

UNIVERSIDAD MICHOACANA
DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

DIRECTORIO

Dra. Silvia Figueroa Zamudio
Rectora

Dr. Raúl Cárdenas Navarro
Secretario General

Dr. Benjamín Revuelta Vaquero
Secretario Académico

Lic. Juan Carlos Gómez Revuelta
Secretario Administrativo

M.S. Ma. del Rosario Ortiz Marín
*Secretaria de Difusión Cultural y
Extensión Universitaria*

C.P. Horacio Guillermo Díaz Mora
Tesorero General

Dr. José Napoleón Guzmán Ávila
Coordinador de la Investigación Científica

Dr. Medardo Serna González
Coordinador General de Estudios de Posgrado

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Hill Arturo del Río Ramírez
Director

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Dr. Héctor Pérez Pintor
Jefe de División

APORÍA JURÍDICA

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS Y SOCIALES
Año. I / No. 1/ Enero-julio de 2010



Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
División de Estudios de Posgrado

Directorio de la revista

Director

Héctor Pérez Pintor

Coordinador editorial

Orlando Aragón Andrade

Co-coordinadores

Gabriela Ponce Báez

Leonel García Tinajero

Asistentes

Lorena Higareda Magaña

Andrea Janet Serna Hernández

Comité Editorial

Dr. Miguel Revenga Sánchez - Universidad Carlos III de Madrid

Dr. Ma. Pilar Cousido González - Universidad Complutense de Madrid

Dr. Jorge Arellano González Galván - Universidad Nacional Autónoma de México

Dra. Wilma Arellano Toledo - Universidad Panamericana

Dr. Miguel Rábago Dorbecker - Universidad Iberoamericana

Dr. Óscar Solorio - Universidad Autónoma de Colima

Dra. Silvia Patricia López González - Universidad de Guadalajara

Dr. Héctor Chávez Gutiérrez - Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Dra. Rosa María de la Torre Torres - Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Mtro. Orlando Aragón Andrade - Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Dr. Héctor Pérez Pintor - Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Diseño de Portada: Ricardo Jesús Ruiz Caballero

Diseño de Interiores e impresión: Fondo editorial Morevallado S. de C.V. de R. L.

Aporía Jurídica es una revista semestral, abierta al debate, que impulsa el análisis y la discusión permanente de la realidad jurídica con artículos arbitrados, publicada por la **División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo**. El contenido de los artículos es responsabilidad única de los autores. Correspondencia y canje: Av. Tata Vasco # 200.

Número de dictamen previo: 04-2010-031810081200-01

Reserva de derechos en trámite

ISSN en trámite

ÍNDICE

7 PRESENTACIÓN

ARTÍCULOS

- 11 Los principios como límites a la reforma constitucional
Rosa María de la Torre Torres
- 27 La defensa de la constitución en Michoacán a principios del siglo XIX. La constitución política de 1825
Francisco Ramos Quiroz
- 45 El reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Un caso contradictorio de la jurisprudencia del tribunal constitucional mexicano, derivado de la violación al derecho a la igualdad por discriminación en contra de la mujer
Juan José González Hernández
- 59 Las relaciones entre el derecho y la literatura: hacia un cuestionamiento de la racionalidad instrumental en la decisión pública
Fernando Vargas Valencia
- 83 Justicia transicional: procesos desde la mismidad y deuda con las mujeres. Miradas desde el caso de Bosnia Herzegovina
Marycarmen Color Vargas

DOCUMENTOS

103

Algunos términos jurídicos en lengua nahua de la costa michoacana

Homero Méndez Huerta

RESEÑAS

107

Desmond Manderson, *Songs without music, Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, University of California Press, California, Berkley–Los Angeles, 2000, 303 pp.

Carlos Alberto Montiel Chávez

111

Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta/ILSA, Madrid, 2009, 707 pp.

Orlando Aragón Andrade

PRESENTACIÓN

Si hay algo que caracteriza el pensamiento de nuestros tiempos es la marcada desconfianza en lo que Lyotard llamó los “metarrelatos”, es decir, en aquellas construcciones teóricas que ofrecían una explicación maestra del funcionamiento social.¹ El derrumbamiento de todas estas corrientes de pensamiento ha sido acompañado también, en un nivel más general, de una crisis más amplia en lo que antiguamente se creía que era la ciencia y más aun en la misma posibilidad de conocer la “realidad social”.

Todo trabajo de investigación, ahora, no puede eludir este cuestionamiento en el que, ajustando el título de la famosa obra de Marshall Berman, “todo lo que fue sólido, hoy se desvanece en el aire”. En este sentido, el legado más valioso de lo que genéricamente se conoce como posmodernismo consiste en mostrarnos las limitaciones de nuestra forma de estudiar y representar “lo social y lo jurídico”.

Hoy somos conscientes de lo “arbitrario” que son nuestros métodos y herramientas para hacer conocimiento, particularmente el jurídico. De tal forma que, nos hallamos en una época en la que el conocimiento científico tiende a ser menos pretencioso y en cierta medida dispuesto a dialogar con otras formas de conocimiento.

Así pues, vivimos en un tiempo que necesariamente tiene que ser de *Aporías*, que nos exige una toma de decisión o responsabilidad ante este dilema de lo “arbitrario” de nuestras formas de generar conocimiento, como precondition básica para conocer. La aporía se nos presenta, como lo dice Derrida, como “una experiencia interminable. Ésta debe permanecer como tal si se quiere pensar, hacer que advenga o dejar que venga algún acontecimiento de decisión o de responsabilidad. La forma más general y, por lo tanto, más indeterminada de ese mismo y doble deber es que una decisión responsable debe obedecer a un ‘hay que’ que no debe nada, a un *deber que no debe nada*,

¹ Véase: Jean Francois Lyotard, *La condición postmoderna*, Cátedra, Madrid, 2006.

que debe no deber nada para ser un deber, que no salda ninguna deuda, un deber sin deuda y, por lo tanto sin deber."²

A partir de este nuevo panorama epistemológico, y recuperando el antiguo anhelo que ha sido mantenido por muchas generaciones de destacados juristas nicolaitas, presentamos esta nueva publicación periódica. El objetivo de la Revista *Aporía Jurídica* es el de consolidar, desde la Universidad Michoacana, un cuerpo doctrinario en el ámbito jurídico que no se limite al análisis formalista y unidimensional de lo legal, sino que dialogue y discuta con otras áreas de las ciencias sociales y las humanidades los problemas socio-jurídicos de nuestra entidad, del país y de las esferas globales.

En consecuencia, la Revista *Aporía Jurídica* forma parte de un proyecto mayor, que ha emprendido la presente administración de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que busca consolidar los esfuerzos y experiencias acumuladas durante veinte años de historia de los estudios de posgrado en Derecho, y quince años de la División, para abrevarlos en la construcción de una cultura plural y crítica de la investigación jurídica en nuestra universidad.

La Revista *Aporía Jurídica* es, en resumen, un esfuerzo colegiado que da su primer fruto. A todos nosotros, la comunidad jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y de la nicolaita en general, nos corresponde impulsar y consolidar este diálogo interdisciplinario como palestra genuina de la problemática jurídica-social a que nos enfrentamos cotidianamente. Es precisamente, en el sentido de la cotidianeidad, de lo que "vivimos" y "enfrentamos" que se propone la discusión de esta *Aporía*.

Héctor Pérez Pintor
Orlando Aragón Andrade

² Jaques Derrida, *Aporías. Morir-esperarse (en) "los límites de la verdad"*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 36.

Artículos



LOS PRINCIPIOS COMO LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL



Rosa María de la Torre Torres*

RESUMEN

El trabajo aborda los conceptos de constitución y democracia para establecer un sistema de relaciones entre el sistema jurídico-constitucional y el sistema político. Con ello la autora pretende fortalecer la postura que afirma la existencia de límites al poder democrático de reforma constitucional.

En México existen distintos mecanismos orientados a proteger el respeto y observancia de la constitución por las leyes secundarias y las autoridades; se hallan así, la acción de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad por omisión legislativa y el juicio de amparo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió hace poco la improcedencia del amparo contra reformas constitucionales si quien ataca el contenido de la constitución es el constituyente permanente. Así, no contamos con ningún mecanismo para proteger el contenido esencial de nuestra constitución contra los avatares de la partidocracia instaurada en Poder constituyente permanente.

ABSTRACT

The work approaches the concepts of constitution and democracy to establish a system of relations between the juridical-constitutional system and the political system. With this, authoress seeks to strengthen the position that affirms the existence of democratic power limits of constitutional reform.

In Mexico different mechanisms exist to protect the observance of the constitution by implementing secondary laws and the authorities; they are so the action of unconstitutionality, the unconstitutionality for legis-

* Coordinadora del Doctorado Interinstitucional en Derecho.

lative omission and the appeal for legal protection. The Supreme Court of Justice of the Nation resolved the irrelevance of defense against constitutional reforms if the one who attacks the content of the constitution is the Constituent Assembly. Thus, we have no mechanism to protect the essential content of our constitution against the vicissitudes of the political parties power established in the Power of the Constituent Assembly.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El tema de los límites a la reforma constitucional no es, ciertamente, un tema nuevo en el debate constitucional, aunque sí resulta novedoso en nuestro país.

La existencia de un régimen hegemónico de gobierno, donde las decisiones de las mayorías correspondían con las decisiones de un partido político, permitían que la relación entre la constitución y las posturas políticas mayoritarias funcionara con armonía y fluidez. Así, llego a afirmarse que, en México, la constitución era un documento al servicio del presidente de la república en turno.¹

La teoría constitucional señala que una constitución que no contempla en su contenido ciertos mecanismos para controlar el ejercicio legislativo secundario, en cuanto a su contenido y el ejercicio mismo del poder no es una constitución en sentido formal. Existe todo un diseño procesal, que puede variar entre los diversos sistemas constitucionales, de mecanismos orientados a proteger el respeto y observancia de la carta magna por las leyes secundarias y las autoridades; existen con esta finalidad la acción de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad por omisión legislativa y el juicio de amparo, entre otros.

Pero ¿qué sucede si quien ataca el contenido de la constitución es el constituyente permanente? En nuestro país la respuesta ha sido dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace poco: no procede el amparo contra reformas constitucionales.² Esta postura de la corte me parece correc-

¹ En este sentido véase: José Ramón Cossío, *Dogmática constitucional y Régimen Autoritario*, Fontamara, México, 2000.

² El 27 de diciembre de 2007 Rafaela Franco Flores, juez quinto de distrito en materia administrativa, se negó a admitir a trámite la demanda presentada por Héctor Aguilar Camín, Francisco Calderón, Jorge Castañeda, Luis de la Barra, Gerardo Estrada, Jorge Fernández Menéndez, Luis González de Alba, Teodoro González de

ta, la naturaleza del juicio de amparo en México está claramente delimitada en los artículos 103 y 107 de la carta magna y la ley orgánica en la materia. Sin embargo, esto nos lleva a encarar un problema muy grave que enfrenta nuestro sistema constitucional: no contamos con ningún mecanismo para proteger el contenido esencial de nuestra constitución contra los avatares de la partidocracia instaurada en poder constituyente permanente.

Por lo señalado en el párrafo anterior, en este trabajo me he propuesto como objetivo esbozar los conceptos de constitución y democracia para establecer un sistema de relaciones entre el sistema jurídico-constitucional y el sistema político y, así desde este marco teórico, fortalecer la postura que afirma la existencia de límites al poder democrático de reforma constitucional.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y EL CONCEPTO DE DEMOCRACIA

Desde los inicios del constitucionalismo contemporáneo, desarrollado desde finales del siglo XVIII, las tensiones entre la constitución y los derechos fundamentales contenidos en ella y el poder de las mayorías han sido una preocupación principal de los científicos y estudiosos del derecho.

Democracia y constitución son conceptos de gran profundidad y esto resulta en las más diversas interpretaciones de ambos términos; son palabras cuyo contenido puede ser fácilmente manipulado e incluso tergiversado. Sin embargo, la estrecha relación teleológico-conceptual de los vocablos democracia y constitución ha dado como resultado una exitosa fórmula lingüística: la democracia constitucional, la cual designa a un sistema jurídico-político, unido de manera irreductible amalgamando la forma de Estado constitucional con la forma de gobierno democrático,³ esta unión filosófica, jurídica y conceptual hace dependientes los contenidos de las citadas categorías entre sí. Por ello, las decisiones de la mayoría, concepto básico de democracia, están

León y Miguel Limón Rojas, entre otros, desechándolo por notoria improcedencia. Casi todos los juzgadores que han desechado amparos similares lo han hecho porque tienen que cumplir la jurisprudencia dictada en 2002 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala que los procedimientos de reforma a la constitución no son susceptibles de control externo alguno, es decir, el poder judicial no puede revisarlos.

³ Véase: Michelangelo Bovero, "Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución", prefacio a Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE/IIJ, México, 2006, p. 13.

limitadas o restringidas por la observancia y el respeto al espíritu esencial de la constitución moderna: los derechos fundamentales de los individuos y de las minorías.

Para fundamentar con mayor precisión mi última afirmación, pretendo hacer un sintético recorrido teórico sobre la evolución de ambos conceptos.

El concepto de constitución ha gravitado en el pensamiento político y jurídico desde la Grecia clásica. En Roma se usa la expresión *republica bene constituta* en franca analogía con un cuerpo humano bien constituido –*corpus bene constitutum*–, en referencia al sentido más amplio y originario de la constitución, es decir, a la estructura de un organismo político. Aristóteles nos enseñó a identificar la constitución jurídico-política de un Estado como el diseño y la organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad política.

Es a partir del siglo XVIII que se entiende por constitución el documento normativo que instituye la estructura de una colectividad política en conformidad con dos requisitos esenciales, que corresponden claramente a los que se establecieron en 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, específicamente en su artículo 16: “una sociedad en la que la garantía de los derechos no se encuentra asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de constitución”, de acuerdo con esto, un Estado podrá adjudicarse el adjetivo de constitucional cuando dentro de su ordenamiento máximo contemple una estructura de poder orientada al respeto de los derechos fundamentales.

La constitución, como idea contemporánea, es un concepto que debe estudiarse desde la perspectiva de la evolución histórica del pensamiento liberal de los siglos XVIII y XIX. En este tránsito se pueden distinguir dos modelos de constitución: el americano, que tiene como principal característica considerar que la carta fundamental tiene un valor como norma jurídica suprema del ordenamiento, lo que posteriormente ha dado origen al *judicial review* o control judicial de la constitución; y el francés que se impone en Europa continental por varias décadas y considera a la constitución como un documento político cuya finalidad es limitar, organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado, en especial del ejecutivo y del legislativo.⁴

⁴ Véase: Roberto Blanco Valés, *El valor de la constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de la constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1998, p. 38.

Es después de la segunda guerra mundial, que el concepto de constitución se consolida como límite al poder; la justicia constitucional se generaliza en toda Europa en medio de un debate sobre la justificación, conveniencia y potencial antidemocrático de estos mecanismos jurisdiccionales para controlar las actuaciones de los poderes constituidos y de las mayorías y es interesante señalar que, aún hoy, algunas de esas discusiones siguen vivas, pero en general es aceptada la legitimidad de los tribunales constitucionales y los procedimientos de justicia constitucional.

Sin embargo, pese a la legitimación de que gozan la mayoría de los tribunales constitucionales, el control constitucional judicial recibe algunas críticas de quienes lo consideran antidemocrático, es decir, que contraviene la voluntad de las mayorías ciudadanas representadas en los parlamentos. Para muchos resulta cuestionable que un órgano judicial no electivo pueda controlar las decisiones de los parlamentos elegidos democráticamente. Como afirma Roberto Gargarella:

Buena parte de los constitucionalistas y politólogos contemporáneos reconocen, al menos, la tensión existencia entre la organización democrática de la sociedad y la función judicial de revisión de las leyes... en muchos de ellos se dedican a estudiar el problema haciendo referencia a la dificultad contramayoritaria que aparece en estos casos. Esto es, la dificultad surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.⁵

El argumento contramayoritario también se puede formular frente a la reforma constitucional. En este caso la tensión puede ser mayor; la potestad del constituyente permanente, expresión paradigmática de la soberanía frente al control constitucional de la reforma que, algunos sistemas jurídicos entre los que desafortunadamente no está el mexicano, atribuye a los jueces constitucionales. Queda entonces claramente expuesta la tensión que puede haber entre defensa de la constitución y gobierno de las mayorías.

⁵ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 13.

En este sentido es pertinente recordar algunos de los apuntes de Luigi Ferrajoli cuando manifiesta que una constitución no solamente representa la voluntad popular sino los derechos de todos, incluso frente a la voluntad del pueblo. La función de la constitución es entonces la garantía de la convivencia pacífica entre sujetos e intereses.

Así, durante la evolución del constitucionalismo moderno una idea se ha mantenido intangible: la primera condición para la existencia de una constitución es la garantía de los derechos individuales como límite al poder.

En palabras de Norberto Bobbio, para el pensamiento constitucional moderno “el poder político se encuentra limitado por la existencia de derechos cuyos titulares son los individuos”⁶ y más aún, en el contexto del constitucionalismo democrático, el respeto a los límites materiales que imponen los derechos individuales a los poderes públicos constituye una condición de legitimidad para sus decisiones, se trata, en palabras de Pedro Salazar,⁷ de un tipo especial de legitimidad sustancial que se refiere al contenido mismo de dichas decisiones. Así, la toma de decisiones políticas y jurídicas condiciona su legitimidad al respeto a esos límites que resultan del contenido de los derechos individuales.

III. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Desde los postulados del constitucionalismo francés del siglo XIX, un tema recurrente en la discusión y en la práctica constitucional ha sido el de los límites a la reforma constitucional.

En este sentido, he de dejar muy claro que el proceso constituyente originario es, hasta cierto punto, ilimitado y que la cuestión planteada sobre límites es en materia de reforma constitucional, es decir, en el proceso constituyente derivado.

La mayoría de los sistemas constitucionales consideran que la actividad reformadora de la constitución es limitable. Así, la dogmática constitucional enseña que dentro de las constituciones existen, de *facto* o de *iure*, ciertos

⁶ Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 1999, p. 145.

⁷ Véase: Pedro Salazar Ugarte, *Op. cit.*, p. 86.

contenidos que deben ser inmutables, aún por la decisión de las mayorías. Estos límites pueden ser implícitos o explícitos.

Los límites explícitos pueden estar referidos directamente en el texto fundamental en lo que se conoce como cláusulas de intangibilidad.⁸ El carácter especialmente protegido de estas prerrogativas responde a que son consideradas como básicas y fundamentales para la existencia del Estado que las reconoce, y constituyen un techo axiológico que no puede ser rebasado ni siquiera por los criterios de las mayorías.

En el derecho comparado encontramos diversos ejemplos de estas cláusulas las cuales, repito, pueden estar claramente manifiestas en el texto mismo de la constitución, o su preámbulo, o pueden estar implícitas⁹ en el contenido constitucional, constituyendo el “espíritu de la constitución”,¹⁰ así encontramos en Italia¹¹ que la forma republicana de gobierno es una explícita cláusula de intangibilidad, mientras que los derechos fundamentales son cláusulas implícitas de intangibilidad para la reforma constitucional.¹²

⁸ El establecimiento de cláusulas de intangibilidad implica la distinción entre poder constituyente y poder de reforma. La declaración, a través de los límites, equivale a consagrar su naturaleza de poder constitutivo y limitado. Frente al poder constituyente, que es soberano y libre, el poder de reforma aparece, como poder inferior, en la medida en que parte de la obra constituyente queda fuera de su competencia. La distinción entre poder constituyente y de reforma surgirá a partir de dos tipos de normas: las susceptibles de revisión y las que se consideran irreformables, consideradas como súper legalidad constitucional en terminología de Hauriou. Véase: J. Jiménez Campo, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la constitución”, en: *Revista de derecho político*, núm. 7, Centro de Estudios Políticos, 1980, p. 81.

⁹ Un ejemplo claro lo tenemos en la constitución española donde, pese a la inexistencia de límites expresos, algunos autores, como J.J. Jiménez Campo, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la constitución”, *Op. Cit.*, p. 95, han afirmado la eficacia de límites implícitos. La concreción de estos límites implícitos alcanza desde el núcleo del Estado social y democrático de derecho como lo señala Calzada Conde en: *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1987, p. 21, o la fórmula política y los principios preconstituyentes de M.V. García Atance, *Reforma y permanencia constitucional*, p. 287, hasta el desarrolladísimo conjunto que expone B. Alaez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000, p. 303. Frente a estos, otros autores rechazan la existencia de estos límites implícitos o tácitos como A. Torres Del Moral, *Principios de derecho constitucional español*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 200.

¹⁰ Los límites implícitos aparecen desde el momento en que se establece el concepto político de constitución, reflejado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Kant formuló la concepción político-constitucional burguesa: el Estado civil como el Estado jurídico está fundado en los siguientes principios *a priori*: la libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano, la igualdad del mismo respecto a todos los demás como súbdito, la independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano.

¹¹ Véase: G. Lucatello, “Sull’immutabilità della forma republicana”, en: *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Vol. II, CEDAM, Padova, 1957, p. 25. Especial interés tiene la posición de la doctrina italiana en el asunto que no es, ni mucho menos, unánime. Así, algunos autores interpretan el artículo 139 de la constitución italiana desde un punto de vista meramente literal entendiendo que cuando se hace referencia a la forma republicana de gobierno se está excluyendo la posibilidad de restaurar la monarquía. Véase: G. Volpe, “Comentario dell’ articolo 139”, en: *Comentario della costituzione*, vol. Garanzie costituzionali, Bologna-Roma, Zanichelli—II Foro Italiano, 1981, pp. 729 y 745.

¹² Véase: Alejandra Villaseñor Goyzueta, *Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia*

Los límites al poder de reforma de la constitución, tema que constituye el eje central del presente trabajo, se deriva en varios tópicos trascendentales, a saber: la existencia o no de límites jurídicos o positivos autónomos internos procesales o adjetivos –con carácter temporal– y sustanciales o materiales –sean implícitos o explícitos– al poder constituyente permanente.

En el constitucionalismo contemporáneo se ha comprendido que los textos constitucionales pueden reformarse respetando siempre los valores esenciales que dan origen y sustento al Estado y a la sociedad que lo conforma, y el constitucionalismo mexicano no puede ser la excepción: las reformas constitucionales deben observar y respetar siempre el contenido esencial de nuestra carta magna, el constituyente permanente debe cuidar que la reforma constitucional que propone no sea un atentado contra la constitución misma con el riesgo de convertir en constitucional lo esencialmente inconstitucional. Así, por ejemplo en Chile, se considera que el poder constituyente derivado –lo que conocemos en nuestro sistema jurídico mexicano como poder constituyente permanente– tiene ciertos límites que derivan del capítulo I de su carta magna, denominado Bases de la Institucionalidad, y en especial del artículo 5º, inciso segundo, que consagra la función limitativa de los derechos frente al poder público; límites que en lo concerniente al poder constituyente derivado se originan en las normas iusfundamentales que disponen: el ejercicio de la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; derechos fundamentales y por remisión, de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes, en virtud del párrafo segundo del artículo 5º, inciso segundo de la constitución.¹³

En Colombia, el debate sobre los límites al poder de reforma a la constitución se agudizó con el pronunciamiento de la corte constitucional en la sentencia C-817 de 2004, donde el magistrado ponente Jaime Córdoba Treviño resuelve la demanda presentada por el ciudadano Domingo Banda en contra del acto legislativo 03/2003 de reforma a la constitución colombiana para en-

cia del tribunal constitucional español, Instituto de Derechos Humanos-Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

¹³ Esta doctrina es sostenida en Chile principalmente por Humberto Nogueira Alcalá en diversos trabajos. Véase un extracto del trabajo inédito del autor en Zuñiga Urbina, Francisco, "El control de la Constitucionalidad de la reforma constitucional", *Estudios Constitucionales*, Año 4, Vol. 4, número 002, Noviembre de 2006, Centro de Estudios Constitucionales, Chile, 2006, pp. 415-434.

frentar al terrorismo. El actor denuncia vicios de trámite en la aprobación y “vicios sustanciales” como la vulneración de disposiciones de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La corte colombiana siguió los criterios establecidos en la sentencia C-816 de 2004 donde declaró inexecutable el acto reclamado pero no se pronuncia sobre los vicios sustanciales. Es tradición de la justicia constitucional colombiana considerar como únicos límites los vicios de competencia que autorizan a reformar la constitución pero no a sustituirla.¹⁴

IV. LOS PRINCIPIOS COMO LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El tema de los límites al poder reformador de la constitución tiene un gran impacto en el sistema jurídico y político de un Estado, tan es así que los sistemas de jurisdicción constitucional están asentados sobre la quiebra del principio de separación de poderes al establecer un centinela del reparto de poderes efectuado por la constitución.¹⁵ Sin embargo, que un sistema de jurisdicción constitucional disponga el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, como ocurre en Bolivia, Colombia, Costa Rica, Panamá, Alemania, Irlanda, entre otros, es un control de constitucionalidad preventivo y, cuando el caso lo amerite, represivo para proteger el respeto a los derechos fundamentales en el contenido de la reforma misma.

Sin embargo, el sistema de jurisdicción constitucional, mediante el cual se otorga a los tribunales constitucionales la facultad de controlar preventiva o represivamente un proyecto de reforma a la carta magna ha sido hartamente debatido. Esta discusión ha sido claramente explicada por Silva Bascañán en los siguientes términos:

Es muy particular la posición en que se encuentra el Tribunal Constitucional en relación a los cambios en el Estatuto Fundamental. Estos se resuelven por el poder Constituyente derivado, el que, por su naturaleza y misión, se sitúa por

¹⁴ Para estudiar con mayor detenimiento el caso de la justicia constitucional colombiana y los límites a la reforma constitucional véase Cajas Sarriá, Mario Alberto, “La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso”, *Precedente*, Anuario Jurídico, Vol. 1, Noviembre, Universidad Icesi, Cali, 2005.

¹⁵ Véase: Francisco Zúñiga Urbina, *Op. cit.*, p. 416.

encima de los poderes constituidos, carácter de que goza el Tribunal Constitucional. Ello explica, que, en principio, el poder reformador de la Carta no está llamado a subordinarse necesariamente al examen del Tribunal Constitucional; éste se instituye, por su misma razón de ser, sólo para velar por la observancia de las reglas de la Carta promulgada y en vigencia a fin de que ésta sea fielmente interpretada y cumplida...

De acuerdo al contenido de la Carta de 1980 la sustancia de una reforma no podrá menos de diferir de la normativa que se modifica, y el Poder Constituyente derivado no puede prescindir de los límites de los derechos fundamentales... Esto tiene que ser el fundamento ineludible para que el Tribunal Constitucional repare un proyecto de reforma constitucional que pugne con los derechos del hombre.¹⁶

Así, podemos afirmar que, siguiendo las doctrinas expuestas, las decisiones de un Estado soberano, expresándose en el ejercicio del poder constituyente permanente, que actúa a través de la aprobación de un proyecto de reforma constitucional, no pueden vulnerar las restricciones que derivan de los derechos fundamentales, del derecho internacional de los tratados, y serán precisamente estos límites los que darán la pauta al tribunal constitucional para ajustarse al examinar un proyecto de reforma en el que haya surgido la cuestión de constitucionalidad por sentenciar.

Para reforzar la afirmación precedente apuntaré que en una democracia constitucional el tribunal constitucional es el custodio de la constitución, es por lo tanto, la expresión máxima de autodeterminación política de una comunidad, pero no sustituto de ésta en el ejercicio del poder constituyente permanente sino un guardián del cumplimiento de los contenidos básicos y el respeto a los derechos esenciales que ordenan y fundamentan el orden constitucional. En términos de Montesquieu, el tribunal constitucional tiene un *pouvoir d'empêcher* y no un *pouvoir d'établir*, es decir, podrá limitar, pero no establecer los contenidos de la reforma a la norma fundamental.

Una vez que he señalado cuál sería, desde mi perspectiva, el órgano idóneo para controlar la reforma constitucional, he de esbozar mi postura so-

¹⁶ Véase: Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, Volumen X, Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

bre la existencia de principios supraconstitucionales como límites a la actividad del poder constituyente derivado.

Señala Michel Troper¹⁷ que a pesar de que la tesis *iusnaturalista* que admite la existencia de derechos supraconstitucionales y que fue sostenida por autores tan importantes como Duguit y Hariou, fue abandonada siguiendo las teorías de Carré de Malberg y Kelsen, en los últimos años ha experimentado un resurgimiento.

Una parte importante de la doctrina francesa sostiene que el poder constituyente derivado está limitado por ciertos principios. Ahora bien, el asunto conceptual de los principios no es un asunto sencillo de abordar; las distintas interpretaciones que tienen éstos dentro sistema jurídico nos lleva a considerar que los principios pueden ser considerados desde las siguientes perspectivas:

- Como normas muy generales o vagas de carácter programático que no pueden ser aplicadas de manera directa ya que requieren de normas complementarias;
- Como normas de nivel superior; y,
- Como normas cuyo contenido expresa valores importantes, incluso fundamentales.

Sin embargo, cuando se hace referencia a principios extraconstitucionales se hace alusión, sin duda, a normas generales que tienen como contenido valores fundamentales y que requieren, para poder aplicarse, normas más precisas de nivel constitucional.¹⁸ El nudo gordiano lo constituye saber en qué nivel se sitúan los principios con referencia al texto constitucional.

Para que estos principios puedan surtir efectos como límites al poder de reforma a la constitución es necesario que sean superiores a la misma y es

¹⁷ Michel Troper, *Ensayos de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2008, p. 77.

¹⁸ En este sentido, vale la pena recordar la tesis sostenida por Carl Schmitt quien rechaza que la constitución esté integrada por principios y para él, la constitución se integra por "decisiones" que no son normas en sí mismas. Sin embargo, para Schmitt estas "decisiones" también representan un límite al poder constituyente derivado por lo que no hay diferencia sustancial entre su doctrina y la tesis acerca de los principios supraconstitucionales. Así, para el profesor alemán la Constitución es como una decisión que emana del soberano o, como él mismo escribe, como un ser, el ser mismo del Estado. Véase: Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 1998.

aquí donde nos debemos señalar lo más claramente posible lo que se entiende por superioridad o supremacía.

En el lenguaje de la dogmática jurídica se habla de la superioridad de una norma A sobre una norma B desde cuatro perspectivas:

- a) La norma A es superior porque sirve para justificar el contenido de la norma B en razón de un grado de generalidad más alto y el contenido de la norma B es justificado si puede subsumirse a la norma A,
- b) La norma A sirve para interpretar el texto de la norma B,
- c) La norma A constituye el fundamento de validez de la norma B, así esta última será identificada como una norma válida en razón de su conformidad respecto a la norma A y considerada como anulable en caso de no ser conforme a ésta,
- d) La norma A se beneficia de una protección particular, no puede ser modificada de la misma manera que la norma B o, simplemente, no puede ser modificada.

Por lo que se refiere a la supraconstitucionalidad en materia de principios, los dos primeros incisos resultan importantes pero no trascendentales; sin embargo, los incisos *c)* y *d)* son muy útiles para suscribir la teoría de la existencia de valores supraconstitucionales. Esto es así porque, si bien, los principios pueden servir para interpretar o justificar la norma constitucional es la existencia de principios superiores al texto constitucional, y a los poderes constituidos por este mismo texto, que podríamos hablar de principios como límites a la reforma constitucional.

Así, siguiendo la tesis de Carl Schmitt que considera que el pueblo tiene siempre el poder de cambiar su constitución encontramos que el poder no tiene una base jurídica *per se*, sino que constituye una especie de derecho natural que se refleja, en primerísima instancia, en el consenso de ciertos principios que orientan la actividad constituyente originaria y, con mucha más fuerza, la actividad constituyente derivada.

En este mismo sentido, he de afirmar siguiendo las teorías de destacados constitucionalistas que señalan que todo sistema constitucional es un sistema originado *prima facie* por una serie de consensos políticos y sociales que dan origen a un conjunto de valores –contenidos axiológicos– que son consi-

derados fundamentales para una determinada sociedad en un determinado momento y esto redundará en el establecimiento de principios orientadores tanto de la actividad constituyente, legislativa y de gestión y administración de la autoridad y el poder. Así, los principios son inspiración y contenido de la norma fundamental.

De acuerdo con lo anterior, los principios supraconstitucionales son entonces aquellos bajo cuya perspectiva puede ejercerse el control de la reforma constitucional y de las leyes secundarias. Es evidente que es imposible elaborar una lista de principios *ex ante*, no sólo porque es susceptible de cambiar de un orden jurídico a otro, sino porque en el seno de un orden jurídico dado, cada jurisdicción incluye o excluye tal o cual principio de la categoría cuya violación puede suponer la anulación de una ley constitucional.

Una vez que he llegado a este punto de mi argumentación, tengo que señalar que algunas cortes constitucionales admiten la existencia de principios constitucionales y otras no. En el primer caso, se ha definido a los principios como aquellos que, formando la constitución propiamente dicha, la constitución en sentido material según la terminología de Schmitt y de Mortatti, no pueden ser modificados sino siguiendo un procedimiento muy complejo que involucre directamente el ejercicio soberano constituyente originario y esto es así porque, como señala Schmitt, la constitución material es el conjunto de decisiones del pueblo soberano y sólo éste puede modificarla.

Pero no debemos llamarnos a confusión, no es la existencia de principios lo que conduce al control, es al contrario, el control lo que conduce al descubrimiento de los principios, así, por ejemplo, la Corte Suprema de la India estableció en 1976 el principio de que el poder de revisión –constituyente derivado– no permite destruir la estructura fundamental de la constitución. Este principio “desenterrado” por la corte india fue aplicado posteriormente en muchas ocasiones.

Más recientemente, algunos sistemas constitucionales se pronuncian a favor del principio de progresividad de los derechos fundamentales, como principio originario y de validez de la norma constitucional; así, cualquier reforma constitucional contraria a este principio debe ser declarada incompatible con el sistema y la constitución misma.

En nuestro país, hemos visto, especialmente a partir del segundo semestre de 2007, la tendencia de reformar la constitución para limitar o restringir ciertos derechos fundamentales: la libertad de expresión en el caso de la reforma constitucional en materia electoral, la libertad de las comunicaciones, de asociación y la inviolabilidad del domicilio, así como los derechos al debido proceso en el caso de la reforma constitucional en materia de seguridad pública; si fuera el caso, que no lo es, que nuestro sistema admitiera la existencia de principios supraconstitucionales como límite a la reforma, se podría argumentar que las reformas señaladas son contrarias al principio constitucional de la progresividad de los derechos fundamentales y siendo contrarios al espíritu de la Constitución son inconstitucionales.

Sin embargo, pese a lo bien que suena lo anterior en teoría, en nuestro sistema constitucional no es posible.

V. REFLEXIONES FINALES

Ha sido objeto del presente trabajo transitar por los conceptos de constitución, y de democracia, estableciendo un sistema de relaciones entre el poder de la mayoría y el contenido jurídico-constitucional de un Estado, estableciendo que las decisiones mayoritarias deben estar constreñidas, en lo que se refiere a reforma constitucional por el contenido de los derechos fundamentales y los principios supraconstitucionales, esto me lleva a las siguientes reflexiones finales.

En primer lugar, debemos comprender que el concepto de constitución como sistema dependerá ineludiblemente del concepto mismo de constitución que tengamos, ya que algunas doctrinas le dan el carácter de norma jurídica suprema y otras le otorgan la categoría de norma política. Considero que una constitución es ambas cosas a la vez, es una norma de carácter político que se instituye en base y techo del sistema jurídico y político de un Estado, es, por lo tanto, norma fundamental y norma fundante.

La constitución comprendida desde esa duplicidad de categoría debe contener mecanismos para defender sus propios contenidos, los cuales pueden ser de dos tipos: reformables o intangibles. En materia constitucional el tema de la reforma es necesario para conseguir una constitución viva que

responda a la realidad política, económica y social de un país, sin embargo existen ciertos contenidos dentro de la carta fundamental que resultan inatacables, imprescriptibles, irrenunciables e inmodificables aun por los criterios de las mayorías representadas en los poderes democráticamente electos: los derechos fundamentales son los límites a los poderes constituidos, incluso al poder constituyente permanente o derivado.

Algunos sistemas de jurisdicción constitucional, entre los que he destacado Alemania, Chile y Colombia, contienen mecanismos procesales para revisar –que no establecer– el contenido de una reforma constitucional. En estos sistemas, los tribunales constitucionales se convierten en el albacea de los derechos que fundamentan el orden constitucional. Así, existen las acciones de inconstitucionalidad contra la reforma constitucional.

Desafortunadamente en nuestro país el sistema de justicia constitucional está incompleto, faltan importantes medios de defensa de la constitución y de su contenido y cito: el recurso de inconstitucionalidad por omisión –que si bien existe en algunas entidades federativas, a nivel federal no se contempla– y el recurso de inconstitucionalidad tanto del procedimiento como del contenido de las reformas constitucionales.

La naturaleza del órgano a quien debe otorgarse la legitimación para conocer de los recursos de inconstitucionalidad de la reforma constitucional pueden ser objeto de un profundo debate y minucioso estudio, que no es objeto del presente trabajo pero que adelante, puede otorgarse esa función al pleno de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación de manera remedial o puede, y esto me aventuro y afirmo de manera contundente: crearse un tribunal constitucional y darle a este órgano independiente del poder judicial de la federación la legitimación para ser el revisor de la constitucionalidad de la reforma constitucional.

La inexistencia en nuestro país de un mecanismo eficaz para poner en cuestión la constitucionalidad de las reformas a nuestra carta fundamental se ha hecho más evidente a partir del inicio del ejercicio democrático que ha llevado a construir gobiernos compartidos por dos o más fuerzas partidarias. Sin embargo, es especialmente a partir de la segunda mitad del año 2007, que con el desecamiento de los amparos interpuestos contra la reforma a la carta magna en materia constitucional han fortalecido la postura que desde 2002

mantiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación: no tiene facultades para revisar las actuaciones del constituyente permanente.

Resulta preocupante que nuestro constituyente parece actuar, cada vez con mayor claridad, al servicio de intereses determinados o determinables: las cúpulas de los partidos, así, la partidocracia se convierte en el poder de reforma constitucional sin límite alguno. Urge entonces que nuestro sistema de justicia constitucional establezca límites –como los principios–, mecanismos y un órgano para limitar el poder reformador de la partidocracia consolidando a México como una verdadera democracia constitucional.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN MICHOACÁN A PRINCIPIOS DEL SIGLO XIX. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1825

Francisco Ramos Quiroz*

RESUMEN

Desde hace varios años el tema del control constitucional se ha proyectado como uno de los de mayor actualidad; no obstante, la mayoría de trabajos sobre éste lo abordan desde una perspectiva procesal y enfocada directamente con el presente. Debemos recordar que dicho tema posee hondas raíces en nuestra historia constitucional, por lo que vale la pena resaltar su aspecto histórico tan importante como poco estudiado. En el presente trabajo se analiza el control de la constitucionalidad establecido en la Constitución michoacana de 1825. A fin de lograr un mejor desarrollo del tema, éste se aborda desde una perspectiva teórica en la primera parte del estudio, de igual forma se realiza un breve análisis sobre el control constitucional en la carta federal de 1824.

ABSTRACT

For several years, the subject of constitutional control has been projected as one of those of major current importance; nevertheless, the majority of works approach it from a procedural perspective and focused directly with the present. We must remember that this issue has deep roots in our constitutional history, so it is worth noting the historical aspect as important as unstudied. In the present work there is analyzed the control of the constitutionality established in the Constitution of Michoacán of 1825. In order to achieve a better development of the topic, this one is approached from a theoretical perspective in the first

* Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

part of the study, just as is a brief analysis of the constitutional control in federal charter in 1824.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años el tema del control constitucional se ha proyectado como uno de los de mayor actualidad; no obstante, la mayoría de trabajos sobre éste lo abordan desde una perspectiva procesal y enfocada directamente con el presente. Debemos recordar que el control constitucional posee hondas raíces en nuestra historia constitucional, por lo que vale la pena resaltar su aspecto histórico tan importante como poco estudiado.

Hoy en día el control jurisdiccional de la constitución parece ser aceptado como la vía idónea para mantener vigente el imperio de la ley suprema; sin embargo, vale la pena señalar que el control constitucional del siglo XIX presenta importantes diferencias respecto del actual, discrepancias que resulta necesario destacar a fin de lograr una mejor comprensión de su evolución. Una de esas diferencias guarda relación con el órgano encargado de ejercer dicha función de control constitucional, pues en nuestros días resulta algo natural el ascenso del poder judicial como el encargado de su tutela; mientras que durante la primera parte de la centuria decimonónica fue el poder legislativo el que ejerció dicha función de manera predominante.

Así, el objetivo del presente trabajo es mostrar una visión general sobre las formas de llevar a cabo la defensa de la constitución en la primera carta michoacana. De modo que resulta necesario explicar algunos conceptos relacionados con el tema a fin de facilitar la explicación del mismo. En atención a lo anterior, el trabajo se desarrollará de la siguiente manera: una primera parte donde se analizarán algunas cuestiones teórico-conceptuales sobre el control constitucional y la defensa de la constitución, y una segunda parte consistente en el estudio de los instrumentos de control constitucional previstos en la Constitución Política del Estado de Michoacán de 1825, así como una breve revisión de la carta federal de 1824.

II. CONTROL CONSTITUCIONAL

Por control constitucional podemos entender aquella actividad que realiza algún órgano del Estado encaminada a vigilar que la actuación de la autoridad se ajuste a lo establecido por la constitución. Así, cuando alguna autoridad realiza un acto que se considera contrario a ley suprema se dice que su actuar es inconstitucional, debiendo entonces el órgano encargado de ejercer dicho control buscar la forma de restituir el orden constitucional.

El control constitucional ha existido en diversas formas desde que ha existido la idea de constitución o norma suprema, aunque no existiera el término control constitucional, es decir, aunque no existiera el término como tal sí existían formas de ejercerlo. Vale la pena señalar que existen diversas formas de control constitucional según la naturaleza del órgano encargado de llevarlo a cabo; de tal forma que puede hablarse de control constitucional por órgano político y por órgano jurisdiccional. En el primero, el órgano político será el encargado de ejercerlo; mientras que en el control constitucional vía órgano jurisdiccional puede hablarse de dos sistemas perfectamente definidos: el sistema americano o difuso y el europeo, concentrado o austriaco, como suele llamarse con frecuencia.

En el caso del sistema americano o difuso la característica principal radica en que el control constitucional no es ejercido por una magistratura especial, sino por cualquier juez.¹ En el concentrado o europeo, en cambio, forzosamente debe ser llevado a cabo por un órgano creado para ese fin específico, y generalmente recibe el nombre de tribunal constitucional.²

No obstante lo anterior, existe una opinión generalizada en la doctrina consistente en reconocer un tercer sistema de control constitucional vía órga-

¹ Además de ser difuso, el sistema americano de control constitucional posee las siguientes características: es incidental, porque no forma parte de la esencia de un conflicto, sino que dentro de éste debe plantearse como cuestión incidental. Es especial, toda vez que los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad únicamente alcanzan a las partes, pues se deja sin aplicar la norma inconstitucional en el caso concreto. Como consecuencia de lo anterior se considera declarativo, pues únicamente se limita a dirimir una situación jurídica controvertida, declarando si efectivamente existe inconstitucionalidad o no.

² Por su parte, el sistema europeo posee otras características: es principal, debido a que su tramitación no depende de una controversia distinta. Es general, puesto que la declaratoria de inconstitucionalidad que se hace posee efectos generales (*erga omnes*). Es constitutivo, debido a que la declaratoria de inconstitucionalidad se da mediante una sentencia que constituye una nueva situación de derecho, diferente a la anterior y con efectos a futuro.

no jurisdiccional, cuya nota distintiva es que no coincide cabalmente ni con el americano ni con el europeo, sino que posee características de ambos, por lo que los estudiosos de la materia lo han llamado sistema mixto, dual, paralelo e inclusive híbrido.³

Como se apuntó líneas arriba, para el siglo XIX debemos tener en cuenta que el control de la constitucionalidad en México a nivel federal poseía características que lo hacían diferente al que opera hoy en día. Una diferencia radica en el órgano encargado de ejercerlo, pues en la actualidad el poder judicial se ha ido posicionando como el órgano encargado de llevarlo a cabo; mientras que en el siglo XIX y principalmente en la primera mitad, nos encontramos con que los encargados de ejercerlo fueron los poderes legislativo y judicial, por lo que podríamos hablar de un control constitucional mixto entre órgano político y jurisdiccional. Además que en algunos momentos estuvimos en presencia de un pleno control político de la constitución, como fue el caso del Supremo Poder Conservador en 1836.

III. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Una vez explicado el control constitucional, consideramos atinado hacer referencia a la defensa de la constitución, pues ésta constituye la base teórica que sirve de sustento al control constitucional. De tal suerte que para explicar dicho concepto nos apoyaremos en la doctrina desarrollada por Héctor Fix-Zamudio, uno de sus principales teóricos en nuestro país.

En ese sentido, Fix-Zamudio considera que “la defensa de la constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido, tanto para conservar la normativa constitucional, como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr su desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales”.⁴

Como puede observarse, la defensa de la constitución es un concepto bastante amplio, motivo por el cual el mismo autor la divide en dos sectores

³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los tribunales constitucionales y la suprema corte de justicia de la nación*, SCJN, México, 2003, pp. 37-40.

⁴ Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 2001, p. 176.

perfectamente definidos, a saber: la protección de la constitución y la justicia constitucional.

La protección de la constitución, de acuerdo con Fix-Zamudio, está integrada por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido incorporados en la carta magna, entre estos instrumentos figuran: la división de poderes, el procedimiento dificultado de reforma constitucional, entre otros.⁵

Por su parte, la justicia constitucional se refiere al estudio de las garantías constitucionales, entendidas como: “los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas”.⁶

En conclusión, de acuerdo con el enfoque teórico de Fix-Zamudio, la defensa de la constitución se refiere de manera genérica a todos aquellos mecanismos cuya finalidad es prevenir las violaciones a ésta y restablecer su orden cuando ha sido violado. De tal suerte que hay dos formas de hacer la defensa de la constitución, por un lado la protección de la constitución, es decir, aquellos mecanismos preventivos para evitar violaciones a la normativa constitucional y, por otro, la justicia constitucional, que tiene aplicación cuando se ha llevado a cabo alguna violación al orden constitucional, dicho en otras palabras, cuando la protección de la constitución no ha sido suficiente para garantizar su observancia.

Vale la pena recordar que no son lo mismo garantías constitucionales que garantías individuales, pues las primeras se refieren a los instrumentos jurídicos previstos para llevar a cabo el control constitucional en caso de violación a la ley suprema. En tanto que las garantías individuales pueden entenderse como la esfera mínima de derechos del gobernado frente a la autoridad, mismos que se hacen valer forzosamente mediante el juicio de amparo. A manera de ejemplo y situándonos en el presente podemos señalar que entre las garantías constitucionales previstas en la Constitución Política de los Esta-

⁵ Figuran también dentro de la protección de la constitución: la institucionalización de factores sociales, grupos de interés, grupos de presión y partidos políticos, así como algunos aspectos relacionados con la regulación de recursos financieros. Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Ibidem*, pp. 179-190.

⁶ Héctor Fix-Zamudio, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1997, p. 289.

dos Unidos Mexicanos de 1917 figuran: las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio político, el juicio de amparo, entre otros.

Es de destacarse que en la doctrina se utilizan de manera indistinta los conceptos garantías constitucionales y justicia constitucional.⁷ Sin embargo, otro concepto que sí posee una marcada diferencia es la jurisdicción constitucional, pues ésta se entiende referida únicamente a aquellos procedimientos tendientes a lograr la efectividad de la normativa constitucional pero que son llevados específicamente ante órganos jurisdiccionales.

Mediante el control constitucional y la defensa de la constitución se intenta mantener vigente el principio de la supremacía de la constitución, mismo que “se traduce en la cualidad que tiene la constitución de ser la norma que funda y da validez a la totalidad del ordenamiento jurídico de un país determinado”.⁸ De esta forma, ambos conceptos guardan relación con la supremacía constitucional, ya que mediante ellos se intenta mantener dicho principio.

Ahora bien, estos conceptos han requerido grandes esfuerzos por parte de académicos para lograr su consolidación teórica; sin embargo, un aspecto que ha sido olvidado casi por completo es el estudio de los instrumentos de control constitucional desde la perspectiva histórica, en lo que bien podría considerarse como una línea de investigación imprescindible en la materia, a manera de historia del control constitucional o historia de la justicia constitucional.

Al existir una extensión del control constitucional hacia la defensa de las constituciones locales y estudiar sus instrumentos de control desde la perspectiva histórica, además de la historia de la justicia constitucional en la nación, bien podríamos hablar de una historia del control constitucional local. De tal suerte que este trabajo pretende contribuir al respecto al realizar un estudio sobre el control constitucional en la Constitución Política del Estado de Michoacán de 1825.

⁷ El mismo Héctor Fix-Zamudio utiliza ambos conceptos como sinónimos, en ese sentido puede hacerse notar que en su obra *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos* divide la defensa de la constitución en protección de la constitución y garantías constitucionales, mientras que más recientemente en su obra *Derecho constitucional mexicano y comparado* se refiere a la misma división pero ahora como protección de la constitución y justicia constitucional.

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La supremacía constitucional, serie grandes temas del constitucionalismo mexicano*, t. I, México, 2005, p. 37.

IV. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1824

Antes de iniciar el estudio del control constitucional en Michoacán en el periodo que nos ocupa, consideramos necesario analizar brevemente la situación operante a nivel federal, a fin de estar en condiciones de explicar lo relativo a la entidad.

Una vez consumada la independencia, el naciente Estado mexicano comenzó un proceso de formación o transformación de sus instituciones en un ambiente donde las divergentes ideas políticas se inclinaban por rumbos disímiles; basta con recordar las diferencias entre los partidarios de la monarquía o del imperio y los de la república, los del centralismo y los del federalismo, etcétera.

En 1824 fue promulgada la primera constitución federal mexicana, producto de los debates del constituyente integrado por diputados de los diversos estados.⁹ Cabe señalar que ha sido ampliamente debatida en la doctrina la influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 en nuestro primer constituyente, influencia que efectivamente existió, al igual que la de la constitución de Cádiz de 1812, restablecida en 1820, e inclusive de la constitución de la primera república francesa de 1793, sin que por ello pierda mérito el trabajo de aquel constituyente.¹⁰ Consideramos baladí esa discusión sobre las influencias extranjeras para efectos de nuestro objetivo, por lo que únicamente nos interesa dejar constancia de algunos elementos que fueron adoptados por nuestros legisladores en esos momentos.

Dentro de las ideas acogidas en ese primer pacto político pueden señalarse de manera especial: la adopción de una república representativa popular federal, así como la división del poder público para su ejercicio en ejecutivo,

⁹ Entre los diputados que participaron en el congreso constituyente figuraron Miguel Ramos Arizpe, Manuel Crescencio Rejón, Valentín Gómez Farías, Lorenzo de Zavala, José María de Bustamante, Fray Servando Teresa de Mier, por citar algunos.

¹⁰ Sobre las influencias extranjeras en nuestra Constitución de 1824 pueden verse: David Pantoja Morán, *El supremo poder conservador, el diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, el Colegio de México y el Colegio de Michoacán, México, 2005, pp. 13-50; Patricia Galeana (Comp.), *México y sus constituciones*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp.78-95; y, Juan Carlos Abreu y Abreu, "La justicia constitucional a dos fuegos: federalistas contra centralistas", en: *Historia de la justicia en México, siglos XIX y XX*, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, pp. 3-21.

legislativo y judicial.¹¹ Aunque debe tenerse presente que el principio de la división de poderes ya había sido adoptado anteriormente por la constitución de Apatzingán, la de Cádiz y el Reglamento Político Provisional del Imperio.

Otro principio adoptado en la carta federal de 1824 fue el de la supremacía de la constitución, de tal suerte que la forma de garantizar ese principio debería estar basada en un efectivo control constitucional. Sin embargo, para el siglo XIX debemos tener en cuenta que el control de la constitucionalidad en México poseía características que lo hacían diferente al que opera hoy en día. Una diferencia radica en el órgano encargado de ejercerlo, pues en la actualidad el poder judicial se ha ido posicionando como el órgano encargado de llevarlo a cabo; mientras que en el siglo XIX y principalmente en la primera mitad, nos encontramos con que los encargados de ejercerlo a nivel federal fueron los poderes legislativo y judicial, por lo que podríamos hablar de un control constitucional mixto entre órgano político y jurisdiccional. Además que en algunos momentos estuvimos en presencia de un pleno control político de la constitución, como fue el caso del Supremo Poder Conservador en 1836.

Sin que sea el objetivo de nuestro trabajo, comentaremos algunas atribuciones relacionadas con el control constitucional plasmadas en la constitución federal de 1824, a fin de ejemplificar la diferencia entre ese control constitucional y el actual. Posteriormente haremos el mismo parangón entre los instrumentos establecidos en las constituciones federal y estatal, explicando la diferencia entre ambos.

Entre las facultades de control constitucional de carácter jurisdiccional encomendadas por la constitución de 1824 al poder Judicial, y principalmente a la corte suprema, en ese momento podemos observar al menos dos perfectamente definidas: cuando dos entidades federativas entran en conflicto y cuando algún órgano del Estado viola un precepto constitucional.

La primera consiste en conocer las diferencias entre uno y otro estado de la federación, siempre que se reduzca a un juicio contencioso en el cual deba recaer formal sentencia. En este caso el control constitucional radica en que, mediante la resolución de esas controversias, la corte contribuiría a mantener el sistema federal y el reparto de competencias establecido por la propia cons-

¹¹ Artículos 4º y 6º, *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* de 1824.

titución.¹² Esta facultad constituye el antecedente más remoto en nuestro país de lo que hoy conocemos como controversias constitucionales.

La segunda atribución de la corte suprema en materia de control constitucional señala la facultad de conocer las infracciones de la constitución y leyes generales, según prevenga la ley.

137. Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes:

V. Conocer:

-Sexto. ...y de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley.¹³

Desgraciadamente esta facultad relacionada con las infracciones constitucionales se encontraba sujeta a una ley reglamentaria que nunca se elaboró. En ese sentido, hace falta investigar en los archivos judiciales si la suprema corte de justicia ejerció esa facultad de control constitucional o no, a pesar de la ausencia de ley reglamentaria.

Ahora bien, el poder legislativo también poseía facultades de carácter político en materia de control constitucional, como se desprende del siguiente artículo:

38. Cualquiera de las dos cámaras podrá conocer en calidad de gran jurado sobre las acusaciones:

IV. De los gobernadores de los Estados, por infracciones de la constitución federal, leyes de la Unión, u órdenes del presidente de la federación, que no sean manifiestamente contrarias a la constitución y leyes generales de la Unión, y también por la publicación de leyes y decretos de las legislaturas de sus respectivos Estados, contrarias a la misma constitución y leyes.¹⁴

De esta forma, corresponde a las cámaras del legislativo federal conocer tanto de infracciones a la constitución cometidas por los titulares del poder ejecutivo federal o local, como por los decretos y leyes de los órganos legisla-

¹² Artículos 157 a 162, *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* de 1824.

¹³ *Ibidem*, Artículo 137.

¹⁴ Artículo 38, *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* de 1824.

tivos de las entidades federativas. Dicho de otro modo, corresponde al Congreso de la Unión, no como órgano legislativo, sino como órgano jurisdiccional, es decir, como gran jurado, conocer las infracciones a la constitución cometidas por las autoridades legislativas y ejecutivas de los estados.

Tomando en cuenta que la base del control constitucional radica en la interpretación misma de la ley suprema, el congreso general, no los órganos judiciales, ni siquiera la corte suprema, poseía exclusivamente esa atribución de interpretación, según lo dispuesto en el artículo 165. “Sólo el congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los artículos de esta constitución y de la acta constitutiva.”

El artículo de la constitución de 1824 que faculta de manera expresa al poder legislativo para ejercer el control constitucional es el siguiente:

El congreso dictará todas las leyes y decretos que crea conducentes, á fin de que se haga efectiva la responsabilidad de los que quebranten esta constitución ó la acta constitutiva.¹⁵

De lo anterior podemos concluir que el control constitucional en la carta magna de 1824 no estaba encomendado a un poder único determinado, sino que por el contrario, se llevaba a cabo un control mixto ejercido tanto por el poder judicial como por el legislativo.

V. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE MICHOACÁN DE 1825

En la constitución federal de 1824 se estableció la obligación para los estados miembros de la federación de organizar su gobierno interior conforme a la carta federal, así como de publicar su respectiva constitución, leyes y decretos.¹⁶ Acorde con lo anterior, en Michoacán se convocó a un Congreso Constituyente, que según Tena Ramírez quedó instalado el 6 de abril.¹⁷ Entre los constituyentes figuraron Pedro Villaseñor, Agustín Aguiar, José María Rayón,

¹⁵ *Ibidem*, artículo 164.

¹⁶ Artículo 161 fracciones I y II, *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* de 1824.

¹⁷ Felipe Tena Ramírez, *Michoacán y sus constituciones*, Impresiones Arana, Morelia, 1968, p. XIII.

José María Jiménez, Manuel González, José María Paulin, Manuel Menendez, Juan José Pastor Morales, José Salgado y Manuel de la Torre Lloreda.

El 19 de julio de 1825 fue sancionada la Constitución Política del Estado de Michoacán. En ella se adoptó la división del poder público en legislativo, ejecutivo y judicial. El cuerpo de la constitución quedó integrado por 223 artículos, entre los cuales resaltan a primera vista aquellos que establecen los derechos comunes a todo hombre, así como los derechos exclusivos de los michoacanos. De los primeros haremos algún comentario al final del presente apartado.

Sobre el control constitucional podemos comentar que la constitución michoacana de 1825 consagra algunas diferencias respecto de la federal de 1824. En ese sentido se puede señalar que lo relacionado con la obligación de las autoridades de velar por el cumplimiento de la constitución, así como las sanciones a los infractores de la misma y el sistema para llevarlo a cabo, está mejor definido en la carta local, por lo que podemos decir que cuenta con una técnica jurídica superior que la federal.

A nivel local se previó un control constitucional de carácter político, es decir, encomendado al legislativo, y el poder judicial participaba únicamente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores de la constitución. En primer término encontramos una de las disposiciones que nos da la pista de lo anterior en el siguiente sentido:

43. Pertenece á la diputación permanente:

Primero: velar sobre la observancia de la constitución federal, de la del Estado y sus leyes, dando cuenta al Congreso de las infracciones que note.¹⁸

Así, podemos entender que la diputación permanente tenía la obligación de velar por la observancia de las constituciones federal y local, así como de sus leyes, pero lo más importante es que se estableció la obligación de esta diputación de dar cuenta al congreso sobre las infracciones que fueran advertidas por ella, lo cual nos conduce a pensar que el órgano encargado de conocer esas infracciones sobre la observancia de la constitución era justamente el congreso. En el mismo sentido se establecía una atribución similar para el consejo de gobierno, órgano del poder ejecutivo, consistente en lo siguiente:

¹⁸ Artículo 43, *Constitución Política del Estado de Michoacán* de 1825.

85. Las atribuciones del consejo, son:

Segunda: velar sobre el cumplimiento de la constitución y las leyes, y dar parte al Congreso de las infracciones que notare con el expediente que forme.¹⁹

Luego entonces, hay dos órganos políticos encargados de observar que se cumpla la constitución, uno, el consejo de gobierno, dependiente del ejecutivo, y el otro, la diputación permanente, prolongación del legislativo en los periodos de receso del congreso, aunque corresponde al congreso conocer de los asuntos en esta materia para resolver en definitiva. Además, se establece la idea de que el consejo de gobierno forme un expediente sobre la infracción respectiva, mismo que sería atendido por el congreso.²⁰

Inclusive se encomendaba a los ciudadanos guardar la Constitución y se preveía la posibilidad de éstos para reclamar su observancia, conforme a los siguientes artículos:

212. Todos los habitantes del Estado sin excepción alguna están obligados á guardar religiosamente esta constitución en todas sus partes; y ninguna autoridad podrá dispensar de este deber.

213. Todo ciudadano tiene facultad de representar ante el Congreso o el gobernador reclamando su observancia.²¹

De nueva cuenta se señala al congreso y al titular del poder ejecutivo como instancias encargadas de conocer asuntos relacionados con la observancia de la constitución, en este caso ante el reclamo de los particulares; aunque corresponda al legislativo conocer y decidir sobre la materia en definitiva.

El artículo que deja ver de manera más clara la atribución del poder legislativo para ejercer el control constitucional señala:

215. El Congreso en sus primeras sesiones tomará en consideración las infracciones de constitución, que se le hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y que se haga efectiva la responsabilidad de los infractores.²²

¹⁹ *Ibidem*, Artículo 85.

²⁰ Sobre la actuación del consejo de gobierno puede consultarse el estudio de Jaime Hernández Díaz, *El consejo de gobierno en la constitución de Michoacán de 1825 y el control de la constitucionalidad*, presentado en el ciclo de conferencias "El control constitucional en el sistema judicial mexicano" organizado con motivo del CXCII aniversario de la instalación del Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana.

²¹ Artículos 212 y 213, *Constitución Política del Estado de Michoacán de 1825*.

²² *Ibidem*, Artículo 215.

De la lectura del artículo anterior no queda duda que el control constitucional estaba planeado para ser ejercido por el poder legislativo representado por el congreso, el cual debería tomar en consideración las infracciones constitucionales que le hubieran sido presentadas por la diputación permanente, el consejo de gobierno, el titular del poder ejecutivo e inclusive por los ciudadanos. De esta forma el congreso pondría el conveniente remedio, es decir, ejercería el control constitucional y ordenaría además se hiciera efectiva la responsabilidad de los infractores de la constitución, turnándose al poder judicial. Dicho en otras palabras, se ejercería el control constitucional, se restablecería el orden constitucional y se haría efectiva la responsabilidad de los infractores.

A manera de ejemplo del control constitucional ejercido por el congreso, podemos citar su decreto número 46, dictado el 19 de agosto de 1830, en el cual se manifiesta expresamente:

Se declara anticonstitucional la terna para gobernador del Estado hecha por la junta electoral en 1º de junio de 1829.²³

Cabe aquí apuntar de nuevo que aunque el consejo de gobierno y la diputación permanente poseían la atribución de dar cuenta al congreso sobre las infracciones a la constitución, éste era el único facultado para ejercer el control constitucional.

Sobre la responsabilidad de los infractores de la constitución, los constituyentes fueron demasiado cuidadosos de expresar los casos de responsabilidad por parte de los integrantes de los órganos de gobierno. Así se estableció la obligación del gobernador de:

Séptimo: pedir se exija la responsabilidad a los secretarios del gobierno general, en caso que comuniquen alguna orden contraria a la constitución del Estado.²⁴

También se estableció la responsabilidad de los miembros del Consejo de Gobierno en el siguiente sentido:

86. Los individuos del consejo son responsables de todos sus procedimientos en el desempeño de las funciones de su encargo, y principalmente por consultas contrarias a la constitución o leyes del Estado.

²³ Amador Coromina, *Recopilación de leyes, decretos, reglamentos y circulares expedidas en el estado de Michoacán*, t. IV, Imprenta de los hijos de I. Arango, Morelia, 1886, p. 64.

²⁴ Artículo 74, *Constitución Política del Estado de Michoacán* de 1825.

Otro caso de responsabilidad señalado fue el relacionado con el secretario de gobierno, pues como todas las órdenes del gobernador debían autorizarse por este secretario, se estableció:

92. Será responsable de las que autorice contra la Constitución y leyes del Estado, sin que le sirva de excusa haberlo mandado el gobernador.

Debe destacarse que a lo largo del texto constitucional, como ya se ha señalado anteriormente, abundan los artículos que establecen la obligación de las autoridades de velar por el cumplimiento de la constitución, lo cual nos da una idea de la importancia que ello revestía para el constituyente. En ese sentido podemos observar dicha obligación encomendada a la diputación permanente en el artículo 43 punto primero, al consejo de gobierno en el artículo 85, fracción II y al gobernador mismo, al tenor del siguiente artículo:

73. Las atribuciones de gobernador son:

Sexta, velar sobre el puntual cumplimiento, tanto de esta constitución, como de la general, y de las leyes y decretos de la Federación y del Congreso del Estado, y expedir las órdenes correspondientes para su ejecución.

Una figura importantísima contemplada en la constitución, encomendada al poder legislativo y que guarda relación con las responsabilidades de los servidores públicos, fue la de fungir como gran jurado; al respecto se dispuso:

42. Pertenece exclusivamente al Congreso:

Cuarto: conocer en calidad de gran jurado, en el modo que disponga el reglamento interior, para declarar si ha o no lugar a formación de causa, en las acusaciones que se hagan contra los diputados, gobernador, vice-gobernador, consejeros, secretario del despacho, individuos del supremo tribunal de justicia, y tesorero general, por los delitos que cometan durante su comisión.

De esa forma, una vez que se hubiera dado la declaratoria para la formación de causa en contra de los funcionarios descritos, correspondería a la

sección extraordinaria del Supremo Tribunal de Justicia conocer del asunto.²⁵ Recordemos que éste estaba integrado por dos secciones, una denominada permanente, la cual se encargaba de conocer en tercera instancia los negocios, entre otras cosas; y otra que recibía el nombre de extraordinaria, la cual se encargaba de conocer de las causas promovidas contra los funcionarios públicos.

Resulta importante apuntar que al encargarse a la sección extraordinaria del Supremo Tribunal de Justicia el conocimiento de las causas promovidas contra funcionarios públicos, éste participaba en el control constitucional haciendo efectiva la responsabilidad de los infractores.

Sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos debemos tener en cuenta que, de acuerdo con la constitución, estos estaban obligados a prestar juramento de guardar el acta constitutiva y las constituciones, tanto federal como estatal, antes de entrar en el ejercicio de sus funciones.²⁶

En nuestra opinión, el constituyente local plasmó de manera más acabada los lineamientos sobre el control constitucional que el constituyente federal, pues no sólo precisó perfectamente el control a cargo del congreso, sino que además fue previendo lo relacionado con las obligaciones de los funcionarios y la posibilidad de sancionar tanto a la diputación permanente, gobernador, consejo de gobierno y secretarios, por cometer infracciones contra la constitución, mientras que en la carta federal no se manifiestan con tanta claridad estos elementos. A manera de ejemplo podemos citar que en la constitución de 1824 no se expresa la obligación del presidente de velar por el cumplimiento de la constitución y, en el caso del consejo de gobierno sí se establece esta atribución, pero no se hace referencia a sus responsabilidades. Además, en la constitución local, a diferencia de la federal, se establece perfectamente la atribución del congreso para conocer de las infracciones a la constitución, poner el conveniente remedio y, además, ordenar se haga efectiva la responsabilidad de los infractores por parte de la sección extraordinaria del Supremo Tribunal de Justicia.

Como se ha venido señalando, la base del control constitucional radica en la interpretación de la constitución misma, en ese sentido el constituyente

²⁵ Artículos 138, 141 y 143, *Constitución Política del Estado de Michoacán de 1825*.

²⁶ *Ibidem*, Artículos 40, 67, 88, 150 y 214.

local fue claro al establecer dicha atribución de interpretación constitucional únicamente al congreso, ello de acuerdo con el artículo siguiente:

216. Solo el Congreso podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los artículos de esta constitución.

Cabe señalar que inclusive se expresó de manera directa la imposibilidad del poder judicial para interpretar las leyes, conforme a los siguientes artículos: “117. Los tribunales no podrán ejercer otras funciones, que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”, y “118. No podrán interpretar las leyes, ni suspender su ejecución”. Como consecuencia de dicha prohibición se estableció lo siguiente respecto a la sección permanente del Supremo Tribunal de Justicia:

140. Corresponde á esta sección:

Sexto: oír las dudas de los otros tribunales y jueces sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Congreso por conducto del gobierno, quien las acompañará con su informe.²⁷

Así, conforme a la ingeniería constitucional desarrollada por el constituyente local, y a diferencia de las disposiciones constitucionales que prevalecen desde 1857 hasta el presente, el poder legislativo era el único facultado para interpretar las leyes, principalmente la constitución. El poder judicial carecía de dicha facultad y por el contrario era responsable únicamente de impartir justicia en lo civil y en lo criminal, por lo que en materia de control constitucional únicamente se limitaba a juzgar sobre la responsabilidad de los infractores de la constitución.

Una de las notas distintivas de la constitución michoacana y motivo de orgullo para nosotros es el hecho de que en este instrumento se estableció un catálogo de derechos comunes a todo hombre, lo cual no se estableció a nivel federal. Sobre estos derechos podemos decir que fueron las garantías individuales de la época y se plasmaron de la siguiente manera:

²⁷ *Ibidem*, Artículo 140.

12. Los derechos comunes á todos los hombres, son:

Primero: el de libertad para hablar, escribir, y hacer cuanto quisieren, con tal que no ofendan los derechos de otro.

Segundo: el de igualdad, para ser regidos y juzgados por una misma ley, sin mas distinciones que las que ella misma establezca.

Tercero: el de propiedad, por el que pueden disponer á su arbitrio de sus bienes, y de las obras de su industria ó talento, siempre que no ceda en perjuicio de la sociedad, ó de los otros.

Cuarto: el de seguridad, por el que pueden exigir de la sociedad protección y defensa de sus personas, intereses y derechos, para el goce pacífico de los unos y de los otros.²⁸

Tal fue la importancia que el constituyente deseó conferir a estos derechos, que estableció la obligación de respetarlos, en el siguiente sentido:

13. El Estado de Michoacán los respetará como sagrados é inviolables en los hombres de cualquier país del mundo, que pisen su terreno, aunque sea sólo de tránsito. Ellos por su parte cumplirán con el deber de respetar sus autoridades y de sujetarse á sus leyes.²⁹

Al existir un catálogo de derechos comunes a todos los hombres en la Constitución Política del Estado Libre Federado de Michoacán de 1825 y esa voluntad del constituyente de que se respetaran como sagrados e inviolables, cabe la posibilidad de que algunos de estos se hayan hecho valer por parte de los michoacanos en algún juicio o ante el congreso mismo, con lo estaríamos en presencia de un tipo de control constitucional sobre estos derechos, anterior a la creación del amparo mismo. Es tal la importancia del tema, que dejamos la puerta abierta para otra investigación relacionada con los derechos comunes a todo hombre, a fin de investigar si existe la posibilidad de hablar de un control constitucional sobre estos derechos plasmados en la carta michoacana de 1825 y por tal motivo otra cara de la defensa de la constitución en ese momento.

²⁸ *Ibidem*, artículo 12.

²⁹ *Ibidem*, artículo 13.

VI. CONCLUSIONES

El control constitucional ha existido desde que surgió la idea misma de constitución, y se ha manifestado en sus diferentes formas a través de la historia. El estudio de los instrumentos de control hecho desde la perspectiva histórica permite hablar de una línea de investigación a manera de historia del control constitucional o historia de la justicia constitucional, misma que no ha sido suficientemente explorada por parte de los académicos.

El control constitucional en el ámbito federal existente en el siglo XIX en México guarda importantes diferencias respecto del que opera actualmente. Una diferencia importante radica en la naturaleza del órgano encargado de llevarlo a cabo, así, durante el siglo XIX contamos con un sistema mixto, en el cual eran los poderes legislativo y judicial los encargados de ejercerlo. Sin embargo, durante algunos momentos estuvimos en presencia de un control constitucional eminentemente político. Mientras que hoy en día hemos experimentado una tendencia a judicializar ese control al punto que, actualmente es el Poder Judicial de la Federación el órgano encargado de ejercerlo casi de manera absoluta.

De igual forma existen importantes diferencias entre el control constitucional previsto en la carta federal de 1824, respecto de la local de 1825. En ese sentido tenemos que en la constitución de 1824 se previó un sistema de control constitucional ejercido tanto por el poder legislativo como por el judicial. Mientras que a nivel local se plasmó un control constitucional de carácter eminentemente político ejercido por el congreso del Estado, donde el poder judicial participa únicamente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores de la constitución, llevando hasta sus últimas consecuencias dicho control.

El control constitucional establecido en la constitución de Michoacán de 1825 se encuentra mejor detallado que el previsto en la carta federal de 1824. En ese sentido, lo relacionado con la obligación de las autoridades de velar por el cumplimiento de la constitución, así como las sanciones a los infractores de la misma y el sistema para llevarlo a cabo, está mejor definido en la carta local, por lo que podemos decir que cuenta con una mejor técnica jurídica.

EL RECONOCIMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA.

UN CASO CONTRADICTORIO DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MEXICANO,
DERIVADO DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA
IGUALDAD POR DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LA
MUJER



Juan José González Hernández*

RESUMEN

El presente artículo aborda el tema del reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, analizando las variantes básicas de ésta. Se hace una crítica a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el trato que le ha dado a este tema, negando la procedencia de amparo, lo que deja para algunos la duda respecto a la existencia de un Estado constitucional de derecho en México.

Para explicar este tema, el autor señala un caso concreto de jurisprudencia por contradicción de tesis emitida por el tribunal constitucional mexicano, por la existencia de una laguna en un numeral del código civil del distrito federal que implicaba la violación al derecho a la igualdad por discriminación en contra de la mujer.

ABSTRACT

The present article approaches the topic of the recognition of the unconstitutionality of legislative omission, by analyzing the basic variants of this one. A critique is done to the Supreme Court of Justice of the Nation by the treatment he has given to this issue, denying the appeal for legal protection, leaving some, the doubt with regard to the existence of a constitutional State based on the rule of law in Mexico.

* Profesor y Abogado General de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

To explain this subject, the author indicates a concrete case of jurisprudence for contradiction of thesis emitted by the Mexican Constitutional Court, by the existence of a gap in a paragraph of the federal district civil code which involved the violation of the right to equality discrimination against women.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos humanos o derechos fundamentales¹ y su eficaz y efectiva tutela son las premisas básicas del Estado constitucional democrático actual, aunque en nuestro país, al decir de José Luis Caballero² ha habido un “tratamiento reductivo de las garantías”, a conveniencia del aparato gobernante, sin que haya una verdadera responsabilidad en la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos, que incluya a las violaciones por omisión.

Es precisamente la cuestión de las violaciones a derechos humanos por omisión legislativa, de la que nos ocuparemos en estas líneas, vinculándolas con el derecho a la igualdad, o a la prohibición de discriminación a la mujer, bajo un enfoque de situaciones concretas dadas en los derechos de la pensión alimenticia de la mujer divorciada y la respuesta jurisprudencial mexicana, que bajo atisbos claros de legalismo a ultranza, desvela en esencia una adecuada tutela de derechos esenciales —a la igualdad y a la no discriminación—, siendo a nuestro parecer un caso “raro” que merece una referencia en estas líneas.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Resulta lógico considerar que existen diversas concepciones de lo que debe entenderse por inconstitucionalidad por omisión y hay quien considera, como Néstor Pedro Sagüés,³ que ésta debe referirse exclusivamente a aquellos

¹ Para los efectos de este breve trabajo, no entraremos en la discusión y análisis de las diferencias entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales y de si estos últimos son solamente aquellos que se encuentran positivizados en el texto fundamental.

² José Luis Caballero Ochoa, “Una vuelta a los principios sobre derechos humanos en la constitución mexicana. Algunas pistas de reflexión a la luz del derecho comparado”, en: Loretta Ortiz Ahlf y otros, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y de derechos humanos*, Porrúa/ Universidad Iberoamericana, México, 2004, p. 26.

³ Néstor Pedro Sagüés, “El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina”, en: *Derecho procesal constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, A.C., Vol. I, Porrúa, México, 2004, p. 62.

casos en los que un órgano del Estado incumple con su deber constitucional de emitir determinadas normas, principalmente enfocadas a tornar operativas cláusulas programáticas o para reglamentarse por el ejecutivo leyes dictadas por el congreso o parlamento, aunque en obra diversa el mismo autor⁴ sostiene que hay dos variantes básicas de la inconstitucionalidad por omisión: a) inconstitucionalidad por mora y, b) inconstitucionalidad por negación, llamada también inconstitucionalidad por omisión “relativa”. Esta última, explica, ocurre cuando el órgano estatal cumple con legislar, “pero lo hace incorrectamente, retaceando algún derecho que la constitución otorga”.⁵

Además, doctrinarios como Mauro Cappelletti y Francisco Fernández Segado,⁶ entre otros autores, consideran que también existe “omisión inconstitucional” en los casos de “omisiones parciales o relativas”, “cuando existiendo la norma legislativa, sus carencias son tales que la convierten en inútil respecto del mandato contemplado en la constitución”.⁷

Así, se considera por parte de María Sofía Sagüés,⁸ que existe omisión relativa cuando el legislador realiza una función creadora parcial que regula sólo algunas de las relaciones y no otras análogas, con lo que viola el principio o derecho de igualdad.

III. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES FRENTE A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La inconstitucionalidad por omisión es un problema grave que afecta la vigencia de los derechos humanos; sin embargo no todos los países contemplan garantías o vías de tutela frente a tales omisiones,⁹ algunos países que no

⁴ Néstor Pedro Sagüés, “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, en: *Derecho procesal constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.*, Vol. IV, Porrúa, México, 2004, pp. 3127 y 3128.

⁵ *Ibidem*, p. 3128.

⁶ Referidos por María Sofía Sagüés, “Garantías de Control de la inconstitucionalidad por omisión”, en: *Derecho procesal constitucional. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.*, Vol. IV, Porrúa, México, 2004, p. 3101.

⁷ Francisco Fernández Segado, “La inconstitucionalidad por omisión: Cause de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica”, en: Víctor Bazán (Coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 13, citado por María Sofía Sagüés, *Ibidem*, p. 3101.

⁸ *Ibidem*, p. 3101.

⁹ Al respecto, de los que sí la contemplan, se sugiere consultar en el ámbito latinoamericano y mexicano el artículo 103, inciso 2º de la constitución de Brasil; el Artículo 336, inciso 7º de la constitución de Venezuela de

consagran acciones de tutela frente a tales omisiones, lo han hecho vía jurisprudencial, ya sea a través del poder judicial o del órgano de control constitucional, tales son los caso de Alemania, Italia y España.¹⁰

En México, tal parece que no hay tutela existente frente a tales omisiones, más aún cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en pleno ha reconocido expresamente que no procede la garantía de amparo en esos casos,¹¹ tal vez es por eso que Manuel Atienza¹² considera que existen “dudas razonables” respecto de la existencia de un Estado constitucional de derecho en México.

En tal criterio consultable bajo el rubro: leyes, amparo contra. es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que cuando el legislador ordinario es omiso en dar cumplimiento a un mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de amparo, porque de acuerdo con el principio de relatividad de la sentencia que rige en el juicio de amparo,¹³ la sentencia sólo se ocupará del quejoso o peticionario del amparo, limitándose a ampararlo y protegerlo en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que, en virtud de la sentencia que conceda u otorgue el amparo, se pueda obligar a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, porque ello implicaría otorgar efectos generales a tal sentencia, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es

1999; el artículo 207, inciso 2º-d de la constitución de Río Negro, Argentina; el artículo 81 de la constitución del estado de Tlaxcala; el artículo 110 de la constitución del estado de Chiapas; y, el artículo 65 de la constitución del estado de Veracruz.

¹⁰ María Sofía Sagúés, *Op. cit.* p. 31 12.

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Novena época, Tesis: p. CLXVIII/97, diciembre de 1997, p. 180.

¹² Manuel Atienza, *Cuestiones judiciales, serie biblioteca de ética, filosofía del derecho y política*, Vol. 91, Fontamara, México, 2004, p. 74.

¹³ Este principio aún vigente en México respecto del juicio de amparo, esencialmente consiste en que la sentencia que al efecto se dicte, tiene efectos restitutorios y de protección constitucional sólo respecto del quejoso o peticionario del amparo, sin que tenga efectos generales respecto de terceros y así se reconoce en la constitución federal en el artículo 107, fracción II, que señala: “Artículo 107 ...II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.”

una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que entonces transformaría al amparo otorgándole efectos generales, situación contraria al principio de relatividad de referencia.

No obstante lo anterior, tal parece ser que en México sí hay casos expresamente resueltos por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tratan y resuelven adecuadamente la inconstitucionalidad por omisión legislativa en casos de “omisiones parciales o relativas”, siendo éste el de la fracción XVIII (actualmente IX) del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal,¹⁴ en relación con el diverso artículo 288 del mismo ordenamiento legal.

IV. EL CASO DE LOS ARTÍCULOS 267 FRACCIÓN IX (ANTES XVIII) Y 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Aunque este pequeño trabajo hace referencia al Código Civil para el Distrito Federal,¹⁵ realmente la totalidad de los códigos civiles de las entidades federativas de nuestro país, México, contienen disposiciones prácticamente idénticas, explicándose en seguida la situación.

En el artículo 267 de referencia, se hace un listado por el legislador de las causales de divorcio necesario, de las cuales destaca la actual fracción IX, antes XVIII, que consagra como causal de divorcio necesario la separación de los cónyuges por más de un año,¹⁶ independientemente del motivo que haya originado la separación, causal que puede ser invocada por cualesquiera de los cónyuges, de donde se infiere claramente que en este caso no existe la imputación, responsabilidad o culpabilidad de alguno de los cónyuges en es-

¹⁴ Actualmente corresponde a la fracción IX del mismo artículo que textualmente refiere: “artículo 267. Son causales de divorcio: ...IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos”.

¹⁵ La razón de ser así, es porque la jurisprudencia la que posteriormente abordaremos, se refiere precisamente a dicha legislación y las limitaciones impuestas a este trabajo en su extensión, que impiden hacer referencia a la legislación de cada una de tales entidades federativas.

¹⁶ Como se dijo, prácticamente todos los códigos civiles que existen en las diversas entidades federativas en México, consagran esta causal y esencialmente coinciden en el plazo de un año, aunque también se fija el plazo de dos años. Algunas entidades federativas o estados en lugar de código civil tienen código familiar.

pecial, es decir, en tratándose de esta causal no hay cónyuge culpable ni cónyuge inocente.

Por su parte, el artículo 288 del mismo ordenamiento legal citado establece los casos en los que, derivados del divorcio, habrá condena al pago de alimentos, refiriéndose esencialmente a los casos de divorcio necesario, en los cuales el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos en favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las diversas circunstancias contempladas en las fracciones que integran dicho precepto; además se dispone que el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos; de la misma manera se dispone que en la sentencia se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad y que el derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

También señala dicho artículo que el cónyuge inocente tiene derecho, además, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado, y que en el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios. Finalmente, tratándose del divorcio voluntario o por mutuo consentimiento judicial, se dispone que la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.¹⁷

Por claridad y para una mejor comprensión de lo señalado, se considera importante transcribir dicho artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho precepto legal señala:

¹⁷ Algunas legislaciones estatales consagran disposiciones esencialmente iguales a las señaladas, sobre todo por cuanto ve a la condena al cónyuge culpable de pagar alimentos al inocente y que en el supuesto de divorcio por mutuo consentimiento, donde no hay cónyuge culpable, la mujer tiene derecho a una pensión alimenticia por un cierto plazo, casi siempre por el mismo lapso que duró el matrimonio, tal es el caso del código civil de Michoacán en sus artículos 272 y 288; del Código Civil de Baja California Sur, en sus artículos 306 y 307; del código civil de Colima, en los artículos 287 y 288; y, de la Ley de Divorcio del Estado de Guerrero en su artículo 7º, por señalar sólo algunos.

En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, las siguientes: I. La edad y el estado de salud de los cónyuges; II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo; III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia; IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge; V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.- En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.- En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos, en caso de divorcio necesario, se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.- El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por los daños y perjuicios que el divorcio le haya causado. Los daños y perjuicios, así como la indemnización a que se refiere el presente artículo, se rigen por lo dispuesto en este código para los hechos ilícitos.- En el caso de las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 de este código, el excónyuge enfermo tendrá derecho a alimentos si carece de bienes y está imposibilitado para trabajar; pero no procede la indemnización por daños y perjuicios.- En el caso del divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.¹⁸

Pareciere que el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal regula exhaustivamente lo relativo al pago de la pensión alimenticia en los divorcios necesarios condenando al cónyuge culpable a su pago y hasta en los divorcios voluntarios se establece el pago en favor de la mujer, con las particularidades anotadas; sin embargo, en tal precepto legal, el legislador fue “omiso” por cuanto ve a referirse a la pensión alimenticia en casos de divorcio judicial necesario en los que no hay cónyuge culpable y que tampoco es por

¹⁸ Artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal.

mutuo consentimiento o voluntario, siendo ese caso el de la referida fracción IX (antes fracción XVIII) del artículo 267,¹⁹ causal respecto de la cual nada se dice. Existe un total silencio legislativo, una absoluta y clara omisión legislativa.

Tal omisión legislativa “parcial o relativa”, en este caso viola derechos humanos, al transgredir o no respetar el derecho de igualdad y de no discriminación contenidas en el artículo 1º de la constitución mexicana,²⁰ estableciendo diferencias y discriminando a la mujer en los casos de divorcio necesario por la causal de separación por más de un año contemplada en la fracción IX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que el artículo 288 sí contempla el pago de pensión alimenticia en favor de la mujer en los casos de divorcio voluntario judicial, por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho del que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato; pero se insiste, en esos casos –divorcio voluntario–, por ser precisamente por mutuo consentimiento, no hay ni puede haber cónyuge culpable, como tampoco lo hay –culpable– en la separación por más de un año, independientemente de la causa razón de la separación a que se refiere la fracción IX del artículo 267. Es claro que siendo situaciones similares, reciben tratamientos distintos.

V. VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LA MUJER

Mucho se ha hablado de los derechos humanos y su clasificación, lo que se ha hecho desde varios enfoques y teorías; por cuanto ve a su contenido se les suele clasificar como derechos a la vida y a la libertad, de la personalidad, de la familia, políticos,²¹ por citar sólo algunos. Por ello es indudable y de explora-

¹⁹ Consistente como se dijo en la separación de los cónyuges por más de un año, sin importar la causa de tal separación, sin que ninguno de ellos haya entablado previamente la acción de divorcio frente al otro.

²⁰ Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.- Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.- Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

²¹ Juan José González Hernández, “El derecho a la intimidad y derechos conexos. La perspectiva de su protección a nivel internacional, con enfoque especial al sistema latinoamericano y la situación de su reglamen-

do derecho que la igualdad es un derecho humano, ampliamente reconocido y tutelado nacional e internacionalmente.

La igualdad es una noción elusiva, frecuentemente cargada de connotaciones partidistas y afectada por posicionamientos ideológicos, de manera tal que para el pensamiento constitucional ha tenido, tiene y está llamado a tener una importancia capital; además, desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado.²²

Señala Miguel Carbonell²³ que algunos tribunales constitucionales han estudiado el principio de igualdad a partir de dos subconceptos: el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que se traduce en un mandato de trato igual referido a las autoridades encargadas de aplicar la ley; y, el principio de igualdad ante la ley, que se traduce en un mandato dirigido al legislador para que no establezca en los textos legales diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación.

A su vez, sostiene Carlos de la Torre Martínez²⁴ que el principio de igualdad en el contenido de la ley no sólo se enfoca en la relación de la ley con los ciudadanos o la manera en que las autoridades la aplican y hacen de ella, sino que se dirige a su contenido mismo.

Por su parte, la prohibición de la discriminación es una de las manifestaciones o vertientes derivadas del principio de igualdad, se trata de una variable del principio general de igualdad que suele acompañarse de lista de criterios que se consideran “especialmente odiosos” o sospechosos de violar ese principio general si son utilizados por un mecanismo jurídico, como una ley y un contrato.²⁵

tación legal en México”, en: Héctor Fix-Zamudio y otros, *Protección internacional de los derechos humanos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pp. 219 y 220.

²² Miguel Carbonell, “Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos”, en: Miguel Carbonell y otros, *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 9.

²³ Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2005, pp. 173 y 174.

²⁴ Carlos de la Torre Martínez, *El derecho a la no discriminación en México*, Porrúa/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2006, p. 159.

²⁵ Miguel Carbonell, “Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos”, *Op. cit.*, p. 12.

En el caso en concreto, se trata de situaciones jurídicamente similares o idénticas, por lo siguiente: *a)* en ambos casos previamente debe existir un matrimonio; *b)* además, tanto en el divorcio por mutuo acuerdo judicial, como en el divorcio judicial necesario por separación de más de un año, en ambos casos, no existe ni puede existir, dada su naturaleza, un cónyuge culpable y uno inocente; *c)* en esas dos hipótesis se decreta la disolución del vínculo matrimonial.

Empero, pese a tratarse de situaciones jurídicamente similares o idénticas, reciben tratamiento distinto, porque la mujer, en el caso de divorcio voluntario judicial, tiene derecho a percibir alimentos por igual lapso de duración del matrimonio, siempre que no tenga ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato; sin embargo, en el caso del divorcio necesario por la causal de separación por más de un año a la que se ha hecho referencia, la ley es completamente omisa al respecto, es decir nada dice de que la mujer tenga derecho a alimentos cuando divorciada no tenga ingresos suficientes, no contraiga nuevas nupcias o no se una en concubinato, omisión legislativa que en igualdad de circunstancias y situación jurídica frente a otras mujeres –las que se divorcian por mutuo acuerdo– implica una clara y evidente discriminación, otorgándole a unas ese derecho –pensión alimenticia– y negándoselos a otras mediante una absoluta omisión legislativa, derivada de una función creadora de la ley incompleta.

VI. LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MEXICANO

Ante la situación señalada con anterioridad, se derivaron diversos juicios de amparo directo²⁶ existiendo criterios contrarios o contradictorios entre las sentencias dictadas y criterios sostenidos entre el Tercer y el Cuarto Tribunal Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, lo que llevó a una denuncia de contradicción de tesis ante la entonces tercera sala de la suprema Corte, cuya resolución produjo jurisprudencia obligatoria, siendo la contradicción de tesis número 1/90, resuelta por ponencia del ministro Mariano Azuela Güitrón el 11 de junio de 1990, por mayoría de tres votos contra el voto del entonces minis-

²⁶ Nuestro amparo directo mexicano realmente equivale a un amparo casación o amparo legalidad.

tro Ignacio Magaña Cárdenas, curiosamente y de manera triste²⁷ el último ministro michoacano que ha visto la corte.

El texto de la referida jurisprudencia por contradicción de tesis es el siguiente:

ALIMENTOS. SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CÓNYUGE CULPABLE, COMO OCURRE EN LA CAUSAL RELATIVA A LA SEPARACIÓN POR MAS DE DOS AÑOS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN XVIII DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.- La referida causal, a saber, la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, debe dar lugar a la obligación de suministrar alimentos pues si bien no existe disposición expresa en ese sentido ello se sigue al integrar la ley y al aplicarla analógicamente. En efecto, el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal adolece de una laguna, que debe integrarse conforme a las normas fijadas por los artículos 19 de dicho ordenamiento y 14 de la Constitución General de la República. El vacío de la ley radica en la falta de regulación precisa y pormenorizada de la subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causa de divorcio fijada en el artículo 267, fracción XVIII del código invocado para lo cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, toda vez que la norma en comento sólo prevé directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación y las de divorcio por mutuo consentimiento, sin que la antes especificada quede comprendida en esas categorías. Sin embargo, el principio general adoptado en esa ley respecto de los alimentos entre los cónyuges en caso de divorcio en general, consiste en que debe conservarse subsistente el derecho del que los necesita, si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación en ese evento y a las circunstancias del caso, tales como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada. De

²⁷ Se considera triste por la actuación del ministro michoacano al votar en contra, ya que analizada la jurisprudencia derivada de dicha contradicción se aprecia una sentencia innovativa para esa época, siendo progresiva y protectora de los derechos humanos, aunque tal vez ni siquiera fue advertido así por los ministros.

ello se infiere, considerando, además, que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición, que en la hipótesis de que se trata procede la condena al pago de alimentos en favor del cónyuge que los necesite y en contra del que tenga la posibilidad de darlos, tomando en cuenta las constancias de autos, la capacidad actual de los dos para trabajar y su situación económica, además de los elementos que deben tenerse presentes siempre que se va a decidir una controversia sobre alimentos, valorándolos cuidadosamente y en uso de un prudente arbitrio.

Contradicción de tesis 1/90. Entre las sustentadas por el Tercer y Cuarto Tribunal Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de junio de 1990. Mayoría de tres votos contra el voto de Ignacio Magaña Cárdenas. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.- Tesis de jurisprudencia 17/90 aprobada por la Tercera Sala de este Alto Tribunal en sesión privada celebrada el dieciocho de junio de mil novecientos noventa. Unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Mariano Azuela Güitrón, Salvador Rocha Díaz e Ignacio Magaña Cárdenas.²⁸

La sentencia de la que derivó la jurisprudencia por contradicción de referencia es sin duda una sentencia interpretativa, en su vertiente de sentencia constructiva o manipulativa, ya que “tienen por objeto enriquecer el contenido normativo de la disposición de ley en cuestión mediante una extensión de su alcance”,²⁹ y a su vez dentro de las sentencias constructivas, bajo la modalidad de sentencia aditiva, que “añade o amplía literalmente, o en otro sentido,

²⁸ Se trata de la jurisprudencia que se identifica como sigue: No. Registro: 207,211. Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Octava Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. V, Primera Parte, Enero a Junio de 1990. Tesis: 3a./J. 17/90. Página: 221. Genealogía: Gaceta número 32, Agosto de 1990, página 17, con el rubro: ALIMENTOS. SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CÓNYPUGE CULPABLE, COMO OCURRE EN LA CAUSAL RELATIVA A LA SEPARACIÓN POR MAS DE DOS AÑOS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN XVIII DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. La misma deriva de la contradicción de tesis 1/90, entre las sustentadas por el Tercer y Cuarto Tribunal Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, la cual fue resuelta el 11 de junio de 1990 por mayoría de tres votos contra el voto de Ignacio Magaña Cárdenas. Fue ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.- Actualmente es la Tesis de jurisprudencia 17/90 aprobada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión privada celebrada el dieciocho de junio de mil novecientos noventa, texto aprobado por Unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Mariano Azuela Güitrón, Salvador Rocha Díaz e Ignacio Magaña Cárdenas.

²⁹ José Acosta Sánchez, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 286, citado por María Sofía Sagüés, *Op. cit.*, p. 3113.

el texto legal controvertido”,³⁰ siendo así porque la suprema corte mexicana, resolvió que subsiste la obligación de proporcionar alimentos aun en los en los casos en que no hay cónyuge culpable, como acontece en los de divorcio por la separación por más de dos años –actualmente es sólo un año–, porque si bien no existe disposición expresa en el sentido de otorgarlos, se debe integrar la ley y aplicarla analógicamente, dado que el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal adolece de una laguna, que debe integrarse conforme a las normas fijadas por la legislación civil en su artículo 19³¹ y 14³² de la constitución, radicando el vacío de la ley en la falta de regulación precisa y pormenorizada³³ de la subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causa indicada, en la cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, siendo que el precepto referido sólo prevé directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación –culpable o inocente– y las de divorcio por mutuo consentimiento, sin que aquella en la que no hay cónyuge culpable ni inocente quede comprendida en esas categorías, señala que lo anterior debe ser así porque el principio general adoptado en el código civil respecto de los alimentos entre los cónyuges en caso de divorcio en general, consiste en que debe conservarse subsistente el derecho del que los necesita, si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación y a las circunstancias del caso, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada,³⁴ agregando que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición.³⁵

³⁰ *Idem.*

³¹ Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

³² Este artículo resulta aplicable por cuanto ve sólo el derecho humano de seguridad jurídica en materia de legalidad de sentencias civiles, al establecer: artículo 14 ...En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

³³ Al sostener esto, la corte reconoce expresamente la inconstitucionalidad derivada de una omisión legislativa.

³⁴ Aquí la corte sin hacerlo expresamente, pero sí de manera clara, se refiere a la prohibición de discriminación y al derecho a la igualdad.

³⁵ Este último argumento refleja claramente el criterio paleopositivista de la corte, que para nada acude a la fuente constitucional directamente ni a los derechos humanos de igualdad y de prohibición de discriminación para resolver el caso, mucho menos a instrumentos internacionales que hubiesen sido y son perfectamente aplicables para fundar su sentencia.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Consideramos que casos como el que tratamos realmente son escasos, pero ejemplifica claramente como, pese a reconocer la propia suprema corte mexicana que es improcedente conceder un amparo por violación de derechos derivados de omisiones legislativas, sin hablar expresamente del tema, ni tratar la esencia de derechos humanos tales como la prohibición de discriminación, mediante la técnica de integración de lagunas, que no son otra cosa que omisiones legislativas, hace una labor interpretativa adecuada, progresista y protectora de derechos humanos de la mujer mexicana, histórica y socialmente marginada y desprotegida, lo que no debe soslayarse, aunque debe subrayarse que no es lo cotidiano ni común en las sentencias del tribunal constitucional mexicano.

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA LITERATURA: HACIA UN CUESTIONAMIENTO DE LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL EN LA DECISIÓN PÚBLICA*



Fernando Vargas Valencia**

RESUMEN

El presente artículo intenta encontrar un pensamiento jurídico vinculado con la sensibilidad poética. Dicha preocupación ya ha sido enriquecida por la sociología jurídica, pero este documento intenta aportar a su reivindicación, planteando así, alternativas a la forma habitual como los juristas, los jueces y los funcionarios públicos conciben y practican el derecho. En este sentido, la propuesta de Martha Nussbaum consistente en que la literatura mejora la racionalidad pública actual que se encuentra encaminada a la realización de paradigmas económicos, olvidándose del hombre en sus preocupaciones más íntimas, es la base fundamental del artículo, ya que se debe encontrar en el derecho una concepción más estética y humanista.

ABSTRACT

This article attempts to find a legal thought associated with poetic sensibility. This concern has already been enriched by the sociology of law, but this document tries to reach its recovery, presenting alternatives to the habitual form as the jurists, the judges and the government employees conceive and practise the right. In this respect, the offer of Martha Nussbaum consisting of that the literature improves the public current rationality that is directed to the accomplishment of economic paradigms,

* Al maestro Luis Villar Borda, *in memoriam*.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derechos Humanos y DIH. Auxiliar de la cátedra de Sociología Jurídica en el Instituto de Estudios Interdisciplinarios de la mencionada Universidad.

forgetting the man in his more intimate concerns, is the fundamental base of the article, since it is necessary to find in the right a more aesthetic and humanist conception.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo surge de la preocupación sobre la justicia y la libertad en el contexto del derecho actual y sobre el papel de la imaginación, principalmente la literaria, en las decisiones públicas dentro del contexto de una sociedad que pretende ser democrática y que recurre a la racionalidad instrumental para legitimar la fuerza del derecho. Como puede entreverse, la inspiración al respecto, surge de la propuesta de la filósofa norteamericana Martha Nussbaum, consignada en su texto “Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública”,¹ escrito alrededor del curso “Derecho y Literatura” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

Además de la propuesta de Nussbaum, el presente esfuerzo se inspira en otras lecturas y en mi interés personal por encontrar un pensamiento jurídico vinculado con la sensibilidad poética. Es de reconocer que esta inquietud por encontrar en el derecho una concepción estética y humanista, una preocupación por el hombre visto como movimiento, ha sido enriquecida por la sociología jurídica. Es este trabajo un aporte a su reivindicación, para plantear alternativas a la forma habitual como los juristas, los jueces y los funcionarios públicos conciben y practican el derecho. Como sostiene el reconocido pensador jurídico, Gustav Radbruch, “todo jurista debería debatirse interiormente con esta actitud de negación radical del Derecho... la profesión jurídica impone a quien se consagra a ella la conciencia constante de su grandeza, por una parte, y de su carácter problemático, por otra”,² refiriéndose a la novela *Resurrección* de Tolstoi, y a la actitud de rebeldía de reconocidos poetas alemanes frente al derecho, como Goethe y Schiller.

Existe en el arte en general, y en la literatura en particular, un reclamo de justicia al que considero el derecho debe prestar una atención especial, más allá de la actitud personal de algunos abogados por mantener cierta cultura

¹ Martha Nussbaum, *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997.

² Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 152.

general vinculada con el lenguaje. Intentaré demostrar cómo la fuerza estética y ética de la literatura otorga al derecho una serie de recursos importantes para la realización del paradigma de la justicia en la argumentación jurídica y en la decisión incluyente. En este contexto, cobra sentido la propuesta de Martha Nussbaum según, la cual la literatura mejora la racionalidad pública actual, que se encuentra encaminada a la realización de paradigmas económicos, olvidándose del hombre en sus preocupaciones más íntimas. Es una exigencia de los tiempos actuales, recuperar en el ámbito jurídico “una concepción humanista y pluralista de la racionalidad pública”.³

II. LA LITERATURA COMO CRÍTICA A LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Los vínculos entre literatura y derecho se pueden afianzar, en primera medida, en el cuestionamiento de la racionalidad instrumental aplicada en la argumentación jurídica. Martha Nussbaum en su libro *Justicia poética* propone que la racionalidad pública, y en concreto, la jurídica, en una sociedad democrática, necesariamente debe ser un espacio incluyente que acepte aportes culturales, políticos, ideológicos y literarios, en razón de su justificación en la vida social y de los fines que históricamente busca realizar el derecho y que lo trascienden. En palabras de Manuel Atienza:

La racionalidad jurídica está evidentemente conectada con la búsqueda, el desarrollo y la mejora de procedimientos destinados a la resolución pacífica de los conflictos sociales, de manera que la reflexión, con algún afán de articulación y profundidad, sobre esa racionalidad tiene que constituir un verdadero interés de conocimiento para quien pretenda marchar por el camino de la paz.⁴

La más clara expresión de la forma en que la racionalidad instrumental se deshace como ideología imperceptible en la decisión pública, principalmente judicial, dentro del marco de la dogmática jurídica y de la argumentación, es

³ Martha Nussbaum, *Op. cit.*, p. 17.

⁴ Manuel Atienza, *Derecho y Argumentación*, Universidad de Externado Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2005, p. 15.

la que denomina Atienza “la concepción formal” o lógica de la argumentación jurídica, caracterizada por definir el argumento “como un encadenamiento de proposiciones: es un argumento deductivamente válido, si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión (en virtud de alguna regla de derivación de la lógica)”.⁵ Esta es la expresión más extravagante del formalismo desde el punto de vista lógico, donde la argumentación se sostiene por silogismos cuya aplicación “no exige entrar a considerar el contenido de verdad o corrección de las premisas”.⁶

La lógica como técnica del pensamiento correcto es una expresión altamente instrumental que expresa los desarrollos de lo razonable como formas de producción esquemática, en una visión del hombre en la que éste se manifiesta como una máquina de silogismos, entendidos como el universo del que no puede salirse el operador jurídico para tomar una decisión conforme a derecho, en el entendido de que la norma jurídica es la premisa mayor de una deducción, donde la premisa menor es la conducta humana y la conclusión, la consecuencia jurídica surgida del vínculo casi automático que establece el operador. Es evidente que esta forma de argumentación está superada y sólo tiene importancia en tanto construye los esquemas formales sobre los cuales otras formas de argumentación y de justificación de la decisión jurídica sostienen sus procesos. Sin embargo, hay esferas en las que esta forma de argumentación sigue vigente o sus rezagos hacen que el juez o funcionario “encare el mundo... sin el menor sentido del misterio o del asombro”.⁷

Existe otra concepción de la racionalidad jurídica vinculada con la Tópica, que Viehweg⁸ retoma de Aristóteles y Cicerón. Esta concepción es más abierta y “material”, toda vez que se trata de una “técnica del pensamiento problemático en la que el centro lo ocupa la noción de topos o lugar común”.⁹ El problema se presenta así, como una realidad que tiene varios caminos, varias formas de solución. En esta esfera, cobra sentido el concepto de “decisión” pública: porque la solución jurídica o decisión pública no es ya una fría operación, sino una elección entre “tópicos” o “premisas materiales que ofre-

⁵ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

⁶ *Idem*.

⁷ Martha Nussbaum, *Op. cit.*, p. 50.

⁸ Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1986.

⁹ Manuel Atinza, *Op. cit.*, p. 45.

cen un apoyo a la resolución de un problema práctico”.¹⁰ Pero aquí se corre nuevamente el peligro de que teorías instrumentales ingresen a la esfera del derecho y le roben su autonomía: la elección racional se mediría por fórmulas anticipatorias, en las que la visión lineal de la acción humana, basada en el paradigma del costo-beneficio, otorga a la dogmática lo que denominan autores como Summers,¹¹ las “buenas razones” para justificar una decisión práctica.

Existe una tercera concepción de la racionalidad en la argumentación jurídica, la denominada por Aienza como “pragmática o dialéctica” que considera “la argumentación como un tipo de acción –o de interacción– lingüística”.¹² En este contexto, la decisión pública es un proceso comunicativo, entendido como acto de lenguaje, como el producto de un diálogo en el que es relevante el reconocimiento de los sujetos que argumentan y el consenso logrado por ellos, haciendo de la decisión pública una expresión aceptada dialécticamente por el otro, un ejercicio de inclusión. Se trata de una decisión incluyente, inherente a una sociedad democrática, en la que insiste Martha Nussbaum a lo largo de su trabajo *Justicia poética* y que nos acerca a la posibilidad de otro derecho donde las decisiones públicas vinculadas con procesos de exclusión entran a la categoría de “falacias”.

Aienza denomina “pragmática” a esta última concepción pensando en “considerar al Derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos”,¹³ en “mirar a la ley como un instrumento de construcción social”, tarea que “consiste en inventar nuevas instituciones y hallar nuevos patrones de acción que sostengan esas instituciones”, en palabras de Stephen Toulmin.¹⁴ He aquí un punto clave en el que la imaginación literaria, como procedo a demostrar, ayuda a mejorar la racionalidad pública y/o jurídica: en el entendido de que el universo literario aporta elementos importantes para la generación de decisiones incluyentes, en el sentido de que la literatura afirma una posibilidad de hombre integral, al describirlo tal y como es y como podría ser, y en cuanto que la construcción de nuevas instituciones en manos de los ciudadanos y funcionarios, puede ser pensada a través de una afirmación lúdica y sensible de la realidad, insistida por el discurso literario.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibidem*, p. 48

¹² *Idem.*

¹³ *Ibidem*, p. 23

¹⁴ *Ibidem*, p. 25

Atienza, volviendo al específico campo de la argumentación jurídica, establece la diferencia entre “explicar” y “justificar” la decisión pública. Según el autor español, explicar la decisión equivale a “dar cuenta de por qué se tomó una determinada decisión –cuál fue la causa que la motivó–, y de para qué– qué finalidad perseguía”¹⁵ y justificar, equivale a “lograr que la decisión resulte aceptable o correcta,”¹⁶ “apelando a la autoridad, al procedimiento o al contenido”.¹⁷ Es claro que no se propone en este trabajo que las influencias literarias del juez o del funcionario que toma una decisión pública, adquiridas por su interés lector o incluso por su interés como creador de obras literarias, sirvan para justificar su decisión, pero sí, para explicarla, en el lenguaje de Atienza. El mismo autor da a entender que es clave la existencia de elementos literarios para generar una concepción incluyente en la argumentación jurídica (se refiere específicamente a la Sentencia C-221 de 1994, de la corte constitucional colombiana que se expresa como una decisión claramente poética). A través de Atienza puede afirmarse que el discurso literario (al igual que en algún momento, el moral y el político) permite mejorar la racionalidad jurídica, como elemento de explicación de la decisión pública. En otras palabras: el discurso jurídico no puede quedar aislado respecto de discursos como el literario o el filosófico y la argumentación jurídica, algún día, incorporará a su universo epistemológico, la riqueza humana, valorativa e interpretativa del discurso literario.

La argumentación racional instrumental aparece como epicentro de la dogmática jurídica. Como paso a explicar, a través de Nussbaum principalmente, considero posible que la imaginación sea una expresión crítica de dicha racionalidad, en el entendido de que la dogmática jurídica trata de evitar una ideología y no hace otra cosa que alimentarla. La dogmática evita las ideologías, en este sentido es unidimensional y funda una ideología aparentemente escéptica en la que se trabaja sólo con una concepción, igualmente unidimensional, del hombre, generalmente vinculada con la lógica, la utilidad y un concepto formal y a-crítico del sentido de lo ético. Como afirma el jurista y catedrático de la Universidad de Tilburg (Países Bajos), Bert Van Roermund:

¹⁵ *Ibidem*, p. 32

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 35

Un interés político está involucrado en la naturaleza de la gnoseología jurídica... se trata de un interés respecto del ordenamiento de la sociedad y su justificación, incluyendo el ordenamiento y justificación de las relaciones de poder... invariablemente, un propósito político claro anima las discusiones epistemológicas y metodológicas en el Derecho... este propósito concierne de manera inmediata a las relaciones políticas concretas o ideologías del momento.¹⁸

Donde imperan como normativas en el ámbito de lo público, las exigencias del mercado y de la economía política capitalista. En palabras de Martha Nussbaum:

El tipo de análisis costo-beneficio propiciado por la economía se ha vuelto tan familiar en la decisión pública que se da por sentado; al mismo tiempo, los servidores públicos leen cada vez menos literatura, que es donde descubrirían una visión más compleja de la vida humana.¹⁹

En este sentido, la literatura ofrece una transfiguración del valor unidimensional del hombre, convirtiéndose en una opción crítica, aún no explorada, de la racionalidad instrumental y utilitarista que ha influido enormemente el discurso racional en el derecho. Es posible que el futuro de la interpretación del derecho sea la literatura, tal y como algunas propuestas, que cito a continuación, ponen de manifiesto explícita o tácitamente.

III. LITERATURA Y DERECHO: VERISIMILITUD DE LO INCONMENSURABLE

Para Martha Nussbaum, la fantasía representa “un uso benéfico de la razón”.²⁰ El universo de la literatura, está relacionado con una versión fantástica de la vida, una visión en la que el hombre es mostrado con toda la sinceridad del lenguaje, donde las emociones cobran un papel explicativo de las circunstancias en torno de las cuales gira el relato, donde, en palabras del gran poeta Alfonso Reyes, “la emoción que expresa o que comunica lleva disueltas todas

¹⁸ Bert Van Roermund, *Derecho, Relato y Realidad*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 87.

¹⁹ Martha Nussbaum, *Op. cit.* p. 33.

²⁰ *Ibidem*, p. 67.

las pasiones, todos los anhelos, todas las reivindicaciones contra el pequeño suceder cotidiano”,²¹ donde la ensoñación se presenta como una posibilidad del pensamiento, donde “cada vida interior se presenta con hondura psicológica y complejidad”.²² En la literatura, el asombro avanza como valor cognoscitivo y como posibilidad objetiva: en el mundo literario, visto desde el punto de vista estructural, la complejidad humana, el carácter paradójico de la realidad individual y social, se convierten en el epicentro del discurso. Un ejemplo de ello se vislumbra en la pluma de Franz Kafka, ese otro abogado que supo anticiparse a la contradicción del hombre en sus relaciones con el poder, con el derecho y con el sistema de producción en su fase más compleja: “Lo indestructible es uno... cada hombre lo es individualmente y a su vez lo comparte con los demás... de ahí la inexpugnable, inseparable relación entre los hombres”.²³

Es evidente que aquí también se debe tomar partido sobre qué literatura es aquella que “mejora” la racionalidad pública. En realidad, no es tanto qué literatura, ya que se estaría en el campo de una postura demasiado arbitraria, sino que se trata de qué concepción de la literatura es la más coherente para la propuesta. Para Nussbaum, por ejemplo, la novela (principalmente la llamada “novela realista”) puede ser un módulo normativo, por cuanto enriquece éticamente al buen juez. Bajo este supuesto, este género debe ser investigado en su génesis y estructura ya que en la propuesta de la filósofa norteamericana, todos los acontecimientos históricos serían homólogos a ella. A diferencia de Nussbaum, propongo la apreciación de la literatura como totalidad, sin una preferencia específica en cuanto al género: si es coherente reivindicar la importancia en la racionalidad pública de un género como el novelesco, no veo por qué no hacerlo con la epopeya, la poesía o el cuento.

Es probable que se presienta una insistencia particular por la poesía. Pero es apenas una apariencia: al hablar de poesía, se está hablando no únicamente de una especie dentro del género “literatura”, sino de una concepción de la vida que no sólo abarca el género sino el arte en general. Tal vez debería hacerse referencia a lo poético frente a la poesía. Pero es claro tam-

²¹ Alfonso Reyes, *El Deslinde (Prolegómenos a la Teoría Literaria)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 198 y 199.

²² Martha Nussbaum, *Op. cit.*, p. 55.

²³ Franz Kafka, *Él (Selección de textos)*, Alonso Ediciones, Bogotá, 1984, p. 92.

bién que el género poesía participa formalmente de esa toma de posición frente a la vida que es lo poético. En este contexto es que el sentido de la palabra “poética” en el texto de Nussbaum apunta más hacia un planteamiento estético general, que hacia uno literario: lo poético, en el sentido de la palabra inglesa *poetic* es lo armonioso, lo virtuoso (en sentido ético), lo hermoso, lo proporcional, lo simétrico, lo acorde: una estética integral que no es simplemente exterior y que ni siquiera hace una separación de lo interior. En una palabra: una estética de lo justo. Es entonces una redundancia especial: se trata de una justicia justa, que participa de estas características que consolidan una concepción estética de la realidad colectiva. Si una sociedad es justa, es proporcional, es armoniosa y es hermosa. Creo que es en últimas lo que hereda Aristóteles de todos sus maestros de cultura en el nacimiento de la filosofía como conciencia posible de occidente: la *poiesis* es “el hacer”, la construcción fluida de mundos que den respuesta a la realización del *arethé*, de la búsqueda y producción del sentido a través de la virtud, de la bondad, de la simetría. Ecuanimidad, armonía y verdad: realización poética de la justicia. Es de esta forma, que la propuesta de Nussbaum sobre la novela realista, como fuente de mejoramiento de la racionalidad pública, cobra sentido.

Ahora bien, ¿qué concepción de la literatura se defiende aquí? Aquella en la que el hombre se sabe confrontado a sí mismo, a través de la imaginación. Es en esta visión particular de la literatura, donde considero que la propuesta de Nussbaum presiente la posibilidad de una ciencia social “más profunda”, ya que el mundo literario, visto estructuralmente, construye una versión del hombre completa y espontánea, donde las categorías de lo correcto, lo conveniente o lo aceptado como verdadero, no son las únicas reglas de la coherencia del discurso. En este contexto, es la literatura una visión dinámica en la que el asombro se convierte en fuente de conocimiento, a la que es ciega “la mente económica”, como afirma Nussbaum, en el contexto de “los cálculos utilitaristas”.²⁴

²⁴ Sostiene Nussbaum que la “mente económica” es “ciega a la riqueza cualitativa del mundo perceptible, a la individualidad de las personas, a sus honduras interiores, a sus esperanzas, amores y temores; ciega a lo que es vivir una vida humana y tratar de infundirle sentido humano. Ciega, ante todo, al hecho de que la vida humana es algo misterioso y extremadamente complejo, algo que exige ser abordado con facultades mentales y recursos lingüísticos que sean adecuados para la expresión de esa complejidad”, la visión que expresa la complejidad del hombre es “*Poiesis*”, es la poesía como género literario y como concepción de la realidad. Véase: Martha Nussbaum, *Op. cit.*, p. 54.

El derecho debe ver al hombre con la profundidad y humanidad de lo literario, no quedarse en las estructuras de la superficie humana, sino buscar un allende que haga de su concepto del hombre, una visión de completitud y alteridad, una visión total (no sólo económica, sociológica, política, etcétera) que la literatura anticipa y envuelve. Este allende, del que carece el derecho invadido por la racionalidad instrumental del utilitarismo, es la expresión de las cosas que a su vez es otra: en la literatura, “el grito de dolor es el signo del dolor que lo provoca... pero un canto de dolor es a la vez el dolor mismo y una cosa distinta... es un dolor que ya no existe, que es”.²⁵

Me refiero a una literatura que ofrece una comprensión especial del universo humano, como sostiene el pinciano, filósofo del siglo XVI:

El objeto (de la literatura) no es la mentira, que sería coincidir con la sofística; ni la Historia, que sería tomar la materia al Histórico... y no siendo Historia porque toca fábulas, ni mentira porque toca Historia, tiene por objeto el *verisimil* que todo lo abraza... de aquí resulta que es un Arte superior... porque comprende mucho más, y se extiende a lo que es y no es.²⁶

Incluso, para ir más allá, se trata de la literatura entendida como “esa vivencia mediante la cual la conciencia descubre su ser en su impotencia de perder conciencia, en el movimiento en que, desapareciendo, arrancándose de la puntualidad de un yo, se reconstituye, más allá de la inconsciencia, en una espontaneidad impersonal, obstinación de un saber despavorido, que nada sabe, que nadie sabe y al que la ignorancia encuentra siempre tras de sí como su sombra transmutada en mirada”,²⁷ como furiosa pero lúcidamente, escribe Maurice Blanchot.

Para Maurice Blanchot, “la literatura es el mundo de los valores, puesto que por encima de la mediocridad de las obras hechas se eleva sin cesar, como su verdad, todo lo que falta a estas obras”.²⁸ En otras palabras, la literatura da cuenta de las carencias en el mundo de lo práctico. La literatura es

²⁵ Jean Paul Sartre, *Qué es la literatura*, Losada, Buenos Aires, 1950, p. 44.

²⁶ Véase: Alfonso Reyes, *Op. cit.*, p. 197.

²⁷ Maurice Blanchot, *De Kafka a Kafka*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 58.

²⁸ *Ibidem*, p. 22.

porvenir de otros acontecimientos del hombre, incluyendo el derecho: “por los proyectos que de él pueden nacer [Blanchot se refiere al libro como objeto material del trabajo literario], por las empresas que favorece, por la totalidad del mundo cuyo reflejo cambiado es, es fuente infinita de nuevas realidades, a partir de lo que la existencia será lo que no era”.²⁹ En el ámbito de la creación literaria, como propone Jean Paul Sartre, “el escritor ha optado por revelar el mundo y especialmente el hombre a los demás hombres, para que éstos, ante el objeto así puesto al desnudo, asuman todas sus responsabilidades”.³⁰ La literatura es un llamado: una propuesta de transformación del mundo. Más allá de lo aceptado como verdadero, la ficción literaria se construye en lo real: es un mínimo de conciencia posible, fundada en la negación del mundo actual entendido como totalidad transformable.³¹ La literatura es la otra versión, la que, ganando el espacio de lo público a través de la intención estética, explica al mundo a través de la redondez del lenguaje, entendido como acción sin medida y sin límites.

Por ejemplo, uno de los escritores y poetas más importantes de Latinoamérica, el maestro Alfonso Reyes, recuerda, literariamente, el origen trágico del derecho:

El hombre necesita de la sociedad, y la sociedad necesita de la confianza mutua... La confianza es función de la previsión, y la antigua Diké de los griegos se encarga de garantizar la esperanza social, estableciendo sanciones contra violaciones... la confianza mutua va desde la blanda práctica de la cortesía, pasando por la ética, hasta la rigidez del Estado... lo máximo e insignificante se abandona al arbitrio; lo medio y secundario se confía al consenso público; y el mínimo indispensable se legisla... para asegurar este cuadro de cumplimientos, aparece, en sentido inverso, el sistema de sanciones.³²

²⁹ *Ibidem*, p. 31.

³⁰ Jean Paul, Sartre, *Op. cit.*, p. 54.

³¹ “Lo imaginario no es una extraña región situada más allá del mundo, es el propio mundo, pero el mundo en conjunto, como un todo. Pero esto no está en el mundo, pues es el mundo, aprehendido y realizado en su totalidad por la negación global de todas las realidades particulares que se hallan en él, por ser puestas fuera de juego, por su ausencia, por la realización de esa propia ausencia, con la que empieza la creación literaria que, cuando insiste en cada cosa y cada ser, se hace la ilusión de que los crea”. Véase: Maurice Blanchot, *Op. cit.*, p. 34.

³² Véase: Alfonso Reyes, *Op. cit.*, p. 185.

Para el maestro, a través de quien, entre otras cosas, se funda la imagen posible de un pensamiento propiamente latinoamericano, la relación entre el derecho y la literatura, entendida como ficción, no pasa del dejar hacer, dejar pasar:

La declaración literaria o ficción, dice el maestro, escapa a las sanciones y corresponde a la mera estimación crítica o sanción *sui generis*, por lo mismo que sólo se refiere a la fantasía y a nadie engaña sobre sus propósitos... carece de la agresividad oculta que justifica el asco a la mentira... tal ficción, en la sociedad real, a nadie hace daño, antes *enriquece el ánimo de los hombres*".³³

Situación análoga, que vincula derecho y literatura, a la que refiere Sartre cuando afirma que "de nadie se supone que ignora la ley porque hay un código y la ley es una cosa escrita; después de esto, cada cual puede infringir la ley, pero a sabiendas de los riesgos que corre... del mismo modo, la función del escritor consiste en obrar de modo que nadie pueda ignorar el mundo y que nadie pueda ante el mundo decirse inocente".³⁴ Para quienes afirman que la literatura es un engaño, se engañan: "la literatura tiene para sí el no engañarnos: se presenta como imaginaria, sólo duerme a quien busca el sueño".³⁵

Alfonso Reyes funda un pensamiento literario del que se desprende que el derecho (en tanto parte importante del "suceder real o verdad práctica"), "no es más que una manifestación limitada de la verdad".³⁶ El derecho, como años después lo expresará Jacques Derrida, quiere hacer conmensurable la vida de los hombres quienes son inconmensurables, la literatura, en cambio, afirma el maestro Alfonso Reyes, proporciona "una manera de notación para significar lo indefinido sin enumerarlo".³⁷ O como lo expresa Blanchot: "la literatura hace un valor absoluto de esta puesta al margen y ese alejamiento parece entonces fuente de comprensión general, poder para captarlo todo y para alcanzar inmediatamente todo por parte de los hombres que padecen su encantamiento, al grado de salir de su propia vida que, por su parte, es sólo

³³ *Ibidem*, p. 186.

³⁴ Jean Paul Sartre, *Op. cit.*, p. 54.

³⁵ Maurice Blanchot, *Op. cit.*, p. 35.

³⁶ Alfonso Reyes, *Op. cit.*, p. 188.

³⁷ *Ibidem*, p. 190.

comprensión limitada, y del tiempo que es apenas perspectiva estrangulada".³⁸ El historiador, por ejemplo, reconoce como importantes para su quehacer científico, la existencia e influencia de la obra literaria como proceder histórico. La literatura, representa un afianzamiento del conocimiento histórico, donde fuentes como las arqueológicas no son suficientes para desentrañar el pasado. Como escribe Alfonso Reyes, "el dato literario se superpone... al dato de carácter histórico".³⁹ La literatura, "se ofrece en función vicaria de la vida (y) da la historia complementada",⁴⁰ al aportar al dato histórico, indicios claves para su consolidación. ¿Si la disciplina histórica reconoce tal importancia capital a la literatura (sea o no de "ficción" ya que ésta lleva aparejado siempre un "mínimo de suceder real"), por qué no lo hace el derecho? Es más, el mismo Reyes se anticipa a esta posibilidad de que el derecho se alimente activamente del quehacer literario, del proceso y la obra literaria, en estas palabras: "la literatura puede encajar en la verdad práctica, que aún auxilia entonces a las sanciones, prestando una nueva especie de función ancilar en el orden práctico".⁴¹

El derecho, como estado no literario de la vida, "apenas se siente autorizado a nombrar o mencionar"; el estado literario, en cambio, "sostiene el derecho a la inmersión intuitiva"⁴² donde "por correspondencia... suscita la representación ideal de emociones iguales a las del poeta, aunque prácticamente sólo aproximadas, pues va de uno a otro término lo que va de uno a otro hombre".⁴³ La literatura, obra en función vicaria de "otra vida que no está en la vida",⁴⁴ es decir, funda la posibilidad de lo porvenir.

Es en la intención literaria, como manifestación artística a través de la palabra, donde se expresa con mayor magnitud, la necesidad humana de la justicia entendida como arquetipo, en los siguientes términos: "según los clásicos, el estímulo de esta intención, en literatura como en las otras artes, es

³⁸ Maurice Blanchot, *Op. cit.*, pp. 34 y 35.

³⁹ Alfonso Reyes, *Op. cit.*, p. 191.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Ibidem*, p. 192.

⁴² Este derecho está también en el orden jurídico formalmente considerado, el mismo Reyes recuerda que de esta "inmersión intuitiva, dan claros ejemplos, no sólo la poesía propiamente tal en sus juegos de fascinación, sino también ciertas utilidades prácticas del habla que usan del secreto literario: la exhortación, la persuasión oratoria", tan recurrentes en el quehacer público y jurídico, *Ibidem*, p. 194.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

la necesidad innata de crear formas armoniosas, una aspiración hacia la armonía, una especie de erótica”.⁴⁵ La justicia, en un sistema de vida verdaderamente democrático, representa la posibilidad objetiva de la libertad, el derecho lúdico, erótico, justo, construido a partir del aporte literario, es un derecho libertario: en él, el hombre “participa de la fluencia vital que va deshaciendo unas unidades para integrar siempre otras nuevas; evoca la cambiante música y se acompaña de cierta alegría, hasta cuando corre sobre el dolor: la alegría de la sobreabundancia, del excedente, del chorro abierto, del desdén de los fines”.⁴⁶

La sociedad así vista es posible en el estado actual de los procesos científico-técnicos, siempre y cuando éstos canalicen sus esfuerzos hacia la satisfacción de la humanidad como especie. Una sociedad, entendida como obra literaria, siguiendo la ruta del maestro Reyes, “se manifiesta en manera de juego o emancipación imaginativa de las necesidades prácticas”, en este contexto, la vida social, desde una visión literaria, “es libertad, y también es compensación contra las coerciones del suceder real”.⁴⁷ La literatura se presenta como fuente de liberación, como afirma Jean Paul Sartre, en la literatura, “al hablar, descubro la situación por mi mismo propósito de cambiarla; la descubro a mí mismo y a los otros para cambiarla; la alcanzo en pleno corazón, la atravieso y la dejo clavada bajo la mirada de todos”.⁴⁸ En este orden de cosas, la literatura rescata al hombre de su ignorancia de sí, en cuanto “engendra mundos con el mínimo de datos reales”, construyendo así la mayor “afirmación humana y de lo más humano en el hombre: cada uno lleva su poema interior y nunca escrito”,⁴⁹ ya que en una visión literaria de la sociedad, el hombre, como expresa Sartre, “sabe que es el hombre que nombra lo que todavía no ha sido nombrado o lo que no se atreve a decir su nombre; sabe que hace brotar la palabra amor y la palabra odio y, con ellas, el amor y el odio entre hombres que no habían decidido todavía acerca de sus sentimientos”.⁵⁰

El hombre, como afirma Blanchot, “tiene grilletos, lo apremia la esclavitud”, pero encuentra en la literatura (principalmente al escribirla), instantes de

⁴⁵ *Ibidem*, p. 196.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Jean Paul Sartre, *Op. cit.*, p. 53.

⁴⁹ Alfonso Reyes, *Op. cit.*, p. 198.

⁵⁰ Jean Paul Sartre, *Op. cit.*, pp. 53 y 54.

libertad “y helo ahí libre de crear un mundo sin esclavos, un mundo en que el esclavo, constituido en amo, funda la nueva ley; así, escribiendo, el hombre encadenado obtiene inmediatamente la libertad para él y para el mundo; niega todo lo que es para ser todo lo que no es”.⁵¹ Planteamientos literarios que son confrontaciones frente al derecho y que merecen gran atención en su contexto, no hay que olvidar que, en el sentir de Radbruch, “los testimonios de los poetas acerca del Derecho son... de mayor peso y fuerza probatoria que los de los especialistas en filosofía del Derecho, por la sencilla razón de que tienen raíces existenciales más profundas, que se hallan, no sólo en el pensamiento, sino en toda la personalidad”.⁵²

IV. MARTHA NUSSBAUM Y LA JUSTICIA POÉTICA: CONCEPCIÓN ESTÉTICA E INTEGRAL DEL DERECHO

A partir de uno de los Cantos de Hojas de Hierba, escritos por el gran poeta de América, Walt Whitman, Martha Nussbaum, en su prefacio a *Justicia Poética*, reconoce una aseveración pública, en cuanto a la realización poética de la justicia: “el poeta es el árbitro de lo diverso, el igualador de su época y su tierra... ve la eternidad en hombres y mujeres... no los ve como sueños o puntos minúsculos”.⁵³ Se trata aquí, de la reivindicación de una poesía de lo público, por cuanto para Martha Nussbaum, “sin la participación de la imaginación literaria, *las cosas son grotescas, excéntricas, infructuosas*”.⁵⁴ Frente al discurso público, “la narrativa y la imaginación literaria no sólo se oponen a la argumentación racional, sino que pueden aportarle ingredientes esenciales”.⁵⁵

Otra propuesta contundente en el trabajo de Nussbaum es la siguiente: “la tarea de la imaginación literaria en la vida pública es, como una vez declaró Henry James, ‘crear el registro, a falta de un goce mayor; en una palabra, imaginar el caso honorable y posible’”.⁵⁶ Esto significa que la literatura está allí para decirle al derecho cuáles han sido sus infortunios, dónde está la honora-

⁵¹ Maurice Blanchot, *Op. cit.*, p. 32.

⁵² Gustav Radbruch, *Op. cit.*, pp. 145 y 146.

⁵³ Martha Nussbaum, *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Véase: *Ibidem*, p. 20.

bilidad de sus casos, la posibilidad de mejorar su racionalidad. Si la realidad (en la que el derecho es pieza clave) no realiza el paradigma del hombre, éste tiene en la literatura el derecho de soñar esa realización. Si el juez actual, insiste en ser frío, silencioso, de piedra, la literatura registra la visión de otro juez, construida a partir de las perspectivas estéticas, eróticas y lúdicas de la posibilidad, en palabras de Nussbaum: “Podemos abrigar la esperanza de que este registro permanezca, aunque no tenga poder de persuasión universal, y que al ser contrastado con lo brutal y lo obtuso como un objeto bello frente a un objeto feo, dé testimonio del valor de la humanidad como un fin en sí mismo”.⁵⁷ He aquí una propuesta para evaluar la coherencia del quehacer jurídico, no ya respecto de sus propias formas y argumentos instrumentales, sino respecto del ser humano, expresado en el sentimiento literario como posibilidad de registrar los desastres humanos del derecho.

En palabras de Nussbaum, la fantasía o ficción literaria es la “capacidad para imaginar posibilidades inexistentes, para ver una cosa como otra y una cosa en otra, para dotar de vida compleja a una forma percibida”.⁵⁸ Nussbaum recurre a la *Poética* de Aristóteles para reivindicar el arte literario (capacidad de imaginar otras vidas, como define la autora a la novela) como forma de mostrar “las cosas tal como podrían ser” en la vida humana, frente a la historia que sólo muestra “qué sucedió”. En este sentido, el universo literario aparentemente se manifiesta, en la propuesta de la autora norteamericana, como un deber ser, como una suerte de protoderecho. Es claro que en ningún momento se propone el reemplazo o sustitución de lo literario frente a lo jurídico. Es más, ese posible deber ser de la literatura no tiene intenciones normativas, por lo que no se antepone al derecho. Lo literario define al hombre, lo construye desde la perspectiva de la posibilidad. Nadie ha dicho que se trate de una posibilidad mejor o superior desde el punto de vista normativo. Se trata de un ingrediente ético del que carece la decisión pública, ética construida a partir de una concepción estética del hombre, de la literatura como manifestación teleotética, más no nomotética.

Con los ejemplos de Nussbaum (en su libro cita constantemente a Dickens, Forster y Wright) es evidente que no le apuesta a toda la literatura. Nussbaum

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 28.

Cree principalmente en la narrativa, donde parece poner en evidencia cómo la literatura demuestra la forma en que el derecho se opone, interviene o se entromete en el carácter o crónica existencial de las personas. Martha Nussbaum cree específicamente en la novela, como género más importante para mejorar la racionalidad pública. Es más, plantea que no es “cualquier” novela, sino la denominada novela “realista”, basándose principalmente en sus lecturas personales de Charles Dickens. La propuesta de Nussbaum, así planteada, indica que la novela realista es un módulo normativo, en otras palabras, que su lectura garantiza una decisión incluyente en manos del servidor público, al colocarse compasivamente en el lugar de otros a través de la hipótesis literaria.

En fin, Nussbaum reconoce que la tarea de conexión entre el *ethos* de lo literario y el *nomos* de lo jurídico no es sencilla: “la imaginación literaria tiene que luchar contra los profundos prejuicios de muchos seres humanos e instituciones..., nuestra sociedad está plagada de rechazos que atentan contra la imaginación empática y compasiva”.⁵⁹ La propuesta es, en un principio, radical: “construir instituciones y actores institucionales que encarnen más perfectamente las intuiciones de la imaginación compasiva”.⁶⁰

La imaginación literaria hace parte, según Nussbaum, de la racionalidad pública: “(es) un ingrediente esencial de una postura ética que nos insta a interesarnos en el bienestar de personas cuyas vidas están tan distantes de la nuestra”,⁶¹ se trata pues de “una ética de respeto imparcial por la dignidad humana” que “no logrará comprometer a seres humanos reales a menos que éstos sean capaces de participar imaginativamente en la vida de otros, y de tener emociones relacionadas con esa participación”.⁶²

Se otorga así a las emociones, un papel cognitivo donde se acoge una actitud compasiva frente a los otros. Esta propuesta, aparentemente radical, es “atemperada” por Nussbaum, al recurrir a la teoría del sentimiento moral de Adam Smith y principalmente a su concepto de “espectador juicioso”, como postura o actitud del “buen juez” o del “buen pensador judicial”.⁶³ Nussbaum

⁵⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁶¹ *Ibidem*, p. 18.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Ibidem*, p. 28.

se esfuerza por enlistar las objeciones a lo que ella llama “emociones racionales”, partiendo del hecho de que literatura y emoción están en estrecho vínculo.

El contraste entre razón y emoción es paradigmático, sostiene Nussbaum, en los personajes diametralmente opuestos de Charles Dickens, haciendo referencia a quienes piensan el mundo práctico a través de la racionalidad instrumental y a quienes lo viven a través de la ensoñación de las emociones. En el mundo público actual, toda recurrencia a la emoción es neutralizada por el prejuicio, contra el cual, el funcionario y el juez deben luchar a través de la literatura. Nussbaum defiende racionalmente la emoción como posibilidad de la decisión pública. Sin embargo, entra en juego la categoría lógico-objetiva de la imparcialidad en todos sus niveles y Nussbaum recurre al espectador juicioso para construir una emoción racionalizada o un manejo imparcial de la emoción en la decisión pública. Sostiene que hay unas emociones “dignas de confianza” y otras que no lo son, y que “las lecturas literarias nos ayudan a discriminar aquello que es digno de confianza de aquello que no lo es”.⁶⁴ Para Nussbaum, el espectador juicioso es la clave para una “filtración de las emociones” y la lectura literaria la forma de llegar a ser ese hombre pensado por Smith, que se convierte, según Smith y Nussbaum, en “el paradigma de la racionalidad pública, tanto para el dirigente como para el ciudadano”.⁶⁵

Rápidamente, el espectador juicioso, descrito por Nussbaum, es aquel que “ni participa personalmente en los hechos que presencia, aunque se interesa por los participantes como un amigo preocupado... es imparcial (porque) escruta la escena que tiene delante con cierto distanciamiento”.⁶⁶ Hay una propuesta interesante allí: esta concepción del juez o de quien toma decisiones vinculantes, permite que éste no imponga sus intereses y expectativas personales en la decisión. No creo que este distanciamiento inherente, a mi entender, a una concepción de la realidad humana como “espectáculo”, inmanente en una forma de vida donde la cultura de masas invade el pensamiento crítico, neutralizándolo, sea la garantía de la imparcialidad pública. Muchas veces este distanciamiento espectacular, da cabida a la hipocresía y a la frialdad del funcionario para quien la vida del otro no es más que una tragedia que

⁶⁴ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 108.

⁶⁶ *Idem*.

no le incumbe, y que él puede observar desde el palco de la institucionalidad.

Pienso que la propuesta de una racionalidad que reivindica el papel cognoscitivo de las emociones debe ser más radical, como la literatura misma, porque ella no es sólo distracción, diversión o escapismo, sino un compromiso con el hombre, y una trasgresión o provocación hacia lo que se acepta como estático, inmodificable o habitual. Nussbaum cree que la lectura es un espectáculo, en el sentido de que el lector mira desde fuera la intriga del texto literario. Es probable que se conmueva, que el autor provoque en él una serie de emociones, pero la comodidad del sillón le permite secarse las lágrimas, bostezar y seguir su vida como si la tragedia de un Gregorio Samsa, de un Hamlet, de un Edipo, fuera “pura literatura”, algo de lo que él puede salir rápidamente cerrando el libro.

No puedo estar de acuerdo con Nussbaum en este punto. Pienso en un lector provocado y sumergido en el laberinto del texto literario. Un lector que se sepa intimidado por la fuerza reveladora del texto que lo obliga a replantear su vida en el instante mismo de la lectura: como lo describe, tal vez, Julio Cortázar en “Continuidad de los parques”,⁶⁷ es ese lector de una novela que está en su sillón, con su coñac, sabiendo de una mujer en un jardín y de un hombre que la busca a ella y a su amante, quien está sentado leyendo algo que le corresponde, porque sí, porque tocan a la puerta en el momento en que tocan a la puerta en la novela y de repente es ese lector el amante, el perseguido, su continuidad. En mi experiencia personal al leer este breve relato de Cortázar, sentí que alguien venía a matarme. Sentí ese miedo, y no fue para nada un espectáculo, fue una conmoción en la que suspiré por los asesinos, por el hombre que es perseguido. Es probable que esta forma de sentir el texto no sea frecuente, pero estoy convencido de que está por venir, se trata de la literatura como conciencia posible, como conocimiento crítico donde el lector participa de la transformación existencial a través del texto, como propone Roland Barthes⁶⁸ en el sentido de que el objetivo de la obra literaria es hacer del lector un productor del texto, lo que intentaré aclarar con mayor precisión más adelante.

⁶⁷ Julio Cortázar, *Cuentos Completos*, Alfaguara, Buenos Aires, 1999, pp. 291-292.

⁶⁸ Véase: Roland Barthes, *El Placer del Texto*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1974.

En palabras de Jean Paul Sartre, “es en el amor, en el odio, en la cólera, en el miedo, en la alegría, en la indignación, en la admiración, en la esperanza y en la desesperación como el hombre y el mundo se revelan *en su verdad*”.⁶⁹ Un filtro de las emociones ya está dado en los límites que la institucionalidad impone al pensador público o judicial. Otro, desde la propuesta misma de cambiar la mentalidad del funcionario público, del jurista y del ciudadano, es ya una traición a la propuesta. Insisto nuevamente con Sartre: “en esas geometrías apasionadas, cuando la geometría ya no convence, la pasión emociona todavía... o más bien la representación de la pasión... las ideas se han dispersado con el correr de los siglos, pero continúan siendo las pequeñas obstinaciones personales de un hombre que fue de carne y hueso; detrás de las razones de la razón, que languidecen, percibimos las razones del corazón, las virtudes, los vicios y ese gran dolor que es la vida de los hombres”.⁷⁰ Es más la actitud compasiva de la que carece el derecho, que según el diagnóstico de Nussbaum, es abundante en la literatura, es una preocupación de todos los tiempos en el derecho, pero se muestra como una excepción en el pensamiento jurídico. Para el caso, un personaje tan importante para la formación de los verdaderos juristas, como es Francesco Carnelutti, ha afirmado rotundamente la necesidad de que el abogado, el juez, el hombre que decide el destino de otro a través de la puesta en escena pública o judicial, sea realmente un hombre civilizado. La fuerza compasiva de esta palabra, tan desgastada en los discursos prácticos, en los silencios anacrónicos, es clara en Carnelutti: “la civilidad... no es otra cosa sino capacidad de los hombres de amarse y, por eso, de vivir en paz”.⁷¹

La manifestación compasiva, en Carnelutti, es una carencia histórica en los espacios formales del derecho: “a la solemnidad, por no decir a la majestad de los hombres en toga, se contrapone el hombre en la jaula”.⁷² Pienso que la propuesta de Martha Nussbaum, vinculada con la idea del espectador juicioso o compasivo de Adam Smith, cae en el abismo que critica la filósofa norteamericana: es una compasión uniformada, en el sentido de que no hace ninguna diferenciación respecto de la actitud personal que cada uno tiene para

⁶⁹ Jean Paul Sartre, *Op. cit.*, p. 53.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

⁷¹ Francesco Carnelutti, *Las Miserias del Proceso Penal*, Temis, Bogotá, 1999, p. XI.

⁷² *Ibidem*, p. 11.

con la compasión propia y ajena. Simplemente nos dice: compadécete del otro pero no te comprometas con su problema, has como quien va a la representación de una tragedia, el universo de lo otro es un espectáculo. Sé que Martha Nussbaum no sigue esta línea, pero es de notarse que la propuesta del “espectador juicioso” como “dispositivo de filtración de las emociones”⁷³ no es tan radical como otras propuestas de Nussbaum, aquí compartidas, principalmente en cuanto a la visión total del sentir humano, dentro y fuera de la racionalidad pública. Ese espectador que entre el público indiferenciado se compadece del “espectáculo del dolor ajeno” se separa de lo que Carnelutti recuerda en estas palabras: “los hombres son diversos entre sí incluso en el modo de sentir la caridad”.⁷⁴ En lo más íntimo, me parece que las reflexiones de Carnelutti sobre los abogados, son expresiones donde la compasión da la posibilidad de concebir y producir de otra forma el derecho, sensible y justa: el abogado es aquel que da su amistad a quien se convierte en proscrito de las relaciones sociales: “el nombre mismo del abogado suena como un grito de ayuda... Advocatus, vocatus ad, llamado a socorrer”, en palabras de Carnelutti quien por lo demás, encuentra en el lenguaje (¿tal vez en la literatura, en esa oportunidad de hallar una intuición deslumbrante en las palabras?) una posibilidad que escapa a las esferas del Derecho racionalizado: “entre la prestación del médico y la prestación del abogado existe una diferencia, la cual, no advertida por el derecho, es sin embargo, descubierta por la exquisita intuición del lenguaje”: “Abogado es aquel al cual se pide, en primer término la forma esencial de la ayuda, que es, propiamente, la amistad”.⁷⁵

Aquí veo una propuesta compasiva mucho más radical que la de Nussbaum, construida a partir de “La teoría del sentimiento moral” de Adam Smith: el hombre que trabaja con y por el derecho, sí participa personalmente en los hechos que presencia. Es más que “un amigo preocupado”, como lo menciona Nussbaum, es un compañero en el sentido etimológico que le otorga Carnelutti: “compañero, de cum pane, es aquel que parte con nosotros el

⁷³ Martha Nussbaum, *Op. cit.*, p. 107.

⁷⁴ Carnelutti, en su radicalidad compasiva, continúa: “Los hay que conciben al pobre con la figura del hambriento, otros con la del vagabundo, otros con la del enfermo; para mí, el más pobre de todos los pobres es el preso, el encarcelado”, *Idem*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 20.

pan”.⁷⁶ Creo que el abogado, y no sólo el defensor, el litigante, sino también el abogado-juez, el abogado-servidor público, agente de decisiones públicas, debe tocar con sus manos la realidad sobre la que va a decidir, sobre la que va a trabajar, sin ningún distanciamiento ilegítimo, “apropiándose” de la situación sobre la que pesa su decisión: “La esencia, la dificultad, la nobleza de la abogacía es esta: situarse en el último peldaño de la escala junto al imputado”.⁷⁷ No me refiero a que el juez “delinca” para saber cómo decidir sobre un “delito”, esto es algo que se cae de su peso. Me refiero a que el juez, si es que en realidad cree en la verdad última del derecho, la justicia, y sobre todo, en su realización práctica, debe acercarse aunque fuese a un conocimiento mínimo del espíritu, de la narrativa existencial de los hombres sobre los que pesa su decisión. Soy consciente de que un proceso judicial no permite un espacio de acercamiento apenas precario del operador jurídico y las personas cuyos intereses están a la espera de su decisión, pero pienso en una inquietud sopesada del funcionario por el reconocimiento de la humanidad de las partes, de la integridad de los involucrados en su decisión, de la presencia del otro, aunque fuese por un instante. En palabras de Carnelutti: “conocer el espíritu de un hombre quiere decir conocer su historia; y conocer una historia no es solamente conocer la sucesión de los hechos, sino encontrar el hilo que los vincula” imposible “si el protagonista no abre, poco a poco, su alma”.⁷⁸

Como se ha mencionado, en el aspecto central de la labor judicial, lo primero que se opone a la propuesta de una razonabilidad compasiva en el juez, es la imparcialidad exigida por la dignidad de su cargo. Tal vez esta realidad lógico-objetiva del derecho, estuvo en la mente de Nussbaum para no radicalizar su propuesta de la compasión como “actitud que cuadra al buen juez y ciudadano”.⁷⁹ Sin embargo, no puede olvidarse que el juez no es un ser de mármol, es un ser humano como todos, como recuerda Carnelutti: “el juez... es un hombre también él; si es un hombre, es también él una parte... Esto de ser el juez un hombre y de deber ser más que un hombre, constituye su dra-

⁷⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ En otro lugar, Carnelutti enseña que “el juez no debe limitar su investigación a los aspectos externos o sea a las relaciones del cuerpo del hombre con el resto del mundo, sino que debe descender, mediante su investigación, al alma de aquel hombre”. Véase: *Ibidem*, p. 55.

⁷⁹ Martha Nussbaum, *Op. cit.*, p. 110.

ma”.⁸⁰ El problema de la justicia es una toma de posición frente al hombre: la imparcialidad se convierte en una estratagema para que éste renuncie a su libertad, a la posibilidad de transformarse y en este acto, transformar al derecho. La justicia, como el derecho mismo, es una lucha por que la parcialidad humana no sea tan ignominiosa, por que no arrebate el asombro: “la justicia humana no puede ser más que una justicia parcial; su humanidad no puede dejar de resolverse en su parcialidad. Todo lo que se puede hacer es tratar de disminuir esa parcialidad... es necesario, cada día más, recuperar el don del asombro... es necesario caer de rodillas ante cada manifestación de este indecible prodigio que es la vida”.⁸¹

Hay una radicalidad poética en las palabras de Carnelutti: esa radicalidad no es más que fe en el hombre, es necesario ser poeta para no “confundir el espíritu con el cerebro”. Precisamente, Carnelutti piensa en un texto literario (una fábula sobre la indignación de los ángeles ante la creación del hombre, mezcla de ángel y bestia) que le lleva a creer que el derecho “es cuestión de fe en el hombre” (él se refiere principalmente al derecho penal): “pero la fe en el hombre se adquiere solamente amando al hombre... más que leer muchos libros, yo querría que los jueces conocieran muchos hombres”,⁸² más que un espectador, se necesita un juez capaz de “situarse en el último peldaño de la escala, junto al imputado”,⁸³ de armonizar el ímpetu de la argumentación jurídica con las necesidades sociales y espirituales de los hombres sobre cuya narrativa existencial, se aplica el peso de la ley.

V. CONCLUSIÓN

He intentado compartir con el lector una preocupación sopesada respecto de las relaciones que el derecho debe entablar con otras manifestaciones sociales, en un contexto donde la democracia es conversación, es decir, posibilidad infinita de incluir al otro. El derecho hace parte de los textos sociales y en este sentido, su naturaleza textual lo vincula epistemológicamente a otras formas textuales del todo que regula con su fuerza y su razón.

⁸⁰ Francesco Carnelutti, *Op. cit.*, p. 28.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

⁸² *Ibidem*, p. 33.

⁸³ *Ibidem*, p. 21.

Las relaciones entre derecho y literatura son en este sentido sociológicas y tienen gran variedad de rostros. He intentado compartir dos de ellos: la literatura como enjuiciamiento de la racionalidad instrumental aplicada a la argumentación jurídica y la necesidad actual de reforzar la imaginación compasiva del juez al momento de tomar una decisión socialmente relevante y por supuesto, jurídicamente correcta. La anterior propuesta es aun más radical y exige de parte del jurista una profunda investigación, toda vez que hace parte de la preocupación actual por encontrar el paso de la racionalidad a la razonabilidad de la decisión pública, en aras de satisfacer el sueño ciudadano de la justicia. Para ello, el derecho se convierte también en un paradigma literario: es decir, puede fundar una epistemología dinámica en su condición poética y narrativa.

La crítica al derecho que se desprende de la literatura es más profunda de lo que parece. Trabaja en el campo de la argumentación jurídica, de la decisión judicial y de la gnoseología del positivismo jurídico. Existe una teoría del derecho que iguala a éste con la literatura, en un contexto donde inquirir por el *status* epistemológico de su producción en el mundo de la vida, se convierte en el punto de convergencia de la sociología del derecho como ciencia de la organización social. La sentencia del juez vincula las piezas sociales del conflicto y a su vez es oponible a la institucionalidad social, de suerte que la literatura es más que un compañero de camino en el difícil arte de juzgar a los hombres.

JUSTICIA TRANSICIONAL: PROCESOS DESDE LA MISMIIDAD Y DEUDA CON LAS MUJERES. MIRADAS DESDE EL CASO DE BOSNIA HERZEGOVINA

▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼ ▼

Marycarmen Color Vargas*

RESUMEN

El trabajo es un ejercicio de reflexión, desde una perspectiva crítica, a la teoría de la justicia transicional. El documento está dividido en tres apartados, en el primero, se determina el paradigma bajo el cual está situada actualmente la justicia transicional. Después, se realiza un breve recuento de los procesos de justicia transicional en el caso de Bosnia Herzegovina, examinando únicamente las resoluciones más relevantes sobre el tema de violación sexual que emitió el Tribunal Penal Internacional para crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y, finalmente, se critica el paradigma actual de la justicia transicional, utilizando dos herramientas de análisis crítico: el derecho a la interlocución y algunos elementos de teoría(s) feminista(s).

ABSTRACT

This paper is a critical exercise that discusses the theory of transitional justice and the challenges ahead of it. The document is organized in three parts. First presented is the paradigm under which this justice is placed nowadays. Secondly, the authoress realizes a brief inventory of

* Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, campus ciudad de México. Becaria de la Red Latinoamericana para la Educación e Investigación de los Derechos Humanos, RedLEIDH (Red interdisciplinaria e interinstitucional de colaboración integrada por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA; el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH; el Centro de Investigación sobre América Latina y el Caribe y la Escuela de Derecho Osgoode Hall de la Universidad de York; el Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS; y por la Asociación de Universidades Confiadas a la Compañía de Jesús en América Latina, AUSJAL)

Correo electrónico: vargas_purecko@yahoo.com.mx

the processes of transitional justice in the case of Bosnia Herzegovina, examining only the resolutions on the topic of sexual violation issued at the International Criminal Court for crimes committed in the Ex-Yugoslavia and, finally, she presents a critical analysis of the transitional justice paradigm, using two arguments: the right of speech and some elements of feminist critique.

I. ADVERTENCIAS

El siguiente trabajo es un pequeño ejercicio de reflexión en torno a los cabos sueltos que, desde una perspectiva crítica, aún le quedan a la teoría de la justicia transicional. Estoy en el entendido de que su proceso teórico lleva relativamente poco tiempo desarrollándose, así como que durante éste las expectativas que ha desplegado han sido de muy altos estándares, puesto que representa una muy interesante propuesta para las sociedades en transición y para la comunidad internacional concernida en el respeto de los derechos humanos.

Ante esto, la crítica que aquí se hace es sobre la base de que existen tareas pendientes para la justicia transicional, las cuales deberán de irse concretando conforme las experiencias y el desarrollo teórico de la materia lo vayan permitiendo.

Así, el trabajo consta de tres partes: en la primera se determina cuál es el paradigma bajo el que está situada actualmente la justicia transicional; en la segunda, se hace un muy breve recuento de los procesos de justicia transicional en Bosnia Herzegovina, sólo contemplando el desarrollado en el Tribunal Penal Internacional para Crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, particularmente en sus resoluciones sobre el tema de violación sexual. A partir de ahí, se llega en la tercera parte, a la señalización de la *episteme* que necesariamente debería criticar la justicia transicional; esto último utilizando tanto el derecho a la interlocución y algunos elementos de teorías feministas¹ como herramientas para una análisis crítico.

¹ Desde su surgimiento el pensamiento feminista se ha conformado como uno de los más desafiantes al dominante. Particularmente en el terreno de los sistemas jurídicos la crítica feminista se ha basado en la función que el derecho tiene como un sistema de dominación hacia la mujer; sin embargo, es importante destacar que las teorías feministas son diversas en cuanto a sus análisis, perspectivas y propuestas, tal y como lo hacen notar los trabajos de Frances Olsen, "El sexo del derecho", en: Alicia E. C. Ruiz (Comp.), *Identidad femenina y discurso*

II. UN PROBLEMA EN EL PARADIGMA

Desde finales de 1980 y principios de 1990² el enfoque de justicia transicional comenzó a posicionarse –a la par de las discusiones en pro de los derechos humanos, los procesos de transición de los Estados hacia regímenes más democráticos (particularmente en Latinoamérica, Europa del Este y Sudáfrica) y el nuevo auge de las relaciones internacionales desde los organismos internacionales– como la forma más conveniente en que las sociedades, que habiendo estado sometidas a violaciones graves de derechos humanos y regímenes antidemocráticos, pueden buscar procesos de justicia, paz, reconciliación y transformación político-social.³ En este entendido el “gran” paradigma bajo el cual se ha desarrollado la teoría de la justicia transicional se podría resumir en: las condiciones de posibilidad en las que una sociedad en conflicto puede democratizarse.⁴

En los ciclos que ha sufrido este paradigma de la justicia transicional, a través del tiempo, se ha puesto de manifiesto que existe una relación dinámica entre el tipo de justicia que se persigue y el contexto político, o restricciones políticas, que se dan en un determinado momento y sociedad; así como el hecho de que es un discurso “dirigido a preservar un estado de derecho mínimo identificado principalmente con la conservación de la paz”.⁵

jurídico, Argentina, Biblos, 2000; así como el estudio introductorio de Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en: Robin West, *Género y teoría del derecho*, Colombia, Siglo del hombre editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes Ediciones Uniandes, 2000, pp. 27-66.

² Internacional Center for Transitional Justice, *What is Transitional Justice*, disponible en: <http://www.ictj.org/en/tj/justice?>, página web del International Center for Transitional Justice, consultado: mayo 2009.

³ Para una acercamiento al concepto de justicia transicional véase: Alexander L. Boraine, “Transitional justice: a holistic interpretation”, en: *Journal of International Affairs*, Núm. 1, Vol. 60, Fall/Winter 2006, pp. 17-27; y Glenda Mezarobba, “Entrevista con Juan Méndez, presidente del International Center for Transitional Justice (ICTJ)”, en: *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, Núm. 7, año 4, 2007, pp. 172-179. Para un análisis más puntual sobre los elementos de transición a la democracia desde una perspectiva “latinoamericana” véase: Guillermo O’Donnell y Philippe Schmitter, *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Vol. 4, Buenos Aires, Paidós, 1988.

⁴ Como se hace referencia éste puede ser considerado el “gran” paradigma de la justicia transicional; sin embargo, al interior de éste se derivan otros que han causado un intenso debate en el desarrollo del tema, tal ha sido el caso de la preocupación por una justicia como *recognition* o la verdad como reconocimiento, véase: André Du Toit, “The moral foundations of truth commissions. Truth as acknowledgement and justice as recognition as principles of transitional justice in the practice of the south african TRC”, en: Robert I. Rotberg, *Truth v. Justice*, Princeton University, 2000 (Traducido al español por: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, en: *18 ensayos. Justicia transicional, estado de derecho y democracia*, Chile, CDH/Fundación Sueca para los DDHH, 2005); y Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts’ Revisited: reconciling global norms with local agency”, en: *The international journal of transitional justice*, Vol.1, 2007, pp. 10-22.

⁵ Ruti G. Teitel, “Transitional justice genealogy”, en: *Harvard human rights journal*, Vol. 16, 2003. (Traducido al español por: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, *Op. cit.*)

Ahora bien, el tomar conciencia de este desarrollo, pone una nota importante para el tema que nos ocupa en este trabajo, pues con él se destaca que la tarea de justicia, reconciliación y democracia tiene un límite en las situaciones políticas de hecho que imperan en los Estados en proceso de justicia transicional, así como de la comunidad internacional en general; con lo cual, se sobrentiende que este tipo de justicia está inmersa en la lógica del Estado y de la política liberal, y con ello en una lógica androcentrista.⁶

En este sentido se comprende el que la justicia transicional no tenga interiorizada una perspectiva feminista dentro de su naturaleza. Es verdad, que dentro de las herramientas que ésta ha encontrado para llegar a la democratización se concibe la participación de las mujeres, como lo es en el caso de la instauración de comisiones de la verdad; para la instauración de éstas los estándares internacionales señalan que:

...gozarán del máximo apoyo público e internacional si sus miembros son seleccionados mediante un proceso consultivo y se intenta sinceramente alcanzar un justo equilibrio en la representación de grupos étnicos, regionales o religiosos, de hombres y mujeres y de opiniones políticas.⁷

⁶ Este argumento podría parecer forzado para algunas personas lectoras de este trabajo, por lo cual es importante traer a colación los argumentos del "contrato sexual". De acuerdo con esta teoría el contrato social es un pacto tanto social como sexual, pero esta última parte del contrato ha sido reprimida históricamente. A través de los estudios doctrinarios del pacto social se concluye que con éste se dio el paso de una sociedad patriarcal a un nuevo orden civil, de manera que se entiende que contrato y patriarcado son irrevocablemente contrapuestos. Sin embargo, esta lectura guarda un sesgo importante pues el pacto originario no tuvo nunca la intención de cuestionar el patriarcado sino sólo el derecho paterno, de manera tal que "la sociedad civil moderna no está estructurada según el parentesco y el poder de los padres; en el mundo moderno, las mujeres están subordinadas a los hombres en tanto que varones, o a los varones en tanto que fraternidad. El contrato original tiene lugar después de la derrota política del padre y crea el patriarcado fraternal moderno. ...con demasiada facilidad da la impresión de que el contrato sexual y el social son dos contratos separados, si bien relacionados, y que el contrato sexual concierne a la esfera privada. El patriarcado, entonces parece no tener relevancia en la esfera pública. Por el contrario el derecho patriarcal se extiende a la sociedad civil... las dos esferas de la sociedad civil son, a la vez, separadas e inseparables. El ámbito público no puede ser comprendido por completo en ausencia de la esfera privada, y de modo similar, el significado del contrato original se malinterpreta sin ambas mitades de la historia, mutuamente interdependientes. La libertad civil depende del derecho patriarcal". Carole Pateman, *El contrato sexual*, España, Anthropos/UAM-I, 1995, pp. 12 y 13. Así pues, lo que devela Pateman es que en la sociedad civil moderna existen importantes instituciones constituidas y sustentadas mediante este contrato sexual, de entre las cuales destaca el Estado, la política y el discurso liberal.

⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS y LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la Verdad*, Nueva York y Ginebra, OHCHR/UN, 2006, p. 14.

Sin embargo, éstas son solamente directrices para los procesos de justicia que no pueden solventar por sí solas la exclusión que las mujeres han sufrido en las sociedades en las que se llevan a cabo.

En un importante trabajo presentado por Christine Bell y Catherine O'Rourke, titulado "Does feminism need a theory of transitional justice? An introductory Essay", a través del planteamiento de dos preguntas y una interesante revisión de hechos sobre la justicia transicional se corrobora la afirmación anterior, de la siguiente manera:

...The first part of the question -'where are women in transitional justice'- highlights the visible exclusion of transitional justice: women have been largely absent from forums that settle on the nature and design of transitional justice mechanisms. The second part- 'where is gender in transitional justice'- addresses the deeper conceptual exclusion of women in transitional justice projects...⁸

Empero, en el mismo trabajo de estas dos autoras se encuentra otra afirmación con la cual no coincide la hipótesis de este trabajo. Tal planteamiento es que mientras consideran que existe una profunda crítica y "desencantamiento" de las feministas con respecto al discurso de la justicia transicional y con ello una dificultad para la consolidación de una teoría feminista de la justicia transicional, es de mayor relevancia poner atención a cómo es que la teoría de justicia transicional (concebida sin elementos de teoría feminista alguna) logra en la práctica transformar la realidad de las mujeres en las sociedades de transición en lugar de tratar de implementar una noción feminista de justicia en el paradigma de la justicia transicional.⁹

Así, como ya se mencionaba, el planteamiento de este trabajo dista de la propuesta de estas dos teóricas, pues considero que la división que con este tipo de conclusiones se hace entre teoría y práctica tiene implicaciones que hacen pensar que la teoría es tan sólo un lastre para cualquier *praxis*; lo cual es en definitiva desastroso para la causa de las mujeres al privarlas de la problematización, la fundamentación de una *episteme* y el planteamiento de nuevos paradigmas dentro de la justicia transicional.

⁸ Christine Bell y Catherine O'Rourke, "Does feminism need a theory of transitional justice? An introductory essay", en: *The international journal of transitional justice*, Vol.1, 2007, p. 23.

⁹ *Ibidem*, pp. 42-44.

III. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN EL CONFLICTO DE BOSNIA–HERZEGOVINA. ¿UN CASO DE JUSTICIA TRANSICIONAL SIN FEMINISMO?

Los hechos ocurridos a partir de 1991 en la región conocida como los Balcanes, marcaron la historia de finales del siglo XX con el derrame de sangre de miles de personas que fueron asesinadas durante los intensos conflictos étnicos, que se dieron durante la desintegración de Yugoslavia en los Estados de Eslovenia, Croacia, Macedonia, Bosnia-Herzegovina (BiH), Montenegro y Serbia.

En particular, los mayores incidentes de violencia étnica, tales como los ataques a la población civil, la expulsión de personas de sus hogares, las masacres y las violaciones sistemáticas de mujeres se dieron en BiH, así como en Croacia y Kosovo.¹⁰

BiH fue el cuarto territorio en promulgar su independencia del Estado yugoslavo, tras el voto del 63% de los bosnios a favor de la secesión en el referéndum del 1 de marzo de 1992,¹¹ hecho que desató una guerra entre los bosnios (bosnio-croatas y bosnio-musulmanes) con los serbios y que cobró la vida desde ese momento y hasta 1995, cuando se da por terminado el conflicto con la firma de los Acuerdos de Dayton, de 250,000 personas.¹² Durante este tiempo también acontecieron los tristemente conocidos hechos de violencia sexual en contra de las mujeres de la región:

Nobody knows the actual number of the victims of rape and sexual torture in the war in former Yugoslavia ...According to the figures realized by the Bosnian government at the end of September 1992, almost 15 percent of the population of approximately one and a half million or 200,000 individuals, had been confined in concentration camps (New York Times 1993). Men and women were held separately. Individual of both sexes were physically and sexually tortured.

¹⁰ Estimaciones hechas por el ICTJ en su reporte titulado "Transitional justice in the former Yugoslavia", New York, 2009.

¹¹ Bogdan Denitch, *Nacionalismo y etnicidad: la trágica muerte de Yugoslavia*, México, UNAM/Siglo XXI, 1995, p. 39.

¹² Mark Freeman, *Bosnia and Herzegovina: selected developments in transitional justice*, New York, ICTJ/ Case study series, 2004, p. 1.

Tortures included rape and sexual mutilation. Men were forced to watch their female relatives raped multiple times. The same report stated that the number of women who had been raped was at least 14,000. Because it is a shame and dishonor to admit rape, however, many victims probably remained silent. It was estimated that among all the female rape victims 14 percent were girls between the ages of 7 and 18, 57 percent were between the ages of 18 and 35, 21 percent were between the ages of 35 and 50, and 7 percent were above the age of 50 (New York Times 1993).

In another report compiled by a fact-finding mission of the European Community in December 1992, Bosnian Serb Soldiers were reported to have raped 20,000 women, mostly of Muslim ethnicity.¹³

De esta manera las mujeres se convirtieron en un punto focal del conflicto en la región y con ello en “carne de cañón” para el establecimiento de jurisprudencia y nuevos precedentes en materia de derechos humanos. Así, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés) conoció asuntos en los cuales un 20% de los cargos eran relacionados con delitos sexuales y otro número de casos en los que hubo sentencias por la comisión del delito de violación sexual, encontrando que la violación y otros tipos de violencia sexual en contra de las mujeres constituía tortura, así como una violación grave a la Convención de Ginebra y al estatuto del ICTY (artículos 2 y 3), un crimen de guerra y un crimen en contra de la humanidad bajo el estatuto del ICTY.¹⁴

Tres de los importantes casos a través de los cuales el ICTY ha conformado su jurisprudencia sobre violación sexual son *Celebici*,¹⁵ *Furundzija* y *Kunarac*.

In the first, *Celebici*, the ICTY found rape to constitute torture and thus a grave breach; the case was brought against Bosnian Muslim defendants for raping

¹³ Maria B. Olujić, “Embodiment of terror: gender violence in peacetime and wartime in Croatia and Bosnia-Herzegovina”, en: *Medical anthropology quarterly*, New series, Vol. 12, Núm. 1, 1998, p. 40.

¹⁴ Karen Engle, “Feminism and its (Dis)contents: criminalizing wartime rape in Bosnia and Herzegovina”, en: *The American journal of international law*, Vol. 99, Núm. 4, 2005, p. 781.

¹⁵ TRIAL CHAMBER ICTY: chambre de 1ere instance CC/PIU/364-E The Hague, 16 November 1998.

Serbian women. That the defendants were Muslim is rarely mentioned but seems significant in the context ...Through this prosecution, the ICTY signaled that all rapes committed on all sides violated international law. This view was reinforced by the second successful rape prosecution, *Furundzija*, in which the defendants were Croats, not Serbs. It was not until *Kunarac*, ...that Serbian men were convicted for raping Bosnian Muslim Women.

...[This last case] was designed to do two things. First, it was intended to focus exclusively on sexual crimes against women, with the ultimate hope of extending the jurisprudence on rape and sexual violence ...Second, the case was meant to bring attention to the systematic detention and rape of Bosnian Muslim women ...the ICTY indicated that the rapes of Bosnian Muslim women were different from the rapes of Serbian and Croatian women; only the former were found to be systematic.¹⁶

El ICTY no ha encontrado a la violación como una herramienta de genocidio a diferencia de como lo hizo el Tribunal de Ruanda¹⁷ (ICTR, por sus siglas en inglés), aunque sí ha incluido a la violencia sexual como parte de las acusaciones en delitos de genocidio y limpieza étnica (en los casos en contra de Rodovan Karadzic, Ratko Maladic y Slobodan Milosevic), pero los cargos se refieren a violencia sexual en contra de hombres y mujeres y no particularmente a la violación de mujeres.¹⁸

Sin un análisis desde alguna teoría feminista, se puede concluir que el trabajo hecho por el ICTY fue paradigmático en el tema de la defensa de las mujeres en contra de la violación sexual en tiempos de conflicto armado, al establecer precedentes y jurisprudencia en el sentido de que puede constituir tortura y/o un crimen en contra de la humanidad y, por lo tanto, un logro en materia de justicia transicional; sin embargo, ésta *no debería de ser la única lectura* de la justicia impartida en este acaso a las mujeres, pues si se hace una revisión desde una perspectiva feminista los resultados no serían iguales.

Con una visión feminista cabrían hacerse algunas de las siguientes reflexiones: la primera, que podría parecer muy radical, estaría en plantear si la

¹⁶ Karen Engle, *Op. cit.*, p. 798.

¹⁷ *Ibidem*, p.782.

¹⁸ Olivia Swaak-Goldman, "Prosecutor v. Delalic. No. IT-96-21-T", en: *The American journal of international law*, Vol. 93, núm. 2, abril 1999, p. 519.

imagen de violación sexual en contra de las mujeres como se planteó en el caso de BiH, no coadyuva de alguna manera a perpetuar la idea de la mujer como indefensa y sumisa, incapaz de tomar agencia en los conflictos armados.¹⁹ Con ello, la cuestión estaría no tanto en el hecho del castigo a perpetradores de crímenes en tiempo de guerra, sino en develar y tratar de comprender el mensaje que se configura detrás de los discursos del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos y de la justicia transicional, que están estructurados desde una *episteme* androcentista. Con lo cual, reproducen un discurso en el que naturalmente y de forma subrepticia siguen perpetuando los roles de género indispensables para perpetuar el dominio de las mujeres por los hombres.

Así pues, la categorización de la violación de las mujeres en esta región como: “lo peor que a una mujer le puede suceder, incluso que la muerte misma” ¿no perpetua el rol en el que la mujer tiene valor sólo por su castidad y como símbolo que representa el honor de su padre, esposo e hijos? ¿Qué acaso la identidad sexual es lo único que conforma a las mujeres?

Es verdad que diversos grupos de activistas feministas estuvieron detrás del *advocacy* que logró poner el tema de las mujeres en los litigios conocidos por el ICTY, por lo cual podría pensarse que los resultados en materia de derecho internacional arrojados por tal activismo son un fruto de la lucha feminista; y con ello, dar lugar a que lo que aquí se plantea es muy radical. Más, la perspectiva crítica que aquí se persigue tiene como finalidad el consolidarse más allá de la lucha ante los tribunales internacionales e ir hasta los paradigmas que mueven al derecho.

Aquí podemos plantear otra pregunta: ¿el que los crímenes sexuales sean los que mayor impacto y relevancia tienen para el derecho internacional (particularmente en el de las mujeres de BiH) no sería muestra del papel paternalista²⁰ que tiene el derecho para con las mujeres y de la poca importancia que se les reconoce respecto a la violación de otros derechos en tiempos de conflicto armado?

También cabría pensar, por el tratamiento que se le dio a la violación sexual en BiH, que estos actos en contra de las mujeres eran “excepcionales”, en el entendido de que sólo tenían lugar en la región de los Balcanes:

¹⁹ Karen Engle, *Op. cit.*, p. 812.

²⁰ *Ibidem*, p. 814.

...‘rape of women during war is a deliberate instrument of warfare and a consequence of male power and masculine privilege — the widespread coverage of the rape of Bosnian women by Serbian soldiers risked presenting it as “something exceptional”. The reality is that rape and abuse of women in armed conflict has a long history. Professor Chinkin cited attacks on women in Kuwait, Somalia, Peru, Liberia, Burma and Japan, claiming that in Burma rape is explicitly used as a routine punishment —a means of demonstrating who the master is. The reifications of gender are manifestly seriously implicated here.²¹

Por otro lado, el papel que jugó la divulgación en los medios de comunicación²² de los hechos de violación en contra de las mujeres en este conflicto étnico en las relaciones internacionales también debe ser analizado con cautela. La situación de vejaciones sexuales sufridas por las mujeres bosnias fue utilizada como señuelo por su propio gobierno para lograr la intervención de la comunidad internacional y con su presión configurar procesos de justicia transicional en la región acordes a sus intereses:

...the Bosnian government profited politically from publicizing the aggression against its “own” women. Bosnian women who were victims of mass rapes in Serb-run Bosnian rape camps became bargaining tools of the Bosnian government to entice or persuade the West to intervene militarily. Raped women were also used to manipulate the media and other governments’ actions by male members of the Bosnian government who in effect confiscated the identity of these women, thereby becoming rapists of another sort.²³

Estas son algunas líneas por las cuales se puede sugerir que una perspectiva feminista en la justicia transicional es indispensable si en verdad se quieren tener procesos que modifiquen las sociedades en conflicto hacia un paradigma democrático.

²¹ Marysia Zalewski, “Well, what is the feminist perspective on Bosnia?”, en: *International affairs*, Vol. 71, Núm. 2, 1995, p. 355.

²² En este punto es interesante destacar el trabajo que Judith Butler tiene relativo a cómo es que los medios de comunicación participan en la conformación, a través de las imágenes de lo que una sociedad considera como “humano”, lo que es una vida vivible y una muerte lamentable. Judith Butler, *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Argentina, Paidós, 2006.

²³ Maria B. Olujic, *Op. cit.*, p. 44.

El derecho internacional de los derechos humanos, así como el humanitario, las relaciones internacionales y la justicia transicional deben ser sujetas al análisis desde la teoría crítica y cruzados por los resultados que esta arroje. En este caso en particular se hace referencia a la línea de la teoría crítica del derecho²⁴ desde la perspectiva feminista.

IV. ATISBOS FEMINISTAS PARA LA CONFORMACIÓN DE UNA JUSTICIA TRANSICIONAL MÁS ALEJADA DE LA DEUDA

En general las mujeres siempre han sido invisibles en la producción del derecho en todos sus niveles (estatal, internacional y demás sistemas jurídicos), ello a pesar de que concebirlas como minoría en estos ámbitos de producción normativa es cuantitativamente imposible. Sin embargo, los números no son lo que ha dado visibilidad a lo invisible, sino la lucha continua por un cambio al paradigma androcentrista o, puesto en palabras referidas a Mackinnon, en la creación de una conciencia que modifique la *episteme* del dominio masculino y que exponga lo político que hay tras lo personal y el dominio que hay tras la sumisión.²⁵

En este sentido, cabría preguntarse ¿cuál ha sido el derecho esencialmente negado a las mujeres y que debe ser pieza fundamental en los procesos de justicia transicional?

Este derecho no haría referencia particularmente a la violencia sexual ejercida en contra de las mujeres o a la negación de agencia que tienen en derechos civiles y políticos o el acceso a derechos económicos y sociales; sino que sería uno que abarque todos estos. Sería aquel, en donde hay lugar para que se conforme una verdadera diferencia y espacio para tomar distancia de la cultura patriarcal que codifica a los sujetos en términos sexuales y de

²⁴ Se debe recordar que la teoría feminista constituye una teoría crítica de la sociedad: "La teoría *feminista* es un marco... interpretativo que determina la visibilidad y la constitución en hechos relevantes de fenómenos y acontecimientos que no son pertinentes ni significativos desde otras orientaciones de la atención. Pero como la teoría feminista es una teoría crítica lo que hace es poner de manifiesto estos sesgos como sesgos no legítimos: irracionalizamos, por tanto, los sesgos de estas orientaciones que son ciegas a los fenómenos que irritan nuestras sensibilidades, y nuestra irritación va logrando, afortunadamente, cada vez mayor permeabilidad social." Celia Amorós, "Conceptualizar es politizar", en: Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, *Género, violencia y derecho*, Argentina, Editores del puerto, 2009, p. 5.

²⁵ Catherine A. Mackinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado*, España, Cátedra/Universidad de Valencia/ Instituto de la mujer, 1995, p. 432.

dicotomías como: hombre/mujer. En la gestión de este derecho la diferencia no es entendida como inferioridad respecto a los hombres, ni como una relación binaria dispuesta para sostener un sistema de poder, sino como un espacio en el que se puede gestar “el proceso activo de potenciar la diferencia que la mujer establece en la cultura y en la sociedad. [Donde] la mujer no es ya diferente de sino diferente para poner en práctica nuevos valores.”²⁶

Este derecho, donde se debe de configurar el respeto por la diferencia como una necesidad epistemológica y ética, es el derecho a la interlocución.²⁷ Éste, de acuerdo con Lyotard, tiene su fundamento en el hecho de que el lenguaje humano está destinado a alguien distinto al que enuncia la palabra; así la interlocución tiene como característica distintiva:

...la relación simultánea de similaridad y disparidad que se introduce entre los hablantes. Las instancias yo y tú no se pueden fusionar, puesto que mientras el uno habla el otro ya no habla o todavía no habla. Yo y *tú* son dísticos y como tales están correlacionados con *ahora*, que designa el presente del discurso... Pero según la capacidad de hablar, que por definición no está confinada al presente sino que se extiende a cada posible interlocución, yo y *tú* son semejantes. Las personas capaces de hablar ocupan alternativamente la instancia yo y la instancia tú. Cuando dicen yo, ellas son un pasado tú o un futuro tú, y cuando están en la posición de tú se debe a que han hablado o hablarán como yo.²⁸

Lyotard, nos muestra que de esta interlocución, y sus juegos del lenguaje,²⁹ resulta el nosotros, pues mantiene presente la figura de la otra/el otro, en la medida que esa otra/otro es un posible interlocutor. El uno y el otro pueden llegar a un acuerdo tras razonar y debatir, y entonces comienza a establecerse su “comunidad mediante contrato. Éste es el principio de la *politeia* griega o de la república moderna. El ciudadano es el individuo humano cuyo derecho a dirigirse a otros es reconocido por esos otros/otras.”³⁰

²⁶ Rosi Braidotti, *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 16 y 17.

²⁷ Éste, sin duda, no es negado sólo a las mujeres sino también a las minorías y a aquellos que son distintos al común denominador del paradigma occidental: hombre-blanco. Pero, siendo las mujeres el caso que ocupa este trabajo se atenderá a ellas.

²⁸ Jean-Francois Lyotard, “Los derechos de los otros”, en: Stephen Shute y Susan Hurley (Eds.), *Los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, España, Trotta, 1998, p.138.

²⁹ Jean-Francois Lyotard, *La condición postmoderna: informe sobre el saber*, Madrid, Cátedra, 2004.

³⁰ Jean-Francois Lyotard, “Los derechos...”, *Op. cit.*, p. 139.

Con esto, se entiende que el derecho a la interlocución es fundamental para el ser humano, pues con éste como capacidad, en el sentido jurídico, se conforma la sociabilidad humana, la reciprocidad y la paridad entre interlocutores. Mas, habrá que pensar que ante el Estado y el derecho la capacidad no tiene necesariamente una correspondencia con la legitimidad, es decir, con estar legitimado para ejercer el derecho; pues si este, el de interlocución, se otorgara a todo ser humano se pondrían en riesgo las estructuras que detentan el poder: el hombre occidental manifiesto en los sistemas sociales (jurídico, político, económico, militar, etcétera). Esto tiene como significado el que:

[La] expulsión es un daño infligido a quienes la sufren, pero este daño se convierte necesariamente en un agravio cuando la víctima es excluida de la comunidad discursiva. Porque el agravio es el daño sobre el cual la víctima no puede rendir testimonio porque no puede ser oída. Y tal es precisamente el caso de aquellos a quienes les ha sido negado el derecho de hablar a los otros.³¹

Entonces, de conformidad con las nuevas interrogantes planteadas por la postmodernidad y, principalmente, a la luz de las preguntas que se esbozan en relación con las condiciones de posibilidad de la comunicación y, con ello, al concebir a la sociedad como un sistema de comunicaciones es comprensible la trascendencia de la interlocución, así como de su constitución como esencial para el encuentro con el “rostro del otro”.³²

³¹ *Ibidem*, p. 143.

³² Lo que aquí entiendo por el derecho a la interlocución también tiene una raíz importante en la idea levinasiana del otro/otra y en este sentido se debe comprender que el candado que desde las instituciones estatales se pone a este derecho con el fin mantener las estructuras de poder (es decir, el negar o marginar a ciertas personas o grupos como en el ejercicio del derecho a la interlocución), está solamente sobrepuesto pues el encuentro con el rostro del otro en sí ya implica una situación discursiva, pues el rostro y el discurso están ligados, el rostro habla y con este inicia todo discurso. Emmanuel Levinas, “Rostro y ética”, en: *Totalidad e infinito*, Salamanca, Sígueme, 1987, pp. 207-232. En términos muy claros Judith Butler hace una explicación de esta relación rostro-discurso desde el pensamiento de Levinas en los siguientes términos: “...el Otro nos habla, nos demanda, antes de que asumamos el lenguaje por nuestra cuenta. Podemos concluir entonces que somos capaces de hacer uso del lenguaje con la condición de la apelación. Es en este sentido que el Otro es la condición del discurso. Si el Otro es obliterado, el lenguaje también, desde que el lenguaje no puede sobrevivir fuera de las condiciones de la demanda... La situación discursiva no es lo que se dice o, incluso, lo decible. Para Levinas la situación discursiva consiste en el hecho de que el lenguaje arriba como una demanda que no deseamos, de la que quedamos cautivos en un sentido original –si es que no somos, en los términos de Levinas, rehenes de ella... Nadie controla los términos por los cuales es interpelado, al menos no de una manera fundamental. Ser interpelado es ser, desde el comienzo, privado de voluntad, y esta privación constituye el fundamento de la situación discursiva de cada uno.” Judith Butler, *Op. cit.*, pp. 173-175.

La consolidación de este derecho en la teoría de la justicia transicional haría una diferencia alejándose de lo que algunas feministas han denunciado al derecho y la justicia en general, donde pareciera que “lo que sucede a las mujeres es demasiado particular para ser universal o demasiado universal para ser particular, lo cual significa demasiado humano para ser femenino o demasiado femenino para ser humano”.³³

El punto nodal para la justicia transicional debería ser quitarse de encima la lógica y la perspectiva en la que el dominio masculino se presenta como una característica de la vida diaria, como una imposición unilateral que tiene su éxito en que no se concibe como un dominio ontológico sino epistemológico.³⁴ Así, las preguntas que deben cimbrar la conformación epistemológica de esta justicia democratizadora podrían comenzar en términos de cuestionar a las sociedades en transición si no es que ¿las normas jurídicas ahí producidas, desde los lineamientos del Estado liberal, se presentan como neutrales mostrándose ajenas a corrientes políticas, económicas y demás, haciendo natural el punto de vista masculino en la ley, institucionalizando su poder hasta enraizar en sus sociedades el que la única manera de sobrevivir para las mujeres sea agachar la cabeza ante los golpes de hecho y de derecho? Pues mientras en los hechos los hombres dominan a las mujeres —excluyéndolas de las estadística migratorias, asesinandolas en Ciudad Juárez o tomando su violación como bandera para la intervención internacional en BiH— la norma jurídica creada por aquellos no hace más que garantizar, por ejemplo, bajo la forma de libertades civiles individuales su poderío, de manera que “la violación de las mujeres se convierte en la libertad de los hombres, la violación masiva en su fraternidad, la prostitución en su propiedad, el embarazo forzado en su familia y su intimidad, la pornografía en discurso”.³⁵

El camino planteado por esta pregunta (de la justicia transicional a las sociedades en transición), tendría como guía el desenmascarar el poder detrás de los discursos³⁶ y del control que las instituciones ejercen sobre los

³³ Catherine A. Mackinnon, “Crímenes de guerra, crímenes de paz”, en: Stephen Shute y Susan Hurley, *Los derechos...* Op. cit., p. 88.

³⁴ Catherine A. Mackinnon, *Hacia una teoría...* Op. cit., p. 428.

³⁵ Catherine A. Mackinnon, “Crímenes de guerra...”, Op. cit., p. 101.

³⁶ Véase: Michael Foucault, *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets, 1994.

individuos de una sociedad,³⁷ en términos de Michel Foucault. Esta crítica al poder hecha desde los diferentes procesos de justicia transicional, nos permitirían comprender al poder como:

...el nombre que se le otorga al conjunto estratégico de interrelaciones entre posiciones multilocalizadas: textuales, sociales, económicas, políticas y simbólicas. Poder es, por lo tanto, otro nombre que se le confiera a la circulación social y política de ciertas nociones, conceptos o conjuntos de significados a los que se inviste de «valor real» o de legitimidad científica.³⁸

Con lo cual se podrían develar situaciones como las que Rosi Braidotti ejemplifica:

Tomemos por ejemplo el racismo y la misoginia: la creencia en la inferioridad de las mujeres y de la gente de color –sea mental, intelectual, espiritual o moral– no tiene bases científicas sólidas. Esto, sin embargo, no impide que circulen en la práctica política y en la organización de la sociedad. La «verdad» del discurso se disocia de la social y la científica. El corolario es que tanto las mujeres como las personas de color constituyen un «Otro» que es «diferente de» la norma esperada: en tanto que tal el/la es a la vez el referente empírico como el simbólico de lo peyorativo. No obstante, el otro devaluado funciona al mismo tiempo como configurador crítico de significado. La otredad devaluada o peyorativizada organiza las diferencias en una escala jerárquica que da lugar a la conducción y gobernabilidad de todos los grados de las diferencias sociales. Por extensión, el uso peyorativo de las diferencias no es accidental, sino más bien estructuralmente necesario para el sistema falocéntrico de significado y para el orden social y el poder que lo sustentan. Los sujetos empíricos, que son los referentes de la experiencia simbólica de peyorativización [*pejoration*], sufren en sus existencias incardinadas los efectos materiales de la descalificación.³⁹

³⁷ Véase: Michael Foucault, "La ética del cuidado de sí como práctica de la libertad", en: *Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 1999.

³⁸ Rosi Braidotti, *Op. cit.*, p. 189.

³⁹ *Ibidem*, pp. 190-191.

Así pues, desde este ejemplo y la que debiera ser la tarea de la justicia transicional, se comprendería que la construcción de la sexualidad desde la situación que imperó en BiH durante el conflicto étnico y el desarrollo del derecho internacional, tanto de los derechos humanos como el humanitario están estructurados (como se plantearon en el segundo apartado) y limitados a considerar sujeto sólo lo masculino, al hombre cartesiano, rechazando a la diferencia femenina por considerarla peligrosa para el orden de lo mismo⁴⁰ (su propia masculinidad).

La idea sería que la justicia transicional no reprodujera situaciones de hecho y de derecho en las que el cuerpo femenino fuese considerado un espacio estratégico, un blanco de ejercicio del biopoder, susceptible de ser un objeto de control por parte de los discursos jurídicos, biológicos o médicos, como sucede cuando se piensa en la mujer de la siguiente manera:

Mass rape, then is also violence that is symbolic; but the key to understanding the social success of the symbolism lies in the basic meaning of rape as a communicative act ... "The woman's body ... became a sign through which men communicated with each other", this communication is not only expressed through the violation of the woman's body, but also through conscious avoidance of such violation ... these ... messages are only possible if there is a message common to both, which is that the honor of the group (in which males are the normative actor) is determined by the honor of its women and by the masculinity of its men.⁴¹

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Esta sería que la sexualidad de la mujer debe dejar de ser dotada de su valor como instrumento para las maniobras del poder y que la justicia transicional tiene en este aspecto una tarea pendiente de suma relevancia para la verdadera transformación de las sociedades en transición que estén dispuestas no

⁴⁰ Silvia Caporale Bizzini, "Foucault y el feminismo: ¿un encuentro imposible?, en: *Anales de filología francesa*, Universidad de Murcia, núm. 7, 1995, pp. 10 y 11.

⁴¹ Robert M. Hayden, "Rape and rape avoidance in ethno-national conflicts: sexual violence in liminalized states", en: *American anthropologist*, New series, vol. 102, núm. 1, 2000, p. 32.

sólo a hacer cambios político estructurales sino a modificar su paradigma androcentrista y aceptar la verdadera diferencia de las mujeres (así como de las demás personas/grupos que se han mantenido excluidos en sus Estados desde la conformación de aquellos) y así, salir del ciclo de “histerización del cuerpo de la mujer”⁴² y lograr una verdadera inspiración democrática.⁴³

⁴² Michel Foucault, *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, México, Siglo XXI, 1977, p. 127.

⁴³ Tal inspiración democrática tendría que estar alejada de los mismos lazos que al Estado lo unen con el patriarcado, aquí más bien se pretende hacer referencia a la noción derridiana de democracia por venir. Véase: Jacques Derrida, *Canallas: Dos ensayos sobre la razón*, Madrid, Trotta, 2005.

Documentas



ALGUNOS TÉRMINOS JURÍDICOS EN LENGUA NAHUA DE LA COSTA MICHOACANA



Homero Méndez Huerta

AMENAZAR. Kilijtis uan kilijtis a se lakal ka tlajtolis o ka chualis.

AUTONOMÍA. Mochi ual uil kichias len, kiman amaki mitsis len. Se len kinami kipi di muchas in yaxka pa uil kichias mochi ual kinekis.

AVERIGUACIÓN. Kitimua in kiximatilisli o in kinami yek, pa in ual kati kinami in nauatilli.

BIEN COMÚN. Y e se len ual ye kuali pa mochi in lakames.

COMUNIDAD. Lanichikule di lakames ual mu analo pa kipiase len mochi.

CONSTITUCIÓN. Nauatilli ue di in uelaltikpan. Amu unka ukse nauatilli pane di in.

CONVENIO. Machiuitlatoli ual kichiualo in omenten di se lapasultik.

CONYUGE. Lakal o sial ual munamiktia ka in nauatilli civil.

COSTUMBRE. Se len ual muchia uan mukuepa muchia xixil uan xixil.

CRIMINAL. In lakal ual amu kineltoka in nauatilli. In tlajtoli ki kana ipampa yaxka tetoneualisli.

CULTURA. Ye mochi ual in lakal kichia.

DERECHO. Lanichikule di neltokalisli ki yoje kipialo di muchiualo pa se laltikpan.

ESTADO. Ye ual kichijchia in laltikpames uan lanichikule di lakmes.

FAMILIA. Lanichikule di lakames ual mu analo ka l esli.

GOBERNANTE. Lakal ual in nauatilli kimakauiltia pa kichias in laejuanilisli pa kichias mochi kuali pa timuxtin.

INDÍGENA. In xolomes di in ual yulije pa in lali yul amu ajsilua.

INTÉRPRETE. Lakal ual lajtua uksekin laketsalislis.

JUEZ. Lakal ual kimaka yaxka.

JUICIO. Kiman in lakames ual kipialo in lapasultik ki kalaktilo i lapasultik a se lapachultini

JURISDICCIÓN. Kapa uil mulalia in yaxka.

LEGISLATURA. Lanichikule ual kichia in nauatillis.

LEY. Lanichikule di neltokalisli ual kati pan amal ue.

MINISTERIO. Lakal lakentili di ueyentin pa mochi in lakames uan in san tlatolneltilia.

MUNICIPIO. In lanichikule kuixtik ual tlatolneltilia in nauatillalisli

NACIÓN. Se lanichikule di lakames ual kipialo lajtul, laiximatili uan ual panuk kichia miak xixiles.

PROPIEDAD. Se len ual ye di se lakal o miak lakames.

PROTEGER. Ki paleuis pa amu ki panus len.

PÚBLICO. Pa kitemus a in ual kichiak se lapasultik. In M. P. ye ual lajtua uan kichia len pa ukse lakal.

REFORMA. Lapalali ual kichiuililo a in nauatilli.

SANCIÓN. Kajualisli ual kilali se mauistikayol tlamikalauakachialisli.

SOCIAL. Se lanichikule di lakames.

TRABAJO. Ual kilije pa kichias.

VIGENTE. Ye len ual unka axan, se nauatilli ual unka.

Reseñas



Desmond Manderson, *Songs without music, Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, University of California Press, Berkley-Los Angeles, 2000, 303 pp.



Si se quiere entender qué significa “el derecho” y cuál es su sitio, se tienen que explorar estéticamente los elementos del concepto de derecho.¹

Los puentes teóricos, entre disciplinas que a la vista surgen tan disímbolas como la teoría musical y la teoría del derecho, resultan, en un ejercicio de interdisciplinariedad que se hace cada día más necesario para la reflexión de la experiencia del derecho y de la ley, como experiencia humana. La vinculación del arte como ejercicio de la potencia estética aplicada al estudio del derecho, resulta en un estudio por demás interesante, brinda al lector la oportunidad de leer al derecho de una forma novedosa y original, pero sin pretensiones de ser única, pues la teoría de Manderson y su ejercicio reflexivo a lo largo de sus textos, pretenden antes que la peculiaridad discursiva o el arrebatado posmodernista, la introducción de una reflexión seria, con bases teóricas bien cimentadas, pero que dirige la mirada hacia nuevos horizontes de investigación, que incluyen a la filosofía y el arte, que dan sitio a nuevos pensadores y a frescos estilos de entender el concepto de derecho.

Con una amplia trayectoria de investigación y publicaciones en distintos lugares del mundo Manderson, se ha consolidado en Canadá como profesor en la Facultad de Derecho de McGill, Universidad que ha alcanzado en el mundo un grado de prestigio académico muy similar a Harvard; es, además, director del Instituto para la Vida Pública, las Artes y las Ideas e investigador de la Silla Derecho y Discurso, en la cual ha promovido el Shakespeare's Moot Project. Proyecto que ha integrado a los estudiantes de las facultades de literatura y derecho, y los ha impulsado a unir esfuerzos en un tribunal que crea

¹ MANDERSON, Desmond, *Songs without music, Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 2000, p. 201.

sus propias normas a partir de la lectura de las obras de Shakespeare. Sus textos e ideas han consolidado la formación de una escuela de pensamiento realmente interdisciplinaria, entre sus estudiantes e investigadores, se puede leer en ellos fácilmente la firme intención de hacer avanzar a nuevos sitios y posiciones teóricas las humanidades, interconectándolas y compartiendo esfuerzos por reflexionar y avanzar sobre nuevos o poco explorados caminos de investigación.

Para el lector de habla hispana, sin embargo, aún no es posible adquirir sus obras traducidas, lo que dificulta su promoción y el estudio de sus ideas, sin embargo, podemos acceder a muchos de sus textos académicos y artículos a través de la internet de forma gratuita, lo que facilita el acceso a sus ideas.²

El texto que nos ocupa *Canciones sin música, dimensiones estéticas del derecho y la justicia*, es un esfuerzo bien logrado por consolidar las ideas del Profesor Manderson en torno a la reflexión del derecho y la justicia como experiencias estéticas en la vida humana, se inserta en una amplia tradición de innovación teórica encabezada por Peter Goodrich en la Cardozo Law School, lugar de nacimiento y expansión de una nueva generación de teóricos del derecho interesados en la dicotomía derecho y literatura y que se convierte con consecuencias muy benéficas para el desarrollo de ambas teorías en un casamiento más amplio entre derecho y arte.

Para lograr su objetivo y mostrar claramente el desarrollo de su propuesta teórica, el profesor Manderson organiza su texto en tres dimensiones, cada una de ellas pensadas para incluir acápites con temas jurídicos y un equivalente musical. El recorrido que podemos emprender en el texto, a través de la organización plasmada en el índice de la obra, nos muestra el amplio conocimiento musical del autor, el recorrido organizado de forma histórica va del contrapunto en el preludio, la fuga y el moteto, donde convergen melodías bien organizadas, estructuras antiguas con reglas claras, definidas, avanza en el capítulo segundo hacia ejemplos más armónicos, voces que acompañan la melodía, el *Requiem* y *las variaciones de un tema*; y, finaliza en el tercer capítulo mostrándonos que el orden que se había establecido en la compo-

² Se puede consultar cualquier buscador usando el nombre del Profr. Desmond Manderson, y accedando a su currículum en línea podemos “bajar” varios de sus textos de manera gratuita.

ción debe romperse para crear nuevas formas de percibir y disfrutar la música. Nos muestra estructuras musicales contemporáneas, sorprendentes, piezas donde el compositor establece sus propias reglas, un ejercicio atonal, arbitrario, pero preciso, listo para ser disfrutado: el *cuarteto por el fin de los tiempos* de Messiaen y el *Quodlibet*, circunscriben, sin limitar, la aparición de un enfrentamiento inesperado: la teoría legal contra el derecho.

Así pues, la primera dimensión, la metodológica, nos introduce en el marco teórico de la lectura, nos propone desde el principio un desafío desde la estética a la filosofía y al derecho, en sus propias palabras: “el peligro de la estética, para la filosofía, reside todavía en su capacidad de minar la promesa de la razón; su legitimidad, por otro lado, ha sido una diferente y subversiva forma de aprehender las mismas verdades racionales”,³ mezclando extraordinariamente el pensamiento filosófico y el arte, describe a su paso lo sensorial, lo cultural, y lo simbólico, dando a cada apartado, una bien justificada relación con el derecho, con lo justo, con la experiencia histórica de la teoría del derecho, la preeminencia de lo escrito, su justificación hermenéutica, para desembocar en la exposición del poder del lenguaje como forma de modificar y ampliar nuestra percepción sobre la música y el derecho, sobre sus estudiosos y sobre sus lectores/escuchas. En este capítulo, señala Manderson, “la estética ha sido usada para mostrar como los textos legales pueden ayudarnos a comprender un mundo cambiante”.⁴

La dimensión epistemológica muestra en el medio del texto, un Réquiem por la racionalidad de la justificación de la pena de la muerte en el sistema judicial estadounidense, pero más allá de un caso concreto es el duelo por la muerte del derecho como sistema de pensamiento acabado, racional o puro. Devela la ilusión de los operadores del derecho por poseer una forma de pensamiento superior, que deje fuera a los sentidos, que agote el juicio humano y lo transforme en algo casi divino, más allá de la experiencia de vida de quien juzga y de quien es juzgado. El texto apela a la capacidad de sensibilización estética, como forma de modificar el uso y aplicación de la ley, y que otros como Goodrich o Martha Nussbaum⁵ han difundido y mostrado que dicha

³ *Ibidem*, p. 6.

⁴ *Ibidem*, p. 89.

⁵ Puede acceder el lector a la magnífica obra de Martha C. Nussbaum, *Justicia Poética*, editada por el convenio Andrés Bello. Acerca de los textos de Goodrich, la mayoría también se encuentran en idioma inglés.

sensibilización, como experiencia de vida para los que juzgan, para quienes crean la ley y para quienes la manipulan, puede modificar de formas aún no exploradas, las potencias contenidas en cada uno de los operadores del derecho frente al otro y a sí mismo.

La última parte, normativa, anunciada por *el fin de los tiempos* de Messiaen, parece traer a través del anuncio apocalíptico, una discusión sobre la construcción misma del concepto del derecho, *la teoría del derecho contra el derecho*, desde una posición compartida por Boaventura Santos; Manderson, apela por retomar la experiencia humana en el mundo de vida como base de la construcción de la racionalidad jurídica, desconoce y se niega a brindar al tiempo y al espacio como sucesos acabados, como si se tratará de estructuras epistemológicas y ontológicas más allá de nuestro propio ser. En este punto el derecho, su concepto, se ha querido mostrar, como una ciencia alejada de la vida misma, estructurada con base en una racionalidad más bien instrumental, una cosa que sirve para un propósito, Manderson apuesta por un giro interior en la construcción misma del concepto de derecho, mostrarlo como parte de la experiencia de vida de los seres humanos.

Canciones sin música, dimensiones estéticas del derecho y la justicia es, sin duda, una lectura motivadora, desafiante, pero hermosa como las piezas musicales a las que hace referencia, enmarcada en la gran habilidad pedagógica que el profesor Manderson ha mostrado con sus alumnos, puede leerse como una respuesta amable a los cuestionamientos sobre su pensamiento, pero también como un ejercicio de la libertad que supone estudiar al derecho como algo inacabado, en constante evolución. Este libro debería convertirse en una lectura indispensable cuando se intenta comprender los cambios en la teoría jurídica actual. Se inscribe en un ejercicio importante para entender la pluralidad de reflexiones que se crean en la búsqueda constante de la identidad de cada cultura en el ejercicio de sus relaciones con la experiencia del derecho.

Carlos Alberto Montiel Chávez

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta/ILSA, Madrid, 2009, 707 pp.

Boaventura de Sousa Santos es sin duda un personaje “singular” en la escena jurídica. Varias razones tengo para sustentar mi afirmación, pero sólo quisiera comentar dos: (I) A diferencia del típico intelectual del derecho que cobija sus postulados y reflexiones en la supuesta neutralidad del derecho, en “los intereses de la ciencia jurídica” y por tanto, ajenos de cualquier fin político, Santos ha adoptado una posición política clara y explícita en su labor intelectual a favor de los movimientos sociales y del “sur global”. (II) Tampoco cumple con el patrón de ser especialista en una de las cada vez más especializadas y parceladas áreas del derecho, llámese derecho constitucional, derecho civil, derecho internacional, historia del derecho, sociología jurídica, etcétera. Este sociólogo portugués ha realizado importantes contribuciones en la sociología,¹ en la epistemología,² en la economía³ y en otras tantas áreas de las humanidades que le han dado el reconocimiento internacional que actualmente goza; no en vano su obra se ha publicado en portugués, inglés, español, alemán, italiano y francés.

Estas peculiaridades no las destaco como datos anecdóticos, sino como elementos necesarios para entender la complejidad, erudición y dimensión de su obra recién publicada en coedición por la editorial española Trotta y por el sello colombiano del Instituto de Servicios Legales Alternativos titulada *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*.

¹ Boaventura de Sousa Santos (Coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004; Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes/Universidad de los Andes, Bogotá, 2006; Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005; Boaventura de Sousa Santos, *La caída del ángel novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, ILSA, Bogotá, 2003; Boaventura de Sousa Santos, *La universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la Universidad*, UNAM, México, 2005; entre otros.

² Boaventura de Sousa Santos, *Epistemología del sur*, CLACSO/Siglo XXI, México, 2009; Boaventura de Sousa Santos (Org.), *Semear outras soluções. Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*, Afrontamento, Porto, 2004; Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003; entre otros.

³ Boaventura de Sousa Santos (Org.), *Produzir para viver. Os caminhos da produção não capitalista*, Afrontamento, Porto, 2004; entre otros.

Este libro contiene una síntesis revisada de las investigaciones más importantes en sociología jurídica emprendidas en diferentes momentos y en distintas regiones del mundo, por el autor. Se organiza en tres partes generales (para una nueva teoría crítica del derecho; la diversidad jurídica del mundo; y el derecho y la emancipación social) integradas a su vez de un número mayor de capítulos.

La primera parte discurre en la fundamentación y defensa de su perspectiva analítica en tres puntos fundamentales. En primer lugar Santos se sumerge en una discusión sobre la superación o permanencia de la modernidad como paradigma contemporáneo, así como el lugar de la ciencia y el derecho en este debate. A través de la tensión entre la regulación y la emancipación como pilares de la modernidad, dialoga y discute con Jürgen Habermas, Michel Foucault y otros, con miras a sostener una posición distinta a las dos que han predominado en este debate. En efecto, para Santos la modernidad es proyecto superado, a diferencia de Habermas que sostiene que más bien es un proyecto incompleto que hay que terminar, por lo que se ubica en la línea de los posmodernos. No obstante, también diferencia su posición de lo que él llama “posmodernismo celebratorio” que considera que las promesas del proyecto moderno eran falsas (igualdad, libertad, fraternidad, etcétera) y por tanto lo que para los modernistas como Habermas es un problema, para esta variante del posmodernismo es “la solución”. Con este deslinde el autor funda su posición a la que denomina “posmodernismo de oposición”, que sostiene que las promesas de la modernidad siguen siendo vigentes e intenta realizarlas desde una línea distinta a la modernidad, es decir, desde una visión posmoderna y militante que se esfuerza en la reactivación de la tensión entre la emancipación y la regulación social, a través de la repolitización de lo social y lo jurídico.

En seguida, se ocupa de criticar las posiciones modernistas en el derecho (tanto a sus referentes más difundidos entre los juristas como Hart y Dworkin, como las propuestas más sofisticadas representadas por Roberto Unger⁴ y William Twining⁵) y la tendencia de “posmodernismo celebratorio” de

⁴ Véase: Roberto M. Unger, *What should legal analysis become?*, Verso, London/New York, 1996.

⁵ Para conocer parte del debate entre Twining y Santos puede verse: William Twining, “Globalización, postmodernismo y pluralismo: Santos, Haack y Calvino”, en: William Twining, *La globalización del derecho*, Universidad de los Andes/Universidad Pontificia Javeriana/Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2005.

varias tradiciones críticas (como algunos representantes de los *Critical Legal Studies*, entre ellos Duncan Kenedy) y de ciertas áreas de la sociología y la antropología jurídica, que se empeñan en despolitizar al derecho o en reducirlo a un tema cultural (tal como lo propone Paul Kahn⁶) y de conciencia jurídica individual, más que como una herramienta de cambio y transformación social. De esta forma y apoyado en las múltiples experiencias de resistencia en el mundo que recurren al uso del derecho con fines políticos claros y contra hegemónicos Boaventura de Sousa Santos anuncia apenas su propuesta denominada “cosmopolitismo subalterno e insurgente.”

El segundo capítulo de esta primera parte del libro lo dedica a desarrollar, con mayor especificidad, su propuesta de estudio del derecho y particularmente del pluralismo jurídico. En este punto comienza diferenciando su propuesta de estudio de lo que Sally Engle Merry llamó “pluralismo jurídico clásico”, es decir, en el análisis de la pluralidad de sistemas normativos como unidades independientes que conviven en un mismo espacio sociopolítico sin influirse mutuamente.⁷ Al contrario, Santos insiste en su propuesta de “interlegalidad”⁸ que parte del entendido de que los sistemas normativos que comparten un espacio se complementan, se contraponen, se mezclan, es decir, lejos de mantenerse como dos entes “autocontenidos”, él propone estudiar los procesos de pluralismo jurídico como necesariamente entrelazados y superpuestos. No obstante, no se limita a la propuesta del “nuevo pluralismo jurídico”, también realizada por Merry, que ya anticipaba en otros términos esta interacción,⁹ sino que además alerta sobre la radicalización de la interdependencia ya no sólo al interior de Estados nacionales, sino en esferas que van de lo local a lo global.

Ahí mismo propone una definición del derecho, alejándose a mi parecer, de la tendencia dominante en buena parte de la literatura de la antropología y sociología jurídica que ha evadido esta cuestión y que les ha valido severas

⁶ Paul Kahn, *El análisis cultural del derecho*, Gedisa/Universidad de Palermo, Barcelona, 2001.

⁷ Sally Engle Merry, “Pluralismo jurídico”, en: Sally Engle Merry, John Griffiths, Brian Tamaha, *Pluralismo jurídico*, Siglo del hombre editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 95 y 96.

⁸ Sobre este concepto véase: Boaventura de Sousa Santos, “Hacia una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, en: Boaventura de Sousa Santos, *Estado, derecho y luchas sociales*, Instituto Latinoamericano de Servicios Alternativos, Bogotá, 1991.

⁹ *Idem*.

críticas acerca de su objeto de estudio.¹⁰ De esta forma, Boaventura de Sousa Santos propone considerar al derecho como: “un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos que se considera exigible –es decir, susceptible de ser impuesto por una autoridad judicial– en un grupo determinado y que contribuye a la creación, prevención y resolución de disputas a través de discursos argumentativos unidos a la amenaza de la fuerza.”¹¹

Un punto que me parece sumamente valioso es que además nos propone el uso de herramientas teóricas que permiten calificar las hibridaciones producidas por esta radicalización de la “interlegalidad”, en lugar de, como es la tendencia predominante, constatar simplemente la existencia de ésta y despreocuparse de su resultado alegando “la complejidad de la hibridación”. Este interés lo refleja cuando utiliza su experiencia de investigación en Colombia,¹² y particularmente en el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas. En este sentido Santos señala: “la ambigüedad de este proceso de hibridación reside en que oculta las relaciones desiguales de poder entre la justicia indígena y la justicia oficial. Un análisis correcto de este proceso exige que se responda a las siguientes preguntas: ¿Quién hibrida a quién? Y ¿hasta qué punto y con qué objetivos y resultados?”¹³

En esta dirección resultan de suma valía sus propuestas teóricas sobre las tres escalas del derecho: la local, la nacional y la global; así como de los tres componentes del derecho: la retórica, la burocracia y la violencia, y sus múltiples formas de articulación: la covariación, la combinación geopolítica y la interpretación estructural. Apelando a esta utilidad analítica es como el autor responde a sus críticos, particularmente Brian Z. Tamanaha, que lo acusa de proponer una concepción esencialista del derecho.¹⁴

¹⁰ Véase: Tamanaha, Brian Z., “La insensatez del ‘concepto científico’ de pluralismo jurídico”, en: Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Z. Tamanaha, *Pluralismo jurídico*, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

¹¹ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta / ILSA, Madrid, 2009, p. 56.

¹² Para conocer más sobre esta investigación realizada en Colombia véanse los dos tomos de Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (Coords.), *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, COLCIENCIAS/Instituto Colombiano de Antropología e Historia/Universidad Nacional de Colombia/Universidad de Coimbra/Universidad de los Andes/Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2004.

¹³ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología... Op. cit.*, p. 78.

¹⁴ *Ibidem*, p. 62.

La tercera parada de esta parte del libro trata un tema que en las reflexiones de Santos ha ocupado un lugar muy importante,¹⁵ aunque en México tal vez sea el menos conocido, y se refiere al análisis de los aparatos de justicia del derecho estatal. Esta situación puede explicarse atendiendo a que en términos generales en el derecho los análisis formalistas son los que predominan en esta materia¹⁶ y en la antropología jurídica es un área que todavía se puede considerar subdesarrollada, puesto que los empeños de esta se han centrado en las comunidades indígenas y su interacción con el derecho estatal, pero no medularmente en el funcionamiento de los tribunales del Estado.¹⁷

Santos explica la transformación del papel de los jueces y de los poderes judiciales, siempre cuidando las diferencias entre los países “centrales” y los “semiperiféricos”, a través de tres periodos: el Estado liberal, el Estado de bienestar y la crisis del Estado de bienestar. En estos procesos, el protagonismo del poder judicial ha venido de menos a más, pero no necesariamente por las virtudes de este aparato estatal, ni por su imparcialidad. Tal como lo afirma el autor la notoriedad que ha cobrado en los últimos años el poder judicial en varios países (resolviendo controversias entre el legislativo y el ejecutivo, sancionando elecciones, etcétera) se debe a una inédita politización de la justicia que es ejercida como apolítica, es decir, ante la crisis de las democracias y los sistemas de representación en el mundo, los jueces (siempre bajo su manto de aparente neutralidad y apolitismo) han cobrado una relevancia inédita. Este análisis es complementado con un estudio de los distintos roles y funciones de los jueces de los tribunales estatales en las sociedades contemporáneas. Dichas funciones son agrupadas en instrumentales, políticas y simbólicas. Las primeras consisten “en la solución de conflictos, el control social, la adminis-

¹⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Para uma revolução democrática da justiça*, Cortez Editora, São Paulo, 2007; Boaventura de Sousa Santos, «Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação», en: *Sociologias*, Año 7, Núm. 13, 2005; Boaventura de Sousa Santos y otros, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Afrontamento, Porto, 1996; Boaventura de Sousa Santos, «A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas», *Manifesto*, Núm. 7, 2005; Boaventura de Sousa Santos, “El derecho y la comunidad: las transformaciones recientes de la naturaleza del poder del Estado en los países capitalistas avanzados”, en: Boaventura de Sousa Santos, *Estado... Op. cit.*; entre otros.

¹⁶ Un estudio que sale de este patrón es el de Héctor Fix Fierro, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.

¹⁷ Una excepción es el trabajo de Juan Carlos Martínez, *Derechos indígenas en los juzgados. Un análisis del campo judicial oaxaqueño en la región mixe*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Oaxaca, 2004.

tración y la creación del derecho”;¹⁸ la segunda se avoca a “la legitimación del poder político en su conjunto”,¹⁹ y la tercera se materializa principalmente “en la garantía procesal, de la igualdad formal, de los derechos procesales, de la imparcialidad, de la posibilidad de recurso”.²⁰

Cierra esta parte del trabajo con una discusión sobre el litigio, en donde muestra la debilidad de las medidas diseñadas en las actuales reformas judiciales en materia de acceso a la justicia y la inconsistencia de los sistemas de medición de “eficacia y eficiencia” que los tribunales han adoptado como parámetros objetivos. Como bien lo establece Santos, no es suficiente abrir más juzgados o invertir en tecnología, el “problema” del acceso a la justicia del Estado comienza desde que el “comportamiento lesivo de una norma no es suficiente para que por sí sola pueda desencadenar un litigio. La gran mayoría de los comportamientos de ese tipo suceden sin que los lesionados tengan en cuenta el daño o identifiquen a su causante; sin que tengan conciencia de que tal daño viola una norma, o aun sin que piensen que es posible reaccionar contra el daño o contra el causante”.²¹ Para el análisis del litigio, que además sirve de afirmación de la existencia del pluralismo jurídico en todo Estado nacional, Santos propone, para cerrar este capítulo, una pirámide del litigio que básicamente consiste en las posibles etapas, con distintos “mediadores” cada una de ellas, que puede pasar un conflicto. De esta forma, sólo cuando un conflicto alcanza la cúspide de la pirámide representa el ingreso del litigio a la arena de los tribunales estatales.

La segunda parte del libro se dedica a estudios sobre pluralismo jurídico realizados en distintas regiones del mundo y en los que se aplican las teorías propuestas en la primera parte de la obra. De esta forma, abre esta sección con su trabajo realizado en 1970 en una de las favelas de Brasil. Este artículo es una síntesis de una de sus más conocidas investigaciones en la que estudia, como el título del artículo lo indica, la construcción y la reproducción de la legalidad mediante la cual los habitantes de un asentamiento ilegal de Río de Janeiro, que ante la imposibilidad de acudir a la justicia estatal por su *status* de

¹⁸ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología, Op. cit.*, p. 108.

¹⁹ *Ibidem*, p. 112.

²⁰ *Ibidem*, p. 113.

²¹ *Ibidem*, p. 120.

“ilegal”, dirimen sus conflictos ante una “autoridad propia”, la Asociación de Residentes, erigiendo así un sistema legal paralelo al estatal con el que mantiene una relación de interacción-tensión.

Otro de los “estudios de caso” que componen esta segunda parte del libro es una versión sintética de la investigación que originalmente se publicó en dos tomos titulada *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*.²² En este trabajo Boaventura de Sousa Santos se ocupa de caracterizar a Mozambique como un “Estado heterogéneo”, es decir, como un Estado que se distingue “por la incontrolada coexistencia de culturas y lógicas regulativas completamente distintas en diferentes sectores (por ejemplo, en políticas económicas y en políticas de familia o religión) o niveles (local, regional y nacional) de acción estatal”.²³ Además del Estado heterogéneo, Santos recurre a la metáfora arqueológica del palimpsesto para “describir las complejas formas en las que muy distintas culturas políticas y jurídicas y duraciones históricas se entrelazan inextricablemente en el Mozambique contemporáneo”,²⁴ así como a la categoría de “híbrido jurídico” consistente en aquellas “entidades jurídicas o fenómenos que combinan distintos y con frecuencia contradictorios ordenamientos jurídicos o culturas, dando lugar a nuevas formas de significado y de acción jurídica”.²⁵ A partir de estos tres ejes, el autor se detiene en el análisis de dos instancias de resolución de conflictos en Mozambique; primero, en los tribunales comunitarios a los cuales caracteriza precisamente como un híbrido jurídico y después en la justicia impartida por las autoridades tradicionales.

En seguida, en el siguiente capítulo de esta segunda parte, Santos da un salto de la escala infraestatal a la supraestatal con la finalidad de analizar algunos de los más importantes procesos de globalización del derecho.²⁶ Este voluminoso capítulo comienza con una docta discusión sobre la naturaleza, origen y consecuencias de lo que genéricamente se denomina globalización.

²² Boaventura de Sousa Santos e João Carlos Trindade (Orgs.), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Afrontamento, Porto, 2003.

²³ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología...* *Op. cit.*, pp. 259-260.

²⁴ *Ibidem*, p. 263.

²⁵ *Ibidem*, p. 261.

²⁶ Este tema lo aborda con más detenimiento, aunque en una versión anterior, sobre todo en el tercer capítulo del libro: Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.

Así a través de un diálogo con sus principales teóricos, como Giddens, Touraine, Wallerstein, entre tantos otros, considera que a este proceso se le pueden dar dos tipos de interpretación: una paradigmática y otra subparadigmática. La primera consistiría en que al final de este periodo que transcurre puede encontrarse un panorama para la humanidad distinto al capitalismo; la segunda en cambio sostiene que a pesar de las crisis y contradicciones actuales no existe un horizonte distinto para la humanidad que el capitalismo.²⁷ Por supuesto, el autor se adhiere a la primera interpretación.

Boaventura de Sousa Santos se encarga de caracterizar a la globalización como un proceso “selectivo, dispar, y cargado de tensiones y contradicción”.²⁸ No obstante, a pesar de esta complejidad, como lo sostiene el propio autor, no se está frente a la anarquía; por lo que nos propone una definición que, al mismo tiempo, se aleja del énfasis económico y es más receptiva a lo político y lo cultural. De esta forma entiende por globalización un “proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales”.²⁹ La consecuencia más importante que se desprende de esta definición es que no existe una verdadera globalización como lo difunden los defensores del credo neoliberal.

Para explicar analíticamente estas asimetrías, el autor propone cuatro formas de globalización: (I) El localismo globalizado, (II) el globalismo localizado, (III) el cosmopolitismo subalterno e insurgente y (IV) el patrimonio común de la humanidad. El primero consiste en “el proceso por el cual un fenómeno local dado se globaliza con éxito”.³⁰ El segundo, “consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son así estructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos”.³¹ El tercero “se refiere a la aspiración de grupos oprimidos de organizar su resistencia y consolidar coaliciones políticas en la misma escala que la que utilizaron los opresores para victimizarlos, es decir, la escala global”.³² El cuarto y último consiste en “problemas que, por su naturaleza, son

²⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología... Op. cit.*, pp. 302-307.

²⁸ *Ibidem*, p. 308.

²⁹ *Ibidem*, p. 309.

³⁰ *Ibidem*, p. 310.

³¹ *Idem*.

³² *Ibidem*, p. 312.

globales como el globo mismo;³³ algunos ejemplos pueden ser las cuestiones ambientales.

A partir de este entramado teórico el autor analiza siete esferas donde se manifiesta la globalización del derecho. Tres que pueden presentarse a partir de las dos primeras formas de globalización (la transnacionalización de la regulación de los Estados nación, el derecho de la integración regional y el resurgimiento de la *lex mercatoria*), que tendrían en común que se encuadran dentro de una globalización “desde arriba”; uno en terreno de nadie (el derecho de las personas que atraviesan fronteras), y los últimos tres (el derecho de los pueblos indígenas; el cosmopolitismo subalterno e insurgente y los derechos humanos, y el derecho de los recursos naturales globales de propiedad común) desde las dos últimas formas de globalización que tienen en común ser una globalización “desde abajo”.

Cierra esta segunda parte del libro un estudio en el que profundiza sobre los procesos de reforma judicial que se expanden en distintas regiones del mundo. Boaventura de Sousa Santos contextualiza su análisis en lo que él llama los “cuatro consensos del pensamiento político dominante”, esto es el consenso económico neoliberal, el consenso sobre el Estado débil, el consenso democrático liberal y consenso sobre el Estado de derecho y la reforma judicial. En adelante enfoca sus esfuerzos en explicar a éste último como una necesidad del modelo neoliberal, puesto que éste “ha cambiado las reglas básicas de las instituciones privadas y públicas y exige, en consecuencia, un nuevo marco jurídico para el desarrollo que propicie el comercio, la financiación y la inversión. Suministrar este marco jurídico y responsabilizarse de su aplicación es el nuevo papel fundamental del Estado y el que presuntamente desempeña mejor dentro de una política democrática.”³⁴

En ese mismo orden de ideas, el autor aprovecha el proceso de reforma judicial en los países “semiperiféricos”, entre los que ubica a algunos Estados latinoamericanos, para caracterizarlo como un ejemplo globalización de “alta tensión”, dados los fuertes intereses y presiones que organismos transnacionales como la Agencia para el Desarrollo de Estados Unidos, el Banco Mundial, el

³³ *Ibidem*, pp. 313-314.

³⁴ *Ibidem*, p. 458.

Banco Interamericano entre otros ejercen sobre estos Estados para adoptar estas medidas.

El libro concluye con una tercera parte compuesta de dos capítulos. En el primero se discute un tema que ha ocupado un lugar privilegiado no sólo de todas las subdisciplinas del derecho, sino de varios de los pensadores más importantes de nuestros tiempos. En efecto, en este punto Boaventura de Sousa Santos fija su posición en torno al debate sobre la “universalidad de los derechos humanos.” Fiel a su convicción comienza cuestionando el discurso de los derechos humanos idolatrado, para emplear el término de Ignatieff,³⁵ utilizado por la mayoría de los juristas, los intelectuales liberales, pero también de un sector muy amplio de la izquierda que ha sido seducido por esta retórica. Sin embargo, ante la decadencia del socialismo como discurso emancipador y ante la emergencia de múltiples experiencias en el “sur global” que encuentran en los derechos humanos una bandera de lucha, el autor cree conveniente resolver la pregunta de si los derechos humanos, como discurso reivindicatorio, tienen el potencial suficiente para convertirse en un nuevo discurso emancipador. La respuesta a esta interrogante Santos la responde afirmativamente, no sin antes proponer ajustes muy significativos a los derechos humanos, como una hermenéutica diafórica, que los transformen en una herramienta de diálogo intercultural.

En este punto, Santos no es ingenuo y sabe que el multiculturalismo planteado así en abstracto (sin tomar en cuenta las asimetrías históricas entre culturas y el propio imperialismo cultural de occidente) es presa fácil para convertirse en una política reaccionaria al servicio de los propios intereses que busca cuestionar, tal como Žižek lo ha denunciado.³⁶ Por tanto, propone algunas condiciones genéricas, que tendrían que complementarse de otras medidas dependiendo de los casos particulares, para generar un diálogo equilibrado. En este sentido, diferencia su propuesta de “reinversión” de los derechos humanos de otros autores que también les dan un sentido de herramienta de diálogo intercultural.³⁷ El autor termina este capítulo con un apartado que

³⁵ Michael Ignatieff, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós, Barcelona, 2003.

³⁶ Slavoj Žižek, “Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional”, en: Fredric Jameson y Slavoj Žižek, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Buenos Aires, 2005.

³⁷ Por ejemplo del trabajo de Mauricio Beuchot, *Interculturalidad y derechos humanos*, Siglo XXI, México, 2005.

en versiones anteriores a este trabajo no aparecía³⁸ y que consiste en fijar una agenda mínima de investigación que permita formular unos derechos humanos interculturales y posimperiales.

El último capítulo de esta tercera parte y del propio libro intenta cerrar todos los frentes abiertos, así como regresar al planteamiento inicial del libro en una pregunta que como bien lo dice su autor es simple pero esconde una gran complejidad y que inquieta a todo jurista que piensa que el derecho es algo más que “compromiso científico”, “buenos modos”, una pose pretenciosa y formalismo hueco: ¿puede el derecho ser emancipatorio?

La respuesta a esta interrogante, dice Santos, no puede formularse con la misma simplicidad, es decir, contestarse con un sí o con un no. En lugar de eso, el autor encuentra en algunas experiencias embrionarias, que describe brevemente en el capítulo, un germen de una legalidad usada con fines emancipatorios, una “legalidad cosmopolita subalterna” como él la llama. Esta legalidad se rige por ocho condiciones que el autor expone: (I) el uso de herramientas hegemónicas como el derecho estatal con fines contra hegemónicos (II) este uso contra hegemónico del derecho estatal y otras creaciones legales de los poderosos debe de ir acompañado de otro tipo de acciones fuera de la arena legal para reforzar su posición; (III) una posición crítica acerca de los sistemas jurídicos no estatales, es decir, ser consiente de que no todas las expresiones de pluralismo jurídico son contra hegemónicas, sino que en muchas ocasiones son usados para complementar el aparato de regulación (IV) es transescala, es decir, privilegia estratégicamente, de acuerdo con el caso en concreto entre lo local, lo nacional o lo global, pero es capaz de mantener presencia en las otras e incluso subvertir la escala usada; (V) el objetivo de esta legalidad es la sociedad civil incivil y la sociedad civil extraña, en el sentido de que lo que busca es erradicar la exclusión social, y por tanto reivindica un contrato social radicalmente más inclusivo que trascienda los límites del capitalismo neoliberal; (VI) no limita las relaciones de poder al Estado, sino que considera que se extienden a la comunidad y al mercado, por tanto su

³⁸ Algunas versiones pasadas se pueden encontrar en Boaventura de Sousa Santos, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en: *El otro derecho*, Núm. 28, ILSA, 2002; y en Boaventura de Sousa Santos, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en: Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia...*, *Op. cit.*, 2006.

finalidad consiste en capacitar a la comunidad y al mercado subalterno; (VII) mantiene una preocupación por reposicionar la expectativas positivas sobre el futuro y de transformación radical, ante la situación de expectativas negativas predominante en nuestros días; y (VIII) desarrolla una relación dinámica y compleja con la legalidad demoliberal.

En suma, la interrogante planteada por Boaventura de Sousa Santos se responde señalando que el derecho puede o no puede ser liberador dependiendo del uso que se dé, o en palabras del propio autor el “derecho no puede ni ser emancipatorio ni no emancipatorio; los que son emancipatorios o no emancipatorios son los movimientos, las organizaciones... que recurren al derecho para progresar en sus luchas;”³⁹ y desde éstas y contra el desprecio a las experiencias que generan es que se construye la “legalidad cosmopolita subalterna”.

Orlando Aragón Andrade

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UMSNH

³⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología...*, *Op. cit.*, p. 610.

