirio Abreu Burelli referente a la resolución del 24 de noviembre de 2000 sobre el *Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, en García Ramírez, *Votos...*, cit., pp. 529 y ss., y <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/apartado_se_02.pdf>.

San José. Se ha dicho con razón, a mi juicio, que las aportaciones en materia de consecuencias jurídicas de los hechos violatorios de derechos humanos constituyen la “joya de la corona” en la jurisprudencia interamericana.

66. Tempranamente, la Corte resolvió reorientar el examen de esta materia y superó la noción de “indemnizaciones compensatorias” por la de “reparaciones” en sentido amplio. Luego llegaría –y no ha cesado– la elaboración del régimen plenario de las reparaciones a través de medidas numerosas y diversas que atienden a la fuente de las violaciones e implican corrección consecuente con el carácter de aquéllas y con la necesidad de prevenir violaciones futuras. Pude observarlo y contribuir a ese curso durante mi ejercicio como integrante del Tribunal.

67. Este diseño aportado por la Corte al régimen que ahora menciono condujo a construir un catálogo de medidas de reparación en el que figura –además de las tradicionales indemnizaciones en favor de la víctima o de sus allegados, por daño material o inmaterial, pretérito o futuro– una relación muy amplia de actos públicos de distinta naturaleza: emisión o supresión de normas de cualquier rango –constitucionales, inclusive–, variación de jurisprudencia, invalidación y reapertura de procedimientos judiciales (cosa que entraña la revisión de antiguos conceptos a propósito de la cosa juzgada y el principio *ne bis in ídem*), adopción o modificación de políticas públicas, medidas políticas, económicos o sociales diversas, reconocimiento de responsabilidad del Estado y otras más, que ya integran un conjunto muy variado, siempre dinámico. Desde luego, esta saludable complejidad de las condenas, muy por encima de las compensaciones pecuniarias, se proyecta en el tiempo y en la forma del cumplimiento.⁷²

⁷² He dedicado diversos textos al examen del régimen de reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ciertamente constituye una cuestión de la más elevada importancia, a la que el Tribunal ha incorporado novedades relevantes. Mis puntos de vista en torno a este tema, con el correspondiente deslinde entre las corrientes europea y americana, se expone en García Ramírez

XIX. CUMPLIMIENTO, IMPACTO Y TRASCENDENCIA

68. Acabo de mencionar el cumplimiento de las sentencias, y en otro lugar me referí a la diferencia entre cumplimiento, impacto y trascendencia de la jurisprudencia interamericana. Es importante insistir sobre este último concepto –la trascendencia– que he mencionado varias veces en líneas precedentes y que ahora deseo acentuar, porque se trata de un punto sobresaliente en el desarrollo de la justicia interamericana, dato “clave” para su proyección en el futuro.

69. El Sistema Interamericano no dispone de órganos y procedimientos semejantes a los que forman parte del Sistema Europeo, que se vale, con destacada relevancia, de un mecanismo depositado en los Ministros de los Estados parte en el Convenio de 1950. Tampoco ha corrido con fortuna la idea de instituir un régimen de características similares a aquél, como lo sugirieron mis antecesores y lo mencioné yo mismo en intervenciones en la OEA.⁷³ En fin de cuentas, la Corte ha construido un régimen propio, a partir de las normas convencionales y de la interpretación de éstas, considerando asimismo las condiciones de la región y los problemas que suscita el cumplimiento simple y espontáneo de las decisiones supranacionales.

70. La Corte se ha valido de lo que denomino “competencia ejecutiva” para intervenir indagatoriamente en la etapa de cumplimiento nacional de aquellas decisiones. Sostuvo su facultad de requerir a los Estados información puntual y regular sobre la ejecución de las determinaciones jurisdiccionales, atribución que fue

y Marcela Benavides, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, Porrúa, 2014.

⁷³ Cfr. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Síntesis del Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio del año 2004*, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.19/05, 10 mayo 2005, p. 11.

paulatinamente admitida por los Estados y alentada por la OEA. A partir de esta atribución, la Corte estableció en 2007 –en la etapa final de mi desempeño como Presidente– la práctica de convocar a sesiones de revisión de cumplimiento en las que participan los Estados, los beneficiarios de la sentencia (con la calidad de víctimas o allegados a éstas) y la Comisión Interamericana.⁷⁴ Esta práctica, ya prevista en el Reglamento (artículo 69, bajo la reforma de 2009), ha cobrado intensidad y mostrado utilidad. Al cabo de las sesiones –para la supervisión de cumplimiento, privadas o públicas, que pueden versar sobre una sola sentencia o acerca de varias analizadas conjuntamente–, el Tribunal de San José dicta resoluciones en las que menciona el grado de ejecución de las sentencias que motivaron la revisión, señala el punto al que se ha llegado y advierte sobre las medidas pendientes para el cabal cumplimiento de la condena.

XX. FUENTES

1. BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, 2012.

BAZÁN, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisprudenciales y control de convencionalidad”, en Varios, *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo (coord.), México, FUNDAP, 2012.

BERIZONCE, Roberto, *Las tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

BREWER-CARIAS, Allan R. y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

⁷⁴ Cfr. Corte IDH, *Informe anual 2007*, pp. 41 y ss., y *Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Competencia*, 28 de noviembre de 2003, párr. 48 y ss.

- BUERGENTHAL, Thomas y Douglass Cassel, “The future of the Interamerican Human Rights System”, en Varios, *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Memoria de la Instalación*, Secretaría de la CorteIDH/Unión Europea, San José, 1999.
- , *Informe anual 2007*.
- , *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano (actualizado a febrero de 2010)*, Secretaría de la CorteIDH, San José, 2010.
- , *Pena de muerte*, Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorteIDH, 2017.
- , *Libertad de pensamiento y expresión*, Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorteIDH, 2017.
- , *Justicia Transicional*, Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorteIDH, 2017.
- , voto del Juez Diego García-Sayán en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños*.
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, tomo I.
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Varios, *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo (coord.), México, FUNDAP, 2012.
- GARCÍA BAUER, Carlos, *Los derechos humanos. Preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- , *Temas de derecho*, México, Universidad Autónoma del Estado de México/Seminario de Cultura Mexicana/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , *Derechos humanos de los menores de edad: perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- , *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2015.
- , *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2ª. ed., México, CNDH, 2015.
- , *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2016.
- , *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Porrúa, 2018.
- , “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003.
- , “La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en Varios, *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), México, Instituto Max Planck/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- , “Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derechos fundamentales (artículos 8.2.h y 25 CADH)”, en Varios, *El derecho humanos al debido proceso. Sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, Carlos Pérez Vázquez (coord.), México, Tirant Lo Blanch, 2014.

- , “Tutela de los derechos en situaciones excepcionales. Debido proceso y cumplimiento de resoluciones”, en Varios, *Reconciliación y Derecho Procesal. Memoria del Coloquio sobre Reconciliación y Derecho Procesal*, Ramiro Bejarano Guzmán, Pablo Moreno Cruz y Marcela Rodríguez Mejía (eds.), Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal/International Association of Procedural Law/Universidad Externado de Colombia, 2016.
- , “Justicia transicional y jurisprudencia interamericana”, en Varios, *Justicia transicional*, Dimaro Agudelo Mejía, Liliana Damaris Pabón Giraldo, Luis Orlando Toro Garzón, Mónica María Bustamante Rúa y Orión Vargas Vélez (coords.), Medellín, Universidad de Medellín, 2017.
- , y Laura Martínez Breña, *Presos y prisiones: el sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, Programa Universitario de Derechos Humanos, 2014.
- , y Marcela Benavides, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, Porrúa, 2014.
- , y Alejandra Gonza, *Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Miami, 4ª. ed., Sociedad Interamericana de Prensa, 2016.
- , y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en Varios, *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Raúl Canosa Usera, Javier García Roca, Pablo Santolaya y Pablo Antonio Fernández (coords.), 2ª.ed., Lima, Thomson Reuters, 2015.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- OBSERVATORIO DE JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano, Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2010-2016.

- , *Derecho a las garantías judiciales*, Fundación Diálogo Jurisprudencial Interamericano, Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2014-2015.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Washington, D.C., rep. 1978.
- REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008.
- ROSALES, Emmanuel, “En busca del acorde perdido o la necesidad de un lenguaje común para el análisis sistemático de la aplicación del Derecho internacional de derechos humanos por cortes nacionales”, en Varios, *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, García Villegas Sánchez Cordero, Paula M. (coord.), México, Porrúa, 2013.
- SAAVEDRA, Pablo y Gabriela Pacheco Arias, “Las sesiones ‘itinerantes’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América”, en Varios, *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, García Ramírez, Sergio y Castañeda, Mireya (coords.), México, Secretaría de Relaciones Exteriores/ UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013.
- , *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016.
- , “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano”, en Varios, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Instituto Max Planck/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, t. II, 2010.

———, “El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo”, en Varios, *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo (coord.), México, FUNDAP, 2012.

SIERRA PORTO, Humberto A., “Los retos jurídicos del proceso de paz colombiano”, Varios, *Reconciliación y Derecho Procesal. Memoria del Coloquio sobre Reconciliación y Derecho Procesal*, Bejarano Guzmán, Ramiro, Moreno Cruz, Pablo y Rodríguez Mejía, Marcela (eds.), Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal/International Association of Procedural Law/Universidad Externado de Colombia, 2016.

TORRES BODET, Jaime, *La victoria sin alas*, México, Fundación Miguel Alemán, 2012.

ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 2007.

VIARIOS, *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015

VIARIOS, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, CorteIDH, San José, 2005.

VERGOTTINI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales, comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

2. HEMEROGRAFÍA

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2010.

HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2009, pp. 1-5.

3. OTROS

CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS, *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio del año 2004*, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.19/05, 10 mayo 2005.

———, *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2005*, 16 de marzo de 2006, OEA/Ser.G, CP/CAJP-2344/06.

CORTEIDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Competencia*, 28 de noviembre de 2003.

———, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006.

———, *Castañeda Gutman vs. México*, 6 de agosto de 2008.

———, *Bulacio vs. Argentina*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2008.

———, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 de noviembre de 2009.

———, *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009.

———, *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 24 de noviembre de 2010.

———, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010.

———, *Lagos del Campo vs. Perú*, 31 de agosto de 2017.

———, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, Sentencia de 23 de noviembre de 2017.

———, *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 8 de marzo de 2018.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (Argentina), Espósito, *Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, 23 de diciembre de 2004.

CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, Declaración y Programa de Acción de Viena, 25 de junio 1993,

OEA, ASAMBLEA GENERAL, *Resolución 1828 (XXXI-O/01)*, 5 junio 2001.

———, *Resolución 2426 (XXXVIII-O/08)*, “*Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”.

———, *Resolución 2908 (XLVII-O/17)*, 21 de junio de 2017.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas, 2014.

———, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad, 2008.

TERCERA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, *Declaración de la ciudad de Québec*, 2001.

UNA FUNDAMENTACIÓN UNIVERSALISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS

A UNIVERSALIST GROUNDWORK OF HUMAN RIGHTS

ROGELIO SILVA MENDOZA¹

RESUMEN: El artículo pretende establecer el contexto teórico general para propiciar una discusión en torno a la apremiante tarea de fundamentar los derechos humanos desde un criterio universalista. Se intentará proveer a los derechos humanos de una justificación teórica universal más allá de la que contiene su simple enunciación como derechos universales. Se recurre a la filosofía normativa kantiana, que es un paradigma del análisis de los enunciados con contenido normativo, para acometer el propósito de dotar a los derechos humanos de una fundamentación propiamente normativa, es decir, en su contenido intrínseco como normas. Una fundamentación en sentido universalista es aquella que tiene su fuerza vinculante en el contenido de la norma en sí misma, en su estructura lógica.

PALABRAS CLAVE: *derechos humanos, fundamentación, universalismo, norma, Kant*

ABSTRACT: This paper intends to settle the general theoretical context in order to invite to debate about that urgent goal for the groundworking of human rights, from a universal basis. The paper will try to provide a universal theoretical groundwork to human rights, beyond their sole linguistic formulation as human rights. The paper will appeal to Kant's normative philosophy, which is an authentic paradigm of analysis for normative propositions, to approach the general purpose to give to human rights a strictly speaking normative groundwork, that is to say, in its essential content as proper norms. A groundwork from a universal basis is

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Licenciado en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestro en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México. Participante como ponente y expositor en diversos congresos nacionales e internacionales en torno a filosofía y humanidades. <rogelioacamus@hotmail.com>

that which holds its binding tie in its normative content in itself, within its logical configuration.

KEY WORDS: *human rights, groundwork, universalism, norm, Kant.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Kant y la Ilustración; III. La filosofía kantiana; IV. La filosofía kantiana práctica o del obrar; V. La idea kantiana de universalidad como fundamentación de los derechos humanos; VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto propone una vía posible de legitimación propia de los sistemas normativos, a saber, el *universalismo*, para fundamentar *normativamente* el capital instrumento jurídico que constituyen los derechos humanos, a fin de que esté en condiciones de conducir con la debida certidumbre normativa las siempre espinosas y tensas relaciones entre las sociedades y los Estados en un entorno planetario caracterizado por la homogeneización causada por la globalización y la vasta heterogeneidad de los Estados plurinacionales.

El multiculturalismo puede llegar a ser una concepción tan difusa, tan ambigua, tan errática, que prácticamente puede llegar a convertirse en la justificación teórica de cualquier ocurrencia arbitraria. La infinidad de nacionalidades que conforman los Estados contemporáneos pueden llegar a justificar axiológicamente acciones completamente antagónicas, infringiendo con peligro los sistemas jurídicos estatales e internacionales.

Una justificación relativista de los derechos humanos, basada en un multiculturalismo rígido, intentaría sostener que la aplicabilidad de los derechos humanos, sin tomarse en cuenta las particularidades de espacio y tiempo, resulta una aspiración quimérica e imposible de alcanzar, puesto que las diferencias coyunturales y de maduración política y jurídica de los Estados y las sociedades no pueden convergir con puntualidad. De modo que es admisible y preferible la

relatividad y la tolerancia respecto del quebrantamiento del orden mandado por los derechos humanos que el autoritarismo político derivado de la pretendida universalidad irrestricta de éstos.

Empero, los derechos humanos pueden erigirse en el límite necesario y apropiado del ejercicio del multiculturalismo. Claro, siempre y cuando se encuentren debidamente fundamentados, intrínsecamente, universalmente. Se debe acometer una fundamentación *normativa* de los derechos humanos. Como elementos normativos en sí mismos. Habrá que hallar una rigurosa fundamentación de corte universalista en la estructura interna, lógica, de la norma que enuncia al derecho humano, para poder estar en condiciones de dotarlos de validez en todo tiempo y espacio. Su validez universal no puede radicar en consensos u oportunidades sino en su contenido normativo mismo. Solo así podrán aspirar legítimamente a invocar su *imperium* sobre el abanico cultural ingente que constituye el mundo contemporáneo.

La filosofía normativa de Kant, hito y paradigma teórico del estudio de las condiciones internas de validez de lo normativo, será el modelo crítico que servirá para el análisis de la estructura normativa de los derechos humanos, que haga posible la búsqueda de su fundamentación *universalista*.

II. KANT Y LA ILUSTRACIÓN

Kant fue un hombre comprometido con su tiempo. Como personaje importante de la esfera intelectual de la Europa de finales del siglo XVIII, nuestro pensador tomó cartas en el asunto respecto a la elucidación del significado y los alcances de la Ilustración. La filosofía misma de Kant es una filosofía *ilustrada*. Y justo para evitar ambigüedades en la manera en la que esto pudiera ser interpretado, nuestro filósofo se encarga de tratarlo y resolverlo. En un ensayo de 1784 intitulado *¿Qué es la Ilustración?*, Kant da cuenta de lo que ha de entenderse por dicho concepto. No sorprende que la concepción

kantiana sobre la Ilustración concuerde con sus propias bases filosóficas, pues, se insiste, la filosofía de Kant es eminentemente una filosofía propia de la Ilustración, reputada ésta como una piedra de toque en la marcha del progreso de la humanidad, un abandono de la minoría de edad y la entrada plena a la madurez intelectual, tan sólo el incipiente comienzo del gran tiempo luminoso por venir de los seres humanos. Sostiene el pensador de Koenigsberg:

La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la ilustración.²

¡Atrévete a saber!, ¡Sírrete de tu razón!, anima Kant, emotivo, casi en un tono panfletario. La Ilustración es el momento oportuno y anhelado para acometer el avance del progreso humano exclusivamente conducidos por la razón.³ Claro, por la razón en su vertiente crítica (ya veremos, en los siguientes párrafos, a qué se refiere este decisivo calificativo). La razón liberada de las cadenas que la ataron durante tantos siglos. La razón serenada por el autoexamen concienzudo y honesto. La razón que no rebasa sus bordes intrínsecos. La razón que actúa bajo el criterio de legalidad epistémica (cognitiva).

La Ilustración hace posible la eliminación de las sujeciones artificiosas que se habían convertido prácticamente en una segunda

² Kant, Immanuel, *¿Qué es la Ilustración?*, en Filosofía de la historia, FCE, México 2004, p. 25.

³ “La edad del ‘tutelage’, ‘inmadurez’ estaba terminada, como estar dejando atrás la infancia: las ilusiones del pasado tenían que ponerse a un lado, no podían resurgir, y era tiempo de asumir responsabilidades de adulto.”, en Pinkard, Terry, *German Philosophy 1760-1860*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, p. 19.

naturaleza de los seres humanos. La consuetudinaria dependencia intelectual a una autoridad, a un libro, a un tutor, a instancias que estorbaban el ejercicio libre e independiente de la razón. Podemos decir que la Ilustración es la independencia (al menos el franco intento) final de la razón. La razón, mediante la crítica filosófica, se estrecha dentro de sus límites, pero se ensancha al resultar exenta de pautas ficticias, al devenir independiente de falsos dogmas.⁴

Kant continúa el ensayo citado elaborando una importante distinción, que a la sazón es en grado sumo pertinente para la cuestión de la idea de universalidad de los derechos humanos. Dice:

Para esta ilustración no se requiere más que una cosa, libertad; y la más inocente entre todas las que llevan ese nombre, a saber: libertad de hacer uso público de la razón íntegramente... Entiendo por uso público aquel que, en calidad de maestro, se puede hacer de la propia razón ante el gran público del mundo de los lectores.⁵

La razón puede ser aún dependiente en los ámbitos privados. La Ilustración no intenta abarcar todos los ámbitos del pensar humano, su propósito no es suplantar a la religión, que a lo largo de todos los tiempos ha pretendido tener injerencia en absolutamente todas las esferas de la actividad humana. La razón ilustrada busca ser la razón del ámbito *público*, del discurso público. Si ciertas disciplinas o áreas del quehacer humano consideran idóneo mantener dogmas o principios inimpugnables, como, por ejemplo, la teología, no es

⁴ La Ilustración es un fenómeno histórico complejo, en efecto: “En cualquier caso, la Ilustración es definida por una modificación de la relación preexistente que vincula a la voluntad, a la autoridad y al uso de la razón... Kant la caracteriza como un fenómeno, un proceso continuo; pero también la presenta como una tarea y una obligación.”, en *What is Enlightenment?*, The Foucault Reader, Rabinow, P. (ed), Pantheon Books, New York, 1984, p. 34, consultado en línea.

⁵ Kant, *op. cit.*, p. 28.

misión de la Ilustración evitarlo, pues le interesan las cosas relativas al ámbito *público*. En éste la razón debe ser libre e independiente.⁶

Los derechos humanos son quizás el asunto público más importante. Su fundamentación debe ser, pues, conducida por la razón más libre e independiente a que haya lugar. El uso *público* de la razón debe estar asegurado en este tópico. Sólo así se podrá llevar a buen término una fundamentación clara y precisa de la *universalidad* de los derechos humanos.

Por supuesto, resulta un anacronismo hablar de derechos humanos en Kant. En este artículo no se pretende insinuar que Kant haya fundamentado los derechos humanos, sino simplemente encontrar en su filosofía una herramienta teórica pertinente para fundamentar legítimamente lo que en nuestro tiempo conocemos como *derechos humanos* y la idea de universalidad *sine qua non* que los informa y acompaña.

Es en este ambiente ilustrado, sin el cual no se puede comprender el kantismo, un ambiente de privilegio de la razón despojada de cadenas, siempre en su versión crítica, que podemos hallar una fundamentación universalista de los derechos humanos. A continuación revisaremos, de modo breve, algunas características de la filosofía kantiana.

III. LA FILOSOFÍA KANTIANA

La filosofía kantiana suele caracterizarse como filosofía *racionalista* y *crítica*. Mas ¿qué se quiere dar a entender exactamente cuando se afirma tal cosa? ¿Acaso existe la filosofía irracionalista? ¿Qué no

⁶ La Enciclopedia de Filosofía de Stanford expresa sobre el particular en la voz 'Ilustración': "Expresando convicciones compartidas entre pensadores de doctrinas ampliamente divergentes de la Ilustración, Kant identifica a lo ilustrado con el proceso de emprender el pensamiento por uno mismo, para emplear y confiar en las propias capacidades intelectuales en determinar qué creer y cómo actuar." Consultado en línea en la dirección: <<https://plato.stanford.edu/entries/enlightenment/>>.

toda filosofía es un ejercicio cuyo principal instrumento es precisamente la razón? ¿Se puede hacer filosofía prescindiendo de las determinaciones racionales? Si se asevera: “La razón no nos ayuda en filosofía y por tanto debemos enfocarnos en la parte emotiva del sujeto...”, ¿no se esgrime una proposición racionalista? La pregunta no es en modo alguno ociosa puesto que la misión fundamental de la filosofía es esclarecer (o al menos, mediante arduas problematizaciones, intentarlo con afán), dar luz a las tinieblas que encubren la compleja red de múltiples relaciones que abarcan la realidad, todo lo que nos aparece “a la vista”. La filosofía busca desocultar lo encubierto en la presencia. La presencia es presencia de algo pero también ocultamiento de algo más.

Tal parece que caracterizar a una filosofía como racionalista no es sino una verdad de perogrullo. No clarifica nada. A la manera de un juicio analítico no nos aporta conocimiento, información nueva. Lo que se dice en el predicado ya está contenido en el sujeto. Si decimos que esta o aquella filosofía es racionalista no agregamos nada al saber. Más aún, resulta ciertamente confuso identificar a una filosofía como racionalista para contrastarla con otras.

Por ello es necesario precisar el sentido en que debe comprenderse la caracterización de la filosofía kantiana como filosofía racionalista, antes de acometer la cuestión de la idea de *universalidad* proveniente justo de tal caracterización. Idea de *universalidad* que será decisiva para la consolidación teórica de una fundamentación de los derechos humanos.

Immanuel Kant (1724-1804), como todo pensador, se encuentra inserto en determinadas circunstancias espaciotemporales que lo circunscriben y delimitan. Esto significa que su filosofía responde a interrogantes específicas. Su filosofía no surge de meras especulaciones solipsistas o inquietudes privativas de su portentoso ingenio. Kant da respuesta a preguntas previas que conmocionan a una tradición y plantean problemas de graves repercusiones para

el mundo del saber y, con éste, para la vida práctica de cada uno de los individuos.

En concreto Kant dialoga teóricamente con David Hume⁷ (1711-1776). Esto queda de manifiesto según las propias palabras del pensador alemán al indicar que fue justo Hume⁸ quien lo despertó del sueño dogmático en el que se hallaba, empeñado en una filosofía racionalista de corte dogmático, como la de Descartes o Spinoza⁹, que parten ambos de principios o postulados fundantes e incontrovertibles, verdaderos y válidos por sí mismos y en sí mismos, para sentar las bases del edificio de la realidad y del conocimiento de ésta, presupuestos imprescindibles sin los cuales no funciona este particular sistema racionalista, predominante en los primeros siglos de la modernidad, XVI y XVII.

Aquí es oportuno retomar la otra típica caracterización de la filosofía kantiana, a saber, su sesgo eminentemente crítico. En efecto, la manera en la que Kant ensayará refutar a Hume será por medio del establecimiento de límites. Si la filosofía racionalista de

⁷ Resulta ilustrativo el siguiente comentario: “Pero si Kant ha quedado como uno de los más grandes pensadores de todos los tiempos, ello se debe a las ideas que empezó a desarrollar a partir de 1770. La lectura de la filosofía de Hume resquebrajó en buena parte sus ideas de racionalista wolfiano y una nueva reflexión nació en su espíritu para dar lugar a una filosofía nueva, original y de alcances muy perceptibles en nuestros días.” En Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, UNAM, México 2010, p. 301.

⁸ En contraste con Hume pero siempre tomando en cuenta el itinerario filosófico de éste, para salvar su agudo escepticismo: “Y nuevamente como Hume, para Kant la ciencia y la moralidad corren paralelas; si para Hume ambas involucran formas de sentido y sensaciones, para Kant ambas son formas de la razón, una teórica, la otra práctica. Desde luego, esto es una oposición fundamental al escepticismo de Hume...”, en Rawls, John, *Lectures on the history of moral philosophy*, Harvard University Press, Harvard 2003, p. 15.

⁹ Para ambos pensadores racionalistas dogmáticos existe un garante de la realidad, Dios, que es el fundamento que sostiene todo el edificio del ser y que, además, hace asequible a los sujetos el conocimiento del ser. Sin ese fundamento el sistema se desmorona. En la moderna teoría del conocimiento estas filosofías son denominadas precisamente fundacionistas.

Kant es crítica y no dogmática es por la colocación de límites, de barreras. La razón es una herramienta poderosa, sí. Pero también tiene límites. Sus capacidades no son infinitas. Indagar estos límites es justamente el apremio de la filosofía crítica.

El estado de cosas en el que Hume había sumido a la filosofía en general, y a la teoría del conocimiento en particular, era verdaderamente grave¹⁰. En resumidas palabras, para el más destacado de los empiristas británicos, todo conocimiento humano a lo más era *probable*, si acaso *muy probable* pero siempre circunscrito a la esfera de la estadística, jamás podría tener aspiraciones de *universalidad*. Veamos cómo llegaba a tal conclusión.

El empirismo humeano¹¹ sostenía que todo conocimiento provenía de la experiencia, es decir, del mundo exterior, del mundo empírico. Que la conciencia humana no es sino un agregado de las múltiples impresiones que tienen su origen en el exterior. Al nacer la mente del sujeto no es más que una *tabula rasa* en la cual infinitas experiencias del mundo sensible se graban paulatinamente conforme va transcurriendo su vida. Así, todas esas impresiones se convierten en *ideas*. A cada idea le corresponde una impresión. Las ideas tienen, pues, su materia prima, su núcleo duro, en la realidad empírica.

Por medio de la asociación de ideas el sujeto crea ideas más y más complejas, formándose mediante este procedimiento su noción acerca del mundo.¹² De manera que todo conocimiento procede de la realidad empírica. Empero, si se admite lo anterior y se lleva a

¹⁰ Para un análisis más detallado y prolijo de las principales ideas de Hume en torno a su crítica a la ley de la causalidad, véase: Xirau, Ramón, *op. cit.*, pp. 270-277.

¹¹ Véase la parte primera del libro primero de Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Servicio de publicaciones, Diputación de Albacete, 2001, en línea, pp. 20-36.

¹² Asevera Hume: “Es suficiente observar que no hay relación que produzca una conexión más fuerte en la fantasía y haga que una idea despierte más fácilmente a otra que la relación de causa y efecto entre sus objetos.”, en *ibidem*, p. 26.

sus consecuencias lógicas, el conocimiento humano se encuentra en hondos problemas, ya que no debe dejar de advertirse que el mundo exterior, tal como lo percibimos, se caracteriza por ser contingente, variable, impredecible, perecedero, de lo cual difícilmente podría obtenerse alguna proposición epistémica válida en todo momento y en todo lugar.

En efecto, Hume indica que las leyes de la naturaleza, como por ejemplo, la ley de causalidad, la cual prácticamente nadie apostaría a negar su legitimidad, no es sino un mero invento del sujeto, una estimación “puesta” a propósito, un artificio *ad hoc* que se trae injustificadamente al discurso epistémico, y que, en último caso, sólo le sirve a manera de hábito para conducirse por los sinuosos vericuetos de la vida.

El razonamiento para demostrar la ilegitimidad, más aún, la inexistencia de la ley de causalidad es como sigue:

La ley de causalidad indica que a todo efecto tal le corresponde invariablemente (de allí que se repute como *ley*) una causa tal. O sea, por ejemplo, si una bola de billar golpea otra bola de billar se considera que el movimiento de ésta última fue causado por el impacto de aquélla. Además se afirma que cada vez que la primera golpee a la última el efecto será el mismo.

Pero Hume analiza el hecho relatado:

Partiendo de que toda idea proviene del mundo exterior sensible tenemos lo siguiente:

1. Tenemos una idea de la primera bola que golpea a la segunda.
2. Tenemos una idea de la segunda bola que es golpeada por la primera y es movida.
3. No tenemos una idea (una impresión de la realidad exterior) del vínculo causal necesario habido entre el hecho de que la primera bola dé el golpe y la segunda sea movida por ésta.

En otras palabras: si un sujeto observa el hecho de que una bola de billar golpee a otra, obtiene dos ideas, a saber, la de una bola que golpea a otra y la de otra bola que es golpeada y que se desplaza. Pero no hay una idea del vínculo causal entre golpe de la primera y movimiento de la última. El vínculo lo construye el propio sujeto, pues en la experiencia del caso no hay nada que se la proporcione. Se percibe que una bola golpea a la otra y que ésta es alterada en su estado originario pero no se percibe que el golpe haya sido lo que haya determinado el movimiento de la bola golpeada. Esta consistencia reiterada es un estado habitual meramente.¹³

La ley de la causalidad tiene como base teórica la *inducción*, es decir, se observan un número determinado (no lo perdamos de vista, determinado) de casos y de ello se extrae la conclusión de que en el futuro, en casos no verificados aún, lo mismo acontecerá. Empero aquí surge una cuestión: ¿De qué manera la inducción puede proporcionar leyes? Una ley es *universal*, se repite y reproduce siempre *erga omnes*. Acaece en todo momento y lugar. Pero si no tenemos ante nosotros la totalidad de los casos posibles, cómo podemos hablar de *universalidad*. ¿Quién nos asegura que en un caso próximo no se rompa la supuesta regularidad? ¿Y si la primera bola golpea a la segunda y ésta no se mueve? ¿Persistirá la ley de la causalidad?

El hábito generado en el sujeto al observar la repetición de los efectos ocasionados como consecuencia de eventos realizados bajo las mismas condiciones da lugar a las supuestas leyes. Sin embargo, el hecho de que así sea hasta el momento presente de las experiencias no implica necesariamente que siempre acontecerá del mismo

¹³ “El punto importante que Hume quiere establecer es que, aunque en todos los casos de causalidad tuviéramos impresiones de contigüidad y prioridad, ello no bastaría para explicar el origen de la idea de causalidad. Dos objetos pueden estar relacionados por contigüidad y por prioridad de un modo ‘meramente coincidental’. Si en el preciso momento en que miro el semáforo se enciende el verde, no consideraré que mi mirada fue la causa del cambio de luz.”, en Stroud, Barry, *Hume*, UNAM/IIH, México 2005, pp. 68, 69.

modo. No contamos con un garante serio e indubitable que sostenga ahora y en adelante el mundo de las regularidades observadas en los comportamientos de la naturaleza.¹⁴ Por ello Hume asevera que el conocimiento que tenemos del mundo es mera posibilidad, la cual puede ser más o menos alta según sea el caso que se estudia. Pero la *universalidad* de una ley no la obtenemos por ningún medio.¹⁵

Por lo menos podemos estar ciertos de que desde la experiencia, del mundo empírico, contingente e inabarcable de suyo, no la podemos extraer. Este es el estado de cosas ante el que Kant responde con su filosofía racionalista crítica. Kant encuentra al mundo de la filosofía y del conocimiento humano en general ante una profunda crisis. Simplemente no hay leyes de la naturaleza, sólo probables regularidades. ¿Cómo lo intentará solventar?

La respuesta es de sumo ingenio, de gran agudeza, encaminada presto a la salvación de la viabilidad de la *universalidad* de las leyes, de la *universalidad* del conocimiento. Kant acometerá la revolución copernicana en filosofía. Es decir, cambiará la fundamentación de la realidad desde las cosas hacia el sujeto. En palabras de Kant:

Se ha supuesto hasta ahora que todo nuestro conocer debe regirse por los objetos. Sin embargo, todos los intentos realizados bajo tal supuesto...desembocan en el fracaso. Intentemos, pues, por una vez, si no adelantaremos más en las tareas de la metafísica suponiendo que los objetos deben conformarse a nuestro conocimiento...Ocurre aquí como con los primeros pensamientos de Copérnico. Este, viendo que no conseguía explicar los movimientos celestes si aceptaba que todo el ejército de estrellas giraba alrededor del espectador, probó si no obtendría mejores resultados haciendo girar al espectador y dejando las estrellas en reposo.¹⁶

¹⁴ “Hume discute contra la certeza intuitiva o demostrativa del principio causal con el fin de mostrar que la opinión de que todo evento tiene que tener una causa sólo puede surgir de la experiencia.”, en *ibidem*, p. 76.

¹⁵ Véase Hume, *op. cit.*, sobre todo los primeros cuatro párrafos de la parte tercera del libro primero, pp. 66-76.

¹⁶ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Alfaguara, Madrid 2010, p. 20.

El conocimiento y las leyes de la naturaleza no dependerán más del mundo empírico sino de las determinaciones *estructurales* del sujeto. Las condiciones internas *a priori* del sujeto determinarán a la experiencia y no al revés, como habían sostenido los empiristas con tan funestas consecuencias. Si las determinaciones subjetivas configuran el mundo empírico entonces el conocimiento universal y las leyes efectivamente universales son posibles. Si bien es cierto que el conocimiento comienza con la experiencia que tenemos del mundo sensible, también lo es que ésta se adecua al aparato cognoscitivo que la percibe y le da forma de aprehensión definitiva. Esto es: la posibilidad de la *universalidad* del conocimiento y las leyes se halla en nuestra estructura subjetiva. Aunque el mundo exterior acaezca de manera contingente e irregular, nuestra subjetividad lo ordena y acomoda de modo que la legalidad sea asequible y fundamentada.

Este laborioso cometido de Kant, léase, el intento de restablecer y, sobre todo, fundamentar debidamente la universalidad del conocimiento y con éste de sus leyes, lo conduce, luego de procedimientos y razonamientos epistémicos abigarrados y complejos (cuyo análisis es por demás interesante pero escapa al propósito de este artículo), a la formulación de los *juicios sintéticos a priori*¹⁷, juicios cuyo establecimiento garantiza el conocimiento universal (en el campo del conocimiento científico) y que, en el campo del obrar, que comprende lo ético, y por extensión los principios jurídicos¹⁸, corresponde al imperativo categórico, el cual se analizará en el siguiente parágrafo.

¹⁷ Para un estudio breve pero complejo del juicio sintético y su distinción con el juicio analítico véase el apartado III The analytic-synthetic distinction, en el cuarto capítulo de Allison, Henry, *Kant's Transcendental idealism*, Yale University Press, 2004, pp. 89-93

¹⁸ “Kant comparte la convicción de que hay un principio de derecho vinculador válido y universalmente intemporal y objetivo, el cual es accesible al conocimiento humano...que contiene el criterio con cuya ayuda puede ser juzgada la corrección de las acciones humanas.”, en *The Cambridge companion to Kant*, Guyer, Paul (ed), Cambridge University Press, New York 1999, p. 344.

IV. LA FILOSOFÍA KANTIANA PRÁCTICA O DEL OBRAR

Como se ha visto, una misión principal de la filosofía kantiana es el rescate y fundamentación del conocimiento legítimo (racionalista y crítico) y, en consecuencia, *universal*. Pero desde luego que la tarea no llega en ese punto a su culminación. A nuestro pensador alemán le preocupa, una vez resuelto el ingente problema correspondiente a la manera en que conocemos el mundo, la no menos urgente cuestión respecto a cómo actuamos en él, es decir, el mundo del obrar. E intenta de igual manera darle un riguroso fundamento que conduzca a la *universalidad*.

El aspecto teórico del obrar o actuar humano no se encontraba en tiempos de Kant en una situación diferente a la del conocimiento científico (entonces dominado por la intención de elucidar las leyes de la naturaleza). Predominaba, al igual que en este último, el empirismo anglosajón. Se consideraba que los motivos que impulsaban a obrar a los sujetos incidían en sus “inclinaciones” (término con el cual Kant designa a los apetitos y deseos que detonan las acciones de los sujetos, siempre inmediatos)¹⁹ y que la razón poco podía hacer contra estas determinaciones exteriores sensibles. Por tanto, la normatividad moral resultaba tan difusa como lo pudiera ser la variedad de caracteres de los sujetos y las innumerables e impredecibles, y sobre todo, contingentes motivaciones del mundo sensible. La empeñosa búsqueda y el acrobático logro de la felicidad, elemento común a los sistemas morales, resultan tan distintos e incluso ampliamente contrastantes entre los diferentes grupos humanos (sociedades, naciones, países), variando asombrosamente

¹⁹ Resulta esclarecedora al respecto la siguiente cita: “Sin embargo, está claro que en tanto Kant asume un dualismo entre inclinación y obligación como las fuentes de la motivación, la ‘inclinación’ debe ser interpretada en un amplio sentido para referir a cualquier estímulo hacia la acción que se origine de nuestros sentidos, en tanto opuesto a nuestra naturaleza racional.”, en Allison, Henry, *Kant’s theory of freedom*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, p. 108.

de cultura a cultura, de generación en generación, que un sistema normativo común se antojaría tarea improbable, cuando no imposible. Sobre el inevitable afán de capturar la felicidad Kant asevera:

Hay, sin embargo, un fin que puede presuponerse real en todos los seres racionales... hay un propósito que no sólo pueden tener, sino que puede presuponerse con seguridad que todos tienen, por una necesidad natural, y éste es el propósito de la felicidad.²⁰

De nueva cuenta Kant propondría que sólo una acción basada en pautas racionales guiaría hacia un orden *normativo* moral y, sobre todo, *universal*.²¹

De modo paralelo al caso del conocimiento científico del mundo, el obrar no podía depender de la experiencia, del mundo empírico (en concreto las “inclinaciones”), pues de éste no podemos obtener *regla* alguna, dada nuestra imposibilidad intrínseca para tener acceso a todos los eventos de experiencia posibles. Las *reglas* para el obrar en el mundo tenían que tener su fundamento exclusivamente en la razón. El sujeto es el que da la *regla*, no son las cosas en el mundo las que se la imponen.

A decir de Kant, el sujeto actúa e interactúa en la cotidianidad con base en *máximas*, que son principios subjetivos del obrar (“Creo que es bueno hacer esto...”, “creo que es bueno hacer esto otro...”).²² Pero eso no es en sentido estricto una *regla* aún, sino una

²⁰ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Porrúa, México 2007, p. 38.

²¹ Al respecto resulta pertinente y muy ilustrativo el siguiente comentario acerca de la comprensión kantiana del concepto de persona: “La concepción del hombre como ‘persona’, es decir, como un ser que afirma su independencia y autonomía hasta el punto de que todo ordenamiento moral y jurídico ha de depender del propio sujeto, sin más limitaciones que la legalidad que le impone su propia razón, recibió su espaldarazo y su consideración más extrema y depurada en la escuela kantiana.” En Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del derecho natural*, UNAM, México 1999, p. 302.

²² “Primero, el término ‘máxima’ está aquí explícitamente reservado para un tipo específico de principio práctico, a saber, aquel que es subjetivo en el sentido

determinación sólo propia del sujeto (probablemente Kant se refiera a lo que coloquialmente denominamos vagamente como “idea”, en alguna expresión como “tengo la idea de que”, que pudiéramos convenir en denominar como convicción), empero no es un principio objetivo, no puede todavía consolidar la idea de *universalidad*. Las máximas son siempre particulares y proposiciones incontrastadas en última instancia. El sujeto pauta sus acciones con base en estas *máximas*, las cuales son patrones de conducta que aún se encuentran meramente en el sujeto, no han sido sometidas a pruebas de objetividad. El siguiente paso es el más importante: la *máxima* tiene que ser convertida en principio objetivo, es decir, *universal*. A saber: no sólo para sí mismo sino para todos los sujetos. Para lograr la *universalidad* en las *reglas* del obrar la *máxima* subjetiva tiene por fuerza que tornarse principio objetivo de la acción. Este es el camino teórico que lleva a Kant al imperativo categórico.

La fórmula de la *universalidad* del imperativo categórico²³ consiste simplemente en convertir el principio subjetivo del obrar, que es la *máxima*, en un principio objetivo que es la *ley*. La razón, por sí, se erige, de este modo, en el tribunal que dicta la *ley* para el obrar. Por medio de este procedimiento de *universalización* se garantiza que sea la razón la que dicte la *regla* para actuar y ninguna otra instancia externa pretenda hacerlo. La razón queda a salvo de las determinaciones provenientes del mundo empírico. La razón se erige como legisladora de sí, proporcionándose *reglas* para el obrar, y lo efectúa al margen del transcurrir de la experiencia. Si bien las *máximas* podrían estar impregnadas de contenido empírico, al contrastarse con la fórmula de la *universalidad* del imperativo categórico y trocarse en

de que involucra una condición particular del sujeto (por ejemplo, ignorancia o inclinación).”, en Allison, *op. cit.*, p. 87.

²³ Para un análisis prolijo y en sumo grado claro acerca de la primera formulación del imperativo categórico, como ley de la universalidad, véase Rawls, John, *op. cit.*, pp. 162-180.

principio objetivo, en *ley*, queda excluida cualquier contaminación del mundo exterior, contingente de suyo.

La formula de la universalidad en palabras textuales reza así: “Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”.²⁴

El procedimiento de universalización, por medio del cual un principio subjetivo del obrar, a saber, la *máxima*, es transformado en un principio objetivo del obrar, es decir, la *ley*, mediante la fórmula de la universalidad antes citada, es de capital importancia para los propósitos de este artículo, puesto que es el punto nodal de una posible fundamentación normativa *universal* de los derechos humanos. Por esta razón abundaremos en el esclarecimiento de la cuestión en torno al imperativo categórico en su trascendental vertiente de la fórmula de la universalidad.

Es en su muy importante obra intitulada “Fundamentación a la metafísica de las costumbres” donde Kant explica prolijamente acerca de los diversos aspectos que caracterizan y fundamentan al imperativo categórico. Según Kant ser racional implica necesariamente la actuación volitiva encaminada a fines y guiada siempre por *máximas*, las cuales son, como ya se dijo, siempre subjetivas, siendo indispensable para una conducta normativamente correcta la transformación de dichas *máximas* en elementos objetivos, que han de hallarse *a priori*, o sea, al margen del mundo empírico, a través de una minuciosa indagación teórica, en la razón. Estos principios de la razón práctica (como también se le conoce a la razón en el campo del obrar humano) son dos, también nombrados imperativos²⁵: 1) imperativo hipotético, que a su vez se divide en dos, pro-

²⁴ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Porrúa, México 2007, p. 43.

²⁵ Para una noción general de un imperativo: “En muchas diferentes situaciones en la vida social una persona puede expresar un deseo de que otra persona deba hacer o deba abstenerse de hacer algo. Cuando este deseo no se expresa meramente como un dato de información interesante o deliberada autoevidencia,

blemáticos y asertóricos, y 2) imperativo categórico.²⁶ Este último tiene como característica fundamental su pretensión de *universalidad*, su pretensión de construir mandatos absolutos, incondicionados, su pretensión de erigir *leyes*, de acuerdo a su formulación ya dicha, la cual podemos parafrasear sucintamente como sigue: “Actúa de tal manera que tu máxima se convierta en ley universal”.

El imperativo categórico exige que en el procedimiento teórico de *universalización* (objetivación) de una *máxima* (siempre subjetiva) no se incurra en una *contradicción*, es decir, 1) o que no podamos *concebir* actuar según nuestra *máxima* en un mundo en el que ésta es una ley universal, en cuyo caso estaríamos frente a una *contradicción en el pensamiento*, 2) o que sí podamos concebir actuar según nuestra *máxima* en un mundo en el que esta máxima es ley universal, pero no podamos *querer* que la máxima sea una ley universal, en cuyo caso estaríamos frente a una *contradicción en la voluntad*.

Así, el imperativo categórico exige que la *máxima* pueda universalizarse “rectamente”, de manera que sí pueda *concebirse* o pueda *quererse* un mundo en el cual la *máxima* devenga en *ley universal* con total validez y legitimidad y no se autodestruya la *universalización* por

sino con la intención de que la persona interpelada deba constreñirse al deseo expresado, se acostumbra...utilizar una forma lingüística especial denominada modo imperativo.”, en Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford 1997, p. 18. Por otra parte: “Hacer que otros hagan o dejen de hacer algo no es fácil. El comportamiento es resultado de causas y motivaciones tan persistentes, que es muy difícil ya no suprimir, sino simplemente, atenuar su función motivadora. Para hacer que ciertos individuos se comporten como alguien quiere o desea, es necesario que éste disponga de elementos enormemente persuasivos que permitan alterar el cuadro habitual de las motivaciones de los individuos.”, en Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México 2001, p. 12.

²⁶ Para un análisis sucinto y claro de los tipos de imperativo en Kant es recomendable consultar el parágrafo quinto intitulado ‘La teoría kantiana de los valores’, del capítulo primero de García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México 2001, pp. 9 y 10.

volverse imposible su realización o por ser indeseables los resultados de ella.

En palabras de Kant, ciertamente difíciles pero agudas:

Estos son algunos de los muchos deberes reales, o al menos considerados por nosotros como tales cuya derivación del principio único citado [el principio de la universalización] salta claramente a la vista. Hay que *poder querer* que una máxima de nuestra acción sea ley universal: tal es el canon del juicio moral de la misma, en general. Algunas acciones son de tal modo constituidas, que su máxima no puede, sin contradicción, ser siquiera pensada como ley natural universal, y mucho menos que se pueda querer que deba serlo. En otras no se encuentra, es cierto, esa imposibilidad interna; pero es imposible querer que su máxima se eleve a la universalidad de una ley natural, porque tal voluntad sería contradictoria consigo misma.²⁷

Y más adelante, sentencia:

[...]en los casos en que contravenimos a un deber, hallaremos que realmente no queremos que nuestra máxima deba ser universal, pues ello es imposible; más bien lo contrario es lo que debe mantenerse como ley universal. Pero nos tomamos la libertad de hacer una excepción para nosotros - o aún sólo para este caso -, en provecho de nuestra inclinación.²⁸

A continuación un ejemplo para aterrizar la cuestión planteada.

Ejemplo de prometer falsamente para obtener dinero prestado

Para corroborar si el acto de prometer falsamente para obtener dinero prestado logra pasar la prueba de la *universalización* y convertirse, así, en un deber normativo, con pleno sentido de la incondicionalidad que conlleva necesariamente el hecho de

²⁷ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Porrúa, México 2007, pp. 44 y 45.

²⁸ *idem*

caracterizar una conducta como norma moral, es menester aplicarle los tres pasos que integran la mencionada prueba.

1. El primer paso consiste en postular la *máxima*, que en este caso sería: “Para obtener dinero prestado se hace una promesa falsa de pago”.
2. El segundo paso consiste en *universalizar* la máxima: “Todos actúan según la máxima de prometer falsamente si necesitan obtener dinero prestado”.
3. El tercer paso consiste en preguntarse si es posible actuar en un mundo en el que la *máxima* es *ley universal*. En este caso la respuesta es negativa. No puede *concebirse* un mundo en el que todos tomen por ley universal prometer falsamente si necesitan obtener dinero prestado.

¿Por qué? Pues simple y sencillamente porque la supuesta ley universal se autodestruye al ser imposible su realización. Imaginemos un mundo en el que todos los que quisieran obtener dinero prestado prometieran falsamente. Nadie creería en la promesa, eso está claro. Si todos cuando se ven en la premura de obtener dinero prometen falsamente, ¿quién sería capaz de prestar, a sabiendas de que todos los que prometen lo hacen falsamente? La ley universal así obtenida constituye una imposibilidad. Su aplicación implica su aniquilación. Se trata de una *contradicción en el pensamiento* insubsanable. No puede concebirse (pensarse) siquiera un mundo donde esa supuesta ley universal rija. En el momento en que empieza a regir se destruye, se elimina. Entonces la *máxima* no puede ser *pensada* como *ley universal* sin incurrir en una contradicción insalvable. Por ello no actuar en concordancia con ella, con lo que ella ordena, es un deber normativo hacia los demás. El deber normativo se obtiene de la negación de la *máxima* universalizada, al no haber podido salir adelante en la prueba. Es un deber normativo perfecto, a decir de Kant, pues indica el sentido en el que ha de realizarse una conducta,

es un deber que exige la comisión u omisión de acciones concretas. La contradicción genera la imposibilidad en la pretensión de la ley universal por consolidar su imperio. De no haber habido contradicción, ni en el pensamiento ni tampoco en la voluntad, entonces estaríamos ante la presencia de una máxima que pasa la prueba de la universalización y, en consecuencia, proporciona un deber normativo moral concreto.

V. LA IDEA KANTIANA DE UNIVERSALIDAD COMO FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los *derechos humanos* contienen *principios ético-jurídicos* con pretensiones de *universalidad*. Son una muy importante fuente de las legislaciones positivas y el límite de los diversos actos de gobierno de los Estados. Sin importar el régimen político ni la ideología social que enarbole un determinado gobierno, los derechos humanos constituyen auténticas pautas, por una parte, para la elaboración de las leyes de los Estados, y, por otra, frenos para un potencial ejercicio del poder político desmesurado. Es por ello que los *derechos humanos* no pueden pensarse sino como con una aspiración *universalista*, como válidos independientemente de toda experiencia particular. Ya que para su observancia no es legítimo alegar circunstancias espaciotemporales. Su nomenclatura expresa con contundencia su propósito *universalista*: *derechos humanos*. La mera condición humana garantiza su tenencia y su resguardo. Su manto protector salvaguarda independientemente de adscripciones culturales y de la raza, sexo, estado económico, estado político, estado jurídico, salud, etc., de sus poseedores. Bajo ninguna circunstancia pueden ser suprimidos. Son caracterizados como inalienables²⁹ (en sentido

²⁹ Si se atiene a la universalidad de los derechos humanos como mera enunciación a lo más que puede extenderse tal interpretación es a constatar su carácter inalienable. Es decir, derivar de la definición de universalidad la correlativa imposibilidad de su privación empírica. Los derechos humanos son para “todos”,

etimológico, no pueden tornarse ajenos o extraños a sus tenedores). Su mira es garantizar al *universo* de los seres humanos una viabilidad de vida digna o feliz, poniéndoles a su alcance las condiciones mínimas idóneas para que, ya insertos en un contexto sociocultural específico, acometan la realización de la dignidad o felicidad según éste lo construya y le dé significación.

¿Qué sucedería si la universalidad de los derechos humanos estuviera condicionada a las circunstancias de espacio y tiempo en que son invocados? ¿Cabría la posibilidad de poder reputarlos verdaderamente universales? ¿Qué se pensaría de un tal “universalismo” cuyo imperium jurídico puede ser objeto de excepciones de acuerdo a la coyuntura, a la voluntad del gobernante en turno, del partido en el poder, de un régimen político de facto, de una conveniencia estratégica, etc.? De aceptarse tal hecho, habría que, en consecuencia, suprimir el calificativo de “humanos” o “del hombre”. El multiculturalismo³⁰ ha argumentado, no sin razón, que la experiencia humana en la tierra es tan variada y disímbola, es decir, que la dimensión axiológica es tan plural, que con mucha dificultad podrían llegar a ser universales un catálogo de derechos, aunque sean mínimos. Habría que conceder importancia a este razonamiento, sobre todo en la medida en la que los instrumentos jurídicos que contienen a los derechos humanos se van ensanchando y abarcan cada vez más situaciones, que difícilmente pueden llegar a ser compartidas por las innumerables nacionalidades y culturas que habitan el planeta. Empero, ¿podría concederse que la vida o la libertad, y

“nadie” puede ser privado de ellos. Como puede verse, no se aporta información a la ya contenida en la concepción literal de universalidad.

³⁰ “Se dice que las sociedades modernas se caracterizan por una profunda diversidad y por un pluralismo cultural. En el pasado, esta diversidad fue ignorada u ocultada por modelos de ciudadano ‘normal’, que estuvieron basadas típicamente en los atributos del varón capaz heterosexual y blanco.”, en Kymlicka, Will, *Contemporary political philosophy*, Oxford University Press, 2002, p. 327. El multiculturalismo es, pues, una propuesta contemporánea que surge como movimiento reivindicatorio de la alteridad.

en general los derechos humanos originarios, pudieran ser objeto de excepción en alguna circunstancia particular? La pena de muerte existe y es derecho vigente en varias naciones, es decir, el derecho humano a la vida es inobservado bajo determinadas circunstancias. Esto implica que, en efecto, dicho derecho humano es observado según la circunstancia de espacio y tiempo. Pero esto no significa que el propósito universalista de los derechos humanos pierda validez. Por el contrario, es precisamente porque se presentan excepciones en su observancia que se requiere una fundamentación verdaderamente universalista, con el auxilio de la lógica normativa. Si los derechos humanos cuentan con una fundamentación estricta y firme será más complicado para los diversos agentes estatales o gubernamentales justificar o encubrir su inobservancia coyuntural o voluntaria.³¹

La *universalidad* de un *principio normativo* está fundamentada de modo riguroso en la filosofía del obrar de Kant, expuesta anteriormente. Si bien la filosofía de la acción de nuestro pensador tiene un propósito de fundamentación de la acción moral principalmente, su alcance se extiende hasta las disciplinas normativas del obrar en general, y más en particular al campo jurídico, tan estrechamente ligado a la moralidad como disciplina valorativa. Más aún si atendemos a los *principios jurídicos* fundamentales, los cuales son un verdadero híbrido ético-jurídico. Entre ellos, desde luego, están los *derechos humanos*.

Según vimos antes, para que pueda hablarse de *universalidad* es indispensable sustraerse de las determinaciones de la experiencia, de los vaivenes del mundo empírico, de suyo inaprehensible e incierto,

³¹ Sobre la controversia entre universalismo de los derechos humanos y relativismo cultural véase el tercer capítulo de Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, UNAM/Siglo XXI, México 2005. Al propósito dice: “En nuestro caso, dentro de las culturas y entre las culturas, aparecen conflictos acerca de la comprensión o la valoración de los derechos humanos.”

impredecible, relativo. Veamos cómo funcionaría este punto en lo que respecta a los *derechos humanos*.

Es un hecho innegable que existe una diversidad cultural ingente en el mundo, la búsqueda incesante de la felicidad adquiere tonos, actitudes, estrategias, maneras de organizarse, etc., del modo más divergente y complejo que pueda imaginarse. La búsqueda de la felicidad es un elemento común entre las comunidades humanas, pero la manera de acometer su alcance varía ostensiblemente. Ciertas comunidades considerarán virtuosas determinadas acciones mientras que otras las reputarán indeseables, o incluso viles. El campo de la acción humana es inconmensurable y en él acaecen, tiempo a tiempo, espacio a espacio, moleculares maneras de estar en el mundo y de relacionarse los unos con los otros. Las condiciones geográficas, históricas, económicas, sociales, religiosas, todas ellas permitirán o prohibirán la realización de ciertas acciones.³² El elemento contextual circunscribe a los seres humanos, formando el ambiente en el cual desarrollarán su vida, en el cual se cristalizará el entramado de relaciones con los otros y con la naturaleza y la afanosa persecución de la felicidad.

Pero siendo así, ¿qué asequible posibilidad de encontrar y fundamentar la *universalidad* de los *derechos humanos* puede hallarse? ¿Cómo lograr hallar y, sobre todo, fundamentar ciertos *principios ético-jurídicos* mínimos en toda esa inmensa maraña de valoraciones encontradas sobre las acciones virtuosas que se presentan día a día en todas las comunidades humanas? Imposible encontrarlo en el

³² De nuevo Kymlicka: “Algunos grupos rechazan la idea misma de integrarse en la cultura ‘común’ nacional. Estos incluyen ‘minorías nacionales’, como los quebequenses, catalanes o flamencos, , que se piensan a sí mismos como conformadores de ‘naciones’ distintas al interior de un Estado más grande, y luchan para mantenerse a sí mismos como sociedades con gobierno propio, con sus propias instituciones públicas, interactuando en su propia lengua nacional y cultura...Una historia similar puede ser contada acerca de muchos pueblos indígenas, quienes también rechazan la integración...”, en Kymlicka, *op. cit.*, p. 330.

mundo empírico, abanico ingente de acciones en todas direcciones, desordenado transcurrir del obrar.

Solamente sustrayéndonos de la realidad empírica podemos alcanzar la *universalidad*. Habrá que contrastar las acciones con la fórmula de la *universalidad* para ver si la pasan y pueden convertirse en *reglas*, en *normas*. Hay que convertir en principios objetivos esas acciones por medio del filtro del imperativo categórico.

Las *máximas* particulares de la acción con las que se conducen cotidianamente los seres humanos al interior de su peculiar comunidad cultural deben ser puestas a prueba por medio de la fórmula de la *universalidad*. Si no la pasan no pueden convertirse en *leyes*, en principios objetivos del obrar, puesto que si no la satisfacen son meras referencias singulares del difuso mundo empírico. Insistimos, para poder ser *universales* y convertirse en *principios normativos*, las acciones deben fundamentarse al margen de la experiencia.

En este artículo pretendemos mostrar la complejidad teórica que subyace a una fundamentación de los *derechos humanos* como *principios normativos universales*. Los *derechos humanos* son ese núcleo mínimo de *principios ético-jurídicos* cuya validez puede fundamentarse por medio de la *universalización*.

Tomemos como ejemplo, primeramente, el derecho humano fundacional, el que garantiza la vida, contenido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la ONU, de 1948, a saber, el estatuido en el artículo 3,³³ que indica: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

Ahora contrastémoslo con la fórmula de la universalidad del imperativo categórico. Recordemos que consistía en actuar de tal manera que convirtamos nuestra *máxima* en *ley universal* de conducta. La máxima podría enunciarse así: “Es bueno que yo tenga y conserve mi vida.” ¿Esta máxima puede universalizarse? ¿Sería posible

³³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, consultada en el sitio web: <<http://www.un.org/es/documents/udhr>>.

y plausible que todos los individuos conservaran su vida? ¿Para que yo viva es necesario que otro u otros la pierdan? ¿Me gustaría que me privaran de la vida? ¿Es factible una realidad en la que los unos a los otros nos privemos de la vida? ¿No es una contradicción lógica (recordemos que Kant la llamaba contradicción en el pensamiento) pensar la posibilidad de eliminar a los sujetos que enuncian o reclaman un derecho? ¿Tiene sentido el derecho sin la vida? La *máxima* pasa la prueba de la *universalización* pues puede convertirse en principio objetivo, en ley. La *universalización* no acarrea perjuicio alguno a nadie ni es imposible de cumplirse. La *universalización* podría enunciarse de esta manera: “Todos los seres humanos tienen que ser respetados en su vida y en la conservación de ésta”. Y así obtenemos un derecho humano fundamental, el derecho a la vida, como *principio ético-jurídico*.

Si se efectúa la tarea de analizar uno a uno los *derechos humanos* contenidos en la Declaración de 1948 se corroborará su eficacia *universal* intrínseca, su cumplimiento cabal de la fórmula de la universalidad que los convierte en principios objetivos, válidos en todo momento y lugar.

La gran importancia de los derechos humanos para la convivencia entre las múltiples comunidades humanas vuelve necesaria una fundamentación rigurosa que vaya más allá de los convencionalismos y de los consensos. La fundamentación tiene que ser de corte universalista para poder salvar las tremendas diferencias que existen entre los seres humanos en sus modos de pensar y actuar en el mundo. El multiculturalismo acierta al señalar que los seres humanos no son iguales en su manera de entender y actuar la vida, pero el *universalismo* sostiene que para expresar esa última proposición es indispensable decirla y afirmarla desde la vida misma, de otro modo no hay posibilidad de significación. Si bien no hay un pensar sino pensares, el sustrato de ambos es uno y el mismo: la vida. Los derechos humanos son ese núcleo mínimo de convergencias en el gigantesco y riquísimo entramado de divergencias que producen los

seres humanos al habitar y semantizar en el mundo, núcleo mínimo cuya garantía y salvaguarda hace posible precisamente ese gigantesco y riquísimo entramado. La filosofía racionalista y crítica de Kant aporta, en este sentido, una herramienta teórica vasta para fundamentar la *universalización* de los *derechos humanos* como *principios ético-jurídicos* de protección y guarda de la dignidad humana con miras a la consecución de la felicidad.

Ahora, como segundo ejemplo, tratemos a detalle lo relativo al derecho a la libertad indicado en segundo término en el artículo tercero transcrito de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En esta oportunidad haremos la prueba de la *universalidad* “en sentido contrario”³⁴, es decir, partiendo de la negación del derecho e intentando *universalizar* su negación, método más cercano al utilizado por Kant según vimos en el ejemplo de la falsa promesa de pago, es decir, esgrimir una máxima que implique una acción que no puede ser universalizada porque hacerlo implicaría una contradicción ya sea en el pensamiento o en la voluntad.

Ejemplo de la negación de la libertad

1. Primero postulamos la *máxima*, la cual recordemos que puede ser expresada en tantos modos como contextos culturales o incluso individuales puedan presentarse. En este caso podría ser: “Si necesito lograr alguna finalidad económica puedo privar de la libertad a otro para conseguirlo”.

³⁴ En el caso relativo al esencialísimo derecho a la vida la *universalización* se simplificó para mostrarla de forma más accesible, efectuándose por medio de preguntas y conduciendo el argumento hasta concluir que el derecho a la vida es fundacional y *universal* puesto que la negación de tal sería absurda, negar el elemento que hace posible su propia enunciación. Desde luego que la *universalidad* del derecho a la vida también puede obtenerse en sentido contrario, es decir, negando la vida y constatando la imposibilidad lógica de la *universalización* de la negación de la vida, método más apegado al kantiano, como haremos respecto del derecho a la libertad.

2. Enseguida ensayamos la *universalización* de la máxima: “Todos los que necesiten lograr alguna finalidad económica pueden privar de la libertad a otro para conseguirlo”.
3. Finalmente concluimos si la *máxima* puede llegar a convertirse en *ley universal*. La máxima no aprueba el procedimiento de universalización. No puede *pensarse* en un mundo donde todos los que tengan un compromiso de naturaleza económica se vean legitimados a privar de la libertad a otro para solventarlo. No puede ni *pensarse*, es una contradicción lógica, una *contradicción en el pensamiento*. Al momento de pensarse ya es inválida. Nadie podría *pensar* como *ley universal* que el prójimo al verse en una premura venga hacia nosotros y nos prive de la libertad. En efecto, es impensable un orden social (en tal caso sería un desorden social) en el cual todo individuo tuviera como *ley universal* el privar de la libertad a otro para resolver un apuro económico. Imaginemos el grotesco e indeseado escenario social en el cual la privación de la libertad fuera *ley universal* para cualquier individuo que enfrentara una dificultad de tipo económico o de cualquier otra índole.

Veamos, por último, un tercer ejemplo, el de la tortura, sobre el cual la Declaración en comento establece en su artículo 5: “Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”³⁵

Hagamos la prueba de la universalización.

Ejemplo de la tortura

1. La *máxima* podría ser: “Para obtener una prueba en un proceso criminal se puede torturar al indiciado”.

³⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, consultada en el sitio web: <<http://www.un.org/es/documents/udhr>>.

2. La *universalización* de la máxima sería: “Todos los que requieran obtener una prueba en un proceso criminal pueden torturar al indiciado”.
3. ¿Es factible que la *máxima* se convierta en *ley universal*? ¿Se puede *pensar* en un mundo en donde para conseguirse una prueba sea legítimo torturar al indiciado?

En este caso pareciera ser que la respuesta puede ser afirmativa. Aparentemente sí puede *pensarse* en un mundo donde mediante la tortura se obtuviera una prueba. Por supuesto que, del universo de todos los sujetos, no son la mayoría quienes están involucrados en procesos criminales, de manera que solamente quienes sí lo estuvieran serían torturables. Así que no es una contradicción en el pensamiento. ¿Podemos concluir que en el caso de la tortura para obtener pruebas estamos frente a una *máxima* que puede convertirse en *ley universal*? Tendría efectos teóricos y prácticos catastróficos.

Empero, nada más equivocado. No olvidemos que la prueba de la *universalización* tampoco puede incurrir en una *contradicción en la voluntad*, es decir, no puede *quererse* que la *máxima* se convierta en *ley universal* de conducta. En este tercer ejemplo de análisis es menester recurrir a tal limitante en el proceso de *universalización*. ¿Puede *quererse* un mundo en el cual sea *ley universal*?

Si por alguna circunstancia azarosa de la vida, algún sujeto se viera inmerso en un proceso criminal, ¿consideraría como legítimo ser torturado para obtener de él una confesión? En este caso la *máxima* no pasa la prueba de la *universalización*, o sea no puede convertirse en *ley universal*, porque ningún sujeto querría que eventualmente fuera torturado en caso de ser indiciado en un proceso criminal. Hay una *contradicción en la voluntad* porque no puede *quererse* como *ley universal* una acción violenta para obtener pruebas. De modo que al no pasarse la prueba de la *universalización* obtenemos un deber normativo que reza así: “Nadie puede ser torturado (en esta coyuntura, para obtener prueba de él en un proceso criminal).”

Como corolario señalaremos que, en los días actuales, de álgidas encrucijadas políticas, en un mundo globalizado y en vías de homogeneización es francamente plausible la consolidación de un multiculturalismo robusto y constructivo si y sólo si se consigue formular una universalización firme y normativa de los derechos humanos. A pesar de la inmensa diversidad axiológica producida por las distintas comunidades políticas integrantes de los Estados pluriculturales contemporáneos, los derechos humanos, con una correcta *fundamentación* universalista, pueden regir e hilvanar el quehacer público de la comunidad internacional de países, por más lejanos que éstos puedan llegar a encontrarse en cuestiones de diversidad cultural, incluso en el antagonismo. Un multiculturalismo equilibrado se tornará asequible cuando contemos con un núcleo mínimo de convergencias, a saber, los derechos humanos, que se encuentren legítimamente fundamentados de manera *universalista*, más allá de lo consensual o coyuntural del momento político imperante en determinado tiempo y espacio. El multiculturalismo, si pretende tomarse con seriedad y no constituirse en la justificación del “todo se vale, todo está permitido”, debe estar fundado *universalmente* en el *imperium* de los derechos humanos. Lo mucho en lo uno.

VI. CONCLUSIÓN

La evolución histórica del derecho, junto con el desarrollo histórico de las sociedades, ha logrado la encomiable tarea de producir un conjunto de acuerdos normativos mínimos supraestatales que constituyen los derechos humanos. La compleja interacción entre los Estados contemporáneos y sus ciudadanos se encuentra intercedida por dicho cuerpo normativo nuclear. Los Estados crean organismos ‘vigilantes’, encargados exclusivamente de que los derechos humanos sean observados con oportunidad, e incluso, en muchos Estados, los juicios de protección constitucional ante los órganos jurisdiccionales competentes pueden ser solicitados cuando el ciu-

dadano alega violaciones a los derechos humanos. Los derechos humanos, como acuerdos normativos mínimos, han logrado ya la publicidad y afincamiento deseable entre la mayor parte de la gente a escala global. Los derechos humanos son reconocidos como universales. Empero, la universalidad difundida y popularizada tiene que ver únicamente con la aplicabilidad irrestricta a toda persona sin distinción de raza, género, preferencia sexual, etc.

La universalidad de los derechos humanos como mera enunciación resulta una aproximación débil al propósito con el que tales importantes derechos fueron concebidos, como producto de una larga y sinuosa maduración política y jurídica de la comunidad internacional después de la situación en sumo grado crítica que dejaron las dos guerras mundiales del siglo pasado. Se consideraba primordial lograr un instrumento jurídico fundamental y supranacional que limitara y condujera el ejercicio del poder, al margen de cualquier coyuntura local. Si bien una justificación relativista de los derechos humanos, como la que de facto sustentan los Estados que aplican la pena de muerte, puede contar con argumentos definidos, la consolidación de un núcleo mínimo de derechos incuestionables en todo tiempo y espacio es una prioridad en un mundo global que es capaz de fijar y exigir una restricción racional recíproca en el ejercicio del poder, a cualquier Estado o nación.³⁶

En este artículo se pretendió mostrar cómo es posible una fundamentación *universal* de los derechos humanos que vaya más allá de lo consensual, de la coyuntura política o de su esfera de aplicabilidad. Una *universalidad* fuerte dotaría a los derechos humanos del poder jurídico necesario a fin de que su *imperium* tenga el vigor normativo requerido para su aplicabilidad en cualquier tiempo y espacio. Y esta fundamentación normativa *universal* se encuentra en el análisis

³⁶ Véase al respecto el párrafo ‘Derechos humanos y multicultural’, en Beuchot, *op. cit.*, pp. 40-44. La tensión entre universalismo y multiculturalismo puede ser atemperada por una fundamentación firme de un núcleo mínimo de derechos inatacables, por medio del universalismo normativo lógico.

de su propia estructura como norma, en su contenido intrínseco, en su configuración lógica, como ya se expuso a detalle. Sólo con unos derechos humanos fuertemente fundamentados se puede transformarlos en el indispensable e idóneo instrumento conductor de las relaciones entre Estados y ciudadanos en un planeta inconmensurablemente heterogéneo.

VII. BIBLIOGRÁFICAS

ALLISON, Henry, *Kant's theory of freedom*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

———, Henry, *Kant's Transcendental idealism*, Yale University Press, 2004.

BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, UNAM/Siglo XXI, México 2005.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del derecho natural*, UNAM, México 1999.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México 2001.

HART, H.L.A, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford 1997.

HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Servicio de publicaciones, Diputación de Albacete, 2001.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Editorial Alfaguara, Madrid 2010.

———, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Editorial Losada, Buenos Aires 2007.

———, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Editorial Porrúa, México 2007.

———, Immanuel, *Filosofía de la historia*, Fondo de Cultura Económica, México 2004.

KYMLICKA, Will, *Contemporary political philosophy*, Oxford University Press, 2002.

- PINKARD, Terry, *German Philosophy 1760-1860*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- RAWLS, John, *Lectures on the history of moral philosophy*, Harvard University Press, Harvard 2003.
- STROUD, Barry, *Hume*, UNAM/IIF, México 2005
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México 2001.
- XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, UNAM, México 2010.
- RABINOW, P. (ed.), *The Foucault Reader*, Pantheon Books, New York, 1984.
- GUYER, Paul (ed.), *The Cambridge companion to Kant*, Cambridge University Press, New York 1999.

1. FUENTES ELECTRÓNICAS

- <<http://www.un.org/es/documents/udhr>>.
- <<https://plato.stanford.edu/entries/enlightenment>>.

LA GARANTÍA DEL DERECHO HUMANO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. COMBATE A LA IMPUNIDAD EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA (MÉXICO Y COLOMBIA)

THE GUARANTEE OF THE HUMAN RIGHT OF WOMEN TO A LIFE FREE OF VIOLENCE. FIGHT AGAINST IMPUNITY IN THE COURTS OF LATIN AMERICA (MEXICO AND COLOMBIA)

MARÍA ELISA FRANCO MARTÍN DEL CAMPO¹

RESUMEN: En este artículo se analizan dos sentencias de Tribunales Constitucionales en América Latina que aplican la Convención de Belem do Pará como parte del método para juzgar con perspectiva de género, y la manera en que este tratado internacional juega un papel esencial para la efectiva garantía en el ámbito judicial del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y el combate a la impunidad sistemática de la violencia contra las mujeres en la región.

PALABRAS CLAVE: *Convención de Belem do Pará, derecho humano a una vida libre de violencia, violencia contra las mujeres, impunidad, perspectiva de género, Sistema Interamericano, Tribunales Constitucionales.*

ABSTRACT: This article analyzes two judgments of Constitutional Courts in Latin America that apply the Convention of Belem do Para as part of the method for judging with a gender mainstreaming, and the way in which this international convention plays an essential role for the effective guarantee of the human right of women to a life free of violence and the fight against the systematic impunity of violence against women in the region.

¹ A María Elisa y a todas las niñas de América Latina, que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer sea siempre un instrumento jurídico vivo que contribuya a la garantía efectiva de sus derechos humanos, especialmente a crecer y vivir libres de todo tipo de violencia y discriminación por género.

KEYWORDS: *Convention of Belem do Para, the right to be free from violence, violence against women, impunity, gender mainstreaming, Inter-American Human Rights System, Constitutional Courts.*

SUMARIO: I. Introducción; II. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”; III. El Amparo en Revisión 554/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; IV. La Tutela 012/16 de la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia; V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer también conocida como “Convención de Belem do Pará” es el tratado internacional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante Sistema Interamericano o SIDH)² que reconoce el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Consideramos de gran importancia analizar el impacto que este tratado ha tenido para la efectiva garantía del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia, es decir, cual ha sido el efecto útil de la Convención de Belem do Pará en los Estados Parte.

El objetivo del presente artículo es aportar elementos de análisis sobre el efecto útil que ha tenido la Convención de Belem do Pará en los Tribunales Constitucionales de México y Colombia, a través del análisis de dos sentencias en las que este tratado internacional

² Para profundizar sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se sugiere consultar, *inter alia*, García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007; Gozainí, Alfredo, *Procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, 2016; Franco Martín del Campo, María Elisa, *El Sistema Interamericano de Protección y Promoción de Derechos Humanos: apuntes para su comprensión en Perspectiva en Derechos Humanos*, México, número 2, julio-diciembre, 2012, p.p. 21-42.

ha sido un instrumento importante para el combate a la impunidad de la violencia contra las mujeres.

Las sentencias seleccionadas son el Amparo en Revisión 554/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante Suprema Corte o SCJN) y la sentencia de Tutela 012/16 de la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia (en adelante Corte Constitucional). Seleccionamos estas sentencias por los siguientes motivos: i) en ambas se juzgó con perspectiva de género,³ ii) se aplicó la Convención de Belem do Pará, iii) se desarrollaron importantes criterios constitucionales a partir de este tratado internacional, y iv) garantizaron el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia en los casos concretos. Estas sentencias representan un ejemplo del efecto útil de la Convención de Belem do Pará en las decisiones judiciales de la región.

El análisis de las sentencias en este artículo se centrará únicamente en la técnica hermenéutica utilizada por la Suprema Corte y la Corte Constitucional para la aplicación de la Convención de Belem do Pará como elemento esencial para juzgar con perspectiva de género y de esta manera garantizar los derechos de las mujeres, así como en los criterios constitucionales desarrollados a partir de la aplicación de este tratado internacional. Ambas sentencias tienen elementos de análisis muy interesantes de orden procesal, probatorio, entre otros, también podría hacerse un análisis de los impactos que tuvieron en sus respectivos sistemas jurídicos; sin embargo, esos análisis exceden el objeto de las presentes páginas.

³ Para profundizar en el tema de juzgar con perspectiva de género sugerimos consultar, *inter alia*, Pou, Francisca, “Argumentación judicial y perspectiva de género”, en Cruz Parceró, Juan Antonio *et. al.* (coord.), *Interpretación y argumentación jurídica en México*, México, Fontamara, 2014; y Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013.

No queremos realizar el análisis de estas sentencias desvinculado del contexto de violencia contra las mujeres que vivimos en América Latina. De acuerdo con ONU Mujeres 14 de los 25 países del mundo con las tasas más elevadas de feminicidio se encuentran en América Latina y Caribe, además 1 de cada 3 mujeres mayores de 15 años en la región ha sufrido violencia sexual.⁴ En México, de acuerdo con la reciente Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2016, el 66.1% de las mujeres de 15 años y más han sufrido por lo menos alguna vez violencia por motivos de género. En Colombia, de acuerdo con el Ministerio de Salud en el año 2017, se presentaron 71.466 casos de violencia de género, de los cuales el 76.8% fueron contra mujeres.⁵ Estas alarmantes cifras se encuentran acompañadas de un terrible y grave problema: la impunidad sistemática en los casos de violencia de género.

En un contexto de impunidad frente a la violencia contra las mujeres el papel del poder judicial y la plena vigencia de la Convención de Belem do Pará representan un elemento clave para la garantía efectiva del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Es por lo anterior que dedicamos las presentes páginas a analizar dos sentencias de Tribunales Constitucionales de la región que al emplear la perspectiva de género y aplicar la Convención de Belem do Pará realizan un importante aporte al combate a la impunidad de la violencia de género.

⁴ <<http://lac.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2017/12/alto-al-feminicidio>>.

⁵ <<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/No-mas-cifras-de-violencia-contra-la-mujer.aspx>>.

II. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER “CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ”

La Convención de Belem do Pará es el tratado del Sistema Interamericano que reconoce de manera específica los derechos humanos de las mujeres. Lo anterior de modo alguno significa que las mujeres no seamos titulares de los derechos humanos reconocidos en los otros ocho tratados del Sistema Interamericano, significa que la Organización de Estados Americanos (OEA) reconoció mediante la aprobación de este tratado que las mujeres hemos enfrentado violencia y discriminación histórica que nos afecta de manera distinta.

La Convención de Belem do Pará es el tratado internacional que, producto de los distintos movimientos feministas para visibilizar y lograr el reconocimiento de los derechos de las mujeres en el continente, fue redactado por la Comisión Interamericana de Mujeres (en adelante también CIM)⁶ y aprobado por los Estados miembros de la OEA para reconocer el derecho humano de las mujeres a vivir libre de violencia y discriminación, en el entendido que si no se nos garantiza a las mujeres una vida sin violencia y discriminación será imposible que ejerzamos y gocemos plenamente del resto de nuestros derechos humanos.

La Convención de Belem do Pará fue aprobada por la Asamblea General de la OEA el 09 de junio de 1994 y entró en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación, ese día fu el 05 de marzo de 1995.

⁶ En 1928, fue constituida la CIM durante la Sexta Conferencia Internacional Americana, llevada a cabo en La Habana, para conocer más sobre la CIM se sugiere consultar García Ramírez, Sergio, “Los derechos de las mujeres y la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, en Juan Soroeta Licerias (ed.), *Los Derechos Humanos de la Mujer*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2007.

En el preámbulo de la Convención de Belem do Pará⁷ se reconocen cinco elementos que consideramos claves para entender las causas, consecuencias y efectos de la violencia contra las mujeres: i) es una violación a los derechos humanos que limita parcial o totalmente el goce y ejercicio del resto de derechos y libertades, ii) es una ofensa a la dignidad humana, iii) es una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, iv) trasciende todos los sectores de la sociedad, y v) la eliminación de la violencia contra la mujer es una condición indispensable para su desarrollo, así como para el pleno e igualitario disfrute de todos sus derechos humanos.

Para empezar con el análisis de los cinco elementos anteriores queremos señalar que es de la mayor trascendencia el reconocimiento del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia como derecho humano en un tratado internacional. Este reconocimiento ya se había hecho en otro tipo de instrumentos internacionales como en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*,⁸ pero la naturaleza y alcance de este tipo de instrumentos de *soft law* como fuente del Derecho Internacional es distinta a la de un tratado internacional. A partir del contenido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se puede afirmar que los tratados internacionales son fuente primaria, por lo que la Convención de Belem do Pará realiza una contribución enorme al ser el primer tratado internacional en reconocer de manera expresa el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia como un derecho humano.

No pasa desapercibido para nuestro análisis que el primer tratado internacional en reconocer de manera específica los derechos

⁷ Para un análisis desde la doctrina de la Convención de Belem do Pará se sugiere consultar Palacios, Patricia, *Las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y la Perspectiva de Género*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005.

⁸ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993.

de las mujeres es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés),⁹ sin embargo, en este tratado internacional no se hace referencia a la violencia contra las mujeres. En 1992 el Comité CEDAW, órgano *cuasi jurisdiccional* facultado para la interpretación y aplicación de la CEDAW, en su recomendación general número 19 señaló que la definición de discriminación contra la mujer contenida en el artículo primero de CEDAW incluye la violencia contra las mujeres, por lo que a partir de esta recomendación general (actualizada en 2017 por la recomendación general 35) es posible afirmar que CEDAW también atiende a la violencia contra las mujeres. De esta manera es vía interpretación del Comité CEDAW y no por contenido expreso del tratado que el tema de violencia contra las mujeres queda comprendido en los alcances de la CEDAW.

El que se reconozca el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia como un derecho humano significa necesariamente que el Estado tiene la obligación de respeto y garantía frente al derecho de las mujeres a vivir libres de violencia. Dichas obligaciones han sido ampliamente desarrolladas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), resulta paradigmática la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o Corte IDH) en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*,¹⁰ en esta sentencia la Corte IDH desarrolla el alcance y contenido de las obligaciones en materia de derechos humanos, especialmente la de garantía. A partir de esta sentencia la Corte Interamericana en su jurisprudencia constante ha señalado que la obligación general de garantía en materia de derechos humanos está conformada por cuatro obligaciones específicas: prevenir, investigar, sancionar y reparar.

⁹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1981.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

En el DIDH se ha desarrollado el estándar de debida diligencia, que representa un enfoque analítico acerca del alcance de las obligaciones de los Estados de proteger y garantizar los derechos humanos.¹¹ Al ser reconocido el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia como un derecho humano, el Estado se encuentra obligado a utilizar el estándar de la debida diligencia, es decir, a prevenir, investigar, sancionar y reparar todos los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres.

El segundo de los elementos del preámbulo de la Convención de Belem do Pará que queremos analizar es el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres representa una ofensa a la dignidad humana. Consideramos que esta afirmación tiene dos consecuencias importantes, por un lado, se acepta la gravedad de la violencia contra las mujeres y por tanto la imperiosa necesidad de erradicarla, y por otro, se establece de manera expresa en el propio texto del tratado el vínculo con la dignidad humana, que es la fuente de todos los derechos humanos de acuerdo con la corriente de fundamentación ética.¹² En este sentido, al representar la violencia contra las mujeres una ofensa a la dignidad humana podemos afirmar que el derecho de las mujeres a una vida sin violencia deriva de la dignidad humana y por lo tanto es un derecho humano. Para Habermas la dignidad humana es la fuente moral de la que derivan todos los derechos humanos.¹³

El tercer elemento del Preámbulo de la Convención de Belem do Pará que nos parece muy importante señalar es el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una manifestación de rela-

¹¹ Franco Martín del Campo, María Elisa, La violencia contra las mujeres en el ámbito familiar en México: una aproximación desde el estándar de la debida diligencia en *Este País*, México, número 305, septiembre, 2016, pp. 7-16.

¹² Cfr. Nino, Carlos Santiago, Ética y derechos humanos, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2005.

¹³ Habermas, Jürgen, El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos en *Diánoia*, México, número 64, mayo, 2010, pp. 3-25.

ciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, ya que de esta manera se reconoce que nosotras hemos enfrentado discriminación por ser mujeres, es decir, discriminación por motivos de género y que esta discriminación, que provoca relaciones asimétricas de poder es causa directa de la violencia contra las mujeres.

A partir del género, entendiéndolo como *“el conjunto de ideas, representaciones prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos, para simbolizar y construir lo que es “propio” de los hombres (lo masculino) y lo que es “propio” de las mujeres (lo femenino)”*,¹⁴ se han construido prejuicios, roles y estereotipos que han tenido como resultado una mayor valoración de lo masculino y un desprecio por lo femenino, lo que ha resultado en relaciones asimétricas de poder entre mujeres y hombres, y por lo tanto en discriminación y violencia contra nosotras.

El cuarto elemento de análisis a partir del Preámbulo de la Convención de Belem do Pará es el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres trasciende todos los sectores de la sociedad, consideramos que esta afirmación tiene por lo menos dos importantes implicaciones. La primera de ellas es que reconoce que la violencia contra las mujeres tiene múltiples tipos y modalidades, por lo que puede presentarse en cualquier ámbito de nuestra vida: escolar, laboral, social, comunitario, institucional, familiar; así como afectarnos de distintas maneras: física, psicológica, sexual, económica o patrimonial. La segunda implicación importante es que rompe la falsa idea de que sólo cierto tipo de mujeres son víctimas de violencia de género, por ejemplo, mujeres pobres o sin educación, ya que todas las mujeres sin importar nivel de educación o condición social podemos ser víctimas de violencia de género. Condiciones como la pobreza colocan a las mujeres en un escenario de mayor

¹⁴ Lamas, Marta, Diferencias de sexo, género y diferencia sexual en *Cuicuilco*, México, número 18, enero-abril, 2000, p. 1.

vulnerabilidad, y tendrá que utilizarse la interseccionalidad¹⁵ como herramienta analítica para determinar en qué medida la pobreza causó o generó un mayor impacto de la violencia de género en la vida de esa mujer.

El quinto y último elemento que queremos analizar del Preámbulo de la Convención de Belem do Pará es el reconocimiento que la eliminación de la violencia contra las mujeres es una condición indispensable para su desarrollo, así como para el pleno e igualitario disfrute de todos sus derechos humanos. Con esta afirmación se reconoce que la violencia contra las mujeres es una barrera que dificulta o imposibilita el ejercicio y goce del resto de los derechos humanos, y por lo tanto eliminar esa barrera, es decir, garantizar de manera efectiva el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia debería convertirse en uno de los principales objetivos para los Estados que son parte de la Convención de Belem do Pará.

Ya que hemos analizado los anteriores cinco elementos del Preámbulo de la Convención de Belem do Pará, que nos brindan una visión panorámica del contenido y alcance de este tratado internacional, así como de sus importantes aportes, consideramos oportuno analizar también la definición de violencia contra la mujer, los derechos protegidos y los deberes de los Estados establecidos en la Convención de Belem do Pará.

En el artículo primero se define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta que basada en su género cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado. Para el análisis de esta definición la descompondremos en tres elementos:

¹⁵ La interseccionalidad es una herramienta que permite analizar el contexto particular de cada persona y entender que pueden confluír distintas categorías sospechosas como la edad, raza, color, religión, pertenencia a una minoría étnica, discapacidad, entre otras; que la colocan en múltiples situaciones de discriminación y vulnerabilidad.

- a) Cualquier acción o conducta que basada en su género
- b) Cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico
- c) En el ámbito público y privado

En el primero de los elementos la perspectiva de género es una herramienta fundamental, ya que nos permitirá determinar si una acción o conducta se encuentra basada en el género. La perspectiva de género puede ser definida como *“una categoría analítica -concepto- que acoge las metodologías y mecanismos destinados al estudio de las construcciones culturales y sociales entendidas como propias para hombres y mujeres, es decir, lo que histórica, social y culturalmente se ha entendido como “lo femenino” y “lo masculino””*.¹⁶ A partir de esta definición podemos señalar que la perspectiva de género es un método de análisis que permite identificar la discriminación y violencia de género, y en consecuencia garantizar el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia.

Respecto al segundo de los elementos de la definición convencional de violencia contra las mujeres queremos señalar que reconoce la existencia de distintos tipos de violencia, específicamente la violencia física, psicológica y sexual. La legislación mexicana a través de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia ha retomado estos elementos de la definición de violencia contra las mujeres de la Convención de Belem do Pará y ha incorporado dos tipos más de violencia: económica y patrimonial.

El tercer y último de los elementos de la definición de violencia contra las mujeres reconoce que ésta se encuentra presente en cualquier ámbito en el que nos encontremos, es decir, tanto en el público como en el privado. El incluir el ámbito privado en la definición convencional de violencia contra la mujer es un importante aporte del feminismo, particularmente de la segunda ola que tenía

¹⁶ Tesis 1a. XXVII/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 40, Tomo I, marzo de 2017, p. 443.

como uno de sus principales argumentos *“lo privado es político”*. Lo anterior tiene un impacto muy significativo para la garantía efectiva del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, ya que el Estado no sólo se encuentra obligado a prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia contra las mujeres cometida en el ámbito público por funcionarios estatales o con el conocimiento de estos, sino también la cometida en el ámbito privado, como la familia y la pareja.

El artículo tercero de la Convención de Belem do Pará reconoce el derecho humano de las mujeres a vivir libres de violencia, y en el artículo sexto establece que este derecho humano implica necesariamente el derecho a estar libre de discriminación y el derecho a ser valorada y educada sin estereotipos de género y prácticas sociales y culturales basadas en inferioridad o subordinación. En el entendido que el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia, que implica necesariamente el derecho a la no discriminación, es un requisito indispensable para el goce y ejercicio del resto de derechos humanos por parte de las mujeres, en los artículos cuarto y quinto de la Convención de Belem do Pará se reconoce que las mujeres somos titulares de todos los derechos humanos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que incluyen tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales.

Los artículos séptimo, octavo y noveno establecen las obligaciones de los Estados para garantizar el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia, es posible sintetizar estas obligaciones con el estándar de debida diligencia al que nos hemos referido en párrafos anteriores: prevenir, investigar, sancionar y reparar la violencia contra las mujeres. Asimismo, se establecen medidas especiales de protección y la importancia del uso de la interseccionalidad, es decir, de tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que

se pueden encontrar las mujeres debido a la edad, raza, condición étnica, condición migratoria, embarazo, entre otras.

La Convención de Belem do Pará ha sido interpretada y aplicada por los órganos principales del SIDH, es decir, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana o CIDH)¹⁷ y por la Corte Interamericana;¹⁸ sin embargo, no es el objetivo de este artículo analizar la jurisprudencia interamericana sobre la Convención de Belem do Pará, sino la manera en que este tratado internacional ha sido usado por los Tribunales Constitucionales para juzgar con perspectiva de género. Por lo tanto, pasaremos al análisis de la aplicación de la Convención de Belem do Pará en dos sentencias paradigmáticas en nuestro continente para la garantía del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia.

III. EL AMPARO EN REVISIÓN 554/2013 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

En el amparo en revisión 554/2013,¹⁹ mejor conocido como el caso de Mariana Lima, la Suprema Corte de Justicia aplicó la Conven-

¹⁷ La CIDH aplicó la Convención de Belem do Pará por primera vez en el paradigmático caso *Maria da Penha vs. Brasil* en el que desarrolla con profundidad la obligación de los Estados Partes de cumplir con el estándar de debida diligencia frente a la violencia doméstica contra las mujeres: CIDH, Informe 54/01, Caso 12.051 (*Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil*), 16 de abril de 2001.

¹⁸ La Corte IDH aplicó por primera vez la Convención de Belem do Pará en el caso del Penal Miguel Castro Castro *vs. Perú*. Otros casos en los que la ha aplicado, *inter alia*, son: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs. México*, Caso De la Masacre de las Dos Erres *vs. Guatemala*, Caso Fernández Ortega y otros *vs. México*, Caso Rosendo Cantú y otra *vs. México*, Caso Veliz Franco y otros *vs. Guatemala*, y Caso Yarce y otras *vs. Colombia*.

¹⁹ Para un análisis más profundo sobre esta sentencia sugerimos consultar: Quintana Osuna, Karla, El caso de Mariana Lima Buendía: una radiografía

ción de Belem do Pará. Antes de pasar al análisis de la aplicación de este tratado internacional por el Máximo Tribunal resulta oportuno señalar que México firmó la Convención de Belem do Pará el 04 de junio de 1995 y la ratificó el 19 de junio de 1998, por lo tanto, es un Estado Parte y los derechos humanos reconocidos en este tratado internacional forman parte del artículo primero constitucional.²⁰

El 25 de marzo de 2013, la Primera Sala de la SCJN resolvió la revisión de un amparo interpuesto por Irinea Buendía Cortez, madre de Mariana Lima Buendía, debido a las irregularidades y falta de investigación con perspectiva de género en la etapa de averiguación previa respecto de la muerte de Mariana Lima Buendía.

Un tema sobre el que queremos llamar inicialmente la atención es que los nombres de Mariana e Irinea aparecen en la sentencia, generalmente los nombres de las personas quejas, personas terceras interesadas y de cualquier otra relacionada con el caso se suprimen de la versión pública de la sentencia y en su lugar se colocan asteriscos, lo anterior con la finalidad de proteger datos personales. No podemos dejar de señalar que esta práctica de colocar asteriscos hace muy complicada la lectura y comprensión de las sentencias de amparo en México, otros tribunales de la región protegen los datos personales a través del uso de iniciales o nombres ficticios, métodos que facilitan la lectura y comprensión de las sentencias. En el caso de Mariana Lima Buendía se mantienen los nombres en la sentencia por solicitud de Irinea Buendía y representa una forma de reparación.

sobre la violencia y discriminación contra la mujer en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 38, enero-junio, 2018, pp.143-168.

²⁰ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección (...). En este tema se sugiere consultar la Contradicción de Tesis 293/11 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1. PRINCIPALES HECHOS

Para el adecuado análisis de la aplicación de la Convención de Belém do Pará que realizó la Suprema Corte consideramos necesario relatar brevemente los principales hechos del caso. Queremos empezar nombrando a Mariana Lima Buendía, señalando que ella era pasante en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, que tenía 29 años, que tenía aproximadamente 18 meses de casada y se dedicaba realizar el trabajo doméstico en su casa.

El 29 de junio de 2010, rindió declaración en la Procuraduría General de Justicia del Estado de México (en adelante PGJEM), el agente investigador de la PGJEM (el nombre se suprime en la sentencia al tratarse de un dato personal) quien manifestó en su declaración que al llegar a su domicilio ese día, aproximadamente a las 7:10 horas, había encontrado a su esposa Mariana Lima Buendía colgada en su dormitorio.

Se inició la averiguación previa por el delito de homicidio en agravio de Mariana Lima, por lo que el Ministerio Público ordenó que se llevaran a cabo las periciales en materia de criminalística y fotográfica, la inspección ministerial, así como el levantamiento del cadáver para que se realizara la necropsia.

En la inspección ministerial no se protegió la escena del crimen ni la cadena de custodia, ya que en las fotos de la diligencia se aprecia la presencia del esposo y familiares de Mariana Lima; además, no se recogió ninguna evidencia de la escena del crimen, por ejemplo, no se custodió el cordón con el que supuestamente se había ahorcado. Asimismo, resulta importante señalar que el cuerpo de Mariana Lima fue movido por su esposo, quien era agente investigador de la PGJEM, del lugar de donde señaló que lo encontró colgado.

En el reporte de la inspección ministerial no se señaló quiénes integraban el equipo multidisciplinario de investigación, no se detallan las acciones de los investigadores que llevaron a cabo la diligen-

cia, ni la disposición de las evidencias recolectadas. Tampoco hay información sobre la forma en que se encontró el cuerpo.

Se tomaron veintidós fotografías de la escena del crimen, de las cuales nueve eran de la fachada de la casa, seis del cuerpo de Mariana Lima y siete del cuarto donde se encontraba el cuerpo. Las fotos del cuerpo de Mariana sólo son de la parte frontal del cuerpo en la cama, no hay fotografías con acercamientos a distintas partes que permitan verificar o descartar la presencia de golpes en el cuerpo.

La necropsia concluyó que la causa de la muerte de Mariana Lima fue asfixia por ahorcamiento y que las lesiones presentes en su cuerpo correspondían a maniobras de origen suicida. Las familiares de Mariana señalaron que su cuerpo tenía múltiples golpes en los muslos, rapones en las rodillas y nudillos, así como rasguños en la clavícula; sin embargo, no se realizaron periciales para determinar signos de violencia física o sexual en el cuerpo.

La señora Irinea Buendía, así como una hermana y una amiga de Mariana Lima rindieron declaraciones en las que señalaron los múltiples actos de violencia de los que fue víctima Mariana a manos de su esposo. Mariana Lima sufrió en su relación de pareja violencia física que se manifestó en múltiples golpes, cachetadas y jalones de cabello; violencia psicológica manifestada en celos, humillaciones, amenazas con pegarle con un bat, encerrarla en la cisterna y matarla a golpes si lo denunciaba; violencia sexual, ya que fue violada por su esposo en repetidas ocasiones; violencia económica y patrimonial manifestada en la prohibición del esposo de Mariana para que ella trabajara y ejerciera su profesión, así como en su negativa de proporcionarle los recursos económicos para su subsistencia y de desconocer el valor del trabajo que Mariana realizaba al interior de su hogar. Además, el esposo de Mariana Lima la obligó a tatuarse su apellido en la espalda pues con eso demostraba que era de su propiedad.

A pesar de encontrarse en el expediente las anteriores declaraciones, el Ministerio Público omitió analizar la violencia de género de

la que era víctima Mariana Lima a manos de su esposo, es decir, en la investigación no se consideró que la violencia sufrida por Mariana pudiera tener alguna relación con su muerte. Lo anterior demuestra de manera contundente una ausencia de perspectiva de género en la investigación, si se hubiera utilizado esta perspectiva se habría considerado, por ejemplo, que de acuerdo con la Organización de Naciones Unidas la forma más común de violencia sufrida por las mujeres en el mundo es la violencia cometida por una pareja íntima y que a nivel mundial la mitad de todas las mujeres que son víctimas de homicidio son asesinadas por su pareja actual o anterior.²¹ Por lo tanto, en la investigación de la muerte de Mariana Lima debió considerarse con seriedad las declaraciones sobre la violencia de género que sufría y determinar si dicha violencia tuvo o no relación con su muerte.

El 09 de septiembre de 2011, el Ministerio Público determinó el no ejercicio de la acción penal en la averiguación previa por el delito de homicidio en agravio de Mariana Lima, pues concluyó que la causa de la muerte fue asfixia mecánica en su modalidad de ahorcamiento y que las lesiones correspondían a maniobras suicidas. El 06 de octubre de 2011, la Fiscal Especializada en Feminicidios y los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador del Estado de México autorizaron la determinación del no ejercicio de la acción penal. El 03 de noviembre de 2011, es notificada esta decisión a Irinea Buendía, quien presentó ante el Ministerio Público la reconsideración de la determinación de no ejercicio de la acción penal, así como la revisión de la autorización del no ejercicio de la acción penal.

Ante la falta de respuesta del Ministerio Público, Irinea Buendía presentó una demanda de amparo indirecto, en la cual señaló que la PGJEM había violado derechos humanos reconocidos en la Consti-

²¹ <http://www.un.org/es/events/endviolenceday/pdfs/unite_the_situation_sp.pdf>.

tución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Convención de Belem do Pará, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la CEDAW. El Juez Quinto de Distrito en Materias de Amparo y Juicios Federales en el Estado de México conoció de la demanda de amparo y determinó sobreseer y amparar a Irinea Buendía, se amparó para efectos de que el Ministerio Público dejara insubsistente la resolución impugnada y dictara una nueva resolución en la que contestara la totalidad de los planteamientos del escrito de revisión de la autorización del no ejercicio de la acción penal.

Frente a esta sentencia de amparo, Irinea Buendía interpuso recurso de revisión que fue turnado al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, pero frente a la solicitud de la facultad de atracción para que conociera de este asunto la Suprema Corte, la Primera Sala resolvió atraer el amparo en revisión, por lo tanto, es la SCJN quien dicta la sentencia en el caso de Mariana Lima.

2. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ POR LA SCJN

Con estos breves antecedentes fácticos y procesales es posible analizar la aplicación que la Suprema Corte realizó de la Convención de Belem do Pará en el caso de Mariana Lima. Queremos establecer como punto de partida para este análisis que Irinea Buendía, parte quejosa en el amparo, señaló desde la demanda que la PGJEM violó derechos humanos reconocidos en diversos tratados internacionales, entre ellos la Convención de Belem do Pará, tratado internacional en el que nos centraremos, de esta manera es en la demanda de amparo indirecto presentada por Irinea Buendía donde se abre la puerta para la aplicación de la Convención Belem do Pará.

Uno de los argumentos centrales de los conceptos de violación planteados por Irinea Buendía en su demanda de amparo es que

la omisión de la PGJEM de resolver el recurso de revisión del no ejercicio de la acción penal viola la obligación de actuar con debida diligencia en los casos de violencia contra las mujeres establecida en la Convención de Belem do Pará, así como que el deber de investigar la violencia contra las mujeres implica la obligación de utilizar la perspectiva de género de acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En este mismo sentido, argumentó la existencia de un contexto de impunidad sistemática en los casos de violencia de género, así como el predominio de una cultura patriarcal en las autoridades ministeriales y que en este contexto se presenta la falta de investigación, juzgamiento y sanción en el caso de su hija.

Respecto al análisis que nos convoca de la aplicación de la Convención de Belem do Pará, en el recurso de revisión Irinea planteó como agravios que el juez de distrito no precisó correctamente los actos reclamados en la demanda, ya que no consideró que las omisiones combatidas incluían necesariamente la obligación de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, así como a la violación por parte de las autoridades de la garantía de acceso a la justicia para combatir las violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Asimismo, señaló que en los casos de violencia contra las mujeres la obligación específica de investigar tiene alcances adicionales, ya que debe realizarse con perspectiva de género; y que por tanto la sentencia recurrida viola la Convención de Belem do Pará, en relación con el artículo primero constitucional, pues resulta insuficiente para garantizar la debida diligencia y perspectiva de género en la investigación del caso.

Además, Irinea Buendía planteó dentro de sus agravios en el recurso de revisión la jurisprudencia establecida por la Corte IDH en el caso *Campo Algodonero vs. México*, en esta sentencia se interpreta y aplica la Convención de Belem do Pará, respecto a los alcances adicionales que tiene la obligación de investigar cuando los hechos

ocurren dentro de un contexto generalizado de violencia contra las mujeres.

La Suprema Corte aplica la Convención de Belem do Pará en el caso de Mariana Lima a partir del contenido del artículo primero constitucional, así como de la jurisprudencia establecida por el Máximo Tribunal en las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011 respecto a que los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, y que integran un catálogo de derechos denominado parámetro de regularidad constitucional.²² Además, la contradicción de tesis 293/2011 establece que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante.

A partir de este paradigma constitucional, la SCJN desarrolló el alcance y contenido de las obligaciones que tienen las autoridades cuando investigan casos de violencia contra las mujeres a partir de la aplicación de la Convención de Belem do Pará y de la jurisprudencia que sobre ella ha realizado la Corte Interamericana particularmente en los casos *Campo Algodonero vs. México*, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, y *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*.

La Suprema Corte señaló que en todos los casos de violencia contra las mujeres debe utilizarse la perspectiva de género, esto implica que nuestro Máximo Tribunal ha establecido la obligación de investigar con perspectiva de género todos los casos relacionados con violencia contra las mujeres. En este sentido, en el caso de la muerte de una mujer en un contexto de violencia contra las mujeres se debe tomar como una línea de investigación el homicidio por motivos de género, es decir, el feminicidio. Por lo tanto, todos los

²² La SCJN en la contradicción de tesis 293/2011 establece que el parámetro de regularidad constitucional lo constituyen los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, así como los que se encuentran en tratados internacionales de los que México es parte. En este sentido, es posible entender de manera muy general al parámetro de regularidad constitucional como el conjunto de criterios que permiten determinar si una norma es constitucional.

casos de muertes de mujeres, aunque inicialmente parezca que la causa de la muerte fue un accidente o suicidio, deben investigarse con perspectiva de género para determinar si se está o no frente a un feminicidio. Lo anterior no significa que todos los casos de muertes de mujeres serán un feminicidio, pero sí significa que en todos los casos de muertes de mujeres deberá investigarse con perspectiva de género para determinar el motivo de la muerte.

En este sentido, la SCJN estableció que para determinar si la muerte de una mujer tiene un motivo de género las autoridades encargadas de la investigación están obligadas a preservar evidencias científicas, especialmente en la necropsia, para determinar la existencia de violencia física o sexual; así como realizar las periciales pertinentes, por ejemplo, peritajes en psicología que estudien la necropsia psicológica y peritajes psicosociales, para determinar si la mujer era víctima de violencia o si presentaba el síndrome de indefensión aprendida.²³ También debe realizarse un peritaje en antropología social al probable responsable para determinar si presenta patrones culturales orientados a conductas machistas o misóginas.

Además, el Máximo Tribunal señaló que al momento de investigar la muerte de una mujer la autoridad investigadora debe considerar que las muertes violentas de mujeres pueden ser consecuencia de otros tipos de violencia por parte de sus victimarios, por ejemplo, violencia física, sexual o psicológica. A partir de este estándar las autoridades encargadas de investigar la muerte de una mujer deben determinar si la mujer se encontraba en un contexto de violencia y considerarlo.

A partir de estos criterios la Suprema Corte consideró las omisiones de los peritajes, las contradicciones internas del dictamen de criminalística, y la contradicción del dictamen de criminalística

²³ Es un concepto desarrollado en la psicología que establece que las mujeres víctimas de violencia como consecuencia de ésta desarrollan una incapacidad para defenderse, ya que la violencia generalmente es sistemática e impacta profundamente en la salud física y psicológica de la víctima.

con la necropsia en el caso de Mariana Lima y determinó amparar a Irinea Buendía para que se levantara el no ejercicio de la acción penal, así como para que se realizaran todas las diligencias necesarias para investigar con perspectiva de género la muerte de Mariana Lima. Además, la SCJN ordenó investigar las omisiones e irregularidades en la investigación y sancionar a los responsables, ya que las omisiones, fallas e inconsistencias constituyen más allá de la negligencia un intento de ocultar la verdad y por tanto una violación al acceso a la justicia.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA

Nos parece importante señalar que la Suprema Corte no se pronuncia sobre la responsabilidad de ninguna persona por el homicidio de Mariana Lima, pues esto corresponde a la autoridad investigadora y no al Máximo Tribunal constitucional. Lo que se hace en la sentencia es analizar la falta de debida diligencia y de perspectiva de género en la investigación.

Los criterios constitucionales desarrollados en el caso de Mariana Lima representan un importante avance para la garantía efectiva de los derechos humanos de las mujeres, particularmente del derecho humano a una vida libre de violencia y discriminación. Estos criterios dieron lugar a que se aprobaron diversas tesis constitucionales respecto a la obligación de las autoridades de actuar con perspectiva de género para cumplir con el estándar de debida diligencia respecto al derecho humano de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación,²⁴ la obligación de investigar con perspectiva de género las muertes violentas de mujeres para determinar si la causa del homicidio es el género,²⁵ las diligencias que las

²⁴ Tesis 1a. CLX/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 431.

²⁵ Tesis 1a. CLXI/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 439.

autoridades se encuentran obligadas a realizar en la investigación de un feminicidio,²⁶ así como respecto a la estrecha relación entre violencia, discriminación y subordinación por motivos de género.²⁷ Actualmente, las anteriores son tesis aisladas que tienen vocación de ser jurisprudencia por reiteración de criterios de acuerdo con el modelo de conformación de jurisprudencia en México.²⁸

La sentencia en el caso de Mariana Lima es paradigmática en México y representa un valioso aporte en el derecho constitucional latinoamericano en materia de derechos humanos de las mujeres. Consideramos que uno de los elementos centrales que permitió a esta sentencia desarrollar los importantes estándares señalados con antelación es justamente la aplicación de la Convención de Belem do Pará y la jurisprudencia sobre ella de la Corte Interamericana. En este sentido, queremos enfatizar la importancia de los planteamientos que realizan las y los abogados litigantes en las demandas de amparo y el impacto que estos pueden tener en la sentencia, prueba contundente de lo anterior es este caso, ya que el punto de partida para la aplicación de la Convención de Belem do Pará, y el consecuente desarrollo de tan trascendentes criterios, se encontró en el planteamiento de la demanda de amparo.

Queremos concluir el análisis de la aplicación de la Convención de Belem do Pará en la sentencia del caso de Mariana Lima señalando el importante aporte de los criterios desarrollados en la sentencia para el combate a la impunidad de la violencia contra las mujeres. La Corte Interamericana estableció en el caso *Campo Algodonero vs. México* que “esta ineficacia judicial frente a casos individuales

²⁶ Tesis 1a. CLXII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 437.

²⁷ Tesis 1a. CLXIII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 422.

²⁸ La Ley de Amparo regula la creación de jurisprudencia en México, el artículo 215 señala que la *jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución*.

de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir”,²⁹ por lo tanto el combate a la impunidad de la violencia contra las mujeres es esencial para la efectiva garantía de los derechos humanos de las mujeres, es decir, a través de la investigación, sanción y reparación en los casos concretos de violencia contra las mujeres se previene que más casos de esta naturaleza sean cometidos, lo contrario implica la repetición crónica de los casos de violencia contra las mujeres y con ello la falla del Estado de Derecho.

IV. LA TUTELA 012/16 DE LA SALA NOVENA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

El 22 de enero de 2016, la Corte Constitucional de Colombia (en adelante Corte Constitucional) dictó la sentencia de Tutela 012/16 donde aplicó la Convención de Belem do Pará³⁰ al caso de Andrea, la Corte Constitucional utiliza este nombre ficticio para proteger la identidad de la accionante de tutela, a quien la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá negó el derecho a recibir alimentos por parte de su ex cónyuge, Andrea sufrió violencia física, psicológica y económica a manos de su esposo durante todo el tiempo que estuvo casada. Previo al análisis propuesto para este apartado resulta pertinente señalar que Colombia ratificó la Convención de

²⁹ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 388.

³⁰ Para conocer los debates desde la doctrina sobre el tema en Colombia se sugiere consultar, *inter alia*, Alviar, H., y Jaramillo, I., *Feminismo y crítica jurídica*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012; y Gil, Franklin, y Pérez, Tania (comp.), *Feminismos y estudios de género en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018.

Belém do Pará el 03 de octubre de 1996 y que este tratado internacional forma parte de su bloque de constitucionalidad.

1. PRINCIPALES HECHOS

Consideramos pertinente señalar brevemente los antecedentes fácticos y procesales del caso. El 05 de diciembre de 1987, Andrea se casó con Carlos Manuel³¹ y producto de ese matrimonio nació una niña (quien al momento de dictarse la sentencia es mayor de edad), durante todo su matrimonio Andrea fue víctima de violencia física que se manifestó en golpes; violencia psicológica a través de insultos, humillaciones y burlas en público; y violencia económica pues su esposo controlaba todos los ingresos, era el titular de todos los bienes, dejó de pagar los servicios públicos en su hogar y no le proporcionó los recursos económicos básicos para su subsistencia, y creó sociedades ficticias para desfaltar a la sociedad conyugal.

Andrea interpuso una demanda de divorcio debido a la violencia de género que sufrió durante todo el tiempo que estuvo casada con Carlos Manuel, el Juzgado Primero de familia dictó sentencia de divorcio fundada en la causal de ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra, pero negó el derecho de Andrea a recibir alimentos por parte de su ex cónyuge, ya que según este juzgado la violencia entre los esposos había sido recíproca y al no existir un cónyuge culpable no existía derecho a alimentos para ninguna de las partes. Esta sentencia fue confirmada en segunda instancia por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá.

Además, resulta pertinente señalar que Andrea también interpuso una denuncia por la violencia física, psicológica y económica que sufrió en el ámbito familiar a manos de su ex esposo. Carlos Manuel fue condenado por el Juzgado 21 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá a 72 meses de prisión por el delito de violencia fami-

³¹ Este nombre también es ficticio.

liar, dicha sentencia fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, pero por motivos de edad le fue autorizada prisión domiciliaria.

Andrea solicitó el amparo constitucional frente a la sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá. La Sala de Casación Civil de Corte Suprema de Justicia negó las pretensiones de Andrea, ya que la solicitud de protección no cumplía con el requisito de inmediatez pues el amparo constitucional fue interpuesto más de dos años después de que se dictó la sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, y por tanto la acción de tutela fue declarada improcedente al no superar los requisitos formales de procedencia.

2. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional conoce del fondo en el caso de Andrea a partir de un riguroso análisis y argumentación respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales y del requisito de inmediatez en la solicitud de la protección constitucional. Análisis en el que la perspectiva de género tiene un papel esencial.

Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales, señala que la actividad judicial no puede representar un obstáculo para la plena vigencia de los derechos fundamentales, ya que, por el contrario, en los procesos judiciales ordinarios debe prevalecer el respeto y garantía de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. Por lo tanto, la obligación de las y los jueces de tutela es preservar la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales cuando en una decisión judicial no se garanticen los derechos constitucionales y por tanto sea incompatible con los valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución. De esta manera, si bien es cierto que la acción

de tutela contra decisiones judiciales es excepcional, también lo es que representa una importante garantía para los casos en que el poder judicial incurre en graves falencias que son incompatibles con la Constitución y con los derechos que ésta reconoce. En su jurisprudencia la Corte Constitucional ha desarrollado los requisitos, sustanciales y procesales, para la protección de la acción de tutela contra decisiones judiciales, después de realizar un riguroso análisis de éstos determinó que era procedente la acción de tutela en el caso de Andrea.

Respecto al requisito de inmediatez la Corte Constitucional aplica un criterio desarrollado en su sentencia T-967 de 2014, debido a su trascendencia para la garantía efectiva de los derechos humanos de las mujeres, particularmente del derecho a vivir libres de violencia, en el caso concreto nos parece oportuno citarlo textualmente:

Por tratarse de un tema tan trascendental como era violencia de género, la Corte concluyó que los requisitos de procedencia formal de la acción de tutela, no podían dejar sin contenido el derecho fundamental que se pretendía proteger. En ese sentido, concluyó que esos requisitos, además de tratarse de un sujeto especial de protección, se flexibilizaban aún más, cuando en el caso se presentaran elementos que indicaran violencia contra la mujer. Para la Corte, una forma de violencia contra la mujer sería impedirle acceder a medios judiciales para proteger sus derechos, en apariencia de legalidad y formalidad procesal.³²

A partir de la aplicación del anterior precedente la Corte Constitucional decide conocer el fondo de la tutela planteada por Andrea, lo anterior a pesar de que fue interpuesta poco más de dos años después, argumento que, en abstracto, sería suficiente para declarar su improcedencia; sin embargo, la Corte Constitucional decide conocer el fondo del asunto al tratarse de un posible escenario de violencia y discriminación por género, tanto por parte de su

³² Criterio de la sentencia T-967 de 2014 citado en la sentencia T-012 de 2016.

ex cónyuge como de las autoridades judiciales, y reconociendo que la violencia física, psicológica y económica representan una barrera para el acceso a la justicia para las mujeres y que en el caso concreto puede tratarse del motivo por el que la acción de tutela fue presentada más de dos años después. De esta manera la Corte Constitucional garantiza eficazmente los derechos humanos de Andrea y no los sacrifica en aras de “formalidades procesales”.

Queremos enfatizar que para decidir sobre estas cuestiones de procedencia la Corte Constitucional hizo explícito que se trataba de un posible caso de violencia y discriminación por motivos de género y por lo tanto las autoridades judiciales tienen la obligación de utilizar un enfoque que permita atender a dicha violencia y discriminación, es decir, perspectiva de género. La perspectiva de género fue un factor determinante en el análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el caso de Andrea que permitió a la Corte Constitucional conocer del fondo del asunto y garantizar su derecho humano a vivir sin violencia y discriminación.

La Corte Constitucional aplica la Convención de Belem do Pará en el caso concreto y señala que los estándares en materia de la prohibición de discriminación y violencia contra las mujeres desarrollados tanto en el plano internacional como en el nacional deben ser incorporados en la interpretación de las personas juzgadas y de todas las autoridades que conozcan casos de violencia contra las mujeres. En este sentido, la Corte Constitucional señala que los estándares internacionales son fuentes de obligaciones para los Estados, pero también normas aplicables a casos concretos.

Para el análisis del caso de Andrea, la Corte Constitucional retoma los siguientes instrumentos internacionales sobre derechos humanos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de Belem do Pará, la CEDAW, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (mejor conocida como Conferencia de Beijing).

Como punto de partida para el análisis del caso de Andrea, la Corte Constitucional retoma la definición y tipos de violencia contra las mujeres establecidos en la Convención de Belem do Pará, analizados *supra*, sobre este punto queremos señalar que la Ley 1257 de 2008 (igual que la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en México) incorpora como tipos de violencia contra las mujeres la violencia económica y la violencia patrimonial.

Respecto a la violencia económica contra las mujeres la Corte Constitucional señala que se presenta tanto en los espacios públicos como privados, pero que es en la esfera privada donde son más evidentes sus consecuencias en la vida de las mujeres. Además, se reconoce que este tipo de violencia es difícil de percibir y que sus efectos se manifiestan generalmente con la ruptura de la relación.

El contenido de la Convención de Belem do Pará respecto a que la violencia contra las mujeres puede tener lugar tanto en el ámbito público como en el privado lleva a la Corte Constitucional a analizar la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, y a concluir que ésta puede ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento que configura torturas o tratos crueles.³³ Este criterio constitucional representa un avance enorme para la erradicación de la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, ya que al establecer que configura una tortura implica necesariamente la existencia de una prohibición absoluta y la obligación reforzada de todas las autoridades estatales por erradicarla.

La Corte Constitucional en esta sentencia realiza un importante desarrollo constitucional sobre la violencia y discriminación por motivos de género que puede provocar el poder judicial a través de sus decisiones. Cuando las mujeres víctimas de violencia acuden ante las y los jueces para que garanticen sus derechos, pero

³³ La Corte Constitucional utiliza también estándares desarrollados por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer para llegar a esta conclusión.

la respuesta judicial no sólo no garantiza sus derechos, sino que al utilizar prejuicios y estereotipos de género incentiva la violencia y discriminación por género nos encontraremos frente a un fenómeno al que la Corte Constitucional denomina revictimización, que se presenta a partir de la reproducción de estereotipos de género y de la naturalización de la violencia contra la mujer en sede judicial. El poder judicial se encuentra obligado a evitar la revictimización a través del uso de la perspectiva de género, en esta sentencia se señala que es un deber constitucional interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas a partir de un enfoque diferencial de género.

La Corte Constitucional concluyó que la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá no juzgó con perspectiva de género el caso de Andrea, ya que al determinar que ambos cónyuges eran culpables de la violencia desconoció que las agresiones de Andrea a Carlos Manuel se encontraban explicadas en el contexto de violencia del que fue víctima durante años por parte de él, contexto de violencia que se encontraba plenamente probado, ya que existe una sentencia penal que condena a Carlos Manuel por el delito de violencia intrafamiliar contra Andrea; pero que de manera negligente el Tribunal Superior de Bogotá nunca consideró. De esta manera, la culpa de una de las partes fue causada por la otra, es decir, la culpa de Andrea fue causada por Carlos Manuel.

La decisión del Tribunal Superior de Bogotá de negar a Andrea el derecho a alimentos por parte de su ex cónyuge naturalizó la violencia física, psicológica y económica que sufrió durante años y de esta manera revictimizó a Andrea, generando que Andrea no sólo sea víctima de violencia contra la mujer en el ámbito familiar, sino también en el ámbito público por esta decisión judicial. La Corte Constitucional concedió el amparo a Andrea y ordenó al Tribunal Superior de Bogotá que en el plazo de 48 horas dictara una nueva sentencia en la que respetara los derechos fundamentales de Andrea.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA

En la sentencia de tutela que hemos analizado, la Corte Constitucional a partir de la aplicación de la Convención de Belem do Pará garantiza los derechos humanos de Andrea, especialmente su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, y a la vez establece importantes precedentes para la garantía efectiva de los derechos humanos de todas las mujeres víctimas de violencia en el ámbito familiar en Colombia.

V. CONCLUSIONES

La Convención de Belem do Pará es uno de los pilares del desarrollo de los derechos humanos de las mujeres en el DIDH y en el Derecho Constitucional. Los Estados Partes de este tratado internacional lo han incorporado en su derecho interno y le han dado un efecto útil, en el caso mexicano a través del parámetro de regularidad constitucional desarrollado por la Suprema Corte a partir de la interpretación del artículo primero constitucional; en el caso colombiano a través del bloque de constitucionalidad. En ambos países la Convención de Belem do Pará ha sido un instrumento jurídico esencial para la garantía de los derechos humanos de las mujeres, particularmente el derecho a una vida libre de violencia, como lo demuestra las dos sentencias analizadas con antelación.

Las sentencias analizadas representan una respuesta desde el ámbito jurídico a un terrible fenómeno que afecta a las mujeres de todo el mundo: la violencia por motivos de género, violencia que al tener sus raíces en la discriminación de género tiene rasgos y elementos comunes en los distintos países. Ambas sentencias tienen importantes elementos en común derivados del uso de estándares internacionales en materia de los derechos humanos de las mujeres, particularmente de la aplicación de la Convención de Belem do Pará.

En los dos casos, con todas las diferencias fácticas al tratarse uno de la investigación de la muerte violenta de una mujer y el otro del derecho a alimentos de una mujer que ha sido víctima de violencia, comienzan por la violencia de género en el ámbito familiar, específicamente fueron víctimas por parte de sus parejas, y en ambos casos no sólo se presenta violencia de género en el ámbito privado, sino que la respuesta que recibieron de las autoridades al no utilizar perspectiva de género produjo revictimización y por tanto las hicieron víctimas nuevamente de violencia de género, pero ahora en el ámbito público. Además, en ambos casos son los Tribunales Constitucionales los que garantizan efectivamente el derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia.

En ambas sentencias los Máximos Tribunales de México y Colombia juzgan con perspectiva de género y la aplicación de la Convención de Belem do Pará representa un eje articulador del desarrollo de importantes criterios constitucionales en materia de derechos humanos de las mujeres. La sentencia de Amparo en Revisión 554/2013 y la sentencia de Tutela 012/16 demuestran que la Convención de Belem do Pará es un instrumento jurídico útil para la garantía efectiva de los derechos humanos de las mujeres y para combatir un terrible y profundo problema en América Latina: la impunidad en los casos de violencia contra las mujeres.

VI. FUENTES

1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:

A) SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

COMITÉ CEDAW, Recomendación General núm. 19 sobre la violencia contra la mujer, 1992.

COMITÉ CEDAW, Recomendación General 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General 19, 2017.

SOFT LAW

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.
Sistema Interamericano

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

*JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS*

CIDH, Informe 54/01, Caso 12.051 (Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil), 16 de abril de 2001.

B) DERECHO INTERNO

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General para el Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

*TESIS JURISPRUDENCIALES Y AISLADAS DEL PODER JUDICIAL DE
LA FEDERACIÓN*

Tesis 1a. CLX/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 431.

Tesis 1a. CLXI/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 439.

Tesis 1a. CLXII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 437.

Tesis 1a. CLXIII/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 18, Tomo I, mayo de 2015, p. 422.

Tesis 1a. XXVII/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 40, Tomo I, marzo de 2017, p. 443.

SENTENCIAS NACIONALES

Amparo en Revisión 554/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Contradicción de Tesis 293/11 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

C) DERECHO COMPARADO

Constitución Política de Colombia.

Ley 1257 de 2008 de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela T-453 de 2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela T-012 de 2016.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela T-967 de 2014.

D) DOCTRINA

Alviar, H., y Jaramillo, I., *Feminismo y crítica jurídica*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Franco Martín del Campo, María Elisa, El Sistema Interamericano de Protección y Promoción de Derechos Humanos: apuntes para su comprensión en *Perspectiva en Derechos Humanos*, México, número 2, julio-diciembre, 2012, p.p. 21-42.

Franco Martín del Campo, María Elisa, La violencia contra las mujeres en el ámbito familiar en México: una aproximación desde el estándar de la debida diligencia en *Este País*, México, número 305, septiembre, 2016.

García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.

García Ramírez, Sergio, “Los derechos de las mujeres y la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, en Juan Soroeta Liceras (ed.), *Los Derechos Humanos de la Mujer*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2007.

Gil, Franklin, y Pérez, Tania (comp.), *Feminismos y estudios de género en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018.

- Gozainí, Alfredo, *Procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, 2016.
- Habermas, Jürgen, El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos en *Diánoia*, México, número 64, mayo, 2010.
- Lamas, Marta, Diferencias de sexo, género y diferencia sexual en *Cuicuilco*, México, número 18, enero-abril, 2000.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Palacios, Patricia, *Las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y la Perspectiva de Género*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005.
- Pou, Francisca, “Argumentación judicial y perspectiva de género”, en Cruz Parcerio, Juan Antonio *et. al.* (coord.), *Interpretación y argumentación jurídica en México*, México, Fontamara, 2014.
- Quintana Osuna, Karla, El caso de Mariana Lima Buendía: una radiografía sobre la violencia y discriminación contra la mujer en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 38, enero-junio, 2018.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013.

2. ESTADÍSTICAS

- INEGI, Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, 2016.
- <<http://lac.unwomen.org/es/noticias-y-eventos/articulos/2017/12/alto-al-feminicidio>>.
- <http://www.un.org/es/events/endviolenceday/pdfs/unite_the_situation_sp.pdf>.
- <<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/No-mas-cifras-de-violencia-contra-la-mujer.aspx>>.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

KELSEN E O POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: NOTAS DE UM (POSSÍVEL) ACERTO DE CONTAS

*KELSEN AND CONTEMPORARY LEGAL POSITIVISM: NOTES FROM A
(POSSIBLE) SETTLING OF THE SCORE*

LENIO LUIZ STRECK¹

RESUMO: O Positivismo Jurídico é um paradigma complexo. Compreendê-lo em suas diversas versões e, sobretudo, por intermédio dos *standards* de racionalidade que o sustenta ao longo de sua história é um dos desafios da teoria do Direito de perfil hermenêutico. Neste ensaio crítico busca-se confrontar o Juspositivismo contemporâneo a partir de um dos principais teóricos desta mesma corrente de pensamento: Hans Kelsen. O texto se inicia com duas breves seções. Uma acerca da genealogia do Positivismo e a outra sobre o modo como Kelsen conseguiu desenvolver uma Ciência do Direito. Após, a discussão se volta para as seguintes falhas do positivismo jurídico hodierno: 1) a ausência de uma metalinguagem; 2) a ausência de uma preocupação com a diferença entre causalidade e imputação; 3) o paradoxo ou autocontradição exclusivista.

PALAVRAS-CHAVE: *Hans Kelsen; Positivismo Jurídico; metalinguagem.*

ABSTRACT: Legal Positivism is a complex paradigm. Understanding it in its various versions and, above all, through the standards of rationality that sustains it throughout its history is one of the challenges of the law theory of hermeneutic profile. In this critical essay, we try to confront contemporary Juspositivism from one of the main theorists of this same chain of thought: Hans Kelsen. The text begins with two brief sections. One about the genealogy of

¹ Doutor em Direito (UFSC); Pós-Doutor em Direito (FDUL). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos –UNISINOS (RS) e Universidade Estácio de Sá– UNESA (RJ). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, Coimbra e Lisboa (PT). Coordenador do DASEIN –Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Procurador de Justiça (RS) aposentado. Advogado. E-mail: <lenio@unisinis.br>.

Positivism and the other about how Kelsen managed to develop a Science of Law. Afterward, the discussion turns to the following faults of current legal positivism: 1) the absence of a metalanguage; 2) the absence of a concern about the difference between causality and imputation; 3) the paradox or self-contradiction of the exclusive positivism.

KEYWORDS: *Hans Kelsen; Legal Positivism; metalanguage.*

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Uma breve genealogia do positivismo jurídico; III. De como Kelsen separou a Ciência do Direito da moral; IV. Das falhas do positivismo contemporâneo: de quando a metalinguagem opera no mesmo nível da linguagem objeto; V. Das falhas do positivismo contemporâneo: a ausência de preocupação com a questão “causalidade versus imputação”; VI. Das falhas do positivismo contemporâneo: O paradoxo (ou a contradição) exclusivista; VII. Considerações finais; VIII. Referências.

I. INTRODUÇÃO

Hans Kelsen está no panteão dos grandes teóricos do Direito de todos os tempos. A partir dos influxos do Neopositivismo Lógico e do Neokantismo o jurista conseguiu elaborar uma teoria sofisticada e que enfrentava as principais questões epistemológicas da época. Assim, a Teoria Pura do Direito tornou-se um símbolo do pensamento juspositivista.

O Positivismo Jurídico pós-Kelsen foi tomando outros rumos, sobretudo, após a obra “O Conceito de Direito” de Herbert Hart, tendo como pressupostos alguns aspectos que Kelsen teve que discutir de modo explícito. Por conta disso, podemos observar alguns *gaps* e/ou falhas nas versões juspositivistas contemporâneas que podem ser confrontadas, paradoxalmente, por um dos corifeus desta mesma corrente de pensamento: Hans Kelsen.

Neste ensaio busca-se expor esta realidade, como um possível acerto de contas. Assim, três pontos são abordados: 1) a ausência de uma metalinguagem; 2) a não diferenciação ou a indiferença entre causalidade e imputação; 3) e o paradoxo exclusivista, em

que “tudo” pode ser direito. Antes destas análises, serão feitas duas breves exposições acerca da genealogia do positivismo, que de um modo de controlar a prática jurídica, de dizer como o direito *deve-ser*, tornou-se uma postura voltada para a teoria a ciência ao mundo analítico do *ser*; e outro sobre o modo como Kelsen cindiu a Ciência do Direito da Moralidade e com isso conseguiu desenvolver seu projeto científico.

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, tentamos compreender o Positivismo Jurídico com a profundidade filosófica dos seus paradigmas subjacentes. Nesta investigação este exercício também é feito no sentido de desvelar os limites desta abordagem em confronto com alguns dos *insights* básicos da construção kelseneana. Pensar em qualquer possibilidade de superação paradigmática no Direito exige o esforço compreensivo de conhecer aquilo a que se está a transpor. Neste sentido se apresenta esta leitura, uma crítica desde dentro, com Kelsen contra o Positivismo Jurídico Contemporâneo.

II. UMA BREVE GENEALOGIA DO POSITIVISMO JURÍDICO

O Positivismo Jurídico é um fenômeno complexo. Partindo desta constatação, a Crítica Hermenêutica do Direito tem procurado compreendê-lo por intermédio de uma leitura de Filosofia do/no Direito, no intuito de não apenas descrever suas características, mas, também, desvelar os paradigmas filosóficos entendidos na linguagem de Ernildo Stein como *standards*/vetores de racionalidade que lhe dão sustentação.

O Juspositivismo clássico, embora cada uma das vertentes contenha diversas peculiaridades, apresenta alguns traços comuns em todas elas. Trata-se de um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada: na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (Escola da Exegese); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (Jurisprudência dos Conceitos);

na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (Jurisprudência Analítica). No dizer de R. C. Van Caenegem² este cenário apresentava o direito dos juízes, legisladores e professores. Veja-se que é isto que o positivismo posteriormente chamaria de (tese dos) “fatos sociais” (*source thesis*), embora nesse momento histórico não seja da simples caracterização como “fato social” que derive a validade do Direito, mas da sua relação concreta com a autoridade criadora. Dito de outro modo, o Juspositivismo foi se consolidando com afastamento de qualquer justificação metafísica do direito. Legisladores, professores e juízes simbolizam a suficiência do humano para criar e/ou dizer o direito válido, sem qualquer necessidade de um elemento transcendente, ou de uma adequação à alguma ordem supratemporal.

Este impulso emancipador que está no embrião do Positivismo Jurídico, também esteve presente no Positivismo Científico, para o qual só há fatos. E aqui a conexão com os paradigmas filosóficos fica absolutamente clara. Trata-se de reflexos do paradigma da filosofia da consciência, em que a razão humana *põe* o sentido das coisas. Ou, no plano da discussão aqui posta, a razão “*põe* o Direito”. Daí a raiz do Positivismo Jurídico: Direito é um fato social posto pela razão humana e que cinde direito e moral, o que possibilitou mais à frente a ilusão teórica de que poderia descrever, de modo neutro, o direito cindido.

Não esqueçamos que o conceito de “positivismo jurídico” tem como ponto central a tese de que o Direito é um fato social posto pela mão humana. Eis a raiz do empirismo que sustenta os positivismos científicos e jurídico. Como em Comte e Durkheim, fatos sociais são como coisas.³ Ora, coisas são verificáveis; são descritíveis.

² Ver CAENEDEM, R. C., *van. Juízes, legisladores e professores*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

³ Cf. COMTE, Auguste, *Curso de filosofia positiva*, Madrid: Magisterio Español, 1987; DURKHEIM, Emile, *As Regras do Método Sociológico*, São Paulo: Martin Claret, 2001.

Eis a tarefa do cientista; eis a tarefa do jurista positivista: descrever fatos, ou seja, descrever o Direito.

O positivismo científico de Auguste Comte, é bem verdade, ganhou força a partir da década de 1840; tanto é que os primeiros positivistas jurídicos, anteriores ao positivismo *comteano*, como vimos, não se denominavam *positivistas*: tratavam suas teorias a partir da expressão genérica *jurisprudência* –entendida aqui não como um conjunto de decisões reiteradas dos tribunais, mas como *teoria do Direito*.

Não por menos, a origem do termo *positivismo*, no Direito, é, no mínimo, controversa. O próprio Ronald Dworkin, em seu *Modelo de Regras I*,⁴ ao enfrentar o positivismo de Austin e, especialmente, Hart, após expor tais teorias, diz que passará a chama-las, “com alguma imprecisão histórica”, de “positivismo jurídico”. Não é por outra razão, obviamente, que alguns autores como Norberto Bobbio sustentam que a expressão *positivismo jurídico* sequer teria relação com o positivismo científico, mas, sim, com a locução *direito positivo*.⁵

É evidente que a origem do termo é controversa; inegável também que o Positivismo Jurídico veio antes do apogeu do Positivismo Científico. Contudo, o fato de os positivistas jurídicos terem sido assim chamados somente anos depois –Hart é, provavelmente, um dos primeiros positivistas a se definir como tal–⁶ é *justamente um indício de que há uma relação com o paradigma filosófico a partir do qual trabalha o positivismo científico*. Antes dele, Hans Kelsen afirmou expressamente

⁴ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 27.

⁵ BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi e Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1999, p. 15. Não é possível concordar com essa afirmação de Bobbio. Não há possibilidade ou viabilidade epistêmica falar em positivismo jurídico sem o relacionar com o positivismo científico.

⁶ HART, H. L. A., *O conceito de direito*, Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara, Revisão da tradução: Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

que sua teoria pura do direito era positivista.⁷ Mais do que isso, negar essa inexorável ligação, ou este tronco comum, é insistir em um Direito como ciência, como *técnica*; é separar Direito e filosofia, como se tudo fosse, mesmo, uma questão de dogmática. É como se não fosse possível falar sobre paradigmas filosóficos. Como se discricionariedade, decisionismos e voluntarismos fosse uma “coisa natural”, “que nada tem a ver com o paradigma da filosofia da consciência”,⁸ ou com o “sujeito moderno”.

Lembro também que o Juspositivismo primevo (Escola da Exegese, Jurisprudência dos conceitos e Jurisprudência analítica) tinha como preocupação central encontrar um método seguro que desse conta da prática jurídica. Já as versões a partir de Kelsen redirecionaram o foco de análise para a teoria, a ciência do direito, passando a apresentar a seguinte característica comum: a pretensão de metodologicamente assumir um caráter descritivo de cunho adequacionista. As proposições descritivas produzidas pelo positivismo, em sua pretensão de negar qualquer tipo de metafísica, no sentido ontoteológico,⁹ tratam a verdade como uma adequação do intelecto ao objeto: com Smilg Vidal,¹⁰ podemos dizer que, nesse paradigma, o mundo é compreendido como um conjunto de substâncias que possuem determinadas propriedades. A função do intelecto huma-

⁷ La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría del positivismo jurídico; y el positivismo jurídico está íntimamente vinculado con el relativismo. Kelsen, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del derecho?*, 5ª ed., Colonia del Carmen-MEX: Distribuciones Fontamara, 1997, p.31.

⁸ TRINDADE, André Karam y STRECK, Lenio Luiz, “Diário de Classe: Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia”, *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁹ Para maiores aprofundamentos ver STEIN, Ernildo, *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*, Ijuí, RS: Unijuí, 2014.

¹⁰ VIDAL SMILG, Norberto, *Possibilidades y límites de la comprensión de la verdad como “adecuación”*, in: NÍCOLAS, Juan Antonio; GRODIN, Jean (Orgs.), *Verdad, hermenéutica, adecuación*, Madri: Tecnos, 2016, p.47-48.

no consistiria, basicamente, em captar essa realidade e expressa-la usando a linguagem como uma ferramenta. Aliás, não é por menos que o maior analítico da atualidade, Ernst Tugendhat, assume a verdade como adequação.

Esta postura metodológica inicial teve como referência as ciências naturais e exatas, locus onde o método científico primeiro floresceu. Tal empreendimento ficou conhecido como Fisicalismo.¹¹ Assim, a realidade tornou-se apenas aquela fração passível de observação e experimentação empíricas, a partir de uma racionalidade matematizante. Sobre aquilo que não se enquadrasse neste recorte epistêmico, nada haveria a ser dito na condição de um cientista (do direito).

Nesse sentido, é paradigmático o capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito. Hans Kelsen é explícito ao afirmar a limitação do teórico quanto à interpretação/aplicação do direito. Ele pode apenas descrever possíveis significações dentro de uma moldura normativa, pois faz um ato de conhecimento a partir do material jurídico disponível. Todavia, ele não pode prescrever, dizer qual é a interpretação correta, pois isto é um ato de vontade realizado pelo juiz, e por isso não poderia ser seguramente antecipado por uma ciência que descreve aquilo que é, mas não o que deve ser. Ou seja, o dualismo metodológico entre ser e dever ser (*sein-sollen*), impôs um descritivismo supostamente neutro.

Ainda que as versões juspositivistas posteriores a Kelsen, como aquela desenvolvida por H.L.A Hart, tenham se afastado de uma perspectiva fiscalista, é inegável que a postura apenas descritiva da teoria se manteve como uma das principais características desta

¹¹ A respeito da relação da perspectiva fiscalista e a teoria kelseneana Cláudio Michelson Jr. afirma que: de um lado, tanto realistas quanto Kelsen ligam a objetividade (o que pode ser descrito) a um “mundo físico”, a um “mundo do tempo e do espaço” etc. e, dessa forma, pretendem privilegiar a ciência que se tornou o padrão para o conhecimento “absoluto” (independentemente de nossa perspectiva): a física. MICHELON JR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004, pp.116-117.

corrente, mesmo havendo, ainda que minoritariamente, propostas normativas.

III. DE COMO KELSEN SEPAROU A CIÊNCIA DO DIREITO DA MORAL

Como já abordado, esta busca por uma teoria neutra e atemporal já é vista em Kelsen. Entretanto, o jurista entendia que esta objetividade, possível no campo científico, não o seria na aplicação do Direito, estando o juiz desvinculado da lei, dos conceitos e dos precedentes. Assim, pensava porque entendia que o ato de aplicação, a ser feito pelo sujeito moderno, inexoravelmente estaria comprometido por influências externas, como a moral e a política. Contudo, o material jurídico –a norma– criada pela autoridade competente poderia ser analisado pelo cientista/teórico do Direito, que o descreveria sem fazer qualquer juízo de valor. Por isso a sua interpretação –que é a do cientista do Direito– é um ato de conhecimento. Com esta cisão epistêmica Kelsen procura colocar-se fora do discurso e do contexto sobre o qual analisa e, com isso, não recair no paradoxo do mentiroso/do cretense/de Epiménedes.¹²

Duas tradições de pensamento contribuíram para esta abordagem kelseniana. De um lado o Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena¹³ e do outro o Neokantismo. A primeira tinha como um

¹² Epiménedes disse: “Todos os cretenses são mentirosos”. Sendo ele um cretense poderia sua afirmação ser verdadeira? Em síntese, uma das maneiras de resolver este paradoxo seria colocando-se num lócus epistêmico diverso daquele sobre o qual se enuncia. Kelsen tentou fazer isso a partir de um ponto de vista fiscalista, ou seja, a partir de lugar nenhum. Já Hart e seus seguidores, tiveram mais problemas, pois assumiram uma posição de observador externo, mas ainda no mesmo nível do objeto de análise.

¹³ Nesse contexto, é importante destacar que, embora Kelsen tenha dito que não pertenceu e não teve influência do Círculo de Viena, trata-se de um esclarecimento que fez em um dado contexto e em uma carta (trata-se de uma resposta da Hank Mulder, em maio de 1963). No entanto, nessa mesma carta,

dos propósitos centrais construir uma linguagem científica rigorosa, afastada das ambiguidades e dos conceitos metafísicos presentes na linguagem ordinária. Buscava-se desenvolver uma linguagem lógica ou de segundo nível (metalinguagem) que não fosse refém da subjetividade da linguagem natural (linguagem objeto). Como resultado, seria possível fazer Ciência, ter um conhecimento seguro. A segunda, dentre as suas várias preocupações, compreendia que a ciência constrói seu próprio objeto de conhecimento, que logicamente, pressuporia um princípio unificador. É a razão que ordena o caos da realidade. Deste modo, a partir deste arcabouço Kelsen encontrou um modo de descrever\ordenar cientificamente o fenômeno jurídico. Ressalte-se que ambas correntes partilhavam do dualismo metodológico, sendo a dimensão do ser, dos fatos, aquela sobre a qual recairia o labor científico.

Deste modo, caso o cientista do direito dissesse qual é a melhor interpretação de uma determinada norma, estaria proferindo um juízo de valor que, enquanto herdeiro dessas tradições, acreditava se tratar de um enunciado desprovido de rigor científico. Seriam apenas opiniões políticas, ideológicas, morais, crenças religiosas, etc. No entanto, na prática judiciária, o juiz precisa aplicar uma norma

Kelsen reconhece que os escritos de Philipp Frank e Hans Reichenbach sobre a causalidade *influenciaram, sim*, sua visão. O teor da carta é encontrado em texto de Clemens Jabloner, que afirma que, embora as ideias de Kelsen não estivessem livres da metafísica, o jurista de Viena seguiu uma tendência que se pode encaixar na corrente neopositivista lógica. Cf. JABLONER, Clemens, “Kelsen and his Circle: The Viennese Years”, *European Journal of International Law*, n. 9, 1998, pp. 378-380. Além do mais, há que se ter em mente o seguinte: jamais disse que Kelsen é um neopositivista lógico por essência. Digo –com Warat, com Leonel Severo Rocha, até mesmo com Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli –que há uma *influência*, e ela é muito clara. Não somos os únicos. Vladimir de Carvalho Luz, Manoel da Nave Pires, Juan Cofré, todos sustentam essa influência em obras bastante rigorosas que merecem destaque. Cf. LUZ, Vladimir de Carvalho, “Neopositivismo e Teoria Pura do Direito”, *Revista Sequência*, n. 47, 2003, pp. 11-31. COFRÉ, Jua, “Kelsen, el formalismo y el Círculo de Viena”, *Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia*, vol. 06, dez. 1995, pp. 29-37.

ao caso concreto. Não pode apenas descrever o Direito. Por isso, a prescrição decorrente do ato de aplicação do Direito (sentença) será um ato de vontade, pois ele escolhe qual a interpretação da norma que lhe convier, segundo sua subjetividade, que está imersa num contexto de influências difusas. Por isso, aliás, contemporaneamente, o jurista italiano Pierluigi Chiassoni afirma que a interpretação por parte dos órgãos de aplicação possa ser, como na visão escandalosa (para Alice) de Humpty-Dumpty, um jogo interpretativo de reinterpretação ilimitada.¹⁴

Nesse aspecto, fica evidente a influência que Kelsen sofre quando busca edificar a ciência do Direito em um segundo nível, libertando-a de todos os elementos que, nas suas próprias palavras, lhe são “estranhos”: a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política. Com isso, o objeto da ciência jurídica passa a ser o Direito, que é, assim, a linguagem-objeto, descrito por uma metalinguagem, a Ciência Jurídica (esse é o lugar da teoria pura). O caráter dualístico também está presente na TPD seja na norma hipotética fundamental (*Grundnorm*), nas relações dela derivadas às demais normas, como também na verificabilidade das descrições normativas, já que “podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas”.¹⁵

Deste modo Kelsen conseguiu descrever o Direito. Todavia, para isso teve que apelar para a artificialidade; para uma metalinguagem. O olhar é puro; o olhado não o é. Por isso, Teoria do Puro do Direito e não Teoria do Direito Puro.

¹⁴ CHIASSONI, PIERLUIGI, *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*, São Paulo: Editora Contra Corrente 2017, p.489.

¹⁵ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martin Fontes, 1985, p. 82.

IV. DAS FALHAS DO POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO: DE QUANDO A METALINGUAGEM OPERA NO MESMO NÍVEL DA LINGUAGEM OBJETO

O positivismo jurídico contemporâneo parece que não compreendeu a complexidade da Teoria Pura do Direito. Aliás, alguns não entenderem sequer o título da obra: é a teoria pura do Direito e não a teoria do Direito puro, na medida em que Kelsen percebe que a linguagem natural (eivada de subjetivismos) não daria conta de um projeto descritivo neutro. O jurista criou, assim, a metalinguagem de uma linguagem objeto. Isto é, colocou sua teoria noutra patamar epistêmico. Em livro recentemente traduzido (2017), Chiassoni afirma que

as doutrinas do conhecimento que proporcionam os ingredientes para as diferentes (sub)epistemologias kelsenianas são basicamente três: o construcionismo, que representa a divisa metodológica associada à obra de Rudolf von Jhering, Georg Jellinek e a doutrina do direito público alemã de finais o século XX; o construcionismo, próprio da epistemologia transcendental de Kant e dos neokantianos; o empirismo, próprio dos teóricos das ciências naturais (Ernst Mach) e sociais (Max Weber) no começo do século XX e, também, do positivismo lógico.¹⁶

Veja-se: quando um positivista pretende descrever o Direito de forma neutra ele esquece que não está fora do Direito fazendo isso, apesar de tentar colocar-se na posição do observador externo. Ainda que tente, de modo artificial, colocar-se num âmbito teórico devidamente esterilizado, tal pretensão é impossível, já que parte do Direito que está impregnado de moral. Assim, na contramão de muitos juspositivistas, tenho afirmado que é a moralidade que separa Direito e Moral. Ou seja, quem separou Direito e Moral foi

¹⁶ CHIASSONI, PIERLUIGI, *O enfoque analítico na filosofia do direito: de bentham a kelsen*, São Paulo: Editora Contra Corrente, 2017, p. 419-420.

a Moral. O erro das metalinguagens que o Positivismo Jurídico tem produzido sobre o direito é que ainda estão pressupondo um ponto arquimediano, sobre uma prática interpretativa (Dworkin). Há uma reflexão de Michael Löwy sobre positivismo científico que se aplica perfeitamente ao positivismo jurídico, mormente os positivismos pós-hartianos com pretensão descritiva:

A “boa vontade” positivista enaltecida por Durkheim e seus discípulos é uma ilusão ou uma mistificação. Liberar-se por um esforço de objetividade das pressuposições éticas, sociais ou políticas fundamentais de seu próprio pensamento é uma façanha que faz pensar irresistivelmente na célebre história do Barão de Münchhausen, ou este herói picaresco que consegue, através de um golpe genial, escapar ao pântano onde ele e seu cavalo estavam sendo tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos... Os que pretendem ser sinceramente seres objetivos são simplesmente aqueles nos quais as pressuposições estão mais profundamente enraizadas.¹⁷

Aliás, a descrição neutra pretendida por muitos teóricos possivelmente advém de uma metodologia que procura não recair na “falácia naturalista”.¹⁸ Deste modo, assume a postura que existiria uma espécie de barreira entre o ser e o dever-ser; ou seja, de uma premissa do tipo “ser” não se seguiria, necessariamente, uma premissa do tipo “dever-ser”. Dessa forma, acreditam que trabalham com uma postura arquimediana que não incorre em nenhuma espécie de valoração. O equívoco, aqui, é o esquecimento de que, ao assumir que você deve separar o Direito da moral, você já está partindo de uma posição moral. É moralmente defensável que a

¹⁷ Cf. LÖWY, Michael, *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na Sociologia do Conhecimento*, São Paulo: Editora Busca Vida, 1998, p. 31.

¹⁸ A falácia naturalista é atribuída ao filósofo inglês George Edward Moore que sem seu livro *Principia Ethica*, um dos clássicos da filosofia do séc. XX, identificou o equívoco das teorias naturalistas que consideravam, em suma, o dever ser como propriedades “naturais” do ser, ou seja confundiam o dever-ser com o ser.

teoria proceda desta maneira, ao invés de engajar-se com a prática, ou seja, avaliá-la

Existem muitos autores que trabalham esse colapso entre a dicotomia ser/dever-ser, fato/valor, na filosofia. MacIntyre demonstra, em *After Virtue*, que o bom e o ruim de forma alguma são independentes do conceito empregado. Em dois exemplos distintos, demonstra que das premissas aparentemente descritivas de que “o relógio não marca corretamente a hora” e o “fazendeiro teve um índice de produção maior do que todos os outros” se seguem, logicamente, as premissas avaliativas “o relógio é ruim” e o “fazendeiro é bom”. MacIntyre acertadamente argumenta que “o conceito de relógio não pode ser definido independentemente do conceito de um bom relógio e o conceito de fazendeiro independentemente do bom fazendeiro”.¹⁹

Isso significa que os positivistas não conseguem descrever o Direito apartado do conceito do “bom Direito”. Assim ao descreverem o Direito estão também o prescrevendo, ainda que parcialmente, isto é, dentro dos limites daquilo que pretendem descrever.

Neste sentido, Joseph Raz, um dos expoentes do positivismo exclusivo,²⁰ ao dizer o que apenas as fontes sociais reivindicam autoridade está, logicamente, assumindo uma prescrição contrária à Dworkin, por exemplo. Está, em outros termos, dizendo que a verdade moral (objetiva) não *deve ser* levada em consideração como Direito. Ainda que se argumente que isto se dá devido a pretensão de autoridade que o Direito possui, de modo ter primazia no confronto com outras razões para agir, isto também se justificaria moralmente no conceito de serviço que legitima esta reivindicação.

¹⁹ MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 3. ed., 2007, p. 57-58.

²⁰ Para maiores aprofundamentos ver verbete *Positivismo Jurídico* em STRECK, Lenio Luiz, *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, pp. 159-210.

Dito de outra forma, é moralmente defensável que o direito se imponha na esfera pública, senão teríamos a todo tempo uma abertura ampla para razões de natureza diversa o que seria um problema para a estabilidade social. Portanto, não há somente descrição, pois descreve-se prescrevendo e prescreve-se descrevendo.

Os próprios positivistas reconhecem isso, ficando evidente com os seguintes exemplos:

1. Scott Shapiro, em *Legality*,²¹ admite que, em pelo menos alguns casos, não há como ser somente descritivo, necessitando de um engajamento normativo;
2. Jules Coleman afirma que a tese da separabilidade entre Direito e Moral é incompatível com o positivismo exclusivo, na medida em que um positivista exclusivo já parte de um ponto de vista moral (de que é bom separar o Direito da Moral) para descrever de forma neutra o que é Direito excluindo a moral;²²
3. Raz afirma que “...creio que Hart se equivoca neste ponto, e Dworkin é correto ao sustentar que a explicação da natureza do direito implica considerações avaliativas”²³ e, por fim;
4. a própria ideia de *ponto de vista interno* de Hart implica o abandono de uma descrição neutra. Diz Hart, sobre o ponto de vista externo, que “o seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que,

²¹ Vide especificamente a nota de rodapé n.º 2 do primeiro capítulo. SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 403.

²² COLEMAN, Jules. *La arquitectura de la filosofía del derecho. Neutralidad y teoría del derecho* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 142 e ss.

²³ RAZ, Joseph, “Two views of the nature of the theory of law: A partial comparison”, *Legal Theory*, Volume 4, pp. 5-6; 267-268.

quando as luzes passam a encarnado, há uma probabilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um *senal* natural *de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *senal de que* virá chuva”²⁴. Assumir uma posição, externa ou interna, implica limites morais para a realização de qualquer empreendimento teórico.

5. Se o positivismo apostasse, efetivamente, em um “processo descritivo” de âmbito filosófico, deveriam seus teóricos demonstrar que é possível realizar esse tipo de descrição objetiva dos fatos (Direito é um fato social); ou isso ou será impossível separar Direito e Moral. A menos que o positivismo jurídico possa ser teorizado à revelia dos paradigmas filosóficos.

Parece evidente que prescrição e descrição não estão separados por uma barreira intransponível que nos permitiria transitar de modo seguro num dos lados sem a contaminação do outro. Kelsen, antes de todos, conseguiu ver que se atuasse no nível da linguagem ordinária –dimensão em que o Juspositivismo tem operado desde Hart– estaria sujeito a esta realidade e que somente noutro nível estaria a salvo, ao menos, logicamente. Assim, amparado no neopositivismo lógico e no neokantismo, a Teoria Pura do Direito não descreve nem de dentro, nem de fora, mas a partir de lugar nenhum. Obviamente, que esta pretensão é também problemática, mas demonstra uma tentativa sofisticada de não recair na aporia ainda presente no positivismo hodierno.

²⁴ HART, Herbert, *O Conceito de Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 99.

V. DAS FALHAS DO POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO: A AUSÊNCIA DE PREOCUPAÇÃO COM A QUESTÃO “CAUSALIDADE VERSUS IMPUTAÇÃO”

Outra questão que passa despercebida pelos positivismos contemporâneos, provavelmente por se supor superada, é a diferenciação entre causalidade e imputação. Hans Kelsen, tendo como um dos problemas centrais em seu horizonte de preocupações a cientificidade do direito, teve que enfrentar e apresentar uma saída para esta questão tormentosa.

Para Kelsen, a norma é um sentido objetivo imputado a um ato (de vontade). Dessa forma, Kelsen consegue delimitar com uma precisão o objeto da ciência do Direito. *Prima facie*, como o critério kelseniano para identificar o Direito é a norma tudo o que for, por assim dizer, normativo, interessa ao cientista do Direito. Porém, não é qualquer norma, mas somente aquelas emanadas pelas fontes socialmente autorizadas. O crucial é que este *dever-ser* ao ser manifesto torna-se um dado da realidade, um *ser*, não por uma relação de causa-efeito, mas por uma imputação.

É a imputação que afasta o Direito das ciências naturais e consequentemente de seus métodos de abordagem, e o coloca no campo das ciências culturais, normativas, ou do “espírito”. É a imputação, enquanto manifestação da vontade, que ordena o caos do real, possibilitando, portanto, descrições factíveis, observáveis, que podem compor um quadro lógico rigoroso.

Antes da imputação no direito nós temos apenas a expectativa, a potência, múltiplas possibilidades sobre as quais qualquer pretensão científica estaria fadada ao fracasso, pois inexisteria capacidade de antecipação diante do imprevisível. Se este recorte epistêmico, que possibilita a elaboração de uma metalinguagem jurídica, não for observado, teríamos uma pseudociência do direito, muito próxima da política, da moral, da ideologia.

A partir de Hart, com sua notória ênfase sociológica, esta diferenciação tornou-se presumida. Assim, os juspositivistas, pós-Hart, de um modo geral, tendem a não mais enfrentar esta discussão. Todavia, ao não fazer isto, recaem no mesmo problema de tentar fazer ciência no andar de baixo e com isso e por isso parecem confundir os domínios do direito com os da ciência do direito.

Tomemos por exemplo a ordem proferida por um salteador, a mesma ilustração que o Hart utilizou para demonstrar as limitações do modelo de Austin. O que diferencia a ordem do assaltante de uma regra jurídica? Esta resposta pode ser dada por vários ângulos, mas o que nos importa é a ideia de validade e não de imputação, que os positivistas desde Hart veem sustentando, apesar de algumas variações. A ordem do criminoso não é válida pois não está de acordo com uma prática complexa (regra de reconhecimento), por isso não é jurídica. O que distingue é um critério fático (tese das fontes sociais), mas em Kelsen esta distinção se dá pela incidência de um princípio epistemológico: a imputação. Por isso o ato do salteador é só diferente do coletor de impostos na imputação, porque de forma causal o efeito (resultado) é o mesmo. É só na imputação (dever ser) é que está a diferença. Ao usar a dimensão sócio-prática para a verificação da juridicidade e daquilo que pode conhecido como direito, os positivistas passaram e fazer teoria na e a partir da linguagem comum. Kelsen, reconhecendo a impossibilidade deste projeto, como no paradoxo do cretense, utiliza um pressuposto lógico, o que eleva a ciência para outro patamar.

Isso difere um pouco em Raz, quem trabalha com o conceito de razões, por exemplo. Contudo, também não faz a diferenciação entre metalinguagem e linguagem objeto, nem entre imputação e causalidade. No mesmo exemplo dos salteadores, parece haver alguma autoridade que reivindica obediência exclusiva aos seus preceitos, mas não no sentido de uma autoridade (legítima) como ocorre no direito. Novamente, o critério é fático. Kelsen talvez diria que o fator fundamental para a identificação do Direito não parece ser a

autoridade que reivindica o Direito, mas antes, o sentido jurídico que se atribuí a um ato. É inegável a superioridade kelseniana nesse ponto também.

VI. DAS FALHAS DO POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO: O PARADOXO (OU A CONTRADIÇÃO) EXCLUSIVISTA

Joseph Raz nos diz que o direito opera como “razões excludentes”. Isto é, quando do momento de tomada de decisões e apresentar uma razão jurídica esta prevalece sobre as demais pela pretensão de autoridade que possui. Estas razões de tipo jurídica provém das fontes sociais, e por isso compõe um universo finito chamado “Direito”. Como observaremos, o paradoxo ou contradição exclusivista resulta da própria operacionalidade deste sistema jurídico.

Vejamos: um positivista exclusivo dirá que o Direito reivindica autoridade, mas, entretanto, o juiz, por ter responsabilidade enquanto funcionário público, em determinados casos, poderá vir a deixar de apresentar razões com respaldo de autoridade, por exemplo, nos casos difíceis em que os limites do direito precisam ser transpostos.

Neste ponto, o positivismo exclusivo pode sofrer uma forte objeção interna, porque pode ficar refém de sua própria teoria, uma vez que aquilo que o juiz utilizar como fundamento de sua decisão se transforma, no momento posterior, em norma jurídica válida. Isto porque o positivista terá que descrever esse Direito. E sem fazer juízos morais. Consequentemente, na medida em que, para o positivismo exclusivo Direito e moral são cindidos, separados, a tarefa do positivista é descrever o Direito. Mesmo as decisões proferidas à revelia do Direito –e que se transformam em Direito– sob o argumento de juízos práticos, são Direito. Em um segundo momento, já estarão incorporados no Direito. E serão objetos de uma descrição que esconde os fundamentos morais, políticos, entre outros, que serviram de base para sentença. Assim, a pretensa separação entre Direito e Moral é fragilizada.

Em Kelsen as decisões tomadas fora da moldura também se tornam Direito, mas para ele isto não é um problema, pois se encontra em outra dimensão analítica. Ademais, como já mencionado, ele não separa o Direito da Moral.

Veja-se que isso impede, inclusive, que se admita que os assim denominados *easy cases* sejam respeitados. Dizer o que é um *easy case* já é um *hard case*. Afinal, *Riggs. vs. Palmer* não seria um *easy case*? Eis o ponto. Não é por outro motivo que Scott Shapiro admite que a discricionariedade judicial recai inclusive sobre eles.²⁵ O ponto é que o positivismo não lida –e nem pode– com uma teoria da decisão. Nesse sentido, Horácio Neiva, em sua dissertação de mestrado intitulada *Uma Crítica Metodológica ao Positivismo de Joseph Raz*, sustenta que é preciso ao dizer que somente é possível uma teoria da decisão positivista se for uma

[...]teoria que encare os deveres dos juízes, e a forma moralmente correta de tomada de decisão judicial, como sendo uma aplicação estrita de ‘normas positivadas’ através de alguma forma de interpretação textual (seja através do significado histórico, seja por meio do significado literal) [2016b, p. 21].

Caso contrário, restará um problema: no plano da teoria tudo é verificado e identificado, expungindo o joio do trigo. Ocorre que, na hora da aplicação, corre-se o risco de o juiz se insurgir contra esse “produto da descrição” e lançar mão de seus próprios argumentos morais, misturando, novamente, joio e trigo. Veja-se o que diz um positivista normativo brasileiro:

O positivismo jurídico, mesmo nas suas versões seguidoras da tese da fonte social –como a ora sustentada [o positivismo normativo] não nega que a argumentação do magistrado muitas vezes é permeada por uma complexa gama de princípios morais, tampouco que a atividade do magistrado, cuja função não se confunde com o

²⁵ SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 254-256

teórico incumbido de descrever o Direito, pode ser uma atividade moralmente valorativa.²⁶

De novo estamos diante do problema do paradoxo ou autocontradição. É evidente que determinados positivistas dirão, como repto, de que eles não estão e nunca estiveram preocupados com a decisão e que esta argumentação sobre os déficits na aplicação não lhes diz respeito. Outra vez, se o repto dos positivistas for nesse sentido, nele mesmo estará a confissão da cisão entre descrição e prescrição, já tratada anteriormente. A resposta do positivismo pode ser metodologicamente correta. Porém, a teoria do Direito não se resume ao debate metodológico. Não foi por nada que Norberto Bobbio classificou o positivismo em três aspectos: metodológico, ideológico e teórico.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afora o problema da impossibilidade de um ponto arquimediano e do paradoxo, ou contradição interna, em que todos os positivismos descritivos –inclusive Kelsen– recaem, ele ainda consegue superar os demais, permanecendo noutro patamar na medida em que resolveu o “paradoxo do cretense” e soube identificar a diferença entre causalidade e imputação. Inegavelmente, Kelsen foi –e ainda é– o positivista mais sofisticado até hoje.

De novo: eis o problema do DNA do Direito. Parece que a principal teoria jurídica não conseguiu responder à pergunta: o que fazer com a moral. Muitas propostas teóricas já foram elaboradas. Mas sempre falham porque não conseguem alcançar o melhor dos dois mundos: descrever e ao mesmo tempo obrigar os juízes a aplicar o que foi descrito. Se obrigam, já não são positivistas.

²⁶ TORRANO, Bruno, *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo*, Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2015, p. 71.

Diante do estado de natureza que perpassa a aplicação do direito no Brasil, seria desejável que a tese de Raz sobre a autoridade do Direito vinculasse os juízes. Todavia, isso envolveria um juízo acerca da aplicação. E o positivismo não se preocupa com a decisão.

A isto alguém poderia objetar: “-Mas existe o positivismo normativo ou com pretensão normativa”. Todavia, até esse tipo de positivismo admite juízos morais corretivos. Então, como ele poderá ainda assim ser positivista? Talvez o positivismo não possa ser uma teoria do direito, passando ou sendo apenas uma Teoria Política. Ou se assumir como uma teoria textualista, em que texto e norma seriam a mesma coisa. Mas isso seria um retorno ao século XIX.

A partir de um olhar hermenêutico, não há qualquer problema em se admitir ou reconhecer a linguagem natural, com a qual se trabalha, possui uma efetiva dimensão valorativa. E, ao contrário de Kelsen, não existe a ilusão com a construção de uma linguagem artificial. A linguagem, que nos marca, nos determina, é nossa condição de possibilidade.

Assim, a crítica aqui feita assume uma postura efetivamente prescritiva, partindo de uma valoração de como o direito *deve-ser*, observando, ao mesmo tempo, como o direito é. Para isso, busca construir critérios para que a decisão judicial não seja um ato de vontade, isolado ou discricionário.

Parte-se assim de um ponto de vista moral bem claro: de que é ruim que decisões jurídicas sejam arbitrárias e discricionárias e que é bom que a autonomia do Direito seja respeitada e que a democracia seja preservada.

Em suma, para além da perspectiva analítico-descritiva, parte-se dessa valoração moral para prescrever que o Direito não deve ficar refém da moralidade particular e arbitrária de cada julgador. É possível –e necessário– ir além dos positivismos contemporâneos, mas isso não nos impede de reconhecer que estes poderiam tornar-se ainda mais robustos se dessem ouvidos a Hans Kelsen. Talvez seja necessário um acerto de contas.

VIII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi e Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1999.
- CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CHIASSONI, PIERLUIGI. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. São Paulo: Editora Contra Corrente, 2017.
- COFRÉ, Juan. Kelsen, el formalismo y el Círculo de Viena. *Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia*, vol. 06, dez. 1995, pp. 29-37.
- COLEMAN, Jules. *La arquitectura de la filosofía del derecho. Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- COMTE, Auguste. *Curso de filosofía positiva*. Madrid: Magisterio Español, 1987.
- DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. Revisão da tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- MICHELON JR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004.
- JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. *European Journal of International Law*, n. 9, 1998, pp. 378-380.
- KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del derecho?* 5ª ed. Colonia del Carmen-MEX: Distribuciones Fontamara, 1997.
- KELSEN, Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martin Fontes, 1985.

- LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na Sociologia do Conhecimento*. São Paulo: Editora Busca Vida, 1998.
- LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e Teoria Pura do Direito. *Revista Sequência*, n. 47, 2003, pp. 11-31.
- RAZ, Joseph “Two views of the nature of the theory of law: A partial comparison”. *Legal Theory*. Volume 4.
- SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press. 2011.
- STEIN, Ernildo. Às voltas com a metafísica e a fenomenologia. Ijuí, RS: Unijuí, 2014
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.
- TRINDADE, André Karam. STRECK, Lenio Luiz. Diário de Classe: Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 05 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em: 17 out. 2017.
- TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015.
- VIDAL SMILG, Norberto. Possibilidades y limites de la comprensión de la verdade como <<adecuación >>. In: NÍCOLAS, Juan António; GRODIN, Jean (Orgs.). *Verdad, hermenenêutica, adecuación*. Madri: Tecnos, 2016.

UBI SOCIETAS, IBI IUS? SOBRE EL LUGAR DEL DERECHO EN LAS TEORÍAS CLÁSICAS DEL PATRÓN CULTURAL UNIVERSAL

UBI SOCIETAS, IBI IUS? ABOUT THE PLACE OF THE LAW IN THE CLASSIC THEORIES OF THE UNIVERSAL CULTURE PATTERN

BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA¹

RESUMEN: No es infrecuente entre los antropólogos entender el Derecho como universal cultural. Que algún rasgo humano sea universal se puede explicar porque es natural, pero el Derecho no es natural. La pregunta entonces es si existen rasgos culturales, no naturales, universales, a lo que los antropólogos suelen responder afirmativamente. La otra pregunta sería la de si el Derecho es un universal cultural, lo que en buena medida depende del concepto de Derecho que utilizemos. No son pocos los antropólogos que, utilizando una perspectiva amplia sobre el Derecho, piensan que sí es un rasgo universal.

PALABRAS CLAVE: *Patrón cultural universal, antropología jurídica, concepto de Derecho, universales jurídicos.*

ABSTRACT: Usually anthropologists understand the law as universal cultural. A human pattern can be universal because it is natural but the Law is not natural. Are there universal cultural patterns? Anthropologists tend to believe it. Is Law a cultural universal? It depends on the concept of Law that we use. Many anthropologists think that it is a universal culture pattern.

KEYWORDS: *Universal Culture Pattern, Legal Anthropology, Concept of Law, Legal Universals.*

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo (España): rivaya@uniovi.es

SUMARIO: I. La primera antropología y los universales culturales; II. El modelo sociocultural de Marx y Engels; III. La teoría del patrón cultural universal, de Clark Wissler; IV. La teoría del patrón cultural universal en manos del particularismo histórico: Boas, Benedict, Herskovits; V. La teoría del patrón cultural universal según Malinowski; VI. Cultura y personalidad y Derecho: Mead, Kluckhohn, Linton, Kardiner; VII. El estudio estadístico de los universales culturales: George P. Murdock; VIII. Los pre-requisitos parsonianos de la sociedad; IX. ¿Tiene el Derecho estructuras elementales universales? El patrón cultural universal según Lévi-Strauss; X. El patrón cultural universal del materialismo cultural: Marvin Harris.

Si la antropología es la ciencia humana por excelencia, no puede extrañar que interese a los demás investigadores sociales, ya que de ella pueden obtener valiosas lecciones para sus estudios. Por lo que se refiere al Derecho, la antropología puede aportar nuevas perspectivas que el conocimiento jurídico tradicional/ convencional descuidó.² La antropología que se ocupa con el Derecho, la política, los sistemas de control social, etc., es la antropología social o cultural, y en cuanto al orden jurídico, lo entiende como un producto social o como una parte de la cultura. Pero más allá de estas tópicas afirmaciones, la nueva ciencia social alumbra este y otros fenómenos con la luz de sus teorías sobre la naturaleza y la cultura humanas.

A primera vista, parece que la antropología que más nos interesa se dedica al estudio del Derecho primitivo o de los pueblos primitivos, probablemente en el entendimiento de que la comprensión de lo complejo, el Derecho de las sociedades avanzadas y de masas, exige previamente la comprensión de lo más simple.³ “Lo lógico sería –dijo Henry Sumner Maine– que empezáramos por el estudio

² Fernanda Pirie, *The Anthropology of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, 24.

³ Michael Freeman y David Napier, eds., *Law and Anthropology*. Great Britain: Oxford University Press, 2009, 6.

de las formas sociales más simples, en el estado más antiguo de su condición primitiva”.⁴ Pero el Derecho primitivo interesa también por ser otro distinto al propio; raro, extraño. La antropología jurídica se ocupa sobre todo con el Derecho ajeno y entonces su problema es el de la comprensión de algo que, a primera vista, puede parecer incomprensible.⁵ No sorprende que los antropólogos hayan distinguido tradicionalmente entre una perspectiva interna, desde dentro, y otra externa, desde fuera, porque la visión cambia radicalmente según se utilice una u otra, y muchas veces optaron por el uso de ambas, primero la interna y luego la externa.

Por otra parte, la labor del etnógrafo que se dedica a la recopilación de los datos (jurídicos) de la cultura o del pueblo que estudia, aun siendo imprescindible, resulta insuficiente. La simple acumulación de noticias extrañas no conforma ninguna teoría. Además, los datos que se obtengan se encontrarán vinculados a una franja temporal determinada (sincronía) y especial importancia tiene el análisis del cambio temporal (diacronía), pues el primer estudio resulta demasiado estrecho, aunque a veces, al tenerse por representativo, se haya presentado como suficiente. El comparatismo propio de la disciplina antropológica lo explica: se trata de alcanzar conocimientos que sean fiables y, a la vez, lo más extensos posibles. Por eso, cuando se refiera al Derecho, importa observarlo más allá de los límites en los que habitualmente se investiga. Más que ciñéndose a este o aquel orden jurídico, importa comprenderlo dentro del marco del género humano y su desarrollo: ¿cómo se articula con el resto de la cultura?, ¿qué papel juega en el entramado social?, ¿qué elementos universales y qué otros particulares presenta?, ¿cómo evoluciona?, ¿con qué fin?, etc., etc. Se trata de la visión más amplia posible y, a la vez, apegada a la realidad.

⁴ Henry Sumner Maine, *El Derecho antiguo*. Madrid: Civitas, [1861] 1994, 85.

⁵ Franz von Benda-Beckmann, “Riding or Killing the Centaur? Reflections on the Identities of Legal Anthropology”. En Freeman y Napier, *Law and Anthropology*, cit., 28.

Si al principio la antropología se dedica al estudio del Derecho primitivo, al final de su trayecto se ocupa con una teoría omni-compreensiva del Derecho; una teoría que no descuide las diversas percepciones posibles, que tenga en cuenta tanto el Derecho más sencillo o los primeros rudimentos del Derecho, como el más complejo y desarrollado; que sea global, abstracta, de largo alcance. Por eso las teorías antropológicas del Derecho suelen resaltar el carácter adaptativo e integrador (o conflictivo y desintegrador) de éste, por encima de otras cuestiones más particulares. Su interés no es el estudio del orden jurídico como sistema autónomo, sino el del puesto y función que le corresponde dentro de la cultura toda, y el del papel que juega en el conglomerado social. Así, las teorías antropológicas del Derecho no suelen ser formalistas, porque ven el Derecho dentro del orden total de la sociedad y no como “un fenómeno autoconsistente y autosuficiente”;⁶ en otros términos, porque no suelen verlo como un sistema independiente que encuentra en sí mismo el fundamento de su validez.⁷ Léanse las palabras de Leopold J. Pospisil, que parecen referirse a Kelsen, cuando reniega de esa perspectiva del orden jurídico que lo ve como “un sistema legal lógicamente consistente y autónomo, en el que las distintas normas que lo integran son derivadas de otras más abstractas. Estas normas, integradas en una especie de pirámide, son fundamentadas en una norma básica o en una voluntad soberana”.⁸

La antropología jurídica perfecta sería la que pudiera hacer que sus investigadores se integraran en un concreto pueblo y asumieran su Derecho y, acto seguido, se alejaran tanto de él que fueran capaces de verlo como un minúsculo mecanismo dentro de un en-

⁶ Csaba Varga, “Teorías macrosociológicas del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho* V, 1988, 26.

⁷ Bronislaw Malinowski, “A New Instrument for the Interpretation of Law. Especially Primitive”, *The Yale Law Journal* 51, 1942: 1247.

⁸ Leopold Pospisil, *Anthropology of Law. A Comparative Theory*. New Haven: HRAF Press, 1974, 275.

tramado gigante. El etnógrafo utilizaría primero el microscopio y, luego, el antropólogo se serviría del telescopio. En fin, las teorías antropológicas del Derecho son teorías macrosociológicas que tienen especialmente en cuenta la tradición doctrinal de la antropología social y cultural.

En este sentido, resulta de especial interés poner en relación el Derecho con un concreto tipo de doctrinas antropológicas, las que podemos denominar teorías del patrón cultural universal [TPCU],⁹ que relacionan y/o dan explicación de los rasgos universales de la cultura, del patrón cultural universal (*universal culture pattern*) [PCU], a consecuencia de su dedicación a la comparación entre culturas.¹⁰ Estas doctrinas, que se encuentran inevitablemente vinculadas a las teorías de la naturaleza humana,¹¹ plantean dos cuestiones de gran

⁹ Tomo la expresión de Clark Wissler, pero también podría utilizarse la de George Murdock, “teoría del común denominador de las culturas” (*Common Denominator of Cultures*), o “teoría del *consensus gentium*”, como la viene a llamar Clifford Geertz.

¹⁰ Para una aproximación a la historia de las TsPCU puede verse: Melville Herskovits, *Cultural Relativism. Perspectives in Cultural Pluralism*. New York: Vintage Books, 1973, 255-267; Clyde Kluckhohn, “Universal Categories of Culture”. En Alfred L. Kroeber, ed., *Anthropology Today. An Encyclopedic Inventory*. USA: The University of Chicago Press, [1953] 1970; Robert Redfield, *El mundo primitivo y sus transformaciones*. México: FCE, 1963, 107-137; George Peter Murdock, *Cultura y sociedad. 24 ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, [1965] 1987, 85-105; J. Tennekes, *Anthropology, relativism and method. An Inquiry into the Methodological Principles of a Science of Culture*. Assen, Van Gorcum & Co., 1971, 113-154; Harold E. Driver, “Cross-Cultural Studies”. En John J. Honigman, ed., *Handbook of Social and Cultural Anthropology*. Chicago: Rand MacNally y &, 1973, 327-367; Marvin Harris, *El materialismo cultural*. Madrid: Alianza Editorial, 1987, 63-67; D. E. Brown 1991: *Human Universals*. New York: McGraw-Hill, Inc., 1991, 54-88; Giovanni Cosi, *Il logos del diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 1993, 159-178. Muy sintéticamente, Clifford Geertz, “The Impact of the Concept of Culture on the Concept of Man”. En John R. Platt, ed., *News Views of the Nature of Man*. Chicago: The University of Chicago Press, 1970, 99-100.

¹¹ Sobre la apasionante cuestión de la naturaleza humana, con todas las implicaciones jurídicas que puede tener, recomiendo de los últimos tiempos: Steven

relevancia para la comprensión del Derecho: 1) Si el Derecho es un universal cultural y 2) cuáles son los rasgos universales del Derecho, lo que da lugar a las teorías que, por analogía, llamaremos del patrón jurídico universal, resultado de “la comparación intercultural de las instituciones jurídicas”,¹² teorías que conectan con el concepto de *Derecho de gentes*, entendido como mínimo común jurídico a todos los pueblos, y que quizás encuentran el último ejemplo más conocido en la teoría del contenido mínimo del Derecho natural, de H.L.A. Hart. Aunque inevitablemente aparezcan referencias al patrón jurídico universal, el objetivo de esta investigación consiste básicamente en observar el lugar del Derecho en las teorías del patrón cultural universal, es decir, responder a la pregunta acerca de si el jurídico es un elemento universal de la cultura, para lo que resulta evidente que la cuestión del concepto de Derecho que manejaron los antropólogos se vuelve crucial, como que estos científicos sociales suelen utilizar un criterio amplio; más amplio, en cualquier caso, que el de los juristas, que habitualmente defienden una concepción legalista del Derecho con la que los antropólogos no se sienten a gusto.¹³ En cualquier caso, ¿es cierto lo que afirmaba Kantorowicz en 1958, que la entonces moderna antropología se mostraba “incapaz de descubrir sociedades, por primitivas y carentes de carácter estatal que fueran, desprovistas de Derecho”?¹⁴

Pinker, *La tabla rasa. La negación moderna de la naturaleza humana*. Barcelona: Paidós, [2002] 2016; Jesús Mosterín, *La naturaleza humana*. Madrid: Austral, 2006.

¹² Martha Mundy, ed., *Law and Anthropology*. Great Britain: Ashgate/ Dartmouth, 2002, XVI.

¹³ Leopold Pospisil, *The Ethnology of Law*. Menlo Park: Cummings Publishing, 1978, 18-19.

¹⁴ Hermann Kantorowicz, *La definición del Derecho*. Madrid: Revista de Occidente, [1958] 1964, 48.

1. LA PRIMERA ANTROPOLOGÍA Y LOS UNIVERSALES CULTURALES

Aunque también sea cierto que muchos antropólogos han estado obsesionados con la explicación de las diferencias culturales,¹⁵ las TsPCU aparecieron con la antropología. Que las culturas presentan similitudes y equivalencias, rasgos comunes, es un conocimiento intuitivo que captará cualquiera que se dedique a su estudio. De hecho, los primeros antropólogos lo destacaron prontamente. Ahora bien, si el nacimiento de la nueva ciencia estuvo ligado al evolucionismo, ¿acaso también el evolucionismo reconoce un patrón universal? Con la evolución, ¿no cambia la cultura toda, de tal forma que se convierte en un conjunto de elementos particulares en cada caso? Precisamente tanto Tylor como Morgan y Spencer, los padres de la ciencia antropológica, evolucionistas los tres, se ocuparon con la cuestión de los universales de la cultura.

El caso de Tylor nos interesa especialmente, pues dedicó a esta problemática el primer capítulo de su *Primitive Culture*. Como es sabido, la obra se abre con la más clásica definición de cultura:

Tomada en su amplio sentido etnográfico, es ese complejo conjunto que incluye el conocimiento, las creencias, las artes, la moral, las leyes, las costumbres y cualesquiera otras aptitudes y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad.¹⁶

Así Tylor estaba apuntando una TPCU, en el sentido de que señalaba un conjunto de rasgos universales, estando entre ellos el jurídico, rasgos que aparecerían en cualquier cultura conocida o por conocer. Pero ¿el PCU de Tylor se compadecía con su evolucionismo? Es cierto que dijo que en toda cultura había aspectos uniformes y otros variables: mientras los primeros se mantenían, eran los segundos los que evolucionaban y, por tanto, los que nos in-

¹⁵ Robin Fox, *The Search for Society. Quest for a Biosocial Science and Morality*. London: Rutgers University Press, 1989, 15.

¹⁶ Edward B. Tylor, *Cultura primitiva*. Madrid: Ayuso, [1871] 1977, 19.

dicaban en qué fase de la evolución se hallaba la cultura que fuera. Pero refiriéndose al Derecho en concreto, tuvo que reconocer que hubo un tiempo en que no existió, cuando sólo había la venganza, y que iría “apareciendo gradualmente”.¹⁷ Conclusión: el Derecho no habría existido siempre, pero quizás una vez que apareció ya quedó instalado en la cultura y se convirtió en universal. Surge así una pregunta que nos acompañará a lo largo de este trabajo: ¿por qué una invención o creación humana, cultural por tanto, se vuelve universal? En cualquier caso, propuso algo interesante a todos los que quisieran estudiar la cultura, incluido el Derecho, mirarlos desde lejos:

Cuando desde una montaña miramos un ejército, olvidamos al soldado individual, al que, en realidad, apenas podemos distinguir en la gran masa, mientras vemos cada regimiento como un cuerpo organizado, que se dispersa o que se concentra, que avanza o que retrocede.¹⁸

En cuanto a Lewis H. Morgan, a quien en gran medida Engels le daría fama, destaca por su periodificación de la cultura, que partiendo de un estadio inferior de salvajismo arribaría, tras pasar por otro de barbarie, al de la civilización. Esa evolución, además, valdría para cualquier cultura. Sin embargo, tal periodificación no implicaba que entre uno y otro estadio no hubiera ningún parecido, sino que en los diversos momentos se darían soluciones distintas a ciertas cuestiones universales:¹⁹

1. Subsistencia.
2. Gobierno.
3. Lenguaje.

¹⁷ Edward B. Tylor, *Antropología. Introducción al estudio del hombre y la civilización*. Barcelona: Editorial Alta Fulla, [1881] 1987, 489.

¹⁸ Tylor, *Cultura primitiva*, cit., 27.

¹⁹ Lewis H. Morgan, *La sociedad primitiva*. Madrid: Ayuso, [1877] 1975, 78-89.

4. Familia.
5. Religión.
6. Vida de hogar y arquitectura.
7. Propiedad.

Morgan no incluía el Derecho en el esquema universal que proponía. Probablemente de su evolucionismo pudiera colegirse que el fenómeno jurídico aparecía en algún momento del desarrollo cultural, no en el inicio de éste. Así, expresamente dijo que “la ley internacional, codificada y consuetudinaria” y la “ley civil” surgen con la civilización;²⁰ aunque por otra parte también afirmó expresamente que los “gérmenes de las instituciones principales” ya aparecieron en el periodo del salvajismo,²¹ lo que quizás permitiría hablar de un Derecho primitivo.

En cuanto a Spencer, al comienzo de sus *Principios de Sociología* vino a establecer un PCU. Explicó qué elementos habría que describir para conocer una sociedad, estando entre ellos el Derecho. Habría que exponer las condiciones ecológicas y climáticas en que vivía el pueblo que fuera; la población, sus características y modificaciones; el trabajo llevado a cabo y su impacto sobre el medio; la organización de la sociedad; el influjo de la sociedad sobre los individuos; la relación con las sociedades vecinas; la guerra, factor operativo de primer orden; la organización política; la organización industrial; la tecnología; el lenguaje; la ciencia; los productos estéticos: las “costumbres cada vez más numerosas y estereotipadas que conducen a los sistemas de legislación”.²² Quizás esto último quería decir que el Derecho moderno sólo existía en las sociedades más avanzadas, aunque las primitivas estarían dotadas de otro

²⁰ Morgan, *La sociedad primitiva*, cit., 100.

²¹ Morgan, *La sociedad primitiva*, cit., 81.

²² Herbert Spencer, *Abreviatura de principios de sociología*. Buenos Aires: Revista de Occidente, 1947, 17-19.

consuetudinario, primitivo. Algo parecido se observa si se analiza la forma de resolución de los conflictos, según Spencer, pues en los pueblos primitivos se encontraría una “grosera administración de justicia” que habitualmente utiliza la venganza y que se acabaría transformando en una “administración pública de la justicia”,²³ lo que de nuevo serviría para distinguir entre un Derecho primitivo y otro Derecho a secas.

II. EL MODELO SOCIOCULTURAL DE MARX Y ENGELS

El patrón cultural universal del marxismo fue descrito en una cita clásica de la *Contribución a la crítica de la economía política*, donde Marx estableció un mapa de los fenómenos culturales sobre el que aplicar la metodología materialista, el principio del determinismo económico:

El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se eleva la superestructura jurídica y política y a la que corresponden formas sociales determinadas de conciencia. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de vida social, política e intelectual en general. No es la conciencia de los hombres la que determina la realidad; por el contrario, la realidad social es la que determina su conciencia [...] El cambio que se ha producido en la base económica trasforma más o menos lenta o rápidamente toda la colosal superestructura.²⁴

Aunque se trata de una presentación sintética del PCU que requeriría desarrollo y problematización, de la aplicación de ese mapa sobre cualquier sociedad se obtendría (a los ojos de un marxista) una visión cabal de la misma. Si efectivamente se trata de una versión de la TPCU, eso significaría que el Derecho, la superestruc-

²³ Herbert Spencer, *La justicia*. Buenos Aires: Atalaya, 1947, 180.

²⁴ Karl Marx, *Contribución a la crítica de la economía política*. Granada: Comares, [1859] 2004, XXXI.

tura jurídica, es un elemento universal, que existiría en cualquier sociedad. Pero ¿efectivamente postularon Marx y Engels que toda sociedad tiene Derecho?

No lo creo. En *El origen de la familia, de la propiedad privada y el estado*, Engels hizo una descripción de la evolución de la humanidad, para lo que utilizó, además de la periodificación de Morgan, la distinción entre sociedad gentilicia y estatal; contando aquélla con la sola opinión pública como medio coercitivo, mientras que ésta utilizará ya la forma legal.²⁵ Evolucionistas como Marx y Engels no suelen creer que el Derecho exista desde el inicio de los tiempos; al contrario, es normal que vean su nacimiento en un determinado momento de esa evolución. Entonces, la expresión “superestructura jurídica y política” no habría que traducirla como “Derecho y Estado” sino, más ampliamente, como “organización social”, lo que no requiere necesariamente ni del Derecho ni del Estado. De hecho, de aquél se podría predicar lo mismo que Engels predicó de éste, con lo que la cita pasaría a decir: “el Derecho no ha existido eternamente. Ha habido sociedades que se las arreglaron sin él, que no tuvieron la menor noción del Derecho ni de su Poder. Al llegar a cierta fase de desarrollo económico que estaba ligada necesariamente a la división de la sociedad en clases, esta división hizo del Derecho una necesidad”.²⁶

III. LA TEORÍA DEL PATRÓN CULTURAL UNIVERSAL, DE CLARK WISSLER

Pero quien acuñó la expresión de “patrón cultural universal” fue Clark Wissler, en una obra que alcanzaría reconocimiento, *Man and Culture* (1923). En ella, además de elaborar importantes conceptos

²⁵ Friedrich Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Madrid: Ediciones Endymión, [1884] 1988, 171-172.

²⁶ Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, cit., 177.

para la antropología, como el de “área cultural” y “área temporal”, Wissler defendió que por cultura había que entender el modo de vida de un pueblo, y que si bien era cierto que las maneras de vivir variaban, también lo era que algunos procesos y estructuras resultaban constantes. Aunque tal vez sus palabras no fueran muy precisas, resultaba que las culturas diferían en sus contenidos, pero se asemejaban en sus formas. A esa semejanza fue a la que llamó “patrón universal”, y al conjunto de rasgos culturales universales lo denominó “esquema de cultura”. En éste incluyó los siguientes elementos:²⁷

1. Habla
 - 1.1. Idiomas, sistemas escritos, etc.
2. Rasgos materiales
 - 2.1. Hábitos alimenticios
 - 3.2. Refugio
 - 4.3. Transporte
 - 5.4. Vestido
 - 6.5. Utensilios, herramientas, etc.
 - 7.6. Armamento
 - 8.7. Ocupación e industria
3. Arte, escultura, pintura, dibujo, música, etc.
4. Mitología y conocimientos científicos.
5. Prácticas religiosas
 - 5.1. Formas rituales

²⁷ Clark Wissler, *Man and Culture*. New York: Thomas Y. Crowell, [1923] 1965, 73-97.

- 6.2. Tratamiento de la enfermedad
- 7.3. Tratamiento de la muerte
- 8. Familia y sistema social
 - 6.1. Formas de matrimonio
 - 7.2. Método de relación
 - 8.3. Herencia
 - 9.4. Control social
 - 10.5. Deportes y juegos
- 11. Propiedad
 - 7.1. Real y personal
 - 8.2. Reglas de valor e intercambio
 - 9.3. Comercio
- 10. Gobierno
 - 8.1. Formas políticas
 - 9.2. Procedimientos judiciales y legales
- 10. Guerra

Visto desde hoy, el listado de Wissler resulta incompleto y confuso, pero su gran mérito no se encontró tanto en la relación de los elementos comunes cuanto en el hincapié que puso en éstos; en su insistencia en los rasgos universales de la cultura. Por supuesto, el afán ya había comenzado. Habría que perfeccionar la lista y, a la vez, plantearse cuáles eran los rasgos universales de cada uno de esos rasgos universales: de la lengua, de la religión o del Derecho, entre otros. En referencia al elemento jurídico, por cierto, cabría entenderlo incluido dentro del control social, pero hacía expresa referencia a los “procedimientos judiciales y legales”, lo que habitualmente se entiende por Derecho, en el epígrafe de gobierno. Como

había hecho Marx, también Wissler situó el fenómeno jurídico al lado del político.

IV. LA TEORÍA DEL PATRÓN CULTURAL UNIVERSAL EN MANOS DEL PARTICULARISMO HISTÓRICO: BOAS, BENEDICT, HERSKOVITS

Realmente Clark Wissler era un seguidor de Franz Boas, el padre del particularismo histórico, una de las tendencias doctrinales más importantes de toda la historia de la antropología. El particularismo histórico nació como corriente enfrentada al evolucionismo, y vinculada al neokantismo de Dilthey, Windelband y Rickert. El fundador, Boas, aunque no despreciara los análisis nomotéticos, generalistas, demostraba sentir preferencia por los idiográficos o particularistas, lo que trajo consigo un aumento considerable del trabajo de campo y un mayor rigor en las descripciones de los pueblos que estudiaron sus seguidores. Pero Boas no podía ser insensible a las similitudes culturales que encontró por todos lados. En su obra más conocida, *The Mind of Primitive Man*, partió de reconocer la enorme variedad de las diferencias culturales, pero luego parecía asombrado porque idénticos fenómenos se repitieran en zonas muy alejadas del globo”.²⁸ Sobre todo destacó las similitudes morales. Él mismo formuló una teoría del contenido mínimo de la moral: “Es un deber de toda persona respetar la vida, el bienestar y la propiedad de los demás, y evitar cualquier acción que pueda dañar al grupo como un todo. Todas las infracciones de este código serán sancionadas con castigos sociales o sobrehumanos”.²⁹ Y del contenido mínimo del Derecho, pues reconoció que en las normas jurídi-

²⁸ Franz Boas, *The Mind of Primitive Man*. New York: Dover Publications, [1911] 1963, 149-161.

²⁹ Franz Boas, *Anthropology and Modern Life*. New York: Dover Publications, [1928] 1962, 225.

cas se repetían monótonamente unas cuantas ideas básicas.³⁰ Pero también afirmó con carácter general que, aunque hubiera rasgos universales, éstos “se manifestaban con específicas formas en cada sociedad”.³¹ Uno de sus discípulos más afamados, la antropóloga Ruth Benedict, radicalizó las ideas del maestro y abrazó con fuerza el relativismo cultural, pero a la vez tuvo que reconocer que las sociedades humanas poseían rasgos universales o casi universales, y señaló dos, el animismo y las limitaciones que la exogamia imponía al matrimonio.³²

Pero entre los discípulos de Boas, quien más contribuyó a la elaboración de una TPCU fue Melville Herskovits, aunque sobre todo sea conocido por su defensa a ultranza del relativismo cultural.³³ Para Herskovits lo que verdaderamente tiene carácter universal es la cultura, mientras que en cada sociedad se adopta una forma particular de ésta. Ahora bien, al ser universal la cultura también lo son los elementos que ella abarca: un modo de subsistencia, un equipamiento tecnológico, un sistema de distribución de los productos, una organización de la familia y el parentesco, algún tipo de control político, una filosofía de la vida y una religión, un sistema estético, un lenguaje. Luego los organizó en los siguientes epígrafes:³⁴

³⁰ Franz Boas, *Race, Language and Culture*. New York: The Free Press [1940] 1968, 271.

³¹ Boas, *Anthropology and Modern Life*, cit., 61-62.

³² Ruth Benedict, *El hombre y la cultura*. Barcelona: Edhasa, [1934] 1989, 30.

³³ Resulta llamativo el parecido entre la postura relativista de Herskovits y la de uno de los teóricos del Derecho más importantes de la historia, Hans Kelsen, pues ambos seguían del relativismo el valor de la tolerancia. En palabras de Herskovits: “el relativismo cultural es una filosofía que, al reconocer los valores que establece cada sociedad para guiar su propia vida, insiste en la dignidad inherente a cada cuerpo de costumbres y en la necesidad de tolerancia frente a convenciones diferentes de las nuestras”; en Melville Herskovits, *Cultural Relativism. Perspectives in Cultural Pluralism*. New York: Vintage Books 1973, 90-92.

³⁴ Herskovits, *Cultural Relativism. Perspectives in Cultural Pluralism*, cit., 30-31 y 265-266.

1. Cultura material y sus sanciones
 - 1.1. Tecnología
 - 1.2. Economía
2. Instituciones sociales
 - 2.1. Organización social
 - 3.2. Educación
 - 4.3. Estructuras políticas
3. El hombre y el universo
 - 3.1. Sistemas de creencias
 - 4.1. El control del poder
4. Estética
 - 4.1. Artes pictóricas y plásticas
 - 5.2. Folklores
 - 6.3. Música, drama y danza
5. Lenguaje

Desde la perspectiva relativista de Herskovits era importante subrayar que la universalidad de los elementos culturales, sobre todo la de los valores, no quería decir que tuvieran un carácter absoluto. Que hubiera valores absolutos significaría que serían fijos y estables, y que no admitirían variación, mientras que afirmar su universalidad sólo implicaría que entre ellos habría un denominador común, de tal forma que podría utilizarse el mismo término para designarlos: en todas partes se reconocen ciertos valores, pero no hay “dos culturas cuyas instituciones sean idénticas en la forma”, dijo. El resultado era que los universales, producto de la inducción,

siempre tenían un carácter abstracto, genérico, incluso vago.³⁵ En fin, la moralidad era universal, pero los concretos sistemas morales eran distintos, “producto de la particular experiencia histórica de las sociedades donde se manifiestan”. ¿Cabría decir lo mismo del Derecho? Probablemente. Herskovits se ocupó con la cuestión del concepto de Derecho para criticar a los juristas que, creyéndose en posesión de la verdad, utilizaban una definición muy estrecha y etnocéntrica. Reconocía que se trataba de un problema, pero optaba por ensanchar la categoría de lo jurídico; por tener en cuenta, a la hora de llevar a cabo un análisis comparativo del Derecho, “las instituciones empleadas para efectuar fines semejantes en otras sociedades”; por reducir la importancia de la estructura y ampliar la de la función.³⁶ Pero quien con ideas semejantes a las expuestas integró el Derecho en el PCU fue, sin duda, Bronislaw Malinowski.

V. LA TEORÍA DEL PATRÓN CULTURAL UNIVERSAL SEGÚN MALINOWSKI

La importancia de la antropología social británica para la antropología del Derecho resulta enorme, hasta el punto de que *la polémica* que se produjo entre Malinowski y Radcliffe-Brown sirve aún hoy día para distinguir entre el Derecho identificado funcionalmente, que es un “universal sociocultural”, y el Derecho formalmente considerado, que “no está universalmente presente en todas las sociedades”.³⁷

Ahora nos interesa sobre todo Bronislaw Malinowski, cuyo *Crime and Custom in Savage Society* (1926) no sólo es la obra más clásica de esta rama de la etnología sino una joya del pensamiento jurídico

³⁵ Herskovits, *Cultural Relativism. Perspectives in Cultural Pluralism*, cit., 91 y 259.

³⁶ Melville Herskovits, *El hombre y sus obras*. México: FCE, [1948] 1952, 363, 378-379.

³⁷ J. M. Donovan y H. E. Anderson, *Anthropology & Law*. New York: Berghahn, 2003, 12.

todo. Pero tenemos que empezar refiriéndonos a su teoría de la cultura, para ver si en ésta se incardina el Derecho de forma universal, es decir, si forma parte o no del PCU que propone Malinowski. Curiosamente, se le encargó la voz “Culture” de la *Encyclopaedia of the Social Sciences*, que se publicaría en 1931, y allí dijo que se trataba de la “herencia social” que incluía “artefactos, bienes, procedimientos técnicos, ideas, hábitos y valores”, y si bien es verdad que en la definición no aparecía el término Derecho (Law), ni siquiera el de normas o reglas, más adelante advertía que la cultura no se agotaba sólo en la economía, el Derecho y la educación,³⁸ con lo que se evidenciaba que éste formaba parte de aquélla.

En cuanto a cómo acercarse a la cultura con el objeto de conocerla, Malinowski afirmaba de forma tajante que “funcionalmente”, esto es, concibiéndola como un medio para satisfacer una necesidad.³⁹ Entonces, a su juicio, funcionalista era el análisis con el que se intentaba “definir la relación entre un comportamiento cultural y una necesidad humana, básica o derivada”.⁴⁰ Desde este punto de vista ocurría que toda creación cultural tenía una finalidad a la que se dirigía y que resultaba ineludible conocer ésta para dilucidar en qué consistía aquélla. Ahora bien, había un fin último al que la cultura toda estaba encaminada, “el de la supervivencia biológica”, de tal manera que ya fuera el Derecho, el arte, la cocina o la electricidad, en último término todas esas realidades se dirigían a que el hombre sobreviviera. Su teo-

³⁸ Bronislaw Malinowski, “La cultura”. En J. S. Kahn, ed., *El concepto de cultura. Textos fundamentales*. Barcelona: Anagrama, [1931] 1975, 85-107.

³⁹ Estoy persuadido de que la teoría de las necesidades de Malinowski se encuentra en el origen de la teoría del contenido mínimo del Derecho natural, de H.L.A. Hart. No deja de llamar la atención que en *El concepto de Derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, [1961] 1977, 306) Hart citara el clásico de Piddington, “Malinowski’s Theory of Needs” en referencia a la distinción entre punto de vista interno y externo, cuando sería más congruente que lo citara en relación a la teoría del contenido mínimo del Derecho natural.

⁴⁰ Bronislaw Malinowski, *Una teoría científica de la cultura*. Madrid: Sarpe, [1944] 1984, 116, 89 y 59.

ría de la cultura se basaba, dijo, en hechos biológicos.⁴¹ Pero ¿a quién se refería Malinowski cuando hablaba de la supervivencia, al individuo o al grupo? Hay razones para pensar que el antropólogo partió de una idea individualista con la que no logró dar explicación de todo lo que analizaba, por lo que la reelaboró en un sentido societario. De hecho, al abordar la cuestión de las necesidades primeras, las entendió como aquellas condiciones de diverso tipo, tanto ambientales como biológicas, que han de satisfacerse “para la supervivencia del individuo y del grupo”, y más adelante, al volver sobre el tema, dijo que las necesidades que él tenía en cuenta no eran individuales sino sociales y culturales.⁴²

Pero importa destacar la tabla de necesidades que Malinowski elaboró, pues era ese elenco el que explicaba toda la cultura. En pocas palabras, son el hambre, el sexo y la salud, los problemas naturales con que el hombre se enfrenta y para resolverlos construye muy diversas herramientas culturales. A su vez, la cultura crea nuevas necesidades (“un tipo secundario de determinismo”) que también ha de satisfacerse culturalmente y así de forma sucesiva. Ésta era la tabla:

Tabla 1.

NECESIDADES BÁSICAS	RESPUESTAS CULTURALES
a) Nutrición	a) Aprovisionamiento
b) Reproducción	b) Parentesco
c) Bienestar corporal	c) Abrigo
d) Seguridad	d) Protección
e) Movimiento/relajación	e) Actividad/reposo
f) Crecimiento	f) Aprendizaje
g) Salud	g) Higiene

⁴¹ Malinowski, *Una teoría científica de la cultura*, cit., 30 y 56.

⁴² Malinowski, *Una teoría científica de la cultura*, cit., 97 y 111.

Es cierto que el listado es susceptible de críticas, pero lo que importa ahora es fijarse en las respuestas culturales que merecen las necesidades básicas y cómo se satisfacen éstas, por medio de un instrumental diverso que incluye herramientas, reglas técnicas, normas y valores.

En cuanto a las necesidades o “imperativos culturales” ya sabemos que, según Malinowski, derivan de las otras y que son una *conditio sine qua non* para que no se produzca “la destrucción o el conflicto en sentido biológico”. A su juicio, estas necesidades se pueden sintetizar así:

Tabla 2.

NECESIDADES CULTURALES	RESPUESTAS CULTURALES
a) Formas de producción y consumo	a) Economía
b) Formas de comportamiento	b) Control social
c) Formas de conocimiento	c) Educación
d) Formas de autoridad	d) Política
g) Salud	g) Higiene

De tal manera, lo que Malinowski consigue es diversificar entre necesidades de derivación inmediata y de derivación remota. Ahora bien, la diferencia que se observa entre ellas es su mayor o menor desarrollo, es decir, que la economía, el control social, la educación y la política representarían —creo yo— una fase más avanzada de institucionalización en la manera de satisfacer las necesidades primeras.⁴³ Mas ¿dónde se encuentra el Derecho?

Mientras otros autores daban por sobreentendido el concepto de Derecho, Malinowski reflexionó sobre él y no sólo utilizó uno sino dos concepto distintos. Aunque no suela tenerse en cuenta,

⁴³ Malinowski, *Una teoría científica de la cultura*, cit., 142-153.

a veces lo entendió como una normatividad respaldada por una organización de la coacción y por tribunales, lo que le llevó a reconocer que no todas las sociedades primitivas tenían Derecho,⁴⁴ es decir, que no sería una institución universal, existente en cualquier cultura. Pero habitualmente mantuvo una idea mucho más amplia y difusa de Derecho, minimizando sus componentes estructurales y centrándose en el aspecto funcional, en el control social que ejerce. En *Crime and custom* dijo que las normas jurídicas se caracterizaban por dos notas: porque establecían derechos y obligaciones, y porque se hallaban respaldadas por “una definida maquinaria social de poderosa fuerza obligatoria” basada en la reciprocidad.⁴⁵ Además se centró en las funciones que cumplía: “contener ciertas propensiones naturales, canalizar y dirigir los instintos humanos e imponer una conducta obligatoria no espontánea; con otras palabras, asegurar un tipo de cooperación basado en concesiones mutuas y en sacrificios orientados hacia un fin común”.⁴⁶ Así se difuminaba aún más la estructura del Derecho. Por fin, en los comentarios que hizo al libro de Llewellyn y Hoebel, *The Cheyenne Way*, que aparecieron al poco de su muerte en *Yale Law Journal*, lo dejó claro: “El Derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento indispensable para alcanzar los fines reales, en última instancia biológicos, del obrar humano”.⁴⁷ En fin, aunque no citara expresamente el Derecho en su patrón cultural, en su relación de universales culturales, éste se integraba bajo el rótulo de control social y existía en cualquier cultura.

⁴⁴ Malinowski, *Una teoría científica de la cultura*, cit., 137 y 151.

⁴⁵ Bronislaw Malinowski, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel [1926] 1991, 65-74.

⁴⁶ Malinowski, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, cit. 79-80.

⁴⁷ Bronislaw Malinowski, “A New Instrument for the Interpretation of Law. Especially Primitive”, *The Yale Law Journal* 51, 1942, 1245.

VI. CULTURA Y PERSONALIDAD Y DERECHO: MEAD, KLUCKHOHN, LINTON, KARDINER

Conectado también con el particularismo histórico de Boas y aunque demostrara la singularidad de algunos fenómenos que se habían tenido por universales, la corriente de *Cultura y Personalidad* se interesó por la TPCU. Es cierto que el centro de su estudio fue el del influjo que la cultura tiene en la formación de la personalidad de los individuos, pero eso no impidió que se interesara también por los rasgos culturales comunes, sobre todo por los valores, a veces aplicados al Derecho.

Por ejemplo Margaret Mead se dedicó básicamente al estudio de la manera en que los papeles se reparten entre los sexos en las distintas culturas, pero no menospreció las similitudes que halló entre los diferentes pueblos. En este sentido, resulta de sumo interés un estudio antropológico que dedicó no al Derecho sino al Derecho natural, nada menos, “Some Anthropological Considerations Concerning Natural Law”, en el que afirmaba algo que a un jurista occidental le podía resultar sorprendente, que cada cultura reconocía un peculiar Derecho natural, es decir, que el Derecho natural era universal, pero no porque sus contenidos lo fueran, sino porque en todos los sitios se reconocía, aunque fuera con contenidos diversos. Así todo, Mead decía que las similitudes culturales eran tan persistentes que sólo podían ser explicadas por la unidad del género humano. En concreto, era normal que hubiera semejanzas entre las culturas, porque todas ellas se integraban dentro del sistema de supervivencia de la especie. Por lo que toca al Derecho natural, no el de cada pueblo sino otro constituido por preceptos y principios que todo orden jurídico necesariamente acogía, señaló la universalidad de tres instituciones de enorme importancia: el homicidio, el incesto y la propiedad privada.

Además Mead apuntó dos cuestiones de interés. Por un lado una de carácter lógico, que del hecho de que esas normas y principios

se encontraran en todas las sociedades del presente y del pasado no se seguía que fueran a encontrarse también en las del futuro (lo que también podría decirse del Derecho). Por otra, y más allá de la estricta lógica, que parecía razonable que esos preceptos y principios, una especie de código ético mínimo, se mantuvieran en toda cultura, pues las sociedades no parecen viables sin ellos. “Así, el Derecho natural puede ser definido como un conjunto de reglas de comportamiento que aparece en todas las sociedades conocidas y que se ha desarrollado a partir de la capacidad moral de una especie específica, la humana”.⁴⁸

Pero dentro de *Cultura y personalidad* fue Clyde Kluckhohn quien más se ocupó con el asunto de los universales antropológicos y, en particular, con la universalidad de ciertos valores que interesan al Derecho, lo que hizo decir a Clifford Geertz que se trataba “quizás del más persuasivo de los teóricos del *consensus gentium*”.⁴⁹ En *Mirror for Man* (1949) ya lo dejó apuntado: todas las sociedades humanas se encuentran ante las mismas necesidades que resolver, necesidades impuestas por la biología y por la concreta situación vivida, lo que explica que los elementos básicos de todas las culturas sean muy parecidos, al menos mirados en abstracto: el lenguaje, algún tipo de pensamiento, la regulación de la actividad sexual, etc. En concreto, empero, sus variaciones son “innumerables”, decía. Lo curioso es que afirmó que “no todas las culturas fomentan la supervivencia física”, que por tanto ésa no era la razón de los parecidos, razón que parecía encontrar en la supervivencia de la sociedad y la adaptación de los individuos.⁵⁰ En lo tocante a los valores, con buen sentido

⁴⁸ Margaret Mead 1961: “Some Anthropological Considerations Concerning Natural Law”. *Natural Law Forum* 6: 51-54.

⁴⁹ Clifford Geertz, “The Impact of the Concept of Culture on the Concept of Man”. En John R. Platt, ed., *New Views of Nature of Man*, Chicago: The University of Chicago Press, 1970, 100.

⁵⁰ Clyde Kluckhohn, *Antropología*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1974, 34-43.

afirmó que la antropología no negaba la existencia de valores absolutos y, con menos razón, creyó que esos absolutos podían ser descubiertos por medio del método comparado, capaz de descubrir los rasgos morales inevitables. “Todas las culturas reconocen algunas de las mismas formas de comportamiento como patológicas”, es decir, que habría conductas universalmente incorrectas.⁵¹ Eso sí, frente a los excesos universalistas, en la misma obra apuntó un dato que no por sabido tenía menos importancia, el de la plasticidad de la naturaleza de los seres humanos, capaces de idear las soluciones más diversas para un mismo problema. Advertía así contra aquellos que, frente a lo nuevo, exclamaban: “eso no funcionará nunca, es contrario a la naturaleza humana”. Ahora bien, el reconocimiento de esa plasticidad no significaba que no hubiera valores morales absolutos. A su juicio los había; incluso se podría encontrar su fundamento científico:⁵²

Algunos valores parecen ser tan dados por la naturaleza como el hecho de que los cuerpos más pesados que el aire caen. Ninguna sociedad ha aprobado nunca el sufrimiento como una cosa buena por sí misma; como un medio para los fines de la sociedad, sí. No tenemos que confiar en la revelación sobrenatural para descubrir que el intercambio sexual conseguido por medio de la violencia es malo. Esto es un hecho de observación general, en la misma medida que el hecho de que diferentes objetos tienen diferentes densidades. La observación de que la verdad y la belleza son valores humanos universales y trascendentales es una de las cosas dadas de la vida humana, en la misma medida que el nacimiento y la muerte.

Entre la cultura y la naturaleza no habría la ruptura que muchos proclamaban: “Hay un cierto orden en la naturaleza, y el lenguaje

⁵¹ Lo que recuerda la afirmación de H.L.A. Hart cuando decía, valiéndose de un título de Robert Louis Stevenson, que la sociedad no es un *club de suicidas* (*El concepto de Derecho*, cit., 238), lo que significaría que, efectivamente, hay conductas que para cualquier sociedad serían patológicas.

⁵² Kluckhohn, *Antropología*, cit., 52 y 283-303.

y los valores forman parte de esa categoría de la naturaleza, a saber, de la cultura”.⁵³

Posteriormente Kluckhohn, en algún caso junto con Kroeber, perfilaría más su postura. Siguió explicando la universalidad de ciertos fenómenos culturales por las necesidades, tanto individuales como sociales –dijo ahora–, que tenían que satisfacer. En este sentido, había hechos que requerían algún tipo de tratamiento, muchas veces inevitablemente parecido: la existencia de dos sexos, la necesidad de ayuda que tienen las crías humanas, la necesidad que todo el mundo siente de satisfacer ciertos requerimientos biológicos (alimento, abrigo, sexo), la diferencia por grupos de edad, etc. No sería extraño, por tanto, que hubiera valores universales. Ahora bien, entonces Kluckhohn tuvo que reconocer, de acuerdo con Herskovits, que no era lo mismo afirmar que un valor era universal que decir que era absoluto. Sin embargo, Kluckhohn creía que el hecho de que un valor fuera universal era un dato que indicaba una tendencia a lo absoluto, lo que le valía para repudiar el relativismo cultural a lo Benedict. Por otra parte, de acuerdo con Mead reconoció que el que un valor fuera universal, en el pasado y el presente, no significaba que lo fuera a seguir siendo en el futuro. Aunque también era cierto –dijo– que la persistencia de ciertos rasgos culturales a lo largo de toda la historia de la humanidad, hacía pensar que se hallaban arraigados en la naturaleza humana “y/o” eran condiciones necesarias para la vida social. En fin, parecía que tenía sentido hablar de la naturaleza humana, lo que hacía que las culturas fueran distintas y semejantes a la vez y, por lo tanto, comparables.⁵⁴

⁵³ Clyde Kluckhohn, “Towards a Comparison of Values-Emphases in Different Cultures”. In Leonard D. White, ed., *The State of the Social Sciences*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965, 118.

⁵⁴ Alfred Kroeber y Clyde Kluckhohn, *Culture. A Critical Review of Concepts and Definitions*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1952, 174-179; Kluck-

Había, por tanto, patrones morales universales que clasificó: a) normas que permiten o prohíben concretos comportamientos, como la que ordena decir la verdad o la que prohíbe el incesto, la violencia o el robo dentro del grupo y b) principios generales, con un gran nivel de abstracción, que tienden a asegurar la estabilidad y la continuidad del grupo, así como a maximizar la satisfacción de la experiencia individual.⁵⁵ Pero aunque esas normas, principios y valores tuvieran que ver con el fenómeno jurídico, Kluckhohn no se refirió al Derecho en concreto, ausente de su TPCU.

Otro miembro destacado de *Cultura y Personalidad*,⁵⁶ Ralph Linton, vino a decir que los universales humanos eran ciertas necesidades biológicas, sociales y psíquicas que cada cultura se había ocupado de satisfacer a su manera.⁵⁷ La pregunta que cabría hacerse sería si acaso la necesidad no moldeaba la forma de satisfacerla; su respuesta fue terminante: “la necesidad da forma a la respuesta cultural, pero ésta, a su vez, da forma a la necesidad”. En alguna medida, por tanto, aunque adoptaran presentaciones diversas, había reglas universales, las que se enfrentaban al cumplimiento de las necesidades universales. Es más, es que las reglas también eran universales; toda sociedad tenía sus reglas, sin que pudiera ser de otra forma, pues se componía por un conjunto de individuos, un sistema de

hohn, “Towards a Comparison of Values-Emphases in Different Cultures”, cit., 286-300; Kluckhohn, *Antropología*, cit., 1970: 519-522.

⁵⁵ Kluckhohn, “Towards a Comparison of Values-Emphases in Different Cultures”, cit., 278.

⁵⁶ Hubo más. Abram Kardiner, un psicoanalista metido a antropólogo, también vino a pergeñar una TPCU. A su juicio habría varios rasgos universales: familia, grupos más amplios, técnicas para la subsistencia, disciplinas básicas, control de la agresión mutua, control psicológico, finalidad de la vida; en *El individuo y su sociedad: la psicodinámica de la organización social primitiva*. México: FCE, 1945, 31-32.

⁵⁷ Ralph Linton, *Estudio del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, [1932] 1972, 381-383 y 398-399.

normas y un patrimonio de ideas y valores que precisamente son la “fuerza motriz” de aquellas normas.⁵⁸

No sólo las normas entendidas como pautas de conducta, al margen de su contenido, eran universales sino que algunas normas concretas, con un determinado contenido, también eran universales, como la que dice que en ninguna sociedad el asesinato es la conducta correcta.⁵⁹ Del Derecho no dijo que fuera universal, pero sí de la ética o la moral, a la vez que había “principios éticos universales”, aseguró, lo que era debido a las características biológicas y psicológicas de los hombres, así como a la propia necesidad de supervivencia de la humanidad. Resaltó un dato de enorme interés, que para llevar a cabo el análisis comparativo necesario, las unidades significativas eran “las sociedades, no los individuos”;⁶⁰ luego se dedicó a apuntar pautas morales universales. Las había en lo relativo al sexo, la familia, la economía y la propiedad, y a las relaciones entre los miembros de una sociedad.⁶¹ En fin, del Derecho no dijo que fuera universal, pero de su discurso se seguían ciertas consecuencias para todo orden jurídico, una vez que apareciese.

VII. EL ESTUDIO ESTADÍSTICO DE LOS UNIVERSALES CULTURALES: GEORGE P. MURDOCK

Frente a las tendencias al análisis idiográfico del material antropológico, propias de quienes se adherían al particularismo histórico, sobre todo en los Estados Unidos en el primer tercio del siglo XX,

⁵⁸ Linton, *Estudio del hombre*, cit., 104 y 116.

⁵⁹ Ralph Linton, *The Science of Man in the World Crisis*. New York: Columbia University Press, 1945, 202-204; *Estudio del hombre*, cit., 398-400.

⁶⁰ Ralph Linton, “Universal Ethical Principles: An Anthropological View”. En Ruth Nanda, ed., *Moral Principles of Action. Man's Ethical Imperative*. New York: Harper & Brothers, 1952, 648.

⁶¹ Linton, “Universal Ethical Principles: An Anthropological View”, cit., 651-660.

avanzada la década de los treinta George Peter Murdock desarrolló una corriente de signo contrario, nomotético, que pretendía lograr todo el rigor posible para los resultados de un método comparativo y generalizador. Su gran logro sería, sin duda, la introducción de la estadística en el estudio de los datos etnológicos, lo que se plasmó en el grandioso proyecto del *Cross-Cultural Survey*, y luego los *Human Relations Area Files*. En los archivos que se organizaron probablemente se encuentra el mayor registro que nunca haya existido de las diferentes culturas y, por tanto, inauguraban una época nueva para el método comparativo, que así se alejaba de cualquier tipo de especulación. En fin, Murdock vino a revitalizar la TPCU.⁶²

En un artículo que apareció en 1940 en la *American Sociological Review*, Murdock indicó cuáles eran los caracteres propios de la cultura. A su juicio la cultura era aprendida, inculcada, social, ideal, productora de satisfacciones (en el doble sentido de que satisface necesidades y produce más placer que dolor), adaptativa e integradora. Es curioso que tras citar cada uno de esos rasgos, el autor concluyera afirmando que en todas las culturas tenían que existir caracteres comunes, principio del que partía: “la convicción de que todas las culturas humanas, a pesar de su diversidad, tienen fundamentalmente mucho en común, y que esos aspectos comunes pueden analizarse científicamente”.⁶³ Así cuando afirmó que toda cultura era social, lo que significaba que sus hábitos eran compartidos por los miembros de una sociedad y que se mantenían por medio de la presión social, dijo que eso había de significar que en cualquier sociedad tenían que darse unos rasgos culturales que también existirían en las demás, supuesto que se encargaran de la supervivencia de la sociedad. “Entre estos universales culturales, probablemente

⁶² Ya en *Social Structure* (New York: The Free Press, 1965, XV) probablemente su obra más acabada, Murdock reconocía la deuda que había contraído con Clark Wissler.

⁶³ George Peter Murdock, “The Cross-Cultural Survey”. *American Sociological Review* V, 3, 1940, 364.

podemos mencionar cosas tales como los sentimientos de cohesión del grupo, los mecanismos de control social, la organización para la defensa contra los vecinos hostiles y la provisión de alimentos para la perpetuación de la población”.⁶⁴

Posteriormente, en “El común denominador de las culturas” (1945), ofreció una TPCU, tras constatar que los antropólogos se habían dedicado más a subrayar las diferencias que existen entre las culturas, que a relacionar sus semejanzas. Empezó por detallar, por orden alfabético, los rasgos culturales universales:⁶⁵

Adiestramiento en la limpieza, adivinación, adorno corporal, alimentos tabúes, arte decorativo, baile, calendario, cirugía, comercio, concepto de alma, control del tiempo climático, cortejo de las mujeres, cosmología, costumbres del embarazo, costumbres de la pubertad, cuidado posnatal, curación por la fe, chistes, dar regalos, deportes atléticos, derechos de propiedad, destete, diferenciación de rangos, división del trabajo, división por edades, educación, escatología, estilos de peinados, ética, etiqueta, etnobotánica, fabricación de herramientas, familia, fiestas, folklore, formas de guisar, gestos, gobierno, grupos de parientes, hacer fuego, higiene, horas de comer, hospitalidad, interpretación de los sueños, juegos, lenguaje, leyes, luto, magia, matrimonio, medicina, mitología, modestia (respecto a las funciones naturales), música, nombres personales, nomenclatura de los parentescos, numerales, obstetricia, organización de la comunidad, política de la población, propiciación de los seres sobrenaturales, restricciones sexuales, reglas de residencia, ritos funerarios, ritos religiosos, saludos, sanciones penales, supersticiones sobre la muerte, tabúes del incesto, trabajo corporativo, visitas, vivienda.

⁶⁴ Murdock, “The Cross-Cultural Survey”, 365.

⁶⁵ George Peter Murdock, *Cultura y sociedad. 24 ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica, [1965] 1987, 86. Si se observa la descripción que Murdock hace de los pueblos primitivos (*Nuestros contemporáneos primitivos*. México: FCE, [1934] 1975), se constata que el listado de rasgos universales es un buen modelo de lo que debe ser descrito.

Las categorías universales que Murdock destacaba, sin embargo, tenían en cada cultura un contenido específico. En todas existían derechos de propiedad, pongo por caso, pero en ninguna eran iguales. En todas había restricciones sexuales, pero nunca eran exactamente las mismas. Lo mismo cabría decir de las leyes, que tendrían distintos contenidos; aunque lo que llama la atención es que dijera de éstas que eran universales, lo que significaría que el Derecho es un universal de la cultura; claro que quizás haya quien piense que se trataba de un uso excesivo del término: el Derecho de los tasmánicos, pueblo ya desaparecido, era completamente rudimentario; los semang de Malaya carecen de algo que se parezca a las leyes formales; los kazacos del Asia central desconocen cualquier formalidad jurídica, etc.⁶⁶

Pero hay que advertir que los rasgos no eran tanto universales *per se*, cuanto por obra del investigador que, con buen criterio, los agrupaba bajo una misma rúbrica: derechos de propiedad o restricciones sexuales o leyes, por ejemplo. Entonces, el PCU era el resultado de un proceso abstractivo que culminaba en un concepto *relativamente* formal. Entre todos los productos culturales, o al menos entre muchos de ellos, había similitudes y diferencias, y se podía optar por poner el acento en unas o en otras. Ahora bien, si se reparaba en las semejanzas, habría que interesarse por su razón de ser y ésta sólo se podía encontrar –dijo– “en la naturaleza biológica y psicológica fundamental del hombre y en las condiciones universales de la existencia humana”.

Murdock recurrió a los principios del aprendizaje para explicar los universales de la cultura. A su juicio, los impulsos básicos, los estímulos y la habitualidad servían para entender por qué se producían aquéllos. Pero hay un factor más que nos interesa especialmente, el que llamó “limitaciones en la gama de respuestas potenciales”. Al igual que en el caso del aprendizaje, la cultura no

⁶⁶ Murdock, *Nuestros contemporáneos primitivos*, cit., 19, 86, 128.

puede tener cualquier contenido, sencillamente porque hay ciertas circunstancias limitadoras que lo impiden (ecológicas, biológicas, psíquicas, estructurales, etc.). En ciertos casos, las limitaciones son muy débiles; por ejemplo ocurre con el lenguaje, que puede optar por términos variadísimos para designar el mismo objeto. En otros, en cambio, las restricciones son mayores, con lo que las posibilidades se restringen más; por ejemplo en lo relativo a la normativa del parentesco –dijo–, que sólo puede escoger entre tres posibles criterios: paterno, materno o bilateral. Por fin, en el caso extremo sólo hay una posibilidad y no cabe opción posible. Como ejemplo, Murdock puso el de la familia nuclear (padre, madre, hijos): “El hombre nunca ha podido encontrar un sustituto adecuado para la familia y todos los intentos utópicos para abolirla han fracasado espectacularmente”.⁶⁷ Aplicado al Derecho, el principio de la limitación en la gama de respuestas potenciales significaba la negación de un postulado del positivismo, el que dice que el Derecho puede tener cualquier contenido.

VIII. LOS PRE-REQUISITOS PARSONSIANOS DE LA SOCIEDAD

En 1950, en la revista *Ethics* apareció un artículo firmado por varios sociólogos norteamericanos, “The Functional Prerequisites of a Society”, artículo que, en la órbita del pensamiento parsoniano, estaría llamado a crear un debate de enorme interés en el que participaría un buen número de antropólogos. De hecho, para el ala izquierda de la ciencia social resultó tan escandaloso que pronto empezaron a escucharse voces acusándolo de conservador, cuando no de reaccionario. Sea como fuere, el polémico trabajo trataba de determinar cuáles eran las condiciones necesarias de cualquier sociedad, sus prerequisites funcionales, de tal forma que si faltaban éstos, aquélla se tornaría imposible. En otras palabras, también

⁶⁷ Murdock, *Cultura y sociedad*. 24 ensayos, cit., 100-104.

Aberle, Cohen, Davis, Levy y Sutton, los autores, presentaban una TPCU, aunque advirtieran que no era ni mucho menos definitiva y que podría ampliarse por medio de los estudios de sociología comparada al uso. Además, una teoría completa también requeriría de la perspectiva estructural y ellos, conscientemente, no la tenían en cuenta.

La posibilidad que estos funcionalistas utilizaban era la de la destrucción o desaparición de una sociedad. La posibilidad era real, claro, y se produciría –decían– en alguno de los siguientes supuestos: 1) En el caso de extinción biológica o dispersión de sus miembros, en un número significativo, que convierta en “inoperativa su estructura de acción”. 2) En el caso de apatía o pérdida de motivación de sus miembros, de nuevo en un número significativo. 3) En el caso de que estallara la guerra de todos contra todos. 4) En el caso de absorción de una sociedad por otra (1950:103-104).⁶⁸

De esta forma, para evitar la extinción de la sociedad que fuera, sería necesario que en ella se cumplieran ciertas condiciones pues, en caso contrario, sucumbiría. Estos prerequisites funcionales de la sociedad serían:⁶⁹

1. Que existan medios para que se produzca una adecuada integración de la sociedad con el entorno, y para la reproducción [“sexual recruitment”], lo que se concretaría en “un número suficiente de adultos para garantizar la reproducción y conserva el *status quo*”.
2. Que haya reglas de diferenciación y reparto de tareas.
3. Que exista comunicación.
4. Que haya orientaciones cognitivas compartidas.

⁶⁸ D. F. Aberle, A. K. Cohen, A. K. Davis, M. J. Levy y F. X. Sutton, “The Functional Prerequisites of a Society”. *Ethics* LX, 1950, 103-104.

⁶⁹ Aberle, Cohen, Davis, Levy y Sutton, cit., “The Functional Prerequisites of a Society”, cit., 104-110.

5. Que exista un conjunto articulado y compartido de metas sociales.
6. Que haya alguna regulación compartida de los medios existentes para lograr los fines deseados.
7. Que haya alguna regulación de la expresión afectiva.
8. Que exista alguna forma de socialización (educación).
9. Que se controlen los comportamientos problemáticos y conflictivos, sobre todo la violencia arbitraria y el fraude.

Algunos de los otros también, pero sobre todo este último requisito tenía mucho que ver con el Derecho, aunque no aparecía expresamente en el listado que proponían. Como siempre, que el Derecho fuera o no un rasgo universal dependía de que se utilizara un concepto más o menos amplio.

En cualquier caso, en clave funcionalista, estos sociólogos creían poder contribuir a la construcción de una teoría social general que, aplicada a concretos casos, sirviera para alcanzar un mejor conocimiento de particulares sociedades. Ahora bien, no es difícil adivinar por qué fue tan criticada esta doctrina: el armonicismo que pretendía resultaba excesivo. Tanto quienes sólo se fijan en los elementos conflictivos como quienes sólo se dan cuenta de los armonizadores no son capaces de construir una doctrina completa de la sociedad.

El uso del concepto de solidaridad social por Saint-Simon, Comte y Durkheim se inserta en una línea ininterrumpida de teorías políticamente conservadoras que enlaza directamente con las principales variedades del funcionalismo entre los antropólogos sociales contemporáneos, británicos, franceses y americanos. Mientras la ciencia social radical seguía a Marx en el estudio de lo que se necesitaba para que el organismo social se disgregara, los conservadores como Spencer, Durkheim, Radcliffe-Brown y Malinowski se ocupaban de

calcular las razones de que mantuvieran su cohesión. Admitamos que ambos intereses son legítimos (Harris 1987a: 404).⁷⁰

No sólo ambos intereses son legítimos, sino que los dos son necesarios si se quiere construir una teoría social convincente. En cualquier caso, no se referían expresamente al fenómeno jurídico.

IX. ¿TIENE EL DERECHO ESTRUCTURAS ELEMENTALES UNIVERSALES? EL PATRÓN CULTURAL UNIVERSAL SEGÚN LEVI-STRAUSS

En cierta forma podría decirse que el estructuralismo es una TPCU, pues se ocupa de analizar las realidades culturales, buscando “elementos invariables entre diferencias superficiales”.⁷¹ Tales elementos invariables, estructuras mentales universales, constituirían el PCU pero, dicho esto, el objetivo se torna difícil.

El conjunto de las costumbres de un pueblo es marcado siempre por un estilo; dichas costumbres forman sistemas. Estoy persuadido de que esos sistemas no existen en número ilimitado y de que las sociedades humanas, como los individuos –en sus juegos, sus sueños o sus delirios– jamás crean de manera absoluta sino que se limitan a elegir ciertas combinaciones en un repertorio ideal que resultaría posible reconstruir. Si se hiciera el inventario de todas las costumbres observadas [...] se llegaría a una especie de tabla periódica como la de los elementos químicos.⁷²

Al igual que el aparato vocal de los seres humanos permite emitir ciertos sonidos pero no otros, de tal forma que el lenguaje es una opción entre un conjunto de sonidos finitos, las instituciones tam-

⁷⁰ Marvin Harris, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*. Madrid: Siglo XXI de España editores, [1968] 1987, 404.

⁷¹ Claude Lévi-Strauss, *Mito y significado*. Madrid: Alianza Editorial, [1978] 1995, 26-31.

⁷² Claude Lévi-Strauss, *Tristes trópicos*. Barcelona: Paidós, [1955] 1992, 85.

bién son limitadas. “Cada tipo de organización social representa, en consecuencia, una elección que el grupo impone y perpetua”⁷³. Esos modelos, esas estructuras, se encuentran tanto en la mente de los nativos como de los científicos sociales que estudian las instituciones.⁷⁴ Aplicado al Derecho, ocurriría lo mismo que con los mitos, por ejemplo, que tomados en conjunto, todos paran en lo mismo y, como lo afirma Goethe de las plantas, “su coro guía hacia una ley oculta”,⁷⁵ y así no sería fantástico pensar que los métodos lévi-straussianos podrían encontrar en el estudio de los órdenes jurídicos un nuevo campo de pruebas.⁷⁶ Sin embargo, hasta donde sé, el empeño no ha dado demasiados frutos. Aunque la de norma fuera una estructura universal,⁷⁷ el Derecho no lo era, ni hasta donde sé han sido encontradas estructuras jurídicas universales, si es que existen.

X. EL PATRÓN CULTURAL UNIVERSAL DEL MATERIALISMO CULTURAL: MARVIN HARRIS

Una corriente antropológica de singular interés es la del materialismo cultural, que encuentra en Marvin Harris a su más autorizado representante. Para éste, el patrón universal no se reduce a una exposición de los rasgos pan-humanos y pan-societarios, sino que también abarca las relaciones que se establecen entre ellos, de tal manera que, conforme a la opción nomotética que profesa y al

⁷³ Claude Lévi-Strauss, *Las estructuras elementales del parentesco*. Barcelona: Paidós, [1949] 1991, 126-138.

⁷⁴ Claude Lévi-Strauss, *El futuro de los estudios de parentesco*. Barcelona: Anagrama, 1973, 62.

⁷⁵ Claude Lévi-Strauss, *El hombre desnudo. Mitológicas IV*. México: Siglo XXI Editores, [1971] 1997, 626.

⁷⁶ André-Jean Arnaud, “Structuralisme et droit”, *Archives de Philosophie du Droit* XIII, 1968, 285.

⁷⁷ Lévi-Strauss, *Las estructuras elementales del parentesco*, cit., 125.

principio del determinismo infraestructural, se podrían llegar a formular las leyes científicas que rigen el desenvolvimiento humano.⁷⁸

Por un lado, Harris reconoce las constantes bio-psíquicas de la especie humana, si bien se aleja de cualquier reduccionismo biológico y, al reconocer la especial plasticidad del ser humano, restringe aquéllas al máximo. Dicho con sus palabras, éstos son los rasgos naturales (y, por tanto, universales) de los seres humanos:⁷⁹

1. Las personas necesitan comer y, por regla general, optarán por las dietas que ofrezcan más calorías, proteínas y otros nutrientes.
2. Las personas no pueden permanecer completamente inactivas, aunque a la hora de enfrentarse a una tarea específica, preferirán realizarla consumiendo el mínimo de energía.
3. Las personas poseen una sexualidad muy desarrollada y obtienen un placer reconfortante en el coito (heterosexual en la mayor parte de las ocasiones).
4. Las personas necesitan amor y afecto para sentirse felices y seguras y, a igualdad de las demás cosas, harán lo posible para aumentar el amor y afecto que les brindan los demás.

Evidentemente, es tal la importancia de estos rasgos, que aparecen constantemente cuando se quiere interpretar casi cualquier realidad cultural. Empero, aunque deban ser tenidos en cuenta, por sí solos son incapaces de otorgar una explicación satisfactoria, explicación que es la que ofrecería la teoría del materialismo cultural. Además de que resulte necesario distinguir entre pensamiento y conducta, y las perspectivas emic (interna, del participante) y etic

⁷⁸ Harris, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, cit., 569.

⁷⁹ Marvin Harris, *El materialismo cultural*. Madrid. Alianza Editorial, [1979] 1987, 79.

(externa, del científico), Harris dibuja un mapa de cualquier cultura, mejorando el que había elaborado Marx, que como ya vimos distinguió entre la estructura económica, la superestructura jurídico política y la conciencia social. Para el materialismo cultural, en cambio, éste sería el patrón cultural universal:⁸⁰

1. Infraestructura.
 - 1.1. Modo de producción
 - 1.2. Modo de reprodución
2. Estructura
 - 2.1. Economía política
 - 3.2. Economía doméstica
3. Superestructura
 - 3.1. Conductual etic
 - 4.2. Mental emic

Expuesto sintéticamente el mapa sociocultural del materialismo cultural, el principio que convierte esta metodología en materialista es el determinismo infraestructural, que luego Harris pasó a llamar “primacía de la infraestructura”, que significa en cualquier caso que es la infraestructura la que determina la estructura y la superestructura, si bien ésta es una regla general probabilística que puede tener excepciones; de hecho, “las teorías materialistas culturales pueden invocar diferentes grados de causación infraestructural, que oscilan entre la certeza y la indeterminación casi absolutas”.⁸¹

Por medio de los elementos infraestructurales se ofrece solución a los problemas básicos que cualquier sociedad debe resolver, el

⁸⁰ Harris, *El materialismo cultural*, cit., 67-70.

⁸¹ Harris, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, cit., 67-93.

de la producción de los bienes materiales (tecnología, relaciones tecno-ambientales, etc.) y el de la reproducción de la población (medios de control de la natalidad, emigración/ inmigración, etc.). Se da así respuesta a las preguntas de cuántos son los miembros y cuánta riqueza tiene la sociedad que sea. En cuanto a los elementos estructurales, las economías domésticas y política, significan la organización de facto de la producción y la reproducción, así como la organización del intercambio y el consumo, ya sea en el ámbito doméstico (estructura familiar, división del trabajo doméstico, etc.) o en el político (organización política, sistema de clases, etc.). Se da así respuesta a la pregunta de cómo se reparten los bienes entre los miembros de la sociedad. Por fin, los elementos superestructurales satisfacen una necesidad psíquica humana e incluyen (superestructura conductual etic) productos y servicios rituales, recreativos, estéticos, etc. así como (superestructura mental emic) las creencias, valores, planes de vida, filosofías, etc. Se contesta así a la pregunta de cómo se explica y cómo se justifica (en general, todo, cualquier realidad; entre otras cuestiones, la fundamental del reparto de los bienes). El Derecho no se encuentra como tal en este plano o mapa sociocultural, es decir, no es universal, no existió siempre; si bien, una vez que surge, el Derecho real, el Derecho en acción, forma parte sobre todo de la economía política (policías, jueces, cárceles, etc.), pero visto desde su dimensión ritual (los ritos legislativos y judiciales) pertenecería a la superestructura conductual-etica y visto desde su dimensión normativa (normas, principios y valores), a la superestructura ideal-émica.

El Derecho no habría existido siempre pero probablemente hoy esté en todos lados. ¿Por qué? En principio, la respuesta de Harris parece clara: hay rasgos universales que, sin embargo, son culturales, lo que se debe a que son “tan útiles que se transmiten de unas culturas a otras o se inventan o reinventan sin parar”.⁸² Que sean

⁸² Marvin Harris, *Nuestra especie*. Madrid: Alianza Editorial, [1989] 1997, 183.

útiles, sin embargo, no quiere decir que sean morales; de hecho Harris sigue en buena medida a Marx, es decir, relaciona el Derecho con el “monopolio de los instrumentos de coerción por parte de una clase dominante”,⁸³ lo que querría decir que la presión de la clase dominante, la principal beneficiaria del Derecho, sería un factor fundamental para su mantenimiento y expansión. Eso no quiere decir que el Derecho no pueda ser un instrumento beneficioso para las clases subordinadas o para la sociedad toda, pero siempre que también beneficie, y habitualmente beneficiará más, a las clases dominantes.⁸⁴

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ABERLE, D. F., Cohen, A. K., Davis, A. K., Levy, M. J. y Sutton, F. X., “The Functional Prerequisites of a Society”. *Ethics* LX, 1950: 100-111.
- ARNAUD, André-Jean, “Structuralisme et droit”. *Archives de Philosophie du Droit* XIII, 1968: 283-301.
- BENDA-BECKMANN, Franz von, “Riding or Killing the Centaur? Reflections on the Identities of Legal Anthropology”. Freeman & Napier 2009: 13-46.
- BENEDICT, Ruth, *El hombre y la cultura*. Barcelona: Edhasa, [1934] 1989.
- BOAS, Franz, *Anthropology and Modern Life*. New York: Dover Publications [1928] 1962.
- , *The Mind of Primitive Man*. New York: Dover Publications, [1911] 1963.
- , *Race, Language and Culture*. New York: The Free Press, [1940] 1968.
- BROWN, D.E., *Human Universals*. New York: McGraw-Hill, Inc., 1991.
- COSI, Giovanni, *Il logos del diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 1993.

⁸³ Harris, *El materialismo cultural*, cit., 253.

⁸⁴ Marvin Harris, *Introducción a la antropología general*. Madrid: Alianza Editorial, [1975] 1992, 430.

- DONOVAN, James M. y H. Edwin Anderson, *Anthropology & Law*. New York: Berghahn, 2003.
- DRIVER, Harold E. "Cross-Cultural Studies". En John J. Honigman, ed., *Handbook of Social and Cultural Anthropology*. Chicago: Rand MacNally y &, 1973.
- ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Madrid: Ediciones Endymión, [1884] 1988.
- FOX, Robin, *The Search for Society. Quest for a Biosocial Science and Morality*. London: Rutgers University Press., 1989.
- FREEMAN, Michael, y David Napier, eds., *Law and Anthropology*. Great Britain: Oxford University Press, 2009.
- GEERTZ, Clifford, "The Impact of the Concept of Culture on the Concept of Man", en John R. Platt, ed., *New Views of Nature of Man*, Chicago. The University of Chicago Press, 1970.
- HARRIS, Marvin, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*. Madrid: Siglo XXI de España editores, [1968] 1987.
- , *El materialismo cultural*. Madrid. Alianza Editorial, [1979] 1987.
- , *Introducción a la antropología general*. Madrid: Alianza Editorial, [1975] 1992.
- , *Nuestra especie*. Madrid: Alianza Editorial, [1989] 1997.
- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [1961] 1977.
- HERSKOVITS, Melville, *El hombre y sus obras*. México: FCE., [1948] 1952.
- , *Cultural Relativism. Perspectives in Cultural Pluralism*. New York: Vintage Books, 1973.
- KANTOROWICZ, Hermann [1958] 1964: *La definición del Derecho*. Madrid: Revista de Occidente [1958] 1964.
- KARDINER, Abram, *El individuo y su sociedad: la psicodinámica de la organización social primitiva*. México: FCE, 1945.
- KLUCKHOHN, Clyde, "Towards a Comparison of Values-Emphases in Different Cultures". En Leonard D. White, ed., *The State of the Social Sciences*. Chicago: The University of Chicago Press, [1956] 1965.

- , “Universal Categories of Culture”. En Alfred L. Kroeber, ed., *Anthropology Today. An Encyclopedic Inventory*. USA: The University of Chicago Press, [1953] 1970.
- , *Antropología*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, [1949] 1974.
- KROEBER, Alfred y Clyde Kluckhohn, *Culture. A Critical Review of Concepts and Definitions*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1952.
- LÉVI-STRAUSS, Claude, *El futuro de los estudios de parentesco*. Barcelona: Anagrama, 1973.
- , Claude, *Las estructuras elementales del parentesco*. Barcelona: Paidós, [1949] 1991.
- , Claude, *El hombre desnudo. Mitológicas IV*. México: Siglo XXI, [1971] 1997.
- , Claude, *Tristes trópicos*. Barcelona: Paidós, [1955] 1992.
- , Claude, *Mito y significado*. Madrid: Alianza Editorial, [1978] 1995.
- LINTON, Ralph, *The Science of Man in the World Crisis*. New York: Columbia University Press, 1945.
- , “Universal Ethical Principles: An Anthropological View”. In Ruth Nanda, ed., *Moral Principles of Action. Man’s Ethical Imperative*. New York: Harper & Brothers, 1952.
- , *Estudio del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, [1932] 1972.
- MAINE, Henry Sumner, *El Derecho antiguo*. Madrid: Civitas, [1861] 1994.
- MALINOWSKI, Bronislaw, “A New Instrument for the Interpretation of Law. Especially Primitive”, *The Yale Law Journal* 51, 1942: 1237-1254.
- , “La cultura” [1931]. En J. S. Kahn, ed., *El concepto de cultura. Textos fundamentales*. Barcelona: Anagrama, 1975.
- , *Una teoría científica de la cultura*. Madrid: Sarpe, [1944] 1984.
- , *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel, [1926] 1991.
- MARX, Karl, *Contribución a la crítica de la economía política*. Granada: Comares, [1859] 2004.
- MEAD, Margaret, “Some Anthropological Considerations Concerning Natural Law”. *Natural Law Forum* 6, 1961: 51-64.

- MORGAN, Lewis H., *La sociedad primitiva*. Madrid: Ayuso, [1877] 1975.
- MOSTERÍN, Jesús, *La naturaleza humana*. Madrid: Austral, 2006.
- MUNDY, Martha, ed., *Law and Anthropology*. Great Britain: Ashgate/ Dartmouth, 2002.
- MURDOCK, George Peter, "The Cross-Cultural Survey". *American Sociological Review* V, 3, 1940: 361-370.
- , *Nuestros contemporáneos primitivos*. México: FCE, [1934] 1975.
- , *Cultura y sociedad. 24 ensayos*. México: Fondo de Cultura Económica [1965] 1987.
- PINKER, Steven, *La tabla rasa. La negación moderna de la naturaleza humana*. Barcelona: Paidós, [1965] 1987.
- PIRIE, Fernanda, *The Anthropology of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- POSPISIL, Leopold J., *The Ethnology of Law*. California: Cummings Publishing Company, 1974.
- , *The Ethnology of Law*. Menlo Park: Cummings Publishing, 1978.
- REDFIELD, Robert, *El mundo primitivo y sus transformaciones*. México: FCE, 1963.
- RIVAYA, Benjamín, "Una teoría científica del Derecho. El pensamiento jurídico de Bronislaw Malinowski". *Sociologia del Diritto* 1, 1998.
- , "Estructura y función en el Derecho primitivo. El pensamiento jurídico de Radcliffe-Brown". *Sociologia del Diritto* 2, 2001.
- , "Las estructuras elementales del Derecho. El pensamiento jurídico de Lévi-Stauss". En Juan Antonio García Amado, ed., *El Derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas sociales actuales*. Dykinson: Madrid, 2001.
- , *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris*. Madrid: Dykinson, 2007.
- SPENCER, Hebert, *Abreviatura de principios de sociología*. Buenos Aires: Revista de Occidente, [1876] 1947.
- , *La justicia*. Buenos Aires. Atalaya, 1947.

- TENNEKES, J., *Anthropology, relativism and method. An Inquiry into the Methodological Principles of a Science of Culture*. Assen, Van Gorcum & Co., 1971.
- TYLOR, Edward B., *Cultura primitiva*. Madrid: Ayuso, [1871] 1977.
- , *Antropología. Introducción al estudio del hombre y la civilización*. Barcelona: Editorial Alta Fulla, [1881] 1987.
- VARGA, Csaba, “Teorías macrosociológicas del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho* V, 1988: 23-53.
- WISLER, Clark, *Man and Culture*. New York: Thomas Y. Crowell, [1923] 1965.

POSITIVISMO JURÍDICO Y RAZÓN PRÁCTICA.
REFLEXIONES SOBRE UN TEXTO DE ALEJANDRO
SAHUÍ MALDONADO¹

LEGAL POSITIVISM AND PRACTICAL REASON. REFLECTIONS ON A
TEXT BY ALEJANDRO SAHUÍ MALDONADO

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI²

RESUMEN: En “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho. Un alegato a favor de su compatibilidad”, Alejandro Sahuí Maldonado aborda muchas de las cuestiones que han centrado el debate iusfilosófico contemporáneo desde la irrupción de las teorías de la argumentación jurídica; a saber: el concepto de justificación, la conexión entre derecho y moral, el principio de unidad de razonamiento práctico o las relación entre metaética y teoría del derecho. Este trabajo analiza críticamente las tesis mantenidas por Sahuí, especialmente, su intento de fundamentar la normatividad del derecho conjugando la tesis de la separación entre derecho y moral y la tesis de la relevancia práctica del derecho.

PALABRAS CLAVE: *Argumentación jurídica, positivismo jurídico, razón práctica, normatividad, justificación.*

ABSTRACT: In his work “Positivism and Argumentative Conception of Law. A Plea for its Compatibility”, Alejandro Sahuí Maldonado deals with some of the issues that have dominated the legal philosophical debate since the appearance of the theories of legal argumentation; namely: the concept of justification, the

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “CONFLICTOS DE DERECHOS: TIPOLOGÍAS, RAZONAMIENTOS, DECISIONES” (DER2016-74898-C2-1-R) del Ministerio de Economía y Competitividad / AEI y FEDER.

² Licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga. Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista universitario en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Autor de *Racionalidad y Argumentación jurídica en Aulis Aarnio* (2000) y *Sobre Derecho y Argumentación* (2015). <jcabra@uma.es>.

connection between law and morality, the principle of the unity of practical reason or the relationship between meta-ethics and legal theory. This paper critically analyzes the thesis defended by Sahuí, specifically, his intend of founduing the normativity of law connecting both the thesis of separation between law and morals and the thesis of the practical relevance of law.

KEYWORDS: *Legal reasoning, legal positivism, practical reason, normativity, justification.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El modelo deductivo en la aplicación del derecho; III. La tesis de la separación conceptual entre derecho y moral; IV. El principio de unidad de razón práctica; V. Metaética y Teoría del derecho; VI. Positivismo jurídico y la concepción argumentativa del derecho.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene su origen en los comentarios informales que hice a un texto de Alejandro Sahuí Maldonado cuando aún no había sido publicado.³ En dicho texto, y a propósito de las tesis de Eugenio Bulygin y las discusiones mantenidas entre al profesor argentino y sus críticos, Sahuí aborda con voz propia muchas de las cuestiones que han centrado el debate iusfilosófico contemporáneo desde la aparición de las teorías de la argumentación jurídica: la idea de justificación, la conexión entre derecho y moral, el principio de unidad de razonamiento práctico o las relación entre metaética y teoría del derecho. Sahuí no se limita a exponer y comentar las tesis de Bulygin y sus críticos, sino que se sirve de ellas para tomar partido abiertamente, con un claro objetivo: fundamentar la normatividad del derecho desde una posición positivista, y más concretamente, desde el positivismo metodológico. El intento

³ Hoy puede verse en Sahuí Maldonado, Alejandro, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho. Un alegato a favor de su compatibilidad”, en Maurizio Zanolli (Coord.) *Teoría de la argumentación jurídica*, Curitiba, Juruá, 2015, pp. 51-81.

de conjugar la tesis de la separación entre derecho y moral y la relevancia práctica del derecho constituye, en mi opinión, la aportación más valiosa de este texto. Los comentarios que siguen pretenden, unas veces, intentar clarificar los términos de la discusión, y, otras, cuestionar las tesis mantenidas por el autor; en ningún caso, sin embargo, pueden verse como alegato antipositivista. Sigo aquí el orden en que están tratadas estas cuestiones en el texto de Sahuí. Espero que estas reflexiones estén a la altura de aquellas que las motivaron.

II. EL MODELO DEDUCTIVO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

La primera cuestión que se plantea es la idoneidad del modelo del silogismo jurídico. Creo que nadie hoy día pone en duda que el razonamiento jurídico (en realidad, cualquier razonamiento) tiene una estructura formal lógica, al menos en el sentido en que aquí se plantea.⁴ Con independencia de otros aspectos –pragmáticos, retóricos, etc.–, que pertenecen a la llamada justificación externa, un razonamiento no es válido si no está justificado internamente, esto es, si la conclusión no puede ser presentada como una inferencia válida resultante de un conjunto más o menos amplio de premisas dadas, una de las cuales es una norma general. El llamado contexto de descubrimiento puede resultar interesante desde otros puntos de vista (así, la retórica, la teoría de la acción, la neurociencia, etc., tienen en común el de atender a diversos aspectos fácticos o psicoló-

⁴ No es pacífico en la doctrina que la relación entre las premisas y la conclusión de un razonamiento sea una relación de deducibilidad (*vid.* sobre esta cuestión Bayón Mohino, Juan Carlos, “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”, en José Juan Moreso y María Cristina Redondo (eds.) *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 137-152.). Aquí la referencia a la estructura formal lógica del razonamiento no pretende determinar el tipo de relación existente entre las premisas y la conclusión (lógica, semántica), sino algo más impreciso, como es el carácter normativo de la inferencia que conduce a la conclusión.

gicos de la práctica argumentativa), pero no desde el punto de vista de la justificación de las decisiones jurídicas.

Como se apunta en el texto de Sahuí, la asunción del modelo silogístico tiene implicaciones valorativas que conectan con los principios liberales del imperio de la ley y división de poderes.⁵ En un sentido más abstracto aún, la aplicación de normas abstractas y generales, sean jurídicas o no, a casos particulares supone ya la realización del principio de universalidad, a saber: tratar de igual manera los casos iguales (aquellos que presentan las propiedades relevantes contenidas en la condición de aplicación de la norma). Éste es un principio general de la racionalidad que tiene su equivalente jurídico-político en la igualdad de trato, sin embargo, los principios de imperio de la ley y división de poderes son principios políticos que van más allá de la estructura lógica del razonamiento. Ciertamente, el imperio de la ley contiene ya el principio de universalidad, en el bien entendido de la ley como prescripción general y abstracta: la consecuencia de la aplicación de una norma general es que todos los casos relevantes son tratados de igual forma. Ahora bien, lo importante aquí es que los principios mencionados no se limitan a establecer que la conclusión debe derivarse de las premisas, sino de qué premisas debe derivar la conclusión para que pueda tenerse como justificada: del derecho dictado por el poder legislativo. Y esto ya no es una cuestión lógica o formal.

En este sentido, habría que distinguir, como hacen Koch y Rußmann, entre el postulado de vinculación a la ley (*Gesetzbindungspostulat*) y el postulado de la deductividad (*Deduktivitätspostulat*).⁶ El primero es un principio político que afecta a la obtención de la premisa normativa; el segundo, un principio racional relativo a la estructura

⁵ Laporta, Francisco, “Para Eugenio Bulygin”, en José Juan Moreso / María Cristina Redondo (eds.) *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, op. cit., pp. 33-37, en lo que aquí interesa, p. 36.

⁶ Koch, Hans-Joachim y Helmut Rußmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, Beck, 1982, p. 112.

interna del razonamiento justificatorio. El postulado de la deductividad es condición necesaria, pero no suficiente para la realización del postulado de vinculación a la ley; en efecto, sólo cuando sus decisiones pueden justificarse como la aplicación de normas positivas generales a casos particulares, esto es, cuando se deducen (o, en un sentido más amplio, se infieren) de aquellas, decimos que los jueces se someten a la ley. Esta es la relación que existe entre el modelo subsuntivo, que hace referencia a la estructura del razonamiento, y los principios liberales defendidos por Bulygin, que tienen que ver con el tipo de premisas susceptibles de justificar una decisión jurídica; o si se quiere, la relación entre la lógica y la política.

En este apartado, Sahuí se hace eco de las observaciones críticas de Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón. Mientras que las del primero parecen dirigidas a la dimensión de la deductividad, mostrando las insuficiencias, que no las deficiencias, del modelo silogístico,⁷ las de Bayón, en cambio –si no he entendido mal– parecen ir dirigidas al segundo aspecto, el de la vinculación a la ley, al atribuir a este modelo la presunción de que el derecho puede proporcionar para cada caso una premisa normativa acabada y definitiva –una regla–, así como sus criterios de aplicación.⁸ A mí me parece que el modelo deductivo defendido por Bulygin va más en la línea apuntada en el párrafo anterior, es decir, que la subsunción es condición necesaria, aunque no suficiente de la realización de ciertos principios políticos. Obviamente, no podemos descartar los

⁷ “Lo que aporta la concepción formal (el estudio de los esquemas –de las formas– de los argumentos) es, sin duda, muy importante, pero también es muy importante lo que deja fuera (el estudio de los aspectos materiales y pragmáticos de la argumentación)” (*vid.* Atienza, “Eugenio Bulygin y la teoría de la argumentación jurídica”, en José Juan Moreso y María Cristina Redondo (eds.) *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, *op. cit.*, pp. 39-49, aquí p. 45).

⁸ Bayón Mohino, *op. cit.*, pp. 148 y ss.

casos difíciles –tampoco lo hace Bulygin–,⁹ en los que los principios de vinculación a la ley y la separación de poderes pueden realizarse sólo parcialmente. En estas situaciones, lo único que podemos esperar de los jueces (ya que no una completa sujeción a la ley, en tanto que el derecho no proporciona una norma general inequívocamente aplicable) es que sus decisiones puedan presentarse *ex post* como un razonamiento deductivo. Ello significa, por un lado, que la decisión se infiere lógicamente de las premisas y, por otro lado, que la justificación deberá hacer explícitas el mayor número posible de premisas del razonamiento que permitan arribar a la decisión en cuestión.¹⁰ Sólo así es posible controlar y someter a juicio crítico las decisiones de los tribunales, especialmente en los casos difíciles. En definitiva, no creo que pueda ponerse en duda –tampoco es esa la intención de las observaciones de Atienza o Bayón– el valor de la lógica en el razonamiento jurídico, aun sosteniendo la importancia de esos otros aspectos (pragmáticos, retóricos, etc.) que forman parte de las prácticas argumentativas de los juristas.

III. LA TESIS DE LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE DERECHO Y MORAL

Mayor enjundia tiene la cuestión que es tratada en el segundo apartado, la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Como es sabido, el positivismo jurídico metodológico sostiene la independencia conceptual entre la validez jurídica y la validez moral de una norma, es decir, que la corrección moral no es condición necesaria

⁹ Bulygin, Eugenio, “Manuel Atienza: análisis conceptual *versus* teoría de la argumentación jurídica”, en en José Juan Moreso / María Cristina Redondo (eds.) *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, *op. cit.*, pp. 173-180, aquí p. 175.

¹⁰ Esto es lo que se ha denominado “requisito de saturación” de un razonamiento (*vid.* Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 229, 236).

ni suficiente de la validez jurídica. Tal y como apunta Sahuí, para la concepción argumentativa del derecho la conexión importante entre el derecho y la moral no está en el plano conceptual,¹¹ sino en el plano de la justificación; en otras palabras, desde el punto de vista de la concepción argumentativa del derecho, la discusión relevante no gira en torno a la validez de las normas, sino acerca del carácter formal o material de la justificación jurídica: ¿es suficiente para tener una decisión jurídica como justificada que la premisa normativa del razonamiento justificatorio sea una norma jurídica válida (concepción formal) o es necesario que, además, sea aceptable moralmente (concepción material)? Esta cuestión conduce, por de pronto, al problema de la normatividad del derecho, esto es, a la cuestión de si las normas jurídicas válidas constituyen razones para la acción.

En contra de lo que sostienen Atienza, Nino, e incluso el mismo Bulygin, Sahuí rechaza que la normatividad sea una propiedad exclusiva de las normas morales y que, por tanto, sean éstas las únicas que pueden constituir auténticas razones para la acción. Por el contrario, defiende una normatividad genuinamente jurídica.

En la defensa de dicha tesis pueden identificarse, al menos, dos líneas de argumentación: una, que intenta explicar en qué podría consistir o, más bien, cuál sería el fundamento de la normatividad del derecho; y otra, dirigida a cuestionar la normatividad de la moral. El primero de los argumentos a favor de una normatividad específicamente jurídica es el siguiente:

[...] cabe pensar que cualquier defensor del positivismo metodológico, cuando se desempeña en calidad de agente que ha de tomar una posición personal frente a las normas jurídicas —y en algún

¹¹ A pesar de que autores que sostienen abiertamente una concepción argumentativa, como Atienza o Alexy, mantengan una conexión conceptual, adoptando más o menos explícitamente la *fórmula Radbruch* (vid. Radbruch, Gustav “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en Id. *Gesamtausgabe* (Bd. 3), Heidelberg, C.F. Müller, 1990, pp. 83-93; en especial, p. 89).

momento debe hacerlo— puede proceder creyendo o no en ellas. Si el propio Bulygin no tuvo reparo en admitir que su noción de justificación a partir del silogismo subsuntivo deriva de una filosofía política liberal democrática, no habría problema por asumir que un positivista metodológico pudiese derivar su deber interno de obedecer el derecho a partir de valores y principios público-políticos, y no morales.¹²

Este argumento plantea algunas cuestiones importantes. Cabría preguntarse si lo que se denomina como principios público-políticos, ya se trate de los principios liberales de los que se ha hablado páginas atrás o de otros principios políticos, pertenecen o integran una categoría completamente independiente de la moral.¹³ Podría ser que Bulygin esté pensando en estos principios formales —imperio de la ley, separación de poderes o respeto del legislador democrático— como principios morales en un sentido amplio. Esto daría pleno sentido a la afirmación de Bulygin de que la normatividad jurídica depende en última instancia de razones morales. Al mismo tiempo, mostraría que, en este punto, el desacuerdo acerca de la normatividad jurídica gira en torno a la posibilidad de fragmentación del razonamiento práctico y, específicamente, si las razones últimas son siempre de carácter moral.

Un segundo argumento al que recurre Sahuí para fundamentar la normatividad del derecho apunta a su dimensión epistémica. Este argumento se apoya en la tesis defendida por Nino de que las decisiones democráticas gozan del status de “presunciones epis-

¹² Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.*, p. 63.

¹³ Esta tesis de la diferenciación entre discursos morales y ético-políticos por desarrollada por Habermas en Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad. Manuel Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998; Id. *Aclaraciones a la ética del discurso* (trad. José Mardomingo), Madrid, Trotta, 2000, pp. 109-126; y Id. *Verdad y Justificación. Ensayos filosóficos* (trad. Pere Fabra y Luís diez), Madrid, Trotta, 2002, pp. 83-103.

témicas”.¹⁴ Las personas tienen razones –a saber: la superioridad epistémica del derecho democrático– para obedecer al derecho por encima incluso de sus creencias morales más firmes.¹⁵ Pero, ¿presunciones epistémicas acerca de qué? Si el objeto de la misma es un enunciado empírico (pragmático, en términos habermasianos), estamos ante una presunción de verdad de carácter instrumental o técnico, en todo caso, secundaria respecto de fines los ético-políticos o morales a los que sirve.

Como es sabido, no es éste el sentido de la tesis de Nino, que se refiere a una presunción práctica o moral. Pero, entonces, si se trata de una presunción epistémica a favor de la corrección moral de las decisiones democráticas –fundada no en el mero agregado de opiniones coincidentes, sino en la racionalidad del proceso de deliberación que precede a la toma de decisiones–, la razón que un individuo consciente de sus limitaciones epistémicas en materia moral tiene para obedecer el derecho democrático es la mayor probabilidad de aproximarse a la corrección moral. ¿No es esto, por sí misma, una razón moral? Por otra parte, el argumento de la presunción epistémica sólo es predicable de un tipo específico de normas: el derecho democrático; ¿supone esto que la normatividad del derecho sólo es predicable de este tipo de normas?

Esto es lo que parece sugerir el propio Sahuí cuando sostiene que “[d]esde esta perspectiva esto significa que puede llegar a haber muy buenas razones, en el sentido de *razones internas de las personas*, para obedecer el derecho sin recurrir a la moral. Lo que por su-

¹⁴ Nino, Carlos Santiago, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en Id., *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 111-133, aquí p. 129.

¹⁵ “Dicho deber como siendo auténtico podría ser internamente apreciado en un individuo consciente de sus limitaciones epistémicas, que esté dispuesto en consecuencia a revisar sus creencias morales, aún las más firmes, cuando se halle ante normas cuya legitimidad democrática no haya sido controvertida o respecto de la cual no quepan *a priori* dudas” (Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.*, p. 63).

puesto no significa que todo derecho por su sola vigencia merezca esa deferencia por parte de sus destinatarios”.¹⁶ Pero, si la mera vigencia del derecho no es merecedora de la obediencia por parte de los destinatarios, ¿en qué consistiría la *normatividad* específica del derecho?

Como he sostenido más arriba, creo que las razones de tipo epistémico pueden ser vistas como dependientes de razones morales. Ciertamente, ni cuando deriva de los valores y principios público-políticos, ni cuando lo hace de la superioridad epistémica del derecho democrático, el deber de obediencia al derecho descansa en el valor moral de las normas jurídicas particulares; o dicho de otro modo, la normatividad del derecho no depende de que las normas jurídicas expresen un deber que, además de jurídico, es también moral; pero esto no quiere decir que la normatividad del derecho no descansa en un trasfondo moral o, directamente, en razones morales, que es lo que parece sostener Bulygin. Tanto los principios público-políticos liberales, como las presunciones epistémicas, expresan valores morales –formales–, tales como la interdicción de la arbitrariedad, la igualdad de trato, la seguridad jurídica, la racionalidad epistémica en asuntos prácticos que pueden afectar a los intereses de las personas, etc.

Hasta aquí los comentarios a los argumentos en defensa de la tesis de la normatividad jurídica no dependiente de la moral. La segunda línea de argumentación de Sahuí va dirigida a poner de manifiesto la dificultad de una normatividad fundada en la moral. La primera razón es que la moral está lejos de ser “un dominio transparente e indisputado que permita resolver los problemas que surgen al juzgarse la justicia de una norma, en particular; o del orden jurídico, visto globalmente”.¹⁷ De esta opacidad de la moral resultarían dos conclusiones. En primer lugar, que parece contra-

¹⁶ Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷ *Ibidem.*

dictorio, especialmente si se sostiene una postura escéptica en materia moral, defender —como hace Bulygin— que la normatividad sea una noción moral y, al mismo tiempo, sostener una concepción formal de la justificación jurídica. Ambas cosas parecen no encajar; no queda claro qué signifique justificar jurídicamente una decisión, si se defiende el modelo silogístico, y, a la vez, se niega normatividad propia al derecho, convirtiendo la normatividad en una noción tributaria de la moral, como si la justificación jurídica nada tuviese que ver con la obligatoriedad de las premisas normativas de las que se obtiene la conclusión, ni de la conclusión misma. Creo, por un lado, que se puede ser un escéptico o relativista moral, en el sentido de no admitir la existencia de una moral objetiva o de procedimientos que puedan conducirnos a verdades morales siquiera relativas o dependientes de tales procedimientos y, al mismo tiempo, sostener que las únicas razones para actuar son razones de índole moral subjetivas (cada quien las suyas); esto es, se puede ser un escéptico desde el punto de vista externo, negando la existencia de deberes morales objetivos, y un moralista desde el punto de vista interno. Pero, por otro lado —y aquí creo que lleva razón Sahuí—, difícilmente casa esto con una concepción formal de la justificación jurídica. Como se apuntaba al principio del trabajo, la defensa del modelo silogístico está basada en los principios políticos del liberalismo, y el modelo silogístico es condición necesaria para la realización de dichos principios. Y si, en virtud de esos principios y valores políticos, la justificación jurídica puede presentarse bajo un prisma formalista, entonces, efectivamente, también debería poderse justificar la normatividad del derecho sobre esa “moral liberal” (la denominación puede resultar problemática, pero no especialmente a los efectos que estamos hablando), salvo que el concepto de justificación no guarde ninguna relación con la noción de razones para la acción.

La segunda cuestión tiene que ver con las dificultades epistémicas concernientes a la corrección moral. En mi opinión, estas dificultades —por una parte, innegables, y por otra parte, minimizables— no

representan una objeción insalvable para poder hablar de la normatividad de la moral. Si las normas morales son en algún sentido razones para la acción, entonces, el hecho de que puedan existir discrepancias entre sujetos con distintas convicciones morales no cambia las cosas. Aquí habría que distinguir, por un lado, entre las razones de cada quien, que pueden ser correctas o no, y, por otro lado, nuestro concepto de justificación. Esta segunda cuestión no se ve afectada por el pluralismo moral como hecho dado. Cuando los defensores de una concepción material de la justificación sostienen que las razones justificatorias últimas son razones morales, no están pensando en las creencias morales de cada individuo. Entiendo este tipo de afirmación como una tesis analítica o conceptual acerca de qué significa justificar en un contexto práctico (esto es lo que entiendo como conexión justificativa) y qué significa que la norma general que sirve de premisa normativa en el razonamiento sea correcta, bien porque su contenido expresa un deber moral objetivo (corrección de primer orden), bien porque existan razones, como principios políticos o presunciones epistémicas, para considerarla, ya sea *prima facie* o de forma definitiva, como un deber moral (corrección de segundo orden). Obviamente, puede ocurrir que dos individuos recurran a normas morales distintas para justificar decisiones contrarias respecto de un mismo problema práctico, sin embargo, esto no destruye la conexión justificativa, puesto que ambos hacen uso de normas morales; únicamente pone de manifiesto que la moral es un dominio controvertido en el mundo real.

Sin embargo, el argumento de Sahuí es eminentemente normativo; no responde a la pregunta de qué entendemos por justificación (en el sentido de acometer una reconstrucción conceptual, si vale decirlo así), sino que rechaza que la moral deba constituir la única fuente de normatividad, dada su opacidad¹⁸ y, por tanto, que la

¹⁸ De hecho, la justificación discursiva del derecho encuentra en los déficits cognitivos estructurales de la moral uno de sus argumentos centrales; *vid.* Alexy, Robert, "Diskurstheorie und Menschenrechte", en Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*,

noción de justificación jurídica deba depender de razones morales. Mientras los defensores de la concepción material tratan de identificar qué razones pueden clausurar un razonamiento práctico, porque no se pueda ir más allá en la exigencia de pedir y dar razones, Sahuí se pregunta, en cambio qué razones deben clausurar un razonamiento práctico en contextos jurídicos, dada nuestra ignorancia o incapacidad para acceder a verdades morales o, al menos, dado el hecho cierto y constatable de la discrepancia moral en las sociedades modernas.

Una última cuestión. Con la intención de evitar que su posición sea asociada con el positivismo ideológico, Sahuí —que se alinea expresamente con el positivismo metodológico— sostiene lo siguiente:

El positivista metodológico auténtico tendría que detenerse en la mera delimitación de los ámbitos moral y jurídico, y dejar que en cada caso los individuos deliberen acerca de cuál debe prevalecer en cada caso, y nada más. Las nociones de razones “concluyentes” o “últimas” contienen criterios evaluativos y no descriptivos, y por tanto no debieran ser empleadas con ligereza por un positivista.¹⁹

En efecto, consecuentemente con el planteamiento anterior, se niega la existencia de una obligación moral de obediencia al derecho; de hecho, gran parte del razonamiento está enfocado a buscar otro tipo de razones (políticas, epistémicas) distintas a las razones morales en las que fundamentar la normatividad del derecho, su fuerza vinculante. Pero es, precisamente, este empeño en fundamentar la normatividad del derecho lo que resulta sorprendente en un positivista metodológico;²⁰ si se trata únicamente de delimitar

Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 127-164, aquí p. 144; Id. *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 150; y Habermas, Jürgen, *Factividad y Validez*, *op. cit.*, pp. 557-558.

¹⁹ Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.*, p. 67.

²⁰ Cfr. Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México D. F., Fontamara, 1997, pp. 96 y ss.

los ámbitos moral y jurídico y dejar que los sujetos deliberen en cada caso, ¿por qué ese esfuerzo en justificar la relevancia práctica del derecho?

IV. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE RAZÓN PRÁCTICA

La cuestión que centra este apartado, la unidad de razonamiento práctico, guarda estrecha relación con la tratada en el apartado anterior. Nos ocuparemos en primer lugar del carácter último y excluyente de las razones morales. Al respecto, Sahuí sostiene lo siguiente:

He de confesar que no entiendo bien cómo ciertas razones y principios valorativos puedan ser calificados a priori como “morales”, y en este sentido, ser apreciados como “últimos”. Es decir, no veo cómo determinadas normas y juicios de valor que aparecen eventualmente en un discurso, siempre de la mano de un individuo o grupo particular, puedan pretender para sí mismas el atributo de ser razones concluyentes. Resulta obvio que no basta que cualquiera de las partes en un discurso práctico afirme que las suyas son razones morales, y que las de su contrario son razones inmorales, o que tan sólo son razones jurídicas, políticas, religiosas, prudenciales, etc.²¹

Creo que aquí se plantean dos cuestiones, si no distintas, sí diferenciables. La primera tendría que ver con las pretensiones formuladas por los participantes en un discurso práctico; la segunda, con el problema de cuándo estamos ante una razón moral. En cuanto a la primera, el hecho de que las razones sean hechas valer en los discursos por personas reales que, posiblemente, si no probablemente, son falibles y pueden estar equivocadas es insalvable. Y ello en tanto que, con independencia de en qué consista la verdad o la corrección moral y con todas las reservas que se quieran relativas a la falibilidad del saber humano, especialmente en los asuntos morales, el

²¹ Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.*, p. 68.

acceso a la verdad o la corrección moral no puede suceder de otro modo que a través del lenguaje en un discurso real. Incluso en el caso de que existiera un consenso universal acerca de la corrección de una decisión jurídica, siempre derivará de las opiniones o de las aspiraciones de uno o varios individuos o de uno o varios grupos, quienes las hacen valer en un discurso consiguiendo la adhesión de todos los afectados, que son persuadidos mediante razones. Que estas razones presentadas por los participantes en el discurso sean calificadas *a priori* como morales y, por tanto, como razones últimas o excluyentes es algo consustancial al propio funcionamiento del discurso; lo esencial aquí no es que los participantes creen que tienen razones morales para sustentar una decisión —¿qué otra cosa puede pretender quien afirma o defiende una razón determinada?—, sino su disposición a ser persuadidos por las razones de otros participantes en el discurso. Dicho con otras palabras, el problema no es la pretensión de corrección, sino que ésta vaya acompañada de una pretensión de infalibilidad.²²

La perplejidad manifestada en el párrafo anterior va más allá y plantea todavía una segunda cuestión: cuándo estamos ante una razón moral; o cabría decir, más bien, si eso es algo que pueda dilucidarse previamente al desarrollo de un discurso práctico. De este modo es como entiendo las dudas de Sahuí acerca de que razones y principios valorativos puedan ser calificados *a priori* como morales, así como la negativa a aceptar como razones morales cualesquiera razones esgrimidas por los participantes en el discurso. Si rechazamos —y creo que así debe ser— la perspectiva subjetiva y meramente descriptiva según la cual son razones morales las razones últimas que los individuos esgrimen para justificar sus acciones, sólo queda intentar responder a esta pregunta desde un punto de vista objetivo

²² Sobre esto, *vid.* Lafont, Cristina, *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy* (trad. José Medina), Cambridge (Mass.), MIT Press, 1999, en especial Caps. 5 y 6 [Existe una versión castellana anterior y menos extensa, *La razón como lenguaje. Una revisión del “giro lingüístico” en la filosofía del lenguaje alemana*. Madrid, Visor, 1993].

y normativo, esto es, identificando alguna propiedad que haga de una razón una razón moral. En mi opinión, esa propiedad no es otra que la universalizabilidad.²³ En efecto, no cualquier razón es una razón moral, sino sólo aquellas que son universalizables, lo cual parecería confirmar las dudas acerca de que razones y principios valorativos puedan ser calificadas como morales previamente a su consideración discursiva y su aceptabilidad racional.²⁴ Todo esto parece conducir a la conclusión de que no puede haber razones morales erróneas o equivocadas: o bien una razón es universalizable, o bien no es una razón moral, esto es, sería una razón inmoral, injustificable desde el punto de vista de la universalización (u otro criterio de justificación moral), o una razón contextual, sólo justificable en un contexto valorativo dado: jurídico, político o religioso. Pero, si esto es así, la confluencia entre moralidad y corrección sólo puede hablar a favor de la consideración de las razones morales como razones últimas. En todo caso, la falibilidad de nuestros juicios no puede significar que no existan razones morales, sino que erróneamente consideramos como tales, razones no universalizables.

Pasemos ahora a la cuestión central de este apartado; ¿son las justificaciones contextuales verdaderas justificaciones? Aquí, de nuevo, entra en juego el argumento epistémico, del cual pueden distinguirse dos versiones o variantes: una negativa, que cuestiona que las razones últimas de toda justificación hayan de ser razones morales; y otra, positiva, en defensa de la fragmentación del razonamiento práctico. Veamos la primera:

²³ Obviamente, esta es una cuestión altamente controvertida. El principio de universalización es sólo uno entre otros muchos fundamentos de la moral.

²⁴ Aunque se defendiera una interpretación realista del discurso práctico, según la cual las normas o decisiones serían moralmente correctas si *de hecho* satisfacen los intereses de cada uno, la justificación (aceptabilidad racional) es una exigencia pragmática ineludible para todo aquel que afirme que una norma o una decisión está moralmente justificada.

En resumen, como cualquier otro orden normativo la moral es un dominio en disputa permanente, y por ende abierto. Su preeminencia en relación con los otros órdenes, si es que alguna tiene, no existe modo razonable de que opere en los discursos reales donde se trata de justificar decisiones prácticas, sobre todo por restricciones epistémicas.²⁵

Nadie pone en duda las limitaciones epistémicas en los discursos reales, pero, precisamente por este motivo, dudo que la defensa de la unidad de razonamiento práctico ponga especial énfasis en el cognoscitivismo moral, aunque, desde luego, presuponga su posibilidad. Como he sostenido más arriba, la preeminencia de las razones morales me parece más bien una cuestión conceptual: llamamos razones morales a aquellas razones en las que se detiene el razonamiento, precisamente por esa relación conceptual que se establece entre lo moral y lo correcto.

En opinión de Sahuí, pretender que uno está en disposición de cerrar un discurso práctico es “asumir injustificadamente el rol de un observador completamente objetivo e imparcial”; nadie puede clausurar una discusión práctica “si por tal se entiende blindar una decisión contra toda crítica razonable”.²⁶ Esto es difícilmente cuestionable, pero no creo que sea a lo que se refieren los defensores del principio de unidad de razonamiento práctico. En realidad, cualquier participante en un discurso pretende que está en lo cierto (si no, no tendrían sentido sus afirmaciones), pero esto no implica, como ya se ha dicho, una simultánea pretensión de infalibilidad. En esto radica la diferencia entre justificación y verdad;²⁷ en otras

²⁵ Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.*, p. 68.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ Para esta distinción en la Filosofía discursiva, *vid.* Fabra, Pere, *Habermas: Lenguaje, Razón y Verdad*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, Cap. IX; Habermas, Jürgen, *Verdad y Justificación*, *op. cit.*, pp261 y ss.; Lafont, Cristina, *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy*, *op. cit.*, Cap. 5; y Wellmer, Albrecht, “Was ist eine

palabras, las razones que justifican una decisión en un discurso real son tenidas (justificadamente) por razones morales, pero, en un discurso posterior, pueden mostrarse falsas o equivocadas. Esta circunstancia modificaría la decisión, que ya no estaría justificada por dichas razones, pero no cambiaría el hecho de que las razones últimas, las que justifican la decisión, son razones morales. En definitiva, la condición última de las razones morales no tiene tanto que ver con el grado de certeza de nuestros juicios morales, que nunca puede ser absoluto, sino con nuestro concepto de justificación y qué entendemos por razón justificatoria, que, obviamente, tiende a identificarse con la idea de corrección, esto es, con algún sentido de la idea de universalizabilidad.²⁸

En cuanto a la versión positiva del argumento epistémico, esto es, la defensa de la fragmentación del discurso práctico, Sahuí sostiene que “en un mundo plural y complejo como el actual, sólo bajo el riesgo de confundir y empobrecer las discusiones prácticas, es que puede sostenerse que en relación con cada individuo sea la moral

pragmatische Bedeutungstheorie? Variationen über den Satz ‘Wir verstehen eine Sprechakt, wenn wir wissen, was ihn akzeptabel macht’”, en Honnet, Axel / McCarthy, Thomas / Offe, Claus / Wellmer, Albrecht (Hrsg.) *Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Frankfurt an Main, Suhrkamp, 1989, pp. 318-370, aquí p. 340.

²⁸ Bulygin, en cambio, afirma que cuentan como morales las razones que cada persona cree que lo son. Como he argumentado más arriba, esta concepción subjetivista no nos lleva demasiado lejos; si lo que sostiene es que el carácter moral de las razones depende de que alguien las considere suficientes para justificar una decisión o una acción, aunque sean inaceptables, entonces la expresión “tener razones morales” adquiere un sentido exclusivamente descriptivo, donde lo moral explica qué es lo que mueve a la persona a actuar como lo hizo: no por conveniencia, temor o prudencia, sino por sus convicciones –posiblemente, aunque no necesariamente, equivocadas– acerca de lo correcto. Por otro lado, la existencia de los remordimientos es una prueba de que no siempre puede los sujetos encontrar una razón que justifique sus decisiones o acciones.

el último baluarte de justificación auténtica”.²⁹ De hecho, dicha fragmentación es un rasgo propio de las sociedades complejas:

Son muchos los dominios práctico-normativos en los que se describen acciones como justificadas o correctas bajo sus propios estándares. Esto representa una ventaja cognitiva y práctica de las sociedades modernas respecto de las tradicionales, en las que cualquier acción discreta continúa siendo evaluada con base en parámetros morales y/o religiosos.³⁰

Como he sugerido páginas atrás, me parece que en esta discusión se desarrolla en planos distintos. Quienes defienden la unidad de la razón práctica se preguntan qué significa justificar una norma, una acción o una decisión y concluyen que sólo podemos hablar de justificación si podemos aducir una razón moral (universalizable), independientemente de la dificultad que suponga encontrar dichas razones. Su argumento es conceptual. En cambio, la defensa de la fragmentación de la razón práctica es de naturaleza normativa: dada la pluralidad axiológica y la complejidad funcional de las sociedades modernas, debemos descargar a los sujetos del esfuerzo de justificar moralmente cada una de sus acciones y admitir justificaciones parciales contextuales. Pero, ¿no es ésta una razón moral? Ciertamente, es posible esgrimir otro tipo de razones para aceptar justificaciones parciales o contextuales, por ejemplo, las limitaciones epistémicas de las personas reales, la eficiencia en el funcionamiento de las instituciones o la seguridad jurídica, sin embargo, me parece que todas ellas son razones instrumentales respecto de valores morales últimos. Nino, entre otros,³¹ habló de las “relevan-

²⁹ Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.*, p. 69.

³⁰ Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.* p. 70.

³¹ Planteamientos muy similares pueden encontrarse en Alexy, Robert, “Juristische Interpretation”, en Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, pp. 71-93; Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, Dordrecht

cia moral del derecho”, poniendo de manifiesto que la existencia de normas jurídicas y de precedentes judiciales no es un dato moralmente irrelevante. La idea, tantas veces repetida, de que el discurso jurídico alcanza en muchas ocasiones un resultado distinto al que se llegaría en un discurso moral parece ignorar esta circunstancia: el derecho no puede ser obviado en el discurso moral, especialmente en un mundo plural axiológicamente y complejo funcionalmente.

Este es el sentido de la concepción alexiana del discurso práctico general.³² En realidad, el discurso práctico general opera como meta-discurso en el que son consideradas todas las razones relevantes (morales, políticas, jurídicas, etc.) o los resultados de todos los discursos parciales o especiales. De dicho (meta)discurso práctico general podría resultar que se tuviera por justificada una acción o una norma que de no existir determinadas normas jurídicas no podría tenerse por justificada.

V. METAÉTICA Y TEORÍA DEL DERECHO

El penúltimo apartado analiza la relación entre metaética y teoría del derecho; más concretamente, el problema de si el objetivismo moral es compatible con la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral mantenida por el positivismo metodológico.³³ Según Sahuí, “lo que un positivista opine sobre la moral es irrelevante para el propósito de explicar y comprender el derecho”;³⁴ o sea,

/ Boston / London, Kluwer, 1989; Id. “Dimensiones morales del derecho” (trad. Juan A. Pérez Lledó), *Doxa*, núm. 8 (1990), pp. 89-109; o Bayón, Juan Carlos, “La racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa*, núm. 19 (1996), pp. 143-162.

³² Esto no significa en ningún caso asumir la corrección de la conocida “tesis del caso espacial” (*vid.* Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*).

³³ El hecho de que eminentes positivistas, como Kelsen o Ross, hayan defendido posiciones relativistas o escépticas en materia ética no significa, en modo alguno, la existencia de algún tipo de conexión necesaria entre ambas tesis.

³⁴ Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.* p. 72.

que “[s]e puede ser positivista metodológico siendo un objetivista y cognoscitivista en materia práctica”.³⁵

En este punto, la posición de Bulygin ha cambiado en los últimos años. En un principio, Bulygin defendió la incompatibilidad de la objetividad moral y la tesis de la separación conceptual sobre la base de un argumento bien conocido; a saber, la aceptación de la verdad moral supone la redundancia y superfluidad del derecho.³⁶ La crítica de que es objeto por parte de Ricardo Caracciolo³⁷ hace que Bulygin cambie de opinión, pero —y aquí es donde Sahuí se muestra en desacuerdo con Bulygin— al precio de renunciar a toda pretensión de objetividad de las normas jurídicas,³⁸ pues dicha objetividad sólo sería predicable de las proposiciones normativas, susceptibles de verdad o falsedad, como aquellas que afirman la

³⁵ Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.* p. 73.

³⁶ Bulygin lo expone del siguiente modo: “[S]i hay una moral privilegiada, cuyas normas son verdaderas, entonces uno debe hacer lo que esas normas prescriben, y si hay otras normas que prescriben algo incompatible con las normas morales, esto no se debe hacer. Para esta posición sería *contradictorio* afirmar que, de acuerdo al derecho, p es obligatorio (en el sentido de que uno debe hacer p) y sostener al mismo tiempo que, conforme a la moral, p no es obligatorio o prohibido (uno no debe hacer p). No hay tal cosa como el acto de “hacer p conforme al derecho” o el acto de “hacer p conforme a la moral”; *sólo hay actos de hacer p o de no hacer* (= omitir). Por tanto, o bien uno debe, o bien uno no debe hacer p.

En este sentido, si “admitir cierto grado de objetividad en las discusiones morales de carácter normativo” significa aceptar que hay verdad moral, la distinción conceptual entre derecho y moral se vuelve insostenible. Más aún, la existencia del derecho (entendiendo por tal el derecho positivo) se torna problemática. ¿Para qué dictar normas jurídicas si ya sabemos lo que debemos hacer?”; Caracciolo, Ricardo, “Entrevista a Eugenio Bulygin”, *Doxa*, núm. 14 (1993), pp. 499-513; cita en pp. 510-511).

³⁷ Caracciolo, Ricardo, “Realismo moral *vs.* positivismo jurídico”, *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 2000, pp. 37-44.

³⁸ “No es que las normas jurídicas positivas pierdan la “normatividad” u “objetividad” del deber si hay normas morales verdaderas, sino que no hay tal cosa como *normas jurídicas objetivamente válidas*” (Bulygin, *El positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 118).

existencia de una norma jurídica, de las cuales no puede derivarse un deber. Como consecuencia de ello, no habría deberes jurídicos objetivos, lo cual es incompatible con la tesis de la normatividad del derecho defendida a lo largo del trabajo de Sahuí.

Mis comentarios van dirigidos a estas tres cuestiones: la primera tiene por objeto la constatación de que en el planteamiento de Bulygin no hay lugar para la existencia de deberes prácticos objetivos de ningún tipo; la segunda es la asimetría entre los enunciados normativos jurídicos y los enunciados normativos morales; y la tercera viene a cuestionar la plausibilidad de la tesis de separación conceptual entre derecho y moral en un escenario hipotético en el que se admitiera la existencia de verdades morales accesibles al conocimiento humano.

La primera de estas cuestiones, la existencia de deberes prácticos objetivos, centró la discusión entre Bulygin y Caracciolo. Para Caracciolo, la contradicción entre los deberes jurídicos y los deberes morales a que se refería Bulygin no era tal, ya que cada uno de estos deberes, de existir, sería objetivo en un sentido distinto: en relación con las normas jurídicas, la objetividad significa pertenencia al sistema jurídico, lo cual depende de hechos más o menos complejos empíricamente comprobables, como, por ejemplo, la existencia de una práctica social; en cambio, la objetividad de las normas morales es equivalente a la verdad, lo que implica su correspondencia con “hechos morales”. Así, es perfectamente compatible afirmar que “conforme al sistema jurídico D se debe hacer p ” (existe un práctica social que confirma la pertenencia de la obligación de hacer p al sistema jurídico D) y “conforme a la moral no se debe hacer p ” (existe un hecho normativo tal que no se debe hacer p). Pero Bulygin no se limita a aceptar esta conclusión, sino que la lleva hasta sus últimas consecuencias, negando la existencia de deberes jurídicos objetivos: del enunciado “conforme al sistema jurídico D se debe hacer p ” no puede derivarse ningún deber de hacer p , puesto que se trata de una proposición normativa, susceptible de verdad o falsedad,

que únicamente describe la existencia de una norma jurídica. Para derivar una norma de una proposición normativa como la anterior se precisaría una premisa normativa adicional que estableciera la obligatoriedad de obedecer al derecho (Bulygin, 2006: 119). El propio Bulygin advierte la proximidad de esta premisa con la norma fundamental de Kelsen, por lo que podemos denominarla como “premisa fundamental”. La existencia de deberes jurídicos objetivos descansaría, entonces, en dicha premisa. De hecho, El trabajo de Sahuí puede verse, siquiera parcialmente, como un intento de fundamentar dicha premisa sobre argumentos no morales, o sea, el intento de justificar la existencia de un deber práctico de obediencia al derecho no reducible a un deber moral de obediencia.

En todo caso, dado que una premisa de este tipo no es una necesidad lógica, la conclusión no puede ser otra que la inexistencia de deberes jurídicos objetivos. Por otra parte, si se mantiene una posición escéptica en relación con la existencia de normas morales, como hace Bulygin,³⁹ no cabría hablar de la existencia de deberes objetivos de ningún tipo, ni jurídicos, ni morales.

Con todo, cabría preguntarse si las proposiciones normativas morales exigirían igualmente una premisa fundamental para fundamentar deberes objetivos. Esto nos conduce a la segunda cuestión, la asimetría entre los enunciados normativos morales y los enunciados normativos jurídicos. Según se ha dicho, de un enunciado normativo como “conforme al sistema jurídico *D* se debe hacer *p*” no se puede derivar un deber objetivo de hacer *p*; pero, ¿qué ocurre con un enunciado como “conforme a la moral objetiva no se debe hacer *p*”? ¿No es también una proposición normativa cuyo objeto es la norma moral que establece que no se debe hacer *p*? Si lo es, y esta proposición normativa es verdadera, ¿podemos derivar del mismo un deber moral objetivo sin recurrir a una premisa fundamental

³⁹ Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 119; Caracciolo, Ricardo, “Entrevista a Eugenio Bulygin”, *op. cit.*, pp. 509-510.

que estableciera la obligatoriedad de la moral? Si la respuesta es afirmativa, esto es, si el deber de obediencia está implícito en la mera afirmación de las normas morales, la verdad de los enunciados normativos morales, a diferencia de la verdad de los enunciados normativos jurídicos, sería no sólo condición necesaria, sino también suficiente para la existencia de deberes morales objetivos. Me parece que esta asimetría, que tiene que ver con las diferentes condiciones de verdad de cada uno de estos enunciados, si se admite, evidenciaría el carácter último de los deberes morales en el discurso práctico.

Por último, consideremos la distinción conceptual entre el derecho y la moral, admitida la tesis de la objetividad moral en un sentido fuerte, esto es, no sólo ontológico, sino también epistemológico. Aquí quisiera tomar las cosas desde un punto de vista algo distinto a como se ha hecho hasta el momento, pero sin apartarme del argumento de Bulygin reproducido más arriba. La crítica de Caracciolo pretende mostrar que no hay contradicción en afirmar simultáneamente que “conforme al derecho, p es obligatorio” y que “conforme a la moral, p está permitido o prohibido”, pero deja fuera otras cuestiones importantes. De hecho, Bulygin no sólo plantea el problema de la contradicción entre sistemas normativos, sino que aprecia también un problema pragmático de unidad de acción, es decir, que con independencia de que dos órdenes normativos establezcan deberes distintos cuyo cumplimiento es incompatible, la acción humana sólo puede ser una (“sólo hay actos de hacer p o de no hacer”); e, igualmente, sostiene que si se acepta la existencia de deberes morales objetivos (verdaderos), la distinción conceptual entre derecho y moral se “vuelve insostenible” y la existencia del derecho se “torna problemática”.⁴⁰ Ignoro cuál es el alcance exacto que quiso atribuir a estos términos, pero no creo que tengan nada que ver con la idea de contradicción entre sistemas normativos, sino,

⁴⁰ Ver nota 34.

más bien, con sus funciones sociales y, especialmente, con la función social del derecho. No sólo se discute aquí si dos o más órdenes normativos pueden coexistir sin que ello suponga una contradicción lógica; se discute también si, en un escenario como el descrito, en el que las normas jurídicas pueden ser contrarias a las de la moral objetiva, tiene sentido que existan (si es que los deberes jurídicos y las posibles contradicciones con las normas morales están ahí para algo más que para ser identificados por los teóricos del derecho positivistas). La carga de la argumentación corresponde, obviamente, al derecho positivo; como se preguntaba en su momento el propio Bulygin, ¿para qué dictar normas jurídicas si ya sabemos lo que debemos hacer?

El sentido de la separación entre el derecho y la moral puede residir bien en la necesidad para la convivencia humana de un orden normativo objetivo⁴¹ —el derecho positivo— una vez constatadas las deficiencias de la moral para erigirse en dicho orden (por así decirlo, el derecho positivo se desgaja de la moral para generar un orden normativo objetivo o, al menos, más objetivo que la moral); o bien en la necesidad de crear espacios al margen del derecho positivo, que permitan la coexistencia de diversas concepciones axiológicas del mundo (la moral se desgaja del derecho positivo —o si se quiere, éste establece un espacio de no interferencia— para permitir la convivencia de órdenes subjetivos). En el caso de que existiera una moral objetiva accesible al conocimiento humano, el derecho positivo perdería uno de los argumentos más persuasivos —aunque no el único— para justificar su existencia, puesto que no podría presentarse ya como un orden normativo que viene a solventar los déficits de objetividad de la moral. Tampoco podría justificarse la distinción como la creación de un espacio propio para el pluralismo moral, salvo que se admitiera al mismo tiempo algo así como

⁴¹ Entendiendo en este caso por “objetivo” un orden normativo cuyos contenidos son determinables independiente de las preferencias y creencias subjetivas de sus destinatarios.

un derecho a la cabezonería y la obstinación en el error moral. En fin, si existiera una moral objetiva y ésta fuera accesible al conocimiento, entonces habría que preguntarse muy seriamente por las razones que justifican la existencia del derecho, y, sobre todo, por las razones para obedecer una norma jurídica contraria a la moral (sólo cabrían razones prudenciales, pero si así fuera, la obligatoriedad del derecho y la de la banda de ladrones sería la misma, como sostienen los realistas). Así, en principio, cuanto más transparente y accesible es la moral objetiva, tanto más insostenible se torna la distinción conceptual entre derecho y moral e injustificable la existencia del derecho positivo. No obstante, el argumento epistémico no es el único en que se sustenta la necesidad del derecho positivo; aunque la moral fuera –como es en muchos casos– transparente y accesible, la existencia de normas e instituciones jurídicas puede justificarse en otras razones de tipo motivacional, en tanto que la sanción jurídica refuerza el cumplimiento de las normas, u organizativo, pues no es sino a través del derecho que se hace posible la coordinación y cooperación social necesaria para alcanzar fines moralmente valiosos.

VI. POSITIVISMO JURÍDICO Y LA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA DEL DERECHO.

En el último apartado se plantea abiertamente la cuestión de si un positivista puede admitir coherentemente una concepción argumentativa del derecho. Esta pregunta recibe una respuesta positiva en los términos siguientes:

Si se mira de cerca, no hay nada de contradictorio en entender la argumentación como “encadenamiento de proposiciones” y simultáneamente en admitir la inclusión de “aspectos materiales y pragmáticos”. (...) La divergencia, entonces, que por supuesto no es menor, me parece que está en los lugares en que cada uno de ellos estima que es válido buscar dichas proposiciones, de modo

que se les atribuya solidez y firmeza. Mientras Bulygin diría que únicamente el derecho es fuente de tales proposiciones, Atienza y Nino sostendrían que la moral también lo es.⁴²

Tengo mis dudas de que esa divergencia no sea relevante a la hora de calificar como compatibles el positivismo metodológico y la concepción argumentativa del derecho. Muchos de los rasgos atribuibles a la concepción argumentativa⁴³ son difícilmente compatibles, si no manifiestamente contradictorios, con las tesis mantenidas por el positivismo metodológico, como el debilitamiento de la distinción entre el lenguaje descriptivo y prescriptivo, la reivindicación del carácter práctico de la teoría del derecho o el principio de unidad de razonamiento práctico, que está en la base de la conexión justificativa entre el derecho y la moral.⁴⁴ No obstante, comparto la sensación de que la divergencia puede ser más teórica que práctica, en el sentido de que ambas concepciones acabarían admitiendo casi las mismas decisiones como justificadas jurídicamente, al menos en circunstancias no excepcionales. Y ello, porque también desde el punto de vista de una concepción argumentativa del derecho hay buenas razones (seguridad jurídica, racionalidad teleológica, presunción epistémica a favor del derecho democrático, etcétera) para obedecer al derecho positivo.

⁴² Sahuí Maldonado, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho”, *op. cit.*, p. 78.

⁴³ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 55-6

⁴⁴ Esta conexión se manifiesta también como la exigencia de aceptabilidad (Aarnio) o razonabilidad (Alexy) de las decisiones jurídicas; sobre esto, *vid.* Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; y Alexy, Robert, “The Reasonableness of Law”, en Bongiovani, G. / Sartor, G. / Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*. Dordrecht / Heidelberg / London / New York, Springer, 2009, pp. 5-15.

VII. FUENTES

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. Manuel Atienza / Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- “Juristische Interpretation”, en Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, pp. 71-93.
- “Diskurstheorie und Menschenrechte”, en Id., *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, pp. 127-164.
- “The Reasonableness of Law”, en Bongiovani, G. / Sartor, G. / Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht / Heidelberg / London / New York, Springer, 2009, pp. 5-15.
- ATIENZA, Manuel, “Eugenio Bulygin y la teoría de la argumentación jurídica”, en Moreso, J. J. / Redondo, M. C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 39-49.
- BAYÓN, Juan Carlos, “La racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa*, núm. 19 (1996), pp. 143-162.
- “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”, en Moreso, J. J. / Redondo, M. C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 137-152.
- BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*. México D. F., Fontamara, 2006.
- “Manuel Atienza: análisis conceptual *versus* teoría de la argumentación jurídica”, en Moreso, J. J. / Redondo, M. C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 173-180.
- CARACCILOLO, Ricardo, “Entrevista a Eugenio Bulygin”, *Doxa*, núm. 14 (1993), pp. 499-513.

- “Realismo moral vs. positivismo jurídico”, *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, 2000, pp. 37-44.
- FABRA, Pere, *Habermas: Lenguaje, Razón y Verdad*, Barcelona, Marcial Pons, 2008.
- HABERMAS, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso* (trad. José Mardomingo), Madrid, Trotta, 2000.
- Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad. Manuel Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998.
- Verdad y Justificación. Ensayos filosóficos* (trad. Pere Fabra / Luis Díez), Madrid, Trotta, 2002.
- KOCH, Hans-Joachim / Rußmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, Beck, 1982.
- LAFONT, Cristina, *The Linguistic Turn in Hermeneutic Philosophy* (trad. José Medina), Cambridge (Mass.), MIT Press, 1999.
- LAPORTA, Francisco, “Para Eugenio Bulygin”, en Moreso, J. J. / Redondo, M. C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 33-37.
- NINO, Carlos Santiago, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en Id., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 111-133.
- PECZENIK, Aleksander, *On Law and Reason*, Dordrecht / Boston / London, Kluwer, 1989.
- “Dimensiones morales del derecho”, *Doxa*, núm. 8 (1990), pp. 89-109.
- RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en Id. *Gesamtausgabe* (Bd. 3), Heidelberg, C.F. Müller, 1990, pp. 83-93.
- SAHUÍ MALDONADO, Alejandro, “Positivismo y concepción argumentativa del Derecho. Un alegato a favor de su compatibilidad”, en Maurizio Zanolli (Coord.) *Teoría de la argumentación jurídica*, Curitiba, Juruá, 2015, pp. 51-81.

WELLMER, Albrecht, “Was ist eine pragmatische Bedeutungstheorie? Variationen über den Satz ‘Wir verstehen eine Sprechakt, wenn wir wissen, was ihn akzeptabel macht’”, en Honnet, Axel / McCarthy, Thomas / Offe, Claus / Wellmer, Albrecht (Hrsg.) *Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Frankfurt an Main, Surkamp, 1989, pp. 318-370.

ESTUDIOS JURÍDICOS

ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PARA LA EXPLORACIÓN Y EXTRACCIÓN DE HIDROCARBUROS. PROCEDENCIA DEL AMPARO

ADJUDICATION OF CONTRACTS FOR THE EXPLORATION AND
EXTRACTION OF HYDROCARBONS PROCEEDING OF THE APPEAL

PAOLA RODRÍGUEZ ROMO¹

RESUMEN: El objetivo de este artículo es analizar la procedencia del amparo respecto de los actos realizados para adjudicar contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos, en el marco de la reforma energética. Para tal efecto, el artículo se divide en cinco apartados: la primera parte encaminada a contextualizar al lector y detallar la estructura del presente artículo; la segunda diseñada para identificar las diversas actuaciones que se realizan para la adjudicación de contratos petroleros y de esa forma distinguir entre aquellos actos previos a la licitación y aquellos realizados durante ésta; el tercero, dedicado a determinar si el amparo es procedente y en su caso, identificar los posibles actos objeto de impugnación; mientras que el cuarto va dirigido a analizar los sujetos que pueden promover dicho medio de impugnación, finalizando con el último apartado, dedicado a las conclusiones del presente artículo.

PALABRAS CLAVE: *Reforma energética, contratos, actos intraprocesales, licitación pública, adjudicación, amparo, amparo indirecto, quejoso.*

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the origin of amparo regarding to the executed acts in order to adjudge contracts with the objective of exploring and extracting hydrocarbons in the legal framework of Mexican's energy reform. In order to analyze the topic, this article is divided in five sections: the first one aimed at contextualizing the reader and to detail the structure of this paper, the second one is designed in order to identify the several situations that are performed for the adjudication of oils contracts and in this

¹ Maestra y Licenciada en Derecho por la UNAM. Subdirectora en la Dirección General de Contratos Petroleros de la Secretaría de Energía. Contacto: <romius19@gmail.com>.

way to distinguish between those previous acts to the bidding and those carried out during it, the third one, is dedicated to determine if the amparo is appropriate and, if it is, to identify the possible acts that are object of the challenge and the fourth section is aimed at analyzing the subjects than can promote this ways of challenge and this paper ends with the last section, dedicated to the conclusions of this article.

KEYWORDS: *Energy reform, contracts, acts inter process, public tender, award, amparo, indirect amparo, complainer.*

SUMARIO. I. Objetivo y estructura del artículo; II. Adjudicación de los Contratos: distinción entre actos previos a la licitación y actos de la licitación; III. Procedencia del amparo; IV. Legitimados para promover el juicio de amparo; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

El objetivo del presente artículo es analizar y determinar si el amparo es procedente respecto a los actos que se llevan a cabo para la adjudicación de contratos. Para ello, resulta indispensable identificar y analizarlos, a fin de que el estudio de la procedencia del amparo sea casuística, esto es, en atención a cada uno de dichos actos.

Para tal efecto, el primer apartado del presente artículo tiene como fin contextualizar el tema, lo cual permitirá conocer el origen de la licitación, como uno de los procedimientos previstos en la normatividad en la materia, para la adjudicación de contratos. Realizado lo anterior, el segundo objetivo de este apartado será la descripción de los diversos actos que la autoridad realiza para la adjudicación de contratos, mediante la distinción entre los que se desarrollan de manera previa al inicio del procedimiento de licitación, respecto de aquellos que se llevan a cabo durante ésta.

La identificación de dichos actos permitirá un mejor entendimiento de la procedencia del amparo, pues de esta forma es posible señalar detalladamente los actos que son susceptibles de ser impugnados mediante dicha vía y aquellos que deberán ser descartados.

Finalmente, una vez expuesta la procedencia del amparo, resulta indispensable identificar a los sujetos legitimados para accionar dicho medio de defensa. Para ello resultará útil la distinción de los actos previos y los desarrollados durante la licitación arriba mencionada, ya que la existencia de estas dos etapas implica también la existencia de actores distintos que se ubican en supuestos diferentes que habrán de ser analizados, para determinar su legitimación.

II. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: DISTINCIÓN ENTRE ACTOS PREVIOS A LA LICITACIÓN Y ACTOS DE LA LICITACIÓN

Mediante el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 20 de diciembre de 2013, se modificaron entre otros artículos, el 27 para adicionar el párrafo séptimo, el cual señala que la Nación llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares.

A fin de normar los contratos a los que alude el Decreto, el 11 de agosto de 2014 se publicó en el medio de circulación oficial referido, la Ley de Hidrocarburos reglamentaria entre otros, del artículo 27 constitucional, la cual establece que el Ejecutivo Federal a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos² celebrará contratos para

² El Decreto de la Reforma Energética adiciona un párrafo octavo al artículo 28 constitucional para establecer la existencia de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, como un órgano regulador coordinado en materia energética, la cual en términos del artículo transitorio Décimo Segundo cuenta con personalidad jurídica propia y autonomía técnica y de gestión para emitir sus propios actos y resoluciones.

explorar y extraer hidrocarburos. Para la selección del contratista,³ se llevará a cabo un procedimiento de licitación conducido por dicho órgano, mismo que iniciará con la publicación de la convocatoria correspondiente.⁴

En términos de dicha Ley, el contrato es el acto jurídico que suscribe el Estado Mexicano, a través de la Comisión, por el que se conviene la exploración y extracción de hidrocarburos en un área contractual y por una duración específica.

Si bien, el proceso de licitación constituye uno de los mecanismos previstos en la ley reglamentaria para la celebración de contratos que permitan explorar y extraer hidrocarburos; esta norma también prevé otros mecanismos que comparten dicho objeto, tales como la migración, procedimiento mediante el cual Petróleos Mexicanos y las demás empresas productivas del Estado –*Asignatarios*– solicitan a la Secretaría de Energía celebrar un contrato respecto de una asignación⁵ previamente otorgada, para lo cual el solicitante deberá cubrir los requisitos previstos en la normatividad.

El contrato que se celebre como resultado del proceso de migración referido, como se ha señalado, también tendrá como efecto la exploración y extracción de hidrocarburos, actividades petroleras que se entiende ya venía realizando la empresa productiva en cues-

³ En términos del artículo 4 fracción X de dicha Ley, el Contratista puede ser Petróleos Mexicanos, cualquier otra empresa productiva del Estado o Persona Moral, que suscriba con la Comisión un contrato, ya sea de manera individual o en consorcio o asociación en participación, en términos de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos.

⁴ De los artículos 15 y 23 de la Ley de Hidrocarburos se desprende que el proceso para la adjudicación de los contratos iniciará con la publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de la Federación.

⁵ La asignación constituye el acto jurídico administrativo mediante el cual el Ejecutivo Federal otorga exclusivamente a un asignatario el derecho para realizar actividades de exploración y producción de hidrocarburos en el área de asignación, por una duración específica.

tión al amparo de una asignación, pero que ahora deberá desarrollar en los términos previstos en el contrato que para tal efecto celebre.

Ambos procedimientos también pueden ser explicados como las opciones con las que, cuenta el Estado derivado de la reforma energética, para el desarrollo de sus recursos naturales, ya que previo a dicha reforma, sólo la Nación a través de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, podía llevar a cabo la exploración y explotación del petróleo y las demás actividades estratégicas previstas en nuestra norma fundamental.⁶

Apuntado lo anterior, conviene señalar que para efectos del presente artículo, el estudio se centrará en el primero de los procedimientos referidos, esto es, el procedimiento de licitación para la adjudicación de contratos, para así determinar la procedencia del amparo.

En términos de la ley reglamentaria, la licitación inicia con la publicación de la convocatoria y las bases de licitación, documentos de los que se desprende toda la información sobre el proceso licitatorio, su objeto, las etapas que lo componen y las reglas bajo las cuales se conducirán así como las características de las áreas contractuales a licitar.

Como más adelante se analizará, la información necesaria para la publicación de los documentos señalados debe ser proporcionada por la Secretaría de Energía, lo cual implica llevar a cabo, de manera previa al proceso de licitación, diversas acciones en colaboración con otras dependencias y entidades⁷ a fin de obtener los insumos necesarios para tal efecto, entre los que destacan la selec-

⁶ Estas actividades se realizaban al amparo de lo dispuesto en la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo, misma que fue abrogada el 11 de agosto de 2014, con la entrada en vigor de la Ley de Hidrocarburos.

⁷ Las principales dependencias y entidades con las que la Secretaría de Energía debe coordinarse para el efecto descrito son la Secretaría de Economía, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Federal de Competencia Económica.

ción del modelo de contratación así como el diseño de los contratos a licitarse.

Así, es posible apreciar dos momentos para la adjudicación de contratos: El primero, previo al inicio de la licitación y el segundo, la licitación en sí.

1. PROCEDIMIENTO PREVIO A LA LICITACIÓN

Como se mencionó, los actos que se desarrollan durante esta etapa tienen como finalidad que la Secretaría de Energía se allegue de los insumos necesarios para solicitar la publicación de una convocatoria y así, dar inicio a una licitación; insumos que deberá remitir a la Comisión, órgano regulador encargado de llevar a cabo dicho procedimiento, siendo los siguientes:

- La identificación de las áreas contractuales⁸ a ser licitadas;
- Los términos y condiciones técnicos;
- Los lineamientos técnicos;
- Las condiciones económicas relativas a los términos fiscales de los contratos, así como aquéllas que deberán observarse en el proceso de licitación, que establezca la Secretaría de Hacienda conforme a la normatividad aplicable, y
- La opinión que emita la Comisión Federal de Competencia Económica respecto a los criterios de precalificación⁹ y el mecanismo de adjudicación.

⁸ En términos de la Ley de Hidrocarburos, el área contractual es la superficie y profundidad determinadas por la Secretaría de Energía, así como las formaciones geológicas contenidas en la proyección vertical en dicha superficie para dicha profundidad, en las que se realiza la exploración y extracción de hidrocarburos a través de la celebración de contratos.

⁹ El artículo 18 de las Disposiciones administrativas en materia de licitaciones de contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos, los define como aquellos elementos para acreditar la experiencia, capacidad técnica, financiera,

Asimismo, la normatividad en la materia establece el procedimiento a seguir para la obtención de dichos insumos, como se muestra en el gráfico siguiente:

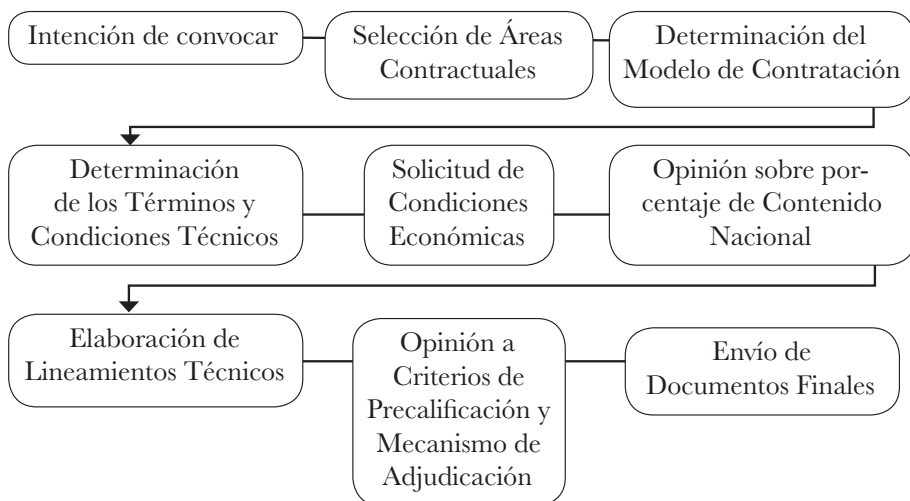


Figura. Actos previos a la licitación.

Procedimiento que a continuación se describirá:

Primeramente, conviene señalar que es un procedimiento conducido por la Secretaría de Energía, bajo la lógica de que los primeros actos son condiciones *sine qua non* de los subsecuentes, esto es, que la realización de los primeros actos condiciona la existencia de los siguientes:

- El primer acto consiste en notificar la intención de convocar a una licitación, tanto a la Secretaría de Hacienda como a la Comisión. Lo anterior, al ser ésta última la autoridad convocante y la responsable de llevar a cabo el procedimiento de licitación en tanto que la primera dependencia es la autoridad encargada de establecer las

jurídica y operativa establecidos por la Secretaría de Energía en los Lineamientos Técnicos que emita para cada proceso de licitación.

condiciones económicas que formarán parte integral de los contratos.

- La selección de las áreas contractuales que serán objeto de una licitación constituye unas de las más importantes decisiones que debe tomar la Secretaría de Energía, puesto que es el primer elemento a considerar por el sector para definir su participación en un determinado proceso licitatorio.

Como podrá apreciarse, de los nueve procesos licitatorios a la fecha desarrollados por la Comisión, el mayor éxito se ha presentado en aquellas licitaciones cuyas áreas contractuales cuentan con el mayor número de recursos prospectivos, es decir, con el mayor volumen de hidrocarburos estimado, a una cierta fecha, de acumulaciones que si bien aun no se descubren, se infieren y se estiman como potencialmente recuperables.

De ahí la necesidad de contar con la asistencia técnica de la Comisión, para la selección de las áreas contractuales, al ser dicho órgano el facultado por ley para el acopio, resguardo, uso, administración y actualización de la información que se obtenga o haya obtenido de actividades tales como la exploración y extracción de hidrocarburos.

Además de contar con la asistencia técnica referida, la Secretaría habrá de sujetarse a lo previsto en el Plan Quinquenal, que constituye el documento indicativo en el que se establece la propuesta de las áreas contractuales a licitar así como sus características generales, en un periodo de cinco años.¹⁰

¹⁰ El Plan Quinquenal puede ser consultado en el siguiente vínculo electrónico: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/41843/Plan_Quinquenal.pdf> [04-07-2018]. Por disposición legal, la ejecución de dicho Plan debe ser evaluada anualmente, para en su caso realizar las adiciones o modificaciones que se requieran, como la valoración de las áreas contractuales propuestas por la industria, sobre las cuales exista interés.

- La modalidad de contratación alude a los diversos tipos de contratos que pueden celebrarse para la exploración y extracción de hidrocarburos, que para el caso de México son los siguientes: de servicios, de utilidad o producción compartida, y de licencia.¹¹

Al igual que la selección de las áreas contractuales, esta decisión implica un análisis a fondo de las ventajas y desventajas que puede representar para el Estado la elección de uno u otro tipo de modalidad, ya que involucra beneficios y costos tanto para el Estado como para el contratista.¹²

Por citar un ejemplo, si bien la modalidad de licencia representa para el Estado el menor riesgo en el desarrollo del proyecto, ya que éstos son asumidos por el contratista; sí puede implicarle desventajas, principalmente de carácter comercial, mismas que van directamente relacionadas con la información disponible de las áreas contractuales y la maximización de los recursos, entre menos información exista, mayor incertidumbre respecto a los resultados esperados del proyecto.¹³

Por otra parte, de acuerdo con el procedimiento descrito, la Secretaría debe contar con la opinión tanto de la Comisión como de la Secretaría de Hacienda, mismas que si bien no son vinculantes para efectos de la determinación que adopte dicha dependencia constituyen un requisito exigido por la ley de la materia.¹⁴

¹¹ El artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos establece de manera expresa estas cuatro modalidades de contratación.

¹² *Contratos Petroleros. Cómo leerlos y entenderlos*. OpenOil, traducción al español 2013.

¹³ Radon, Jenik, *The ABCs of Petroleum Contracts: License-Concession Agreements, Joint Ventures, and Production-sharing Agreements*, New York, Covering Oil, p. 65.

¹⁴ Si bien dichas opiniones no son vinculantes, en el caso de la Cuarta Convocatoria de la Ronda Uno, la Secretaría de Energía modificó su determinación respecto al modelo de contratación, ello en atención a elementos tales como la opinión emitida por la Comisión Nacional de Hidrocarburos, en el sentido de que

- Definido el modelo de contratación, procede la determinación de los términos y condiciones técnicos, para lo cual solicitará de manera simultánea a la Secretaría de Hacienda el establecimiento de las condiciones económicas relativas a los términos fiscales, las cuales constituirán parte integral del contrato.
- La determinación de la modalidad de contratación incidirá directamente en el contenido del contrato, puesto que los riesgos asumidos por cada parte, propios de la naturaleza de cada modalidad habrán de verse reflejados en las obligaciones contractuales y los mecanismos diseñados para garantizar su cumplimiento.
- Asimismo, deberá solicitar a la Secretaría de Economía su opinión sobre el porcentaje mínimo de contenido nacional que se establecerá en los contratos. Lo anterior a fin de que la meta propuesta se vea reflejada en los bienes y servicios contratados, la mano de obra nacional y de trabajo calificada, la capacitación de la mano de obra nacional, la inversión en infraestructura física local y regional y la transferencia de tecnología.
- Una vez recibidas las condiciones económicas, la Secretaría elaborará los lineamientos técnicos que se observarán en el proceso de licitación. Cabe señalar que dichos lineamientos forman parte de las bases de licitación, mismas que podrán ser consultadas en la página de Rondas México.
- Asimismo, solicitará a la Comisión Federal de Competencia Económica su opinión respecto a los criterios de precalificación y el mecanismo de adjudicación propuestos, para determinar si se apegan a las mejores prácticas de la

resultaba una mejor opción el modelo de licencia que el de producción compartida propuesto.

industria y a los principios generales en materia de libre concurrencia y competencia económica.¹⁵

- Concluido lo anterior, la Secretaría remitirá a la Comisión los documentos finales para la publicación de la convocatoria correspondiente.

2. PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

Como se mencionó, la licitación es el procedimiento mediante el cual, el Estado mexicano a través de la Comisión, adjudica contratos. Los actos que componen dicho procedimiento son los siguientes: 1) publicación de la convocatoria; 2) publicación de las bases de licitación¹⁶; 3) acceso a la información del cuarto de datos¹⁷; 4) aclaraciones a las bases de licitación; 5) precalificación; 5) en su caso, visitas al área contractual; 6) presentación y apertura de propuestas; 7) adjudicación y fallo y, 8) suscripción del contrato. A continuación, se describe de manera sucinta dicho procedimiento:

- Como se señaló, la publicación de la convocatoria y las bases se realiza en un solo acto. La versión íntegra de las bases de licitación se publica en la página de Rondas México.
- El acceso a la información del cuarto de datos constituye una etapa que deben acreditar los interesados en participar

¹⁵ Esta opinión tampoco es vinculante para la Secretaría de Energía; no obstante, en caso de que dicha Comisión realice observaciones a los documentos objeto de la opinión, éstas son analizadas por dicha dependencia y la Secretaría de Hacienda, notificándole la opinión que en conjunto estimen procedente.

¹⁶ En términos del artículo 2 fracción I de las Disposiciones Administrativas, es el documento en el cual se pone a disposición de los interesados, los requisitos y formalidades que deben cubrir para participar en un determinado concurso público de libre participación contemplado en la ley.

¹⁷ En términos de las bases de licitación, es un repositorio de información usado para el almacenamiento y distribución de información relacionada con las áreas contractuales objeto de una licitación.

en una licitación para efectos de continuar en el procedimiento. Para el acceso resulta indispensable adquirir una licencia de uso que tiene un costo, previsto en las bases.

Entre la publicación de la convocatoria y el cierre del periodo al cuarto de datos se establece un plazo para que los interesados y licitantes puedan verificar la información de las áreas contractuales.

- Una vez acreditada la etapa de acceso a la información del cuarto de datos, los interesados en la licitación deben solicitar su inscripción a la Comisión junto con el pago del aprovechamiento correspondiente.
- La etapa de aclaraciones, cuya conformación dependerá de cada licitación, suele comprender tres periodos: El primero, para solicitar aclaraciones a las bases y el cuarto de datos; el segundo, respecto a los criterios de precalificación y conformación de licitantes y, el tercero relacionado con el contrato, la apertura de propuestas y el fallo.
- Junto con el cierre de la etapa de aclaraciones, el calendario de las bases generalmente prevé la publicación de la versión final de las bases y el contrato, lo que implica que dichos documentos ya no podrán ser objeto de modificaciones.¹⁸
- La etapa de precalificación incluye la recepción de documentos de las empresas, la revisión documental y en su caso, la elaboración de prevenciones o bien, la solicitud de información adicional a los interesados. El calendario de

¹⁸ En las bases de licitación se prevé la posibilidad de que la convocante pueda modificarlas, mismas que deberán ser publicadas en el Diario Oficial de la Federación y en la página oficial. Estas modificaciones pueden ser resultado de la etapa de aclaraciones. Una vez concluido el periodo para inscribirse a la licitación, no se podrán llevar a cabo modificaciones sustanciales a las bases, sus anexos y formatos, así como al contrato. Las modificaciones sustanciales son aquellas que contribuyen a fortalecer los principios legales que regulan la licitación.

las bases prevé una semana para que la autoridad elabore informes con los resultados de la precalificación.

- Una vez publicada la lista de empresas precalificadas, se otorga una semana a los licitantes para agruparse y presentar la información para la conformación de licitantes. Esta etapa se realiza en dos semanas, la primera para la recepción de documentos y la segunda, para la revisión de los mismos.
- Finalmente, entre la publicación de los resultados de conformación de licitantes y el acto de apertura de propuestas se establece un plazo el cual permite a las empresas gestionar las garantías.¹⁹

Tal como puede apreciarse, son diversos los actos que deben llevarse a cabo para que pueda dar inicio una licitación, lo cual involucra a diversas autoridades así como actos de distinta naturaleza. Lo anterior, será relevante para determinar la procedencia del amparo, de ahí que el análisis a realizarse sea casuístico.

III. PROCEDENCIA DEL AMPARO

Una vez identificadas las diversas actuaciones para la adjudicación de los contratos, corresponde entrar al estudio de la procedencia del amparo, el cual partirá de lo dispuesto en la ley de la materia (hidrocarburos) así como de la ley aplicable a este medio de impugnación.

A manera de introducción, se señalarán algunas características del juicio de amparo. Así, en primer lugar se apunta que este juicio es, como lo señala Ferrer-Mac Gregor “un mecanismo de protección

¹⁹ Se alude a la garantía de seriedad consistente en una carta de crédito otorgada por el licitante a favor de la Comisión para garantizar su propuesta y, en caso de resultar licitante ganador, garantizar la firma del contrato que le sea adjudicado, en los términos establecidos en las bases de licitación.

específica para salvaguardar los derechos fundamentales dentro de los sistemas de control de la constitucionalidad de leyes.”²⁰

El amparo constituye un medio de defensa con que cuenta el gobernado para hacer valer y dar efectividad, consecuentemente, a los derechos que la constitución y los tratados internacionales le reconocen.

Si bien, la ley que regula el juicio de amparo ha sido objeto de diversas modificaciones, importante mención merecen la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 6 de junio de 2011 y la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial, el 2 de abril de 2013. En la primera de ellas, se introduce la procedencia del amparo por violaciones a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte así como por omisiones en que incurran las autoridades.

Asimismo, dicha reforma introduce los principios *pro persona* y el de interpretación conforme²¹, como ejes rectores para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, el primero de ellos concebido como un *elemento definitorio de la interpretación* conforme, consistente en la aplicación de la norma sobre derechos humanos que sea más protectora para la persona o aquella que se aplicará de manera preferente ante derechos que se encuentren en conflicto. El segundo consiste en interpretar las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con la Constitución, esto es, determinar el contenido de dichas normas.²²

²⁰ Ferrer-Mac Gregor Poisot, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons-IJ, 2017, 2ª reimp., p. 303.

²¹ Como resultado de un criterio recientemente adoptado por el Poder Judicial de la Federación, se desprende que además de ser considerado un principio, también es concebido como un método hermenéutico, así como una técnica de interpretación. Tesis: I.1o.A.E.78 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Julio de 2018, p. 1503.

²² Caballero Ochoa, José Luis, *La cláusula de interpretación conforme y el principio por persona (Artículo 1º segundo párrafo de la Constitución)*, Ciudad de México, IJ, 2011, p. 169.

La segunda incorpora nuevas figuras al texto de la ley, tales como el amparo adhesivo y los intereses legítimo, individual o colectivo.²³

Si bien las reformas aludidas modificaron sustancialmente el juicio de amparo, los principios procesales que lo rigen se conservan en esencia, siendo los siguientes:

- Prosecución judicial. El amparo es un proceso jurisdiccional, en consecuencia, está sujeto a las formas y principios que rigen todo juicio tales como la del debido proceso.
- Instancia de parte agraviada. El juicio de amparo sólo puede iniciar cuando se ejercita la acción por la parte que resintió el agravio quien deberá demostrar tener un interés jurídico o legítimo. Lo anterior, implica que el amparo no puede iniciar de oficio, por lo que el quejoso deberá acudir ante los tribunales a hacer valer su derecho. Dicho principio también se proyecta a todas las etapas que componen el juicio, pues tal como se desprende de la Ley, cada una de las etapas que lo componen deben ser instadas por la parte quejosa.

Este principio también presupone la existencia de un agravio personal. Previo a la reforma del 6 de junio de 2011, para la procedencia del amparo se exigía la existencia de una afectación al interés jurídico; sin embargo, con la entrada en vigor de dicha reforma se reconoce de manera expresa el interés legítimo, que como se verá con posterioridad, para acreditarlo no resulta necesario demostrar la existencia de una afectación real y presente a la esfera jurídica de los derechos del tutelado.²⁴

²³ Toda la información sobre las reformas aludidas puede ser consultada en la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>> [10-agosto-2018]

²⁴ Si bien a nivel jurisprudencial ya se reconocía la existencia del interés legítimo, con la entrada en vigor de la reforma señalada, se reconoce su procedencia en el texto de la ley.

- Relatividad de las sentencias. Conocido también como “Fórmula Otero”, este principio implica que la sentencia de amparo sólo tiene efectos respecto de la persona que promovió el juicio de garantías. No obstante, con la entrada en vigor de la reforma multicitada se incorpora la declaratoria general de inconstitucionalidad, lo que implica que si mediante jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declara, de manera firme, la inconstitucionalidad de una norma general y en el plazo que la ley otorga no se subsana la irregularidad por el órgano que la expidió, la corte emitirá la declaratoria referida cuyo efecto será anular la norma en cuestión.

La anterior constituye una excepción al principio general consistente en que los efectos benéficos de la sentencia de amparo sólo pueden ser resentidos por el actor.

- Definitividad. Este principio presupone que quien promovió el amparo agotó, previamente, los recursos y medios de defensa ordinarios que podrían modificar o revocar el acto reclamado, los cuales son previstos por las disposiciones que regulan el acto objeto de impugnación. Lo anterior, en razón de la naturaleza del juicio de amparo, que no constituye una instancia más dentro de los procesos ordinarios sino una de carácter excepcional. No obstante, Ferrer Mac-Gregor²⁵ señala algunas excepciones a dicho principio, a saber:
- Normas generales.
- Violaciones directas a la Constitución.

²⁵ Ferrer-Mac Gregor Poisot, Eduardo, *El nuevo juicio de amparo y el proceso penal acusatorio*, México, UNAM-IIJ, 2013, 1ª Edición, pp. 23 y ss.

- Actos administrativos que por el medio de defensa ordinario no puedan suspenderse con iguales o mayores alcances y facilidad que en el amparo.
- Terceros extraños al juicio o las partes asimilables a ellos.
- Los casos de extrema gravedad, entre ellos la desaparición forzada de personas, que prevé el artículo 15 de la Ley.
- Estricto derecho y suplencia de la queja. Este principio rige la actuación del juzgador más que el juicio de amparo en sí, ya que supone una técnica que lo obliga a ceñirse expresamente a los conceptos de violación o agravios planteados por el quejoso. Por tanto, la suplencia se la queja sólo operará en aquellos casos previstos en la Ley.²⁶
- Mayor beneficio. El juzgador habrá de interpretar y aplicar la ley en el sentido que otorgue el mayor beneficio jurídico al quejoso.

Finalmente, resta decir que la Ley prevé dos tipos de amparo: directo e indirecto. El primero también llamado *uniinstancial*, el cual procede contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin a un juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, cuando la violación se cometa en ellas o durante el procedimiento, y en este último caso, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.

El amparo indirecto, también llamado *biinstancial* procede contra normas generales, actos administrativos, actos judiciales (fuera, durante o después de concluido), actos que afecten a terceros extraños, omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos así como respecto de las resoluciones que emita, inhibitoria o declinatoria y, normas generales, actos u omisiones de la Comi-

²⁶ Salgado Ledesma, Eréndira, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, Ciudad de México, Porrúa, 2011, p. 82.

sión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Una vez expuesto lo anterior, procederemos a analizar la procedencia del amparo respecto de los actos realizados de manera previa y durante el procedimiento de licitación. En tal sentido, conviene señalar que por disposición expresa de la Ley de Hidrocarburos, el amparo indirecto resulta procedente con relación a ciertos actos, para lo cual será útil la distinción realizada en el apartado anterior.

En efecto, dicha Ley establece de manera expresa que contra las resoluciones mediante las cuales se asigne al ganador o se declare desierto el proceso de licitación de contratos únicamente procederá el juicio de amparo indirecto²⁷.

Al respecto, se advierte que el fallo es el acto que emite la autoridad responsable de conducir el procedimiento de licitación –*Comisión Nacional de Hidrocarburos*– el cual contiene los resultados de éste, esto es, las propuestas que fueron desechadas, el o los nombres de los licitantes ganadores así como el plazo para la suscripción del contrato. En consecuencia, el fallo constituye el acto al que alude la ley en cita respecto del cual procede el amparo indirecto, puesto que constituye la resolución definitiva.

Lo anterior, también es retomado por la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, la cual establece expresamente que cuando se trate de resoluciones de los Órganos Reguladores, carácter que tiene la Comisión referida, emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio, sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento.

Ahora bien, de los criterios jurisprudenciales emitidos por nuestro máximo tribunal se desprende que la licitación pública constituye un procedimiento seguido en forma de juicio.²⁸ De ahí que, la

²⁷ Así lo dispone de manera expresa el artículo 25 de la Ley de Hidrocarburos.

²⁸ Tesis: 2a./J. 115/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Septiembre de 2015, p. 473.

licitación pública es el procedimiento al cual alude esta ley, respecto de la que sólo podrá impugnarse el fallo que pone fin a dicho procedimiento, estableciendo la posibilidad de hacer valer violaciones cometidas durante dicho procedimiento.

Como se advierte, la legislación en la materia identifica el acto contra el cual procede el amparo indirecto, así como la improcedencia de dicho juicio y la de cualquier otro recurso ordinario cuando se promueva o interponga contra los actos intraprocesales²⁹ realizados durante dicho procedimiento.

Lo anterior, está expresamente previsto en el artículo 27 de la Ley de Órganos Reguladores citada, que establece la improcedencia de cualquier recurso ordinario o constitucional contra los actos intraprocesales.

Resulta importante detenerse en este punto a fin de identificar los actos intraprocesales a los que alude la disposición en cita. Por exclusión, a primera vista los actos previos a la licitación no pueden tener tal carácter ya que la ley alude a aquellos que se desarrollan durante el procedimiento de licitación, como se analizará a continuación:

1. ACTOS PREVIOS AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

Dichos actos ya fueron analizados con anterioridad, por lo que basta decir que al ser actuaciones previas al inicio de la licitación, no pueden constituir aquellos a los que la ley alude como actos intraprocesales al no desarrollarse dentro del procedimiento de licitación.

²⁹ Al respecto, del artículo 107 fracción II inciso b) de la Ley de Amparo así como de la jurisprudencia emitida por nuestro máximo tribunal se desprende la procedencia del juicio de amparo contra actos intraprocesales, cuando el acto reclamado en cuestión implique dejar en estado de indefensión al quejoso, situación que no puede diferirse hasta el dictado de la resolución final: Tesis: PC.XXXIII. CRT J/12 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, Febrero de 2018, p. 892.

Por tanto, el amparo resulta improcedente con relación a cualquier acción llevada a cabo por la Secretaría o las autoridades que colaboren con ésta, para solicitar la publicación de la convocatoria, bajo la lógica de que dichos actos no generan afectación alguna a los interesados en participar en una determinada licitación, ya que no inciden en su esfera jurídica, esto es, en sus derechos tutelados por la ley.

En efecto, como se advirtió, los documentos finales que dicha autoridad remite a la Comisión para la publicación de la convocatoria son del conocimiento del interesado en participar en una licitación desde la referida publicación, por lo que en caso de inscribirse a la licitación, se actualizaría el supuesto de improcedencia consistente en el consentimiento tácito con relación a cualquier tipo de error o violación en dichos actos o en aquellos realizados para su obtención.³⁰

Resulta necesario detenerse en este punto para analizar uno de los actos que la Secretaría, en ejercicio de sus atribuciones emite y que constituye parte de los documentos finales a los que se ha hecho referencia: los criterios de precalificación.

Como se mencionó, los criterios de precalificación son los elementos técnicos, financieros, de ejecución y de experiencia que los interesados en participar en una licitación deberán acreditar en la etapa correspondiente. Ello, con la finalidad de poder pasar a la siguiente etapa correspondiente a la adjudicación de contratos.

Los criterios de precalificación se establecen en función de las características propias de las áreas contractuales que habrán de licitarse. Lo anterior, con la finalidad de que quienes los acrediten sean sólo aquellos participantes que cuenten con las capacidades suficientes para asumir un proyecto con los riesgos y costos que conlleva y con ello, brindar certeza del cumplimiento de las obligaciones previstas en los contratos.

³⁰ Se entiende así ya que la inscripción a la licitación es la forma en que el interesado externó su consentimiento respecto de dichas actuaciones cuyo resultado se ve traducido en lo publicado. Refuerza lo anterior el siguiente criterio: Tesis: 1a./J. 34/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t XXVIII, Julio de 2008, p. 48.

Al respecto, puede darse el caso en el que algún participante en una determinada licitación manifieste que los criterios de precalificación establecidos son excesivos o de imposible acreditación. A primera vista, dicha situación podría constituir una violación susceptible de ser invocada vía amparo, ya que los participantes que no acrediten dichos elementos en la etapa correspondiente, no podrán continuar en el procedimiento de licitación y, en consecuencia, no serán ganadores del o las áreas contractuales por las que participaron, situación que trascenderá al resultado del fallo.

Los criterios aludidos son establecidos por dicha Secretaría previo a la licitación; no obstante, se hacen del conocimiento del público en general, mediante la publicación de la convocatoria y las bases de licitación, documento éste último que contiene dichos criterios. La etapa de precalificación se desarrolla durante la licitación y no antes, y es justo en ésta en la que se da el primer acto de aplicación de dichos criterios a los interesados, por lo que será hasta ese momento que la autoridad determinará a los sujetos que cumplieron con los mismos. De ahí la insistencia en que para efectos del amparo, las violaciones intraprocesales son aquellas realizadas a partir del inicio y hasta la conclusión de una licitación, no antes.

En consecuencia, los actos de autoridad llevados a cabo durante esta etapa no son impugnables vía amparo indirecto.

2. ACTOS DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

De manera previa, se analizaron cada una de los actos que conforman el procedimiento de licitación, el cual inicia con la publicación de la convocatoria y las bases correspondientes y finaliza con la suscripción de el o los contratos adjudicados.

Por tanto, es posible afirmar que dichos actos son a los que la ley califica como intraprocesales porque se desarrollan dentro de una licitación.

Una vez señalado lo anterior, es indispensable entender la lógica bajo la cual resulta improcedente el amparo respecto de cada uno de dichos actos en lo individual, de tal suerte que las violaciones en que pudo haber incurrido la autoridad durante su desarrollo sólo podrán invocarse al controvertir el fallo, demostrando que dicha violación fue de tal trascendencia que afectó el resultado del mismo.

Así, se tiene que entre los objetivos de la reforma energética destacan el atraer mayor inversión al sector energético mexicano para impulsar su desarrollo así como el contar con un mayor abasto de energéticos a mejores precios. Para su realización, una de las acciones claves son las licitaciones para adjudicar contratos. Como se mencionó, para que este procedimiento sea un éxito resulta indispensable que el Estado, a través de la Secretaría de Energía lleve a cabo una adecuada selección de las áreas contractuales a licitar, lo que implica que cuenten con el potencial y características tales que incentiven el interés de los inversionistas, así como elegir el modelo de contratación que genere los mayores beneficios al Estado y a los futuros contratistas, que debe verse reflejado en la reducción de las cargas administrativas y trámites engorrosos.

A la par, el Estado debe contar con un procedimiento de licitación ágil y expedito, sin que ello se traduzca en flexibilizar dicho procedimiento a niveles de corrupción, lo cual permitirá una mayor participación de la industria. Lo anterior, también se traduce en un procedimiento que marche sin interrupciones generadas por la promoción de tantos amparos como etapas tenga el mismo, que implique el suspenderlo en repetidas ocasiones.

Por ello, de actualizarse una posible violación durante el desarrollo³¹ de la licitación, ésta sólo podrá impugnarse hasta que se emita el fallo correspondiente, demostrando que dicha violación trascendió al resultado de éste.

³¹ Al respecto, resulta importante destacar que en la exposición de motivos de la Ley de Hidrocarburos no se establece explicación alguna con relación a la procedencia del amparo.

Lo anterior, permite entender la razón por la cual la Ley de Hidrocarburos realiza la distinción entre aquellos actos intraprocesales y el fallo, y la fase del procedimiento de licitación en la que podrá interponerse el amparo indirecto.

Ahora bien, es de resaltar que todo el procedimiento de licitación está caracterizado por la transparencia en su ejecución, puesto que a través de la página oficial Rondas México, los interesados en participar en una licitación y el público en general, pueden dar seguimiento a cada una de las etapas que lo conforman y de esa manera conocer la convocatoria, las bases de licitación, los contratos, identificar las fechas para la realización de las diversas actividades previstas así como las modificaciones sustanciales a estos documentos.³²

Lo anterior, constituye un elemento fundamental que aminora los riesgos de que la Comisión, responsable de conducir el procedimiento de licitación, incurra en violaciones durante el mismo, puesto que su actuar puede ser vigilado mediante el mecanismo referido.

Ahora bien, durante la licitación existe una etapa en la que los interesados³³ o licitantes³⁴ pueden formular preguntas o aclaraciones con relación a aspectos particulares del procedimiento: acceso

³² Al respecto, son dignos de reconocer los esfuerzos de la Comisión por mejorar la transparencia de su actuar con relación a la administración de los contratos petroleros. De tal suerte que en fechas recientes, dicho órgano publicó en su página oficial los resultados del estudio realizado por el Natural Resource Governance Institute (NRGI) respecto a las mejores prácticas internacionales para la transparencia en la administración de contratos, en el que realiza una serie de recomendaciones a fin de mejorar la transparencia en la información publicada en el sitio Rondas México. Los resultados referidos podrán ser consultados en el siguiente vínculo electrónico: <<https://www.gob.mx/cnh/documentos/relacion-con-ong-s?idiom=es>>, [15-agosto-18].

³³ Compañía que tiene interés en participar en la licitación conforme a lo establecido en las Bases.

³⁴ La persona moral que precalificó para participar en la licitación y que posteriormente obtiene la autorización para convertirse en Licitante y poder presentar una propuesta conforme a los requisitos establecidos en las bases.

al cuarto de datos e inscripción a la licitación, precalificación y conformación de licitantes y, presentación y apertura de propuestas, adjudicación, fallo y contrato.

Respecto al acceso al cuarto de datos e inscripción, las preguntas o aclaraciones podrán versar sobre el procedimiento para realizar el pago y los requisitos para acceder a la información. Si bien los interesados o licitantes pueden formular preguntas relacionadas con temas distintos a los señalados, la autoridad no estará obligada a responderlas.

En cuanto a la precalificación y conformación de licitantes, las preguntas o aclaraciones sólo podrán versar sobre los elementos previstos por la autoridad para precalificar así como la integración o formas de participación que se pretendan.

Finalmente, por lo que hace a la presentación y apertura de propuestas, adjudicación, fallo y contrato, las preguntas o aclaraciones sólo podrán versar sobre los aspectos particulares de cada uno de estos puntos, mismas que podrán consistir sobre fechas para su realización, lugar, forma, así como sobre el contenido de los contratos.

Si derivado de la pregunta o aclaración formulada, la autoridad convocante y en su caso, la responsable del diseño de los contratos determinan la necesidad de realizar algún cambio, lo conducente será la modificación del documento en cuestión: contrato o bases de licitación, la cual será publicada en el sitio oficial referido.

Para determinar la procedencia de las modificaciones referidas, la autoridad competente, la Comisión o la Secretaría, habrán de considerar varios elementos: Que sea acorde con la normatividad aplicable, que resulte en beneficio del Estado, en términos de producción y garantía de abasto de hidrocarburos, su viabilidad dadas las características de las áreas a licitar y el objeto del contrato (si éste es para la exploración y extracción o sólo para ésta última actividad) así como la modalidad de contratación, puesto que el contenido del contrato varía en función de las características propias de cada una

de las modalidades de contratación, así como otros criterios propios del cambio en cuestión.

La publicación de las modificaciones referidas tiene por objeto que los interesados y licitantes las conozcan, ya que éstas formarán parte del documento objeto de dicha modificación —*bases o contratos*—, por lo que será responsabilidad de los participantes conocer, revisar, analizar y considerar dicha información para efecto del desarrollo de la licitación.

Prever el desarrollo de esta etapa, incentiva la participación de los posibles interesados y permite evitar impugnaciones como resultado de violaciones que dejen en estado de indefensión al quejoso, puesto que las inquietudes de los participantes son escuchadas, analizadas y contestadas por la autoridad, siempre en estricto apego al principio de legalidad que rige su actuar.

Ahora bien, de los procesos licitatorios a la fecha desarrollados, se desprende que el acceso al cuarto de datos constituye una de las etapas que más dudas generan a los interesados y licitantes³⁵, puesto que implica realizar un pago para acceder a la información de las áreas contractuales a licitar, la cual es resguardada por la Comisión en ejercicio de la atribución conferida por ley, ya comentada con anterioridad.

Entre las principales dudas generadas destacan las relacionadas con el procedimiento a seguir para llevar a cabo el pago referido así como el trámite a realizar para obtener una licencia y el tipo de información disponible, requisitos indispensables para estar en aptitud de solicitar el acceso a la información en resguardo de la Comisión.

Todas estas dudas y demás preguntas que surjan en torno a esta y cualquier otra etapa dentro del procedimiento de licitación pueden ser formuladas a la autoridad convocante, misma que dará la

³⁵ Esta información puede ser consultada en la página de Rondas México, en el apartado de *Aclaraciones* que se despliega por cada Ronda que se consulta.

atención correspondiente, en los plazos y términos señalados en las bases de cada uno de los procesos licitatorios.

Por otro lado, resulta importante señalar que las bases de cada una de las convocatorias a la fecha publicadas³⁶ establecen que al finalizar cada etapa de la licitación se levante un acta, misma que debe ser firmada por los integrantes del Comité Licitatorio³⁷ así como por los interesados y licitantes que en ellas intervengan, previendo que la falta de dicha firma no afectará la validez del acto en cuestión.

Lo anterior, es relevante puesto que la firma del acto implica un consentimiento expreso del mismo, ya que este acto se traduce en convalidar cualquier tipo de violación cometida, un elemento más que aminora las posibilidades de promover un amparo por violaciones intraprocesales.³⁸

Lo señalado refuerza lo ya dicho respecto a que las violaciones cometidas durante el desarrollo de los actos intraprocesales deben ser las menos, esto es, no cualquiera sino sólo aquellas de tal magnitud que trasciendan al resultado del fallo, podrán ser impugnadas.

Una vez aclarado lo anterior, y tomando en consideración que el amparo sólo resulta procedente contra el fallo, los actos intermedios a éste descritos con anterioridad, en los que existan posibles viola-

³⁶ Cada una de las convocatorias son publicadas en el sitio oficial denominado Rondas México: <rondasmexico.gob.mx>. Cabe señalar que a la fecha han concluido nueve procedimientos licitatorios. Si bien las Rondas 3.2 y 3.3 se encontraban aún en proceso, a solicitud de la Secretaría de Energía, la Comisión Nacional de Hidrocarburos determinó cancelarlas, al quedar sin materia.

³⁷ Es el grupo de servidores públicos de la Comisión responsables de coordinar y ejecutar la licitación, conforme a lo establecido en las bases.

³⁸ Dicha firma puede llegar a constituir el consentimiento expresado por escrito, que permite revelar de manera evidente que la persona está conforme con la decisión y consecuencias integrales que implican el acto de autoridad reclamado, elementos que se desprenden del siguiente criterio: Tesis: 2a./J. 8/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, Febrero de 2018, p. 626.

ciones, deberán aducirse al impugnar el fallo en cuestión, demostrando que éstas fueron tales que trascendieron al mismo.

Ahora bien, respecto a la suspensión del acto reclamado, Burgoa la define como “el acontecimiento (acto o hecho) o aquella situación que generan la paralización o cesación temporalmente limitadas de algo positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo, el desarrollo o las consecuencias de ese ‘algo’, a partir de dicha paralización o cesación; sin que se invalide lo anteriormente transcurrido o realizado”.³⁹

Como se advierte, la suspensión implica paralizar el acto reclamado con la finalidad de que éste deje de producir sus efectos, de tal suerte que la materia del amparo no se pierda al dejar de existir el acto objeto de reclamación, lo que significa mantener las cosas en el estado de guardaban al momento de que se decrete.

En términos de la Ley de Amparo, la suspensión procede siempre que lo solicite el quejoso y no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.

Al respecto, Ley de Hidrocarburos establece que los actos relacionados con el procedimiento de licitación y adjudicación de contratos se consideran de orden público e interés social.

Tal como se advierte, la suspensión de los actos relacionados con el procedimiento de licitación resulta improcedente, puesto que no se cumple con uno de los requisitos de procedibilidad previstos en la ley de la materia, pues de decretarse, se contravendrían disposiciones de orden público y se depararía un perjuicio al interés social.

De igual manera, la Ley que regula el funcionamiento de la Comisión, señala de manera expresa que las normas generales así como los actos u omisiones de los Órganos Reguladores no serán objeto de suspensión.⁴⁰ Solamente en los casos en que impongan

³⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Distrito Federal, Porrúa, 2006, 41ª Edición, p. 804.

⁴⁰ Véanse las siguientes Tesis: IV.2o.A.124 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, Junio de 2016, p. 2970; PC.IV.A. J/8

multas, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva.

Como se analizó, uno de los actos generales que la Comisión, en su carácter de Órgano Regulador puede emitir, es el fallo de la licitación, el cual como establece la disposición anteriormente citada no puede ser objeto de suspensión.

Lo anterior, se traduce en que la admisión del juicio de amparo indirecto no supone la suspensión del acto que se reclame, ya que el decretarla sería elemento suficiente para la procedencia del recurso contra el auto que la decreta.

En el caso del procedimiento de licitación, como se ha dicho, el amparo podrá promoverse contra el fallo que se emita, por lo que el único acto que podría ser suspendido es éste y no así aquellos que son efecto o consecuencia del mismo, tales como la suscripción del contrato o el cumplimiento de las obligaciones contractuales correspondientes.⁴¹

Son dos las razones, una propia de la naturaleza de la suspensión consistente en que, en principio, esta medida no puede tener efectos restitutorios y, la segunda, reside en que los actos referidos son de orden público e interés social, puesto que suscribir el contrato y el cumplimiento de las obligaciones previstas en él permitirá la obtención de ingresos para el Estado y así garantizar el abasto de los energéticos y que las inversiones del contratista no se vean mermadas por cuestiones ajenas al proyecto.

En consecuencia, tal como se ha expuesto, el amparo indirecto es el mecanismo de defensa que resulta procedente contra las violaciones que la autoridad responsable de conducir el procedimiento de licitación haya cometido, el cual deberá presentarse una vez

A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Abril de 2015, p. 1261; 2a./J. 22/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, Abril de 2003, p. 196.

⁴¹ Tesis: 2a./J. 88/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, ubicada en publicación semanal.

emitido el fallo, sea que las violaciones se hayan cometido en la emisión de dicho fallo o éste se encuentre viciado como resultado de las violaciones intraprocesales. Finalmente, quedó expuesto que el amparo no resulta procedente contra los actos realizados de manera previa al inicio del procedimiento de licitación.

IV. LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO

La Ley de Amparo establece los sujetos que pueden promover un juicio de amparo, a saber:

1. QUEJOSO

Entendido como el titular de un derecho subjetivo –*interés jurídico*– o de un interés legítimo individual o colectivo, en este último caso, siempre que exista una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su situación especial frente al orden jurídico.

Como se advierte, la nueva ley amplía el concepto de quejoso, puesto que reconoce que pueden instar dicho juicio aquellos que demuestren tener un interés jurídico o bien, quienes acrediten un interés legítimo.

Mientras que el interés jurídico implica la existencia de un derecho reconocido en una ley, ser titular de dicho derecho, es decir, la facultad de exigencia para su respeto y la obligación correlativa a esa facultad de exigencia⁴², el interés legítimo implica una afectación real y actual a la esfera jurídica de quien lo demanda, dada la situación especial que presenta frente al orden jurídico.⁴³

⁴² Cfr. Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Distrito Federal, UNAM-IIJ, 2016, 1º reimp., p. 44.

⁴³ Cfr. La Ley de Amparo en lenguaje llano, <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/201611/LibroLeydeamparoenlenguajellano_0.pdf>, [21-agosto-2018]

A mayor abundamiento, respecto al interés legítimo, se define como un agravio no personal ni directo, sino una situación excepcional⁴⁴ consistente en un interés personal, individual o colectivo, cualificado,⁴⁵ actual, real y jurídicamente relevante, que puede llegar a constituirse en un beneficio jurídico a favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio (económica, profesional, salud pública).⁴⁶

La diferencia entre el ‘interés jurídico’ y el ‘legítimo’ grosso modo es que el primero se refiere a agravios directos a la esfera de derechos y obligaciones personales del quejoso; en cambio, el ‘legítimo’ permite extender la esfera protectora del amparo a lesiones indirectas a la esfera jurídica y aun a situaciones grupales jurídicamente tuteladas, ocasionadas por la autoridad. Por eso es incorrecto denominar a este principio de legitimación activa como de ‘agravio personal y directo’, y proponemos denominarlo simplemente ‘agravio personal’. Desde luego, no sin considerar que ‘actos o resoluciones provenientes de tribunales’, como indica la fracción I del artículo 107 constitucional, quien desee promover amparo en su contra deberá estar respaldado por un interés jurídico[...]’⁴⁷

Para efectos del amparo, uno de los criterios recientemente adoptados por el Poder Judicial de la Federación alude a la finalidad del

⁴⁴ Como el caso de la desaparición de áreas verdes comunes, derivado de la autorización de una construcción en determinado predio, respecto del cual no se dio participación a los residentes. En este caso el gobernado acredita ser propietario de un lote ubicado en el lugar afectado y la afectación es a su derecho de audiencia previa.

⁴⁵ Significa la pertenencia a una categoría definida y limitada. Ejemplos: comerciantes, usuarios de un servicio, o grupo de vecinos.

⁴⁶ Tesis: 1a./J. 38/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, Agosto de 2016, p. 690.

⁴⁷ Ferrer Mac Gregor Poisot, Eduardo, *op. cit.*, p. 25. El autor señala que esta nueva legitimación ampliada en el juicio de amparo, si bien extiende la esfera protectora, no es al grado de hacerlo una acción popular que cualquiera pueda ejercer, razón por la que la legitimación activa requiere un agravio personal, lo que comprende tanto al interés jurídico como al legítimo.

reconocimiento de dicho interés, consistente en reconocer la facultad para impugnar la actuación o la omisión de una autoridad en orden a la afectación que ello le genera, al no acatar lo previsto por determinadas disposiciones jurídicas que le reportan una situación favorable o ventajosa.⁴⁸

Algunos elementos para reconocer el interés legítimo, son los siguientes:⁴⁹

- Titularidad del interés: Una persona o un grupo de personas.
- Poder de exigencia del titular: No puede exigirse una prestación para así sino sólo se puede exigir que la autoridad actúe conforme a la ley, porque la violación a ésta produce una afectación a su situación; su cumplimiento, un beneficio o una ventaja jurídica.
- Norma de la que surge: Se crea para salvaguardar intereses generales, el orden público o el interés social.
- Tipo de afectación que sufre el titular del interés: La afectación se produce de manera indirecta, lo que implica que no es una lesión a la persona sino a la comunidad, pero que impacta calificadamente a un grupo de personas que pertenecen a esa comunidad por la posición que guardan frente al acto ilícito.

Por tanto, para efectos del amparo, el quejoso podrá ser aquel que acredite un interés jurídico o legítimo, con la posibilidad de que éste último pueda ser individual o colectivo.

⁴⁸ Tesis: I.4o.A.3 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, Noviembre de 2012, p. 1908.

⁴⁹ Tesis: I.8o.A.4 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, Mayo de 2013, p. 1888.

2. LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

La legitimación para promover el juicio de amparo está directamente relacionada con el tipo de derechos que, en su caso, el procedimiento de licitación puede otorgar a los que participan.

Al respecto, la participación en un procedimiento licitatorio no puede implicar el derecho a la adjudicación de un contrato, de serlo, dicha licitación dejaría de observar uno de los principios que la rigen consistente en la competitividad, el cual implica que sólo aquél participante que demuestre tener las capacidades suficientes para hacer frente a un proyecto pueda ser el ganador y por ende, a quien se le adjudique un contrato.

Por tanto, como lo ha sostenido nuestro máximo tribunal, el derecho que deriva de una licitación es precisamente el poder participar en el mismo, velando porque la autoridad respete los principios rectores de dicha licitación.⁵⁰

Con relación al procedimiento de licitación para la adjudicación de contratos, como se mencionó con anterioridad, existen dos tipos de sujetos, el interesado y el licitante. El interesado tendrá tal carácter hasta el acto de inscripción a la licitación, momento en el cual se constituirá en licitante, esto es, en un participante en dicho procedimiento.

Lo anterior, es relevante puesto que el interesado que pretenda promover el juicio de amparo, alegando posibles violaciones durante el procedimiento de licitación estará en actitud de hacerlo en razón del interés legítimo que demuestre tener y no así de un interés jurídico, ya que al no participar en el procedimiento de licitación,

⁵⁰ Cfr. Tesis: 189052. 2ª, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, Agosto de 2001, p. 240.

no tiene como tal un derecho adquirido. Dicho criterio ha sido reconocido por nuestro máximo tribunal.⁵¹

En efecto, no tener el carácter de participante en la licitación implica el ubicarse en un supuesto distinto a quien sí participó, pues mientras éste último tuvo la posibilidad de ser ganador de uno o varios contratos, el interesado no tiene tal posibilidad por lo que tampoco puede hablarse de una violación a un derecho que no se configuró, razón por la que su interés recae en que el procedimiento licitatorio sea conducido con transparencia, en igualdad de condiciones, competitivo y sencillo.

Lo anterior, implica un interés legítimo pues se trata de una afectación real y actual, ya que la norma mandata que la licitación para adjudicar contratos se lleve a cabo observando una serie de requisitos que, al no haber sido cumplidos por la autoridad, constituyen el motivo suficiente para dejarlo en un estado de indefensión, sólo por citar un ejemplo.

Otra situación en la que puede actualizarse el interés legítimo es aquella en la que se acredite que dados los términos bajo los cuales fue diseñado un determinado contrato, se han generado mayores beneficios para el licitante ganador que para los intereses del Estado, hablando de producción, abasto de hidrocarburos así como de maximización de los ingresos de la Nación.

No obstante, el diseño de cada uno de los contratos está pensado para velar por los intereses del Estado, de tal forma que su adjudicación signifique la mejor oportunidad en cuanto a la continuidad en el desarrollo de las actividades de exploración y extracción así como en los resultados de las mismas.

Las últimas rondas han sido ejemplo de ello: altos ingresos que el Estado percibirá como resultado del número importante de áreas contractuales adjudicadas; el hecho de que a la fecha no se ha pre-

⁵¹ Tesis: I.4o.A.589 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, Julio de 2007, p. 2556.

sentado impugnación alguna contra los contratos ya suscritos ni instancia de solución de controversias accionada para resolver disputas en el marco de éstos.

Por tanto, el carácter de quejoso para efectos del presente artículo lo tiene tanto el interesado como el licitante que hubiese participado en dicho procedimiento y que el fallo le depare una afectación, esto es, que acrediten tener un interés jurídico o legítimo.

Toda vez que la situación especial del interesado ya fue analizada, a continuación se revisará la situación de quien a primera vista, puede alegar una posible afectación a su interés jurídico: El Licitante. Al respecto, se advierten dos posibles escenarios:

- a) Licitante ganador
- b) Licitante no ganador

A) LICITANTE GANADOR

El carácter de licitante ganador lo tiene quien fue declarado ganador de la licitación para una o más de las áreas contractuales según corresponda, en términos de las bases y la normatividad aplicable y que por ese hecho asume los derechos y obligaciones previstos en el contrato.

Al respecto, no se advierte la posible afectación que en su caso puede hacer valer dicho sujeto mediante amparo, puesto que al firmar el contrato consiente de manera expresa lo actuado durante el procedimiento, de tal modo que se actualiza una causal de improcedencia por actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento.

Atento a lo anterior, partiendo del supuesto de que el licitante al que le ha sido adjudicado un contrato, el cual ha iniciado los actos tendentes a cumplir con el mismo, ha manifestado de esa forma su voluntad de sujetarse a los términos de dicho contrato, no podría impugnar dicho instrumento, alegando violaciones previas

al inicio y durante el procedimiento de licitación correspondiente. Primeramente, porque podría hacerse valer la causal referida, al señalar que la firma del contrato y los actos realizados con posterioridad implican manifestaciones de su voluntad en el sentido de que ha consentido los actos reclamados. Segunda, porque el propio contrato prevé los mecanismos para resolver cualquier controversia surgida en el marco del mismo, por lo que el quejoso tendría que desahogarlos previamente, atendiendo al principio de definitividad que rige en el juicio de amparo.

Sirve a lo anterior lo previsto en la Ley que rige a los Órganos Reguladores⁵², la cual establece respecto a las decisiones fundadas y motivadas que sean aprobadas por éstos, la imposibilidad de alegar un daño o perjuicio en la esfera económica por aquéllos que realicen las actividades reguladas.

B) LICITANTE NO GANADOR

Con relación al licitante no ganador que impugne el fallo por violaciones cometidas en éste, o en los actos previos al mismo, la carga jurídica consistirá en demostrar su dicho, que las violaciones alegadas lo dejaron en estado de indefensión o que son de imposible reparación. No obstante, como se señaló, en caso de que dicho quejoso pretendiera suspender la ejecución de los actos posteriores a la emisión del fallo, ésta resultaría improcedente por disposición expresa de la ley.

Como se señaló, la autoridad convocante previsor de posibles impugnaciones, ha diseñado diversos mecanismos cuya finalidad es que los interesados y licitantes puedan manifestar todo tipo de inquietudes con relación a los diversos actos de la licitación *—etapas para formular dudas y aclaraciones—*, así como la realización de talleres para explicar y/o puntualizar los temas que se estimen pertinentes,

⁵² Artículo 27 *in fine* de la ley citada.

lo cual incidirá en el número de posibles quejosos y en las posibles violaciones que se hagan valer.

No debe perderse de vista lo comentado en el apartado anterior, en el sentido de que, al concluir cada una de las etapas del procedimiento de licitación, suele firmarse un acta, tanto por la autoridad como por los participantes, por lo que ello podría constituir una manifestación más del consentimiento de los actos realizados durante dicha licitación.

Lo anterior, permite sostener que el procedimiento de licitación ha sido fortalecido con los diversos mecanismos ya descritos, de tal manera que si bien, es inevitable una posible impugnación, dados los intereses que cada parte pueda tener en lo particular, su procedencia y el resultado exitoso del mismo son una cuestión totalmente distinta que no está garantizada.

V. CONCLUSIONES

El amparo es una herramienta jurídica, que permite a los gobernados defenderse de los actos de autoridad que violentan su esfera jurídica. Como se ha mencionado en el presente artículo, la licitación para la adjudicación de contratos, es un proceso que se integra por diversas etapas, en las que concurren actos de diversas autoridades.

Pero de acuerdo a lo señalado en el presente artículo, no todos los actos desplegados por las autoridades, pueden ser combatidos mediante la figura del amparo, como son los actos previos al inicio del procedimiento de licitación, esto bajo la lógica de que dichos actos no generan afectación alguna a los interesados en participar en una determinada licitación, ya que no inciden en su esfera jurídica, esto es, en sus derechos tutelados por la ley o en su caso resultan convalidados por el gobernador (interesado en participar en la licitación) al momento de la inscripción en la licitación.

Por lo que hace a los actos realizados durante el procedimiento de licitación, como se ha señalado, por ley sólo podrá impugnarse la

que ponga fin al mismo, por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento.

Así tememos que el amparo indirecto es el mecanismo jurisdiccional procedente únicamente contra la decisión final adoptada en el procedimiento de licitación para la adjudicación de contratos. No obstante, resulta improcedente respecto de los actos previos al inicio de dicho procedimiento y aquellos denominados intraprocesales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Distrito Federal, Porrúa, 2006, 41^o Edición.

CABALLERO OCHOA, José Luis, *La cláusula de interpretación conforme y el principio por persona (Artículo 1^a segundo párrafo de la Constitución)*, Distrito Federal, IIJ, 2011.

Contratos Petroleros. Cómo leerlos y entenderlos. OpenOil, traducción al español 2013.

FERRER-MAC GREGOR POISOT, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, Marcial Pons-IIJ, 2017.

———, Eduardo, *El nuevo juicio de amparo y el proceso penal acusatorio*, México, UNAM-IIJ, 2013.

RADON, Jenik, *The ABCs of Petroleum Contracts: License-Concession Agreements, Joint Ventures, and Production-sharing Agreements*, New York, Covering Oil.

SALGADO LEDESMA, Eréndira, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, Ciudad de México, Porrúa, 2011.

ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Distrito Federal, UNAM-IIJ, 2016, 1^o reimpresión.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Semanario Judicial de la Federación < <https://sjf.scjn.gob.mx> >

Rondas México <rondasmexico.gob.mx>

Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Ley de Amparo en lenguaje llano, <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/201611/LibroLeydeamparoen-lenguajellano_0.pdf>.

FEMINICIDIO EN EL SISTEMA PENAL BRASILEÑO

FEMICIDE IN THE BRAZILIAN PENAL SYSTEM

CRISTIANE BRANDÃO AUGUSTO¹

RESUMEN: Con un feminicidio a cada noventa minutos, Brasil es hoy el quinto país del mundo con las mayores tasas de muertes violentas de mujeres. Como un fenómeno de la estructura patriarcal de la sociedad, el feminicidio se expresa por la misoginia, por la opresión, por la dominación masculina, siendo la forma fatal entre las violencias de género. En ese sentido, este artículo pretende mapear sus concepciones, analizar la concreción legislativa brasileña con su tipificación, así como su recepción por el sistema jurídico y el modo por el cual se vienen asimilando (o no) los principios básicos de la promoción de igualdad en el Estado Democrático de Derecho, con la necesaria superación de la discriminación y de los estereotipos de género en el Poder Judicial. Aquí, el método empírico, base de la investigación de campo en los Tribunales del Jurado de Río de Janeiro, nos ayuda a dimensionar la realidad de instituciones sexistas poco comprometidas con la consolidación de una ciudadanía femenina plena y con los Derechos Humanos de las Mujeres.

PALABRAS CLAVE: *Feminicidio, Violencia de Género, Ley Maria da Penha, Sistema Penal, Poder Judicial, Brasil.*

ABSTRACT: With one femicide every ninety minutes, Brazil is, nowadays, the country with the fifth highest rate of violent women's deaths. As a phenomenon of the patriarchal structure of society, femicide is expressed through misogyny, oppression or male domination, and is the fatal type among gender violences. In this sense, this article aims to map its conceptions, to analyze the Brazilian criminal description, as well as its reception by the legal

¹ Pós-Doctoranda por el Centro de Investigaciones y Estudios de Género da Universidad Nacional Autónoma de México; Doctora por la Universidad del Estado de Río de Janeiro; Maestra por la Universidad de Coimbra; Docente del Posgrado del Núcleo de Políticas Públicas en Derechos Humanos y de la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil. <cris-tianebrandao@direito.ufjf.br>

system. Furthermore, the present text examines the way in which the basic principles of gender equality, in a Democratic State of Law, have (or have not) been assimilated by the Judicial Power, with the necessary overcoming of discrimination and gender stereotypes. Here, the empirical method, the basis of field research, helps us to dimension the reality of sexist institutions that are barely committed to the consolidation of a full female citizenship and the Human Rights of Women.

KEYWORDS: *Femicide, Gender Violence, Maria da Penha Law, Criminal System, Judiciary, Brazil.*

SUMARIO: I. Introducción; II. ¿Qué es el Femicidio?; III. La Construcción Político-Criminal del Femicidio en Brasil; IV. Realidades Femicidas en el Banco de los Reos; V. Consideraciones Finales; VI. Fuentes Bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con los datos estimados de la ONU Mujeres, de 2004 hasta 2009, 66 mil fueron muertas a cada año por el simple hecho de ser mujer. En Brasil, casi la mitad de estos asesinatos, entre 2000 y 2010, fueron ejecutados por (ex) parejas o parientes.²

Actualmente, con trece mujeres muertas por día, o una a cada noventa minutos, Brasil ocupa la alarmante quinta posición en la escala mundial de la violencia de género con víctimas mortales. Según el Mapa de la Violencia de 2015, entre 1980 y 2013, 106.093 sufrieron feminicidio. En 2013, 4762 mujeres fueron victimizadas, representando a 4,8 víctimas por cada 100.000.³

² GONÇALVES, Aparecida; GODINHO, Tatau. *Pesquisa sobre o estado da arte e produção de dados sobre o feminicídio no Brasil e elaboração de diretrizes para a atuação da SPM neste processo, aprimorando o marco legal em resposta aos assassinatos de mulheres em razão do gênero*. Disponible en: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/08/tor_femicidio.pdf>. Acceso en: 26 nov. 2017.

³ La tasa de 2013 creció el 111,1% en relación a la tasa de 1980. WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência: Homicídio de Mulheres no Brasil*. Disponible en:

Hablar de feminicidio es, por lo tanto, necesidad urgente. Hablar, debatir, estudiar, investigar, no sólo con el objetivo de seguir promoviendo visibilidad a esta realidad letal y de adoptar políticas públicas dirigidas a la prevención, sino también con la pretensión de modificar cuestiones relativas al Sistema Penal, como catalizador de las demandas por castigo.

Con el aporte de la teoría crítica feminista, comprendemos el feminicidio de manera contextualizada y profundizada. Por eso, en este trabajo inicialmente desarrollo las lecturas sobre la muerte violenta y dolosa de mujeres como fenómeno de la estructura patriarcal de la sociedad. En consecuencia, el foco recae sobre la respuesta (o falta de) estatal a las demandas del movimiento feminista en el plano legislativo, para, por fin, retratar la actuación del Poder Judicial brasileño en los casos de feminicidio. Aquí, el método empírico, base de la investigación de campo, nos ayuda a dimensionar la realidad del Derecho y de instituciones sexistas poco comprometidas con la consolidación de una ciudadanía femenina plena y con los Derechos Humanos de las Mujeres.

En este artículo se pretende mapear las concepciones sobre feminicidio, analizar la concreción legislativa brasileña con su tipificación, así como la recepción de esta circunstancia calificadora del homicidio por el sistema jurídico y el modo por el cual se vienen asimilando (o no) los principios básicos de la promoción de igualdad de género en el Estado Democrático de Derecho, con la superación de la discriminación y de los estereotipos en el Poder Judicial. Para ello, desmembramos la presente provocación en los dos procesos de criminalización, primaria y secundaria, o sea, lo de la construcción político-criminal del feminicidio y lo de las realidades feminicidas en el banco de los reos.

II. ¿QUÉ ES EL FEMINICIDIO?

Responder a la pregunta “qué es feminicidio” es una operación compleja, pues corresponde a: 1º adoptar una definición desde ciertos parámetros, sean sociológicos, filosóficos, antropológicos, jurídicos o multidisciplinarios; 2º exponer en el concepto determinadas concepciones políticas; 3º excluir, por consecuencia, otras miradas naturalizadas, que buscan la motivación del feminicidio en la patologización, en el uso de alcohol/drogas, en la impetuosidad viril, en la violenta emoción o en la defensa legítima de un honor ofendido.

Retomando un poco de la historia del término, Diana Russell lo consagró “femicidio” –o *femicide*, según lo formulado originalmente en inglés– al utilizarlo por la primera vez en el Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres de Bruselas en 1976. Posteriormente, en asociación con Jane Caputi, Russell completó la definición, indicando que el asesinato se da por hombres y motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres. Por fin, con Jill Radford, agregan el concepto de misoginia.⁴

En la originalidad de Lagarde,

el feminicidio es una ínfima parte visible de la violencia contra niñas y mujeres, sucede como culminación de una situación caracterizada por la violación reiterada y sistemática de los derechos humanos de las mujeres. Su común denominador es el género: niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y sólo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública o privada.⁵

⁴ RUSSELL, Diana. “Definición de feminicidio y conceptos relacionados” in *Feminicidio: una perspectiva global*, Org. Diana Russell, Ciudad de México: Russell y Harmes Ed., CEIICH/UNAM, 2006, pp.77-78.

⁵ LAGARDE, Marcela. *A qué llamamos feminicidio*. Disponible en: <https://xenero.webs.uvigo.es/.../marcela_lagarde/feminicidio.pdf>, p.1. Acceso en: 20 ene. 2018.

En su reflexión, Lagarde afirma que no debemos asociar el feminicidio sólo a los crímenes cometidos por asesinos contra mujeres y niñas, sino a una construcción social de crímenes de odio, apoyada en la impunidad y en la omisión estatal, que no garantiza la vida y seguridad de las mujeres en general. En ese sentido, el feminicidio es un crimen de Estado.⁶

En el término femi-geno-cidio, Rita Segato apunta la distinción entre feminicidios con motivaciones de orden personal o interpersonal y aquellos impersonales, “en las cuales los agresores son un colectivo organizado o, mejor dicho, son agresores porque forman parte de un colectivo o corporación y actúan mancomunadamente, y las víctimas también son víctimas porque pertenecen a un colectivo en el sentido de una categoría social, en este caso, de género.”⁷

Entre las feministas académicas brasileñas que estudian la violencia de género, destacamos Suely de Almeida y Heleieth Saffioti. La perspectiva de una “política deliberada y sin límites de explotación-dominación de mujeres, cuya expresión más cabal es el exterminio de las mismas”⁸ denota la noción indispensable del patriarcado.

Como expresión de la relación explotación-dominación, el patriarcado es

condición de la reproducción de relaciones antagónicas de género, pudiendo ser entendido no como una estructura rígida o exterior a la totalidad, sino como una de las dimensiones privilegiadas de un determinado campo de fuerzas, o de una determinada esfera de

⁶ LAGARDE, Marcela. “Presentación a la edición em español” in *Feminicidio: una perspectiva global*, Org. Diana Russell, Ciudad de México: Russell e Harmes Ed., CEIICH/UNAM, 2006, p. 12.

⁷ SEGATO, Rita L. Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200003. p. 5. Acceso en: 05 mayo 2018.

⁸ ALMEIDA, Suely Souza de. *Femicídio: algemas (in)visíveis do público-privado*, Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter Ltda, 1998, p. 23.

fuerzas, o de una determinada totalidad, que es permanentemente resignificado (a) por la intervención de sujetos históricos.⁹

La subordinación de la mujer se da, por lo tanto, en un sistema estructural y dinámico, circulante en los más diversos segmentos sociales, incrustada en el modo de producción capitalista y en las instituciones del Estado, tanto como en las relaciones domésticas y familiares, constituyendo un régimen político, económico, cultural y social.¹⁰ Su dinamicidad permite abarcar especificidades concernientes a la raza, etnia, clase social y otras categorías sociales.

Podemos percibir que aunque de las definiciones de feminicidio construidas por el pensamiento feminista no sean unánimes, presentan la categoría “patriarcado” como presupuesto de análisis. Inevitable incluso asociar las muertes de mujeres, por el hecho de ser mujer, a una estructura social en que la jerarquía de género sobrepone, centraliza y califica positivamente al masculino, autorizando el dominio sobre el territorio corporal del otro sexo, del segundo sexo, de la subalterna desechable. Los constructos sociales negativos de la femineidad refuerzan esta opresión.

Por cierto, debemos superar una noción estricta a una violencia privada. Ejemplificando con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará–, su artículo 1º señala que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.¹¹

⁹ *Idem, ibidem*, p. 162.

¹⁰ SAFFIOTI, Heleieth I.B. *Gênero, patriarcado, violência*, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

¹¹ CONVENÇÃO de Belém do Pará, Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acceso en: 15 dic. 2017.

En síntesis, es posible partir de una concepción amplia de feminicidio, en la que se incluyen no sólo las muertes intencionales, sino también aquellas derivadas de la discriminación estructural que afecta a las mujeres: como muertes consecuentes de abortos clandestinos; resultante de enfermedades típicas femeninas, en las que no hay política de salud adecuada para la prevención y el tratamiento; mortalidad materna o lesiones fatales por violencia obstétrica, en fin, un sistema de “dominio de género”, legitimado por una percepción social hostil, que desvaloriza y degrada a las mujeres, y potenciado por la impunidad jurídica en torno a los delitos contra las mujeres.¹² O, contrariamente, adoptar una concepción más restrictiva a una conducta dolosa que resulta en muerte o intento de muerte de una mujer, la cual, a su vez, puede limitarse al feminicidio íntimo o abarcar otras formas ya catalogadas, como el feminicidio no íntimo y el feminicidio por conexión.¹³

La legislación brasileña no se refiere al feminicidio con amplitud, ni adopta, con literalidad tan significativa y didáctica, la distinción entre feminicidio (como tipo penal) y violencia feminicida construida en la legislación mexicana.¹⁴ Sin embargo, la Ley 11.340/06

¹² LAGARDE, Marcela. *A qué llamamos feminicídio*. Disponible en: <https://xenero.webs.uvigo.es/.../marcela_lagarde/feminicidio.pdf>. Acceso en: 20 ene. 2018.

¹³ En la explicación de Pasinato, el feminicidio íntimo es aquel cometido por hombre contra mujer con que tenía relación familiar, de afecto o afín; no íntimo habla de la muerte producida por hombre con que poseía relación de confianza o de trabajo o de amistad; por conexión, corresponde a la muerte de una mujer que se coloca en la línea de fuego de un hombre que mataría a otra mujer. PASINATO, Wânia. *‘Femicídios’ e as mortes de mulheres no Brasil*. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008>. Acceso en: 11 ene. 2018. p. 236.

¹⁴ Artículo 21, LEY GENERAL DE ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA - Violencia Feminicida: Es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede

(Ley Maria da Penha)¹⁵ establece cinco formas de violencia (física, sexual, moral, psicológica y patrimonial) contra la mujer en el ámbito de las relaciones doméstica, familiar o íntima de afecto (artículos 5 y 7) e intitula “violencia física” cualquier conducta que ofenda su integridad o salud corporal.

III. LA CONSTRUCCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DEL FEMINICIDIO EN BRASIL

Ante las innumerables y alarmantes ocurrencias, se entendió necesario avanzar con medidas legislativas que respondieron al feminicidio, incorporándolo a las normativas penales, con denominación y cualificación propias. Así, en 2013, por iniciativa de la Comisión Parlamentaria Mixta de Investigación (CPMI) de Violencia contra la Mujer, se creó el Proyecto de Ley que buscaba la modificación del artículo 121 del Código Penal (CP).¹⁶ El cambio objetivaba la inclusión del feminicidio como calificadora del tipo penal “matar a alguien”.

La previsión de la calificadora del feminicidio pretendía atender a una antigua reivindicación del movimiento feminista, contemplada en el amplio espectro de las políticas públicas dirigidas a la violencia de género, así como a la efectividad de los compromisos asumidos internacionalmente por Brasil en cuanto al procesamiento, juicio y castigo de los agresores, reforzados igualmente en la Ley Maria da Penha.¹⁷ Sucede que, hasta que la misma fuera aprobada

culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres. Disponible en: <<http://www.cofemer.gob.mx/lgamvfv.pdf>>. Acceso en: 07 mayo 2018.

¹⁵ BRASIL. *Lei 11340/06*. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acceso en: 6 jul. 2017.

¹⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acceso en 6 jul. 2017.

¹⁷ Como resalta la epígrafe de la Ley 11340/06: “Crea mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer, en los términos del art.

y pasara a ser aplicada en los tribunales brasileños, el proceso fue largo.

En el plano constitucional brasileño, se pasó a garantizar la protección a los derechos fundamentales de la mujer, de forma igualitaria, en 1988. Además, leyes infra constitucionales, que anteceden a la ley del feminicidio, dan el tono de la importancia de la construcción de políticas públicas para la prevención y para combatir la violencia de género. A título de ilustración, citamos la Ley 10.778/2003;¹⁸ la Ley 11.106/2005;¹⁹ la Ley 12.015/2009;²⁰ y, sin duda, el marco legislativo de la citada Ley 11.340, de 2006 –Ley Maria da Penha, considerada una de las mejores leyes del mundo sobre violencia de género por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Basándose en las recomendaciones internacionales sobre la tipificación del feminicidio, especialmente en el Informe sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias,²¹ la CPMI

226 de la Constitución Federal, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; establece sobre la creación de los Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer; modifica el Código de Proceso Penal, el Código Penal y la Ley de Ejecución Penal; y da otras providencias”. BRASIL. *Ley 11340/06*. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acceso en 6 jul. 2017.

¹⁸ Establece la notificación obligatoria para los casos de violencia contra la mujer, ya sea doméstica o no, que vengan a ser atendidas por los servicios de salud, independientemente si públicos o privados.

¹⁹ Entre otras medidas, revocó los incisos VII y VIII del art. 107, del Código Penal, retirando la extinción de la punibilidad de los delitos sexuales por el matrimonio de la víctima con el agresor o con tercero.

²⁰ Entre otras, alteró el Título VI de la Parte Especial del Código Penal, sustituyendo los términos “Crímenes contra las Costumbres” por “Crímenes contra la Dignidad Sexual”.

²¹ Informe sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias fue firmado por la Relatora Especial Rashida Manjoo, en la 20ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de mayo de 2012 y en las conclu-

de la Violencia contra la Mujer,²² pues, presentó Propuesta Legislativa²³ de alteración del artículo 121, del Código Penal, para incluir los párrafos 7º y 8º, definiendo el feminicidio y previendo la misma pena del homicidio calificado, o sea, de 12 a 30 años de reclusión.

Después de la creación del entonces Proyecto de Ley del Senado Federal 292/2013, algunas modificaciones textuales disputaban las narrativas tipificables, resaltando aquella que alteró las elementales; agregó causas de aumento de pena para situaciones aún más extremas, es decir, “contra gestante o hasta 3 meses después del parto, contra persona menor de 14 años, mayor de 60 años o con discapacidad, o en presencia de descendientes o de ascendientes de la víctima” (Actual párrafo 7º., del artículo 121, CP); e incluyó el feminicidio en el rol de los crímenes “hediondos” (repugnantes).

Así, el inciso VI del párrafo 2º del artículo 121 del Código Penal pasó a disponer sobre el feminicidio como el crimen (de homicidio) practicado contra la mujer por razones de género; presuponiendo, en el par. 2º-A, que estas razones existirían cuando hubiera: I - violencia doméstica y familiar; II - menosprecio o discriminación a la condición de mujer.

siones de la Comisión sobre el *status* de la mujer, en su 57ª sesión, el 15 de marzo de 2013.

²² MORAES, Jô; OTA, Keiko; RITA, Ana. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência contra a Mulher, 2013*. Disponible en <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf>. Acceso en: 04 feb. 2018. p. 7

²³ El texto original de la Comisión afirmaba que “se denomina feminicidio a la forma extrema de violencia de género que resulta en la muerte de la mujer cuando hay una o más de las siguientes circunstancias: I - relación íntima de afecto o parentesco, por afinidad o consanguinidad, entre la víctima y el agresor en el presente o en el pasado; II - práctica de cualquier tipo de violencia sexual contra la víctima, antes o después de la muerte; III - mutilación o desfiguración de la víctima, antes o después de la muerte”. BRASIL. Proyecto de Ley del Senado nº 292, de 2013. Redacción Original. Disponible en <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&disposition=inline>>. Acceso en 26 nov. 2017. p. 1.

En la Cámara de Diputados, sin embargo, la versión final aprobada restringió el feminicidio al homicidio cometido contra la mujer por razones de la condición de sexo femenino. La palabra género sustituida por sexo revela la mirada naturalista y biologicista, obstaculizando el reconocimiento de feminicidios contra mujeres trans (se hace la excepción para cuando la víctima hubo previo cambio judicial de identidad de género). Además, traslada la ideología conservadora, muy influenciada por el fundamentalismo religioso, que predominaba –y aún predomina– en esta Cámara Legislativa. Así se publica la Ley 13104/2015.²⁴

Si las técnicas legislativas utilizadas difieren de país a país, especialmente en función de las diferentes experiencias sociales e históricas con relación a la temática de la violencia contra las mujeres, en Brasil, seguimos la tendencia de la construcción jurídico-penal internacional: una concepción más restrictiva a los crímenes dolosos practicados contra mujeres, con características de violencia doméstica o familiar o de discriminación.

La creación de leyes que tipifican el feminicidio tiene como objetivo la implementación de una política criminal con perspectiva de género, visando, en tesis, estrategias tanto de prevención, como de castigo de aquellos que cometen tal forma de violencia contra la mujer.²⁵ Podríamos también hablar de una opción por la judicialización²⁶ de los conflictos vía criminalización específica –con todos

²⁴ Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acceso en 07 mayo 2018.

²⁵ VÍLCHEZ, Ana Isabel Garita. *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. Disponible en: <http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf>. Acceso en: 15 dic. 2017.

²⁶ SABADELL, Ana Lúcia. *Violência contra a mulher e o processo de juridificação do feminicídio. Reações e Relações Patriarcais no Direito Brasileiro*. Disponible en: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_sumario.htm>. Acceso en: 09 dic 2017; POUGY, Lília. *Desafios Políticos em tempos de Lei Maria da Penha*. Disponible en: <www.scielo.br/pdf/rk/v13n1/09.pdf>. Acceso en: 11 ene.2018.

los problemas ya alertados y debidamente registrados por la Criminología Crítica²⁷ para mejor identificación de los casos y mejor análisis de los datos.²⁸ Sin estos, poco hay de fundamentación para el convencimiento de los sectores público y privado acerca de la real necesidad de medidas adecuadas al feminicidio, incluso en lo que se refiere a las normas de investigación, pericia y procesamiento.²⁹

El hecho es que si la vía penal tiene la ventaja de dar visibilidad al fenómeno del feminicidio –propagando incluso mediáticamente este término–, por otro lado, cobra su costo. Como destaca Patsilí Toledo,³⁰ con la tipificación, parece haber una acomodación de otros sectores, ya que pasa la sensación de que el “problema está resuelto”. Además, la tipificación no implica necesariamente una reducción de impunidad o adhesión sensible de los miembros del Poder Judicial a las cuestiones de género. Por el contrario, se corre el riesgo de tener fuertemente retomado la vieja mirada de que

²⁷ BATISTA, Nilo. *Só Carolina não viu*. Disponible en: <www.crprj.org.br/site/wp-content/uploads/2016/05/jornal17-nilobatista.pdf> Acceso en: 13 dic. 2017; CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e Feminismo*. Disponible en: <<https://edisciplinas.usp.br/.../CAMPOS%2C%20Carmen%20Hein%20de.%20Criminol...>> Acceso en: 02 ene. 2018; LARRAURI, Elena. *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Disponible en: <mientrastanto.org/sites/default/files/pdfs/928.pdf> Acceso en: 30 ene. 2018.

²⁸ Coincido integralmente con Pasinato en este punto: PASINATO, Wânia. *‘Femicídios’ e as mortes de mulheres no Brasil*. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008>. Acceso en: 11 ene. 2018.

²⁹ GOMES, Nilma Lino; MENICUCCI, Eleonora; ROUSSEF, Dilma; *Diretrizes Nacionais Feminicídio. Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres*. Disponible en: <www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf>. Acceso en: 11 nov. 2017.

³⁰ TOLEDO, Patsilí. *La Aplicación de Leyes Sobre Femicidio/Feminicidio en América Latina (Primeras Evaluaciones)*. Disponible en: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_sumario.htm>. Acceso en: 12 dic. 2017. p. 8.

otras violencias contra las mujeres, que no resulten en muerte, sean, en realidad, infracciones de baja ofensividad, de poca relevancia.³¹

Se resalta, además, que la tipificación reduce el fenómeno social a un ente jurídico y, como tal, susceptible de ser analizado a la luz de un autor y de una víctima. Así, no se concibe el feminicidio dentro de un discurso de opresión, sino de victimización; no se reconoce el componente colectivo y estructural de la violencia de género, sino de conflictos interpersonales; no se contextualiza el hecho dentro de una cultura patriarcal, de dominación masculina, sino se aguzan los estereotipos del agresor perverso y de la ofendida merecedora de la tutela del Estado; no se demuestra una preocupación en resignificar la muerte por una mirada genocida³² o necropolítica,³³ sino en restaurarse en los juicios —pues, ante los jurados y la sociedad—, los patrones de comportamiento atribuidos a los papeles tradicionales de género.

La operación reduce la complejidad del sexismo y de la misoginia en la sociedad patriarcal a la imputación a alguien con culpabilidad, que actuó de forma libre y consciente, objetivando la producción del resultado muerte de una mujer.³⁴ Se infravalora, por lo tanto, la subordinación de la mujer y se olvida la dinamicidad

³¹ SANTOS, Cecília Macdowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. *Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil*. Disponible en: <<https://pt.scribd.com/document/337865511/SANTOS-Cecilia-Macdowell-IZUMINO-Wania-Pasinato-Violencia-Contra-as-Mulheres-e-Violencia-de-Genero-Notas-Sobre-Estudos-Feministas-No-Brasil>> Acceso en: 14 feb. 2018.

³² SEGATO, Rita. “¿Que és um feminicídio? Notas para um debate emergente” in *Fronteras, violencia, justicia: nuevos discursos*. Cidade do México: Pueg-Unifem, 2008.

³³ MARTÍNEZ, Ana María de la Escalera. “Feminicidio: Actas de denuncia y controversia”. PUEG/UNAM: México, 2010.

³⁴ COPELLO, Patricia Laurenzo. *La Tutela Específica de las Mujeres en el Sistema Penal: Una Decisión Controvertida*. Disponible en: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_sumario.htm>. Acceso en: 11 nov. 2017.

de la violencia, incurriendo en un proceso homogeneizador³⁵ que no permite abarcar especificidades concernientes a la raza, etnia, clase social y otros marcadores sociales, inhibiendo el cruce de datos que descortinan la jerarquía existente no sólo entre los géneros, sino también entre las propias mujeres. No por acaso, analizando los números de feminicidio con recorte racial, las tasas de victimización negra en Brasil presentan un brutal aumento de 54% en diez años.³⁶ Cruzando con el recorte de clase, se ve en particular la feminización de la pobreza.³⁷

Nada de eso, sin embargo, es considerado en la tipificación y en la agenda penal. Ingenuidad también pensar que lo sería...

³⁵ PASINATO, Wânia. *'Femicídios' e as mortes de mulheres no Brasil*. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008>. Acceso en 11 ene. 2018. p. 236.

³⁶ Se vuelve aún más alarmante cuando se enfrenta a las tasas de feminicidio de la población no negra, extrayendo la diferencia porcentual entre las tasas de homicidios de mujeres de ambos grupos: “en 2003, era del 22,9%, es decir, proporcionalmente, morían asesinadas un 22,9% más negras que blancas. El índice fue creciendo lentamente, a lo largo de los años, para, en 2013, llegar al 66,7%”. WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência: Homicídio de Mulheres no Brasil*. Disponible en <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acceso en 06 jul. 2017. p.34

³⁷ Sobre la interseccionalidad y la esclonización: GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Disponible en: <https://www.academia.edu/27681600/Racismo_e_Sexismo_na_Cultura_Brasileira_-_L%C3%A9lia_Gonzales.pdf>. Acceso en: 19 ene. 2018; HOOKS, bell. *Ain't I a Woman. Black Women and Feminism*. South and Press, 1981; CRENSHAW, Kimberlé. *A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero 2002*. Disponible en <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wpcontent/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acceso en 20 nov. 2017; FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*, 2004. Disponible en: <https://we.riseup.net/assets/349834/Federici%2C+Silvia+Caliba+e+a+bruxa_.pdf>. Acceso en: 12 ene. 2018.

IV. REALIDADES FEMINICIDAS EN EL BANCO DE LOS REOS

Inicialmente, es importante destacar que el presente texto se basa en los datos parciales obtenidos por la investigación desarrollada en los años 2016 y 2017 por el grupo PEVIGE.³⁸ Se limitó espacialmente a los cuatro Tribunales del Jurado de la Capital del Estado de Río de Janeiro, por la facilidad de acceso a las sesiones y a los carteles, frente a la proximidad física para las investigadoras, y por la Ciudad de Río de Janeiro, como metrópoli que es, concentrar cantidad significativa de casos.

La investigación se propuso a evaluar los discursos engendrados por los actores involucrados en juicios de feminicidio, buscando comprender el sentido del feminicidio para los juzgadores, la fiscalía, la defensa, observando si serían protagonizadas discusiones de género en los debates orales en los Plenarios del Jurado. Siendo el combate a la violencia de género una política de Estado, en su ámbito Ejecutivo, Legislativo y Judicial deberían verse imbricados en las Redes de Atención y de Enfrentamiento a la violencia contra la mujer, actuando, inclusive, en la reducción de la impunidad, de la condescendencia estatal, de la violencia simbólica y de la violencia institucional.

Después de varias visitas a las oficinas de los Tribunales del Jurado, se encontraron en total 23 casos en los que los hechos denotaban la ocurrencia de un feminicidio, aunque no todos incluían la respectiva calificadora. En cifras más precisas, de lo que se ha comprobado hasta fines de febrero de 2018 sobre los casos de muertes de mujeres ocurridas entre 2015 y 2016: de los 23 que tuvieron la denuncia recibida, cuatro resultaron en condenas en primera ins-

³⁸ Integran el PEVIGE –Investigación y Estudio en Violencia de Género de la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro–, coordinado por esta autora: Bárbara Francesconi, Bruna Fortunato, Deborah Luise Alves, Fernanda Dias, Iana Gonçalves, Larissa Barbosa, Ludmila Brito, Maria Eduarda Côrrea, Paloma Santarém, Patrícia Galdino y Thamires Oliveira.

tancia, dos en extinciones de punibilidad por el fallecimiento de los acusados y cinco en suspensión por la instauración de incidentes de inimputabilidad. En cuatro de esos procesos, no hubo la imputación de la calificadora del feminicidio, a pesar de considerar como presentes las razones de género, como trataremos adelante.

Es importante resaltar que, al menos en diez de estos casos, había relatos de agresiones anteriores sufridas por la víctima y en cinco de ellos hubo una medida de protección anterior al crimen. También hubo dos casos en los que, tras el intento de feminicidio, se concedió una medida protectora.

En todos los procesos en que se imputó la calificadora en cuestión, la víctima había tenido una relación amorosa –no siempre acompañada de cohabitación– con el reo, y, en la mayoría de los procesos analizados, el delito ocurrió después del término de la relación o cuando, en la constancia de éste, la mujer demostraba interés en separarse de su marido o novio.

Se resalta que raramente la calificadora del feminicidio es la única incluida en la denuncia. Los incisos III (en 7 de las imputaciones) y IV (en 12 de ellas) del § 2º del art. 121 del CP son constantemente utilizados con la calificadora del feminicidio, y denota, respectivamente, el empleo de medio insidioso o cruel y la utilización de recurso que dificulte o haga imposible la defensa del ofendido. En menor frecuencia, el feminicidio viene acompañado de las calificadoras del motivo torpe (inc. I en cinco de los casos) o del motivo fútil (inc. II en diez de los procesos).

En cuanto a los perfiles de edad, de los casos en que los datos pudieron ser constatados, el 46% de las víctimas tenían edad entre 18 y 25 años, el 31% entre 31 y 45 años y el 23% entre 46 y 55 años. De los acusados, el 31% tenían edad entre 18 y 25 años, el 38% entre 31 y 45 años y el 31% contaban de 46 a 55 años. Las otras bandas no fueron identificadas, ni siquiera niñas o adolescentes fueron configuradas jurídicamente como víctimas de feminicidio.

En cuanto al color, el 61,5% de las víctimas podrían encontrarse en el espectro de la categoría “no blanca”, mientras que el 38,5% estarían del otro lado del binarismo, corroborando, de cierta forma, las tasas presentadas por el Mapa de la Violencia, como se ha visto anteriormente.

De acuerdo con los resultados parciales de la investigación empírica, se verificó que en todos los casos de feminicidio analizados el agresor es hombre, pareja o ex pareja de la víctima y casi nulas son las menciones al concepto de misoginia, de discriminación, de las condiciones de desigualdad de género o de la subordinación de la mujer dentro de la sociedad patriarcal. Tales características de nuestra sociedad, que evidentemente basan la práctica de ese crimen en específico, no son consideradas ni como objeto de estudio de los miembros del Poder Judicial en general, ni como expresiva línea argumentativa por los agentes que actúan en los juicios.

Desde el acompañamiento de los juicios relativos a los casos de feminicidio, junto a las Varas Criminales del Tribunal del Jurado de la Ciudad de Río de Janeiro, fue posible observar de cerca los mecanismos de argumentación que andan en contra de las expectativas feministas. En resumen, podemos puntuar los argumentos que distorsionan el sentido de un juicio con “perspectiva de género”:

- a) Culpabilización de la víctima- En este contexto de minimización de la seriedad de la violencia de género, el argumento que descalifica la víctima y que trae a la luz características de la mujer “decente” todavía es lo que prepondera no sólo en la sociedad, sino dentro del tribunal. La necesidad de encontrar una justificación defensiva para el acto confiere a la mujer un tratamiento inhumano y secundario. Frases como “ella vivía con el reo, no debería estar en el bar tomando con otro hombre”; “Piensen un minuto, srs. Jueces, ella pasó a llegar en casa más tarde, con el pelo mojado, ropa nueva y él pasó a desconfiar”; o

“ella provocó, la provocación es permanente, veinte años de constantes peleas” o, aún, “si ella fue agredida antes, ¿por qué no se fue? Si se quedó es porque alimentaba la relación violenta”. Las descalificaciones y estigmatizaciones no salieron del escenario.

- b) Refuerzo de los estereotipos de género- Además de la culpabilización de la víctima, otros argumentos estereotipados son comúnmente usados en los juzgados. Recurriendo a la lógica familiar tradicional, la defensa se vale de la figura del “padre de familia” para minimizar la gravedad de la violencia practicada. No raramente, se oye “Vuestras Excelencias no van a juzgar hoy al traficante fulano, como se juzga siempre en el Tribunal del Jurado”. “Van a juzgar al fulano buen padre, buen marido”. En general, se intenta garantizar que el acusado es un hombre trabajador, honesto y que el acto practicado contra su pareja fue una conducta extrema, pero “naturalmente” integrante de la relación conflictiva de la pareja. En otras palabras, el reo “no es un delincuente”. Los hechos se dieron porque la pareja vivía una relación de pasión y agresividad sostenida por “ambas las partes”.
- c) Patologización de la conducta del imputado- Otra táctica recurrente es la patologización del agresor. No es inusual que ministerio público y defensa sostengan que el acusado está completamente comprometido con problemas de orden emocional/psíquico o que él estaba bajo el efecto de drogas o alcohol en el momento del hecho, desconsiderando que la misoginia, como factor determinante para el feminicidio, es fundacional de las relaciones sociales y no de los estados de entorpecimiento. Por esta razón, cinco de los procesos analizados fueron suspendidos por el incidente de inimputabilidad, en el intento de demostrar que el

acusado no tenía, en el momento de la acción, capacidad de entender la ilicitud del hecho.

- d) Revitalización del Crimen Pasional- La mayoría son los casos en que la defensa sostiene los institutos de la violenta emoción, de la injusta provocación de la víctima o incluso de la inexigibilidad de conducta diversa. En todas estas hipótesis, la culpa de los hechos se transfiere a la víctima, sea por haber (supuestamente) traicionado al acusado, por haber iniciado las peleas, por haber dado motivos para celos, por ser joven y hermosa, por perdonar otras agresiones en que fue víctima etc. “Fue un impulso”, “él la vio en el bar y perdió la cabeza”, “es el monstruo de la pasionalidad que queda en la cabeza de la persona”. Todas estas justificaciones se presentaron en los procesos analizados.

Sin mucho esfuerzo, es posible percibir que los argumentos constantemente defendidos, y que reproducen la cultura machista socialmente aceptada, vienen para al menos disminuir el grado de culpabilidad del acusado. Se observa que el desprecio por la vida de las mujeres se da en la práctica del acto criminal y muchas veces es corroborado en las conversaciones, en los debates en el Juzgado. Además, no es sólo la defensa que contribuye a un juicio ajeno a las cuestiones de género. El Ministerio Público, en el marco de la acusación, se esquivo de mencionar, aunque mínimamente, el telón de fondo de toda esa cultura de genocidio sexista.

Por consiguiente, es necesario reconocer que los llamamientos a la lógica patriarcal en el Poder Judicial por las prácticas institucionales contradicen los compromisos internacionalmente asumidos en cuanto a la implementación de políticas de Estado para reducir la violencia contra las mujeres, específicamente aquí, el feminicidio. Si estimulamos el respeto a los derechos humanos en el ámbito del Derecho Penal y del Proceso Penal, la medida debe valer tanto para

el agresor como para la víctima sobreviviente o para la simbología del *role* de la mujer en la sociedad.

Naturalizar la violencia, culpabilizar a la víctima, atribuir el hecho a un estado de alcoholemia, retroalimentar estereotipos de género y estigmas descalificadores de las diversas experiencias del femenino no reflejan los principios de un Estado Democrático de Derecho, tampoco contribuye a avances en el campo de la prevención de muertes y protección de la vida del segmento poblacional que corresponde a más de la mayoría de la población brasileña.

Aunque se haya expresado el número de mujeres que son muertas cada día por sus parejas o por otros hombres, simplemente por su condición de mujer, los órganos jurisdiccionales aún no han sido sensibles a acoger el problema en toda su complejidad, no se percibieron integrados a un sistema internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres y no fueron capaces de comprender la necesidad de un estudio multidisciplinario —judicial, de salud pública, de asistencia social, cultural, etc. —, como forma de perfeccionamiento de los juicios y, principalmente, como forma de reducción de la desigualdad de género y, consecuentemente, de la práctica de crímenes contra la vida de las mujeres.

Resulta evidente que la falta de preparación y de voluntad política, la resistencia patriarcal y la desensibilización con las cuestiones de género de los muchos actores de los Tribunales del Jurado de la Capital del RJ resumen el feminicidio a las situaciones de violencia doméstica o familiar contra la mujer. No identificamos ningún caso que escapara a esa lógica simplista y reduccionista. Básicamente, para el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, sólo se caracteriza el art. 121, par. 2º., VI, del CP, si está presente la circunstancia del par.2-A, I, del mismo artículo. Se lee: sólo hay feminicidio si es íntimo. A propósito, en dos oportunidades diferentes, oímos literalmente de un promotor y de un juez: el feminicidio sólo puede ser practicado por un “hombre contra ‘su’ mujer”.

A modo de ejemplificación, huyeron de la calificadora del feminicidio cuatro casos que, a nuestro ver, debían ser así tipificados, por menosprecio o discriminación a la condición de mujer.

El primero de ellos se caracterizaba por una relación doméstica entre la víctima y el acusado, existiendo incluso relatos de violencia doméstica anteriores al intento de homicidio, que tuvo como “motivo” la “falta de la mujer al trabajo”. El autor efectuó disparos contra la ex compañera mientras ésta dormía, alcanzándola en el rostro y huyendo después del hecho. En la promoción por la determinación de la prisión preventiva, el delegado asistente capitula el delito como feminicidio, citando la falla en la prestación jurisdiccional en los casos de *María da Penha*. El Delegado Titular, al remitir el procedimiento al poder judicial, imputa homicidio simple; el Ministerio Público, por su vez, reconoce que el crimen ocurrió en situación de violencia doméstica en la manifestación sobre la prisión preventiva, pero ofreció la denuncia en la que imputa a las calificadoras de los incisos II (motivo fútil) y IV (dificultad de la víctima ofrecer resistencia) del artículo 121, 2º, del CP, o sea, no insertó la calificadora del feminicidio.

En el segundo, la víctima era una adolescente de 16 años que poseía comportamiento dicho infantilizado debido a una deficiencia intelectual. A pesar de no existir una relación íntima entre el reo y la víctima (ellos eran sólo vecinos y sus familias eran cercanas), el caso presentaba diversos aspectos de la noción de poder, dominación-explotación y posesión, que acompañan las características del feminicidio constantemente descritas por la literatura de género: violencia sexual y/o violación; las acciones, que aumentaron el sufrimiento de la víctima y/o revelaron señales de misoginia y odio contra la víctima mujer; numerosos golpes, utilización de varios tipos de armas, decapitaciones, mutilaciones y otros; el cuerpo se exhibió en un lugar público y/o la construcción de una escena humillante moralmente para la víctima, como dejar preservativos cerca del cuerpo, dejarla desnuda o semidesnuda o cualquier tipo de

escenario construido intencionalmente.³⁹ De hecho, la adolescente fue encontrada semidesnuda en una basura cercana a la casa del reo, habiendo indicios de violación. Además, el imputado se defendía diciendo que la víctima “se insinuaba para él”, demostrando un dolo de matar a la mujer por el hecho de ser mujer, además de un discurso de culpabilización de la víctima que es recurrente en los casos que involucra alguna forma de violencia de género. El caso fue tipificado como homicidio calificado en los incisos III (medio insidioso o cruel) y IV (dificultad de la víctima ofrecer resistencia) del § 2º del art. 121, CP, ignorándose completamente las razones de género que lo impregnan.

El tercero se refiere al homicidio de la hijastra por el padrastro, que desconfiaba que su compañera –y madre de la víctima– le estaría traicionando. Aunque resulte evidente la motivación de género y así haya concluido el auto de prisión en flagrante, el Ministerio Público imputó solamente a la calificadora del inciso I, o sea, motivo torpe.

En el otro caso encontrado, el reo mató al padre de su ex compañera, cuando, en medio de una pelea, tenía la intención de llegar a la hermana de aquella. En estas circunstancias, sería fácilmente identificable el error en la ejecución de un feminicidio por conexión, lo que significa que debería haber sido imputada al reo la conducta correspondiente al crimen que él pretendía cometer, conforme el art. 73, del CP: “En el caso de que se trate de un accidente o de un error en el uso de los medios de ejecución, el agente, en lugar de alcanzar a la persona que pretendía ofender, alcanza a persona diversa, responde como si hubiera cometido el crimen contra aquella [...]”.

De ahí, se observa críticamente que, si por un lado, la tipificación resultó en visibilidad del fenómeno, por otro lado, la operación

³⁹ Gomes, Izabel S. *Morreram porque mataram: tensões e paradoxos na compreensão do feminicídio*. Tese de doutorado. Programa de Pós-graduação em Serviço Social. UFRJ, Rio de Janeiro, 2014.

jurídica de reducirlo a una violencia íntima, privada y naturalizada por los ímpetus de pasiones, oscurece los patrones generalizados de violencia contra las mujeres que están presentes en las sociedades desde hace siglos.

Sin embargo, si el tecnicismo jurídico-penal exige la reducción literal al tipo, debemos atender para los términos “menosprecio o discriminación”. Si la ley penal considera que estos términos también revelan “razones de género”, admitamos, sin ofender la taxatividad, por lo menos: a) el feminicidio por error en la ejecución, cabiendo aquí la muerte de cualquier persona que sea alcanzada por error en el curso de la ejecución de un feminicidio; b) el feminicidio por error sobre la persona, admitiéndose la muerte de cualquier persona afectada por error del agente en cuanto a la identidad de una mujer; c) el feminicidio transversal, cuando el agente mata a una tercera persona de especial afecto de la mujer, generalmente a sus hijos, para alcanzarla emocional y psicológicamente; d) el feminicidio sexual, cuando se practica en concurso con la violación; e) el feminicidio con características misóginas o genocidas; f) el feminicidio por violencia obstétrica dolosa.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La tipificación del feminicidio en Brasil buscó, por un lado, atender a la demanda de los movimientos feministas y a las convocatorias de la agenda internacional para castigo y erradicación de las muertes de mujeres. Por otro lado, trae innumerables indagaciones en cuanto a la recepción de ese instituto por la doctrina jurídica patria y en cuanto al tratamiento dispensado por el Poder Judicial.

Aunque con redacción estricta a la conducta de matar por razones del “sexo femenino” - entendiendo, mayoritariamente, “sexo” en su criterio biológico o jurídico, o sea, el criterio del genital o del reconocimiento judicial de cambio de género -, el feminicidio, en la literalidad de la legislación penal vigente, abarcar los hechos deri-

vados de menosprecio y discriminación a la condición de mujer. Sin embargo, los casos concretos demuestran que mayor restricción se opera en la práctica: sólo el componente “violencia doméstica o familiar contra la mujer” viene calificando el delito como feminicidio.

La relevancia de la resignificación del concepto se encuentra no sólo en el reconocimiento de otros tipos de feminicidio como visibilidad del problema y como revelación de datos más cercanos a la realidad misógina, sino también como compromiso de un Poder estatal en su integración a la Política del Estado brasileño de promoción de la igualdad de género y en la implementación de medidas que, paulatinamente, reduzcan el cuantitativo alarmante de la violencia de género en nuestro país.

Es cierto, no obstante, que el recurso al Derecho Penal *de per se* no reduce discriminaciones, estereotipos y estigmas. Por el contrario, puede profundizarlos, en la medida en que la epistemología del saber jurídico no atenta para las cuestiones de género de forma transversal;⁴⁰ en que los concursos públicos no requieren conocimiento del Derecho internacional; y en que el Poder Judicial concentra prácticas institucionales patriarcales y clasistas.

La judicialización vía “criminalización” - en realidad, “calificación” - refleja el Derecho Penal simbólico actuando en la misma lógica excluyente, punitiva y sexista. Una lógica que selecciona el “público” de la reprimenda penal por marcadores de raza, clase y etnia. Una lógica en que la punición, y no la prevención, es meramente lo que interesa. Una lógica que no oculta su falta de neutralidad y de imparcialidad.

De este modo, mientras no haya cambios estructurales, con real compromiso y sensibilización de los juristas, adoptando perspectivas interseccionales y conscientes del *modus operandi* del Patriarcado; mientras no haya transformaciones para una educación no sexista;

⁴⁰ FACIO, Alda. *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. Disponible en: <Equis.org.mx/wp-content/uploads/2016/01/S_1_1.pdf>. Acceso en: 15 ene. 2018.

mientras la historia de la sexualidad⁴¹ revelar la dominación del cuerpo y del patrón de comportamiento femenino por el poder androcéntrico, difícilmente se alcanzarán los legítimos objetivos anhelados por las feministas y por los Tratados y Convenciones internacionales.

VI. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Suely Souza de, *Femicídio: algemas (in)visíveis do público-privado*, Rio de Janeiro, Revinter, 1998.

AUGUSTO, Cristiane Brandão, *Violência contra a mulher e as práticas institucionais*, Coletânea Pensando o Direito, vol. 52, Brasília, Ipea/Ministério da Justiça, 2015.

BATISTA, Nilo, *Só Carolina não viu*. Disponible en: <www.crprj.org.br/site/wp-content/uploads/2016/05/jornal17-nilobatista.pdf>, acceso en: 13 dic. 2017.

CAMPOS, Carmen Hein de (org.), *Criminologia e Feminismo*. Disponible en: <<https://edisciplinas.usp.br/.../CAMPOS%2C%20Carmen%20Hein%20de.%20Criminol...>> Acceso en: 02 ene. 2018.

CONVENÇÃO de Belém do Pará, Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acceso en: 15 dic. 2017.

COPELLO, Patricia Laurenzo, *La Tutela Específica de las Mujeres en el Sistema Penal: Una Decisión Controvertida*. Disponible en: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_sumario.htm>. Acceso en: 11 nov. 2017.

CRENSHAW, Kimberlé, *A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero 2002*. Disponible en: <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>>. Acceso en: 20 nov. 2017.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *A História da Sexualidade I: A vontade de saber*, Rio de Janeiro: Graal, 1988.

- FACIO, Alda, *Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. Disponible en: <Equis.org.mx/wp-content/uploads/2016/01/S_1_1.pdf>. Acceso en: 15 ene. 2018.
- FEDERICI, Silvia, *Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*, 2004. Disponible en: <https://we.riseup.net/assets/349834/Federici%2C+Silvia+Caliba+e+a+bruxa_pdf.pdf>. Acceso en: 12 ene. 2018.
- FOUCAULT, Michel, *A História da Sexualidade I: A vontade de saber*, Rio de Janeiro, Graal, 1988.
- GOMES, Izabel S, *Morreram porque mataram: tensões e paradoxos na compreensão do feminicídio*, Rio de Janeiro, 2014, Tese de doutorado, Programa de Pós-graduação em Serviço Social, UFRJ.
- GOMES, Nilma Lino et al., *Diretrizes Nacionais Feminicídio. Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres*. Disponible en: <www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acceso en: 11 nov. 2017.
- GONÇALVES, Aparecida y Tatau Godinho, *Pesquisa sobre o estado da arte e produção de dados sobre o feminicídio no Brasil e elaboração de diretrizes para a atuação da SPM neste processo, aprimorando o marco legal em resposta aos assassinatos de mulheres em razão do gênero*. Disponible en: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/08/tor_femicidio.pdf>.
- GONZALES, Lélia, *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. Disponible en: <https://www.academia.edu/27681600/Racismo_e_Sexismo_na_Cultura_Brasileira_-_L%C3%A9lia_Gonzales.pdf>. Acceso en: 19 ene. 2018.
- HOOBS, bell, *Ain't I a Woman. Black Women and Feminism*, New York, South and Press, 1981.
- LAGARDE, Marcela, *A qué llamamos feminicidio*. Disponible en: <https://xeno.web.uvigo.es/.../marcela_lagarde/feminicidio.pdf>. Acceso en: 20 ene. 2018.

- , “Presentación a la edición em español” in *Feminicidio: una perspectiva global*, Diana Russell (org.), Ciudad de México, Russell y Harmes Ed., CEIICH/UNAM, 2006.
- LARRAURI, Elena, *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Disponible en: <mientrastanto.org/sites/default/files/pdfs/928.pdf> Acceso en: 30 ene. 2018.
- LAURENZO, Patricia, *El Derecho Penal Frente a la Violencia de Género*. Disponible en: <www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/.../revista57_142.pdf> Acceso en: 19 dic. 2017.
- MARTÍNEZ, Ana María de la Escalera, *Feminicidio: Actas de denuncia y controversia*, Ciudad de México, PUEG/UNAM, 2010.
- MÉXICO, *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. Disponible en: <<http://www.cofemer.gob.mx/lgamvlg.pdf>>. Acceso en: 07 mayo 2018.
- MORAES, Jô et al, *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência contra a Mulher, 2013*. Disponible en: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf>. Acceso en: 04 feb. 2018.
- PASINATO, Wânia, *‘Femicídios’ e as mortes de mulheres no Brasil*. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332011000200008>. Acceso en: 11 ene. 2018.
- PIMENTEL, Silvia et al., “Legítima Defesa da Honra. Ilegítima impunidade de assassinos. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina” en Corrêa, Mariza y Érica Renata de Souza, *Vida em Família: uma perspectiva comparativa sobre “crimes de honra”*, Campinas, Núcleo de Estudos de Género-Pagu/Unicamp, 2006.
- PONCE, Maria Guadalupe R, “Mesa de Trabalho sobre Femicídio/Feminicídio” en *Contribuições ao debate sobre tipificação penal do Feminicídio/Femicídio*, Peru, Editora Susana Chiarotti, 2012.
- POUGY, Lília, *Desafios Políticos em tempos de Lei Maria da Penha*. Disponible en: <www.scielo.br/pdf/rk/v13n1/09.pdf> Acceso en: 11 ene.2018.
- RUSSELL, Diana, “Definición de feminicidio y conceptos relacionados” in *Feminicidio: una perspectiva global*, Diana Russell (org.), Ciudad de México, Russell y Harmes Ed., CEIICH/UNAM, 2006.

- SABADELL, Ana Lúcia. *Violência contra a mulher e o processo de juridificação do feminicídio. Reações e Relações Patriarcais no Direito Brasileiro*. Disponible en: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_sumario.htm>. Acceso en: 09 dic. 2017.
- SAFFIOTI, Heleieth I.B. *Gênero, Patriarcado, Violência*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2004.
- y Suely Souza de Almeida, *Violência de gênero – Poder e impotência*. Rio de Janeiro, Revinter, 1995.
- SANTOS, Cecília Macdowell y Wânia Pasinato Izumino, *Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil*. Disponible en:<<https://pt.scribd.com/document/337865511/SANTOS-Cecilia-Macdowell-IZUMINO-Wania-Pasinato-Violencia-Contra-as-Mulheres-e-Violencia-de-Genero-Notas-Sobre-Estudos-Feministas-No-Brasil>> Acceso en: 14 feb. 2018.
- SEGATO, Rita, “¿Que és um feminicídio? Notas para um debate emergente” en *Fronteras, violencia, justicia: nuevos discursos*, Cidade do México, Pueg-Unifem, 2008.
- , Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200003. p. 5. Acceso en: 05 mayo 2018.
- TEIXEIRA, A.B. y M.S.Ribeiro, *Legítima defesa da honra: argumentação ainda válida nos julgamentos dos casos dos crimes conjugais em Natal 1999-2005*, Campinas, Cadernos Pagu, Unicamp, 2006. Disponible en: <<http://www.pagu.unicamp.br/sites/www.ifch.unicamp.br/pagu/files/colenc.05.a06.pdf>>. Acceso en: 03 de mar. 2017.
- TERUELO, Javier Gustavo Fernandez, *Análisis de Femicidios de Género en España en el periodo 2000-2015*, Cizur, Editorial Aranzadi, 2015.
- TOLEDO, Patsilí, *La Aplicación de Leyes Sobre Femicidio/Feminicidio en América Latina (Primeras Evaluaciones)*. Disponible en: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_sumario.htm>. Acceso en: 12 dic. 2017.
- , ¿Tipificar el Femicidio?, Anuario de Derechos Humanos, Santiago, 2008.

VÍLCHEZ, Ana Isabel Garita, *La regulación del delito de femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe*. Disponible en: <http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio.pdf>. Acceso en: 15 dic. 2017.

WASELSELFISZ, Julio Jacobo, *Mapa da Violência: Homicídio de Mulheres no Brasil*. Disponible en: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>, Acceso en: 6 jul. 2017

1. LEGISLACIÓN MENCIONADA

BRASIL, *Decreto-lei* n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, Acceso en: 26 nov. 2017.

———, *Lei* n° 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acceso en: 6 jul. 2017.

———, *Projeto de Lei do Senado* n° 292, 4 de julho de 2013. Redação Original. Disponible en: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&disposition=inline>>. Acceso en: 26 nov. 2017.

———, *Projeto de Lei do Senado* n° 292, de 17 de dezembro de 2014. Redação Final. Disponible en: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153161&disposition=inline>>. Acceso en: 26 nov. 2017.

———, *Projeto de Lei* n° 8.305, de 2014. Disponible en: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2E4F98FEB6C71234F579C0BE609E1F7.proposicoesWebExterno1?codteor=1294611&filename=Tramitacao-PL+8305/2014>. Acceso en: 26 nov. 2017.

———, *Projeto de Lei* n° 8.305-A/2014. Redação Final. Disponible en: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2E4F98FEB6C712374F579C0BE609E1F7.proposicoesWebExterno1?codteor=1306141&filename=Tramitacao-PL+8305/2014>. Acceso en: 27 nov. 2017.

———, *Ofício* n° 7/2015/PS_GSE, de 4 de *março de 2015*. Comunica envio de PL à sanção. Disponible en: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BCCCBC-F77465C0E54EB81AF6E6758653.proposicoesWebExterno1?codteor=1305722&filename=Tramitacao-PL+8305/2014>. Acceso en: 27 nov. 2017.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la

manera de lo posible deben evitarse los enunciados explicativos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre diples (v. g.: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminará con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

Título

Autor

Sinopsis curricular y correspondencia

Dedicatoria

Sumario

Resumen

Palabras clave

Abstract

Key words

Cuerpo de la obra

I. Partes con números romanos

1. Secciones en números arábigos

a) Incisos

Entradas en cursivas

II. Fuentes

Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- ☐ El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- ☐ No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- ☐ El original se enviará en formato Word o RTF.
- ☐ Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- ☐ Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- ☐ Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- ☐ Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- ☐ No se dejará espacio entre párrafos.
- ☐ Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- ☐ El título deberá ser breve y descriptivo.
- ☐ Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- ☐ Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- ☐ El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- ☐ No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- ☐ El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- ☐ En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Carlos Humberto Reyes Díaz

(Lugar), a __ de _____ de 201__.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe, _____, autoriza a la Universidad Nacional Autónoma de México la publicación y divulgación (del artículo) (de la obra gráfica) intitulado(a) “_____”, en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, en formato impreso y digital.

Asimismo, manifiesto bajo protesta de decir verdad que soy el autor y titular de los derechos, así como de la originalidad (del artículo) (de la obra gráfica) antes mencionado(a), por lo que libero a la Universidad Nacional Autónoma de México de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra objeto de la presente autorización y que pudiera afectar intereses de terceros.

A T E N T A M E N T E

(NOMBRE Y FIRMA)



La Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM,
editada por la Coordinación del Posgrado en Derecho de la
UNAM, se terminó de imprimir el mes de diciembre de 2018 en los
talleres de Creativa Impresores S.A. de C.V., calle 12, número 101, local
1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09220, México, Distrito Federal,
teléfonos 5703-2241 y 5592-2240. En su composición tipográfica se emplearon
tipos Baskerville y **COPPERPLATE**. Tipo de impresión *offset*, las medidas
17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel Cultural de 90 gramos y
los forros en Couché de 300 gramos. La edición estuvo al cuidado de Abril
Uscanga Barradas y Claudio Vázquez Pacheco y consta de 300 ejemplares.



ISSN 2007-5995



9 772007 599504