



Consulta nuestra revista en línea:
<http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/>
<https://doi.org/10.22201/ppd.26831783e.2021.14>



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

AÑO 8, NÚMERO 14
ENERO - JUNIO 2021





DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomelí Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Patricia Dolores Dávila Aranda

COORDINADORA GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Fernando Guadalupe Flores Trejo

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En portada: Hans Kelsen, Sarmiza Bilcescu, Giuseppe Chiovenda, León Duguit, Eduardo García Máynez
Diseño de portada: Maestra en Derecho Martha Aurora Ramírez Espinoza y Martha Ailyn Gallardo Ramírez

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, Año 8, No. 14, enero - junio 2021, es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, <http://derecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: revista@derecho.posgrado.unam.mx. Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2019-040118041000-203, ISSN: 2007-5995, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Dr. Fernando Guadalupe Flores Trejo, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, fecha de la última modificación, 10 de junio de 2021.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA / EDITOR EN JEFE

José Manuel Guevara García

EDITOR ADJUNTO

Diana Erika Hernández Ríos

Javier Cancino Jiménez

Adriana Ochoa Fernández

SECRETARÍA EDITORIAL

Francisco Javier Chan Chan

ASESOR EDITORIAL

Yuriria Maryem Domínguez Juárez

Luis Ángel González Fascinetto

Salvador Villaseñor Olguín

ASISTENTE EDITORIAL

Susana Monserrat Gil Vilchis

ENLACE Y GESTIÓN EDITORIAL

Héctor Alejandro Ramírez Medina

ENCARGADO DE DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN

CONSEJO EDITORIAL

Juan Antonio García Amado
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Perfecto Andrés Ibáñez
TRIBUNAL SUPREMO, ESPAÑA

Sergio García Ramírez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Flavia Emilia Carbonell Bellolio
UNIVERSIDAD DE CHILE

Raúl Carrancá y Rivas
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María Patricia Kurczyn Villalobos
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

Jordi Ferrer Beltrán
UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

Flavia Daniela Freidenberg Andrés
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

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

Carlos Bernal Pulido
UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Carlos Francisco Quintana Roldán
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jorge Fernández Ruiz
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Rafael Luis Hernández Marín
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

Enrique Cáceres Nieto
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suarez

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado

UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM**

Tiago Gagliano Pinto Alberto

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
PARANÁ, BRASIL**

Leonor Suárez Llanos

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales

UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA

Marta Ordás Alonso

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Rodrigo Brito Melgarejo

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Oscar Cruz Barney

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM**

José Manuel Cabra Apalategui

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Javier Díez García

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Luis Ángel Ballesteros Moffa

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Antonio Peña Freire

UNIVERSIDAD DE GRANADA, ESPAÑA

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Imer B. Flores Mendoza

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM**

José Antonio Álvarez León

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN, UNAM**



ÍNDICE

EN PORTADA ······ 13

EDITORIAL ······ 21
Abril Uscanga Barradas

ARTÍCULOS

¿QUÉ ES, CÓMO ES Y CÓMO DEBE SER LA MOTIVACIÓN
DE UNA DECISIÓN JUDICIAL? ······ 27
Rafael Hernández Marín

EL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL INTERPRETATIVISMO
JURÍDICO DE RONALD DWORKIN ······ 55
Sandra Gómora-Juárez

HACIA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA DESDE Y PARA LATINOAMÉRICA.
MULTIDIMENSIONALIDAD, CLICHÉS, TENSIONES Y RUPTURAS ······ 103
Walter M. Arellano Torres

LA VOLUNTAD TOTALITARIA DEL FRANQUISMO ······ 136
Luis Aurelio González Prieto

ESTUDIOS JURÍDICOS

LAS JURISDICCIONES REGIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS:
PASADO, PRESENTE Y FUTURO.
SOBRE UNA OBRA DE LAURENCE BURGORGUE-LARSEN ······ 181
Sergio García Ramírez

INTRODUCCIÓN A LAS IDEAS JURÍDICAS DE BOAVENTURA
DE SOUSA SANTOS ······ 214
Napoleón Conde Gaxiola

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A LA DOCTORA PATRICIA DÁVILA ARANDA ······ 247
Fernando Guadalupe Flores Trejo

ENTREVISTA AL DOCTOR RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE ······ 259
Fernando Guadalupe Flores Trejo

INFORMES

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DR. FERNANDO FLORES TREJO,
EN LA CONMEMORACIÓN DEL DÍA DEL MAESTRO Y DE LA MAESTRA ······ 273

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES ······ 277

EN PORTADA



HANS KELSEN¹

(Praga, 1881 - Berkeley, California, 1973)²

Fue un pensador jurídico y político austriaco, quien al desmembrarse el antiguo imperio Austro-húngaro hacia el final de la Primera Guerra Mundial, Kelsen tomó parte activa en la organización institucional de Austria como uno de los principales redactores de la constitución sancionada en 1920. En 1929 abandonó su cátedra en la Universidad de Viena para profesar en la de Colonia, pero el acceso del nazismo al poder lo indujo a trasladarse en 1933 a Ginebra y tres años más tarde a Praga, donde permaneció hasta 1940, cuando se trasladó a Estados Unidos. Allí enseñó derecho en las universidades de Harvard y Berkeley. Perteneciente a la corriente del formalismo jurídico, Kelsen sostuvo la teoría del normativismo, en la cual argumenta que el derecho es un fenómeno autónomo de cualquier hecho o ley positiva.

La doctrina de Kelsen, que él llamó «teoría pura del Derecho», tuvo continuidad en la escuela de Viena e influyó en la orientación

¹ Imagen tomada de: libertyk.com

² Biografía tomada de: https://es.wikipedia.org/wiki/Hans_Kelsen

jurídica de muchos países europeos. Es un análisis formalista del derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de «derecho natural». Analizando la estructura de los sistemas jurídicos llegó a la conclusión de que toda norma emana de una legalidad anterior, remitiendo su origen último a una «norma hipotética fundamental» que situó en el derecho internacional; de ahí que defendiera la primacía del derecho internacional sobre los ordenamientos nacionales.

Tras unos años enseñando en la Universidad de Ginebra, pasó a la de Praga (1936). Finalmente, el estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939-45) le decidió a abandonar Europa, refugiándose en los Estados Unidos (1940). Allí ejerció la docencia en la Universidad de Harvard, de donde pasó a enseñar Ciencia Política en la de Berkeley (1942).

Su concepción del derecho como técnica para resolver los conflictos sociales le convierte en uno de los principales teóricos de la democracia del siglo XX. Entre sus obras destacan *De la esencia y valor de la democracia* (1920), *Teoría general del Estado* (1925) y *Teoría pura del Derecho* (1935).



GIUSEPPE CHIOVENDA³

(Premosello-Chiovenda, 1872 – Novara, 1937)⁴

Se graduó de la Universidad de Roma, donde fue alumno de Vittorio Scialoja. Comenzó su carrera de jurista enseñando en las Universidades de Parma (1902), Bolonia (1905), Nápoles (1905) y sucesivamente Roma (1907). Fue socio de la Accademia Nazionale dei Lincei y, de 1911 a 1913, rector del Regio Istituto superiore di studi commerciali ed amministrativi di Roma. Su pensamiento fue referente importante en la confección del Código Procesal Civil italiano de 1940. En su obra sostuvo el principio de la oralidad, fue redactor del proyecto de reforma del mismo código en 1919.

Con Francesco Carnelutti, en 1924, fundó y dirigió la Revista de derecho procesal civil. Chiovenda es reconocido como uno de los mayores exponentes de la doctrina jurídica italiana, al punto de ser llamado «Sommo Chiovenda» (El gran Chiovenda). Su aporte a la doctrina procesal fue conferirle un influjo rigurosamente científico dando autonomía al Derecho procesal.

Renovó los estudios del procedimiento civil, transformando su orientación práctica en una verdadera ciencia del derecho.

³ Imagen tomada de: es.wikipedia.org

⁴ Biografía tomada de: https://es.wikipedia.org/wiki/Giuseppe_Chiovenda



SARMIZA BILCESCU⁵

(27 de abril 1867 - 26 de agosto 1935)⁶

Fue una jurista rumana especialmente conocida por ser la primera mujer de Europa licenciada en Derecho por la Universidad de París y la primera en el mundo que consiguió un doctorado de Derecho. Obtuvo la licenciatura de Derecho por la Universidad de París a pesar de tener grandes dificultades, incluso para poder acceder a las aulas. Fue la primera mujer en el mundo que consiguió un doctorado de Derecho con una tesis doctoral titulada “Sobre la condición jurídica de la madre”, donde mostraba todas las contradicciones y la carencia de derechos de las mujeres y, muy especialmente, de las madres. La presentó, con 23 años, el 12 de junio de 1890 a la Facultad de Derecho de París.

Se convirtió en la primera mujer que podía ejercer la abogacía en su país al ser admitida en la asociación de abogados del condado de Ilfov, pero lo abandonó seis años después para dedicarse a difundir y defender el derecho al acceso a la educación de las niñas y los niños de su país mediante becas, sobre todo en el ámbito rural. El 1915 puso en marcha una campaña a favor de ofrecer educación alternativa y adicional a las mujeres a quienes se había negado el acceso a la educación superior. Fundó, junto con otras mujeres, feministas y defensoras de los derechos de las mujeres, la Sociedad Rumana de Señoritas.

⁵ Imagen tomada de: mujeresenlahistoria.com

⁶ Biografía tomada de: https://es.wikipedia.org/wiki/Sarmiza_Bilcescu



PIERRE MARIE NICOLAS LÉON DUGUIT⁷
(Libourne, Francia, 1859 - 1928 Burdeos, Francia)⁸

Fue un jurista francés especializado en Derecho público. Colega de Émile Durkheim, se convirtió en profesor de Derecho público y decano de la Universidad de Burdeos. Su trabajo jurídico se caracteriza por la crítica a las teorías entonces existentes de Derecho y por su establecimiento de la noción de servicio público como fundamento y límite del Estado.

Entre sus principales obras se encuentran:

- L'État, le droit objectif et la loi positive
- L'État les gouvernants et les agents
- Souveraineté et liberté¹ versión en línea
- Les transformations du droit public
- Traité constitutionnel.

⁷ Imagen tomada de: es.wikipedia.org

⁸ Texto tomado de: https://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9on_Duguit



EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ⁹

(11 de enero 1908 - 2 de septiembre de 1993)¹⁰

Eduardo García Máynez y Espinosa de los Monteros, conocido como Eduardo García Máynez, fue un académico, jurista y filósofo del Derecho mexicano. Miembro del Colegio Nacional, director general del Instituto Tecnológico Autónomo de México, profesor emérito de la UNAM, secretario general e investigador emérito del Instituto de Investigaciones Filosóficas y autor de varias obras importantes de Derecho.

Estudió Derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y Filosofía en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). En 1932 y 1933, siguió varios cursos de materias jurídicas y filosóficas en las universidades de Berlín y Viena. Fue profesor en la Escuela Nacional Preparatoria y en diversas facultades de la UNAM, director de la Facultad de Filosofía y Letras de 1940 a 1942, secretario general e investigador emérito del Instituto de Investigaciones Filosóficas, así como también director del Instituto

⁹ Imagen tomada de: [BibliotecaEduardoGarciaMaynez](#)

¹⁰ Biografía tomada de: https://es.wikipedia.org/wiki/Eduardo_Garc%C3%A1-Da_M%C3%A1ynez

Tecnológico de México (ahora Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM) de 1946 a 1952, y de la revista *Filosofía y Letras*.

Obtuvo una beca de la Fundación Guggenheim y fue catedrático honorario fundador de la Facultad de Humanidades de la Universidad de San Carlos de Guatemala y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Además, impartió conferencias y cursos en las principales universidades del país y en las de San Carlos de Guatemala, Autónoma de El Salvador, en la Universidad de La Habana, en la Universidad de Costa Rica y en la Universidad de Montevideo.

Sus investigaciones versaban sobre el problema de la Ética y la Filosofía del Derecho, con una notable influencia de la tradición germánica. Estuvo empeñado en proponer una axiología jurídica objetiva que tuviera por fundamento la idea de la libertad humana. Aplicando las propuestas de la moderna axiomática, García Máynez estudió la posibilidad de elaborar una lógica del deber jurídico, que influyó de forma notable en América Latina. En su axiomática trabajó la aplicación al ámbito jurídico de los principios lógicos de identidad, contradicción, tercio excluido y razón suficiente.

En su obra propone una definición del derecho, con apoyo de una teoría fenomenológica de los valores, un orden del cual un elemento esencial es la relación de la conducta real de los que se rigen por las normas y las normas mismas; sus investigaciones se encuentran en las disciplinas de filosofía del derecho, ética y axiología, respecto de lo cual, alguna vez expresó:

“He acudido a la Filosofía para entender mejor el Derecho, y he querido ser jurista para convertir en asunto de meditación filosófica una realidad que hunde sus raíces en las necesidades y afanes de la vida práctica.”

Uno de los aspectos más conocidos del trabajo teórico de García Máynez es el análisis de las tres grandes corrientes doctrinales sobre el concepto de derecho -el Positivismo jurídico, el Realismo sociológico y el Iusnaturalismo- a partir de la teoría de los tres círculos

Eduardo García Máynez es también uno de los precursores a nivel mundial de la Lógica deóntica aplicada al derecho y traductor de la Teoría general del derecho y del Estado, de Hans Kelsen, al español.

EDITORIAL

Hace poco más de un año la pandemia del COVID-19 trajo consigo cambios que alteraron fundamentalmente la forma en que entendemos la vida. Nos obligó a ver lo cotidiano desde otros enfoques, nos hizo modificar nuestro comportamiento y formas de pensar.

Hoy, más que nunca, podemos participar en el regocijo del orgullo universitario sabiendo que nuestra Universidad nunca detuvo su compromiso de formación estudiantil y la producción, difusión e investigación científica. Hoy podemos afirmar que nuestra comunidad es más fuerte que cualquier catástrofe. Todos los miembros de nuestra Máxima Casa de Estudios mantuvimos la cabeza en alto ante los desafíos que se nos presentaron y, continuamos esforzándonos por enaltecer el nombre de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En este sentido, la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM renueva su compromiso con nuestros lectores de enriquecer la cultura jurídica mediante la difusión de conocimientos y experiencias de especialistas en la ciencia jurídica a fin de fortalecer nuestra comprensión del Derecho y desafiar viejos dogmas sobre la aplicación e historia del Derecho tanto a nivel nacional como en la perspectiva global. Por ello, en este número presentamos cuestiones que seguramente resultarán de interés para todo aquel que desee nutrir sus conocimientos en las ramas de Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público, Derechos Humanos e Historia del Derecho.

Al igual que en números anteriores, nuestra Revista mantiene la firme convicción de que la ciencia jurídica debe ser abordada desde diversos enfoques nacionales e internacionales. Por ello, una vez más contamos tanto con la participación de ilustres juristas nacionales y extranjeros, a fin de promover e incentivar la publicación de investigaciones científicas e importantes reflexiones jurídicas que nos ayudan en la comprensión de la realidad jurídica.

A continuación, me permitiré presentar a cada uno de los autores que han colaborado en la elaboración de este número:

Tenemos el privilegio de iniciar este número con el artículo del destacado jurista Rafael Hernández Marín, el cual se titula: “¿Qué es, ¿cómo es y cómo debe ser la motivación de una decisión judicial?” en el cual hace una descripción de los elementos que componen la decisión judicial, indica la naturaleza de los razonamientos detrás de la decisión judicial y señala la cadena de razonamientos y normas procesales que deben cumplimentarse al momento de emitir dichas decisiones.

También tenemos el placer de presentar un artículo escrito por la hábil pluma de la Doctora Sandra Gómora Juárez, con el artículo: “El precedente judicial en el interpretativismo jurídico de Ronald Dworkin”, durante el desarrollo del mismo nos remite al ámbito de la teoría jurídica y nos invita a reflexionar sobre el papel del precedente en el razonamiento judicial.

El siguiente artículo se titula: “Hacia una teoría de la justicia desde y para Latinoamérica. Multidimensionalidad, clichés, tensiones y rupturas”, de la autoría del Doctor Walter M. Arellano Torres. En el desarrollo de su artículo aborda interesantes cuestiones relativas al concepto de justicia desde diferentes ópticas epistémicas a fin de dar pautas para el posible diseño de una teoría de la justicia adecuada al contexto de Latinoamérica.

En este mismo sentido, me permito presentar la valiosa aportación del Doctor Luis Aurelio González Prieto, quien nos brinda la oportunidad de aprender acerca del tema: “La voluntad totalitaria del Franquismo”, a través del cual nos transporta a España en la década de los setentas. Mediante la lectura de su artículo comprendemos parte del régimen franquista y podemos llegar a conclusiones que nos permiten identificar algunas realidades de este período en la historia de España.

Los últimos dos artículos de nuestra revista están compuestos por estudios jurídicos, realizados por muy destacados académicos.

Para iniciar, nos galardona con su participación el Profesor e Investigador Emérito de nuestra Universidad, el Doctor Sergio García Ramírez, quien nos comparte su sabiduría en la materia de Derechos Humanos con su artículo “Las Jurisdicciones regionales de los Derechos Humanos: pasado, presente y futuro. Sobre una obra de Laurence Burgorgue-Larsen”. En su artículo el Doctor nos habla sobre cuestiones relevantes al presente y futuro del orden jurídico mundial. En particular, hace hincapié en la obra *Les Trois Cors Régionales des Droits de l’Homme in Context* de autoría de la jurista francesa Laurence Burgorgue-Larsen, brindándonos un testimonio del enorme valor académico que tiene su obra constituyéndose en una aportación fundamental a la literatura en materia de Derechos Humanos, facilitando la comprensión de las diversas vertientes del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El segundo estudio jurídico se titula: “Introducción a las ideas jurídicas de Boaventura de Sousa Santos” fue elaborado por el destacado Doctor Napoleón Conde Gaxiola. En el reflexiona sobre la relevancia del pensamiento sociológico y jurídico del jurista portugués Boaventura de Sousa Santos a fin de establecer una interpretación sobre su comprensión del derecho en general y del derecho emancipatorio en particular. Además, aborda sus comentarios respecto a sus comentarios sobre las epistemologías del norte típicas del neoliberalismo y estudia la hermenéutica diatópica como dispositivo primordial para interpretar el diálogo cultural, la interculturalidad y los procesos de aculturación y socialización.

En este número también publicamos dos entrevistas realizadas por el Coordinador de nuestro Programa a dos destacados universitarios de nuestra universidad: la Doctora Patricia Dávila Aranda, Coordinadora General de Estudios de Posgrado en la UNAM, y el Doctor Raúl Contreras Bustamante, Director de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Finalmente, el Doctor Fernando Guadalupe Flores Trejo, le ofrece al lector un discurso pronunciado en conmemoración del día del maestro y de la maestra para recordar un acontecimiento histórico

y recordar a los profesores que han sabido desarrollar sus habilidades y destrezas ante los diversos desafíos que se presentan en el mundo Académico.

No quiero omitir resaltar que en este número se conforma una nueva identidad de nuestra revista, que puede ser constatada a través de la nueva portada que presentamos desde este número, la cual es parte de la nueva época, todo lo anterior a cargo y gracias a la autoría intelectual del Doctor Fernando Guadalupe Flores Trejo, Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM.

El ejemplar de este número de la Revista del posgrado en Derecho de la UNAM que el lector tiene frente a él contiene una pluralidad de experiencias y perspectivas sobre la ciencia jurídica desde un enfoque que no se limita al ámbito nacional sino que también aprovecha las bondades de la exogamia y la colaboración interinstitucional para brindarnos una perspectiva internacional. Esto sólo ha sido posible gracias al trabajo de los autores, los evaluadores, los editores, los informáticos y demás miembros del equipo de la revista.

Como palabras finales queremos extender un mensaje de agradecimiento a todos los académicos que nutren nuestra vida académica, así como para aquellos que ya no están con nosotros, a quienes debemos todas las enseñanzas y conocimiento compartido, ya que sin todos ellos las tinieblas de incertidumbre que trajo esta pandemia hubieran sido impenetrables.

El equipo de la Revista del Programa del Posgrado en Derecho de la UNAM desea que este número sea de gran interés social y estimule el perfeccionamiento del Derecho y, por ende, de la sociedad.

Abril Uscanga Barradas

ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>

DIRECTORA DE LA REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

ARTÍCULOS

¿QUÉ ES, CÓMO ES Y CÓMO DEBE SER LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL?¹

WHAT IS, HOW IS AND HOW SHOULD BE THE MOTIVATION OF A JUDICIAL DECISION?

RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN²

RESUMEN: Las tesis principales sostenidas en este trabajo son las tres siguientes: 1^a) La motivación de una decisión judicial es una cadena de razonamientos que pretende probar que la decisión es conforme al Derecho. 2^a) El razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial no es un silogismo judicial o silogismo jurídico, sino un razonamiento que cabe calificar como ilícito. 3^a) La motivación de una decisión judicial debería ser una cadena de razonamientos ordinarios, que cumplen las normas procesales que regulan la motivación de las decisiones judiciales.

PALABRAS CLAVE: *Silogismo jurídico, justificación interna de las decisiones judiciales, consecuencia lógica, valor probatorio de los razonamientos.*

ABSTRACT: The main theses sustained in this paper are the following three: 1) The motivation of a judicial decision is a chain of reasoning that tries to prove that the decision is in accordance with the Law. 2) The main reasoning for the motivation of a judicial decision is not a judicial syllogism or a legal syllogism, but a reasoning that can be qualified as illicit. 3) The motivation of a judicial decision should be a chain of ordinary reasoning, which complies with the procedural norms that regulate the motivation of judicial decisions.

¹ Este trabajo es una continuación de las ideas expuestas en el artículo «Sobre el razonamiento principal de una sentencia judicial», publicado en *Doxa*, 42 (2019), pp. 103-219.

² Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia. Contacto: <rafaher@um.es>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6842-2937>. Fecha de recepción.: 18 de mayo de 2020; fecha de aprobación: 21 de septiembre de 2020.

KEYWORDS: legal syllogism, internal justification of judicial decisions, logical consequence, probative value of reasonings.

SUMARIO: I. ¿Qué es la motivación de una decisión judicial?; II. ¿Cómo es la motivación de una decisión judicial?; III. ¿Cómo debe ser la motivación de una decisión judicial?; IV. Fuentes Consultadas.

I. ¿QUÉ ES LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL?

1. INTRODUCCIÓN

Muchos ordenamientos jurídicos actuales imponen a los jueces la obligación de motivar o fundamentar las decisiones que dicten para dirimir litigios, pero no definen el término «motivar» o «fundamentar», etc., o sus derivados. Es frecuente que ocurran cosas como estas, es decir, que el legislador use un término, pero no lo defina, dado que es imposible que el legislador defina todos los términos que usa. En estos casos, la jurisprudencia y la teoría jurídica realizan interpretaciones de esos términos legales, no definidos legalmente.

Esto ocurre también con el término «motivar» y sus derivados. La jurisprudencia y la teoría jurídica realizan interpretaciones de estos términos. Y esas interpretaciones constituyen respuestas a la primera de las cuestiones que plantea el título del presente trabajo, la cuestión de qué es motivar una decisión judicial.

2. LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia española, hallamos numerosas sentencias que interpretan el término «motivar» o «motivación». Quizá la más clara, entre otras cosas por su concisión, es la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 123/1997, de 1 de julio, F.J. 3°. Se dice aquí

que la motivación consiste en «una exteriorización del razonamiento que conduce desde los hechos probados y las correspondientes consideraciones jurídicas al fallo». La STC 314/2005, de 12 de diciembre, F.J. 4º, abunda en la misma idea: «El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo». Por su parte, la STC 14/1991, de 28 de enero, F.J. 2º, dice lo siguiente: «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión». Finalmente, la STC 212/2014, de 18 de diciembre, F.J. 3º, afirma que una sentencia judicial está motivada cuando contiene «los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión».

En cuanto al Tribunal Supremo, la STS, de la Sala de lo Penal, 1222/2004, de 27 de octubre, F.J. 1º, dice que «la exigencia de motivación se debe entender cumplida cuando el Tribunal haya expresado los hechos a que aplica el derecho y la inferencia de este a partir de la ley, de tal manera que le sea posible al justiciable contradecir la tesis de aquél ante un Tribunal superior». Mientras que en la STS, de la Sala de lo Civil, 233/2013, de 25 de marzo, F.J. 4º, se lee lo siguiente: «El deber de motivación de la sentencia se resume en la exigencia de una respuesta judicial fundada en Derecho, que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate».

En mi opinión, ninguna de estas, digamos, nociones de motivación es satisfactoria por las razones siguientes. Supongamos que una persona, Carmen, ha matado a alguien, es acusada ante el juez de homicidio y no existe duda acerca de su culpabilidad, ni concurren circunstancias eximentes, etc. Y supongamos también que el juez dicta una decisión condenatoria, que castiga a Carmen a una pena de doce años de prisión, y justifica su decisión mediante siguiente el razonamiento:

[1](El Derecho establece que) Los homicidas deben ser castigados con una pena de prisión de diez a quince años; Carmen es una homicida. Por tanto, Carmen debe ser castigada a doce años de prisión.

Este razonamiento [1] exige ante todo dos aclaraciones. Una de ellas es que la pena de prisión de diez a quince años es la prevista en el código penal español para el delito de homicidio. Por otro lado, en el razonamiento [1] la expresión «El Derecho establece que» aparece entre paréntesis, porque es una cuestión polémica, a la que me referiré más adelante, pero ahora es irrelevante, la de si, al motivar sus decisiones, los jueces formulan, repitiéndolas, las mismas normas que el legislador ha dictado o bien se limitan a citar dichas normas. Si la respuesta correcta a esta cuestión fuera la primera, para describir el razonamiento justificatorio del juez en este ejemplo, habría que suprimir en el razonamiento [1] los paréntesis y la expresión situada entre ellos; mientras que si la respuesta correcta fuera la segunda, para describir el razonamiento justificatorio del juez solo habría que suprimir los paréntesis en el razonamiento [1].

A primera vista, puede parecer indudable que el razonamiento [1] es una motivación de la decisión condenatoria que constituye su conclusión. Sin embargo, la realidad es que sí pueden existir dudas al respecto. Estas dudas surgen cuando nos imaginamos la posibilidad de que, en ese mismo supuesto de la homicida Carmen, el juez o tribunal hubiera dictado una decisión absolutoria y hubiera justificado su decisión alegando que Carmen tiene dos hijos de corta edad, que dependen económicamente de la madre, quien siempre ha cuidado de sus hijos, los cuales estarán mejor atendidos por la madre que por los servicios sociales y que existen numerosos preceptos jurídicos que exigen proteger a los menores de edad por encima de todo (cabría invocar también el «principio del interés superior del menor»). Es decir, supongamos que en el caso citado el juez dicta una decisión absolutoria y justifica esta decisión mediante el razonamiento siguiente:

[2](El Derecho establece que) Los menores deben ser protegidos; los hijos de Carmen estarán mejor atendidos por su madre que por los servicios sociales. Por tanto, Carmen debe ser absuelta.

Si pasamos revista a las diferentes interpretaciones o definiciones de la noción de motivación que aparecen en la jurisprudencia española y que he citado antes, podemos advertir que, de acuerdo con esas definiciones, también el razonamiento [2] puede ser considerado una motivación de la decisión absolutoria que constituye su conclusión. Nada hay en esas interpretaciones o definiciones que impida considerar el razonamiento [2] como una motivación de la decisión absolutoria que constituye su conclusión.

3. LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL EN LA TEORÍA JURÍDICA

Si pasamos de la jurisprudencia a la teoría jurídica, se puede afirmar que existe unanimidad (al menos eso me parece) en la teoría jurídica en interpretar el término «motivar» como «justificar». Pero esta respuesta a la pregunta de qué es motivar una decisión judicial plantea una nueva interrogante: ¿qué es justificar una decisión judicial?

A) LA JUSTIFICACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL COMO ACTIVIDAD PERSUASIVA

Según una concepción minoritaria, la justificación de una decisión judicial es una actividad persuasiva, consistente en presentar razones a favor de la decisión, para tratar de convencer a las partes litigantes y a los ciudadanos en general de la «bondad», por así decirlo, de la decisión³.

³ Véase COMANDUCCI, 1992: 55 y ss.

B) LA JUSTIFICACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL COMO JUSTIFICACIÓN RACIONAL

Es más frecuente que la motivación de una decisión judicial, entendida como justificación de la decisión, sea calificada como una justificación racional de la decisión o como un razonamiento justificatorio de la decisión. A veces se añade la precisión de que esa justificación racional de la decisión consiste en dar las razones fácticas y jurídicas que han inducido al tribunal a dictar la decisión.

Sin embargo, estas concepciones teóricas de la motivación de una decisión judicial también implican que el razonamiento [2] es una motivación de la decisión absolutoria que constituye su conclusión. Pues este razonamiento [2] es una justificación racional de esa decisión absolutoria. E incluso se podría decir también que dicho razonamiento expresa las razones fácticas («Los menores estarán mejor atendidos por la madre que por los servicios sociales») y jurídicas («El Derecho exige proteger a los menores») que han inducido al tribunal a dictar dicha decisión absolutoria.

C) LA JUSTIFICACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL COMO DEDUCIBILIDAD DE LA DECISIÓN

En la teoría jurídica también hallamos una noción de justificación de las decisiones judiciales más estricta, que define esta noción mediante la noción de deducibilidad o consecuencia lógica. Según esa definición, una decisión judicial está justificada o justificada conforme al Derecho cuando la decisión es deducible o es consecuencia de una o más normas jurídicas y de la descripción de un caso concreto.

Pero, si aceptamos esa definición, habría que decir que el razonamiento [1], en contra de lo que se pretende, no es una justificación, ni tampoco una motivación de la decisión condenatoria que constituye su conclusión, dado que esa decisión no es deducible

o no es consecuencia de la norma jurídica que castiga el homicidio y una descripción de un caso concreto, en ninguno de los numerosos sistemas de lógica de normas, todos ellos discutibles, que se han elaborado en los últimos setenta años (al menos en ninguno de los sistemas que yo conozco).

4. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA MOTIVACIÓN

Es indiscutible que la motivación de una decisión judicial consiste en un razonamiento o una cadena de razonamientos.

Sin embargo, en mi opinión, la motivación de una decisión judicial no es meramente un razonamiento justificatorio de la decisión, sino un razonamiento que intenta probar que la decisión es correcta.

Por otra parte, para el legislador o para el Derecho, que es el que impone a los jueces la obligación de motivar, una decisión judicial correcta es una decisión judicial jurídicamente correcta, o sea, conforme al Derecho.

Por esta razón, mi respuesta a la cuestión de qué es la motivación de una decisión judicial es que se trata de un razonamiento que pretende probar que la decisión es conforme al Derecho, desde el punto de vista procesal, pero sobre todo desde el punto de vista material. Es decir, concibo la motivación de una decisión judicial como una cadena de razonamientos que intenta probar que la decisión es procesalmente conforme al Derecho y sobre que la decisión es materialmente conforme al Derecho, o sea, que la decisión tiene el contenido exigido por el Derecho.

Si la motivación de una decisión judicial es concebida de este modo, se puede decir que toda motivación de una decisión judicial es una justificación de la decisión, pero no toda justificación de una decisión judicial es una motivación de la decisión. Por ejemplo, los dos razonamientos anteriores (el razonamiento [1] y el [2]) son justificaciones de las decisiones que constituyen sus respectivas

conclusiones, pero es discutible que sean motivaciones, o sea, intentos de probar que esas decisiones son conformes al Derecho. O pensemos en las sentencias consecuencialistas, que son esas sentencias que justifican la decisión, estimatoria o desestimatoria, por la que optan intentando probar, no que la decisión contenida en la parte dispositiva es conforme al Derecho, sino que la otra opción, la decisión de signo opuesto, tiene, en opinión del tribunal que dicta la sentencia, consecuencias indeseables. Estas justificaciones consecuencialistas pueden ser consideradas motivaciones, si la motivación de una decisión judicial es entendida simplemente como una justificación racional de la decisión, pero no si es entendida conforme a esa definición de motivación que acabo de presentar.

II. ¿CÓMO ES LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL?

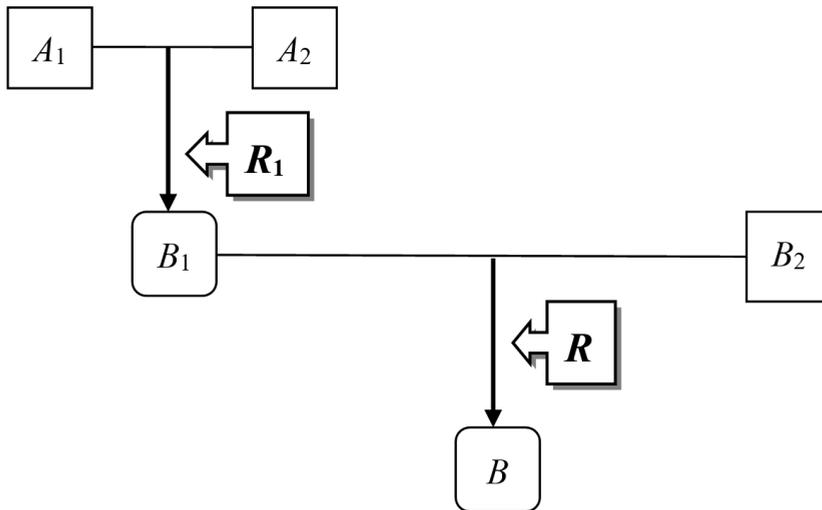
La segunda cuestión a la que alude el título del presente trabajo es la de cómo es la motivación de una decisión judicial. Se trata de determinar cómo son de hecho las motivaciones, reales o presuntas, de las decisiones judiciales que hallamos en las sentencias de los tribunales de justicia.

Dado que esas motivaciones son cadenas de razonamientos, es oportuno recordar algunas ideas relativas a las cadenas de razonamientos:

En una cadena de razonamientos cualquiera, cabe distinguir enunciados de tres clases: *a)* las premisas iniciales, que son los enunciados que son premisas de alguno de los razonamientos integrantes de la cadena y no son a la vez conclusiones de algún otro razonamiento de la cadena; *b)* la conclusión final, que es el enunciado que es la conclusión de uno de los razonamientos de la cadena y no es a la vez premisa de otro de esos razonamientos; y *c)* otros enunciados, que pueden ser calificados bien como premisas no iniciales, bien como conclusiones intermedias, dado

que se trata de enunciados que son a la vez premisas de alguno de los razonamientos de la cadena y conclusiones de algún otro razonamiento de la cadena. El *razonamiento principal* de una cadena de razonamientos es aquel (sub)razonamiento de la cadena cuya conclusión es la conclusión final de la cadena.

Estas ideas pueden ser ilustradas mediante la figura siguiente:



Esta figura representa una cadena de dos razonamientos, los razonamientos R y R_1 , y está integrada por cinco enunciados. Las premisas iniciales de la cadena son los enunciados A_1 , A_2 y B_2 ; la conclusión final es el enunciado B ; mientras que el enunciado B_1 es una premisa no inicial o conclusión intermedia. El razonamiento principal de la cadena es el razonamiento R , dado que su conclusión, el enunciado B , es la conclusión final de la cadena.

Las motivaciones de las decisiones judiciales que hallamos en las sentencias de los tribunales de justicia son, como he dicho, cadenas de razonamientos. Estas cadenas de razonamientos tienen obviamente una conclusión final. Y, conforme a las observaciones que acabo de realizar, es necesario identificar esa conclusión final

para saber cuál es el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial.

Con esta finalidad, es preciso llamar la atención sobre un hecho notable, aunque estemos acostumbrados a él: el hecho de que en una sentencia judicial la decisión que resuelve el litigio de que se trate, contenida en el último apartado de la sentencia (en la parte dispositiva, que es denominada, en España, «Fallo»), aparece frecuentemente precedida de un marcador de conclusión, como «Por todo lo expuesto», «Por consiguiente», etc. Ello revela que la decisión que resuelve el litigio es tratada como una conclusión de la cadena de razonamientos incluida en la sentencia y que constituye la motivación de la decisión. Por otra parte, esa decisión no es a su vez premisa de otro razonamiento ulterior. Ello implica, de acuerdo con las observaciones precedentes, dos consecuencias: *a*) en una sentencia judicial, la conclusión final de la motivación de la decisión que resuelve el litigio de que se trate es la propia decisión; *b*) en una sentencia judicial, el razonamiento principal de la motivación de la decisión y, en definitiva, el razonamiento principal de la sentencia es el (sub)razonamiento cuya conclusión es la decisión.

Sin embargo, es discutible cuáles son las premisas de este (sub) razonamiento principal, y también, en consecuencia, cuál es la composición íntegra de dicho razonamiento principal, y qué tipo de razonamiento es este.

Según la opinión mayoritaria, un ejemplo de razonamiento principal de una sentencia judicial sería el siguiente:

- (1) El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado [premisa mayor, que es un enunciado jurídico (es el art. 1902 del código civil español), prescriptivo y universal];
- (2) Mario, por negligencia, causa a Olga un daño por valor de 1.000 € (Mario, por acción u omisión, causa a Olga un daño por valor de 1.000 €, interviniendo culpa o negligencia)

[premisa menor, que es un enunciado calificativo, asertivo y singular].

(3) Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 €. [conclusión, decisión que resuelve el litigio, y que es un enunciado prescriptivo y singular].

Este razonamiento es un ejemplo de una forma de razonamiento que en la cultura jurídica es denominado «silogismo judicial», o «silogismo jurídico» o «silogismo de la aplicación del Derecho». Y dado que, según se piensa, en una sentencia el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial es un razonamiento de este tipo, o sea, un silogismo judicial, el silogismo judicial es el prototipo de razonamiento jurídico. Quiero decir que cuando la teoría jurídica habla del razonamiento jurídico, sin ninguna precisión más, se está pensando en un silogismo judicial.

E. BULYGIN, que es uno de los numerosos autores que opina que el razonamiento principal de una sentencia judicial es un silogismo judicial (aunque no lo exprese de este modo)⁴, es consciente de que ello depende de que una de las premisas de ese razonamiento sea una norma jurídica o un enunciado jurídico, no lo que él denomina una «proposición normativa» (aunque, en mi opinión, el término «enunciado asertivo metalingüístico acerca de una norma jurídica» es preferible a «proposición normativa»); esto es, depende de que los jueces usen o formulen normas jurídicas, en vez de citarlas o mencionarlas. Por ello, BULYGIN enfatiza que los jueces usan (reiterándolas) las mismas normas jurídicas universales formuladas

⁴«En principio una norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, está justificada cuando se infiere lógicamente de los considerandos. Para ello los considerandos deben contener un fundamento fáctico y un fundamento normativo. El fundamento fáctico consiste en la descripción del caso individual y la constatación de que ese caso individual es una instancia de un cierto caso genérico, esto es, que el caso individual tiene la propiedad definitoria de un determinado caso genérico. Esta operación se llama habitualmente “subsunción”. El fundamento normativo es una norma general que soluciona el caso genérico al que pertenece el caso individual sometido a la decisión del juez» (BULYGIN, 2003: 13).

por el legislador⁵. Todos los teóricos del Derecho que sostienen que el razonamiento principal de una sentencia judicial es un silogismo judicial, que son la mayoría, aceptan tácitamente esa tesis que BULYGIN formula expresamente.

Yo opino, contrariamente, que los jueces no usan las normas jurídicas formuladas por el legislador, sino que las citan o mencionan⁶; y que la verdad de esta tesis puede ser comprobada fácilmente leyendo las sentencias de los tribunales de justicia, en las que observamos incluso el uso de comillas para citar algún enunciado jurídico o alguna frase contenida en un enunciado jurídico. Lo mismo opinan también algunos legisladores e incluso los propios jueces. Pues son frecuentes los casos de legisladores que, al regular la motivación de las decisiones judiciales, exigen a los jueces citar las normas jurídicas aplicables al caso litigioso⁷. Y, por lo que respecta a los jueces, es una práctica habitual de los tribunales judiciales españoles incluir, al final de los fundamentos jurídicos de la sentencia e inmediatamente antes del fallo, la fórmula siguiente: «Vistos los preceptos [o artículos] citados y demás de general y pertinente aplicación».

⁵ Véase BULYGIN, 2009: 81, y BULYGIN, 2010: 41.

⁶ CARACCILO, 1988: 41, comparte esta opinión, cuando habla de «la fundamentación de la decisión propuesta por el juez, estructurada sobre la base de enunciados que incluyen la descripción de los hechos que constituyen el “caso” a resolver, como también la *mención* [énfasis añadido] de las normas que pretendidamente fundamentan la decisión».

⁷ Según el apartado Quinto de la 4ª regla del art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los Considerandos debe aparecer: «La *cita* de las disposiciones legales que se consideren aplicables, pronunciándose por último el fallo [...]». La 4ª regla del art. 85 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, exige incluir en las sentencias la «*cita* expresa de las disposiciones aplicables». También el art. 372.3º de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se refiere a las «razones» y «fundamentos legales» que hay que exponer en los Considerandos, «*citando* las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso».

Los enunciados formulados por los jueces en los fundamentos jurídicos de sus sentencias y que citan enunciados jurídicos o artículos de un texto legal no son, a diferencia de los enunciados jurídicos, mejor dicho, a diferencia de algunos o muchos enunciados jurídicos, enunciados prescriptivos universales. Son enunciados asertivos o descriptivos singulares, que describen algún rasgo de los enunciados jurídicos, prescriptivos o no, que citan; normalmente, describen el sentido de los enunciados jurídicos que citan. Del mismo modo que los antecedentes de hecho de una sentencia judicial contienen enunciados asertivos que describen «los hechos del caso». En una sentencia judicial (y con alguna salvedad, que debo dejar a un lado en el contexto presente), no figuran enunciados jurídicos universales; del mismo modo que no figuran «los hechos del caso». Solo figuran enunciados asertivos que describen unos y otros.

Por consiguiente, en la sentencia judicial cuyo fallo fuera la decisión prescriptiva (3), «Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 €», lo que figuraría como premisa del razonamiento principal de la motivación de esa decisión no es un enunciado jurídico, prescriptivo y universal, sino un enunciado no jurídico, asertivo, singular y metalingüístico, que cita un enunciado jurídico, como ocurre en el razonamiento siguiente:

(1*) El art. 1902 del código civil español establece que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado

[primera premisa, que es un enunciado no jurídico, asertivo, singular y metalingüístico, que *cita o menciona*, pero *no usa*, un enunciado jurídico];

(2) Mario, por negligencia, causa a Olga un daño por valor de 1.000 € (Mario, por acción u omisión, causa a Olga un daño por valor de 1.000 €, interviniendo culpa o negligencia)

[premisa menor, que es un enunciado calificativo, asertivo y singular].

(3) Mario está obligado a indemnizar a Olga por valor de 1.000 € [conclusión, decisión que resuelve el litigio, y que es un enunciado prescriptivo y singular].

Este razonamiento, dicho incidentalmente, no es un silogismo, dado que todos los enunciados que lo integran son singulares. Pero sí puede ser calificado como «ilícito», evocando la denominada «ley de Hume», que prohíbe, dicho metafóricamente, inferir una conclusión prescriptiva a partir de premisas asertivas.

El hecho de que la teoría jurídica, secularmente, desde C. BECCARIA hace más de doscientos cincuenta años hasta la actualidad, haya sostenido la tesis de que el razonamiento principal de una sentencia judicial es un silogismo judicial, a pesar de la evidencia contraria, exige una explicación. Y la explicación parece ser la siguiente: es un hecho que, en una sentencia judicial, la conclusión del razonamiento principal de la justificación de la decisión que resuelve el litigio de que se trate es la propia decisión; y, por otra parte, esa decisión es frecuentemente, como en el ejemplo anterior, un enunciado prescriptivo; por ello, se piensa que entre las premisas de ese razonamiento principal *ha de figurar* algún enunciado prescriptivo, como sucede en un silogismo judicial; no puede ser que entre las premisas de dicho razonamiento principal no figure ningún enunciado prescriptivo, como ocurre en ese razonamiento que he calificado como ilícito. Brevemente, la explicación de por qué la teoría jurídica sostiene que el razonamiento principal de una sentencia *es* un silogismo judicial, a pesar de la evidencia contraria, consiste simplemente en que se piensa que el razonamiento principal de una sentencia ha de ser o deber ser un silogismo judicial.

Esta observación nos introduce en la última de las cuestiones a las que alude el título del presente trabajo.

III. ¿CÓMO DEBE SER LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL?

1. SEGÚN LA OPINIÓN DOMINANTE

La creencia de que el razonamiento principal de una sentencia ha de ser un silogismo judicial no tiene su origen en ninguna ley procesal, puesto que no existe ningún enunciado jurídico (al menos, ningún enunciado jurídico español actual) que ordene a los jueces incluir un silogismo judicial en las motivaciones de sus decisiones. Ninguna de las leyes procesales dice nada al respecto. Dicha creencia es el resultado, me parece, de las siguientes ideas, que pueden vislumbrarse en la literatura jurídica de los últimos cuarenta o cincuenta años:

Un silogismo judicial prueba que la decisión judicial, que es su conclusión, es deducible o es consecuencia de sus premisas, una de las cuales es una norma jurídica N y la otra, un enunciado asertivo A , que es una descripción de un caso concreto. Esto es lo que quiere decir J. WRÓBLEWSKI cuando afirma que el silogismo judicial o silogismo jurídico (*legal syllogism*) es la forma de justificar internamente una decisión judicial⁸. De esta manera, es decir, mediante un silogismo judicial que prueba que una decisión judicial es deducible o es consecuencia de una norma jurídica N y de un enunciado asertivo A , queda también probado que la decisión cumple una condición que es necesaria (no suficiente, pero sí necesaria) para ser una decisión que aplica la norma jurídica N y, en definitiva, para ser una decisión conforme al Derecho. Por todo ello, la motivación de una

⁸ *Legal syllogism can be treated as a form of internal justification of judicial decision* (WRÓBLEWSKI, 1974: 39). Sobre la justificación interna de la decisión judicial se pronuncia también AARNIO, 2000: 55, con las siguientes palabras: «El modelo clásico de la justificación interna es el silogismo aristotélico (*modus ponens*). La primera premisa es la “base normativa” de la decisión (premisa normativa). La forma lógica de la deducción garantiza que la conclusión, la norma de la decisión, se siga de las premisas».

decisión judicial *ha de incluir* un silogismo judicial a fin de probar, primeramente, que la decisión es deducible de una norma jurídica N y de un enunciado asertivo A y para probar también, en última instancia, que la decisión es conforme al Derecho.

Si la apreciación que acabo de realizar es correcta, la creencia de que el razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial ha de ser un silogismo judicial tiene su origen en tres ideas:

a) Una concepción acerca de la corrección jurídica de las decisiones judiciales, según la cual, para que una decisión judicial sea jurídicamente correcta, es decir, conforme al Derecho, es necesario que la decisión aplique una norma jurídica;

b) Una concepción de la aplicación de las normas jurídicas, según la cual, para que una decisión judicial aplique una norma jurídica N , es condición necesaria que la decisión sea deducible, o sea consecuencia, de la norma N y un enunciado asertivo A , que sea una descripción de un caso concreto; y

c) Una tesis de naturaleza lógica, relativa al valor probatorio de los razonamientos, conforme a la cual un silogismo judicial prueba que su conclusión, una decisión judicial D , es consecuencia de sus premisas, una norma N y un enunciado asertivo A .

Las tres ideas son erróneas, en mi opinión, y voy a explicar brevemente por qué.

Por lo que respecta a la primera de ellas, supongamos que una persona inocente, Pedro, por ejemplo, es acusada de robo. Es indiscutible que en este caso la decisión judicial conforme al Derecho, concretamente, materialmente conforme al Derecho, es la decisión absolutoria, o sea, la decisión desestimatoria de la pretensión de la acusación. Pero esta decisión desestimatoria no aplica ninguna norma jurídica.

El tema de la aplicación de las normas jurídicas es lo bastante difícil e importante como para no despacharlo de manera incidental y en dos palabras, como estoy obligado a hacer aquí. En algunos de mis libros, sí me he ocupado detenidamente de este tema. Y,

según las tesis que he sostenido en esos trabajos, para que una decisión judicial, estimatoria o desestimatoria, aplique una norma jurídica en un caso determinado, es necesario que se cumplan dos condiciones: 1^a) que el caso esté contemplado por el supuesto de hecho de la norma, o sea, que la norma regule ese caso; y 2^a) que la decisión sea la prevista en la consecuencia de la norma. Estas observaciones constituyen indudablemente una simplificación. Sin embargo, son suficientes para advertir que, conforme a estas exigencias, la decisión desestimatoria dictada en el caso de Pedro, aunque sea materialmente conforme al Derecho, en particular, conforme al Derecho penal, no aplica la norma penal que castiga el robo. Y además por dos razones: ni el caso de Pedro es un caso contemplado por el supuesto de hecho de esa norma penal, puesto que Pedro no ha cometido ningún robo, ni la decisión desestimatoria es la prevista en la consecuencia de dicha norma penal que castiga el robo. Por razones similares, la decisión desestimatoria tampoco aplicaría ninguna otra norma penal.

También es errónea, en mi opinión, la tesis según la cual, para que una decisión judicial aplique una norma jurídica \mathcal{N} , es condición necesaria que la decisión sea deducible, o sea consecuencia, de la norma \mathcal{N} y un enunciado asertivo A , que sea una descripción de un caso concreto. Esta concepción de la aplicación de las normas jurídicas tropieza con la dificultad de explicar qué significa la noción de deducibilidad o de consecuencia aplicada a normas jurídicas, que no son enunciados asertivos. El problema al que acabo de aludir es el siguiente:

Si A_1, A_2, \dots, A_n y B son enunciados asertivos (o sea, enunciados verdaderos o falsos), decir que B es consecuencia, consecuencia lógica, de A_1, A_2, \dots, A_n significa, según enseña la lógica y dicho de manera informal, que es imposible que los enunciados A_1, A_2, \dots, A_n sean verdaderos y el enunciado B , falso. Dicho de manera más formal o técnica, esa afirmación significa que no existe una interpretación que haga verdaderos los enunciados A_1, A_2, \dots, A_n y

haga falso el enunciado B^9 . Pero si los enunciados A_1, A_2, \dots, A_n y B son prescriptivos, la primera medida debería ser no hablar de la existencia o no de una relación de consecuencia o consecuencia lógica entre, por un lado, el enunciado B y, por otro lado, los enunciados A_1, A_2, \dots, A_n . Para evitar confusiones, sería preferible utilizar en este caso un término distinto, como «consecuencia *deóntica*», o «consecuencia *normológica*», que es el utilizado por G.H.V. WRIGHT¹⁰. Sin embargo, la lógica, concretamente, la lógica de normas, no ha conseguido hasta el día de hoy proporcionar una definición, que se haya consolidado, de la noción de consecuencia deóntica o consecuencia normológica. Por esta razón, si alguien afirma o niega que un enunciado prescriptivo B es consecuencia, consecuencia deóntica o normológica, de uno o más enunciados prescriptivos A_1, A_2, \dots, A_n , no se sabe exactamente cuál es el sentido de esta tesis.

Es más, cuando se habla de la existencia de una relación de consecuencia entre, por un lado, una decisión que es un enunciado prescriptivo, como la decisión (3), y, por otro lado, una norma prescriptiva, como la norma o enunciado (1), y un enunciado asertivo, como el enunciado (2), se está asumiendo otra noción de consecuencia distinta; se está asumiendo una nueva noción de consecuencia, que, para evitar confusiones con las otras nociones de consecuencia, debería ser denominada de otra manera, por ejemplo, «consecuencia *mixta*». Pero este término, completamente desconocido para la lógica, es más oscuro aún que el término «consecuencia deóntica», o «consecuencia normológica».

Al margen de todo ello, la existencia de una relación de consecuencia entre, por un lado, la decisión prescriptiva (3) y, por otro lado, la norma prescriptiva (1) y el enunciado asertivo (2) puede parecer más o menos plausible cuando se trata, como en este caso,

⁹ Véase MOSTERÍN y TORRETTI, 2002: 119-120.

¹⁰ Véase VON WRIGHT, 1991: 275.

de una norma primaria, es decir, una norma dirigida a cualquier sujeto jurídico (como la norma (1), el art. 1902 del código civil español) y la decisión judicial es una decisión estimatoria, como la decisión (3).

Pero es totalmente implausible que exista tal relación de consecuencia cuando la norma jurídica es una norma secundaria, esto es, una norma dirigida a los jueces; y sobre todo cuando además la decisión judicial es una decisión desestimatoria.

Por ejemplo, en el caso de la norma secundaria penal que castiga el homicidio con una pena de prisión de 10 a 15 años y una decisión judicial que castiga a un homicida a la pena de 12 años de prisión, esta decisión aplica esa norma; pero, aunque aceptáramos la existencia de relaciones de consecuencia entre normas, ningún sistema de lógica de normas aceptaría que dicha decisión condenatoria es consecuencia de la norma penal citada y de una descripción de un caso concreto.

O pensemos en las decisiones desestimatorias. Una decisión judicial desestimatoria es un enunciado asertivo; pues es un anuncio de que el juez no va dictar la decisión estimatoria solicitada por el actor. A pesar de ello, una decisión desestimatoria puede aplicar un enunciado prescriptivo. Por ejemplo, una decisión desestimatoria dictada cuando tiene lugar el hecho procesal de que el actor renuncia a su acción o a su derecho aplica el art. 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es un enunciado prescriptivo, que ordena al juez dictar una decisión desestimatoria cuando se produce ese hecho procesal de la renuncia del actor¹¹. Pero sería, en mi opinión, una insensatez intentar explicar este caso de aplicación del Derecho mediante la noción de consecuencia o deducibilidad. Sería incomprensible afirmar que esa decisión desestimatoria, que es un enunciado asertivo, es consecuencia o es deducible de una

¹¹ El artículo citado comienza de la manera siguiente: «Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, [...]».

norma jurídica prescriptiva y del enunciado asertivo que describe la renuncia del actor.

Me referiré por último a la tercera de las ideas antes mencionadas, la creencia de que un silogismo judicial prueba que su conclusión, la decisión D , es deducible o es consecuencia de sus premisas, una norma N y un enunciado asertivo A (como antes he observado, esta creencia es el origen de la noción de justificación interna de las decisiones judiciales). Dice J. CORCORAN que «un argumento *per se* no prueba nada, ni siquiera que su conclusión se sigue de su conjunto de premisas»¹². Aunque, en mi opinión, es más exacto decir que, ante un fragmento de discurso, del que sabemos que se trata de un argumento o razonamiento y cuáles son sus premisas y su conclusión, pero no disponemos de ningún dato más acerca de él, no podemos saber si prueba algo o no; y en ningún caso un razonamiento prueba que su conclusión se sigue o es consecuencia de sus premisas. Pensar que un razonamiento prueba que su conclusión es consecuencia de sus premisas es confundir la relación de consecuencia, de la que antes he hablado, con la relación inferencial o de razonamiento.

La relación inferencial o de razonamiento es la que se crea entre las premisas y la conclusión de un razonamiento por el mero hecho de expresar o formular el razonamiento. Por ello, es posible, por un lado, que un enunciado asertivo B sea consecuencia de los enunciados asertivos A_1, A_2, \dots, A_n , pero no exista ninguna relación inferencial entre ellos. Por ejemplo, el enunciado asertivo «Los canguros son aves» es consecuencia lógica del enunciado asertivo «Los canguros son aves rapaces», puesto que es imposible que este segundo enunciado sea verdadero y el primero, falso; pero si nadie formula un razonamiento cuya conclusión sea uno de dichos enunciados y cuya premisa sea el otro, no existirá relación inferencial entre ellos. Y también es posible, por otro lado, que entre dos enunciados asertivos exista una relación inferencial, pero

¹² CORCORAN, 1994: 42.

no exista relación de consecuencia lógica entre ellos. Por ejemplo, si alguien formula el razonamiento «Ayer hizo frío; luego, mañana lloverá», existirá una relación inferencial entre la única premisa de este razonamiento y su conclusión, en el sentido de que esa persona ha inferido la conclusión de dicho razonamiento a partir de su única premisa; aunque, dado que es posible que la premisa del citado razonamiento sea verdadera, pero falsa su conclusión, la conclusión no es consecuencia lógica de la premisa.

Ciertamente, existen razonamientos, como el clásico «Todos los hombres son mortales; Sócrates es hombre. Por tanto, Sócrates es mortal», en los que la conclusión del razonamiento es consecuencia lógica de sus premisas. Pero esta relación entre el enunciado que constituye la conclusión y los enunciados que son las premisas del razonamiento se da con independencia del razonamiento en sí. No es el razonamiento lo que crea esa relación de consecuencia lógica, ni lo que prueba su existencia. Dicho razonamiento no prueba que es imposible que los enunciados «Todos los hombres son mortales» y «Sócrates es hombre» sean verdaderos y el enunciado «Sócrates es mortal», falso. Lo único que prueba el razonamiento citado, dado que su conclusión es consecuencia lógica de sus premisas (o sea, *dado que* es imposible que los enunciados «Todos los hombres son mortales» y «Sócrates es hombre», que son sus premisas, sean verdaderos y el enunciado «Sócrates es mortal», que es su conclusión, falso), y dado que sus premisas son verdaderas, es que su conclusión es verdadera. Para probar que un enunciado asertivo B es consecuencia lógica de uno o más enunciados asertivos A_1, A_2, \dots, A_n , en ningún caso es suficiente realizar un razonamiento, cuyas premisas sean A_1, A_2, \dots, A_n y cuya conclusión sea B (o sea, no es suficiente ni siquiera en los casos en los que B es consecuencia lógica de A_1, A_2, \dots, A_n).

A ello hay que añadir que, para probar que un enunciado asertivo B es consecuencia lógica de uno o más enunciados asertivos A_1, A_2, \dots, A_n , no es necesario realizar un razonamiento, cuyas premisas sean A_1, A_2, \dots, A_n y cuya conclusión sea B . Para probar tal cosa, es

suficiente algún razonamiento o procedimiento que pruebe que es imposible que los enunciados asertivos A_1, A_2, \dots, A_n sean verdaderos y el enunciado asertivo B , falso. Entre esos procedimientos figuran los árboles semánticos; y también las tablas de verdad, en el caso de que los enunciados asertivos A_1, A_2, \dots, A_n y B sean enunciados o fórmulas del lenguaje de la lógica proposicional.

Por ejemplo, un razonamiento que prueba, siguiendo el modelo de los árboles semánticos, que el enunciado «Sócrates es mortal» es consecuencia lógica de los enunciados «Todos los hombres son mortales» y «Sócrates es hombre» es el que se expone a continuación. Partimos de las tres hipótesis siguientes: 1^a) el enunciado «Todos los hombres son mortales» (que significa lo mismo que la generalización universal «Para cualquier entidad x : si x es hombre entonces x es mortal») es verdadero; 2^a) el enunciado «Sócrates es hombre» también es verdadero; y 3^a) el enunciado «Sócrates es mortal» es falso. De la primera hipótesis (en conjunción a la definición de verdad para las generalizaciones universales) se deduce o se sigue que el enunciado (condicional) «Si Sócrates es hombre entonces Sócrates es mortal» es verdadero. A su vez, de esta tesis (en conjunción a la definición de verdad para los enunciados condicionales) se deduce que o bien el enunciado «Sócrates es hombre» es falso o bien el enunciado «Sócrates es mortal» es verdadero. Cualquiera de las dos opciones de esta disyunción contradice alguna de las hipótesis iniciales (la primera opción contradice la segunda hipótesis, mientras que la segunda opción contradice la hipótesis tercera). Conjuntamente, pues, las tres hipótesis implican una contradicción. Por consiguiente, es imposible que las tres hipótesis sean verdaderas. Y esto es precisamente lo que significa la tesis de que el enunciado «Sócrates es mortal» es consecuencia lógica de los enunciados «Todos los hombres son mortales» y «Sócrates es hombre».

La situación cambia radicalmente si alguno de los enunciados A_1, A_2, \dots, A_n o B es un enunciado no asertivo, por ejemplo, prescriptivo, y se pretendiera probar que B es consecuencia de A_1, A_2, \dots, A_n ; pues,

en este caso, no sabemos qué razonamiento o procedimiento podría probar tal cosa, debido a que, como antes he dicho, ni siquiera sabemos en ese caso qué significa decir que B es consecuencia, consecuencia deóntica o normológica, de A_1, A_2, \dots, A_n . Y si el enunciado B es prescriptivo, pero entre los enunciados A_1, A_2, \dots, A_n figuran enunciados prescriptivos y asertivos, menos aún sabemos, según también observaciones anteriores, qué significa decir que B es consecuencia, consecuencia mixta, de A_1, A_2, \dots, A_n .

Podemos suponer, no obstante, que sabemos qué significa decir que una decisión prescriptiva, como la decisión (3), es consecuencia mixta de una norma jurídica prescriptiva, como el enunciado (1), y un enunciado asertivo, como el enunciado (2); del mismo modo que sabemos qué significa decir que un enunciado asertivo B es consecuencia lógica de uno o más enunciados asertivos A_1, A_2, \dots, A_n . Aun así, para probar que la decisión prescriptiva (3) es consecuencia mixta de la norma jurídica prescriptiva (1) y el enunciado asertivo (2), no sería suficiente realizar un razonamiento, un silogismo judicial como el antes citado, cuyas premisas fueran los enunciados (1) y (2) y cuya conclusión fuera el enunciado (3). Del mismo modo que, para probar que un enunciado asertivo B es consecuencia lógica de uno o más enunciados asertivos A_1, A_2, \dots, A_n , no es suficiente realizar un razonamiento, cuyas premisas sean A_1, A_2, \dots, A_n y cuya conclusión sea B .

Por consiguiente, en el caso de que, en contra de las tesis antes sostenidas, una sentencia judicial contuviera un silogismo judicial como el razonamiento antes citado, este razonamiento crearía una relación inferencial entre, por un lado, la decisión (3), que es la conclusión de ese razonamiento, y, por otro lado, la norma jurídica (1) y el enunciado (2), que son las premisas de dicho razonamiento. Pero dicho razonamiento no probaría la existencia de una relación de consecuencia mixta entre su conclusión y sus premisas, ni siquiera en el caso de que supiéramos qué significa decir que la decisión prescriptiva (3) es consecuencia mixta de la norma jurídica

prescriptiva (1) y el enunciado asertivo (2). Pensar que un silogismo judicial, como el formado por los enunciados (1), (2) y (3), prueba que su conclusión, la decisión (3), es consecuencia de sus premisas (1) y (2), como sostiene WRÓBLEWSKI al afirmar que un silogismo jurídico justifica internamente una decisión judicial, es confundir la relación inferencial con la relación de consecuencia lógica.

2. LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL DEBE SER COMO SEGÚN EL DERECHO DEBE SER

En mi opinión, la respuesta a la cuestión de cómo debe ser la motivación de una decisión judicial procede de dos fuentes: la concepción de la motivación que he expuesto anteriormente y las normas jurídicas procesales que regulan la motivación de las decisiones judiciales. La motivación de una decisión judicial debe ajustarse, no a ciertas reglas de argumentación jurídica, propuestas por diferentes autores, sino a las reglas jurídicas procesales que regulan la motivación de las decisiones judiciales. Expondré brevemente las consecuencias de estas observaciones.

Según la concepción de la motivación que sostengo, la motivación de una decisión judicial es un razonamiento, en rigor, una cadena de razonamientos, que pretende probar que la decisión es conforme al Derecho. Por esta razón, la conclusión final de esa cadena de razonamientos no puede ser la propia decisión, como se viene pensando tradicionalmente, sino un enunciado asertivo, metalingüístico, acerca de la decisión, que afirma que la decisión es conforme a Derecho. Pues supongamos que alguien quisiera probar que hay agua en Marte (o que Dios existe) mediante una cadena de razonamientos. Las premisas iniciales de esta cadena podrán ser unas u otras y también podrán ser unas u otras las conclusiones intermedias integrantes de dicha cadena. Pero la conclusión final de la citada cadena de razonamientos, que pretende probar que hay agua en Marte (o que Dios existe), solo puede ser la tesis que afirma que hay agua en Marte (o que Dios existe).

El hecho de que la conclusión final de la motivación de la decisión judicial sea un enunciado asertivo tiene dos consecuencias importantes. Una de ellas es que la motivación de una decisión puede estar formada exclusivamente por razonamientos ordinarios, integrados exclusivamente por enunciados asertivos, cosa que sería imposible si la conclusión final de dicha motivación fuera la propia decisión y esta fuera un enunciado no asertivo, por ejemplo, un enunciado prescriptivo. Por otro lado, es posible contemplar la motivación de una decisión judicial como un razonamiento que, al igual que cualquier razonamiento científico o técnico, pretende probar que el enunciado asertivo que constituye su conclusión es verdadero; concretamente, dicha motivación pretende probar que es verdad que la decisión de que se trate es conforme al Derecho. Ello permite evitar esa caracterización imprecisa de la motivación de una decisión judicial como una justificación racional de la decisión, así como la, a mi juicio, errónea concepción persuasiva de la motivación, según la cual la motivación de una decisión judicial es un intento de convencer a las partes y a los ciudadanos de la “bondad” de la decisión.

Por otro lado, los razonamientos integrantes de la motivación de una decisión judicial han de cumplir las reglas procesales que regulan la motivación de las decisiones judiciales. En esta regulación, cabe distinguir dos clases de reglas o enunciados procesales: unos generales, relativos a todos los subrazonamientos integrantes de la motivación, y otros particulares, relativos a algunos de esos subrazonamientos y que introducen excepciones a la regulación general. Dentro de esa regulación particular, destacan los enunciados jurídicos procesales que regulan el razonamiento probatorio, que es sin duda uno de los subrazonamientos más importantes que integran la motivación de una decisión judicial. Las reglas generales y particulares que regulan la motivación de una decisión judicial son en gran medida muy parecidas en todos los ordenamientos jurídicos. No obstante, la exposición y comentario de dichas reglas requiere un trabajo específico y quedan fuera de los límites del presente trabajo¹³.

¹³ Me remito a la exposición que realizo en HERNÁNDEZ MARÍN, 2013, cap. III.

IV. FUENTES CONSULTADAS

AARNIO, Aulis, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos de Filosofía del Derecho*, traducción de LARRAÑAGA, Pablo, México, Distribuciones Fontamara. 2000.

BULYGIN, Eugenio, «Los jueces ¿crean derecho?», en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 18. 2003.

_____, «Creación judicial del Derecho», en BULYGIN, Eugenio, ATIENZA, Manuel, y BAYÓN, Juan Carlos: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009.

_____, «El conocimiento y la interpretación del Derecho», en BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (ed.): *El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Lima, Ara Editores. 2010.

CARACCIOLO, Ricardo, «Justificación normativa y pertenencia. Modelos de la decisión judicial», en *Análisis filosófico*, VIII (1). 1988.

COMANDUCCI, Paolo, *Asaggi di metaetica*, Torino, G. Giappichelli. 1992.

CORCORAN, John, «Argumentaciones y lógica», en *Agora*, 13 (1). 1994.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons. 2013.

MOSTERÍN, Jesús, y TORRETTI, Roberto, *Diccionario de lógica y de filosofía de la ciencia*, Madrid, Alianza Editorial. 2002.

VON WRIGHT, Georg Henrik, «Is There a Logic of Norms?», en *Ratio Iuris*, 4° (3). 1991.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», en *Rechtstheorie*, 5. 1974.

EL PRECEDENTE JUDICIAL EN EL INTERPRETATIVISMO JURÍDICO DE RONALD DWORKIN

JUDICIAL PRECEDENT IN THE LEGAL INTERPRETATIVISM OF RONALD DWORKIN

SANDRA GÓMORA-JUÁREZ¹

RESUMEN: En el ámbito de la teoría jurídica, diversos autores han reflexionado acerca del papel del precedente en el razonamiento judicial. El modelo de principios es una forma de explicarlo y el interpretativismo jurídico de Ronald Dworkin es un ejemplo destacado. Este artículo reconstruye los elementos teóricos fundamentales implícitos y explícitos que estructuran el interpretativismo como propuesta teórica, a fin de explicar el concepto de precedente que contiene para identificar su alcance, posibilidades y finalmente, las potenciales preguntas que genera.

PALABRAS CLAVE: *Dworkin; interpretativismo jurídico; precedente; fuerza gravitacional; principios; razonamiento judicial.*

ABSTRACT: In legal theory, several authors have reflected on the role of precedent in judicial reasoning. The model of principles is one way to explain it and Ronald Dworkin's legal interpretivism is a prominent example of this model. This article reconstructs the fundamental implicit and explicit elements that structure interpretivism as a theoretical proposal, seeking to explain the concept of precedent it contains in order to identify its scope, possibilities and finally, the potential questions it poses.

¹ Doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Investigadora Ordinaria de Carrera, Asociada C, T. C., en el Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM. Contacto: <sgomoraj@unam.mx>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-9164-6194>>; WoS ResearcherID H-1322-2019.

Fecha de recepción: 26 de noviembre de 2020; fecha de aprobación: 09 de abril de 2021.

KEYWORDS: *Dworkin; legal interpretivism; precedent; gravitational force; principles; judicial reasoning*

SUMARIO: I. Introducción; II. El precedente en el interpretativismo: los elementos implícitos; III. El precedente en el interpretativismo: los elementos explícitos; IV. Algunas conclusiones y nuevas preguntas. V. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la teoría jurídica, diversos autores han reflexionado acerca del alcance y la fuerza del precedente en el razonamiento judicial, entendiendo “precedente” como “la doctrina legal contenida en una sentencia que expresa la regla de juicio o la razón jurídica conforme a la cual se ha resuelto el caso”.² La discusión en torno a qué decisiones se ven afectadas por el precedente y las condiciones bajo las cuales obligan a los tribunales se puede entender de distintas maneras.

De acuerdo con Grant Lamond, hay tres formas principales en las que se ha teorizado acerca del concepto de precedente o, dicho de otro modo, tres formas que alegan ser la mejor forma de entender al precedente, su fuerza, alcance y papel en el razonamiento judicial:³

² Gascón Abellán, Marina, “Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?”, en Marina Gascón Abellán y Álvaro Núñez Vaquero (coords.), *La construcción del precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier. Libros jurídicos, 2020, p. 166. Álvaro Núñez coincide en los elementos fundamentales de esta noción al caracterizar al precedente como “cualquier decisión de carácter jurisdiccional que expresa al menos una norma a la que se le dota de algún valor normativo para casos diferentes a aquel en cuyo contexto fue dictada”, Núñez Vaquero, Álvaro, “Precedente en materia de hechos”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 31, núm.1, julio 2018, consultado el 5 de julio de 2020 en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502018000100051&lng=es&nrm=iso.

³ Lamond, Grant, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>, consultado el 3 de

como establecimiento de reglas; como aplicación de principios subyacentes y; como decisión del balance de razones.

El primer modelo trata a los precedentes como reglas que los tribunales posteriores están obligados a aplicar a los hechos que les presenta el caso que deciden. El segundo enfoque centra la atención en la justificación de la decisión pasada mediante principios, siendo éstos los de aplicación obligatoria. El tercer enfoque sugiere que es la representación de una decisión en el balance de razones de un caso individual lo que los tribunales posteriores han de tratar como decididos correctamente.⁴

A pesar de ser el más recurrido, el modelo de reglas no tiene una aceptación uniforme y ha sido objeto de diversas críticas. Una de las más importantes se halla en el trabajo de Ronald Dworkin denominado “el derecho como integridad” —que puede entenderse como un ejemplo del modelo 2— cuyo desarrollo ha ganado notoriedad al sugerir que las disputas deben resolverse con base en principios jurídicos. El derecho como integridad, considerado de suma importancia en el ámbito de la filosofía del derecho,⁵ contiene el desarrollo más sólido del modelo de precedente, razón por la cual merece una exploración detallada que identifique los elementos que lo componen.

En este artículo me propongo explicar el concepto de precedente en el interpretativismo jurídico de Ronald Dworkin, para lo cual haré una reconstrucción de los elementos teóricos fundamentales implícitos y explícitos que estructuran el interpretativismo como propuesta teórica, en la cual se inserta y de la cual deriva la concepción del precedente judicial. La interrelación de elementos

mayo de 2020. Para una explicación semejante con base en modelos, véase Alexander, Larry, “Los jueces como creadores de reglas”, trad. de Sandra Gómora Juárez, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 4, 2010.

⁴ *Idem.*

⁵ Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega Gómez, México, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 120.

como la interpretación, las etapas interpretativas y los principios, entre otros, dan cuenta de la concepción interpretativista del precedente que plantea desafíos y preguntas que conviene explorar a lo largo del texto, en vista de que la aceptación del modelo no es pacífica.

II. EL PRECEDENTE EN EL INTERPRETATIVISMO: LOS ELEMENTOS IMPLÍCITOS

Comienzo ofreciendo una definición básica pero concreta del concepto de precedente en términos de la teoría jurídica de Ronald Dworkin, extraída de sus ideas desarrolladas, principalmente en *Law's Empire*. La definición propuesta señala que un precedente es el reporte de una decisión política previa que ejerce una fuerza gravitacional sobre casos futuros en la medida en la que se fundamenta en principios y en los términos de la extensión de tales principios.

El concepto de precedente sugerido contiene elementos que requieren mayor explicación desde la perspectiva original para comprenderlos en su justa dimensión, pero, además, debemos considerar que de estos elementos se desprenden un buen número de consecuencias e implicaciones concretas para la concepción del precedente que se derivan del particular enfoque teórico de la teoría del derecho como interpretación.

En ese sentido, la definición de precedente que propongo, extraída de la teoría interpretativista, contempla los siguientes elementos explícitos: el carácter de las sentencias judiciales como decisiones políticas; la cualidad de que decisiones judiciales previas ejerzan una fuerza gravitacional sobre casos futuros; el papel de la interpretación y los acuerdos compartidos; así como la noción de paradigma.

Simultáneamente, la definición ofrecida tiene ciertos elementos implícitos que debemos desarrollar y entender para estar en

posibilidad de formar un juicio respecto de los méritos de esta concepción del precedente como ejemplar del modelo de principios. Los elementos implícitos a los que me refiero son la calidad de ser un concepto interpretativo; los aspectos que componen la interpretación constructiva; el papel de los principios en el razonamiento judicial, así como la tarea judicial en el derecho como integridad, principalmente.

En ese sentido, haré una revisión del conjunto de elementos implícitos en la explicación del concepto de precedente que brindan las herramientas necesarias para analizar posteriormente sus elementos explícitos.

1. EL DERECHO Y EL PRECEDENTE COMO CONCEPTOS INTERPRETATIVOS

De acuerdo con Ronald Dworkin, existen ciertos conceptos cuya naturaleza solo puede ser comprendida “interpretativamente”, esto les otorga el carácter de conceptos evaluativos y la forma más práctica de comprenderlos es a través de la idea del “punto o propósito” al que sirven. El derecho es un concepto interpretativo.⁶

El derecho, como otras prácticas sociales se guían por propósitos, explica Dworkin. La interpretación del derecho es creativa y constructiva, al ser así, la interpretación constructiva de las prácticas sociales se ocupa de los propósitos de la práctica que se interpreta, fundamentalmente de los propósitos que el intérprete de la práctica advierte en ella.⁷

Los conceptos interpretativos tienen —en el pensamiento y en el discurso ordinario— un valor intrínseco que podemos conocer a través de la asignación del sentido que mejor capture ese valor, el

⁶ Guest, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3rd ed., Stanford University Press, California, 2013, p. 66.

⁷ Dworkin Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Belknap-Harvard University Press, 1986, pp. 51-52.

sentido que muestre de mejor manera qué es lo moralmente valioso de ese concepto para nosotros, eso significa mostrarlo desde su mejor perspectiva.⁸

Es por ello que, aunque se quiera, no podemos separar o aislar lo valioso de los conceptos interpretativos porque su importancia radica en ese valor integrado que tienen y que nosotros advertimos; son valiosos porque enriquecen nuestra vida de diferentes formas y tienen consecuencias positivas en nuestras vidas, individual y colectivamente. Ese aspecto normativo (lo bueno de los conceptos) es lo que se pretende explicar desde este enfoque.⁹

Para Dworkin, conceptos como el derecho, el precedente, la justicia, la libertad, y la cortesía son conceptos interpretativos. El derecho —desde esta perspectiva— es un concepto normativo porque tiene en sí mismo un valor moral para nosotros y es también interpretativo porque su explicación se desprende de la interpretación de otros conceptos normativos e interpretativos con los cuales se interrelaciona.¹⁰

Al tener un valor intrínseco, el análisis de los conceptos interpretativos (como derecho, precedente, igualdad o libertad) no puede surgir desde un enfoque moralmente neutral y puramente descriptivo porque se malinterpreta su verdadero contenido. En ese sentido, el análisis de los conceptos interpretativos es sustantivo, normativo y comprometido.¹¹

El derecho es completamente moral, así como la teoría del derecho y las leyes particulares; el derecho es una rama de la política que es una rama de la moralidad, en ese sentido, ningún hecho

⁸ Dworkin, Ronald, “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 1, 2004, pp. 9, 13.

⁹ *Ibidem.*, p. 15.

¹⁰ Vega Gómez, Juan, “La postura metodológica de Dworkin: lo interesante de la crítica”, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, Madrid, Dykinson, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, p. 45; Dworkin, “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, p. 9.

¹¹ *Ibidem.*, p. 3.

social determina el derecho, sólo los valores pueden hacerlo.¹²

A diferencia de otros planteamientos teóricos, para el interpretativismo no existe una línea divisoria entre la teoría del derecho y la administración de justicia o cualquier otro aspecto de la práctica jurídica. Desde esta perspectiva, la labor de los filósofos consiste en debatir el fundamento interpretativo como la parte general de cualquier argumento jurídico, mientras que cualquier argumento jurídico práctico asume algún tipo de fundamento abstracto que ofrece la filosofía del derecho. En ese sentido, “la opinión de un juez es en sí misma una pieza de filosofía del derecho... La filosofía del derecho es la parte general de la administración de justicia, el prólogo silencioso de cualquier decisión jurídica.”¹³

Desde esta perspectiva, el argumento jurídico es un argumento moral. Al tener el derecho este carácter, debemos tratar de abordar los problemas jurídicos de esta manera: asumir que la forma adecuada de entender esos conceptos valiosos es a la luz de otros valores morales, de sus conexiones y relaciones mutuas, a través de una red de convicción que brinda apoyo mutuo entre valores.¹⁴

En ese sentido, Dworkin considera que lo valioso del derecho es la legalidad o estado de derecho. Así, la explicación del concepto de derecho debe capturar el valor de la legalidad y explicarlo desde su mejor perspectiva, de tal forma que podamos saber lo que la legalidad requiere en un sistema jurídico concreto y en un caso concreto, atendiendo a las prácticas institucionales y a la historia de esa jurisdicción. Ése es el trabajo de los filósofos del derecho (en el plano abstracto) y de jueces y abogados (en el plano práctico).¹⁵

Si lo valioso del derecho es la legalidad y lo valioso de la legalidad es que establece límites y requisitos para el ejercicio del poder por

¹² Guest, *op. cit.*, p. 58.

¹³ Dworkin, *Law's Empire, cit.*, p. 90.

¹⁴ Dworkin, “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, pp. 4, 17, 23.

¹⁵ *Ibidem.*, pp. 24, 35.

parte del Estado, entonces la explicación del concepto de derecho debe partir de una noción que justifique la coerción del Estado e interpretar las relaciones mutuas de este concepto normativo con otros conceptos normativos para después considerar el material jurídico, de tal forma que genere una interpretación que muestre el derecho desde su mejor perspectiva.¹⁶

Así cabe preguntarnos concretamente ¿cuál es el valor o propósito del precedente? De los diferentes pasajes de los textos de Dworkin se desprende que la integridad, la justicia y la equidad son principios que tienen un papel central en la administración de justicia y la toma de decisiones judiciales; no obstante, parece ser que lo valioso del precedente es la integridad, debido a que es el valor decisivo para los jueces acerca de lo que deben reconocer como derecho.

En ese sentido, la teoría del precedente debe poder explicar el aspecto normativo del mismo, es decir, debe poder explicar la integridad como lo valioso del precedente y la manera de hacerlo es a través de la interpretación constructiva que muestre la interrelación de la integridad con la justicia y la equidad.

Recordemos que la integridad se acepta como un ideal político, porque en este enfoque se quiere tratar a la comunidad política como una comunidad de principio, es decir, como una comunidad que comparte los mejores principios comunes que se puedan encontrar. No obstante, la integridad es distinta de la equidad y la justicia, pues éstas últimas se persiguen a través de la integridad.¹⁷

Se asume entonces que la comunidad como entidad puede comprometerse con los principios de equidad, justicia o el debido proceso de manera semejante a como lo haría una persona común; esta idea identifica a la comunidad como una entidad distinta de las personas que la componen, capaz de tener voluntad moral y

¹⁶ Vega, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷ Dworkin, *Law's Empire, cit.*, p. 263.

responsabilidad.¹⁸ En general se asume que la propia comunidad tiene ciertas obligaciones de imparcialidad hacia sus miembros y que los funcionarios actúan como agentes de esa comunidad, de modo que esa responsabilidad es previa a aquella de los funcionarios quienes actúan a nombre de la comunidad.¹⁹

Una comunidad de principio acepta que sus derechos y obligaciones no se agotan en las decisiones políticas tomadas por las instituciones, sino que dependen más bien del esquema de principios que esas decisiones presuponen y respaldan. Cada miembro, por consiguiente, tiene derechos y obligaciones que surgen de ese esquema, aun cuando no hayan sido nunca formalmente identificados o declarados.²⁰

2. LA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA

La interpretación es una herramienta esencial para explicar los conceptos interpretativos. Al igual que otros teóricos, Dworkin distingue la interpretación que se puede llevar a cabo en distintas esferas y contextos, por ejemplo, la interpretación de una conversación, la interpretación artística de pinturas u obras literarias. Interpretamos cuando escuchamos a otras personas hablar para decidir qué es lo que se dijo; se interpretan poemas o pinturas para defender su significado, punto o tema. Desde este enfoque se considera a la interpretación artística es semejante a la interpretación de prácticas sociales en el sentido de que ambas son creativas y están asociadas directamente a propósitos.²¹

La “interpretación constructiva” consiste en imponer propósito o valor a un objeto o práctica para hacer de ésta el mejor ejemplo posible

¹⁸ *Ibidem.*, p. 168.

¹⁹ *Ibidem.*, p. 175.

²⁰ *Ibidem.*, p. 211.

²¹ *Ibidem.*, pp. 50-51.

del género al que pertenece.²² Esto significa que la interpretación de las prácticas sociales (y obras de arte) es constructiva en el sentido de que los propósitos a los que atiende son fundamentalmente aquellos propósitos impuestos por el intérprete, no por el autor de la práctica u objeto.

En ese sentido, la interpretación es una labor de asignación de valor o propósito, pero eso no significa que en la interpretación constructiva el intérprete pueda asignar cualquier propósito al objeto o práctica, ya que la historia o forma de la práctica restringen las posibles interpretaciones a las que se puede recurrir; la interacción entre propósito y objeto de interpretación está delimitada según el tipo de metas, principios o intereses a los que la práctica ha servido. Esto no significa que todas las prácticas sean moralmente buenas, simplemente que debemos verlas a la luz de los mejores argumentos posibles para dicha práctica.²³

Así, una interpretación constructiva se lleva a cabo en tres etapas: la etapa pre-interpretativa, la etapa interpretativa y la etapa pos-interpretativa, cada una de las cuales requiere de distintos grados de consenso dentro de la comunidad.²⁴

En la *etapa pre-interpretativa* se identifican las reglas y estándares vigentes que proporcionan el contenido tentativo de la práctica. En la *etapa interpretativa* el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificados en la etapa previa: por qué es valiosa la práctica tal como es, si bien no requieren cubrirse todos los aspectos de la práctica si debe ser adecuada para mostrar que se trata de esa práctica y no de una nueva. La *etapa pos-interpretativa* es la etapa final, se conoce como etapa de reforma en la que el intérprete decide lo que la práctica realmente “requiere” para servir mejor a su justificación, en esta

²² *Ibidem.*, p. 52.

²³ Guest, *op. cit.*, p. 68.

²⁴ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 52, 65.

etapa es cuando se puede asignar un nuevo valor que justifique mejor la práctica.²⁵

De esta forma la interpretación constructiva da cuenta de que todas las prácticas sociales cambian y van adquiriendo nuevas formas, de modo que el contenido que tiene hoy cierta práctica puede ser distinto mañana. Este hecho está directamente vinculado a la “actitud interpretativa” de la comunidad, la cual consta de dos elementos constitutivos: El primero, es la asunción de que la práctica además de existir tiene un valor, sirve a algún propósito o refuerza algún principio. El segundo, es la asunción de que los requerimientos de la práctica no son necesaria ni exclusivamente los que se asumían, sino que son sensibles al propósito de la práctica para entenderla, aplicarla, extenderla, modificarla o limitarla según ese propósito. De esta forma, las personas imponen significado a la institución o práctica para verla desde su mejor perspectiva y reestructurarla a la luz de ese significado.²⁶

Conforme la actitud interpretativa se va desarrollando se vuelve crítica y va demandando incluir nuevas acciones dentro de la práctica o excluir algunas previamente reconocidas que sirvan mejor al valor de esa práctica. La interpretación entonces se aplica sobre la práctica, cambiando su forma, la cual está sujeta a constante reinterpretación según lo requiera la práctica. Como he señalado, desde esta perspectiva, conceptos como derecho, precedente, justicia o cortesía son conceptos interpretativos, susceptibles de abordarse con la actitud interpretativa y las tres etapas de la interpretación.²⁷

²⁵ Flores, Imer B., “The Legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules and One Right Answers”, consultado el 20 de octubre de 2020 en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1454>, p. 19; Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 65-66.

²⁶ Flores, “The Legacy of Ronald Dworkin...”, *cit.*, pp. 18-19; *Law's Empire*, *cit.*, p. 47.

²⁷ *Ibidem.*, pp. 48, 73.

Esto se ilustra más claramente con los ciudadanos de la cortesía, quienes en el pasado consideraron que el valor de la práctica de la cortesía era el respeto, el cual requería a los hombres acciones como quitarse el sombrero ante la nobleza. La actitud interpretativa muestra como primer elemento constitutivo que la práctica de la cortesía sirve a un propósito: mostrar respeto, pero al mismo tiempo muestra el segundo elemento constitutivo, ya que la actitud interpretativa es sensible a los requerimientos y propósitos de la cortesía, por lo que en una época posterior la práctica puede cambiar y así los ciudadanos pueden considerar que la cortesía ya no requiere las acciones pasadas sino que ahora requiere que los hombres se quiten el sombrero ante las mujeres, por ejemplo, modificando las acciones que sirven mejor a su propósito: el respeto.²⁸

Es preciso notar que para realizar la labor de identificar el contenido tentativo de la práctica (etapa pre-interpretativa) se requiere que los miembros de la comunidad interpretativa compartan —incluso ampliamente— las mismas asunciones acerca de lo que cuenta como parte de la práctica, así como qué tanto ha de ajustarse la justificación propuesta en la etapa interpretativa para ser aceptada como una interpretación de la propia práctica.²⁹

De este modo, aunque los miembros de la comunidad comparten un sentido pre-interpretativo de la práctica, éste es aproximado porque según indica Dworkin, la interpretación es necesaria aun en esta etapa inicial debido a que las reglas sociales no tienen etiquetas de identificación,³⁰ por tanto, los límites de la práctica no son seguros o precisos ni siquiera en esta etapa,³¹ lo más relevante

²⁸ *Ibidem.*, p. 47.

²⁹ *Ibidem.*, p. 67.

³⁰ Al parecer por interpretación en este pasaje se refiere únicamente a la distinción-identificación de la práctica a interpretar. *Ibidem.*, p. 66.

³¹ *Ibidem.*, pp. 75, 425; En la nota al pie 22 se señala que, dado que la etapa pre-interpretativa requiere interpretación, dichos límites alrededor de la práctica no son precisos ni seguros.

en este punto es que la comunidad comparta de manera general qué es lo que cuenta como parte de la práctica.³²

En este orden de ideas encuentran sentido los *paradigmas* dentro del proceso de interpretación ya que son relevantes para el razonamiento jurídico al afianzar ciertas interpretaciones de manera temporal y aunque prevalecen por algún tiempo, ningún paradigma está exento de ser desafiado por una nueva interpretación que establezca un nuevo y diverso paradigma que relegue el anterior como una equivocación. Los paradigmas hacen posible una forma estandarizada de argumento de manera provisional.³³

No obstante, de manera particular, quienes adoptan una actitud interpretativa consideran —no que su interpretación es distinta, sino— que su interpretación es objetivamente mejor que otras interpretaciones.³⁴ Aunque se acepta que las convicciones de los propios jueces pueden diferir, esta divergencia se mitiga al asegurar que hay varias fuerzas que promueven la convergencia.

Una de las influencias más poderosas a favor de la convergencia es el precedente, que al no poder ser ignorado por los jueces impulsa el acuerdo; el ambiente intelectual y el lenguaje común son otros aspectos que ejercen limitaciones prácticas a la idiosincrasia, así como limitaciones conceptuales a la imaginación; finalmente la educación jurídica es otra de las influencias que promueve la convergencia, así como los procesos de selección de jueces.³⁵ Ahora bien, esta concepción del derecho insiste en que, al ser juicios interpretativos, las afirmaciones jurídicas combinan elementos de visión hacia el pasado y visión hacia el futuro, de modo que

³² Al respecto, Stephen Guest señala que el planteamiento de Hart sobre el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias puede ser entendido como una actitud pre-interpretativa en el sentido de que intenta describir un consenso en torno al derecho. Guest, *op. cit.*, p. 71.

³³ Dworkin, *Law's Empire, cit.*, pp. 72, 89, 92.

³⁴ *Ibidem.*, p. 76.

³⁵ *Ibidem.*, p. 88.

la práctica jurídica se interpreta vista como una narrativa política desdoblada.³⁶

A pesar del atractivo en torno a la interpretación constructiva, existe un desafío latente relacionado con la identificación del precedente judicial. Si suponemos que la interpretación constructiva es una actividad permanente, entonces, no existe distinción alguna entre un precedente judicial y cualquier otra resolución judicial. Esta afirmación parece contraintuitiva porque de alguna manera creemos que los precedentes tienen alguna importancia para la práctica judicial y asumimos que no todo el universo de resoluciones judiciales existentes tiene el alcance y la fuerza para contar como precedentes.

Entonces ¿cómo es posible que identifiquemos como “especiales” a las resoluciones judiciales que son precedentes, pero las tratemos como cualquier resolución? Esta contradicción ocurre al decidir la fuerza que se le asigna y eso es precisamente lo que parece indicar este enfoque teórico. ¿Qué es entonces aquello que distingue y diferencia a un precedente del resto de resoluciones judiciales? Los teóricos parecen coincidir en que aquello que forma precedente es la parte que aporta las razones para la decisión u *obiter dicta*, y si bien no hay uniformidad acerca de su caracterización, es comúnmente aceptado que no toda sentencia judicial tiene este carácter.³⁷ Parece entonces, necesaria alguna distinción adicional que permita esta diferenciación en el marco de la interpretación constructiva.

Si consideramos que la guía que aporta el precedente está en los principios, podemos preguntarnos ¿cómo podemos identificar qué decisiones judiciales cuentan como precedentes? Si bien

³⁶ *Ibidem.*, p. 225.

³⁷ Gascón Abellán, Marina, “Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?”, en Álvaro Núñez Vaquero y Marina Gascón Abellán (coords.) *La construcción del precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2020, p. 167; Soderó, Eduardo, “Sobre el cambio de los precedentes”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 39 (2016), p. 239.

los precedentes no clausuran el diálogo de manera definitiva,³⁸ resultaría difícil reconocer que los tribunales realmente se guían por precedentes si no hay forma suficientemente clara para identificarlos como sugiere la teoría interpretativista.

Al respecto, aporta luz la distinción de Hart sobre la necesidad de conciliar dos necesidades básicas al interior de los sistemas jurídicos: proporcionar reglas claras que se puedan aplicar de manera directa, y reglas abiertas que se especifiquen al momento de su aplicación.³⁹ Todo sistema jurídico opera con ciertas reglas estables cuya aplicación no es controvertida, por lo que la posibilidad de un ejercicio interpretativo permanente desafía un rasgo característico de la práctica judicial.

Podríamos pensar que la respuesta está en la idea de que sólo aquellos casos que se resuelven por principios tienen la fuerza para abarcar casos futuros pero ello no proporciona una guía suficiente porque se trata de un criterio para la toma de decisiones judiciales en general y no solo para las que tienen carácter de precedente en particular, por lo que muchas decisiones judiciales pueden ser decididas por principios sin ser precedentes y aun cuando las decisiones judiciales sean decididas por principios pueden estar sujetas a los desacuerdos.

El problema de identificación del precedente en la teoría interpretativista de Dworkin es relevante en la medida en que la falta de identificación del material jurídico que constituye la historia institucional afecta profundamente el llamado “acuerdo inicial” de la etapa pre-interpretativa, por lo que conviene tener presente los efectos y alcances que las objeciones pueden tener en la explicación general.

³⁸ *Ibid.*, p. 231.

³⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2ª ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 162-163.

3. LOS PRINCIPIOS EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Llevar a cabo la interpretación constructiva es una labor sumamente compleja que no sería posible en un esquema que admita solo hechos sociales como fuentes del derecho. Es por ello que —en el derecho como interpretación— el material jurídico no se agota con las reglas jurídicas, sino que hay otros estándares que son parte del derecho, esto es, políticas y principios. Una *política* es un estándar que establece una meta a alcanzar para lograr alguna mejora económica, política o social en la comunidad. Por otra parte, los *principios* son estándares que se aplican por su requerimiento de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.⁴⁰

Al respecto Dworkin explica que un gran número de casos judiciales son resueltos tomando como sustento principal, no las normas jurídicas sino este otro tipo de estándares. El ejemplo que tradicionalmente revela el papel central de los principios en el derecho es el caso *Riggs vs. Palmer* en el que se discute acerca de si un nieto (Elmer E. Palmer) que asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer) puede heredarle, situación no determinada por el derecho de sucesiones del estado de Nueva York. En el caso, los argumentos vertidos para negar la herencia a Elmer se basaron en el principio general del *Common Law* de que “A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen”.⁴¹

Este caso muy particularmente muestra el papel de los principios en el razonamiento judicial, materializado por el juez Earl, quien señaló la necesidad de construir las normas jurídicas desde los

⁴⁰ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, p. 22.

⁴¹ Jiménez Cano, Roberto M., Fabra Zamora, Jorge Luis y Guzmán Buevas, Carolina Esther, “Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York - 115 NY 506”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007/2008, p. 363.

textos, no en aislamiento histórico sino a la luz de los principios, lo cual significa que los jueces deben construir la norma jurídica para adecuarla tanto como sea posible a los principios de justicia asumidos en el derecho y hacer al sistema coherente en principio.⁴²

Los principios inclinan la decisión en una dirección particular, sin embargo —opina Dworkin— el empleo de principios morales no significa que los jueces tengan discreción, porque los principios pueden dictar un resultado. Cualquiera que sea el resultado, es un resultado que proporcionó el principio y no uno que generó el juez libremente. El juez que decide mediante un principio está en la misma posición del soldado que tiene la obligación de elegir a los subordinados más experimentados, en el sentido de que ninguno tiene discreción, porque ambos tienen el deber de alcanzar una comprensión (controvertida o no) de lo que el principio o la experiencia requieren y actuar de acuerdo con ello.⁴³

Como se advierte, la aportación y distinción de los principios en el razonamiento judicial es de gran importancia. Los tribunales emplean principios cuando resuelven asuntos, aunque incluso los principios requieren interpretación para obtener los beneficios de su aplicación al caso concreto. El solo hecho de citar un principio no resuelve el asunto porque los principios no dictan un resultado específico, solo conducen en una dirección.

4. LA TAREA JUDICIAL EN EL DERECHO COMO INTEGRIDAD

El esquema de los elementos implícitos en la concepción del precedente estaría incompleto si no se examina el papel de los principios en el razonamiento judicial, así como de este último en el derecho como integridad. El planteamiento nos conduce a la pregunta indispensable: ¿Qué es la integridad? La integridad puede entenderse como un principio de actuación moral correcta, demandamos

⁴² Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 19-20.

⁴³ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 35-36.

integridad porque independientemente de las diferencias de opinión entre nosotros, las demandas de moralidad son coherentes a tal grado que eliminan los comportamientos caprichosos. Cuando actuamos moralmente, actuamos con integridad.⁴⁴

La falta de integridad implica una falta de compromiso con un comportamiento moral, por esto es por lo que valoramos el actuar íntegro porque indistintamente refleja un compromiso con una visión moral coherente y defendible. Esto es así porque las demandas de moralidad son coherentes en sí mismas, por lo cual la integridad está asociada indistintamente a la moral.⁴⁵

La integridad en el derecho puede entenderse como un ideal y como una demanda que exige que éste se cree o interprete siempre de manera que forme una unidad integral.⁴⁶ Según Dworkin, la integridad en el derecho tiene dos principios uno legislativo y uno de administración de justicia. El primero instruye a los legisladores a intentar hacer el conjunto total de leyes moralmente coherente, el segundo instruye a los jueces a ver al derecho como portador de un conjunto moralmente coherente de principios tanto como sea posible e interpretar con la idea de encontrar estándares implícitos entre y más allá de los estándares explícitos.⁴⁷

Es posible, sin embargo, que se ignore la integridad cada vez que se aprueban leyes coherentes en sí mismas pero que no se ajustan al universo de principios de justicia y equidad en su conjunto, de hecho, continuamente se viola la integridad de esta manera, pero, aunque no se pueda reunir a todas las normas jurídicas bajo un esquema de principio coherente, la integridad debe aceptarse como un ideal político.⁴⁸

⁴⁴ Hershovitz, Scott (ed.), “Integrity and Stare Decisis”, *Exploring Law’s Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, 2008, p. 114.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Guest, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁷ Dworkin, *Law’s Empire, cit.*, pp. 176, 217.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 184.

En el caso concreto del precedente, la integridad es de gran importancia ya que implica reconocer que la actuación pasada es relevante para las decisiones que los jueces toman en el presente, la integridad les requiere mantener un compromiso con una visión moral concreta, la cual solo puede mostrarse a través de un patrón de comportamiento a lo largo del tiempo; los cambios constantes demuestran capricho y no integridad.⁴⁹

Particularmente, Scott Hershovitz explica con profunda claridad que los tribunales son agentes morales capaces de desplegar integridad tanto como las personas físicas y señala que “un tribunal muestra integridad cuando sus decisiones reflejan un compromiso con una visión coherente y defendible acerca de los derechos y obligaciones que las personas tienen bajo el derecho. Tal compromiso solo puede mostrarse a través de un patrón de decisiones a lo largo del tiempo.”⁵⁰

Aceptar el derecho como integridad parece ofrecer ciertas ventajas en un plano más práctico, una de ellas es la ventaja de convertirse en una forma especial de comunidad que promueve su autoridad moral para ejercer el monopolio de la coerción. La integridad brinda protección contra la parcialidad, el engaño o cualquier otra forma de corrupción. Contribuye a la eficiencia del derecho porque cuando las personas aceptan que están gobernados no solamente por normas explícitas sino también por otros estándares que se derivan de los principios implícitos en otras decisiones, entonces las personas podrán ir advirtiendo gradualmente qué principios se requieren en las nuevas circunstancias sin necesidad de una legislación detallada sobre cada punto de conflicto. Finalmente, la integridad sirve como un vehículo para el cambio orgánico aun cuando no es completamente efectivo.⁵¹

⁴⁹ Hershovitz, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 115.

⁵¹ Dworkin, *Law's Empire, cit.*, pp. 188-189.

Ahora bien, Dworkin señala que los jueces desempeñan una labor distinta a la de los legisladores, en tanto están llamados a resolver los asuntos en términos de principio y no de política para argumentar por qué las partes tienen o no los derechos que se determinan en su sentencia. El juez puede desarrollar posibles interpretaciones aplicables al caso y contrastar cada una contra decisiones judiciales pasadas, incluso buscando más allá del tema específico que pudieran relacionarse para determinar cuál podría formar parte de una teoría coherente que justifique la totalidad de decisiones.⁵² Esta forma de proceder del juez se conoce como una serie de círculos concéntricos que consiste en contrastar los casos que se ajusten sobre el tema inmediato para después ir expandiendo la búsqueda gradualmente a casos cada vez más generales. Por supuesto, esta no es una tarea simple sino más bien una tarea sumamente compleja.

En buena medida, la labor de los jueces consiste en construir la “verdadera” norma jurídica a partir del texto contenido en la ley, de la misma forma en la que un crítico necesita una teoría, digamos de interpretación para reconstruir un poema desde el texto, de la misma forma los jueces necesitan hacer algo semejante con las leyes. Esta labor, no se limita a las normas jurídicas vagas o ambiguas, sino que es una labor necesaria en todos los casos, incluso si la redacción es impecable, justo como sucedió en el caso *Riggs vs. Palmer* en el que las palabras en la ley de sucesiones no eran vagas ni ambiguas, sino que el desacuerdo radicó en cómo construir la norma jurídica en las circunstancias especiales del caso.⁵³

En el plano jurisdiccional, desde el derecho como integridad los jueces tienen la misión de identificar derechos y obligaciones bajo la idea de que fueron creados por un solo autor —la comunidad personificada— para expresar a través de ellos una concepción

⁵² *Ibidem.*, pp. 244-245, 250.

⁵³ *Ibidem.*, p. 17.

coherente de justicia y equidad.⁵⁴ Los jueces deben asumir (tanto como les sea posible) que el derecho está estructurado por un conjunto de principios coherentes acerca de la justicia, la equidad y el debido proceso, los cuales habrán de aplicarse a los nuevos casos, de modo que los casos sean resueltos con los mismos estándares.⁵⁵

En la toma de decisión judicial es fundamental atender a la distinción entre argumentos de política, que justifican una decisión política al mostrar que la decisión avanza o protege alguna meta colectiva de la comunidad en su conjunto, o argumentos de principio, que justifican una decisión política al mostrar que ésta asegura derechos individuales o de grupo. Dado que los argumentos de principio establecen derechos individuales, mientras que los argumentos de política son argumentos políticos que intentan establecer metas colectivas, Dworkin propone que las decisiones judiciales, particularmente en los casos difíciles se generan y deben generarse por principios, no por política.⁵⁶

Esto, debido a que las políticas promueven metas que no aseguran recursos, oportunidades o libertades para individuos particulares, quienes quedan supeditados al interés de los grupos, por ejemplo, la eficiencia económica es una política que promueve el bienestar de la mayoría sin importar el individuo. En ese sentido, se entiende que un derecho no puede pesar más ni estar supeditado a una meta social, de ahí que las decisiones judiciales se sustenten en principios.⁵⁷

Dado el entramado teórico hasta ahora planteado, sale a luz que la labor de los jueces, incluso en los casos difíciles es “descubrir” los derechos que tienen las partes, no inventar nuevos derechos⁵⁸

⁵⁴ *Ibidem.*, p. 225.

⁵⁵ *Ibidem.*, p. 243.

⁵⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 82, 84, 90, 97.

⁵⁷ *Ibidem.*, pp. 91-92.

⁵⁸ Flores, “The Legacy of Ronald Dworkin...”, *cit.*, pp. 24-25; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 81.

aun cuando se trate de casos difíciles, pues al estar inmersos en una estructura de derechos institucionales debemos “suponer” que incluso los casos difíciles tienen una respuesta correcta, no porque las reglas sean exhaustivas y completamente claras sino como una afirmación acerca de los oficiales y sus responsabilidades.⁵⁹

Esta postura tiene la idea implícita de la completitud del derecho, es decir, la idea de que toda situación está regulada y determinada en un sistema jurídico si es que existe una regla o principio en ese sistema que cualifique la acción. La afirmación de los contenidos implícitos del derecho evita la indeterminación jurídica y conduce a una “determinación *ex post facto*” para cualquier caso que se presente.⁶⁰

El que exista una respuesta correcta no significa que se trate de una respuesta a descubrir o que se pueda deducir sino de una respuesta que ha de ser construida desde los materiales jurídicos pre-existentes, por otra parte, tampoco significa que sea una respuesta inventada o modificada, sino una respuesta surgida de la interpretación.⁶¹ La noción de que el derecho (reglas y principios) siempre puede determinarse aun cuando se trate de un caso disputado descansa en la asunción de que cualquier problema jurídico puede resolverse con mecanismos de interpretación jurídica.⁶²

Así, lo que hacen los jueces es prácticamente ejecutar derechos políticos pre-existentes, de esta forma la historia institucional funciona como un elemento de la decisión. En este enfoque no

⁵⁹ *Ibidem.*, p. 104. Ramírez Anguiano, Diego, “Derecho, moral e interpretación: correlación entre la filosofía analítica de H. L. A. Hart, el pensamiento de Lon Fuller y Ronald Dworkin”. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 13, 2019, p. 413.

⁶⁰ Del Real Alcalá, Juan Alberto, “The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the ‘Norm as a Framework’ in Kelsen”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 2, Autumn-Winter 2013-2014, pp. 176, 178.

⁶¹ Flores, “The Legacy of Ronald Dworkin...”, *cit.*, p. 26.

⁶² Del Real, “The Controversies about Legal Indeterminacy...”, *cit.*, p. 179.

existe tensión entre originalidad judicial e historia institucional porque las decisiones que tomen los jueces deben reflejar las decisiones políticas del pasado. Básicamente, las decisiones no se toman individualmente sino tomando en consideración una teoría global de principios y políticas que sean consistentes con otras decisiones.⁶³ Las respuestas correctas surgen en el marco del pasado y de la historia institucional, que importan en la medida en que sirven al presente para justificar las decisiones políticas del pasado.⁶⁴

III. EL PRECEDENTE EN EL INTERPRETATIVISMO: LOS ELEMENTOS EXPLÍCITOS

Los elementos revelados hasta ahora son elementos implícitos que subyacen a la explicación del concepto de precedente y con los cuales podemos conocer la correcta dimensión de la explicación. Con estos elementos implícitos en mente podemos ahora atender y analizar los elementos explícitos de la concepción del precedente de Ronald Dworkin.

1. SOBRE EL CARÁCTER DEL PRECEDENTE

Partimos pues de la idea de que el precedente en este enfoque teórico se entiende como el reporte de una decisión política previa que ejerce una fuerza gravitacional sobre casos futuros en la medida en la que se fundamenta en principios y en los términos de la extensión de tales principios. Las decisiones políticas son todas aquellas decisiones que contribuyen a definir los contornos y contenidos del Estado como una comunidad política. Las decisiones judiciales con carácter de precedente son decisiones políticas en la medida en que ayudan establecer o modificar los contornos y contenidos que determinan la forma de ser de una comunidad política.

⁶³ Dworkin, "Hard Cases", *cit.*, p. 1064; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 87.

⁶⁴ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, p. 227.

Debe tenerse en cuenta que, en este enfoque, la comunidad política es una que acepta la integridad como un ideal, es una comunidad que acepta que los derechos y obligaciones de sus miembros surgen no solo de las decisiones políticas tomadas en el pasado y que tienen forma de leyes o reglamentos sino que los derechos y obligaciones de sus miembros surgen también del esquema de principios que la propia comunidad ha aceptado respaldar aun cuando nunca antes hayan sido identificados o formalmente declarados.⁶⁵

La distinción de algunas decisiones judiciales como decisiones políticas les otorga (en un primer momento) mayor importancia que al resto de las decisiones judiciales en tanto que considera la posibilidad de recurrir a ellas, pero la propia caracterización del precedente parece no ofrecer una forma clara de identificar los precedentes en el marco de la propia teoría, ya que, en buena medida toda decisión judicial puede caracterizarse como una decisión política.

A diferencia del planteamiento en la teoría hartiana en torno a las decisiones judiciales, por ejemplo, el interpretativismo no distingue entre casos centrales y casos periféricos en la práctica jurídica, sino que sitúa el universo de casos posibles en la categoría de los *pivotal cases* como cualquier caso cuya respuesta real o posible se encuentra explícita o implícitamente en el derecho. La diferencia en esta teoría entre casos fáciles y casos difíciles radica en los diferentes grados de complejidad que implica cada caso dentro de la misma tipología.⁶⁶

En ese sentido, la solución de los casos fáciles como *pivotal case* entraña menor dificultad debido a que su respuesta correcta se encuentra explícita en el derecho y puede identificarse sin mayor problema; por otro lado, los casos difíciles son más problemáticos y entrañan mayor dificultad como *pivotal cases* porque la respuesta

⁶⁵ *Ibidem.* p. 211.

⁶⁶ Del Real Alcalá, Juan Alberto, “La decisión judicial según los tipos de casos: *clear cases*, *borderline cases* y *pivotal cases*”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 394-395.

correcta se encuentra implícita en el derecho y resulta más complejo identificarla.⁶⁷

Dworkin ha señalado que no hay uniformidad en la forma real del precedente aun dentro de Estados Unidos o Gran Bretaña, tanto que difiere incluso de estado a estado en un mismo país, pero principalmente es posible que existan desacuerdos acerca de los detalles y aplicación de la doctrina del precedente en cuanto a qué tribunales están sujetos a las decisiones de la Suprema Corte,⁶⁸ qué decisiones tienen más peso: si las recientes o las antiguas, las de los jueces famosos o las de los cualquier otro juez. En ese sentido, las opiniones de abogados al respecto pueden variar ampliamente.⁶⁹

Parece que las diferencias de opinión pueden ser tan profundas que en los casos concretos pueden conducir a los jueces a discrepar acerca de si están obligados o no a seguir un determinado precedente en la cuestión a resolver. Esto sucedió en el caso *McLoughlin*, en el que la actora demandó daños emocionales causados por ver a su familia grave en el hospital; hasta ese momento los precedentes autorizaban compensación por daño emocional a víctimas que habían estado en la escena del accidente mientras que la señora *McLoughlin* había sufrido el shock dos horas después en un lugar distinto.⁷⁰

⁶⁷ *Ibidem.*, p. 395.

⁶⁸ Al respecto, Kenneth Himma difiere en torno a los desacuerdos teóricos y considera que la opinión de Dworkin acerca de lo que cuenta como derecho es inconsistente con el núcleo de la práctica jurídica en Estados Unidos ya que los oficiales consideran, a manera de práctica estandarizada, los razonamientos judiciales que resultan en nuevas reglas como jurídicamente vinculantes. Además, jueces y abogados consideran y tratan las leyes declaradas constitucionales como derecho sin importar si son consistentes con las normas morales que las mostraría desde su mejor perspectiva moral. Himma, Kenneth, "Trouble in Law's Empire: Rethinking Dworkin's Third Theory of Law", *Autumn*, 2003, Vol. 23 No. 3, *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 354-355.

⁶⁹ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, p. 25.

⁷⁰ *Ibidem.*, pp. 26-27.

El caso demuestra que los diferentes tribunales que revisaron el caso sostuvieron opiniones diversas al respecto, pero el problema — se alega— es planteado en términos de desacuerdo acerca de cuál es el derecho en el caso concreto, sobre la fuerza y carácter del precedente en ese caso como fuente del derecho, no acerca de lo que debía hacerse ante la ausencia de derecho.⁷¹

La agrupación de los casos fáciles y casos difíciles en la categoría de *pivotal cases* permite afirmar que existe un patrón de resolución ideal en la administración de justicia, esto es, que empleando el procedimiento de interpretación constructiva y sus etapas todo caso puede ser solventado por el derecho.⁷² No obstante, la advertencia previa en la teoría interpretativa en torno a los desacuerdos en los detalles y la aplicación de la doctrina del precedente nos conduce a la pregunta acerca de ¿cuál es realmente el carácter del precedente desde esta teoría?

Las características del precedente parecen indicar que, en el enfoque del derecho como integridad, el precedente no es una regla debido a que el tratamiento que se le da permite y promueve que el contenido del precedente (digamos el principio que lo sustenta) sea reinterpretado para su aplicación al caso presente. El hecho de considerar que el precedente ha de interpretarse para su aplicación elimina automáticamente cualquier carácter excluyente, como el que suele asociarse con las reglas.

Como una observación más general, parece derivarse que en este enfoque ninguna regla tiene la cualidad excluyente, en vista de que, para la aplicación del derecho, el material jurídico que emplea el juez debe primero interpretarse, de modo que ninguna norma jurídica es realmente la que se creó mediante fuentes sociales, ya que debe pasar por las etapas interpretativas antes de estar en condiciones de aplicarse. La sola posibilidad de interpretar precedentes indica que

⁷¹ *Ibidem.*, p. 39.

⁷² Del Real, “La decisión judicial según los tipos de casos...”, *cit.*, pp. 402-403.

éstos son tratados como un elemento más en el análisis o balance de razones del tribunal para arribar a la respuesta adecuada, lo cual quiere decir que —en el marco del interpretativismo— el precedente no tiene nunca un carácter concluyente para los jueces de aplicación como sus destinatarios.

Si recordamos que en la teoría interpretativista la fuerza del precedente depende de los argumentos de principio que lo sustentan, que las decisiones judiciales deben tomarse por argumentos de principio y no por argumentos de política y que el elemento que guía los casos futuros es el principio sostenido, entonces, estos elementos parecen indicar que el precedente en este enfoque es tratado en sí mismo como un principio aplicado, no como una regla. De ser así, el precedente como principio aplicado, lo que puede hacer es recomendar la dirección que ha de tomar una decisión, pero no puede proporcionar una respuesta concreta.

Al actuar con integridad, las personas se comprometen a actuar con un enfoque moral; una buena actuación moral sostenida en el tiempo es lo que distingue un comportamiento íntegro de uno que no lo es. En ese sentido, el derecho como integridad requiere un comportamiento moral sostenido en el tiempo, lo cual implica un compromiso con lo moralmente valioso, no un compromiso con una decisión que, aunque haya sido acertada alguna vez, resulte moralmente reprochable en el presente. La integridad no exige repetir los mismos errores. Esto significa que la integridad es compatible con la continua revisión de las creencias y los comportamientos.⁷³

⁷³ Hershovitz, *op. cit.*, pp. 114-115. Scott Hershovitz explica que anular y distinguir precedentes conserva el mismo compromiso con la integridad como la práctica de seguirlos, pues tanto como decir “reconocemos que nuestras decisiones previas son relevantes al decidir lo que debemos hacer ahora, pero por esas mismas razones no vamos a seguirlas ahora.” Un tribunal no comprometido con la integridad tampoco sentiría la necesidad de anular o distinguir precedentes, por esto es por lo que todas estas prácticas son parte de la persecución de la integridad en la administración de justicia. *Ibidem.*, pp. 116-117.

En ese sentido es deseable que los tribunales actúen con integridad y el precedente promueve este tipo de integridad en la toma de decisiones judiciales.⁷⁴ Este tipo de compromiso respalda la práctica del precedente flexible,⁷⁵ ya que el tribunal en su compromiso con la integridad busca respetar las decisiones institucionales moralmente valiosas y atenerse a ellas, busca ser moralmente coherente consigo mismo al respetar y reproducir sus propias resoluciones, así como también es coherente al respetar y reproducir las resoluciones de otros tribunales semejantes que han resuelto antes casos semejantes en términos de integridad.

2. LA FUERZA GRAVITACIONAL

Los precedentes presentan la particularidad de que no están formulados de manera canónica o no contienen proposiciones específicas de la misma forma que las leyes, por esta razón, se dice, el precedente no puede ser tratado como la legislación porque ésta última, por muy vaga o general que sea, está redactada mediante formulaciones concretas, mismas que establecen los límites de las decisiones políticas. Esto conduce a una particularidad del precedente que radica en que su fuerza no está limitada por los términos lingüísticos en los que está redactada, sino que ejerce una fuerza gravitacional en decisiones posteriores aun cuando el caso posterior quede fuera de su órbita particular.⁷⁶

En general, los tribunales concuerdan en que las decisiones pasadas contribuyen a la formación de nuevas decisiones y que tales

⁷⁴ *Ibidem.*, p. 116.

⁷⁵ Recordemos que la *doctrina flexible* del precedente requiere que el juez les asigne algún peso a las decisiones pasadas sobre el mismo tema; éstas incluyen tribunales del mismo nivel o tribunales en otros estados o países. Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 24-25.

⁷⁶ Dworkin, "Hard Cases", *cit.*, p. 1087-1089; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 110-111.

decisiones pasadas tienen una fuerza gravitacional sobre los casos futuros, pero no están de acuerdo —señala Dworkin— acerca de qué tanta fuerza posee tales decisiones, cómo debe interpretarse una regla o principio, si lo que se cita es realmente una regla o principio o incluso acerca de cuál es la regla o principio que estableció el precedente.⁷⁷

Por ello, al definir la fuerza de un precedente particular, el juez debe tomar en cuenta los argumentos de principio que justifican ese precedente. La fuerza del precedente depende de los argumentos de principio que lo sustentan, entonces un precedente particular está justificado cuando recomienda un resultado concreto y dicho resultado debe alcanzarse en casos posteriores siempre que no se haya revocado.⁷⁸

El precedente —en términos de la teoría interpretativista del derecho— no posee una fuerza propia inherente a su carácter particular, la fuerza del precedente es asignada o decidida por el juez de aplicación como se advierte en el pasaje que señala “... Hércules, cuando define la fuerza gravitacional de un precedente particular, debe tomar en cuenta solo los argumentos de principio que justifican ese precedente.”⁷⁹

La teoría propone que este esquema de acción es el que opera en el razonamiento judicial, de modo que es un esquema que se aplica en la toma de decisiones judiciales de manera ordinaria y en todos los casos. Esto significa que tanto legislación como precedentes tienen siempre un carácter “provisional” en el razonamiento práctico y como tales no tienen una fuerza preestablecida, sino que están sujetos a interpretación permanentemente. De ahí que el juez de aplicación sea quien defina la fuerza gravitacional del precedente

⁷⁷ *Ibidem.*, p. 112.

⁷⁸ Dworkin, “Hard Cases”, *cit.*, pp. 1092-1093; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 115.

⁷⁹ *Idem.*

que desea aplicar.⁸⁰

El planteamiento, sin embargo, responde a una razón de fondo interesante: no justificar un principio que requiera a los tribunales cometer los mismos errores una y otra vez, lo cual no tiene sentido ya que incluso en circunstancias ordinarias las personas buscamos enmendar nuestros errores y no repetirlos.⁸¹ Recordemos que lo valioso de seguir precedentes es que éstos hayan sido resueltos por principios morales,⁸² que serán los que sustenten en el caso presente la resolución judicial.

La virtud de atender a los principios que sustentan el precedente es la posibilidad de extenderlos a otros asuntos y que puedan cubrir un amplio espectro de casos. Esta posibilidad se ve favorecida con la actitud interpretativa porque recordemos que cada caso a resolver requiere el ejercicio interpretativo del tribunal de aplicación, de esta manera, los principios contenidos en el precedente serán reinterpretados⁸³ y ajustados a la aplicación presente.

Esta forma de proceder está directamente relacionada con la integridad y la coherencia. El precedente es el instrumento que promueve la integridad, se puede decir que es la justificación o propósito al que sirve. La actuación de los tribunales de conducirse y resolver con base en principios morales en los casos presentes es resultado del compromiso de integridad que mantienen porque toman en cuenta los principios morales que otros tribunales o ellos mismos han sostenido previamente y saben que ese compromiso redundará también en los casos futuros.

⁸⁰ David Pannick ofrece una crítica al papel del precedente en el derecho como integridad y la fuerza gravitacional al señalar que los tribunales deben considerar los precedentes, no porque contengan la decisión correcta, sino a pesar de que pueda ser legalmente incorrecta. Pannick, David, "A Note on Dworkin and Precedent", *Modern Law Review*, Vol. 43, No. 1, January 1980, pp. 37-38.

⁸¹ Hershovitz, *op. cit.*, p. 103.

⁸² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 84, 90, 97.

⁸³ Véase Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 59-60.

Cuando los tribunales recurren a un precedente, confían en los principios que fundamentan la decisión en el precedente, de esta forma se favorece la coherencia moral del derecho al resolver de forma correcta con base en principios que han probado ser correctos en el pasado. Al acudir al precedente se refuerza una justificación concreta con base en principios, y la sentencia de hoy es coherente con el derecho y la historia institucional, pues recordemos que el derecho no es un departamento separado de la moral.

El precedente permite materializar el ideal de la integridad al mostrar los derechos y obligaciones de los ciudadanos como el producto de un solo autor, permite expresar una concepción coherente de justicia y equidad⁸⁴ siempre que se aplican los mismos estándares a los casos nuevos. Actuar con integridad implica reconocer que lo que uno ha hecho en el pasado es relevante para lo que uno debe hacer en el presente.⁸⁵

La labor del juez consiste no sólo en descubrir los principios que se ajusten al precedente particular que se invoca sino aquellos que se ajusten a todas las demás decisiones judiciales dentro de su jurisdicción, así como a la legislación. Ese esquema de principios proporciona una justificación coherente para todos los precedentes.⁸⁶ La historia institucional juega un papel central en la explicación del precedente.⁸⁷

Es importante notar que los argumentos de decisiones previas en los que se basa el juez para tomar su decisión tienen un peso inicial en su esquema de justificación cuyo objeto es satisfacer la

⁸⁴ Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 225.

⁸⁵ Hershovitz, *op. cit.*, p. 114.

⁸⁶ Dworkin, "Hard Cases", cit., pp. 1093-1094; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 116.

⁸⁷ *Ibidem.*, p. 89. Stavropoulos, Nicos, "Legal Interpretivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>>. Consultado el 5 de junio de 2020.

noción de que el gobierno debe otorgar a todas las personas los derechos reconocidos para algunos. Tal argumento de equidad que implica tratar casos semejantes de la misma manera tiene fuerza en su aplicación futura y no hacia el pasado para permitir a otros exigir derechos ya reconocidos en casos previos. La consistencia por sí misma requiere que la justificación emplee principios y razonamientos plausibles, no arbitrarios para contar realmente como una justificación.⁸⁸

La posibilidad de que haya malos precedentes recuerda que el argumento de equidad que demanda consistencia en el tratamiento de casos no es el único al que los jueces deben responder pues existe la posibilidad que haya leyes o decisiones judiciales altamente rechazadas y por tanto vulnerables. Cuando este sea el caso y el juez considere que la ley o decisión es injusta, la creencia del juez es suficiente para distinguirla.⁸⁹ La posibilidad de cambio, no es, sin embargo, incompatible con la integridad.

Este planteamiento general en torno al precedente revela que la consistencia en el marco del derecho como integridad implica no sólo la aplicación de la solución anunciada, sino de manera particular, la búsqueda de afinidad con el principio que sustenta el precedente en sede judicial.⁹⁰ Como se aprecia, al recurrir a precedentes se busca que la solución al caso presente sea coherente con los principios morales que sustentaron la sentencia en el caso pasado.

Resulta patente pues, que la actuación judicial y la aplicación del precedente hace uso de la actitud interpretativa de manera permanente, recurre al criterio de ajuste y justificación en la búsqueda de las respuestas a los casos concretos. Parece pues, que tales criterios funcionan en dos partes, primero con el criterio de ajuste se identifica el conjunto de normas jurídicas que se ajustan

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 118-119.

⁸⁹ Dworkin, "Hard Cases", *cit.*, p. 1100; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 122.

⁹⁰ *Ibidem.*, p. 88.

a la historia institucional existente para después en un segundo paso, con el criterio de justificación, asignar los principios que proporcionen una mejor justificación a esa historia institucional. La historia institucional —se observa—está compuesta por todo tipo de material jurídico como medidas legales, legislación y decisiones judiciales.⁹¹

Para aclarar cómo se interrelacionan todos estos elementos en el razonamiento judicial, Dworkin propone comparar la interpretación creativa con el crítico literario, empleando un género artificial de literatura llamado la “novela en cadena”. En este género, los jueces, igual que los críticos literarios, agregan su contribución a la tradición que interpretan, lo cual será parte del material que revise el juez del futuro.⁹²

La novela en cadena se construye por un grupo de novelistas que está encargado de escribir una novela en serie, para lo cual cada novelista tiene la tarea de interpretar el capítulo de la novela que le es entregado, a fin de escribir el siguiente capítulo que será agregado a la serie y entregado al siguiente novelista. Esta labor pretende reflejar la complejidad de resolver casos difíciles en el derecho como integridad.

Aunque se trata de diferentes novelistas, todos tienen la misión de interpretar y escribir su propio capítulo lo mejor que puedan, tomando muy en serio la continuidad de la historia, de modo que reflejen una sola novela unificada, a tal grado que la novela parezca el trabajo de un solo autor. La labor requiere adoptar un enfoque o alguna teoría acerca de los personajes, la trama, el género o el punto de la novela para decidir qué cuenta como continuación de la misma historia y qué no.⁹³

⁹¹ Solum, Lawrence B., “The Unity of Interpretation”, *Boston University Law Review*, Vol. 90, No. 2, April 2010, pp. 553-555.

⁹² Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, p. 229.

⁹³ *Ibidem.*, pp. 220-230.

Al respecto —advierte Stephen Guest— el segundo autor y los subsecuentes autores tendrán ciertas limitaciones en torno al tipo de ajustes y la forma en la que pueden continuar la novela, aun cuando los cambios de dirección en la historia son posibles. En ese sentido, no cabría en términos de coherencia, la posibilidad de que el personaje central de la historia fuera llamado por otro nombre en el segundo capítulo, ni tampoco que la historia cambiara de trama drásticamente o que la historia cambiara de idioma dentro de la propia novela. Aunque la dimensión de ajuste de la interpretación está abierta también a interpretación, hay cierta información básica mínima que el segundo y subsecuentes autores deben satisfacer para actuar con integridad.⁹⁴

Así como cada autor, cada juez del sistema jurídico deberá satisfacer las dos dimensiones en su interpretación: la dimensión de ajuste y la dimensión de justificación. En la dimensión de ajuste el juez —que emplea la actitud interpretativa— ha de asegurarse de que su interpretación fluye con los materiales jurídicos que conforman la historia institucional que le es presentada y de que su interpretación —el propósito que le asigna— tiene poder explicativo, que cubre y se ajusta a la mayor parte de los aspectos estructurales de la historia institucional.

En caso de que hubiera más de una interpretación que se ajuste al texto, tiene lugar la segunda dimensión de justificación, que le indica al juez cuál de las dos interpretaciones es la mejor. Ambas dimensiones se complementan mutuamente para llegar a la respuesta que mejor refleja la integridad del derecho.⁹⁵ Debemos tener presente que el juez busca encontrar no sólo una respuesta al problema planteado sino la mejor respuesta posible.

El relato de la novela en serie tiene una gran complejidad y es valiosa en la medida en que captura la importancia del precedente

⁹⁴ Guest, *op. cit.*, p. 85.

⁹⁵ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 230-231.

en una dimensión temporal, lo cual logra con la asociación directa con la autoridad del derecho. La propuesta de la novela en serie explica con gran detalle los diferentes elementos que tienen lugar en la práctica del precedente, así como la forma en la que el precedente hace las veces de eslabón entre pasado y futuro de manera permanente. El precedente como promotor de la integridad funciona enlazando continuamente la historia institucional a los requerimientos presentes y señala de ese modo el curso futuro que habrán de tomar los derechos y obligaciones concretos.⁹⁶

Hay, sin embargo, preguntas importantes relacionadas con la delimitación del precedente desde el interpretativismo. Si bien, no es mi propósito desarrollar a detalle estas objeciones, interesa delinearlas en el marco de la propia teoría para los debates futuros.

En el planteamiento relacionado con los principios, Dworkin advierte la posibilidad de que la integridad entre en conflicto con la justicia o la equidad. De primer momento, esto no representa un problema para la teoría misma, ya que el principio de integridad en la administración de justicia no es absoluto en relación con lo que los jueces deben hacer, solo es decisivo sobre lo que deben reconocer como derecho. El principio de integridad no tiene la última palabra sobre cómo usar el poder coercitivo del Estado sino la primera.⁹⁷

No obstante, al asumir que los precedentes no tienen una forma canónica se establece que el precedente no es una regla sino un principio abierto y sujeto a interpretación, lo cual plantea nuevas preguntas que vale la pena explorar. Si entendemos que lo que

⁹⁶ A este fenómeno se refirió Gerald Postema cuando designó al dios romano Jano como el patrón del razonamiento jurídico con precedentes debido a la peculiar característica que posee este razonamiento de ubicarse en el umbral entre pasado y futuro y buscar integrar ambos momentos en una comprensión normativa plena. Esto, señala, ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos que cuentan con una buena cantidad de material jurídico constitutivo de precedentes o parecido al precedente vinculado con los casos particulares en la decisión judicial. Postema, Gerald, "Melody and Law's Mindfulness of Time", *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 2, June 2004, p. 214.

⁹⁷ Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 188, 218.

establecen los jueces investidos de autoridad en los precedentes son principios (y no reglas) entonces es posible afirmar que, en cada nuevo caso, el juez de aplicación deberá interpretar y reinterpretar la resolución judicial infinitamente, lo cual indica que el precedente como material jurídico normativo no hace una diferencia en el razonamiento práctico y por lo tanto, no tiene ninguna característica especial o distintiva.

Este enfoque sugiere que los tribunales de aplicación pueden —y deben— volver a poner a balance el precedente por lo que cabe preguntar ¿qué sentido tiene entonces el precedente si es considerado como principio en sí mismo? Recordemos que los principios no proporcionan respuestas, sino orientación acerca de la dirección de una decisión. Esta forma de concebir la práctica cuestiona el papel de los precedentes en los sistemas jurídicos en virtud de que, al tratarlos como principios, se desdibuja su papel en el razonamiento judicial, pues no aportarían nada distinto a lo que aportan los principios en sí mismos. Esto es, no habría diferencia alguna entre los precedentes y el recurso al razonamiento moral (todos los elementos considerados),⁹⁸ con lo cual, podríamos prescindir del primero.

Si asumimos que cada caso requiere reinterpretación permanente del precedente, entonces aceptamos que no es posible contar con material jurídico suficientemente estable para trabajar; aún más, el peso que se le asigna al precedente es el mismo peso que el de cualquier otro elemento en el razonamiento, lo cual nos lleva a cuestionar la noción misma de precedente. A la luz de teorías competitivas, el precedente estaría llamado a hacer una diferencia en el razonamiento práctico de los tribunales para lo cual debe operar como un ejemplo autoritativo.⁹⁹

⁹⁸ Alexander y Sherwin, *op. cit.*, pp. 134-136.

⁹⁹ He reflexionado sobre la calidad de ejemplaridad de los precedentes con mayor detalle en Gómora-Juárez, Sandra, “La ejemplaridad y proyección del precedente”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 12, 2018.

En otras palabras, la consecuencia que se sigue de afirmar que los precedentes son principios es que, al tratarlos de ese modo, la solución que el tribunal autoritativo estableció en el precedente no tiene la capacidad de zanjar el balance de razones para actuar en el caso particular, sino que se agrega a las demás razones que se tienen. Esta caracterización parece sugerir que el precedente no hace ninguna diferencia en el razonamiento práctico de los tribunales de aplicación (y otros sujetos a su autoridad) la cual no parece una explicación adecuada de la práctica.¹⁰⁰

3. ACUERDOS PRE-INTERPRETATIVOS

La forma en que entendemos conceptos e instituciones es relevante como base de las explicaciones teóricas, incluso el interpretativismo reconoce que toma en cuenta el punto de vista interno¹⁰¹ de los participantes, por este motivo cabe preguntarnos ¿cuál sería el sentido de emplear el punto de vista interno si no le damos prioridad a la forma en la que los participantes se entienden a sí mismos?

De acuerdo con el interpretativismo dworkiniano, al incorporarnos a la historia de una práctica interpretativa, nuestra cultura nos presenta ciertas instituciones jurídicas como parte de un sistema,¹⁰² por ello resulta lógico pensar que el intérprete ha de comenzar su labor con la comprensión compartida y el uso que se hace de los conceptos en el momento de su incursión a la historia de la práctica interpretativa. El intérprete no se incorpora a la práctica interpretativa inventando significados a voluntad.

En ese sentido, no podemos negar que compartimos una comprensión acerca del uso de nuestros conceptos —tan general o inconsciente como se quiera— porque hacerlo implicaría negar un

¹⁰⁰ Gómora-Juárez, Sandra, *El concepto de precedente*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 130-131.

¹⁰¹ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 14-15.

¹⁰² *Ibidem.*, p. 91.

presupuesto fundamental de la actitud interpretativa, esto es, que los miembros de la comunidad comparten las mismas asunciones acerca de lo que cuenta como parte de la práctica.¹⁰³

La ausencia de estas asunciones compartidas haría imposible explicar las prácticas jurídicas, incluso desde el interpretativismo pues éste asume que en la etapa pre-interpretativa los miembros de la comunidad comparten una idea de qué cuenta como parte de la práctica, es decir cómo entendemos y usamos nuestros conceptos, aun cuando en etapas posteriores se entiendan de forma distinta. Negar esta posibilidad es negar la posibilidad de acuerdo en la etapa pre-interpretativa tal como se planteó que sucede, de manera que la idea de la comprensión compartida del uso de nuestros conceptos no es un elemento que podamos eliminar debido a que la teoría interpretativa del derecho depende —como otras teorías— de aceptar el punto de vista interno junto con la aceptación del uso y comprensión compartida de nuestros conceptos.

Ahora bien, debemos recordar que en el planteamiento que sugiere el derecho como integridad, la etapa pre-interpretativa —en donde tienen lugar los acuerdos pre-interpretativos— sólo es el punto de partida en el proceso interpretativo. Por una parte, los miembros de la comunidad comparten un sentido pre-interpretativo de la práctica, aunque sea general acerca de lo que contiene y de lo que no contiene la práctica, por ejemplo para “distinguir concepciones de justicia que rechazamos, o incluso deploramos, de aquellas concepciones que ni siquiera incluiríamos como concepciones de justicia aun si se nos presentaran bajo ese título.”¹⁰⁴ Mientras que, por otra parte, este enfoque nos indica que se requiere interpretación aun en la etapa pre-interpretativa ya que los límites de la práctica ni siquiera en esta etapa son seguros o precisos.

¹⁰³ *Ibidem.*, p. 67.

¹⁰⁴ Traducción propia, *Ibidem.*, p. 75.

Esto significa que los acuerdos pre-interpretativos como punto de partida se consideran solamente para poder reexaminarlos. Así, los contenidos de esos acuerdos no son seguros ni permanentes sino provisionales y cambiantes ya que con cada aplicación del material jurídico se requiere el reinicio del proceso interpretativo con sus etapas. El acuerdo pre-interpretativo en un caso concreto servirá solamente como un medio de identificación del material con el cual trabajar, que está siempre sujeto a transformaciones y adecuaciones caso a caso.

Lawrence Solum asocia directamente este elemento con la dimensión de ajuste en la interpretación al señalar que la dimensión de ajuste sirve para mostrarnos el material o aquello que va a justificarse. Esta dimensión permite trabajar con nociones y materiales existentes y no con inventos, pero esos materiales identificados tienen siempre un carácter provisional que cambiará al pasar por el proceso interpretativo que arrojará un resultado, el cual, a su vez, será tomado como el contenido del acuerdo pre-interpretativo de una nueva interpretación y así sucesivamente.¹⁰⁵

En otras palabras, en los conceptos interpretativos, el argumento está acabado por el momento (aunque no finalizado) y así también el acuerdo que puede considerarse como establecido para los propósitos de argumentos adicionales, lo cual puede confrontarse nuevamente con otras interpretaciones.¹⁰⁶

La concepción compartida del uso de nuestros conceptos es la materia prima con la que trabaja un tribunal que sienta un nuevo precedente, ya que como un participante que construye la novela en serie, necesariamente toma en consideración el material que existe, en el cual se basa para hacer su aportación y continuar la historia; ese material jurídico contiene conceptos que usamos de una manera compartida y que entendemos de cierta forma aún antes de

¹⁰⁵ Solum, *op. cit.*, p. 555.

¹⁰⁶ Guest, *op. cit.*, p. 86.

interpretar, el juez trabaja a partir de ellos y los transforma, por eso no es posible negar que compartimos cierto acuerdo provisional acerca del uso de nuestros conceptos.

4. LOS PARADIGMAS Y EL PRECEDENTE

La reflexión previa nos conduce a examinar el papel del paradigma para el precedente. El paradigma es prueba, no de la incompatibilidad del interpretativismo jurídico hacia la comprensión compartida de los conceptos sino de un compromiso hacia el uso compartido de los conceptos, aunque con matices propios. En la comprensión tradicional, los paradigmas son, en buena medida, la materialización del uso compartido de los conceptos e implican la aceptación de significados suficientemente claros como para usarlos de manera estandarizada en el derecho.¹⁰⁷

Es importante observar, sin embargo, que la comprensión tradicional del paradigma —usado por Hart, por ejemplo— no es la misma que emplea Dworkin en el marco de su teoría. El paradigma en la interpretación del derecho hartiana tiene sentido en relación con los casos centrales del derecho que sirven como los ejemplos centrales del concepto, cuya extensión se puede ir determinando por ciertos ejemplares que guardan semejanzas (casos periféricos) con los casos centrales o paradigmáticos.¹⁰⁸

En esta explicación es de suma utilidad el ejemplo empleado por Hart sobre la regla que prohíbe vehículos en el parque. En este ejemplo se muestra que habría un acuerdo generalizado sobre la idea de que un automóvil es un caso central o paradigmático del concepto de vehículo, lo cual revela que compartimos, de una manera relativamente estable, el uso de ciertos conceptos.

¹⁰⁷ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 72, 89, 92.

¹⁰⁸ Endicott, Timothy, “Herbert Hart and the Semantic Sting”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 42.

No obstante, en la teoría dworkiniana el paradigma tiene una dimensión distinta. Los paradigmas cuentan como parte del material como el que se trabaja en la etapa pre-interpretativa, son parte del acuerdo que se tiene, tan es así que ninguna interpretación podría prescindir de ellos, lo cual por cierto no los hace inmunes, seguros ni los exenta del proceso interpretativo regular. En ese sentido, los paradigmas como formas tentativas de explicación son permanentemente reexaminados e interpretados.

Podemos asumir, sin embargo, que los paradigmas como parte de los acuerdos pre-interpretativos con los que se trabaja en el proceso interpretativo son fácilmente identificables a través de las fuentes sociales del derecho, aunque Dworkin ha señalado que aun en esta etapa es necesaria la interpretación, es dable pensar que la identificación del contenido tentativo de la práctica puede lograrse de manera directa sin requerir, a su vez de interpretación.

En ese sentido, la actividad en la etapa pre-interpretativa es describir el contenido de la regla en torno a la cual existe consenso. La diferencia entre la descripción y la interpretación en esta etapa radica en el nivel de aceptación o consenso de opinión. Los paradigmas para Dworkin son comprensiones estandarizadas del derecho relativamente no controvertidas, es decir que gozan de una amplia aceptación.¹⁰⁹

Así, mientras que Hart ve en el uso de un concepto la aplicación indiscutible de un caso paradigmático, para Dworkin no existe tal conexión pues su teoría niega que las palabras por sí mismas tenga alguna aplicación independiente de la interpretación constructiva, de modo que cada cuestión de aplicación de un concepto abstracto es una cuestión interpretativa que no se conoce con anticipación.¹¹⁰

Ahora bien, en el marco del derecho como integridad surgen preguntas interesantes que debemos plantearnos como: ¿Cuál

¹⁰⁹ Guest, *op. cit.*, pp. 66-67.

¹¹⁰ Endicott, "Herbert Hart and the Semantic Sting", *cit.*, p. 49.

es la relación del paradigma con el precedente? y ¿cuáles son las implicaciones del paradigma para el precedente?

Como se ha explicado, los paradigmas afianzan ciertas interpretaciones de manera temporal,¹¹¹ ya que los paradigmas son en sí mismos conclusiones interpretativas sobre el contenido tentativo de los conceptos, es decir, son el resultado de un proceso interpretativo previo. El paradigma como conclusión interpretativa, afianza una justificación particular por sobre otras en relación con una práctica. Cuando los tribunales recurren al precedente, confían en la conclusión interpretativa que contiene una justificación particular (paradigma) asignada a una práctica que se interpreta en sede judicial y que se ha empleado consistentemente en el pasado hasta ese momento.

Esto no significa que el juez de aplicación omita su análisis al emplear precedentes ya que, en todos los casos, los tribunales emplean el proceso interpretativo con sus etapas para generar sus sentencias y solo después de aplicar las etapas interpretativas se reafirma la aceptación y se fortalece el consenso en torno al paradigma. Lo que sucede es que, al tratarse de conclusiones interpretativas sostenidas en el tiempo, es muy probable que la nueva interpretación del precedente que realice el tribunal de aplicación, arroje un resultado en el mismo sentido que las sentencias previas en tanto los principios de fondo sigan justificando la práctica que se interpreta.

La estabilidad relativa del paradigma contenido en y mantenido por el precedente indica que una conclusión interpretativa permanecerá intacta y será reproducida consistentemente por los tribunales mientras los principios que justificaron la práctica en la sentencia de origen sigan justificando la práctica en los casos subsecuentes. Mientras esto sea así, no hay razón para que los tribunales modifiquen o inapliquen el precedente. Mientras al pasar por el proceso interpretativo, los mismos principios morales sigan

¹¹¹ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 72, 89, 92.

brindando la mejor justificación de la práctica que se interpreta, los tribunales seguirán resolviendo con base en precedentes.

Como se ha visto, la labor interpretativa de los jueces les requiere satisfacer la dimensión de ajuste que consiste precisamente en identificar el material jurídico que constituye la historia institucional de la práctica, ya que su interpretación debe partir de y ajustarse a dicho material. La etapa pre-interpretativa se corresponde con la dimensión de ajuste precisamente porque es en esta etapa donde se reconoce el material que se habrá de justificar, de esta manera, la interpretación que se ofrezca será una interpretación de la práctica que existe y que es reconocida en la historia institucional y no la invención de otra práctica.

En ese sentido, se puede decir que la etapa interpretativa se corresponde con la dimensión de justificación porque en esta etapa se asigna valor a la práctica y se asignan los principios que la justifican de mejor forma. Generalmente, si los principios que mejor justifican la práctica son aquellos reiterados y afianzados por el precedente, la sentencia contará como una más en esa línea. En caso contrario, la dimensión de justificación permitirá identificar cuáles son los principios que mejor justifican la práctica en el momento actual; esto significa que el paradigma afianzado por el precedente ya no proporciona más la mejor justificación de la práctica como lo hizo en el pasado y durante algún tiempo, significa que los principios que sostenían una conclusión interpretativa reiterada ya no son los que brindan la mejor justificación sino que son nuevos principios los que brindan la mejor justificación y por ello, como producto de una nueva interpretación, el antiguo paradigma cae en desuso ante la entrada de un nuevo paradigma.

Este fenómeno provoca a su vez, el desuso de los precedentes que promovieron el antiguo paradigma pues la transformación interpretativa que se experimentó introdujo un cambio de paradigma que brindará a futuro una nueva justificación que a su vez será afianzada a través del precedente y la subsecuente reiteración

en sede judicial, todo ello para volver a iniciar un nuevo ciclo de estabilidad provisional.

El ciclo de vida de los paradigmas, su uso y desuso se asocia con el precedente ya que éste tiene la virtud de funcionar tanto como un eslabón como un vehículo de cambio en el derecho como integridad. Como eslabón, el precedente promueve la coherencia de principios en el derecho con el uso y reiteración de conclusiones interpretativas (paradigmas). Como vehículo de cambio, cuando así lo demanda una nueva interpretación y se transita hacia un nuevo paradigma, la transformación y modificación está asociada con el pasado, existe una retroalimentación permanente entre la forma que tuvieron las prácticas jurídicas en el pasado, la forma que tienen actualmente y la forma que tendrán.

El derecho como integridad, a la manera de la novela en serie, permanece en la búsqueda permanente de coherencia interna del derecho, de proporcionar respuestas que cuenten una sola historia unificada de la práctica jurídica con sus transformaciones, de tal manera que se advierta como una continuidad en la práctica y no como una ruptura. El precedente facilita las transiciones en esa historia, como eslabones que unen las diferentes etapas que caracterizan la práctica.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES Y NUEVAS PREGUNTAS

Como lo propusimos, a lo largo de este trabajo identificamos y elaboramos una reconstrucción de los componentes implícitos y explícitos de la concepción del precedente judicial desde el interpretativismo jurídico de Ronald Dworkin para dar sustancia a la definición provisional que sugerí al inicio del texto, la cual cobra sentido una vez examinados sus componentes.

La concepción del precedente interpretativista, es para algunos autores, un ejemplar del modelo de principios, que categoriza las explicaciones teóricas que dan un tratamiento al precedente

no como reglas, sino como principios. Los modelos que se han sistematizado para dar cuenta del papel que juegan los precedentes en el razonamiento judicial buscan ofrecer una explicación satisfactoria o superior, y la concepción interpretativista ofrece un desarrollo robusto en ese sentido.

La teoría interpretativista de Ronald Dworkin es una postura alternativa muy importante y competitiva a la explicación dominante del concepto de precedente desde el modelo de reglas. El enfoque interpretativista en el concepto de precedente horizontal aporta elementos interesantes para comprender la forma en la que interactúan la historia institucional con el presente y el futuro de las prácticas, esto es, la integridad.

Ahora bien, el enfoque dworkiniano ofrece un tipo particular de explicación normativa que no sólo busca describir cómo es que tradicionalmente se concibe esta labor, sino que pretende indicar cómo debe ser la práctica del precedente y compromete a los tribunales a compromisos morales que den cuenta de la integridad del derecho que aplican.

Finalmente, como el ejemplo más distintivo de la explicación del precedente como modelo de principios, la concepción interpretativista aporta elementos valiosos para la discusión acerca de la mejor manera de entender el precedente judicial que se mantiene en constante evolución.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDER, Larry, “Los jueces como creadores de reglas”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 4, 2010.
- DEL REAL ALCALÁ, Juan Alberto, “La decisión judicial según los tipos de casos: *clear cases*, *borderline cases* y *pivotal cases*”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 394-395.

- _____, “The Controversies about Legal Indeterminacy and the Thesis of the ‘Norm as a Framework’ in Kelsen”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 2, Autumn-Winter 2013-2014, pp. 176, 178.
- DICKSON, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega Gómez, México, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 59-60.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, p. 22.
- _____, *Law’s Empire*, Cambridge, Mass., Belknap-Harvard University Press, 1986.
- _____, “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 1, 2004.
- ENDICOTT, Timothy, “Herbert Hart and the Semantic Sting”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 42.
- FLORES, Imer B., “The Legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules and One Right Answers”, consultado el 20 de octubre de 2020 en <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1454>
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?, en Marina Gascón Abellán y Álvaro Núñez Vaquero (coords.), *La construcción del precedente en el Civil Law*, Barcelona, Atelier. Libros jurídicos, 2020.

- GÓMORA-JUÁREZ, Sandra, “La ejemplaridad y proyección del precedente”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 12, 2018.
- _____, *El concepto de precedente*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- GUEST, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3rd ed., Stanford University Press, California, 2013.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2^a ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- HERSHOVITZ, Scott (ed.), “Integrity and Stare Decisis”, *Exploring Law’s Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, 2008, p. 114.
- HIMMA, Kenneth, “Trouble in Law’s Empire: Rethinking Dworkin’s Third Theory of Law”, Autumn, 2003, Vol. 23 No. 3, Oxford Journal of Legal Studies.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto M., FABRA ZAMORA, Jorge Luis y GUZMÁN BUELVAS, Carolina Esther, “Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York - 115 NY 506”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007/2008, p. 363.
- LAMOND, Grant, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Precedente en materia de hechos”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 31, núm.1, julio 2018, consultado el 5 de julio de 2020 en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502018000100051&lng=es&nrm=iso.
- PANNICK, David, “A Note on Dworkin and Precedent”, *Modern Law Review*, Vol. 43, Núm. 1, January 1980.

- POSTEMA, Gerald, “Melody and Law’s Mindfulness of Time”, *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 2, June 2004, p. 214.
- RAMÍREZ ANGUIANO, Diego, “Derecho, moral e interpretación: correlación entre la filosofía analítica de H. L. A. Hart, el pensamiento de Lon Fuller y Ronald Dworkin”. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 13, 2019.
- SODERO, Eduardo, “Sobre el cambio de los precedentes”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 39 (2016).
- SOLUM, Lawrence B., “The Unity of Interpretation”, *Boston University Law Review*, Vol. 90, No. 2, April 2010, pp. 553-555.
- STAVROPOULOS, Nicos, “Legal Interpretivism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>>.
- VEGA GÓMEZ, Juan, “La postura metodológica de Dworkin: lo interesante de la crítica”, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, Madrid, Dykinson, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014.

HACIA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA DESDE Y PARA LATINOAMÉRICA. MULTIDIMENSIONALIDAD, CLICHÉS, TENSIONES Y RUPTURAS¹

TOWARDS A THEORY OF JUSTICE FROM AND FOR LATIN AMERICA. MULTIDIMENSIONALITY, CLICHES, TENSENESSES AND DISRUPTIONS
WALTER M. ARELLANO TORRES²

RESUMEN: En este ensayo se abordan algunos de los principales tópicos del concepto de justicia diferentes ópticas epistémicas para dar cuenta de la aparente tridimensionalidad política-económica, filosófica (ética y moral) y jurídica. El objetivo central es dar pautas filosóficas-metodológicas para el posible diseño de una teoría de la justicia desde y para Latinoamérica.

PALABRAS CLAVE: *teorías de la justicia, crítica latinoamericana, derecho y justicia.*

ABSTRACT: This paper it's about some of the main topics of the concept of justice, different epistemic perspectives to account for the apparent three-dimensional political-economic, philosophical (ethical and moral) and legal. The central objective is to give philosophical-methodological guidelines for the possible design of a theory of justice from and for Latin America.

¹ Este ensayo es la versión *in extenso* de la ponencia “Hacia una teoría de la justicia desde y para Latinoamérica” dictada en el marco del ciclo de conferencias convocada por “Escola da magistratura do Paraná” y “Associação dos magistrados do Paraná” de Brasil el 30 de junio de 2020.

A mi padre, a la memoria de mi abuelo y a mi entrañable “hermano brasileño” Tiago Gagliano Pinto, todos brillantes juzgadores, investigadores y académicos a quienes admiro profundamente.

² Profesor de la Facultad de Derecho UNAM. <waltermarellano@derecho.unam.mx>. ORCID:

Fecha de recepción: 22 de julio de 2020: Fecha de aprobación: 19 de octubre de 2020.

KEYWORDS: *theories of justice, Latin American criticism, law and justice.*

SUMARIO: I. Introducción, II. Justicia: un problema vigente para en la teoría del derecho, III. Clichés y tensiones, IV. Tiempo de rupturas. Hacia una teoría y praxis de la justicia desde y para Latinoamérica, V. Reflexiones finales, VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

“Si son numerosas y graves, como es notorio, las disputas en torno al concepto del derecho, aún son mayores las dudas y las discusiones en torno al de la justicia”

-Georgio DEL VECCIO.

El tema de la justicia ha acompañado las discusiones filosóficas acerca del derecho, la economía, el poder y la sociedad desde tiempos inmemorables, muestra de ello es que, pesar de los fuertes relativismos culturales, jurídicos, morales y éticos que existen en torno al significado de la justicia, la palabra preexiste en casi cualquier civilización humana como un símbolo de equilibrio —no en balde suele ilustrarse con una balanza—, por ello, consideramos que, discutir la existencia de un orden jurídico supone una profunda reflexión acerca de “lo justo”.

En este breve ensayo problematizaremos acerca del concepto de justicia desde diferentes aristas epistémicas y con un enfoque amplio, que muestre el problema de la aparente tridimensionalidad para su discusión: la justicia en sentido político-económico, filosófico (ético y moral) y jurídico, siempre a la luz de los fenómenos sociales.

En ese orden de ideas, tenemos claro que la reflexión y discusión en torno a la justicia no es exclusiva de las voces de los abogados, no

en balde, Tom Campbell asegura que “la justicia es uno de esos términos morales y políticos centrales que reivindican su importancia universal y ocupan un lugar central en todas las teorías sociales y políticas”.³ Estamos ciertos en que no hay –ni debería haber– teoría jurídica, social, político-económica o filosófica (en lo tocante a lo moral y ético) que pueda desarrollarse plenamente sin abordar el tema de la justicia.

El objetivo central de este trabajo de investigación es el de meditar acerca del lugar de la teoría de la justicia en el estudio del derecho, y al mismo tiempo, buscamos dar pautas para el posible diseño de una teoría de la justicia desde y para Latinoamérica.

II. JUSTICIA: UN PROBLEMA VIGENTE EN TEORÍA JURÍDICA

Tal vez no se equivoca Paul Ricoeur cuando supone que nuestro primer acercamiento al derecho estuvo enmarcado por el grito: “¡Esto es injusto!”⁴, pues la palabra justicia es multifocal, es decir que puede verse desde distintas perspectivas, pero también es flexible, ya que se puede interponer como un vocablo justificador, legitimador y de denuncia – en algunos casos, todo ello, al mismo tiempo- y no requiere de una sapiencia técnica o un gran capital cultural para su empleo.

La palabra justicia puede ser empleada de manera indistinta por un niño como por un activista social o un filósofo y no es “dominio exclusivo” del lenguaje jurídico. Por esta razón, estamos plenamente convencidos de que para hablar de justicia no es necesario saber de derecho, pero para hablar de derecho es forzoso saber de justicia.

Entonces, partimos de la premisa de que “la justicia” no sólo es un problema filosófico del derecho que ocupa un lugar secundario

³ CAMPBELL, Tom, *La justicia. Principales debates contemporáneos*, trad. Silvana Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 13.

⁴ Cfr. RICOEUR, Paul, *Lo justo*, trad. Agustín Domingo, Sevilla, La Factoría ediciones, 2003, p.23.

en nuestra disciplina, sino que, en realidad, es el más grande de todos. No es casualidad que la discusión en torno a la justicia tiene que ser asumida como punto de encuentro entre los principales modelos epistemológico-jurídicos (iuspositivismo, iusrealismo, iusmarxismo e iusnaturalismo).

Así pues, consideramos que la justicia es un término siamés del derecho cuya separación podría suponer, su propia muerte; es imposible proscribir la palabra justicia del derecho, ya que estas dos nociones son correlativas, en otras palabras, no se puede entender el derecho sin la justicia ni la justicia sin el derecho.

Para evidenciar lo anterior, merece la pena preguntarse: ¿qué pasaría si se proscribiera la palabra “justicia” del discurso jurídico?, ¿sería esto posible?, la respuesta es que, si esto sucediera, el derecho perdería su legitimidad y fuerza “moral”, o incluso, dejaría de ser derecho para convertirse en un elemento auxiliar para habilitar el autoritarismo. Sin un mínimo de justicia el derecho se reduce a un instrumento político de dominación.

La palabra justicia tiene una fuerte carga legitimadora imprescindible, al menos discursivamente, en cualquier sistema jurídico, no es casualidad que los tribunales tengan que usarla para edificarse. Definitivamente, si la Suprema Corte de Justicia de la Nación simplemente se llamara “Suprema Corte de la Nación” o el Tribunal Superior de Justicia omitiera las palabras “de Justicia” perdería el elemento simbólico de “lo justo”, a pesar de que, en muchas ocasiones, no se “imparte justicia”, sino mera legalidad, esta última, no necesariamente está impregnada de las benevolencias de la justicia.

Independientemente de la orientación epistemológica que se asuma como preponderante, no se puede soslayar – mucho menos omitir – la discusión acerca de la justicia, que está presente dentro de cualquier discurso, idolología u ordenamiento jurídico. No tenemos conocimiento de ningún sistema jurídico que proscriba “lo justo” como una variable de importancia en la toma de sus discusiones.

A partir de lo anterior surgen las siguientes interrogantes: ¿Es la justicia el fin último del derecho?, ¿es un medio para el derecho?, ¿la justicia es el derecho?, o ¿la justicia es una condición para la existencia de derecho? Parecieran preguntas simples, pero ahí yace el núcleo del problema: si asumimos que la justicia es el fin último del derecho y llevamos al extremo esta idea, corremos el riesgo de vulnerar otro de los fines que se plantea nuestra disciplina, como lo es “la seguridad jurídica”, ya que la justicia podría relativizarse a tal grado de que las leyes quedarían en el olvido, causando incertidumbre a los ciudadanos acerca de la forma en que decide un juzgador; por otro lado, en ciertos casos, también podría ponerse en peligro el llamado “bien común” al ponderar “lo justo” en casos individuales que pudieran tener consecuencias negativas para la colectividad.

En palabras más técnicas, y de forma caricaturesca podemos ver una disputa ideológica-epistémica milenaria: para el iuspositivismo, lo primordial es garantizar la seguridad jurídica, antes que la justicia o el bien común; el iusrealismo, nos invita a priorizar “el bien común” antes que “la seguridad jurídica” o la justicia misma; finalmente, para el iusnaturalismo lo que debemos enaltecer es la justicia, no en vano, a los simpatizantes de estas corrientes se les conozca también como iusmoralistas.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que, la valoración del papel de la justicia está determinada por la ideología que se defiende. Si bien el iusfilósofo brasileño Miguel del Reale⁵ decía que para entender el derecho contemporáneo no podemos escapar del enfoque tridimensional que incluya aspectos como: el hecho, el valor y la norma, el problema prevalece cuando los fines del derecho chocan entre sí en una situación jurídica concreta, basta con preguntarse ¿qué sucede si “lo justo” se antepone a “la seguridad jurídica” o al “bien común”?

⁵ Véase, REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho*, trad. Ángeles Materos, Madrid, Tecnos, 1997.

Independientemente de cual fuera la respuesta, nótese una constante: ni siquiera bajo una concepción iusrealista se puede escapar de la discusión de la justicia, tampoco sucede así desde la perspectiva positivista donde se asume que el órgano legitimado para la elaboración del sistema normativo, particularmente, el legislador, pensará en términos de justicia al momento de hacer la redacción de leyes; de igual manera, los iusrealistas consideran que un bien común necesariamente está asociado a un clima de justicia social.

III. LA TRIDIMENSIONALIDAD DE LA JUSTICIA EN EL MARCO DE “LO SOCIAL”

Estamos totalmente ciertos que el tema de la justicia implica demasiada complejidad, en gran medida, por la carga ideológica que conlleva. No perdamos de vista que no solo debe ser estudiado desde la vertiente jurídica, pese a que las reflexiones vertidas pretendan ser empleadas en el ámbito del derecho. Según Tom Campbell la justicia adopta distintas indumentarias en diferentes ideologías políticas y éstas, a su vez, toman la noción de justicia de manera que se adecue con mayor facilidad a su aspecto preferido.⁶

Gran parte de ese embrollo es que la carga ideológica que versa sobre el tema de la justicia no sólo involucra posturas de carácter jurídico, sino que se conjunta con otras de carácter filosófico (ético y moral), jurídico y político-económico, siempre en el marco de “lo social”.

En muchas ocasiones no es fácil distinguir entre las perspectivas de la justicia a partir de las tres dimensiones antes señaladas (filosóficas, jurídicas y política-económica) pues no necesariamente tienen que estar empatadas ideológicamente en el tema de la justicia. Se esperaría que de la concepción moral haya una influencia en lo jurídico que, a su vez, debiera regular lo político-económico, pero

⁶ Cfr. CAMPBELL, Tom, *ob.cit.*, p. 18.

en nuestras sociedades contemporáneas diera la impresión que no hay paridad en ese sentido, pues parece existir un conflicto entre la percepción moral de la justicia, frente a la regulación legislativa y las decisiones económicas en la sociedad.

En el caso jurídico el tema de la moral cobra más notabilidad, ya que, en el fondo, lo que se discute es el vínculo, la proporcionalidad e influencia que tiene la moral en nuestra disciplina. Desde la perspectiva de Herbert Hart, la justicia ha de tener un tratamiento especial dentro del contexto de la discusión jurídica:

La justicia constituye un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual sino a las formas como son tratadas las clases de individuos. Es esto lo que da a la justicia su especial relevancia para la crítica del derecho (...) Pero los principios de justicia no agotan la idea de moral; y no toda la crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia.⁷

Bajo esa tesis, no todo el problema del derecho y la moral gira en torno al concepto justicia, pero sí representa el más recurrente, lo cual ha forjado grandes dificultades teóricas para los autores clásicos del iuspositivismo. Ante este panorama, pondremos especial atención en el pensamiento *kelseniano*, el cual, ejemplifica la visión positivista por antonomasia, pese a ello, Carlos Nino lo cataloga – paradójicamente- como un subjetivista cuando analiza el tema de la justicia:

Un buen ejemplo de una visión meta-ética subjetivista y, por lo tanto, relativista de la justicia es la de Hans Kelsen. Luego de señalar que las concepciones más conocidas de justicia –como la que consiste en dar a cada quien lo suyo, o la regla de oro de que no se debe hacer a otros lo que no se quiere que nos hagan a nosotros, o el imperativo categórico kantiano, que prescribe que debe obrarse

⁷ HART, Herbert, *El concepto del Derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 208.

de acuerdo a la máxima que uno desearía que se convirtiera en ley universal –son o bien vacuas o bien remiten al orden positivo.⁸

Nino no se equivoca en señalar de subjetivista a Kelsen, lo cual no coincide –evidentemente- con la categorización que se haría del citado autor austriaco en obras como “la Teoría Pura del Derecho” y otros manuscritos donde muestra una cara bastante diferente en cuanto a su posición epistémica; parece que el tema de la justicia es el talón de Aquiles de Kelsen y de muchos iuspositivistas. De la siguiente cita se puede probar ese “tufo” subjetivista y meta-ético del que habla Nino en el pensamiento kelseniano:

La justicia es, ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social. Sólo secundariamente, una virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo. Pero, ¿cuándo un orden es justo? Cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad. La aspiración de justicia es la eterna aspiración a la felicidad (...).⁹

No compartimos con las ideas de Hans Kelsen con respecto al soslayo de la justicia como una condición no necesaria en un orden social, ya que la falta de un mínimo de justicia puede desembocar en un malestar generalizado y en movimientos de ruptura del propio estado de derecho. Ningún orden social puede prescindir de un mínimo de justicia, aunque sea en el plano de lo discursivo. En pocas palabras Kelsen se encarga de reducir la justicia a una virtud, y por tanto, es un problema metafísico el cual no es armonizable del todo con su teoría pura del derecho, de ahí se desprende una de las grandes incógnitas: cómo se pasa de la justicia como virtud humana a factor –posible o no- del orden social, para ello dice Kelsen, que:

⁸ NINO, Carlos, “Justicia”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, t.I, 2a ed., Madrid, 2000, p. 469.

⁹ KELSEN, Hans, ¿Qué es la justicia?, trad. Ernesto Garzón, 15ª ed., México Fontamara, 2015, p. 9.

La idea de felicidad debe sufrir un cambio radical de significación para que la felicidad de la justicia pueda llegar a ser una categoría social. La metamorfosis que experimenta la felicidad individual y subjetiva al transformarse en la satisfacción de necesidades socialmente reconocidas, es igual a aquella que debe sufrir la idea de libertad para convertirse en principio social.¹⁰

En la cita anterior, se puede vislumbrar como la felicidad evoluciona a una categoría social por medio de necesidades socialmente reconocidas, lo cual supone un mínimo de justicia que debe tener cualquier orden social, de tal manera que, consideramos que hay una contradicción en el pensamiento *kelseniano* ya que la justicia es una condición necesaria para legitimar el propio sistema jurídico y político y, en ese orden de ideas, es insoslayable para el orden social.

El problema viene cuando damos cuenta de la relativización que hay cuando hablamos de la justicia, pues no olvidemos que, como ya habíamos señalado, es primordialmente, una apreciación moral, dice Emil Brunner: “cuando llamamos justo a algo, con esto queremos denotar que se trata de algo moralmente bueno. Algo moral, en tanto viene en cuestión la justicia, se da solamente allí donde opera la voluntad humana”.¹¹ Con base a esas premisas, ese mínimo de justicia debe de ser fruto de la moralidad predominante la cual se sustenta en el núcleo del sentido común y de la idiosincrasia.

La invitación, bajo ningún concepto es caer en reductivismos, por el contrario, es indispensable tener en cuenta que el concepto de justicia se llena de contenido en tanto otros valores. Al respecto dice Atienza:

Desde luego, en la tarea de evaluar el Derecho no hacemos intervenir únicamente la idea de justicia, sino también otras ideas –otros valores- como la libertad, la igualdad o la seguridad. Aquí vamos a

¹⁰ KELSEN, Hans, ob.cit., pp.14-15.

¹¹ BRUNNER, Emil, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. Luis Recaséns, México, UNAM, 1961, p.23.

partir de que la justicia sea el valor totalizador de los otros valores jurídicos; si se requiere, una forma económica de referirse a todas estas nociones que serían, a su vez, los principales componentes de la idea compleja de justicia.

La justicia no se puede entender de manera aislada, por el contrario, entre más valores haya cerca, más se puede fortalecer la idea de “lo justo”, verbigracia, si en una decisión judicial se desprenden aspectos como la igualdad, libertad, equidad o la seguridad jurídica, entonces podríamos calificarla como “justa”.

IV. LA JUSTICIA COMO VIVENCIA

Estamos plenamente convencidos de que la valoración de lo justo no puede ser totalmente certera si se hace fuera del contexto donde inicialmente fue realizada, de tal manera que “lo justo”, creemos, está subordinado a un espacio-tiempo determinado, la justicia y la injusticia son más que nociones académicas o legislativas, vivencias. En ese sentido, podemos estar parcialmente en concordancia con las ideas de Brunner, quien dice que:

La justicia es antes que nada una vivencia, es decir, un hecho de conciencia que consiste en vivir profunda e intensa, intelectual y afectivamente, una situación psíquica. Y es tan vigorosa la vivencia y se vive en una involucración tan totalizadora y personal que muchos quedan convencidos que la justicia no es más que eso: una reacción psíquica que tiene su última explicación en la fisiología del sistema nervioso humano y conforme al sistema endocrino.¹²

Si bien simpatizamos con la idea de que la justicia es una vivencia, la propuesta de Brunner no es suficiente para distinguir la justicia de otros hechos de conciencia. Además de una vivencia, la justicia es un constructo cultural y social que se manifiesta por

¹² VILLORO TORANZO, Miguel, *La justicia como vivencia*, México, Editorial Ius, 1979, p.17.

medio de la moral, pero que tiene su clímax en la materialización de las políticas económicas y legislaciones orientadas al bien común y a la seguridad jurídica de manera equitativa y proporcional, con miras a salvaguardar la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad en contra de cualquier abuso o daño injustificado/legitimado –al sujeto o a la sociedad–.

Es cierto que podemos hacer valoraciones acerca de la justicia en otros momentos históricos distintos a los nuestros, pero sin duda, siempre quedarán sesgos de relativismos culturales derivados de los cambios en la mentalidad que, naturalmente, se hacen al paso de las generaciones.

V. LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA Y SU LUGAR EN EL ESTUDIO DEL DERECHO

Existen un sinnúmero de teorías de la justicia que pueden ser de utilidad para la comprensión de ese tópico desde una multiplicidad de enfoques, pero el reto sustancial de todas ellas es, sin duda, pasar de una teoría de la justicia a una praxis. El reto sustancial de los juristas contemporáneos radica ya no sólo en la teorización del concepto sino en la implementación de éste de manera tangible en el mundo “real”.

Lo anterior, de ninguna manera, es una invitación al soslayo de los estudios teóricos enfocados a la justicia, por el contrario, es un llamado a reforzar -por parte de los doctrinarios- el ingenio y la creatividad para llevar a “la gente de a pie” sus ideas por medio de explicaciones sostenibles, entendibles y, sobre todo, posibles. Por otra parte, también les corresponde a los estudiosos aprender de las personas alejadas de las discusiones teóricas para poder determinar la idea de sentido común y la percepción de la justicia en la sociedad.

El peligro que se corre al no poder “aterrizar” o incorporar las exigencias y sentires del pueblo al aparato teórico de la academia ni las buenas intenciones de la legislación en términos de bienestar y justi-

cia es tan serio que pudiera tener como consecuencia la vulneración, credibilidad y legitimidad del derecho mismo en el ámbito social.

Los retos teóricos y prácticos en torno a la(s) teoría(s) de la justicia no es menor, pese a que brillantes filósofos desde la antigüedad, -Platón y Aristóteles por mencionar algunos- hasta los de nuestros días –por ejemplo, Ronald Dworkin o Bruce Ackerman- han hecho brillantes aportaciones, discusiones y reflexiones aún hay muchos obstáculos y problemas que siguen esperando a ser resueltos, especialmente, en Latinoamérica.

Es indispensable que dentro de los planes de estudio se dé a la teoría de la justicia un lugar preponderante y no simplemente se le asigne un lugar dentro del temario de asignaturas como filosofía del derecho o teoría del derecho. Hay que insistir en que se trata de un problema no menor en la epistemología jurídica, y por supuesto, en la práctica del derecho.

VI. CLICHÉS Y TENSIONES

Ya decíamos que el vocablo justicia puede ser empleado de manera indistinta por especialistas como por personas alejadas de cualquier conocimiento jurídico, filosófico o político-económico, esto se debe, en gran medida, a que esta noción tiene un lugar preponderante en el “sentido común” y en el imaginario social.

Cuando hablamos del sentido común, lo hacemos en términos del pensamiento de Antonio Gramsci, es decir, como una manifestación casi mitológica del mundo en la que no necesariamente se funda en una conexión entre causas y efectos cuya característica más notoria es la de ser una idea diseminada e incoherente a la posición social y a la cultural de las multitudes, la cual tiende a asociarse con un saber inmediato, vinculado a acontecimientos ocurridos en la vida cotidiana, y por tanto, a saberes mundanos alejados de la reflexión y la crítica.¹³

¹³ Cfr. GRAMSCI, Antonio, *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Buenos

Ante este panorama, hay varias creencias no justificadas, prejuicios y clichés que se han normalizado en las discusiones en torno a la justicia que hemos decidido exponer en el apartado denominado “clichés”. De igual manera, hemos problematizado con respecto a las “tensiones” con las que se enfrenta el discurso jurídico y la justicia frente a otras nociones afines o no tan afines.

1. CLICHÉS

Indubitablemente, los clichés están asociados a los prejuicios enraizados en lo más profundo del inconsciente colectivo, lo cual no es del todo negativo de acuerdo con Georg Gadamer quien defiende la idea de la existencia de prejuicios justificados y que pueden ser productivos para el conocimiento. El teórico alemán sostiene que hay prejuicios que son útiles, pues nos ayudan a desenmascarar la conciencia histórica moldeada al concernir a un grupo social en un contexto determinado cuya pertenencia está, en muchas ocasiones, ligada a una tradición, la cual puede estar conformada por una realidad histórica prejuiciada.¹⁴

Así pues, resulta necesario entender los prejuicios en torno a la justicia para poder distinguir los que no nos son útiles, y tomar los que sí para desentrañar el sentido de justicia existente en un espacio- tiempo determinados. En los siguientes párrafos analizaremos seis prejuicios o clichés presentes en el imaginario social que consideramos no son útiles para la formación de una teoría de la justicia.

Aires, Nueva Visión, 2003, p.11, en BRAVO, Nazareno, “Del sentido común a la filosofía de la praxis. Gramsci y la cultura popular”, en *Revista Filosófica*, No. 53, Argentina, 2006-2.

¹⁴ Cfr. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2001, p. 346.

A) LA JUSTICIA COMO UNIVERSALIDAD

El primer cliché que lo hemos denominado universalista, consiste en asumir que la justicia “está blindada” de relativismos culturales y tiende a aceptarse como un valor universal y, por tanto, lo que es justo en una latitud, lo es en todas, independientemente del tiempo-espacio.

Al tener la justicia una tridimensionalidad sustentada en la filosofía (moral y ética), el derecho y la política-económica, sería imposible pensar a partir de una totalidad universal aquellos problemas que en plano de lo pragmático obedecen a cada contexto. Sólo asumiendo un *iusnaturalismo* radical podríamos explicar a la justicia como un fenómeno universal e inmutable.

Consideramos que, al ser la justicia el producto de un constructo social y, por tanto, una noción que obedece a los vaivenes de su tiempo no se puede pensar con esta categoría universalista. La justicia en todas sus dimensiones está subordinada a los relativismos culturales.

B) LA JUSTICIA COMO RELATIVIZACIÓN ABSOLUTA

Del lado opuesto, y también como una postura extremista, hay quien señala que la justicia es un concepto eminentemente subjetivo, razón por la cual, su problematización es de antemano, una batalla teórica-práctica destinada a la esterilidad. Tampoco concordamos con esta idea, sin bien es cierto que la justicia está sujeta a los relativismos culturales e incluso a los conflictos ético-morales, no podemos difuminarla en la nebulosa de la mera subjetividad, ello implicaría asumir una actitud derrotista para enfrentar los retos en la materia. El relativismo radical es la forma más corta de llegar al escepticismo.

C) LA JUSTICIA COMO PRIVILEGIO DE CLASE

Derivado de la desigualdad y las deficiencias en materia de impartición de justicia en varios países de Latinoamérica se ha caído en el simplismo de asumir que la justicia es algo reservado para los sectores privilegiados que pueden acceder a los servicios de cuantiosos bufetes de abogados o, por otra parte, que la corrupción es tal que la gratuidad ha dejado de ser un principio en materia de impartición de justicia.

Este cliché está sustentado en la mala percepción que tiene la ciudadana respecto al actuar de quienes conforman parte de los juzgados y tribunales, la cual no necesariamente tiene que ver con su verdadero desempeño, ya que puede estar viciada por falsas apreciaciones de la realidad basadas en información tergiversada o parcial presentada en medios de comunicación, rumores o simplemente, desconocimiento del sistema jurídico.

Pese a lo expuesto, hay que reconocer que, efectivamente, hay algo de razón en ello, ya que los índices de impunidad y corrupción son alarmantes en países latinoamericanos, particularmente, en México. Ello no significa que la responsabilidad de las cifras caiga sobre los juzgadores, hay que tener en cuenta que, dentro de los procesos jurisdiccionales, particularmente, en aquellos que son de competencia penal, hay otras autoridades que tienen un papel predominante para poder llegar a una sentencia como el propio policía o la fiscalía.

Entonces, no podríamos simpatizar con este cliché, que en el fondo es una falacia de generalidad que se ha arraigado en el imaginario social. Efectivamente, hay muchos retos en la materia, pero no podríamos llegar a la deducción de que la justicia es un privilegio de clase, de lo contrario sería una generalización apresurada. No por ello, hay que dejar de observar los altos índices de impunidad y corrupción, así como los problemas de acceso a la justicia en nuestro contexto.

D) LA JUSTICIA COMO UTOPÍA

Desde tiempos milenarios se ha hablado de una justicia divina y una justicia humana, la primera siempre imaginada como exenta de errores y asimetrías, la segunda llena de imperfecciones y contradicciones.

No es una sorpresa que hasta la fecha haya un toque de misticidad cuando se habla de justicia en el imaginario social, ya que en América Latina hay millones de creyentes en distintas regiones: Perú y Colombia cuentan con una población de 82% de creyentes, Brasil con 70%, Argentina 72% y México al igual que Ecuador con 68%¹⁵

La justicia para la religión y las creencias espirituales es uno de los conceptos de mayor envergadura, ya que en éste se basa la implementación de sus dogmas de fe. La justicia divina suele ser mancomunada a la perfección ética y a las decisiones de seres divinos omnibondadosos, omnipotentes, omnipresentes y omnisapientes, y en tanto que el ser humano está notoriamente limitado y alejado de esas características, la función jurisdiccional humana está destinada, desde esta óptica, a la distopía, por lo que bajo la tesis de varias religiones no queda más que aguantar estoicamente los designios de la divinidad, aunque ello implique sufrir la injusticia en el plano terrenal.

Este cliché es especialmente peligroso, pues es un llamado abierto a la tolerancia de la injusticia en tanto hay una predisposición a ella al ser los seres humanos –y no los Dioses- quienes emiten las sentencias, lo cual, contraviene la idea de justicia como reivindicación de la que hablaremos más adelante.

Los iusnaturalistas más conservadores suelen recurrir a argumentos metafísicos –y no ontológicos- como “lo natural” que en

¹⁵ REDACCIÓN, Argentina, “¿Cuáles son los países más y menos religiosos del planeta?”, BBC Mundo, México, 13 de abril de 2015, https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2015/04/150413_ultnot_encuesta_gallup_paises_religiosos_egn

muchas ocasiones caen en lo místico, pues tienden a suplir la palabra “deidad” por la de “naturaleza” para justificar la idea de un “orden natural”. Pese a que el *iusnaturalismo teológico* ha quedado prácticamente en el olvido de las discusiones jurídicas contemporáneas, parece ser que la religiosidad sigue latente en el pensamiento *iusnaturalista* contemporáneo pues la forma en que suelen emplear la palabra “naturaleza” aún tiene sesgos celestiales que son tímidamente suplidos por otros que, sólo en apariencia, rompen con lo paradisiaco y espiritual.

E) LA JUSTICIA COMO LEGALIDAD Y LA INJUSTICIA COMO ILEGALIDAD

A fin de escapar de los grandes problemas iusfilosóficos que conlleva la reflexión en torno a la justicia, resulta ser una salida fácil reducirla a la legalidad o, en otras palabras, creer que lo justo necesariamente es lo legal o que lo ilegal necesariamente es injusto.

Claro que es necesario partir de la premisa en la que se establece que en los modelos democráticos tenemos legisladores de “buena fe” que tienen la insoslayable labor de pronunciarse en el marco de sus funciones a favor de la justicia, el bien común y la seguridad jurídica. El problema surge cuando hay un choque entre estos fines al momento de redactar leyes que exigen una solución a los problemas concretos de las naciones.

Otro claro problema subyace cuando se puede demostrar fehacientemente la pérdida de “la buena fe legislativa” en el momento en que algún grupo legislativo obedece a intereses ajenos a los fines antes planteados. Visto de otra manera, cuando los factores reales de poder se inmiscuyen en la tinta legislativa y rompen con sus propósitos sociales.¹⁶

Entonces, no todo lo legal es justo ni todo lo ilegal es injusto, es por ello, que pese a que partimos de la presunción de “buena fe

¹⁶ Véase, LASALLE, Fernando, ¿Qué es una Constitución?, Panamericana editorial, México, 2013.

legislativa” cada vez que se emite una nueva legislación no debemos abandonar del todo el *sospechosismo* y la crítica, especialmente, cuando la democracia directa presenta vicios o tiene antecedentes que nos lleven a dudar de esa “buena fe” del hacedor de instrumentos normativos. El último supuesto, necesariamente conlleva un estricto análisis acerca del contenido de “justicia” o “injusticia” en el quehacer parlamentario, que tendrá que someterse al escrutinio argumentativo de la opinión pública o, en su defecto, de los juzgadores quienes tendrán la última palabra.

F) LA JUSTICIA COMO PROBLEMA EXCLUSIVO DEL DERECHO

Quienes están alejados de los quehaceres jurídicos tienden a asumir erróneamente como irrefutables algunos prejuicios en torno al derecho, uno de ellos es creer que el tema de la justicia corresponde únicamente a los abogados.

El tema de la justicia puede –y debe– ser problematizado por cualquier libre pensador de cualquier área de las ciencias sociales y las humanidades. Tal vez la causa de esta falsa percepción tiene como punto de partida la propia simbología con la que es asociada la idea del derecho: la balanza, la cual a su vez también se relaciona con la justicia. De igual forma, el derecho tiende a ser imaginado como el lado más pragmático de la justicia, donde, bajo el esquema de la división de poderes, es el Poder Judicial el encargado de interpretar y aplicar las leyes como el “gran administrador de justicia”.

Se deja de lado que, bajo esa misma división, el Poder Ejecutivo también tiene inferencia en materia de justicia social, al igual que el Legislativo. En términos prácticos, la justicia, es un fin del Estado, el cual requiere de la armonía entre los poderes para su la materialización de sus metas.

En el ámbito teórico, ya hemos insistido en párrafos anteriores en la imperiosa necesidad de asumir la tridimensionalidad del de-

recho como constructo social desde lo filosófico (moral y ético), lo político-económico y lo jurídico, siempre englobado en el marco de lo social.

2. TENSIONES

Es predecible que la noción justicia no puede ser absolutista e imponerse frente a otras categorías con las que tratamos de explicar los fenómenos y hechos sociales que se presentan en el mundo teórico o fáctico. En los tópicos ulteriores retomamos algunas resistencias a las que se enfrenta el discurso de la justicia en distintos ámbitos con la intención de hacer propuestas concretas para su armonización.

A) TEORÍA Y PRAXIS

En materia de justicia, como en casi cualquier tópico de las ciencias sociales y humanidades, hay notorias dificultades a la hora de pasar del mundo de las ideas al práctico. Las teorías de la justicia lejos están de ser recetarios o fórmulas que se puedan aplicar a “raja-tabla” sin mediar la entelequia de un juzgador.

Los teóricos de la justicia tienen el ineludible deber de formular sus análisis teóricos a la luz de los problemas de su contexto, todo ello, sin dejar de observar las necesidades y exigencias sociales de su entorno; y, por su parte, los prácticos de la justicia (jueces, abogados postulantes y legisladores, principalmente) deben asumir una actitud reflexiva que no desatienda las posturas filosóficas.

Ni la teoría puede prescindir de lo práctico ni lo práctico de lo teórico. Se trata de romper con las tensiones entre estas dos categorías en miras de conciliarlas, y de esta forma, contar con sentencias y decisiones judiciales más y mejor argumentadas y, por otro lado, estudios doctrinales que pueden ser herramientas útiles para todo aquel que solicite acceso a la justicia. Aquí yace la importancia de

formular teorías desde cada contexto que sean más amigables con cada realidad, por intelectuales consientes de las necesidades y exigencias sociales.

B) LA TRIDIMENSIONALIDAD DE LA JUSTICIA COMO TENSION

Como ya se ha advertido reiteradamente, es evidente que la resolución de problemas en materia de justicia no se puede limitar a la perspectiva jurídica, se tiene que analizar también de acuerdo con los alcances desde la óptica filosófica (ética-moral) y lo político-económico. El derecho no puede ser indiferente a las repercusiones jurisdiccionales en la esfera de otras disciplinas, de lo contrario, se correría el riesgo de que el derecho no cumpliera la expectativa social y las necesidades de cada realidad.

No se trata de subordinar el discurso jurídico a la moral ni tampoco atender irrestrictamente a los intereses político-económicos predominantes. Lo que se busca es conciliar -y por tanto, no invisibilizar- el hecho de que cualquier decisión jurídica tiene repercusión en los referidos ámbitos. Es evidente que en algunas ocasiones habrá que ponderar la prevalencia entre lo jurídico, ético-moral y lo político económico, ahí yace la importancia de contar con juzgadores, abogados postulantes y legisladores que tengan amplias habilidades argumentativas, tema que estudiaremos más adelante.

C) LEGALIDAD VS. JUSTICIA

Ya hemos señalado con anterioridad que, no necesariamente, en la ley se condensa la justicia, luego entonces, la justicia no es sinónimo de ley, por esa razón, necesitamos que los juzgadores sean los conciliadores frente a los posibles arrebatos y omisiones de los legisladores en contra del “sentido de justicia” en las normas positivas.

Para poder romper con la tensión entre la legalidad y la justicia es menester, además de contar con buenos juzgadores, que las le-

yes estén redactadas en un lenguaje claro y que, al mismo tiempo, la ciudadanía tenga los instrumentos jurídicos idóneos y accesibles para enfrentar judicialmente las leyes que notoriamente contengan un grado de injusticia.

También, la protesta y la lucha social deben de ser un componente para exigir al legislador que, efectivamente, sea un mecanógrafo de las demandas sociales y no un paladín de los factores reales de poder. De ahí que urjamos a una sociedad civil informada, activa y crítica que pueda frenar las iniciativas legislativas que sean sospechosas o en prejuicio de la sociedad antes o después de judicializarlas.

D) AGONÍSTICA VS. CONSENSO

El tema de la justicia lejos está de los consensos. Creemos que la justicia, como otras nociones que tienen vinculación ya sea directa o indirecta con lo político se concentran en el plano de lo agonístico¹⁷, lo cual supone un enfrentamiento constante entre adversarios y antagonistas argumentativos que no se deben confundir con enemigos.

En materia de justicia hay que partir de la premisa de que no hay una intensión formal para llegar a consensos, el ámbito judicial no es la excepción. En derecho no hay respuestas correctas, hay respuestas idóneas.

Una misma sentencia puede ser analizada, justificada y legitimada desde diferentes ópticas epistémicas, eso es lo que nutre la discusión jurídica y el debate acerca de “lo justo”, por lo cual no debemos inhibir el antagonismo entre las distintas posiciones ideológicas, pero sí orientar los esfuerzos para distinguir las decisiones idóneas para la resolución de los problemas -amparados en argumentos sólidos que cuenten con respaldo ético- de las que no.

¹⁷ Véase, MOUFFE, Chantal, *Agonística. Pensar el mundo políticamente* FCE, Buenos Aires, 2014.

El reto para romper con esta tensión es cambiar los dogmatismos por los eclecticismos, sin buscar la complacencia ideológica o epistémica. Se trata de trazar el camino para que los juzgadores, legisladores o cualquiera que opere en términos de justicia tenga herramientas sólidas para desempeñarse de acuerdo con un auténtico “sentido de justicia” -del que hablaremos posteriormente-, sin perder de vista, que lo que nutre el discurso jurídico es, justamente, la discusión y el debate.

VI. TIEMPO DE RUPTURAS. HACIA UNA TEORÍA Y PRAXIS DE LA JUSTICIA DESDE Y PARA LATINOAMÉRICA

Las exigencias de justicia en nuestro continente y, particularmente, en Latinoamérica tienen un trasfondo histórico que no se debe perder de vista. Igualmente, los problemas en la materia que circundan nuestro presente representan un reto para las nuevas –y viejas- generaciones de profesionistas. De ahí que en incisos anteriores nos hayamos pronunciado a favor de reposicionar la teoría de la justicia dentro de los planes de estudio de la carrera de derecho.

Es evidente que las condiciones, incluidas las adversidades a las que nos enfrentamos en América Latina, son particulares y no necesariamente corresponden a las que enfrentan en otras latitudes. Es por ello que urgimos a la necesidad de reflexionar en torno a teorías de la justicia que coadyuven a la solución de los problemas que nos atañen.

Debido a lo anterior, no basta con importar ideas del viejo continente, en otras palabras, no hay razón para limitar los horizontes epistémicos a un eurocentrismo. No negamos la importante influencia europea en nuestro sistema jurídico, y por supuesto, estamos plenamente conscientes de las grandes aportaciones de los teóricos europeos, pero también lo estamos de que estos brillantes intelectuales no escriben para dar la solución a los problemas de Hispanoamérica, los cuales, seguramente desconocen o no comprenden en su totalidad.

Lo comentado, es totalmente natural, lo mismo sucede con los pensadores latinoamericanos, quienes difícilmente tienen nociones claras acerca de las vicisitudes que enfrentan sus colegas en Europa. De ahí la importancia de no restringir los estudios a la importación de ideas, las cuales, pese a sus valiosas aportaciones, no necesariamente son compatibles con el contexto.

Es momento de hacer una ruptura con el eurocentrismo, la cual, bajo ningún concepto, debe asumirse como una invitación a “la quema de libros” o al soslayo de las deliberaciones surgidas en el viejo continente. Simplemente, consiste en asumir con responsabilidad la ardua labor de dar respuestas concretas a los problemas que se presentan en la realidad latinoamericana.

La ruptura con el eurocentrismo necesariamente conlleva a una emancipación epistémica y se traduce en un grito de libertad intelectual que involucra el gran compromiso de formular nuevos modelos, métodos y reflexiones que contribuyan de forma crítico-creativa a la creación de una teoría de la justicia desde y para Latinoamérica.

Cuando hablamos de la teoría de la justicia nos referimos a los esfuerzos y propuestas teóricas que cuentan con la aceptación en grupos de académicos y cuya finalidad es la delimitar la noción de justicia a partir de su conceptualización y estudio.

Pese a que a hay distintas corrientes iusfilosóficas, así como políticas-económicas de carácter utilitarista, liberal, marxista, feminista, comunitarista e, incluso, anticolonial que tratan de explicar el fenómeno de la justicia, parece haber una ausencia de una postura que satisfaga las particularidades del contexto latinoamericano, por ejemplo, lo concerniente a la influencia de la cosmovisión de los pueblos prehispánicos en el imaginario social y el sentido común.

Si bien las teorías anticoloniales se muestran sensibles a las problemáticas latinoamericanas, se centran únicamente en las vicisitudes derivadas del colonialismo, principalmente el epistémico. En ese sentido, consideramos que para formular una teoría latinoamericana

mericanista se debe asumir una actitud plural que incluya matices de otros modelos teóricos (utilitarista, liberal, marxista, feminista, comunitarista, anticolonial, etc.) y, además, contenga un toque particular que exalte el caso latinoamericano.

1. ASPECTOS PARA CONSIDERAR LA FORMULACIÓN DE UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA DESDE Y PARA LATINOAMÉRICA

Consideramos que la generación de nuevos conocimientos puede derivar en una de sus formas más elevadas en nuevas teorías de la justicia, las cuales deberán considerar el abandono del dogmatismo y dar la bienvenida al eclecticismo y a la pluralidad.

Las naciones latinoamericanas tienen como una de sus principales características la de ser multiculturales, por lo que para dar las respuestas a las problemáticas que se presenten se requiere una visión intercultural. En ese sentido, en los siguientes apartados mencionaremos algunos puntos que consideramos torales para la construcción de una –o varias- teoría(s) de la justicia desde y para Latinoamérica.

A) LA COMPRENSIÓN GENEALÓGICA DE LA NOCIÓN “JUSTICIA” EN LATINOAMÉRICA

Para poder tener elementos antropológicos-jurídicos, así como un respaldo histórico que nos auxilie a comprender el presente, es necesario fortalecer la enseñanza de la historia del derecho mexicano y, a su vez, incentivar la interdisciplinariedad entre los profesores e investigadores, ya que existen muchos vacíos historiográficos y bastas líneas de investigación pendientes en torno a la concepción de la justicia en los pueblos originarios.

También, resulta una tarea pendiente realizar a profundidad un estudio genealógico en torno a la justicia en las diferentes cosmovisiones de los pueblos originarios, de igual forma, merece la pena

que los especialistas en el área den continuidad en torno a los diferentes sistemas jurídicos presentes en el mundo prehispánico y, cómo se ha entendido la justicia en los distintos momentos históricos de México y Latinoamérica.

Todo ello, nos ayudará a contar con una comprensión holística acerca de la perspectiva en torno a la justicia previa y posterior a la influencia occidental, cuya importancia radica en tener más herramientas argumentativas para explicar el fenómeno de la justicia en la Latinoamérica del siglo XXI.

B) LA IMPORTANCIA DE LA CULTURA POPULAR EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDEA Y SENTIDO DE LA JUSTICIA

La necesidad de recurrir a la cultura popular para la comprensión del fenómeno de la justicia tiene su justificación en la apuesta por nuevas metodologías para enfrentarnos al derecho “que es” y no el que “debiera ser”, en otras palabras, al “derecho vívido”, que es aquél que se manifiesta en el mundo de los hechos.

Es bien sabido que, por medio de las exposiciones artísticas, se puede obtener una visión panorámica de la realidad. En ese orden de ideas nos hemos pronunciado en otras ocasiones:

El derecho no sólo debe ver con el rigor de la legislación y de la jurisprudencia; tampoco, se puede limitar a la benevolencia y buenas intenciones de la crítica doctrinal; es menester entender a nuestra disciplina jurídica desde varios puntos de vista como el arte, ya que esto nos auxilia a mirar el lado más humano de nuestra área de estudio. Si prescindimos de este elemento corremos el riesgo de construir castillos en el aire, hiperidealizar al derecho o de crear ficciones jurídicas totalmente alejadas de la realidad.¹⁸

¹⁸ ARELLANO TORRES, Walter, “Breaking Bad: una mirada (in)justificada” en Walter Arellano Torres, *Los derechos en serie. De Breaking Bad a Black Mirror*, México, Libitum, 2019, p. 26.

En el cine, la literatura, la pintura y otras bellas artes podemos hallar señales que pueden ser de gran valía para descifrar un sentido común en torno a “lo justo”, así como la interpretación del “sentido de justicia” en el imaginario colectivo.

Es ineludible precisar que, cuando hablamos del “sentido de justicia”, nos referimos a la percepción social de “lo justo” ante determinados hechos, generalmente, de relevancia en el debate público. Indubitablemente, “el sentido de justicia” conlleva una fuerte carga moral, de ahí que en las manifestaciones artísticas sea fácilmente detectable “lo justo” de lo que no lo es, por ejemplo, en las populares películas de Disney, los niños, quienes, aunque no han desarrollado del todo el pensamiento abstracto para entender la complejidad del concepto de justicia, de tal manera que fácilmente pueden discernir de situaciones que son justas de las que no son.

C) JUSTICIA, ARGUMENTACIÓN Y EL PAPEL DE LOS JUECES LATINOAMERICANOS

Hay dos maneras de afrontar de manera cabal y contundente el problema de la justicia en nuestros tiempos: la ética judicial/legislativa y la argumentación jurídica. Ya no basta con una teorización seca para hacer un esquema teórico, lo que nos lleva a pensar en una ética práctica de la justicia que tenga un fundamento material en las sentencias, ordenamientos legislativos y demandas sustentado en la argumentación jurídica y la autonomía del juez, la perspicacia legislativa y la exigencia de los postulantes.

Al amparo de nuestro argumento conviene citar el pensamiento de Víctor Blanco, quien dice que:

Hay que dejar sentado que, precisamente por su carácter instrumental, el derecho puede por igual satisfacer que frustrar los requerimientos de justicia y de otro tipo que el hombre tiene; el punto de inflexión se encuentra, precisamente, en el ordenamiento que logra convertirse en orden, porque para que ello suceda indispensable una cierta le-

gitimidad, que no puede lograrse si no está mínimamente reflejada en el ordenamiento de la concepción de justicia que la colectividad tiene”.¹⁹

Esa legitimidad tiene que estar depositada en entes que puedan responder a tal adeudo, como es el caso de los juzgadores, legisladores, postulantes y teóricos que propongan ideas que trasciendan “la torre del privilegio” y vayan más allá de la construcción de “instituciones en el aire”, sino aquellos que pasen de la teoría de la justicia a la praxis de la justicia.

En el caso de las tareas jurisdiccionales, el papel del buen juzgador es insoslayable para la permanencia de una sociedad democrática, justa e incluyente, por el contrario, el del mal juez pudiera ser una pieza imprescindible para la legitimación del autoritarismo y, por ende, de la injusticia, al respecto dice Armando Cruz:²⁰

El juez, por esa capacidad con la que ha sido dotado por parte del Estado, tiene entre sus manos la facultad y el poder para transformar las realidades sociales y las injusticias que se estén cometiendo o que se puedan cometer, evitarlas y prohibirlas terminantemente para, con ello, cambiar una sociedad injusta y carente de valores por una sociedad justa y respetuosa del prójimo.

A partir de lo dicho en el inciso anterior, surge la pregunta: ¿qué debe hacer –el juez- frente a la ley injusta? De acuerdo con el Ministro en retiro Juventino Castro y Castro, hay dos soluciones: la primera: aplicar la ley –supuestamente- injusta sobre la base de afirmar que el propio enjuiciador no tiene como atribución elaborar las leyes, y por tanto, debe aplicar éstas sin evaluarlas en ningún sentido, la segunda: en el caso de que al juez le parezca injusta una ley y se halle, en consecuencia, en la alternativa de violarla o de fallar contra su conciencia, deberá renunciar a su cargo antes que

¹⁹ BLANCO FORNIELES, Víctor, *Derecho y justicia*, México, Porrúa, 2006, p. 10.

²⁰ CRUZ COVARRUBIAS, Armando, *Argumentación jurídica y justicia*, México, Tirant Lo Blanch-Universidad Panamericana, 2014, p. 59.

hacer cualquiera de esas dos cosas.²¹

No coincidimos con Castro y Castro, quien en vez de empoderar al juzgador lo desarma para dejarlo como un sujeto meramente contemplativo frente a la injusticia. Si un juez no puede justificar su decisión en una sentencia, no se puede calificar como “ético”.

La argumentación, que es el nivel más elevado de justificación, resulta ser la clave para romper las dudas, conflictos o colisiones entre el derecho y los relativismos morales. Con respecto a la importancia de la justificación resulta de gran valía el pensamiento del propio Hans Kelsen quien sostiene:

La necesidad de justificación o de racionalización es quizás una de las diferencias que existen entre el hombre y el animal. La conducta externa del hombre no difiere mucho de la del animal: el pez grande come al pequeño, tanto en el reino animal como en el humano. Pero cuando un “pez humano”, movido por sus instintos, se conduce de esta manera, procura justificar su conducta ante sí mismo y ante los demás y tranquilizar su conciencia con la idea de que su conducta con respecto al prójimo es buena.

El juzgador, de ninguna manera, puede asumir un papel de “eunuco judicial” y, de esa forma, limitar su actuar a permanecer pasivo frente a las injusticias sin poder combatirlas, contrario a ello, ha de ser un justificador que, con los argumentos como arma, pueda romper con la infamia judicial. Un juez que legitima o “legaliza” la injusticia, no es un juzgador ¡es un verdugo!

En nuestro contexto necesitamos jueces que posean el conocimiento y el poder argumentativo, ético y jurídico para enfrentar las grandes injusticias contemporáneas, de lo contrario, nos encontraríamos frente a viles simuladores del derecho cuya máxima aspiración es la de ser burócratas de la legalidad.

²¹ CASTRO Y CASTRO, Juventino, *La Suprema Corte de Justicia Ante la Ley Injusta*, México, Porrúa, 2001, p. 153-154.

Lo mismo sucede con los legisladores, abogados postulantes o cualquier otro personaje que se enfrente al tema de la justicia, quienes deben ser paladines y sujetos activos para su protección. Por otro lado, es menester que, quien pretenda hablar de justicia, sea un “políglota epistémico”, esto quiere decir que pueda entender de una manera multidimensional el tema y no limitativamente.

D) LA JUSTICIA COMO PRAXIS EN LATINOAMÉRICA. ROMPER CON EL “MULTICULTURALISMO” Y LA ALIENACIÓN EN MIRAS A UNA VERDADERA CIUDADANIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Resulta indispensable tener presente cómo se entiende y se practica la justicia en el presente y así tener una “radiografía” de los criterios de los principales tribunales constitucionales, los juzgadores locales, y claro, de los usos y costumbres en materia de justicia en las comunidades indígenas.

Ya hemos dicho con anterioridad que una de las características sustanciales de los países latinoamericanos es la de su composición pluricultural, en ese sentido, resulta necesario hacer algunas consideraciones respecto al término “multicultural”. En ocasiones este término es, en realidad, una simulación que evoca una supuesta tolerancia cultural que, en realidad, esconde la exclusión y desigualdades económicas y sociopolíticas bajo el manto del folklore, al respecto, Pablo Lazo Briones sostiene que este discurso multiculturalista ha sido manipulado en beneficio de un sistema económico y cultural hegemónico en miras de banalizar los problemas de la otredad hasta reducirlo a un simple exotismo.²²

También con una postura crítica, Díaz- Polanco toma la palabra “etnofagia” para explicar los efectos sombríos del multiculturalismo, a la cual define de la siguiente forma: “(...) es una lógica de

²² Cfr. LAZO BRIONES, Pablo, *Argumentación imaginaria de la diversidad cultural*, México, Plaza Valdés editores, México, 2010, pp. 22-140.

integración y absorción que corresponde a una fase específica de las relaciones interétnicas (...) y que, en su globalidad, supone en un método cualitativamente diferente para asimilar y devorar otras identidades”²³

La cara negativa del multiculturalismo consiste en que, si bien parece ser respetuoso con las tradiciones y costumbres, solo lo es con aquellas que no le causen perjuicio y que sean inofensivas a los principios liberales y de mercado.²⁴ La coexistencia de varias culturas geohistóricamente conectadas no supone una equidad y respeto en sus relaciones. Por ello, es improrrogable hablar de una figura distinta al multiculturalismo que no sólo reconozca las diferencias, sino que las acepte y acobije sin condicionamientos, de ahí que, sea mejor hablar de un interculturalismo, el cual, a diferencia del primero, no permite que una cultura se imponga por encima de la otra, en materia de justicia, no debe ser la excepción.

Por otro lado, también es indispensable contar con una ciudadanía activa, informada y empoderada en materia de derechos humanos y justicia de tal manera que, en la práctica, la justicia pueda ser entendida como crítica, reivindicación, lucha y resistencia, al mismo tiempo. La justicia también es exigencia.

La ciudadanía de la justicia consiste en el empoderamiento ciudadano a través de un lenguaje fácil en instrumentos jurídicos (legislación, jurisprudencias, sentencias y textos académicos jurídicos) y, por supuesto, mecanismos de acceso a la justicia que sean viables y sencillos para la defensa de los derechos humanos. Hay que reconocer que el discurso de los derechos humanos parece ser la reivindicación entre la teoría y práctica de la justicia, lo cual no quiere decir que no haya retos pendientes en la materia.

²³ DÍAZ-POLANCO, Héctor, *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, 2ª ed., México, Siglo XXI, 2007, pp.161.

²⁴ Idem, p. 182.

VII. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este ensayo vislumbramos la importancia del tema de la justicia desde una perspectiva multidimensional, la cual es preponderante para el estudio del derecho desde el enfoque teórico y, por supuesto, práctico, por ello, consideramos indispensable la inclusión de la teoría de la justicia en los planes de estudio de la carrera de derecho.

Asumimos que la justicia debe ser estudiada desde múltiples enfoques, principalmente filosóficos (éticos y morales), jurídicos y político-económicos, sin perder de vista el contexto social, lo que nos lleva a pensar la justicia también como vivencia. Más adelante, dimos “un viaje” acerca de lo que consideramos los principales clichés y tensiones en torno a la justicia inmersos en el imaginario social.

Finalmente, propusimos algunos lineamientos que pudieran ser útiles para la generación de una teoría de la justicia desde y para Latinoamérica, siendo el eclecticismo y la actitud conciliadora las directrices básicas para su diseño. Consideramos que ya no basta con limitarse a teorizar en torno a la justicia, sino que, es momento para hacer una praxis en la que, con auxilio de los nuevos paradigmas argumentativos, llenemos los sesgos de certeza que nos dejan los relativismos culturales sin caer en la arbitrariedad y la exclusión.

La práctica de la justicia debe estar menguada por la justificación de los juzgadores, legisladores, abogados postulantes o toda aquella persona que esté involucrada con la justicia desde cualquier trinchera, incluso, la academia. El tema de lo justo sigue siendo vigente y de jerarquía, de ahí que todos aquellos que estemos interesados en la teoría jurídica contemporánea no debemos soslayar el tema de la justicia como uno de los medulares, en el que se justifican nociones tan importantes como la de derechos humanos.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO, Walter M., “Breaking Bad: una mirada (in)justificada” en Walter M. Arellano, *Los derechos en serie. De Breaking Bad a Black Mirror*, México, Libitum, 2019.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Fontamara, 2007.
- BLANCO Fornieles, Víctor, *Derecho y justicia*, México, Porrúa, 2006.
- BRUNNER, Emil, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. Luis Recaséns, México, UNAM, 1961.
- CAMPBELL, Tom, *La justicia. Principales debates contemporáneos*, trad. Silvana Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2002.
- CASTRO y Castro, Juventino, *La Suprema Corte de Justicia Ante la Ley Injusta*, México, Porrúa, 2001.
- CRUZ Covarrubias, Armando, *Argumentación jurídica y justicia*, México, Tirant Lo Blanch-Universidad Panamericana, 2014.
- DÍAZ-POLANCO, Héctor, *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, 2ª ed., México, Siglo XXI, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2001.
- GRAMSCI, Antonio, *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2003.
- HART, Herbert, *El concepto del Derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. Ernesto Garzón, 15ª ed., México Fontamara, 2015.
- LASALLE, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, México, Panamericana editorial, 2013.

- LAZO BRIONES, Pablo, *Argumentación imaginaria de la diversidad cultural*, México, Plaza Valdés editores, México, 2010.
- MOUFFE, Chantal, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, FCE, Buenos Aires, 2014.
- NINO, Carlos, “Justicia”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, t.I, 2a ed., Madrid, 2000.
- REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho*, trad. Ángeles Mateos, Madrid, Tecnos, 1997.
- RICOEUR, Paul, *Lo justo*, trad. Agustín Domingo, Sevilla, La Factoría ediciones, 2003.
- VILLORO Toranzo, Miguel, *La justicia como vivencia*, México, Editorial Ius, 1979.

2. HEMEROGRAFÍA

- BRAVO, Nazareno, “Del sentido común a la filosofía de la praxis. Gramsci y la cultura popular”, en *Revista Filosófica*, No. 53, Argentina, 2006-2.

3. ELECTRÓNICAS

- REDACCIÓN, “¿Cuáles son los países más y menos religiosos del planeta?”, BBC Mundo, México, 13 de abril de 2015, https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2015/04/150413_ultnot_encuesta_gallup_paises_religiosos_egn.

LA VOLUNTAD TOTALITARIA DEL FRANQUISMO

THE TOTALITARIAN WILL OF FRANCHISM

LUIS AURELIO GONZÁLEZ PRIETO¹

RESUMEN: A mediados de los años sesenta del siglo pasado surge con fuerza y apoyado por el propio régimen franquista la caracterización de que el sistema político instaurado por el general Franco había sido solamente autoritario y no totalitario. Pese a los intentos de la doctrina política alineada con su defensa de eximirlo de toda veleidad totalitaria, las circunstancias políticas en las que se inscribe a finales de los años treinta y comienzos de los cuarenta son de una clara e inequívoca voluntad totalitaria. La pretensión de constituir un Estado que se debía totalizar al servicio del catolicismo era defendida por el propio general Franco y la práctica totalidad de la doctrina política que lo apoyaba. Para inscribir el Estado español de aquella época entre las realidades estatales totalitarias se desarrollaron varias teorías como: el Totalitarismo Humanista, el Totalitarismo Subjetivo, el Totalitarismo Solidarista o la de España como una Gran Potencia Espiritual Totalitaria.

PALABRAS CLAVE: Totalitarismo, Autoritarismo, Catolicismo, Imperio, Gran Potencia Espiritual.

ABSTRACT: In the 1960s there was a forceful attempt, supported by Franco's own regime to characterise the political system established by General Franco as simply authoritarian rather than totalitarian. Despite efforts by defenders of the regime to

¹ Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo; profesor del Instituto "Rey Pelayo" en Cangas de Onís, Asturias; profesor invitado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Miembro del Real Instituto de Estudios Asturianos. Contacto: <laureligp@gmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-2408-2739>>.

Fecha de recepción: 21 de mayo de 2020; fecha de aprobación: 6 de agosto de 2020.

construct a doctrine that would exempt it from any totalitarian leaning, the political circumstances in which it came to existence in the 30s and the early 40s indicate a clear and unmistakable totalitarian will. The purpose of constructing a State entirely dedicated to the service of catholicism was proclaimed by General Franco himself and virtually all the political doctrine that supported him. In order to inscribe the Spanish state among the actual totalitarian regimes of the time, various theories were developed, such as those of a “Humanist Totalitarianism,” “Subjective Totalitarianism,” “Mutual Help Totalitarianism,” or the notion that Spain was a Totalitarian Spiritual Superpower.

KEYWORDS: Totalitarianism, Authoritarianism, Catholicism, Empire, Spiritual Superpower

SUMARIO: I. Introducción; II. La inicial inclinación totalitaria del régimen franquista; III. Un Estado totalitario al servicio del catolicismo; IV. España una gran potencia católica totalitaria; V. El nacional-sindicalismo como totalitarismo humanista; VI. El totalitarismo subjetivo de los católicos; VII. El Estado hispánico totalitario solidarista; VIII. A modo de conclusión; IX. Fuentes.

1. INTRODUCCIÓN

A mediados de los años sesenta del siglo pasado, surge con fuerza en el contexto de caracterización la tesis expuesta por el sociólogo Juan J. Linz Storch de Gracia en el que calificaba el régimen franquista como simplemente autoritario y no totalitario. La tesis expuesta por Linz seguía las diferencias previamente expuestas por Carl J. Friedrich y Z. K. Brzezinski, en su obra *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*², Harper, New Cork,

² Carl J. Friedrich y Z. K. Brzezinski, en su obra: *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*, Harper, New York, 1956.

1956, donde se esgrimía que el “cristianismo auténtico, protestante o católico, no puede aceptar lo totalitario, porque el cristianismo reclama su derecho al hombre total, y a pronunciar la última palabra en relación con sus valores y destinos. Esto no pueden aceptarlo los totalitarismos”. De parecida manera se manifestaba J. J. Linz cuando decía: “Dada la distinción entre Iglesia y Estado y el internacionalismo de la Iglesia, así como la autoridad del Papa, el empleo de una ideología conservadora católica limita por sí solo toda tendencia monolítica hacia el totalitarismo”³. Tesis que había sido ampliamente difundida por el propio régimen en sus postrimerías.

En el año 2011, los medios de comunicación vuelven a hacerse eco de la caracterización del régimen franquista como un simple régimen autoritario. La causa fue la publicación en el volumen n° 20 del *Diccionario Biográfico Español* de la biografía del general Francisco Franco, escrita por el historiador Luis Suárez Fernández, igualmente muy comprometido con el régimen⁴, en la que se afirmaba que el General Franco “Montó un régimen autoritario, pero no totalitario”.

Pese a los constantes intentos por desprender al franquismo de todas sus connotaciones totalitarias por parte de algunos miembros de la historiografía política afines o con cierta sintonía con el régimen, la realidad se vuelve muy terca, pues los discursos y declaraciones del propio Franco, así como de los principales jerarcas del régimen, los principios programáticos de la Falange investidos de rango constitucional, la propia legislación y, sobre todo, la doctrina política que apoyaba al régimen se hacen eco, en los primeros tiempos, de la

3 Juan J. Linz, “An Authoritarian Regimen: The Case of Spain”, en Eric Allard e Yrjo Littunen (comps), *Cleverages, Ideologies, and Party Systems*, Westermarck Society, 1964. Dicho trabajo fue publicado en castellano en “Una teoría del régimen autoritario. El caso de España”, en Manuel Fraga y otros, *La España de los años setenta III: El Estado y la política*, Madrid, Moneda y Crédito, 1974.

4 Ángel Viñas, *La otra cara del Cuadillo. Mitos y realidades en la biografía de Franco*, Barcelona, Crítica, 2019, pág. 52.

imperiosa necesidad de la implantación de un estado totalitario en España. En este sentido, la doctrina política elabora toda una serie de teorías que justifican la inclusión del Estado español franquista dentro de la órbita de los que se consideraban modernos estados totalitario. Un Estado que se totalizaba al servicio del catolicismo y pretendía reconstituir un imperio espiritual católico.

II. LA INICIAL INCLINACIÓN TOTALITARIA DEL RÉGIMEN FRANQUISTA

La noche del 1 de octubre de 1936, el General Franco, tras ser proclamado Jefe del Estado Español, establecía como directriz a seguir por su nuevo Estado la construcción de un sistema totalitario. En febrero de 1937, el propio Franco volvía a manifestar al corresponsal del *New York World Telegram*: “Cuando la victoria corone nuestro esfuerzo, la nueva España regresará bajo los principios del Estado totalitario”⁵. Daba a entender que en España la organización totalitaria del Estado no era algo novedoso, como en el resto de los países europeos, ya que en su configuración histórica España ya había adoptado la forma totalitaria en la época imperial.

El 19 de abril de 1937 con la promulgación del Decreto de Unificación de todas las fuerzas políticas⁶ se asumen con rango programático-constitucional los veintiséis puntos de la Falange⁷, en uno de los cuales se enunciaba que “el Estado es un instrumento totalitario al servicio de la integridad de la Patria”. En el mismo preámbulo se comparaba a España con los demás países de régimen totalitario y se manifestaba, en el artículo 2º, que se estaban realizando “los trabajos necesarios encaminados a la organización

⁵ D. Sueiro y B. Díaz Nosty, *Historia del franquismo*, Madrid, Sarpe, 1986, pág. 133.

⁶ Vid. Luis Aurelio González Prieto, “La concreción teórica del Partido Único franquista” en la *Revista de Estudios Políticos*, N° 141, 2008.

⁷ Luis Aurelio González Prieto, “El debate sobre la Constitución en el primer franquismo”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 155, pág. 228 y 229.

definitiva del Nuevo Estado Totalitario”. Ese mismo año, en unas declaraciones al enviado de *United Press*, en julio de 1937, Franco asegura que España “seguirá la estructura de los regímenes totalitarios como Italia y Alemania”. También en las declaraciones realizadas por Franco a William P. Carney, publicadas en *The New York Magazine*, el 26 de diciembre de 1937, explicaba que “España tiene su propia tradición y la mayoría de las fórmulas modernas que han de ser descubiertas en los países totalitarios pueden ser encontradas ya incorporadas a nuestro pasado nacional”. Volverá el General a hacer referencia a la organización del Estado totalitario en la entrevista con el enviado especial del periódico brasileño *Jornal do Brasil*, en enero de 1938, donde dirá: “España se organizará en un amplio concepto totalitario, por medio de instituciones nacionales que aseguren su totalidad, su unidad y continuidad”⁸. En 1939, en el preámbulo de la Ley de Constitución del Instituto Nacional del Libro, se declaraba al régimen como abiertamente totalitario. La doctrina política oficial, de acuerdo con las consignas del propio régimen, lo calificaba como un Estado que estaba inmerso en la “constelación totalitaria”⁹.

⁸ *Palabras del Caudillo*, Madrid, ed. F.E., 1939, pág. 148 y 226.

⁹ Joaquín Garrigues, “Il nuovo ordine in Spagna, sindacati verticali e corporazioni”, en *Archivio di Studi Corporativi*, Roma, 1939, pág. 165: “<<La Spagna si organizza secondo un’ampia concezione totalitaria>> ha detto Franco già nel gennaio del 1938, e infatti già durante la guerra la Spagna si stava organizzando secondo il grande stile degli Stati totalitari”. César Silió, *Trayectoria y significación de España: Del tiempo viejo al tiempo nuevo*, Madrid, Espasa-Calpe, 1939, pág. 184. En esta misma línea Pedro Laín Entralgo, en *Los valores morales del Nacional-sindicalismo*, Madrid, 1941, pág. 34, se refiere al “Nacional-sindicalismo como todos los movimientos llamados *totalitarios* o *fascistas*”. Existe una publicación anterior de esta ponencia de Laín en el *I Congreso Sindical de la Falange*, Madrid, 1940. Antonio Tovar, en “Valor histórico y filosófico del sindicalismo”, en el *I Congreso Sindical de la Falange*, Madrid, 1940, pág. 170, dice también “como nuestros mismos movimientos totalitarios”. Miguel Fenech, *La posición del juez en el Nuevo Estado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, pág. 86, dirá expresamente: “España aparece como otro Estado totalitario”.

III. UN ESTADO TOTALITARIO AL SERVICIO DEL CATOLICISMO

El totalitarismo español, como todos los totalitarismos, necesitaba de una ideología palingenética que aportase una idea-límite finalista absorbente capaz de estructurar un Estado que modelase totalmente al hombre para conseguir la absoluta perfección humana¹⁰. El totalitarismo español asumirá como idea límite-finalista la defensa y expansión de la religión católica en el mundo, porque es algo que considera consustancial a la propia esencia nacional española. Como expone Jiménez Campo, la unidad, la fraternidad, así como la concepción del mundo y de la vida, las halla el franquismo en el catolicismo¹¹, porque entre otras cosas era el principal elemento ideológico que unía a todos los grupos políticos que apoyaron el levantamiento militar¹². El propio Franco lo dejaba claro en el discurso pronunciado con motivo del Decreto de Unificación, en el que explicaba cuál era el perfil del nuevo Estado: “el que se señaló en octubre del pasado año y que vamos cumpliendo con paso firme y sin vacilaciones. El que es común a la mayoría de los españoles no envenenados por el materialismo o el marxismo. El que figura en el credo de Falange Española. El que encierra el espíritu de nuestros

¹⁰ Vid. Francisco Sevillano Calero, “Totalitarismo, fascismo y franquismo: el pasado y el fin de las certidumbres después del comunismo”, en Roque Moreno Fonseret y Francisco Sevillano Calero (eds.), *El franquismo. Visiones y balances*, Universidad de Alicante, 1999, pag. 24. También en Emilio Gentile, “El fascismo y la vía italiana al totalitarismo”, en Manuel Pérez Ledesma (comp.), *Los riesgos para la democracia. Fascismo y neofascismo*, Madrid, Pablo Iglesias, 1997, págs. 19 a 24.

¹¹ Javier Jiménez Campo, “Rasgos básicos de la ideología dominante 1939 - 1945”, en la *Revista de Estudios Políticos*, n° 15, nueva época, 1980, pág. 92.

¹² Manuel Ramírez, “La ideología en el régimen totalitario. El caso de España”, en Manuel Ramírez y otros, *Las fuentes ideológicas de un régimen (España 1939-1945)*, Zaragoza, Pórtico, 1978, pág. 17, donde recalcará que “el discurso ideológico que se elabora viene a ser un discurso de circunstancias con apelaciones a lo que une a dichos grupos, con silencio sobre lo que separa”. Así como Ricardo Chueca y José Ramón Montero, “Fascista y católico: el pastiche ideológico del primer franquismo”, *Revista de Occidente*, n° 223, diciembre de 1999, pág. 14 y 15.

tradicionalistas [...]. El que atesora la doctrina católica que la totalidad de la nación profesa”¹³. Así pues, el paradigma totalitario misional-cristiano se convierte en el estandarte ideológico del régimen¹⁴, en boca del propio Franco: “El Estado español tomará muy a pecho nuestra expansión misionera en el mundo, como parte importantísima de la obra civilizadora”¹⁵. En este sentido, Inkeles reconoce que la ideología-mística-finalista, que utiliza el Estado totalitario como mero instrumento, se encontraba en las leyes dialécticas de la historia y su desarrollo social para los marxistas, en el destino de la nación y de la raza para los hitlerianos o en el ideal de una verdadera sociedad cristiana para Franco¹⁶.

Este elemento católico es la nota de identidad más importante con la que cuenta el fascismo español; por eso Giménez Caballero sostendrá que la tarea de interpretar el “genio de Roma, la nueva catolicidad”, sólo podía estar reservada al “Fascismo”, y esa nueva catolicidad -que representa el fascismo- se “apresta a cumplir la eterna misión católica de Roma”¹⁷. La misión crucial del fascismo español debía tener necesariamente una modalidad católica¹⁸. Asimismo, el Marqués de Eliseda mantenía que el fascismo era católico en el fondo y, debido a la consustancialidad de la historia de España con el catolicismo, “un nacionalismo que merezca el

¹³ *Palabras del Caudillo*, ob. cit., pág. 15.

¹⁴ Vid. Javier Jiménez Campo, “Crisis política y transición al pluralismo en España (1975-1978)”, en Alberto Predieri y Enrique García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980, pág. 52.

¹⁵ *Palabras del Caudillo*, ob. cit., pág. 196.

¹⁶ Alex Inkeles, “Totalitarianism and Ideologie”, en la obra de Carl J. Friedrich (ed.), *Totalitarianism*, Cambridge, Harvard University Press, 1954, pág. 91.

¹⁷ Ernesto Giménez Caballero, *La nueva catolicidad. Teoría general sobre el Fascismo en Europa: en España*, Madrid, La Gaceta Literaria, 1933, págs. 117 y 120.

¹⁸ Ernesto Giménez Caballero, “Ripercussioni del fascismo in Ispagna”, *Gerarchia*, Roma, 1932, pág. 812.

nombre de español tiene que ser eminentemente católico”¹⁹. El mismo autor expondrá, en plena guerra civil, que el movimiento nacional es propiamente fascista, pero su fascismo es más positivo e integral porque tiene como misión implantar el Estado nacional católico, que no es ni más ni menos que la actualización del viejo Estado español de la época imperial, ya que para él la monarquía española de la época imperial había sido la organización política menos imperfecta que había existido en el devenir histórico²⁰. En consecuencia, los mismos valedores del régimen califican el fascismo español como un fascismo católico²¹. El sentido católico del fascismo español fue asumido por la casi totalidad del movimiento falangista en el proceso de ósmosis ideológica que supuso la guerra civil. Esta ósmosis ideológica configurará un régimen de marcado carácter reaccionario, integrista y contrarrevolucionario²².

¹⁹ Moreno Herrero (Marqués de la Eliseda), *Fascismo, Catolicismo, Monarquía*, Madrid, Fax, 1935, pág. 171.

²⁰ Marqués de la Eliseda, *El sentido fascista del Movimiento Nacional*, Santander, Aldus, 1939, pág. 30-31.

²¹ José Pemartín, *Qué es <<lo nuevo>>*, Madrid, Espasa-Calpe, 1940, pág. 36. Los estudiosos del régimen también utilizarán estas calificaciones, en el mismo sentido lo denomina Elías Díaz, *Notas para una historia del pensamiento español actual*, Madrid, Edicusa, 1974, pág. 33; y en *El pensamiento español en la era de Franco*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 30. Benjamín Oltra y Amando de Miguel lo calificarán como *fascismo frailuno*, en Amando de Miguel “La <<Sociología del Franquismo>> revisada”, *Papers*, n° 6, 1976, pág. 179; también en Benjamín Oltra y Amando de Miguel, “Bonapartismo y catolicismo: una hipótesis sobre los orígenes ideológicos del Franquismo”, revista *Papers*, n° 8, Barcelona, 1978, pág. 82. Carlos M. Rama *La crisis española del siglo XX*, Madrid, F. C. E., 1976, pág. 349, “el totalitarismo (español) es el de la fe”. Como “dictadura clerical fascista” lo designó George Hills, *Monarquía, República y Franquismo, 1868-1974*, Madrid, San Martín, 1975, pág. 30. De parecida manera lo conceptuó Enrique Gomáriz, “La reproducción del pasado”, en Manuel Tuñón y otros, *Ideología y sociedad en la España contemporánea. Por un análisis del franquismo*, Madrid, Cuadernos para el Dialogo, 1977, pág. 306, al referirse al franquismo como una “dictadura militar con rasgos clerical fascistas”. También en Manuel Pérez Ledesma, en “Una Dictadura <<Por la Gracia de Dios>>”, *Historia Social*, n° 20, 1994, pág. 182.

²² Vid. Alfonso Botti, “El franquismo en la historiografía italiana y la mirada del

Por lo tanto, el régimen franquista consigue el consenso absoluto y la movilización permanente, propias de las tendencias totalitarias, convirtiéndose en un Estado pretendidamente misional, que actúa como “brazo de la catolicidad en la Historia del Mundo”²³. Como afirma Pedro Cantero, es “un Estado que quiere convertirse en campeón del catolicismo”, debido a que “realiza el propio apostolado de Cristo dentro de las instituciones del nuevo Estado Español”²⁴. La apostasía de las masas y las nuevas circunstancias históricas de los Estados llamados totalitarios²⁵ son las que llevan al nuevo apostolado católico a tener que “atemperarse al ambiente general de los tiempos en los métodos tácticos de su realización”²⁶. Según Menéndez Reigada, son esos nuevos tiempos y circunstancias políticas los que impondrán en España un “Estado totalitario cristiano”²⁷, que reconozca únicamente a Dios como fuente de derechos y deberes de la persona y que intervenga más o menos en todas las actividades de la vida aceptando a Dios como el único vértice de todo y desde su cúspide infinita bajar “al llano de las cosas para saturarlas de su divina esencia y envolverlas en un totalitarismo

otro sobre los relatos de otras miradas”, *Ayer*, n° 31, 1998; y Glicerio Sánchez Recio, “La coalición reaccionaria y la confrontación política dentro del régimen franquista”, en Javier Tusell, Julio Pecharroman y Feliciano Montero, *Estudios sobre la derecha española contemporánea*, Madrid, U.N.E.D., 1993. La contrarrevolución solo podía ser entendida a la manera maeztuiana, como contrarreforma, vid. Ramiro de Maeztu, *La Nación*, 4 de abril de 1927. También en Alfonso Botti, *Cielo y dinero. El Nacionalcatolicismo en España (1881-1975)*, Madrid, Alianza, 1992, pág. 69.

²³ Federico de Urrutia, *Por qué la Falange es Católica*, Madrid, 1942, pág. 38.

²⁴ Pedro Cantero, *La hora Católica en España*, Madrid, Ruta, 1942, pág. 81.

²⁵ Vid. Salvador de Lissarrague, “Estado y partido en la coyuntura española”, *Arriba*, 15 de septiembre de 1940 y José Antonio Maravall, “El totalitarismo, régimen europeo”, *Arriba*, 26 de septiembre de 1940, en el que defendían el totalitarismo como régimen europeo fuera del cual era perfectamente imposible vivir políticamente en ella.

²⁶ Pedro Cantero, ob. cit., pág. 84.

²⁷ Ignacio G. Menéndez Reigada, *Catecismo patriótico español*, Salamanca, 1937, pág. 46.

divino”²⁸. El filofascita rumano Mihail Manoilescu llegó a denominar el Estado español como el “Estado cristiano en toda su pureza y con toda su fe”. En su opinión, el Estado ético español en su concepción más intransigente busca la garantía suprema del Todopoderoso en todas las instituciones humanas²⁹. Como reconocía el propio Papa: “Dios quiere hacer de España un pueblo católico desde las alturas del poder”³⁰.

En consecuencia, el Estado totalitario español se convirtió en un verdadero instrumento de apostolado católico³¹ que impregnó con su realidad vital todos los aspectos de la sociedad intentando convertirla en unidimensionalmente católica³². Esta sociedad unidimensional católica consideró como elementos más perjudiciales los movimientos que propugnan las ideas materialistas-ateizantes³³,

²⁸ Isidro Gomá, “Lecciones de la guerra y deberes de la paz”, citado por Alfonso Álvarez Bolado, *El experimento del Nacionalcatolicismo (1939-1975)*, Madrid, Cuadernos para el Dialogo, 1976, pág. 199.

²⁹ Cfr. Mihail Manoilescu, *El Partido Único*, Zaragoza, 1938, pág. 199.

³⁰ Alfonso Álvarez Bolado, ob. cit., pág. 198.

³¹ Luis Legaz Lacambra, *Panorama Político Español Contemporáneo*, Madrid, Colegio Mayor Universitario “Marqués de la Ensenada”, 1968, pág. 2 y 8, interpretaba “que no debe sentirse demasiado complejo en llamar *totalitario* al tipo de Estado que se forjó en aquella época. Pues un Estado no es totalitario sólo porque su ideología sea totalitaria, en el sentido de ser la ideología fascista o nacionalsocialista, sino en primer término, por imponer como prevaleciendo (*totalitariamente, pues, podríamos decir*) una idea, cualquiera que sea su signo y contenido; y en segundo, porque con independencia de lo anterior - pero tanto si está en conexión con lo anterior - interviene en todos los ámbitos de la vida, o en un gran sector de ella, con las consiguientes limitaciones de la libertad individual”, y llegaría a decir que la idea del Estado que ha querido realizarse en España y ha sido la dominante es la de que “El totalitarismo existente se hallaba al servicio de una ideología no totalitaria”, como para él era el catolicismo.

³² Manuel Abellán y Jeroen Oskam, “Función social de la censura eclesiástica. La crítica de libros en la revista *Ecclesia*”, *Journal of Interdisciplinary Literary Studies*, N° 1, 1989, pág. 118, señala que las ideas políticas del sector católico estaban encaminadas “hacia la catolización totalitarizante de la sociedad y del régimen”.

³³ Ignacio Menéndez Reigada, en *Catecismo patriótico español*, ob. cit., pág. 26, enumera las fuerzas antipatria: “los elementos o partidos separatistas, los partidos de

que, curiosamente, coincidían con los enemigos de las clases oligárquicas españolas³⁴. El *catolicismo totalitario español*³⁵ no dudará en lo más mínimo en imponer una verdadera propedeútica del terror llegando a la eliminación física de gran número de disidentes.

El nuevo hombre que quiere crear la España franquista está empapado en su esencia nacional por lo religioso, porque quiere conseguir ganar la salvación eterna como destino último de todos los españoles³⁶. Julián Pemartín sostenía que la verdad suprema a la que sirve el Estado totalitario español falangista es la *unidad de destino*. Y el destino de la nueva España no es otro que el defender la unidad católica, el mismo que tenía en su plenitud imperial.

En la España de la posguerra el Estado conseguirá establecer un importante grado de unanimidad en la propia vida de los españoles, la cual quedará modelada y condicionada por lo católico³⁷: los usos del

izquierda, con sus respectivas internacionales marxista y masónica-judaica, sus logias y demás sociedades secretas, sus Ligas de derechos del hombre, Sociedad de amigos de Rusia, Socorro Rojo Internacional, etc.". Junto con los liberales compartirán el título de antiespañoles "los masones y los comunistas, los republicanos y los separatistas" en José Antonio Portero, "La Revista de Estudios Políticos (1941-1945), en Manuel Ramírez y otros, *Las fuentes ideológicas de un régimen (España 1939-1945)*, Barcelona, Labor, 1978, pág. 40. Cfr. M. Richards, "Constructing the Nationalist State. Self Sufficiency and Regeneration in the Early Franco Years", en Claire Mar-Molinero y Angel Smith (eds.), *Nationalism and the Nation in the Iberian Peninsula*, Washington/Oxford, Berg, 1996, pag. 153.

³⁴ Cfr. A. Sáez Alba, *La otra <<cosa nostra>>, la Asociación Católica Nacional de Propagandistas*, París, Ruedo Ibérico, 1974. pág. XXIII.

³⁵ Élène de la Souchère, «Un Catholicisme Totalitaire», *Les Temps Moderns*, n° 100, París, 1954, pag. 1690. Así mismo Jacques Maritain, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, New York, La Maison française, 1942, pag. 43 y 44, insertaba al régimen franquista como dictadura de tipo totalitario clerical.

³⁶ Pedro Laín Entralgo, "Idea falangista del hombre", en la *Revista del Colegio Mayor "Jiménez Cisneros*, Universidad de Madrid, n° 2, 1943, pág. 15.

³⁷ Vid. Rafael Gómez Pérez, *Política y religión en el régimen de Franco*, Barcelona, Dopesa, 1976, pág. 156: "La religión era un elemento natural de la vida social: las navidades, con los belenes y cabalgatas de los reyes magos; las conferencias cuaresmales y ejercicios espirituales abiertos o cerrados; novenas; las procesiones de Semana Santa,

vestir, las costumbres sexuales, la manera de divertirse y expresarse, incluso el propio devenir cotidiano está impuesto por un Estado que salvaguarda celosamente la moral católica. Por otro lado, las masas estaban permanentemente movilizadas en acontecimientos religiosos multitudinarios: en procesiones, en infinidad de ejercicios espirituales, en continuas vigiliias para la adoración nocturna o en afirmaciones políticas que la mayoría de las veces culminaban con una solemne misa de campaña³⁸. Se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el pueblo español en su totalidad fue convertido en una grey permanente movilizada. Durante los años de la posguerra los seminarios se llenarán de jóvenes adoctrinados que formarán una verdadera legión dispuesta a difundir y defender la religión católica por España y por el mundo. Los niños, educados en casi su totalidad por las órdenes religiosas, eran continuamente alentados en el sacrificio, encareciéndoles que aportasen su óbolo dominical a las misiones, para que el ejército de Dios pudiese seguir su labor

las procesiones eucarísticas y para el viático de los enfermos; los rosarios a la Virgen, las fiestas de la patrona; los actos religiosos de las cofradías y hermandades”. También en S. G. Payne, *El catolicismo español*, Barcelona, Planeta, 1984, pág. 231. Según Rafael Calvo Serer, en “La Iglesia en la vida pública española desde 1936”, *Arbor*, n° 91 y 92, julio-agosto de 1953, pág. 290: “La presencia de la Iglesia es una realidad en la vida española, en todas partes: en el hogar y en la escuela, en la oficina y en la calle, en la fabrica y en el cuartel, en la Universidad y en los espectáculos, en las diversiones, en las costumbres y hasta en las relaciones íntimas”. Vid. Rafael Abella, *La vida cotidiana bajo el régimen de Franco*, Madrid, Temas de Hoy, 1996, pág. 106. Igualmente en Antonio Ghiorelli, *Tiranni, da Hitler a Pol Pot, gli uomini che anno insanguinato el novecento*, Milán, Mondadori, 2001, pág. 155.

³⁸ Ejemplo de esto son las Asambleas Eucarísticas que se llevan a cabo en muchos lugares de nuestra geografía. Así, en la Asamblea Eucarística de Azpeitia durante la procesión se congregaron 25.000 personas, y en el Congreso Eucarístico de Vizcaya se concentraron 70.000 personas. Vid. Javier Sánchez Erauskin, *Por Dios hacia el Imperio*, Donostia, 1995, pág. 34 y ss. La denuncia de la utilización propagandística de las misas de campaña por el régimen se encuentra presente en importantes miembros de la Iglesia que no comulgaban con él, como fueron el arzobispo Vidal y Barraque y su vicario general Rial. Vid., Hilari Ragner, *La pólvora y el incienso. La Iglesia y la Guerra Civil española (1936-1939)*, Barcelona, Península, 2001, pág. 382 y 401.

catequizadora del mundo. Incluso la propia vida administrativa del Estado estaba determinada por la Iglesia de tal forma que los registros eclesiásticos tenían más validez que los propios registros estatales. En definitiva, durante esta primera época las relaciones entre el Estado franquistas y la Iglesia Católica eran tan buenas que no se hacía fácil su distinción³⁹.

IV. ESPAÑA UNA GRAN POTENCIA CATÓLICA TOTALITARIA

En un artículo publicado en 1942, Francisco Javier Conde sostenía, siguiendo las tesis de Daskalakis y Carl Schmitt, que el Estado totalitario es algo inseparable de la “guerra total”⁴⁰. La moderna guerra total solamente se podía afrontar mediante una movilización íntegra de todos los recursos con los que contaban los Estados. La posibilidad de movilización absoluta de los Estados en la época contemporánea se producía por la confluencia de tres factores que el propio Conde sintetizaba en “la democratización, la idea nacional y el principio revolucionario”⁴¹.

La movilización total cancela la distinción entre combatientes y no combatientes. El carácter total de la movilización hace que ámbitos de la realidad que no eran militares, como la economía, la propaganda, e incluso las energías psíquicas y morales de los que no

³⁹ Luis García San Miguel, “Estructura y cambio del régimen político español”, *Sistema*, n° 1, enero de 1973, pág. 83. Joan Vidal, “Iglesia y sociedad en la España franquista”, *Cuadernos Ruedo Ibérico*, n° 36, abril-mayo de 1972, pág. 11, “Desde el punto de vista institucional, la Iglesia se inserta de modo eminente en el aparato político del <<Nuevo Estado>>, usufructuando determinadas parcelas del poder”.

⁴⁰ Francisco Javier Conde, “El Estado totalitario como forma de organización de las grandes potencias”, *Escorial*, Cuaderno 23, Madrid, 1942, pág. 373: “El concepto del Estado totalitario nació vinculado, no por azar sino por esencia, al concepto de guerra total”. El mismo texto vuelve aparecer en su obra *Introducción al Derecho Político Actual*, Madrid, ed. Escorial, 1942.

⁴¹ F. J. Conde, *Teoría y sistemas de las formas políticas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, pág. 202.

combaten, se vean también involucrados en la confrontación hostil; perseguían con este tipo de movilización poner todos y cada uno de los medios con los que cuenta la nación en su conjunto al servicio de una sola idea: “vencer al enemigo”⁴².

Pero este enemigo es también un enemigo total, porque todas sus fuerzas materiales y espirituales se dirigen con la máxima tensión posible contra el rival como único objetivo. Esta posibilidad de la guerra total y de un adversario total son las que hacen que surja el Estado totalitario como mejor forma de organización política frente al enemigo total. Por lo tanto, la posibilidad de enfrentarse a la guerra total hace imprescindible que el Estado moderno se configure como una *gran potencia*⁴³ económica y militar.

Para Conde es evidente que el Estado totalitario, más apto para alcanzar una movilización total como respuesta a la guerra total, constituye la forma perfecta de organización política de una gran potencia en su plenitud. Como quiera que sea, el Estado totalitario es la única posibilidad de organización de las grandes potencias para hacer frente a la posibilidad real del desencadenamiento de la guerra total.

Así las cosas, Conde, se encuentra con el gran problema de encuadrar a la España franquista en esta forma de organización específica. Sale del paso diciendo que los supuestos reales que han dado nacimiento al nuevo Estado español incitan a inscribirlo en el ámbito de los llamados Estado totalitarios. La idea límite que justifica la organización estatal totalitaria en España es la forja de una “catolicidad universal”. En este intento de realizar la idea límite, por utópica que pueda ser, “cuenta con un pueblo a quien ninguna

⁴² Carl Schmitt, “Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo”, recogido dicho trabajo en el libro *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991, pág. 138.

⁴³ Conde, *Teoría y sistemas de las formas políticas*, ob. cit. pág. 383, sostiene que la pugna de las grandes potencias modernas es, “en posibilidad, lucha total, porque el enemigo se ha convertido cualitativamente en posible enemigo total”.

empresa, por alta que fuese, ha asustado jamás”⁴⁴. Conde defiende que España, aunque no es una gran potencia moderna a la europea, puede ser una gran potencia a la española, apoyada en factores distintos de movilización. Los españoles deben ser movilizados desde su raíz por lo religioso, porque España, como especificaba Corts, es “una gran potencia en lo espiritual”⁴⁵, dispuesta a la movilización total de todos sus recursos para luchar en una verdadera guerra total contra los enemigos de la fe. Más tarde, Conde apostilla que el Estado español es la única forma política contemporánea que ha transpuesto de veras el horizonte moderno de la neutralidad inscribiéndose resueltamente en el horizonte cristiano. Toda gran potencia, en principio, debe contar con una realidad imperial, es decir, las potencias tienen que poseer un ámbito “espacial de gran extensión”⁴⁶. El Imperio es algo consustancial a las grandes potencias materiales, pero España, que es una potencia espiritual, debe tener una realidad imperial en consonancia.

Será este afán de emprender la ruta imperial que consiga adscribir a todos los pueblos hispánicos en un compromiso de unidad que hace posible la consecución de fines gigantescos. Así, los 26 puntos de la Falange Española proclamaban abiertamente que “Tenemos voluntad de Imperio. Afirmamos que la plenitud histórica de España es el Imperio”⁴⁷. Ahora bien, el Imperio español, en opinión de Antonio Tovar, se diferencia del imperialismo porque éste no se cuida de crear una cultura, a semejanza de la que España ha creado en América; en cambio, el Imperialismo se dedica a aprovecharse

⁴⁴ F. J. Conde, *Introducción al Derecho político actual*, Madrid, Ediciones Escorial, 1942, pág. 356 y 357.

⁴⁵ José Corts Grau, “Motivos de la España eterna”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 9, Madrid, 1943, pág. 23.

⁴⁶ F. J. Conde, *Introducción al Derecho político actual*, ob. cit., pág. 357.

⁴⁷ Punto n° 3, “Norma programática de la Falange Española”, recogida en José Antonio Primo de Rivera, *Obras Completas*, Dirección General de Propaganda, Madrid, 1951, pág. 496.

de los pueblos débiles⁴⁸. Luego las expansiones territoriales y conquistas, compañeras casi siempre de los Imperios o derivaciones lógicas de ellos, no son, ni pueden ser, elementos fundamentales de la constitución de un Imperio⁴⁹. Entretanto, Sánchez Reyes dirá que existen Imperios “de grandes extensiones los unos, de pequeños territorios los otros [...] Imperios asiáticos y despóticos, e Imperios que, ciegos instrumentos de la Providencia, llevan al mundo el germen de una idea civilizadora, Imperios cristianos a los que falta nervio y savia, y su vida es leve; y un Imperio, sólo un Imperio en la Historia, un Imperio católico, universal por su influencia civilizadora, que incorpora razas, que transfundió la sangre, que dio a los pueblos, el más bello ejemplo de hermandad, que se realizó la obra evangelizadora más grandiosa que se ha visto en los siglos”⁵⁰.

Señalaba Onieva que la misión de catolización universal le había sido impuesta a España por su propio destino, “porque sin duda

⁴⁸ Antonio Tovar, *El Imperio de España*, Valladolid, 1931, donde se dice que “nuestro imperialismo no va a ser un imperialismo económico”, citado en S. G. Payne, *El régimen de Franco*, Madrid, Alianza, 1987, pág. 282. Un estudio amplio sobre el imperialismo, Gay Vicente, *Qué es el Imperialismo*, Madrid, 1941, define lo que se debe entender por imperialismo y pasa revista a los diferentes imperialismos existentes.

⁴⁹ Sánchez Reyes, «Nuestro concepto de Imperio», *Revista Universidad de Oviedo*, n° 2, 1940, pág. 12. Mariano Puigdollers, “La paz, como dimensión espiritual de nuestro Imperio”, en *Revista de la Universidad de Madrid*, 1941, pág. 106, consideraba la paz como uno de los elementos esenciales con dimensión espiritual del concepto de Imperio Español.

⁵⁰ Sánchez Reyes, ob. cit., pág. 15. Parecida forma de interpretar el imperialismo la encontramos en Eleuterio Elorduy, *La idea de Imperio en el pensamiento español y de otros pueblos*, Madrid, Espasa-Calpe, 1944, pág. 163, donde reseña: “por patriotismo y por el criterio católico en que se inspira nuestro pensamiento, propondremos dar instintivamente la primacía del concepto español de Imperio.

¿Puede haber un Imperio más noble que el de una soberanía humana llamada a realizar en la tierra un plan divino? ¿Puede haber un cetro más sagrado que el que ha sido recibido de las mismas manos de Dios?”. También en Juan Contreras y López de Ayala (Marqués de Lozoya), “El Imperio español del siglo XVI y XVII como ambición ecuménica”, *Boletín de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas*, n° 264, 1-3-1941, pág. 2 y 3.

España era merecedora de ella”⁵¹. Por eso, la idea del Imperio español es la idea del Imperio católico. “Su ideal extremo será el establecimiento de la unidad católica en el mundo entero”⁵².

Entiende la doctrina franquista que cuando se habla de la nueva vocación de Imperio o de ruta imperial de España se trata de retomar el camino imperial abandonado, poniendo la espada otra vez al servicio de la fe y la civilización. Se trata de abrir de nuevo los brazos para sacrificarse por todos, frente a los nuevos peligros mundiales. Sólo sobre esa base “el Movimiento Nacional de 1936, aun antes de acabar de reconquistar a España, tiene alma y sentido imperial”⁵³. Pero las circunstancias de España distan mucho de ser como las del siglo XVI para imponer el catolicismo por la fuerza de la espada. Esto es lo que lleva a Santaló Rodríguez de Viguri a decir que el Imperio nuevo español tiene que irremediabilmente “ser concreción de lo cultural en un grado máximo, ya que la Cultura es, como dice Fermín Izurdiaga del Imperio de España, misión del Espíritu”⁵⁴. La preeminencia imperial española ya no se muestra mediante el poderío de sus ejércitos sino en la misión de sus relaciones culturales que intentan “religar los distintos pueblos en la unidad cultural de salvación”⁵⁵. La nueva voluntad de Imperio

⁵¹ Antonio J. Onieva, *¡España, Despierta! (Lo que es el Nacional Sindicalismo)*, Valladolid, 1940, pág. 70 y 75.

⁵² Manuel García Morente, *Ideas para una filosofía de la Historia de España*, Universidad de Madrid, 1943, pág. 80. También en Salvador de Lissarrague, “Esencia de lo Español”, en *Curso de Formación Política*, S. E. U., Madrid, 1945, pág. 74.

⁵³ Sánchez Reyes, ob. cit., pag. 21.

⁵⁴ José Luis Santaló Rodríguez de Viguri, *Introducción a la política del nuevo Imperio*, Valladolid, 1938, pág. 196.

⁵⁵ Alfonso García Valdecasas, “Relaciones culturales y política exterior”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 3 1941, pág. 259. Pablo Antonio Cuadra, “Política internacional y política universal de España”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n° 9, 1943, pág. 165, dice: la labor conquistadora del imperio español “es darnos como madre y misionera la lección de espiritualidad que ha de enlazarnos dentro de la libertad un poderío capaz de imponer al mundo su nueva ruta católica”. Según Lorenzo Delgado Gómez

de España estará “inseparablemente unida a la idea de misión y de influencia civilizadora y cultural”⁵⁶.

La potencia espiritual que entendían era España necesitaba, para su plena realización, un Imperio espiritual, ecuménico y evangelizador. El Imperio español pretende proyectar un nuevo humanismo, “como concreción del mundo cristiano”⁵⁷, en el ámbito de la hispanidad⁵⁸. Ese nuevo humanismo, “es de perfil y tono imperial, puesto que Imperio significa autoridad, tradición, fuerza, exaltación y cultura legendaria”⁵⁹. Esta nueva hispanidad es la que obliga a España a organizarse como “un Estado fuerte, con imperio, un Estado totalitario”⁶⁰.

V. EL NACIONALINDICALISMO COMO TOTALITARISMO HUMANISTA

Las posiciones totalitarias, por lo general, intentan producir interpretaciones en las que no se expresa explícitamente la reducción del individuo a simple instrumento o medio del Estado que inevitablemente concluye en la negación del hombre. Al contrario, sus formulaciones teóricas se presentan muy frecuentemente intentando “revalorizar al individuo a través de esa vinculación total al Estado; dirán ser incluso más auténticamente personalistas en cuanto que su resultado será, según se dice, una idea más elevada

Escalonilla, *Imperio de papel: Acción cultural y política exterior durante el franquismo*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1992, pág. 47, este imperialismo español es “esencialmente pacífico e intelectual”.

⁵⁶ Julián Pemartín, *Teoría de Falange*, Madrid, Sección Femenina de F.E.T. de la JONS, 1941, pág. 19.

⁵⁷ Salvador de Lissarrague, “Sentido de la Hispanidad”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 9, 1943, pág. 173.

⁵⁸ Cfr. Alfonso Ascanio, *España Imperio. El nuevo humanismo y la Hispanidad*, Ávila, 1939, pág. 58.

⁵⁹ Salvador de Lissarrague, ob. cit. pág. 164.

⁶⁰ A. J. Onieva, ob. cit., pág. 72.

del hombre, una imagen idealizada, ética y espiritual, realizada precisamente en la identificación con el Estado”⁶¹. La doctrina franquista también tomará este derrotero al pretender, con su visión del totalitarismo humanista, encontrar en el Estado totalitario la forma más perfecta de salvaguardia y realización de los valores personales y espirituales del hombre.

El humanismo del totalitarismo español vendrá defendido por teóricos de diferente sesgo ideológico dentro del espectro político que sostuvo al régimen. Por una parte, se encontraban los católicos, representados por Ruiz Giménez, quien señalaba que el totalitarismo español no es “un totalitarismo más”, es específicamente español, y no es copiado del italiano o del alemán, sino que es cristiano y humano⁶². También, desde posiciones católicas, Eloy Montero esgrimía que las nuevas corrientes totalitarias eran las únicas capaces de salvar a la humanidad del peligro comunista, pero debían ser encauzadas por los valores humanistas propios de la filosofía pareja al cristianismo⁶³. El católico Corts Grau definirá que la personalidad humana necesariamente se tiene que desarrollar sumisa al Estado en un carácter de colaboración, porque cuanto más acusada y cultivada se encuentre la personalidad, más “rico caudal de energía fresca se puede ofrecer al Estado”⁶⁴.

El monárquico José Pemartín expresaba que la doctrina de Hegel, respecto al absolutismo formal del Estado, es la que

⁶¹ Elías Díaz, “Sustanciación de lo colectivo y Estados totalitarios”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, 1961, pág. 77.

⁶² Joaquín Ruiz Giménez, *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, pág. 16. El propio autor nos dice: “Como no nos asustan las palabras, nos decidimos a emplear el título de totalitario, pero queriendo dar a entender con él la sumisión de todos los individuos y de todas las fuerzas políticas al bien común de la Patria, que a su vez se ordena al bien común de la humanidad”.

⁶³ Cfr. Eloy Montero, *Los Estados modernos y la Nueva España*, Montepío Diocesano Vitoria, 1936, pág. 228.

⁶⁴ José Corts Grau, “El Estado y la personalidad humana”, *Ecclesia*, n° 9, 1 de mayo de 1941, pág. 19.

determina la substancialidad jurídica de los “Fascios modernos”⁶⁵ en su concreción totalitaria. Este absolutismo jurídico hegeliano en España toma su carácter absoluto en el humanismo católico⁶⁶.

El que de una forma definitiva estructurará los parámetros fundamentales de la elaboración teórica del *Totalitarismo Humanista* fue Luis Legaz Lacambra⁶⁷, quien ya en 1937 veía como necesidad inminente en el Nuevo Estado el llevar a cabo una tarea educativa de proyección del totalitarismo humanista⁶⁸. Legaz construyó su teoría del totalitarismo humanista desde la crítica a la tesis del abate Sturzo sobre la incompatibilidad entre el cristianismo y el Estado totalitario. Legaz se manifiesta contrario a la idea de Sturzo de que el Estado totalitario es la forma “más clara y explícita del Estado panteísta”. En contraposición, sostiene que esto no se puede esgrimir del Estado totalitario que fue el de la Contrarreforma española, el cual se totalizó no para servir a la raza, a la nación o a la clase, sino para prestar servicio a la propia Iglesia y a toda la cristiandad en su conjunto, lanzando todo su potencial militar contra la herejía, monopolizando la enseñanza católicamente y negando la libertad personal y política en el sentido que establecía el propio *Syllabus*.

Legaz se opone radicalmente a la identificación entre Estado totalitario y el Estado panteísta hegeliano. Reconoce que ni la idea nacionalsocialista ni la fascista cuentan con una clara impregnación hegeliana, pero sí admite que donde verdaderamente se unen la filosofía hegeliana y las ideologías estatales de tipo totalitario será

⁶⁵ José Pemartín, ob. cit., pág. 49, identifica absolutismo formal hegeliano del Estado con el Estado totalitario.

⁶⁶ José Pemartín, ob. cit., pag. 51.

⁶⁷ Tengamos en cuenta que Luis Legaz Lacambra antes de comenzar la guerra civil formaba parte de los *Amigos de Esprit* en España y llegó a ser corresponsal de la revista dirigida por Mounier. Luego era notoria su vocación humanista-personalista. Vid. Benjamín Rivaya, “¿Quién fue el padre de Federico Sánchez?, (Legaz versus Semprum)”, *Sistema*, n° 144, Madrid, 1998, pág. 80

⁶⁸ Cfr. Luis Legaz Lacambra, “El humanismo totalitario como tarea de una educación hispánica”, *Revista de Educación Hispánica*, n° 3, 1937, págs. 15 a 21.

en la “reelaboración metafísica de los problemas del Estado y del hombre”⁶⁹, porque estas nuevas ideologías pretenden darle al Estado dignidad y valor ético frente al propio sistema liberal-burgués. Afirma que la filosofía de Hegel pertenece por completo al círculo de la filosofía cristiana y occidental, en cuanto filosofía del espíritu, como filosofía de la libertad y la personalidad, y sin embargo su doctrina del Estado suele ser motivo de escándalo. Por todo ello, para Legaz, el Estado hegeliano representa la sublimación de la libertad y la personalidad, pues el Estado sería una de las manifestaciones del espíritu objetivo, el cual es voluntad libre y no un poder objetivo ajeno o contrario a la subjetividad, sino el mismo espíritu del individuo, en tanto que lo capacita para comprenderse como sujeto y ser libre frente a toda determinación exterior. Se inclina por proclamar que la auténtica libertad sólo se puede alcanzar dentro del Estado. Así entiende que el Estado hegeliano está al servicio de la verdad objetiva y de los principios de la vida moral (en cuanto principios éticos), por lo que se garantiza la libertad por la verdad. En su opinión, Hegel fundamenta filosóficamente los regímenes totalitarios modernos, que buscan también denodadamente la proyección de la libertad en la existencia de los pueblos. Incluso llegará a confrontar el Estado derivado de la filosofía hegeliana con la idea estatal que desprende el tomismo.

El Estado totalitario, según Legaz, es la misma sociedad organizada que tiende a la realización ética de una cierta idea política o religiosa. Será la sociedad con sus “unidades naturales” familia, sindicato y municipio, quienes politizan lo social ascendiéndolas a la categoría de estatales sin que dejen de ser sociales, haciendo que el Estado abarque todo lo que es propia sociedad: Estado económico, cultural, religioso, etc. Este Estado que engloba toda la sociedad aspira, sobremanera, a poner todo al servicio de una idea

⁶⁹ Luis Legaz Lacambra, *Introducción a la teoría del Estado Nacional sindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940, pág. 203 y pág. 207.

“política”, totalitaria y nacional, la idea de la Patria como síntesis de lo trascendente.

Sostiene Legaz que en el Estado nacionalsindicalista el valor propio y específico es la idea de Patria, pero “No es la Patria en abstracto, cualquier Patria, la que honra, sino precisamente España, que es una unidad de destino que la diferencia en lo universal de cualquiera otro. El Estado es la forma de existencia ético-política de un pueblo, pero lo que le confiere el máximo valor ético es que en él se realizan los valores concretos que constituyen la esencia de la Patria”. Por lo tanto, el “Estado nacionalsindicalista es la realización en la existencia ético-política del pueblo español, de los valores morales altísimos que encarna la idea de España. Idea que sólo en el Estado tiene realización. Cuando España niega su propia idea, cuando desconoce su auténtica esencia, su Estado decae y muere. Por eso, en esta circunstancia trágica y gozosa en que España se recobra a sí misma, es un imperativo ético la tarea de instaurar de nuevo un Estado, ético y jurídico, totalitario y nacionalsindicalista, católico y humano, que salve la libertad profunda y objetive la voluntad esencial de los españoles y que muestre su íntima verdad y necesidad espiritual realizándose como Imperio”.

En su opinión la nueva cristiandad, que pretende la realización de la unidad del hombre mediante un ideal humanista cristiano, solamente puede ser forjada en un humanismo integral, totalitario. Ésta, según el criterio de Legaz, será la aportación más original de España, frente a otros pueblos que solamente consiguen rehacer el acento totalitario sobre el Estado, y estas circunstancias son las que hacen al Estado nacionalsindicalista ser totalitario, al estar asentado “sobre un humanismo totalitario”⁷⁰.

Legaz se opondrá rotundamente a quienes intentan esgrimir el personalismo, en cuanto humanismo integral, como un valor político frente al fascismo, al aprovechar la contraposición persona-Estado,

⁷⁰ Luis Legaz Lacambra, ob. cit., pág. 224 y 228.

en la que el individuo, el hombre, la persona quedarían aniquilados y absorbidos por el moderno Leviathan, porque, si Maritain había sido el encargado de dar una base filosófico-teológica, convirtiendo el personalismo en un humanismo integral, según Legaz, será José Antonio el que consiguió establecer en su discurso ideológico un verdadero humanismo integral, al afirmar que el respeto a la libertad profunda de la persona se alcanza solamente cuando se estima al propio hombre portador de valores eternos. Tenemos, pues, que no sólo ha sido perfilado un concepto nuevo y entero de la vida, sino que queda perfectamente delimitado este esencial personalismo de todo individualismo, liberalismo o personalismo político. Es entonces cuando se ve que “el personalismo aplicado a la política es un fraude, porque no tiene en cuenta al hombre total, en su unidad, sino sólo la <<persona>> superpuesta a la Ciudad [Estado], como en Maritain”⁷¹, porque el Estado, a juicio de Legaz, con ser altísima cosa, nunca puede ser la más alta; así “el Estado es ético, pero no es la eticidad; el Estado puede ser totalitario, pero a condición de que realice totalitariamente la libertad esencial del hombre, la vida moral de la persona”⁷². El único humanismo posible es el integral o totalitario, más integral que el de Maritain que sólo es un mero personalismo, porque la realización de la libertad humana es solamente posible cuando el hombre funde su destino en la consecución de los destinos patrios⁷³. De forma que el hombre no será verdaderamente libre en el Estado “cuando posee libertad de discrepar, sino cuando le presta aquel asentimiento

⁷¹ Luis Legaz Lacambra, ob. cit., pág. 248.

⁷² Luis Legaz Lacambra, “Prólogo a la obra de Giovanni Gentile”, *Los fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1944, pág. 12.

⁷³ Luis Legaz Lacambra, *Introducción a la teoría del Estado Nacional Sindicalista*, ob. cit., pág. 249, 250 y 251. Sostiene que “el humanismo totalitario que postula el nacionalsindicalismo puede ser la base de un Estado totalitario en el que los valores humanos y personales estén garantizados como valores eternos e intangibles.”

profundo que implica una fusión espiritual”⁷⁴, y será en esta plena configuración cuando el hombre consigue realmente ser libre. En opinión de Legaz es a España y a su nacionalsindicalismo a quienes corresponde elaborar la nueva concepción humanista, en la que el respeto al hombre en cuanto hombre resulte una verdad fecunda que el mundo debe aprender⁷⁵. Destaca que el humanismo totalitario español es una de las características más acusadas del pensamiento de José Antonio, porque “sólo se supera de verás al hombre cuando se le estima, como nosotros lo estimamos, portador de valores eternos”⁷⁶.

VI. EL TOTALITARISMO SUBJETIVO DE LOS CATÓLICOS

Si entre la doctrina franquista existía un casi unánime acuerdo en calificar al Estado español como totalitario, no existía la misma armonía a la hora de ver el grado de intervencionismo que el Estado y el partido debían tener en el nuevo Estado español que se pretendía totalitario. Así, los falangistas se proclamaban partidarios de una intervención absoluta del Estado y del partido en todos los ámbitos de la sociedad. A este totalitarismo estatalista a ultranza de los falangistas se opondrían, en cierta manera, los católicos, quienes, partiendo de las premisas vaticanas, desarrollaron la teoría del *totalitarismo subjetivo*.

⁷⁴ Luis Legaz Lacambra, “Prólogo a la obra de Karl Larenz”, *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1942, pág. 4.

⁷⁵ Vid, Luis Legaz Lacambra, “Sentido humanista del Nacionalsindicalismo”, *Jerarquía*, n° 3, 1938, pág. 251.

⁷⁶ Luis Legaz Lacambra, *Introducción a la teoría del Estado Nacionalsindicalista*, ob. cit., pág. 253. Este humanismo totalitario “se considera, pues, occidental, español y cristiano, y eso le lleva a comenzar la revolución, la construcción de un orden nuevo, por el individuo, que encarne en valor libre y eterno [...]. No es para el individuo del individualismo para lo que pide respeto y libertad, sino para el hombre, íntegramente, esto es cristianamente entendido”.

El máximo exponente de esta modalidad de totalitarismo fue el padre Joaquín Azpiazu, quien, en 1939, apuntaba que el naciente “Estado Católico Español” debía huir de constituirse en un totalitarismo estatal absoluto o extremo, porque tal sistema es contrario a la realización del bien común, que, según la doctrina pontificia, es el fin último del Estado católico⁷⁷. El Estado católico, al que el autor denomina “Estado Personalista”⁷⁸, debe distinguirse del Estado liberal, pero también del Estado absolutista exagerado, que Azpiazu identifica con el totalitarismo estatal abusivamente entendido a la manera que mostraba la famosa cita mussoliniana: “Todo por el Estado, nada contra el Estado y nada fuera del Estado”. En opinión de Azpiazu, esto representaba la posición del Estado con respecto a los individuos, no la elisión de éstos con relación a un querer desconocido para ellos. Son estas circunstancias las que lo llevan a sostener que el Estado católico (personalista) es una vía intermedia que se puede sintetizar en el mínimo necesario de libertad que “es el poder que todo hombre tiene de ejercer y desarrollar su actividad física, intelectual y moral conforme a su destino personal, sin que ni el prójimo ni el Estado puedan poner otras restricciones que las que sean necesarias al destino de todos”⁷⁹.

Joaquín Azpiazu no se declara en ningún momento antitotalitario. Ahora bien, arremeterá duramente contra un tipo

⁷⁷ Cfr. Joaquín Azpiazu, *El Estado Católico (Líneas de un ideal)*, Madrid - Burgos, ed. Rayfe, 1939, pág. 16 y 17.

⁷⁸ J. Azpiazu, ob. cit., pág. 145: “El Estado Católico, pues, no debería ser ni liberal ni autoritario en exceso, ni adorador galante de la libertad con desprecio de la autoridad, ni exaltador de una autoridad que sometiese y sojuzgase a su arbitrio a la libertad. Este es el Estado en que más estrechamente se abrazan la libertad y la autoridad, hijas de Dios ambas, nacidas para una misma finalidad, la de enaltecer y realizar la persona humana; aquélla, sublimándola y haciéndola capaz de merecer sobrenaturalmente la vida eterna; ésta, dirigiéndola y ayudándola al desenvolvimiento y desarrollo de la personalidad”. Aquí vemos cómo el Estado católico personalista tiene idénticas connotaciones al establecido por el “Totalitarismo Humanista”.

⁷⁹ *Ibidem* 146.

de totalitarismo muy preciso, y no frente al totalitarismo en sentido general, estableciendo una marcada distinción entre dos tipos de totalitarismo. Así argumenta: “Para muchos -equivocadamente, a nuestro juicio- Estado totalitario significa Estado que asume en sus manos la dirección y control de todos los asuntos de la nación. Este concepto es totalmente falso y hay que desterrarlo. De ser esto verdad, Estado totalitario equivaldría a Estado socialista, o por lo menos, pariente muy próximo de él. Porque esa es precisamente la característica del Estado socialista: la centralización de todas las actividades del país”⁸⁰.

Para este Estado totalitario viene a ser lo mismo que Estado autoritario⁸¹, siendo diferente del Estado dictatorial, tipo de Estado que impregna de forma sustancial las manifestaciones políticas mussoliniana y hitleriana. El Estado corporativo, que él defiende como mejor forma de organización de la sociedad, ha de ser totalitario. Con esto no quiere indicar que el Estado haya de absorber todas las funciones de las economías privadas y públicas y deba tener en su mano todas las fuerzas de la nación, lo que sería completamente anticristiano. De ahí que, para Azpiazu, el Estado Español sería un Estado totalitario, pero radicalmente distinto del régimen socialista y comunista centralizante, ya que “este régimen totalitario no es ni el que quiere España, ni menos el tradicional español”⁸². El totalitarismo defendido por Azpiazu se consigue solamente con “un Estado fuerte con un Poder enérgico y respetado, no mediatizado; venerado como divino, no como meramente humano; que una todas las fuerzas sociales hacia un fin - el bien común -, [...]”; pero todo ello con el máximo respeto de la santa

⁸⁰ J. Azpiazu, “Estado Tradicional y Estado Totalitario”, *Razón y Fe*, octubre, 1937, pág. 187 y 188; también en *El Estado Católico*, ob. cit., pág. 160.

⁸¹ Cfr. J. Azpiazu, *El Estado Corporativo*, Ed. Razón y Fe, Madrid, 1936, pág. 351. La primera edición es de 1934.

⁸² J. Azpiazu, “Estado Tradicional y Estado Totalitario”, ob. cit., pág. 188; y en *El Estado Católico*, ob. cit., pag. 161.

libertad individual, dentro de su esfera”⁸³.

Azpiazu mantiene que el Estado totalitario español se debe desarrollar dentro del genuino espíritu católico, no pudiendo vaciarse de los moldes de cuño legítimo tradicional en los que irremediablemente tiene que moverse. Tendrá que ser, en su opinión, un totalitarismo de talante nacional donde las influencias extranjeras nunca desvirtúen sus raíces tradicionales. Criticará a los partidarios del totalitarismo a ultranza, que se encuentra diametralmente opuesto al espíritu católico y que empiezan por suponer que el bien común, cuyo garante principal es el Estado, solamente se realiza a través de éste. Esto llevará al padre Azpiazu a decir que existen en la sociedad instituciones o algunas sociedades naturales, como son la familia, el municipio o la profesión organizada⁸⁴, que ejercen su misión natural de promoción hacia el bien común. No sólo estas sociedades naturales promueven la consecución del bien común, también las instituciones culturales tienden hacia esta misma realización social. Por tal razón, Azpiazu muestra su repulsa expresa ante los que creen que el bien común lo alcanzaría mejor aquel Estado que todo lo absorbe, porque para él la manera preferible de conseguir “el Estado el bien común es realizarlo, en cuanto es posible, por medio de las instituciones naturales inferiores existentes y no por sí mismo; es decir, dejando de ser totalitario a ultranza”⁸⁵. Pues si el Estado quiere llevar a cabo el bien común destruyendo este principio de subsidiariedad, rompiendo de forma clamorosa con la familia, la profesión, la Iglesia, o la vida cultural, aunque siempre sea con la mejor de las intenciones, resultaría antinatural y entraría en pugna con el bien individual, haciendo de los hombres verdaderos esclavos, porque la función del Estado es la de procurar

⁸³ J. Azpiazu, “Estado Tradicional...”, pág. 190; y en *El Estado Católico*, ob. cit., pág. 163.

⁸⁴ Cfr. J. Azpiazu, “Entre el individuo y el Estado”, *Razón y Fe*, septiembre - diciembre de 1939, pág. 57 y 58.

⁸⁵ J. Azpiazu, *El Estado Católico*, ob. cit., pág. 170.

el mayor bien común a la sociedad, llevándolo a cabo forzosamente a través de los mismos individuos que componen la sociedad, procurando a la vez compatibilizar el máximo de bien común con el bien individual, pues el Estado es para el individuo y no al revés.

El Estado totalitario a ultranza, en opinión de Azpiazu, hay que rehuirlo a toda costa⁸⁶, y esto se puede evitar no tomando crudos totalitarismos como copia⁸⁷. Así describirá al Estado totalitario español de la siguiente manera: “no ha de ser totalitario en sentido objetivo o a ultranza, sino en sentido subjetivo, debe estar dotado de un Poder total y soberano, fuerte y no mediatizado, encauzador y no entrometido; que trabaje por acostumar al individuo y a la sociedad a cumplir sus deberes primordiales”⁸⁸. Este tipo de totalitarismo es el que Azpiazu califica como subjetivo, que es aquel que “para todo aquello que es de competencia del Estado según sus propios fines, se atenga a las direcciones del Estado y del régimen y defensa de él la totalidad de los ciudadanos de un Estado; que cabe, por tanto, atribuir al Estado y al régimen un totalitarismo que podremos llamar subjetivo. Pero no podemos decir lo mismo de un totalitarismo objetivo en el sentido de que la totalidad de los ciudadanos deba atenerse al Estado y depender de él, y peor aún de sólo él, o de él principalmente, para todo aquello que pueda ser necesario para el desenvolvimiento de su vida individualmente,

⁸⁶ *Ibidem* pág. 172. Juan José Ruiz Rico, en *El papel político de la Iglesia Católica en la España de Franco*, Madrid, Tecnos, 1977, pág. 123, sostenía: “La Iglesia rechazaba el totalitarismo siempre que amenazaba su posición de privilegio o contradecía sus doctrinas”. De forma más genérica en Guy Hermet, «Les fonctions politiques des organisations religieuses dans les régimes à pluralisme limité», en *Revue Française de Science Politique*, Vol XVIII, n° 3, 1973, pag. 443.

⁸⁷ Cfr. J. Azpiazu, *El Estado Católico*, ob. cit., pág. 176. Podemos apreciar cómo Azpiazu intenta desligar al régimen español de otros regímenes que se conceptualizan como totalitarios, como era el caso de nacionalsocialismo alemán, consecuencia de la encíclica contra el nazismo del Papa Pío XI en el año 1937.

⁸⁸ J. Azpiazu, “El Estado Tradicional y Estado Totalitario”, ob. cit., pág. 192.

espiritual y sobrenatural”⁸⁹. El totalitarismo objetivo o a ultranza será por lo tanto anticristiano, porque este totalitarismo objetivo, hace “pasar todos los poderes por medio de un Poder supremo, que es el político. Todas las organizaciones profesionales, instituciones escolares, pasan o están dominadas por el sector político, que las controla y sigue”⁹⁰.

Azpiazu aboga por que frente a este tipo de totalitarismo objetivo que no permite a la Iglesia desempeñar su papel mediante sus instituciones escolares, culturales, etc, debe surgir en el horizonte político español el poder tradicional que, identificándose plenamente con el totalitarismo subjetivo, deja autónomos todos los poderes institucionales, pero manteniéndolos el jefe en su mano, ligándolos a su persona o jefatura, y es en este totalitarismo tradicional en el que el Estado actuará “dejando la máxima libertad a las funciones que él tiene obligación de cumplir, únicamente por vía subsidiaria, cuando la sociedad falta a sus deberes”⁹¹. Esto no menoscabaría el poder tradicional o totalitarismo subjetivo, pues el poder puede ser tan fuerte como en el régimen totalitario objetivo, ya que puede mantener en una mano todas las riendas, no mediatizadas por su organismo político, sino unidas directamente en la misma cabeza del Estado, que mantiene así todos los poderes.

Finalmente, Azpiazu hace patente la coincidencia del totalitarismo subjetivo con el régimen diciendo: “en diversas ocasiones se ha dicho por parte del jefe del Estado español y de algunos de los que junto a él gobiernan la nueva España, que el Estado que ha de surgir del

⁸⁹ J. Azpiazu, *El Estado Católico*, ob. cit., pág. 177. Parece ser que la teoría del totalitarismo subjetivo fue expresada por primera vez por el Papa Pío XI en una carta dirigida al arzobispo de Milán, el cardenal Schustes. Vid. sobre el tema P. Milza y S. Berstein, *Le fascisme italien*, Paris, Ed. Seuil, 1980, pág. 270. Igualmente a Leonard Schapiro, *El Totalitarismo*, Fondo Cultura Económica, México, 1972, pag. 62 y Alberto Acquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965.

⁹⁰ J. Azpiazu, *El Estado Católico*, ob. cit., pág. 178.

⁹¹ J. Azpiazu, *Orientaciones cristianas del Fuero del Trabajo*, Burgos, ed. Rayfe, 1939, pág. 21.

desenlace de esta sangrienta guerra, ha de tener dos caracteres [...]: ha de ser un Estado tradicional que se sirva la savia de la riquísima tradición medieval española, y a la vez un Estado totalitario, fuerte y riguroso”⁹². Por todo ello, el Estado totalitario español “significa, ante todo y sobre todo -y ello está en el ánimo del pueblo-, Estado fuerte y vigoroso, representativo de las fuerzas del país”⁹³.

En esta misma línea, José Soler y Díaz Guijarro establecía que los estados totalitarios están perfectamente de acuerdo con la doctrina de la Iglesia, en cuanto robustecen la autoridad y producen una integración de fuerzas. Defenderá como modelo a seguir por la nueva España el totalitarismo subjetivo, según el cual: “todo aquello que es de competencia del Estado, según sus propios fines, se atenga a las direcciones del Estado y del régimen y dependan de él la totalidad de los ciudadanos”⁹⁴.

El canónigo de la catedral de Palencia, Laureano Pérez Mier, se manifestaba también partidario de calificar el totalitarismo del nuevo Estado español, que afirma el valor intangible de la dignidad humana, de la integridad y de la libertad del hombre, como subjetivo, estimando que nada tiene que ver con el totalitarismo absoluto repudiado por Pío XI⁹⁵.

VII. EL ESTADO HISPÁNICO TOTALITARIO SOLIDRISTA

El profesor de Derecho Político de Zaragoza Luis Del Valle en la segunda edición de su obra *Hacia una nueva fase histórica del Estado* declaraba que el movimiento español “nacional solidalista”⁹⁶ aspiraba

⁹² J. Azpiazu, “El Estado Tradicional y Estado Totalitario”, ob. cit., pág. 118.

⁹³ J. Azpiazu, *El Estado Católico*, ob. cit., pág. 187.

⁹⁴ José Soler y Díaz Guijarro, “Concepto del Estado”, *Boletín de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas*, n° 247, 15-4-1940, pág. 3.

⁹⁵ Cfr. Laureano Pérez Mier, *Iglesia y Estado Nuevo*, Madrid, Fax, 1940, pág. 465.

⁹⁶ Luis Del Valle, *Hacia una nueva fase histórica del Estado*, Zaragoza, Atheneum, 1937, pág. 15.

a crear un Estado hispánico, de honda raigambre nacionalista, que trabaje en pos de un verdadero desarrollo nacional. Entendía que el Estado nacionalista era la mejor forma suprema política que la comunidad nación podía adoptar en busca de la consecución de su ideal nacional. Es entonces cuando el Estado se transforma en una persona moral, en una organización teleológica⁹⁷. Esto no quiere decir que el Estado tenga un fin en sí mismo y para sí, sino que es una organización que sirve como medio a un fin más alto: realizar el destino nacional. Así, la fuerza y el poder propio del Estado se dignifican al poner toda su voluntad al servicio de un ideal⁹⁸. De este modo, la concepción nacionalista se integra y complementa con el concepto solidarista, “preparando el terreno fecundo del estado totalitario”⁹⁹.

El solidarismo que pretende Del Valle es orgánico, porque prescinde del puro individuo, que queda convertido en un órgano de la comunidad y, por lo tanto, del Estado. La superación del individualismo y el establecimiento del nexo de unión perfecto entre el individuo y la comunidad lo consigue a través de la doctrina de la personalidad, que considera al hombre en tanto miembro de una sociedad organizada, en la que solamente pueda vivir en cuanto ejerza un oficio con la mayor perfección posible en interés de la comunidad misma¹⁰⁰. De esta manera consigue transformar el Estado gregario de la mayoría en un Estado nuevo, cuyo carácter principal sería la solidaridad nacional que persigue esta nueva personalidad. Del Valle catalogará a esta nueva doctrina personalista como nacionalista-solidaria-orgánica, de la cual considera que son sus expresiones históricas el nacionalsocialismo alemán, el fascismo italiano y el nacional-sindicalismo español.

⁹⁷ Cfr. Luis del Valle, *Derecho Político General*, Zaragoza, 1943, pág. 44.

⁹⁸ Cfr. Luis del Valle, *El Estado Nacionalista, Totalitario, Autoritario*, Zaragoza, Atheneum, 1940, pág. 119.

⁹⁹ *Ibidem*, pág. 124

¹⁰⁰ Cfr. Luis del Valle, *Democracia y jerarquía*, Zaragoza, Atheneum, 1938, pág. 39.

Cree el profesor de derecho político de la Universidad de Zaragoza que en toda “Comunidad perfecta” el individuo tiene que dejar de ser egoísta, ya sea conscientemente o por coacción normativa e imperante del Estado, para convertirse, mediante este tipo de investidura orgánica, en servidor de una misión social, de una función pública que sirve al ideal de destino. La consecución de este objetivo necesita que se produzca una gran revolución espiritual, cultural y mística, que se construya una nueva filosofía social, “que nos vuelva profundamente a Dios, que aspira a que los hombres lleguemos a ser sus órganos en el mundo, para el cumplimiento del Deber y el triunfo de la Justicia”.

Del Valle estima que la única dirección salvadora se encuentra en el deber como único camino para llegar al ideal divino de salvación. “Por el Deber hacia Dios. He ahí la verdad suprema y definitiva”. El deber ofrece dos modalidades fundamentales: el deber del individuo, como puro individuo, que persigue la virtud y la perfección personal, cuya dirección suprema toca a la Iglesia; y el deber del individuo, en cuanto ser social, en cuanto órgano de la comunidad misma para su propio destino, “que es camino de renunciación de su *yo*, de superación personal, de subordinación y coordinación, cuya suprema dirección toca al Estado”¹⁰¹. Entonces tanto la Iglesia como el propio Estado se convierten en instrumentos de Dios en la historia para conseguir el triunfo del deber, como único camino directo que lleva a Dios y, por lo tanto, hacia la única y verdadera felicidad.

Esta nueva filosofía social cristiana, siempre siguiendo la opinión de Del Valle, diluye la concepción dialéctica liberal, de la existencia de una sociedad frente al Estado, y en su lugar establece una sociedad que se transforma en una comunidad nacional con vida sustantiva propia que, a su vez, se constituye en el Estado mismo. El Estado que así se forma se organiza totalitariamente para lograr

¹⁰¹ Luis del Valle, *El Estado Nacionalista, Totalitario, Autoritario*, ob. cit., pág. 130.

una intercomunicación constante con la sociedad. Es mediante el totalitarismo como el Estado alcanza su plenitud al conseguir que exista una verdadera concepción política y la nación-comunidad logra su máxima perfección, porque todo lo nacional se hace político y todo lo político se organiza y realiza en función nacional. Esta nueva forma de Estado totalitario tiene que impregnarlo todo, por lo que debe ordenar y tomar a su cargo cada uno de los contenidos de la existencia social. Al penetrarlo todo el Estado, los problemas económicos y sociales se transforman en problemas políticos, la sociedad es plenamente asimilada por el Estado, modificando sus diferentes áreas en: “Estado económico, Estado cultural, Estado previsor, Estado benéfico”¹⁰².

A tenor de lo anterior, Del Valle entiende que el Estado totalitario es aquel cuyo poder ante ningún ámbito de la vida humana se detiene. El poder lo alcanza todo, lo condiciona todo y lo regula todo, por lo que el Estado totalitario tendrá una estrecha relación con el Estado autoritario.

Frente al Estado liberal, que representa el mínimo de intervención, surge esta concepción orgánica totalitaria de máxima intervención y actividad, para obtener la realización más perfecta de la solidaridad nacional en la consecución del destino nacional. Es la confluencia de la voluntad individual y nacional en la idea de destino la que consigue transformar la voluntad puramente personal en orgánica ultrapersonal.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El régimen franquista, pese a lo que algunos pretenden, surge con una clara e ineludible vocación totalitaria, que se constata en los grandes discursos institucionales, declaraciones programáticas, entrevistas periodísticas e incluso en la propia legislación. La

¹⁰² *Ibidem*, pág. 149.

España franquista buscaba la construcción de un Estado totalitario en España, siguiendo los modelos totalitarios de Italia y Alemania. Si en estos países la idea límite finalista era la defensa de nación y la raza, respectivamente, en España era la defensa y expansión de la religión católica en el mundo, considerado consustancial a la propia esencia nacional española. De forma que el Estado totalitario español intentó poner todas sus posibilidades materiales al servicio del catolicismo.

Por otro lado, la Iglesia en ningún momento renegó de un Estado que llegó a imponer con violencia sus postulados morales a toda la sociedad española; es más, estaba tan de acuerdo con este tipo de Estado que incluso admitió un cierto grado de ingerencia en su sistema organizativo.

Este singular tipo de totalitarismo no sólo fue pretendido por los falangistas, sino que fue admitido de buena gana por el resto de las facciones políticas que apoyaron el régimen: monárquicos, católicos e incluso tradicionalistas. Las cuatro interpretaciones del totalitarismo español que aquí estudiamos son una muestra de cómo toda la doctrina intentó caracterizar el régimen como totalitario.

En este sentido, podemos decir que los valores católicos que impregnaban el sustrato ideológico conservador (que la sociología norteamericana y el propio Linz utilizan para no caracterizar al Estado franquista como totalitario) eran precisamente lo que esgrimía la doctrina política española franquista de finales de los treinta y principios de los cuarenta para fundamentar la necesidad de la constitución de un Estado totalitario al servicio y expansión de la religión católica.

IX. FUENTES

1. BIBLIOGRAFÍA

ABELLA, Rafael, *La vida cotidiana bajo el régimen de Franco*, Madrid, Temas de Hoy, 1996.

ACQUARONE, Alberto, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Giulio Einaudi, 1965

ÁLVAREZ BOLADO, Alfonso, *El experimento del Nacionalcatolicismo (1939-1975)*, Madrid, Cuadernos para el Dialogo, 1976.

ASCANIO, Alfonso, *España Imperio. El nuevo humanismo y la Hispanidad*, Ávila, 1939.

AZPIAZU, Joaquín, *El Estado Católico (Líneas de un ideal)*, Madrid-Burgos, Rayfe, 1939.

ORIENTACIONES CRISTIANAS DEL FUERO DEL TRABAJO, Burgos, Rayfe, 1939

BOTTI, Alfonso, *Cielo y dinero. El Nacionalcatolicismo en España (1881-1975)*, Madrid, Alianza, 1992.

CANTERO, Pedro, *La hora Católica en España*, Madrid, Ruta, 1942.

CONDE, Francisco Javier, *Introducción al Derecho Político Actual*, Madrid, Escorial, 1942.

TEORÍA Y SISTEMAS DE LAS FORMAS POLÍTICAS, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944.

DELGADO GÓMEZ ESCALONILLA, Lorenzo, *Imperio de papel: Acción cultural y política exterior durante el franquismo*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1992

DÍAZ, Elías, *Notas para una Historia del pensamiento español actual*, Madrid, Edicusa, 1974.

EL PENSAMIENTO ESPAÑOL EN LA ERA DE FRANCO, Madrid, Tecnos, 1983.

- ELORDUY, Eleuterio, *La idea de Imperio en el pensamiento español y de otros pueblos*, Madrid, Espasa - Calpe, 1944.
- FENECH, Miguel, *La posición del juez en el Nuevo Estado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941
- FRANCO BAHAMONDE, Francisco, *Palabras del Caudillo*, Madrid, F.E., 1939.
- FRIEDRICH, Carl J y BRZEZINSKI, Z. K., *Totalitarian Dictatorship and Autocracy* New York, Harper, 1956.
- GARCÍA MORENTE, Manuel, *Ideas para una filosofía de la Historia de España*, Universidad de Madrid, 1943.
- GENTILE, Emilio, “El fascismo y la vía italiana al totalitarismo”, en PÉREZ LEDESMA, Manuel (comp), *Los riesgos para la democracia. Fascismo y neofascismo*, Madrid, Pablo Iglesias, 1997.
- GHIORELLI, Antonio, *Tiranni, da Hitler a Pol Pot, gli uomini che anno insanguinato el novecento*, Milán, Mondadori, 2001.
- GIMÉNEZ CABALLERO, Ernesto, *La nueva catolicidad. Teoría general sobre el Fascismo en Europa: en España*, Madrid, La Gaceta Literaria, 1933.
- GOMÁRIZ, Enrique, “La reproducción del pasado”, en MUÑÓN DE LARA, Manuel y otros, *Ideología y sociedad en la España contemporánea. Por un análisis del franquismo*, Madrid, Cuadernos para el Dialogo, 1977.
- GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Política y religión en el régimen de Franco*, Barcelona, Dopesa, 1976.
- HILLS, George, *Monarquía, República y Franquismo, 1868-1974*, Madrid, San Martín, 1975.
- INKELES, Alex, “Totalitarianism and Ideologie”, en la obra de Carl J. Friedrich (ed.), *Totalitarianism*, Cambridge, Harvard University Press, 1954.

- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Crisis política y transición al pluralismo en España (1975-1978)”, en PREDIERI, Alberto y GARCÍA DE ENTERRÍA, Enrique *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro, *Los valores morales del Nacionalsindicalismo*, Madrid, 1941.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Introducción a la teoría del Estado Nacionalsindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940.
- PRÓLOGO A LA OBRA DE KARL LARENZ, *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1942.
- PRÓLOGO A LA OBRA DE GIOVANNI GENTILE, *Los fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1944.
- PANORAMA POLÍTICO ESPAÑOL CONTEMPORÁNEO*, Madrid, Colegio Mayor Universitario “Marqués de la Ensenada”, 1968.
- LINZ, Juan J., “An Authoritarian Regimen: The Case of Spain”, en Eric Allard e Yrjo Littunen (comps), *Cleverages, Ideologies, and Party Systems*, Westermarck Society, 1964. Dicho trabajo fue publicado en castellano en “Una teoría del régimen autoritario. El caso de España”, en FRAGA, Manuel y otros, *La España de los años setenta III: El Estado y la política*, Madrid, Moneda y Crédito, 1974.
- DE LISSARRAGUE, Salvador “Esencia de lo Español”, *Curso de Formación Política*, S. E. U., Madrid, 1945.
- M. RAMA, Carlos, *La crisis española del siglo XX*, Madrid, F. C. E., 1976.
- MANOILESCO, Mihail, *El Partido Único*, Zaragoza, 1938.
- MARITAIN, Jacques, *Les droits de l’homme et la loi naturelle*, New York, La Maison française, 1942.

- MENÉNDEZ REIGADA, Ignacio G. *Catecismo patriótico español*, Salamanca, 1937.
- MILZA, P. y BERSTEIN, S., *Le fascisme italien*, Paris, Seuil, 1980.
- MONTERO, Eloy, *Los Estados modernos y la Nueva España*, Montepío Diocesano Vitoria, 1936.
- MORENO HERRERO, Francisco (Marqués de la Eliseda), *Fascismo, Catolicismo, Monarquía*, Madrid, Fax, 1935.
- EL SENTIDO FASCISTA DEL MOVIMIENTO NACIONAL*, Santander, Aldus, 1939.
- ONIEVA, Antonio J., *¡España, Despierta! (Lo que es el Nacional Sindicalismo)*, Valladolid, 1940.
- PAYNE, Stanley G. *El catolicismo español*, Barcelona, Planeta, 1984.
- EL RÉGIMEN DE FRANCO*, Madrid, Alianza Universidad, 1987.
- PEMARTÍN, José, *Qué es <<lo nuevo>>*, Madrid, Espasa-Calpe, 1940.
- PEMARTÍN, Julián *Teoría de Falange*, Madrid, Sección Femenina de F.E.T. de la JONS, 1941.
- PÉREZ MIER, Laureano, *Iglesia y Estado Nuevo*, Madrid, Fax, 1940.
- PORTERO, José Antonio “La Revista de Estudios Políticos (1941-1945), en RAMÍREZ, Manuel y otros, *Las fuentes ideológicas de un régimen (España 1939-1945)*, Barcelona, Lábor, 1978.
- PRIMO DE RIVERA, José Antonio, *Obras Completas*, Madrid, Dirección General de Propaganda, 1951.
- RAMÍREZ, Manuel, “La ideología en el régimen totalitario. El caso de España”, en RAMÍREZ, Manuel y otros, *Las fuentes ideológicas de un régimen (España 1939-1945)*, Zaragoza, Pórtico, 1978.
- RAGUER, Hilari, *La pólvora y el incienso. La Iglesia y la Guerra Civil española (1936-1939)*, Barcelona, Península, 2001.

- RICHARDS, M. “Constructing the Nationalist State. Self Sufficiency and Regeneration in the Early Franco Years”, en MARMOLINERO, Claire y SMITH, Angel (edts), *Nationalism and the Nation in the Iberian Peninsula*, Washington/Oxford, Berg, 1996.
- RUIZ GIMÉNEZ, Joaquín, *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944.
- RUIZ RICO, Juan José, en *El papel político de la Iglesia Católica en la España de Franco*, Madrid, Tecnos, 1977.
- SÁEZ ALBA, A. (Pseudónimo ROJAS MARCOS, Alejandro) de *La otra <<cosa nostra>>, la Asociación Católica Nacional de Propagandistas*, París, Ruedo Ibérico, 1974.
- SÁNCHEZ ERAUSKIN, Javier, *Por Dios hacia el Imperio*, Donostia, 1995.
- SÁNCHEZ RECIO, Glicerio, “La coalición reaccionaria y la confrontación política dentro del régimen franquista”, en TUSELL, Javier, PECHARROMAN, Julio y MONTERO, Feliciano, *Estudios sobre la derecha española contemporánea*, Madrid, U.N.E.D., 1993.
- SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURI, José Luis, *Introducción a la política del nuevo Imperio*, Valladolid, 1938.
- SCHAPIRO, Leonard, *El Totalitarismo*, México, Fondo Cultura Económica, 1972.
- SCHMITT, Carl, “Sobre la relación entre los conceptos de guerra y enemigo”, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1991.
- SEVILLANO CALERO, Francisco, “Totalitarismo, fascismo y franquismo: el pasado y el fin de las certidumbres después del comunismo”, en MORENO FONSERET, Roque y SEVILLANO CALERO, Francisco (eds), *El franquismo. Visiones y balances*, Universidad de Alicante, 1999,

- SILIO, César, *Trayectoria y significación de España: Del tiempo viejo al tiempo nuevo*, Madrid, Espasa-Calpe, 1939.
- SOLER Y DÍAZ GUIJARRO, José “Concepto del Estado”, *Boletín de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas*, nº 247, 15-4-1940.
- SUEIRO, Daniel y DÍAZ NOSTY, Bernardo *Historia del franquismo*, Madrid, Sarpe, 1986.
- TOVAR, Antonio, *El Imperio de España*, Valladolid, 1931.
- VALOR HISTÓRICO Y FILOSÓFICO DEL SINDICALISMO, en el *I Congreso Sindical de la Falange*, Madrid, 1940.
- DE URRUTIA, Federico, *Por qué la Falange es Católica*, Madrid, 1942
- DEL VALLE, Luis, *Hacia una nueva fase histórica del Estado*, Zaragoza, Atheneum, 1937.
- Democracia y jerarquía*, Zaragoza, Atheneum, 1938.
- El Estado Nacionalista, Totalitario, Autoritario*, Zaragoza, Atheneum, 1940.
- VIÑAS, Ángel, *La otra cara del Cuadillo. Mitos y realidades en la biografía de Franco*, Barcelona, Crítica, 2019.

2. HEMEROGRAFÍA

- ABELLÁN, Manuel y OSKAM, Jeroen, “Función social de la censura eclesiástica. La crítica de libros en la revista *Ecclesia*”, *Journal of Interdisciplinary Literary Studies*, Nº 1, 1989.
- AZPIAZU, Joaquín, “Estado Tradicional y Estado Totalitario”, *Razón y Fe*, octubre, 1937.
- ENTRE EL INDIVIDUO Y EL ESTADO, *Razón y Fe*, septiembre - diciembre de 1939.

- BOTTI, Alfonso, “El franquismo en la historiografía italiana y la mirada del otro sobre los relatos de otras miradas”, *Ayer*; n° 31, 1998.
- CALVO SERER, Rafael, “La Iglesia en la vida pública española desde 1936”, *Arbor*, n° 91 y 92, julio-agosto de 1953.
- CONDE, Francisco Javier, “El Estado totalitario como forma de organización de las grandes potencias”, Escorial, Cuaderno 23, Madrid, 1942.
- CONTRERAS Y LÓPEZ DE AYALA, Juan (Marqués de Lozoya), “El Imperio español del siglo XVI y XVII como ambición ecuménica”, *Boletín de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas*, n° 264, 1-3-1941
- CORTS GRAU, José, “El Estado y la personalidad humana”, *Ecclesia*, n° 9, 1 de mayo de 1941.
- MOTIVOS DE LA ESPAÑA ETERNA, *Revista de Estudios Políticos*, n° 9, Madrid, 1943.
- CUADRA, Pablo Antonio, “Política internacional y política universal de España”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n° 9, 1943
- CHUECA, Ricardo y MONTERO, José Ramón, “Fascista y católico: el pastiche ideológico del primer franquismo”, *Revista de Occidente*, n° 223, diciembre de 1999.
- DÍAZ, Elías, “Sustanciación de lo colectivo y Estados totalitarios”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, 1961.
- GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, “Estructura y cambio del régimen político español”, *Sistema*, n° 1, enero de 1973.
- GARCÍA VALDECASAS, Alfonso, “Relaciones culturales y política exterior”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 3 1941, pag. 259.
- GARRIGUES, Joaquín, “Il nuovo ordine in Spagna, sindacati verticali e corporazioni”, en *Archivio di Studi Corporativi*, Roma, 1939.

- GIMÉNEZ CABALLERO, Ernesto, “Ripercussioni del fascismo in Ispagna”, *Gerarchia*, Roma, 1932.
- GONZÁLEZ PRIETO, Luis Aurelio, “La concreción teórica del Partido Único franquista” en la *Revista de Estudios Políticos*, N° 141, 2008.
- EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIÓN EN EL PRIMER FRANQUISMO, *Revista de Estudios Políticos*, n° 155.
- HERMET, Guy, «Les fonctions politiques des organisations religieuses dans les régimes à pluralisme limité», en *Revue Française de Science Politique*, Vol XVIII, n° 3, 1973
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier “Rasgos básicos de la ideología dominante 1939 - 1945”, en la *Revista de Estudios Políticos*, n° 15, nueva época, 1980.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro, “Idea falangista del hombre”, en la *Revista del Colegio Mayor “Jiménez Cisneros*, Universidad de Madrid, n° 2, 1943.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis, “El humanismo totalitario como tarea de una educación hispánica”, *Revista de Educación Hispánica*, n° 3, 1937.
- DE LISSARRAGUE, Salvador, “Estado y partido en la coyuntura española”, *Arriba*, 15 de septiembre de 1940.
- SENTIDO DE LA HISPANIDAD, *Revista de Estudios Políticos*, n° 9, 1943.
- DE MAEZTU, Ramiro, *La Nación*, 4 de abril de 1927.
- MARAVALL, José Antonio, “El totalitarismo, régimen europeo”, *Arriba*, 26 de septiembre de 1940.
- DE MIGUEL RODRÍGUEZ, Amando “La <<Sociología del Franquismo>> revisada”, *Papers*, n° 6, 1976.

- PUIGDOLLERS, Mariano, “La paz, como dimensión espiritual de nuestro Imperio”, en *Revista de la Universidad de Madrid*, 1941.
- OLTRA, Benjamín y DE MIGUEL, Amando, “Bonapartismo y catolicismo: una hipótesis sobre los orígenes ideológicos del Franquismo”, revista *Papers*, n° 8.
- PÉREZ LEDESMA, Manuel, en “Una Dictadura <<Por la Gracia de Dios>>”, *Historia Social*, n° 20, 1994.
- RIVAYA, Benjamín, “¿Quién fue el padre de Federico Sánchez?, (Legaz versus Semprum)”, *Sistema*, n° 144, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ REYES, «Nuestro concepto de Imperio», *Revista Universidad de Oviedo*, n° 2, 1940.
- DE LA SOUCHÈRE, Élène, «Un Catholicisme Totalitaire», *Les Temps Moderns*, n° 100, París, 1954.
- VIDAL, Joan, “Iglesia y sociedad en la España franquista”, *Cuadernos Ruedo Ibérico*, n° 36, abril-mayo de 1972.

3. WEBGRAFÍA

- NAVARRO, Vincenç, “Las derechas españolas y el fascismo”, en <http://www.correntoig.org/spip.php?article916&lang=ca>.

ESTUDIOS JURÍDICOS

LAS JURISDICCIONES REGIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS: PASADO, PRESENTE Y FUTURO.

SOBRE UNA OBRA DE LAURENCE BURGORGUE-LARSEN^{1*}

REGIONAL JURISDICTION OF HUMAN RIGHTS: PAST, PRESENT AND FUTURE. ON ONE WORK BY LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ^{2**}

RESUMEN: Las jurisdicciones internacionales (o supranacionales) de los derechos humanos son un dato relevante en el presente y el futuro del orden jurídico mundial. El Derecho internacional de esta especialidad trajo consigo la aparición de tribunales regionales que han adquirido gran relevancia y cuya jurisprudencia influye crecientemente en el Derecho interno de los Estados abarcados en las respectivas regiones: Europa, América (primordialmente América Latina) y África. Una importante y creciente bibliografía se destina, dondequiera, al estudio de esas jurisdicciones. Esta es la materia de una obra sobresaliente: *Les Trois Cours Régionales des Droits de l'Homme in Context*, aparecida en 2020, de la eminente jurista francesa Laurence Burgorgue-Larsen. La autora es catedrática de la Universidad Paris I Pantheon Sorbonne, y ha destacado notablemente en el cultivo del Derecho público y del Derecho internacional de los derechos humanos. La doctora Burgorgue-Larsen es autora de numerosas y

^{1*} Burgorgue-Larsen, Laurence, *Les Trois Cours Regionales des Droits de l'Homme*. In context, Paris, Ed. Pedone, 2020.

^{2**} Profesor Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Antiguo profesor de la Facultad de Derecho e Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Correo: <sgriijunam@gmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-9164-8464>>.

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2020; fecha de aprobación: 01 de marzo de 2020.

excelentes obras publicadas en francés, inglés y español, y ha sido magistrada y presidenta de la Corte Constitucional de Andorra. Este artículo no es solamente una nota bibliográfica, sino un testimonio del pensamiento y la valiosa aportación de esa jurista al Derecho internacional de los derechos humanos. En el libro *Les Trois Cours Régionales*, la profesora Burgorgue-Larsen analiza con gran autoridad académica el origen (la cultura y la circunstancia), el desarrollo, la obra judicial (los diversos ámbitos cubiertos por la jurisprudencia en cada región) y el futuro previsible de las Cortes Europea, Interamericana y Africana de Derechos Humanos, así como las fuentes y el impacto de su jurisprudencia en el orden interno de los Estados sujetos a su jurisdicción. Constituye una aportación fundamental a la literatura de su especialidad. El conocimiento enciclopédico de la doctora Burgorgue-Larsen sobre esta materia, sustentado en una profunda y sistemática investigación desarrollada durante mucho tiempo, permite a los lectores analizar a fondo la naturaleza y el quehacer de los tribunales regionales. El presente artículo da cuenta del pensamiento de la profesora francesa, que permite avanzar en la comprensión de las diversas vertientes del moderno Derecho internacional de los derechos humanos a través de la obra realizada por esos tribunales.

PALABRAS CLAVE: *Derecho internacional de los derechos humanos, Convenciones internacionales, Soberanía, Jurisdicción, Jueces/juzgadores, Tribunales/Tribunales internacionales/Tribunales supranacionales, Corte Europea de los Derechos Humanos, Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, Comisiones de Derechos Humanos, Diálogo jurisdiccional, Jurisprudencia, Interpretación, Sujetos vulnerables, Sinergia.*

ABSTRACT: International (or supranational) jurisdictions of human rights are an important feature of the present and future of the global legal order. International law in this field has

given rise to the emergence of regional courts that have gained prominence and whose case law has increasingly influenced the domestic law of the States within their respective regions: Europe, the Americas (mainly Latin America) and Africa. An important and growing bibliography is devoted, far and wide, to the study of these jurisdictions. This is the object of one outstanding work in particular: *Les Trois Cours Régionales des Droits de l'Homme in Context*, published in 2020, by the eminent French legal scholar Laurence Burgorgue-Larsen. The author is a professor at the University of Paris I Pantheon-Sorbonne and has achieved notable success in the study of public law and international human rights law. Dr. Burgorgue-Larsen is the author of numerous outstanding works published in French, English and Spanish, and has been a judge and a president of the Constitutional Court of Andorra. This article is not only a bibliographical note, but a testimony to this scholar's ideas and valuable contributions to international human rights law. In the book *Les Trois Cours Régionales*, Prof. Burgorgue-Larsen analyzes with great academic authority the origin (the culture and the circumstance), the development, the judicial work (the various areas covered by case law in each region) and the foreseeable future of the European, Inter-American and African Courts of Human Rights, as well as the sources and impact of their case law on the internal order of the States under their jurisdiction. It constitutes a major contribution to the literature in this field. Dr. Burgorgue-Larsen's encyclopedic knowledge of this subject, backed by extensive and systematic research over a long period of time, allows readers to delve into the nature and workings of the regional courts. This article provides an account of the French professor's thoughts, which offers an insight into various aspects of modern international human rights law through the work of these courts.

KEYWORDS: *International human rights law, International conventions, Sovereignty, Jurisdiction, Judges/Justices, Courts/International*

courts/Supranational courts, European Court of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, African Court on Human and People's Rights, Human Rights Commissions, Jurisdictional Dialogue, Case law, Interpretation, Vulnerable subjects, Synergy.

SUMARIO: I. Preámbulo; II. La autora; III. La “navegación; IV. Advenimiento de las Cortes; V. Evolución; VI. Justicia social y especificidad; VII. Los juzgadores; VIII. Interpretación; IX. Algunos extremos relevantes; X. Los vulnerables; XI. Aplicación y sinergias; XII. Diálogo; XIII. El futuro que nos aguarda.

I. PREÁMBULO

En la nueva era del orden jurídico --que debiera ser orden político, social, económico--, los derechos humanos son “mascarón de proa”. Han dominado el pensamiento --pero no necesariamente el comportamiento-- de los Estados y sus sociedades a partir de las primeras proclamaciones de derechos y libertades en el último tercio del siglo XVIII. Las vehementes insurgencias de América y Francia fueron alzamientos --¡por fin!-- en nombre de la humanidad. Andando los años, ganaron el corazón de las Constituciones nacionales. Además, establecieron un nuevo destino al viaje colectivo por encima de las fronteras domésticas. El Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), receptor de los progresos alcanzados en las Constituciones nacionales y promotor de novedades fecundas, estableció rumbos y objetivos. Hoy, el DIDH es “parámetro” de civilización para los ordenamientos internos.

Las declaraciones sin instrumentos que las aniden en la realidad no pasan de ser retórica luminosa. De ahí la necesidad --exaltada frente al auge del autoritarismo y la violencia-- de establecer una trinchera supranacional de promoción y defensa de los derechos

y las libertades, que anime, favorezca, fortalezca o supla los desvíos y las debilidades de los baluartes nacionales. A esto sirven los órganos jurisdiccionales o administrativos gestados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que velan por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y el ejercicio de los derechos de los individuos. El pujante Derecho internacional de los derechos humanos se vale, en consecuencia, de una constelación de instancias combativas que mantienen a salvo --o lo procuran, con ahínco-- los terrenos conquistados y pretenden abrir nuevos espacios a esta causa primordial del género humano.

En aquel conjunto tutelar descuellan los tribunales internacionales (que prefiero denominar “supranacionales”, por motivos que no analizaré en estas líneas, pero que se acreditan en la obra estupenda a la que dedico esta reseña) que han pasado a ocupar un lugar prominente en los trabajos de nuestro tiempo, preparatorios del porvenir. Esos tribunales surgieron a partir de tormentas mundiales y regionales con una vocación definida: liberar al hombre del temor y la miseria; abrir el cauce para que ejerza con certeza la libertad que nominalmente le reconocen los documentos fundacionales de la era moderna; ofrecerle una poderosa alianza de fuerzas nacionales y supranacionales que lo pongan a salvo del azar y la violencia.

A estos designios, que pudiéramos llamar “redentores”, obedeció la creación, conforme a las condiciones de su tiempo y circunstancia, de los tres tribunales abarcados por la obra de Laurence Burgorgue-Larsen: las *Trois Cours*, cuyas biografías comparadas desarrolla la autora con suma autoridad académica y moral. Aquí se narra la historia de los tribunales supranacionales de Europa, América y África, mencionados como los personajes de una obra dramática: por el orden de aparición en la escena. Todos dan materia, sentido y horizonte a la obra. Y cada uno despliega en ésta sus propios parlamentos, su genio y su figura. No se trata de mostrar historias sucesivas, distribuidas en porciones diversas de un tratado, sino de exponerlas en conjunto al amparo de conceptos comunes que

ilustran la marcha de esa “trinidad” y la constituyen en “unidad” laboriosa y fecunda. En esta *mise en scene*, los tribunales viajan “del brazo y por el mundo”.

La justicia de los derechos humanos en Europa, América y África no ha caminado fácilmente, por su propio impulso. Es fruto de una circunstancia y un esfuerzo singulares. Para erigirse con firmeza y andar con diligencia, esa justicia encarnada en tribunales ha opuesto la “majestad de los derechos a la soberanía de los Estados” (p. 13), dice con elocuencia Laurence Burgorgue-Larsen en las primeras líneas de la obra comentada. Diferentes en muchos aspectos de orden político, técnico y sociológico, los tribunales regionales se hallan relacionados entre sí por múltiples datos que informan su aparición y su desarrollo (p. 18). De éstos se ocupa la autora.

Este libro, una aportación indispensable al conocimiento de su materia, se refiere a las distancias y las cercanías, las “simpatías y las diferencias” que existen entre los tres tribunales sujetos a examen. Ofrece un análisis que no atañe solamente a los órganos jurisdiccionales, personajes centrales de la obra, sino a las regiones en las que éstos actúan y, en definitiva, a la marcha histórica de los derechos humanos en nuestro mundo. Lo destaco. En otros términos, se ocupa de los tribunales y su circunstancia, para decirlo con la sabida expresión de Ortega y Gasset en *Las meditaciones del Quijote*. En consecuencia, es una obra informadora y reveladora. Aquí discurre en buenos trazos no sólo la crónica de los órganos jurisdiccionales regionales, sino la de cada una de las regiones en las que aquéllos surgieron, se instalaron y caminan. Los progresos y los retrocesos de cada región se reflejan en sus tribunales, y el desempeño de éstos adquiere la fuerza y el tono que les imprime el talante de la región en la que fueron plantados: sobre esa tierra y bajo ese firmamento. Puesto en otros términos, la autora no ofrece únicamente el perfil de unos órganos jurisdiccionales, sino de unos continentes que tributan al paso del hombre sobre la tierra.

II. LA AUTORA

Dos palabras sobre la autora que conducirá nuestras reflexiones y promoverá nuestras conclusiones, guía de este insólito viaje. Laurence Burgorgue-Larsen es catedrática de derecho público en la Universidad de Paris I Panthéon Sorbonne. Miembro del Instituto de Investigaciones en Derecho internacional y europeo de la misma institución, dirige una maestría sobre “Derechos del Hombre y Unión Europea”. Cuenta con numerosas publicaciones --libros magistrales, algunos en coautoría-- e innumerables artículos publicados en varios países. Fue integrante del Tribunal Constitucional de Andorra (2012-2019), que presidió durante dos años (2014-2016). Ha abordado con gran autoridad académica el estudio de las instituciones políticas de Francia y de Europa y se ha ocupado en trabajos de calidad sobresaliente --y “obligada consulta”, se suele decir-- de la vida y la obra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este desvelo que debemos agradecer a la doctora Burgorgue-Larsen consta en sus libros en coautoría con Amaya Úbeda, publicados en francés, inglés y español. He tenido el honor de acompañarla como prologuista en algunas de estas notables aportaciones.

Lo dicho basta para acreditar el eminente desempeño de la jurista francesa. Sin embargo, es preciso agregar un dato relevante, que abona su competencia para llevar a cabo, como lo ha hecho ahora, un examen puntual y esclarecedor de las jurisdicciones regionales, entre las que distinguiré, por supuesto, la que se despliega sobre América. La profesora Burgorgue-Larsen opta por identificarse como una “outsider” que mira desde fuera lo que son y hacen las cortes regionales (pp. 21-22): alguien que observa por encima de la muralla que circunda a las Cortes y guarda su intimidad y sus afanes, sus temas y sus problemas.

Ahora bien, yo difiero de esta apreciación que la autora formula. Aunque ella razona los motivos y las ventajas de ser “outsider” para

los fines de la obra que ha realizado, me atrevo a discrepar de esa calificación, al menos en cierto sentido. Reconozco a la profesora francesa como “gente de casa”, mejor que como “*outsider*”, porque ha estado presente, con mirada profunda y juicio muy lúcido, en múltiples tareas de esos tribunales y en innumerables foros instalados en gran número de países donde se han sometido a reflexión los pasos y la jurisprudencia de aquéllos. La profesora Burgorgue-Larsen tiene una presencia bien acreditada en estos medios y ha observado y explorado, de primera mano, el terreno en el que ahora se desenvuelve. Por lo tanto, eludo la calificación de “*outsider*”: es figura “de casa”, familiar entre nosotros. Así ocurre en muchas ciudades y universidades de América. Nos hemos encontrado más de una vez en los Estados Unidos, México, Costa Rica, Colombia, Argentina, y más todavía

III. LA “NAVEGACIÓN”

Para abordar a mi manera --¿en qué otra forma podría hacerlo?-- el examen de esta obra, debo invocar una expresión que he utilizado desde hace tiempo al referirme a la marcha de los derechos humanos en el mundo entero y, sobre todo, en las regiones en que éstos avanzan --o retroceden--, especialmente América Latina. En rigor, ahora puedo acotar esa marcha a lo que José Martí denominó “nuestra América”, definida por el origen y probablemente por el destino: del Río Bravo a la Patagonia. En esta porción del Continente, los derechos humanos y sus instancias de protección han escrito capítulos singulares.

Acostumbro hablar de una “navegación” en procuración de los derechos. Corre desde un puerto de partida, cuyos moradores estuvieron desprovistos de ellos y se vieron sometidos al poder omnímodo, y avanza hacia un puerto de arribo que aguarda a la distancia, quizás una distancia infinita en la tierra prometida, patria común a la que el mundo aspira: la utopía, que ha movido

nuestros pasos y brindado cauce a nuestra esperanza. Los analistas latinoamericanos que hacen la crónica de este movimiento y se ocupan de su porvenir, en clave de “futurología”, no eluden la expresión: “utopía”. Ella nos mueve. Por supuesto, Burgorgue-Larsen no se reduce a la utopía: confía en la acción y en la razón, y de esta suerte aspira a un destino cierto.

Entre los puntos de inicio y de llegada en esta navegación inagotable se hallan varios puertos de tránsito. Hemos desembarcado y reembarcado en ellos en el curso de las décadas recientes. Estamos en cierto lugar de la extensa travesía universal por los derechos humanos. En ella hacen su propio trabajo, su curso característico, las navegaciones regionales: europea, americana, africana (mañana, quizás, asiática), sin perjuicio de que al abrigo de las navegaciones regionales también hagan la suya, con múltiples avatares, los países que integran cada región. Traigo a cuentas esta figura “náutica” porque en la obra que ahora comento la profesora Burgorgue-Larsen, conocedora como pocas personas del desarrollo de esas navegaciones, las abarca y analiza.

La autora establece, en cierto modo, la bitácora o la memoria puntual, el desarrollo particular y colectivo de las travesías desde la perspectiva de los tribunales que ponen el santo y seña de la marcha: se coloca y mira desde los observatorios plantados en Estrasburgo, San José de Costa Rica y Arusha. Un paisaje dilatado para que en él discurren los viajeros hacia un mismo destino. En estas líneas acompañaré ese viaje, conducido por la jurista francesa.

IV. ADVENIMIENTO DE LAS CORTES

Burgorgue-Larsen distribuye su acento entre todos los espacios geopolíticos y geoculturales del paisaje. Puede y sabe hacerlo. A ellos se refiere en una conmovedora dedicatoria: *“A l’Europe qui m’a vu naître/ A l’Afrique ou j’ai grandi/ Aux Amériques qui m’ont affranchi”*. Ningún espacio desplaza a los otros. Desfilan con equilibrio. Todos

tienen lugar y figura. En estas líneas mi propio énfasis se contraerá, como es natural, al ámbito interamericano.

La obra comentada se divide en tres títulos, cada uno integrado, a su vez, por varios capítulos. Antecede al conjunto un texto preliminar sobre la creación de las jurisdicciones regionales (pp. 23 y ss.), y al cabo de la obra llega un cierre indispensable --horizonte previsible, pero no final de la travesía-- bajo un epígrafe atractivo: *“Entre le passé et le présent, quel futur?”* (pp. 485 y ss.). Hagamos el recorrido sobre esta lógica que provee la autora, con buena razón histórica y sistemática, en la inteligencia de que la exposición no se fragmenta en tres libros, cada uno dedicado a determinada región jurisdiccional, sino asocia las experiencias regionales bajo una penetrante visión comparativa, que aporta luz y sentido al conjunto.

En el inicio de la navegación se ocupa la profesora Burgorgue-Larsen de la creación de las cortes regionales. En el orden del tiempo llegó primero la europea, al cabo de la Segunda Guerra, cuando apenas se había disipado el humo de las batallas y persistían, por supuesto, el dolor y la memoria del conflicto. El continente procuraba “federar” a sus integrantes con un destino común y una organización que acentuase la solidaridad entre ellos. Empero, los gobiernos de la época no se entusiasmaron --en la sombra de sus propósitos y deliberaciones-- con la idea de construir un sistema de protección de los derechos (p. 30). Hubo renuencias, reticencias, cuestionamientos. El observador externo --así, desde el mirador americano-- puede creer que fue fácil, natural y diligente la construcción europea de los derechos humanos. De ninguna manera. En ningún lugar del mundo se “tomó Zamora en una hora”.

El impulso americano tuvo su propio curso, dotado con los rasgos propios de este continente disperso y diverso: no en balde se habla sistemáticamente --lo hace la autora-- de “las Américas”, varias en una. En cambio, no se habla, aunque también se podría, de “las Europas” o “las Áfricas”. Celebro que en la relación de antecedentes, que es una crónica de los arduos trabajos, se incluya

la presencia señera de fray Bartolomé de las Casas (p. 33), a quien algunos autores --como el filósofo dominico Mauricio Beuchot-- atribuyen, con plausibles motivos, la paternidad del “espíritu” de los derechos humanos, aunque no de la expresión que los caracteriza. Aquí fue necesario librar primero y ganar más tarde --¡muy tarde!-- la “contienda de los naturales” entre dos frailes: Las Casas y Ginés de Sepúlveda: ¿cuál era la condición de los indígenas? ¿Serían titulares de derechos, como sus barbados conquistadores? Cuando se analiza el mundo americano entra en juego la cultura “sumergida”: México “profundo”, dijo el antropólogo Guillermo Bonfil. Por supuesto, también se podría decir “América profunda”.

Hay otros deslindes, otros encuentros y desencuentros en el cuerpo y el alma de América: sur y norte. La autora narra las vicisitudes de un continente caracterizado por la tensión persistente, inexorable, entre el norte y el sur. Aquél elevó la bandera de cierta noción del panamericanismo, que ondea con el viento del destino manifiesto, pero se ha mantenido distante de una jurisdicción que hoy es, básicamente, latinoamericana, con impronta de bolivarianismo. También aquí se refleja la situación del Continente.

En otro *tempo* apareció la jurisdicción africana, tras la descolonización de su continente, escenario de una historia trágica. La emergencia se llevó adelante en un proceso amparado por el ímpetu soberanista de los países liberados. Ese impulso también operó con cierta “diplomacia jurídica” (p. 45), que jugó un papel notable en la adopción de los instrumentos tutelares de los derechos humanos --“y de los pueblos”, un rasgo característico-- en el miembro más joven de la familia de los tribunales.

Burgorgue-Larsen se refiere con detalle --y emoción, que da “color” a sus líneas-- a los personajes y a las instituciones que actuaron con entereza y eficacia en la creación de los tribunales: hombres y organismos en la línea de batalla, que miraron hacia el futuro y adelantaron los pasos indispensables para encaminar a sus pueblos en una dirección fecunda. En la obra que aquí comento aparece

una notable galería de promotores avanzados. De los trabajos en Europa, se menciona a Pierre-Henri Teitgen, “un genio creativo” marcado por el horror de la guerra, miembro de la “Resistencia”, profesor universitario (p. 46-48); de las tareas en África, se cita a Kéba Mbaye, “hombre de acción y verdadero pensador” (p. 53); de América, se invoca al Comité Jurídico Interamericano (pp. 57 y ss.), que cumplió la encomienda de proyectar la Declaración de Derechos, vislumbrada por la Conferencia de Chapultepec. Esa Declaración --que también abarca los deberes fundamentales del hombre-- sería la primera de su género, “pica en Flandes”: anterior a la universal y, por ello, pionera en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el ámbito americano es necesario evocar el papel de juristas eminentes que representaron a pequeños países del continente: Eduardo Jiménez de Aréchaga, uruguayo, proyectista del texto adoptado por el Consejo de Jurisconsultos, y Carlos García Bauer, guatemalteco, que presidió aquel cuerpo y encabezó la delegación de su país a la Conferencia de San José, de 1969, donde presidió la Segunda Comisión. Ésta examinó los órganos de garantía del pacto en ciernes: Comisión y Corte Interamericanas. Obra difícil en un continente colmado de dictaduras. La navegación avanzó porque éstas “no tomaron en serio lo que ellos consideraron un inofensivo *Bill of Rights*” (p. 61). En efecto, asombra que la Declaración y la Convención remontaran la realidad americana de sus horas: adversa, en su conjunto, a la democracia y a la libertad. Los liberales ganaron la partida a los autoritarios. Ganar la partida no es ganar toda la contienda, que no cesa. Ni aquéllos ni éstos han reposado desde entonces.

V. EVOLUCIÓN

Tras el capítulo preliminar, crónica de la creación de los tribunales, ingresa la profesora Burgogue-Larsen en un título primero, relativo a la “Evolución” (pp. 73 y ss.). En esta larga y animada etapa de la historia, los Estados afrontaron una tarea complicada, por decir lo menos: “aceptar lo que habían firmado” (p. 79). En Europa, la universalización de los derechos y su jurisdiccionalización constituirían una “conquista difícil” (p. 81), asociada a las vicisitudes del Consejo de Europa y a los avatares de los Estados, envueltos en los incidentes de su propio desarrollo. En África y en América el proceso tuvo singularidades relevantes, que revisa la autora bajo el rubro de “la universalización imposible” (p. 89).

En este trance, “las Américas” ofrecen un complejo mosaico en el que anidan, con vivos colores, los países de raíz latina y los Estados de filiación anglosajona. El panorama del conjunto muestra una diversidad singular, muy inquietante e insatisfactoria: uno es el número de los Estados inscritos en el marco de la OEA; otro, el de los que han adoptado la Convención Americana, y otro más el de los que han reconocido --y siguen reconociendo-- la competencia de la Corte de San José en asuntos contenciosos: el primer número es 34 (al que podría agregarse Cuba, sujeta a vientos cruzados) y el último es 20: media un largo trecho entre aquél y éste, trecho que milita contra la eficacia universal de la tutela, que debiera ajustarse a la divisa: derechos y jurisdicciones para todos. Ni los hay para la región americana, ni imperan en las subregiones de “Las Américas”: grave erosión a la universalidad de los derechos humanos, a los que se considera el dato más universal de la historia.

Agréguese un fenómeno que ha perturbado la integridad americana: la denuncia de la Convención, resuelta primero en el Caribe --Trinidad y Tobago--, y después en el continente, Venezuela. Se altera lo que algunos optimistas creyeron inalterable, *contra natura* de la historia: el progreso es abatido por el retroceso. La demolición

delata la fragilidad de los sistemas, instalados en convicciones movedizas y rescates cuestionables. En esta materia es diferente la situación de las tres regiones, analizada por la autora (pp. 99 y ss.).

Para entender el paisaje en todos sus extremos, es preciso tomar en cuenta tanto las denuncias formales, por una parte, como los embates peligrosos emprendidos en el interior de algunos Estados, sea por el ingreso de gobiernos autoritarios, que desandan el camino, sea por el relevo de los titulares de los poderes formales, ejecutivos o judiciales, que optan por cuestionar el imperio del tribunal supranacional. Con notoria regularidad se plantea, al calor de sucesos que impelen las fuerzas del autoritarismo, tanto el abandono de la jurisdicción de la Corte de San José (aventurado, sin éxito, bajo la dictadura de Fujimori en Perú), como la denuncia misma de una Convención que incomoda a quienes miran con recelo los derechos y las libertades de sus conciudadanos.

Burgorgue-Larsen examina las “complejas construcciones” de los sistemas desde una perspectiva que resulta crítica para la subsistencia y la consolidación de éstos. Todos se hallan *sub judice* --esto es, la justicia se somete sometida a juicio-- frente a la “extrema dificultad de responder al reto de la eficacia”. No es cosa fácil que las jurisdicciones creadas para la tutela de los derechos humanos respondan en forma apropiada y eficaz a las violaciones de esos derechos. Por cierto, tampoco es sencillo que lo hagan, en sus propios ámbitos, los medios instalados en el ámbito interno de los Estados. De tal suerte, se impone llevar a cabo el juicio integral a la justicia, que con frecuencia culmina en la condena emitida por justiciables decepcionados e insatisfechos.

En este orden de reflexiones, la autora estudia la etapa en que la tutela europea se hallaba a cargo de dos órganos, la Comisión y la Corte, dotadas con atribuciones que finalmente quedaron reunidas en un solo ente: la Corte. En aquella etapa hubo conflictos, deficiencias, contradicciones, sin demérito de los pasos adelante, que también fueron ejemplares. En el tiempo de la unidad en manos

del tribunal, a partir del famoso Protocolo 11 al Convenio europeo, ocurre una “asfixia contenciosa” (p. 122) que pone en cuestión la naturaleza misma del sistema de tutela. En este mar, con “un clima general deletéreo” para los derechos humanos (p. 127), navegan las propuestas de “reforma de la reforma”.

La laboriosa construcción del sistema ha tenido episodios de gran relieve en los planos americano y africano. La autora resume: la Comisión Interamericana fue “audaz e incluso combativa. Defendió, con plena independencia, los derechos humanos en una época de dictaduras”. Esto se sabe bien en América, a través de las experiencias acuñadas, por ejemplo, en República Dominicana y Argentina. Se guarda vivo recuerdo de las andanzas de la Comisión en tierras hostiles, librando la batalla en favor de los hostilizados. La Comisión hizo camino al andar, para decirlo en palabras del poeta Antonio Machado. “Por el contrario --sigue diciendo Burgorgue-Larsen--, las actividades de la Comisión Africana quedaron marcadas por una deferencia hacia los poderes soberanos, al menos en el inicio de las tareas de aquélla” (p. 128).

En América y África ha sido largo y complejo el periodo de las comisiones solitarias, personajes insólitos en el espacio de la protección. Siguió otra etapa difícil: la del buen entendimiento entre aquéllas y las nuevas cortes. La “cohabitación implica un reposicionamiento” de los órganos que alguna vez actuaron en soledad. En ambas regiones llega la hora de la coincidencia sobre el mismo suelo, con diversas funciones específicas. Esta cooperación institucional “entre las Comisiones y las Cortes ha sido proteiforme. Laboriosa en las Américas --dice la autora, con una expresión conciliadora--, y más serena en África” (p. 140).

Por lo que toca a América, la profesora Burgorgue-Larsen distingue periodos. Se ha transitado de la rivalidad al entendimiento entre Comisión y Corte, que afrontan problemas estructurales agobiantes: inestabilidad financiera crónica, por una parte, y oposición política, por la otra, que son expresiones de un mismo

problema (p. 149). Considero que en una etapa reciente se ha conseguido cierto alivio en la insuficiencia financiera y se ha logrado una creciente solidaridad entre la Comisión y la Corte, merced a la conciencia de que las confrontaciones entre ellas mellan al sistema y repercuten, como es obvio, en la tutela de los derechos humanos. Unidas pueden sortear mejor las carencias y los asedios, que no han cesado ni cesarán; son parte de una “lógica” cuestionable pero inevitable, mientras la democracia se halle sometida a vientos encontrados y vicisitudes recurrentes.

Un asunto mayor sujeto a examen es la legitimidad de las jurisdicciones internacionales, como también, por supuesto, de las nacionales. No podía ser otra cosa si se toma en cuenta --dice la autora-- que aquéllas incidirán en la vida y los bienes de las personas. Aquí es preciso destacar dos vertientes de la legitimidad: la normativa, que abona a la potestad de legislar --o, más ampliamente, regular--, y la sociológica, que observa la percepción social sobre aquella potestad y su aplicación (p. 161). En el devenir de los sistemas, así como de los tribunales insertos en éstos, se halla la progresiva recepción de los derechos tutelados, que no ha ocurrido de un golpe, sino a través de sucesivos actos normativos que dan origen a protocolos y convenciones especializadas.

Al describir este proceso de regulación, la profesora Burgorque-Larsenalude a la “asombrosa singularidad del sistema interamericano, cuyos promotores han procurado una jurisdiccionalización completa” (p. 169) a través de cláusulas expresas o implícitas, que efectivamente han movilizad la competencia de la Corte de San José hacia espacios que no previó nominalmente la CADH, aunque estuvieran “encapsulados” o sugeridos por ésta. Así ha progresado la jurisprudencia regional. Sin embargo, también es preciso destacar la cautela de los Estados, que se detienen en el umbral de diversos espacios. Prevalece lo que la autora denomina una “geometría variable” o “variada” (p. 171). Por lo que hace a Europa, hay una suerte de “derechos a la carta”, surtidos por diversos protocolos;

otro tanto ocurre en África y América, cuyo acervo de instrumentos tutelares reviste notable heterogeneidad.

Sucede que los Estados han debido elegir los derechos en los que pondrían especial acento, habida cuenta de las condiciones particulares en las que aquéllos deben aparecer y florecer. Los escenarios son diferentes. Yo agregaría al comentario de Burgorgue-Larsen, por lo que toca a la región americana --o mejor aún, latinoamericana--, que los autores de las sucesivas convenciones y, en su hora, la propia Corte de San José se han visto en el trance de cargar el acento sobre las diversas “plagas americanas”: unas, de violencia; otras, de injusticia o inequidad muy pronunciadas. Contra la violencia se pronunció la CADH, a la que siguieron los instrumentos para combatir la tortura y la desaparición forzada; y contra la injusticia aparecieron tanto el Protocolo de San Salvador (cuyo catálogo de derechos pudo figurar en el Pacto de San José, pero los delegados esperaron un “mejor momento” para reconocer los DESC) como las convenciones que reclaman el acceso a los derechos por parte de las mujeres, los discapacitados y los ancianos.

VI. JUSTICIA SOCIAL Y ESPECIFICIDAD

Hay un énfasis latinoamericano, si se permite decirlo así, sobre la cuestión de la justicia social. En el preámbulo de la Convención Americana, los Estados declaran su voluntad de alojar en esta región tanto la libertad individual como la justicia social. A mi juicio, esta es la vertiente de la democracia integral --sistema de vida-- anhelada por América Latina desde el tiempo de su fundación hasta nuestros días. Reside en su moderno constitucionalismo, de donde habría de transitar a su internacionalismo, aunque reste un enorme trecho para que arraigue en la inhóspita realidad. Dice la autora, con acierto, que la “cuestión de la justicia social es una clave (*un curseur*) en la historia del continente” (p. 178).

En la regulación que ahora comentamos descuella el régimen tutelar de las mujeres, como también destacan los infinitos obstáculos que militan en contra, fruto de una cultura opresiva más que centenaria: milenaria. Recordemos que en Bogotá (1948) el tema figuró entre las preocupaciones de los Estados americanos: hubo Declaración y Carta de la OEA, y también Carta Social y convenciones sobre derechos civiles y políticos de las mujeres. Al cabo de mucho tiempo y enorme esfuerzo se permitió --y requirió-- la presencia de mujeres en las conferencias regionales y se instaló, como avanzada del tiempo que llegaría, la Comisión Interamericana de Mujeres, primer órgano de su naturaleza. Sirva como dato ilustrativo de las ideas y las prácticas la composición de la delegación mexicana ante la Novena Conferencia Interamericana, en 1948: delegación nutrida y excelente, numerosa, en la que sólo figuraba una mujer: Amalia Caballero.

Tiempo después se adoptó la Convención de Belém do Pará (1994), que va más allá y más a fondo que la CEDAW: ésta, contra la discriminación; la interamericana, contra la violencia. No deja de llamar la atención, como dato revelador de tendencias y opresiones, que mientras el tratado universal se concentra en la discriminación (que es, en fin de cuentas, una expresión de la violencia), el interamericano aborde directamente un problema americano: violencia directa. Burgorgue-Larsen señala que la mera existencia del instrumento adoptado en la ciudad brasileña de Belem do Pará “revela un vanguardismo jurídico sin paralelo” (p. 184). Vale ponderar la influencia de esta convención feminista en la legislación de muchos países latinoamericanos --entre ellos el mío, México-- y su aplicación, remontando obstáculos innumerables, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en casos señeros: *Castro Castro*, que abrió la puerta de una competencia material hasta entonces excluida, y *Campo Algodonero*, que amplió el camino y el destino.

VII. LOS JUZGADORES

Por supuesto, deseamos --con Platón-- un gobierno de leyes y no de hombres, y una jurisdicción de tribunales y no de personajes. Sin embargo, la realidad se impone: las leyes responden al genio y a la mano de los hombres y los tribunales operan con juzgadores. De hecho, algunas jurisdicciones históricas --lo saben Inglaterra y Norteamérica-- deben su prestigio a la majestad de sus integrantes. Si esto es regla en todos los tiempos y en todos los órdenes, debe serlo más aún cuando vienen al caso las jurisdicciones internacionales o supranacionales, sobre todo las de instancia única o última, cuya voz interpreta y aplica, sin superior prevaleciente, las palabras del Derecho internacional. Éstas determinarán el rumbo de las naciones comprometidas. De ahí la cuestión: ¿quién tendrá en su mano la vara de la justicia? Una exigencia democrática elemental reclama saber quiénes encauzarán, a través de la función judicial, las actividades de los Estados y el destino de los individuos (p. 197). No es asunto menor el alcance de las decisiones de los tribunales supranacionales, nutridas por las ideas y los proyectos de sus integrantes.

Este es otro gran tema de las jurisdicciones internacionales, que ha atraído el interés de los estudiosos, la atención de los operadores y la preocupación de la sociedad civil (p. 197). Burgorgue-Larsen la examina: ha existido una variación relevante en la designación de los juzgadores, desde el tiempo en que ésta se hallaba en manos de los Estados, abrumadoramente --dentro de ciertas reglas que fijaban el marco de las selecciones--, hasta la hora actual en la que se oye la voz de las organizaciones sociales, cada vez con mayor volumen. En el camino creció la atención, que la hubo siempre, a los méritos de los candidatos: la sabiduría cuenta; pero también la madurez, la ecuanimidad, la perspicacia, la prudencia: galas, todas ellas, de un buen juez en la jurisdicción más encumbrada.

Podrán ser jueces internacionales, que es un rango muy elevado en el mapa de las jurisdicciones, quienes puedan serlo en los más

altos cargos judiciales de los Estados nacionales. Se pondera la competencia en el ámbito del derecho internacional, pero también los atributos de los eventuales juzgadores en otras especialidades: finalmente, el colegio de jueces se beneficia de diversas experiencias, a condición de que todas concurren a una impartición de justicia competente e informada.

Aquí hay dos etapas que corren por sus propios cauces: la interna, de selección de candidatos --a la que también llegan, crecientes, los planteamientos de instancias externas-- y la decisión sobre las candidaturas, laboriosamente negociada. La selección de candidatos recae en los propios Estados, que deben analizar las corrientes internas y legitimar sus decisiones. En opinión de la autora, con la que coincido, esto ha ocurrido paulatinamente en el ámbito interamericano, donde la voz de la política se concilia cada vez más con los datos de la calidad y la experiencia. Los propios órganos internacionales han alentado la participación de la sociedad civil en el proceso de designación de comisionados y juzgadores (p. 208), con mayor espacio para la deliberación y la transparencia. Un punto cuestionable, en mi concepto, es la práctica --no universal-- de convertir a los aspirantes a cargos judiciales en candidatos en campaña ante los Estados que participarán en las decisiones. ¿Qué pueden ofrecer los candidatos a sus electores? Sólo justicia.

Veamos en seguida el punto de la representatividad. Si la jurisdicción supranacional se extiende sobre los pueblos --a través de los Estados y sus órganos--, es natural y parece necesario que en aquélla se refleje la complejidad de esos pueblos. Esto entraña la inclusión de criterios que atiendan a la diversidad, que no se resume en datos geográficos y culturales (p. 219-220). Hay que atender a buen número de factores: entre ellos, los vinculados con el encuentro entre corrientes de pensamiento y acción, que se expresarán a la hora de interpretar las normas y de zanjar las tensiones entre moderación y activismo judicial (p. 228), tensiones que libran arduas batallas en el fuero interno y de ahí pasan a los foros internacionales. De la

prevalencia que se logre en el cruce de esas corrientes dependerá la aportación de los tribunales al despliegue del Derecho internacional --y por esta vía, al desarrollo mismo del orden jurídico interno--, atraído por ideas de conservación, de una parte, y renovación, de la otra. De esa misma prevalencia derivará --no menos-- la firmeza y la supervivencia misma del tribunal, como sugiere la autora, con palabras mesuradas, en las líneas finales del libro, que adelante invocaré: ante todo, es preciso retener el espacio ganado para la causa de los derechos humanos.

Un aspecto inquietante en el debate sobre la designación de los juzgadores, su representatividad y su actuación concierne a la presencia de mujeres en los tribunales supranacionales (también, obviamente, en los nacionales, impulsados por reformas normativas y fuerzas políticas). A falta de disposiciones explícitas sobre la igualdad o el “equilibrio” entre varones y mujeres en la composición de los tribunales, la representatividad de género sigue librando una difícil batalla (p. 229). Estamos lejos de la paridad. Hay avances y retrocesos a merced de la “gran negociación” que se libra en los foros internacionales. En la experiencia interamericana, que he compartido directamente durante doce años, se observa un ciclo incierto: primero, ausencia casi total de juzgadoras; luego, presencia destacada de éstas; después, retraimiento que reduce la participación femenina.

VIII. INTERPRETACIÓN

Como dije *supra*, la obra de la doctora Burgorgue-Larsen discurre en varios títulos que son, a su turno, etapas en la historia y en la actuación de los tribunales. El título segundo se concentra en un extremo sobresaliente: interpretación (pp. 239 y ss.). Una vez que se dispone de regulación llega la hora de la interpretación, que “atrae y divide” (p. 239), y finalmente resuelve el destino de la controversia. El punto dista mucho de ser puramente académico, aunque la

academia pesa con fuerza en los trabajos de interpretación, sus tendencias, aplicaciones y justificaciones. Esto concierne a la función del juzgador moderno, liberado de estrictas ataduras, pero no entregado a su voluntad omnipotente.

Ha pasado mucha agua bajo el puente desde que el juez debió ser --en concepto de Montesquieu-- la “boca que pronuncia las palabras de la ley”. Si nunca fue un mero lector de textos, al servicio del silogismo judicial estricto, hoy figura entre los diligentes creadores del derecho: crea derecho, no se limita a aplicarlo. Finalmente, como señaló el jurista norteamericano Charles Evans Hughes, la ley dice lo que el tribunal “dice que dice”. Y en esta empresa el juzgador lee con los ojos de su tiempo y de su juicio lo que en otro tiempo y bajo otro juicio escribieron los parlamentos nacionales y los redactores de los instrumentos internacionales. En el Tribunal se revisan los textos que creyeron consumados los representantes del pueblo en las Asambleas Nacionales y los delegados de los Estados en los foros internacionales.

Esta misión creadora tiene especial entidad cuando se trata de los máximos tribunales, cuyas decisiones no pueden ser “controladas” por instancias superiores, aunque puedan ser reexaminadas e incluso resistidas por la sociedad a las que se dirigen, y desde luego por los expertos que las analizan rigurosamente. Me refiero a los tribunales constitucionales y a las jurisdicciones internacionales de última instancia: su palabra es la palabra de la ley; “pontifican” *urbi et orbi*: ofrecen la verdad y disponen el porvenir. Nada menos. De ahí el extremo cuidado que deben poner los impartidores de justicia en actuar con estricta racionalidad y argumentar con esmero: la interpretación se sustenta en una certera argumentación, exigencia que ha ganado el favor de los juristas de nuestro tiempo. He aquí una frontera para el juzgador, que debe operar, sin embargo, con libertad para interpretar las disposiciones que aplica (p. 239). Bien hará en tener conciencia de que la fuerza de que está investido reposa en un dato que le obliga a extremar el talento y la prudencia:

no tiene la última palabra --señaló Robert S. Jackson en *Brown vs Allen*-- porque sea infalible; lo es porque tiene la última palabra. No debe errar.

El Derecho internacional provee lineamientos para la interpretación, que analiza Burgorgue-Larsen a partir del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (p. 240). Las normas que organizan el quehacer de los tribunales de derechos humanos orientan, asimismo, la interpretación del juzgador: se trata de respetar el objeto y el fin del instrumento, que en la especie es la protección de los derechos del ser humano, y nada menos.

De ahí la enorme relevancia del criterio tutelar previsto por la Convención Americana (artículo 29). Este precepto, frecuentemente invocado por la justicia regional, busca la más amplia tutela dentro de la Convención, pero también fuera de ella: el Pacto no mella los derechos y las garantías del individuo en su invulnerable condición de ser humano o bajo el amplio firmamento de la “forma democrática representativa de gobierno”. Quiero releer esta expresión en los términos del artículo 26 de la Carta Democrática Interamericana, que entraña un paso adelante en la identificación de los derechos humanos: democracia como sistema de vida. Otros instrumentos militan en una dirección semejante, como la Carta de Banjul que permite al juez regional africano convertirse --dice la autora-- en un “juez universal”.

En esta obra se estudia la apertura de la interpretación a las fuentes externas (*décloisonnement*). Las Cortes Europea y Americana se vieron en la “imperiosa necesidad de interpretar los textos que deben aplicar en contextos políticos y jurídicos singulares” (p. 248). Por lo que toca al Tribunal de San José, éste ha echado mano del citado artículo 29 para llevar adelante su condición de intérprete oficial y supremo de la Convención. Lo ha hecho --y este es un signo constante en la jurisprudencia de aquel órgano regional-- bajo una divisa: el principio *pro persona* (pp. 254 y 286), que alguna vez fue

pro homine, expresión sustituida en aras del lenguaje de género, más elocuente y comprensivo. Esta fidelidad al principio rector de la tutela interamericana puede suscitar inquietantes confrontaciones entre la misión tutelar de la jurisdicción, ejercida con criterio progresivo, y la voluntad normativa de los Estados, que optan por atenerse a la letra escrita y suscrita por sus representantes.

La Corte Interamericana ha querido ejercer su misión con el mayor alcance, revelador de un firme compromiso con aquélla, sorteando la voluntad política que proclaman y reclaman los Estados, autores de las convenciones. De ahí la recurrente tensión entre la Corte y algunos Estados de la región, que procuran prevalecer bajo la regla del margen nacional de apreciación, rehuído por aquel tribunal, celoso de su misión y consciente --a mi entender-- de los riesgos que ese principio, tan apreciado en Europa, traería consigo si se le abriera la puerta en la compleja, incierta, resbaladiza circunstancia de América Latina. En suma, la justicia interamericana marcha por la más amplia protección del ser humano, que debe asegurarse con la eficacia vinculante con que ha procurado actuar el Tribunal de San José. Esta posición ha generado tensiones entre la Corte y algunos Estados de la región, que reclaman la flexibilidad que traería consigo el margen de apreciación.

IX. ALGUNOS EXTREMOS RELEVANTES

Al apreciar los contextos en que operan los tribunales, la autora elige algunas muestras significativas: así, la existencia de conflictos armados y las reclamaciones de pueblos autóctonos (p. 299 y ss.). En este punto se refiere a una determinación central en la jurisprudencia de la Corte Interamericana para arraigar el deber de garantía a cargo de los Estados, donde destaca el ejercicio de la justicia y se rechaza la impunidad. Vienen a colación los criterios de la Corte de San José, alguna vez invocados por su equivalente de Estrasburgo, que reprueban las amnistías --y otras medidas de

insufrible benevolencia-- dispuestas por violadores de derechos humanos cuyo poder declina, e inclusive por gobiernos democráticos anhelantes de restablecer la paz al precio de la justicia. Burgorgue trae a este escenario la ejemplar sentencia interamericana en el caso *Barrios Altos*, y no omite referirse a las particularidades --que no implican impunidad-- de la sentencia sobre la *Masacre de El Mozote* (pp. 302-303).

En el examen de contextos, la autora menciona la sentencia pionera del caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* que valoró --por primera vez en la historia de los tribunales supranacionales de derechos humanos-- la condición de los pobladores originales de la región y sus descendientes (p. 305). La CorteIDH inició una saludable aproximación a este tema bajo criterio “pro indígena” --variante justa de la regla pro persona--, “otorgando una dimensión colectiva, multicultural, a diversos derechos previstos en la Convención Americana”; en la especie, “tomó en serio” los usos y costumbres de las comunidades indígenas.

Las tres cortes han “enriquecido los derechos existentes en los tratados, al punto de crear nuevos derechos sin pasar por un proceso formal de revisión de aquéllos” (pp. 309 y ss.). Lo han hecho por diversas vías que analiza la autora: en un extremo, “revelación”, que hace derivar los nuevos derechos de otros ya consagrados en el instrumento internacional, y en otro extremo, combinación normativa en dos vertientes: intra-convencional, que combina los elementos existentes en la misma convención, e inter-convencional, que trabaja con diversos instrumentos. El resultado de estas combinaciones voluntariosas tiene “efectos revolucionarios, por no decir subversivos”.

El relevante ejemplo a la mano de Burgorgue-Larsen es la novedosa jurisprudencia interamericana acerca de la tutela directa de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), que se halla en la agenda de San José. En efecto, la interpretación actual de la CorteIDH --adoptada por la mayoría de

sus integrantes-- ha impuesto un giro de ciento ochenta grados a la interpretación tradicional, que tutelaba los DESCAs a través de los derechos civiles --así, el derecho a la salud, a través del derecho a la integridad personal--, y ha aportado con ello un renovado horizonte a la misión tutelar del tribunal.

X. LOS VULNERABLES

Por supuesto, la ampliación del espacio de los derechos y su tutela se ha traducido en una extensión de los deberes de los Estados. Redunda en un campo de la jurisprudencia que posee enorme relevancia: el cuidado por los vulnerables. Esto no se reduce al principio crucial de no-discriminación, sino implica colocar en el “corazón de la política jurisprudencial la procuración de la igualdad material” (pp. 325-326). La vulnerabilidad, concepto que ha irrumpido con fuerza en el Derecho internacional de los derechos humanos, sus ordenamientos, su jurisprudencia y su doctrina, nos lleva a “repensar al ser humano --señala Burgorgue-Larsen-- en su relación con el Otro y con el mundo que lo circunda, y constituye el cimiento de un conjunto de nuevas obligaciones del Estado”.

Estas obligaciones emergentes tienen que ver con las diversas categorías de vulnerables recogidas en las decisiones de los tribunales. La Corte Interamericana ha transitado en un amplio número de hipótesis: niños, mujeres, minorías sexuales, comunidades indígenas, discapacitados, presos, migrantes, periodistas, defensores de derechos humanos, desplazados, afrodescendientes. En mi opinión, que he expuesto en diversas oportunidades, esta jurisprudencia también merece el título de “joya de la corona” en la tarea judicial del Tribunal de San José, con la misma relevancia que su eminente aportación al régimen de las reparaciones.

Por supuesto, la apertura de estos espacios tutelares ha suscitado resistencias. Las provocó el establecimiento mismo de los tribunales de derechos humanos; han acompañado --y seguramente

acompañarán-- el desarrollo de estos organismos; se han erigido en puntillosos “fiscales” de su jurisprudencia. Ahora reaccionan con fuerza frente a los criterios judiciales que favorecen a los grupos vulnerables. Del mismo modo que muchos sectores de los Estados y de la sociedad civil --que no son monolíticos-- forman filas en la defensa de los derechos humanos, hay otros que se pronuncian en contra, con diversos tonos, tanto en Europa como en América y África. Los pronunciamientos críticos surgen fuera y dentro de los tribunales, que tampoco son monolíticos. Los discursos se enfrentan y los tribunales marchan con diversa velocidad, sorteando obstáculos en esta “batalla de culturas” donde los contendientes invocan, cada uno por su parte y conforme a su propia versión, el discurso universal de los derechos humanos.

XI. APLICACIÓN Y SINERGIAS

El tercer título de la obra de Burgorgue-Larsen lleva el rubro “Application”, que la autora utiliza para abarcar diversas cuestiones vinculadas con el cumplimiento por los Estados de las obligaciones emanadas del derecho internacional regional (p. 363). En el inicio de la reflexión correspondiente a este título, se alude a un punto en el que algunos autores del sistema interamericano hemos puesto especial acento. Yo mismo lo he hecho, en los últimos años, al establecer el deslinde entre el cumplimiento de las decisiones de la Corte regional americana y el “impacto” de éstas en los países del área (p. 366 n. 9). Y más allá del impacto --o más a fondo, si se prefiere decirlo así-- se eleva la diferencia entre incidir, que es lo que ocurre con el impacto, y trascender, que es la pretensión radical de la jurisprudencia interamericana. A mi juicio, en medio de la inobservancia de varios puntos comprendidos en una condena, puede sobresalir la trascendencia que ésta posee como factor de cambio o transformación. Tal ha sido el notorio caso de la sentencia en el litigio *Radilla Pacheco vs México*, que ejerció tan rotundo efecto

sobre la jurisprudencia mexicana.

Cuando examina las “sinergias” que provienen de las decisiones de los tribunales, la autora distingue diversas vertientes: la primera corresponde a la apertura de las Constituciones domésticas al DIDH (p. 367) --esto es, la recepción constitucional o el puente constitucional, como suelo llamarle--, fenómeno que se halla en el centro del desarrollo actual de la relación entre lo nacional y lo internacional a propósito de los derechos humanos. Se ha examinado ampliamente el doble signo de esa relación, a saber, el flujo inicial: internacionalización de la normativa constitucional, y el reflujo consecuente: constitucionalización del Derecho internacional. En Europa este movimiento tiene un perfil que Borgogues-Larsen caracteriza como “clásico”, atento al impulso constitucional de la postguerra. En este orden ha habido --aclara la tratadista-- momentos de recepción y etapas de ruptura (p. 371), vinculadas, éstas, con el avance o el retraimiento de las tendencias autoritarias.

En contraste con el movimiento europeo y sus tiempos característicos, América Latina y África ofrecen rasgos originales, asociados a la eclosión democrática y el rechazo al autoritarismo. Estas tendencias normativas son coincidentes en ambas regiones. Tal ha ocurrido en los países de mi región, a lo largo de las últimas décadas del siglo XX: varias Constituciones acogen con énfasis los derechos humanos en el cauce de la democratización; y en África algunos textos proclaman ciertos ideales históricos y propósitos que abren la vía hacia el porvenir. Borgogues-Larsen invoca, en lo que atañe a esta segunda posición, los emotivos preceptos de la Constitución de Egipto de 2014 (p. 384, ns. 84-85): “Egipto es un don del Nilo --advierte el preámbulo constitucional-- y es el don de los egipcios a la humanidad”; la “nación árabe de Egipto es el corazón del mundo”. Hemos redactado una Constitución --proclama la parte final de ese preámbulo-- que “abre el camino del futuro y se alinea a la Declaración universal de los derechos humanos, en cuya redacción participamos y que aprobamos”.

XII. DIÁLOGO

En el examen de esta materia, detallado y profundo, la autora alude a una “incitación dialógica” que concierne directamente a los juzgadores. Emprende el análisis de uno de los temas relevantes y constantes en la reflexión de los estudiosos y prácticos de los derechos humanos: el diálogo judicial, tanto si éste corresponde a una construcción pretoriana dispuesta por los propios tribunales, como si proviene de la promoción y organización de los Estados (p. 391). Por supuesto, el diálogo --en cuyas etapas de alborada tuve el honor de participar, durante mi desempeño como juez y presidente de la Corte de San José-- debe enfrentar problemas numerosos y remontar diversas vicisitudes. No es labor sencilla, que fluya “*de soi*”, como diría la autora.

En ese encuentro entre el ímpetu dialógico --dialogal o dialogístico-- y las resistencias naturales que salen a su paso, influyen tanto la relativa fragilidad de la recepción constitucional del DIDH como la “extrema sensibilidad de los jueces nacionales cuando quedan en suerte sus decisiones, sus procedimientos, mecanismos o disposiciones que encarnan los ‘valores’ específicos de su país” (p. 398). Burgorgue-Larsen propone algunos ejemplos de estos avatares en el desarrollo del diálogo, que ilustran sobre la situación que prevalece en las diversas regiones; entre ellas menciona un caso relevante y reciente en América Latina: la sentencia de la Corte Suprema de Argentina en el caso *Fontevicchia*, en el marco de una Constitución “arquetípica del neoconstitucionalismo latinoamericano”. Esta decisión del alto tribunal, que rescata la jerarquía del orden interno, rechazó en forma abrupta la teoría del control de convencionalidad y tuvo el efecto de un “cataclismo” (p. 402).

No sólo importa el diálogo entre juzgadores --o mejor todavía, entre jurisdicciones--, sino también el que se plantea con otros actores del sistema tutelar de los derechos humanos, al que nuestra autora

denomina “diálogo político”, marco dentro del que se localiza la “diplomacia civil” (p. 409). Ésta se despliega con las organizaciones defensoras de los derechos humanos, ya sea que operen en el seno de la sociedad civil, ya sea que actúen a título de instituciones nacionales --esto es, estatales-- de protección de los derechos. La autora recoge en este punto una aleccionadora expresión de Par Engstrom, formulada en el análisis del sistema interamericano, pero aplicable en todas las regiones: “Ningún sistema regional de protección de los derechos humanos puede sobrevivir sin el involucramiento regular y sustantivo de la sociedad civil” (p. 410). Burgorgue examina el punto de cara a las distintas regiones que abarca su obra, y subraya la extrema vitalidad de la sociedad civil en América Latina. Así lo acreditan tanto los instrumentos internacionales de la región como los pasos delante de las ONGs, que se han mostrado, crecientemente, en la revisión de las normas y prácticas de la jurisdicción interamericana.

En otro espacio del diálogo --a través de manifestaciones indispensables para el desarrollo lozano de la tutela internacional de los derechos humanos--, la autora se refiere a la “diplomacia judicial y académica” (p. 426 y ss.), que ha alcanzado apreciable desarrollo en las tres regiones abarcadas por esta obra, con características propias en cada caso. La anfitrionía de las Cortes y sus propias decisiones en el encuentro con otros órganos jurisdiccionales --nacionales e internacionales-- marcan el avance de esta diplomacia. Tuve la suerte de participar en ella y conocer su desenvolvimiento como asistente a los encuentros de magistrados de la justicia constitucional, que finalmente acogieron la presencia de la Corte Interamericana, y como participante en un programa notable, al que se refiere la profesora Burgorgue-Larsen (p. 432): la itinerancia de la Corte Interamericana por los países americanos, iniciada en 2005 bajo mi presidencia, a través de períodos de sesiones en Asunción, Brasilia, Buenos Aires, Guatemala, San Salvador y Bogotá. Puedo afirmar la pertinencia y utilidad de estos encuentros

en los Estados de las Américas como factor para el conocimiento y la eficacia de la jurisdicción regional americana, sin perjuicio de las sesiones regulares en San José.

Un capítulo del libro que estoy comentando se concentra en “Las sinergias del control” (pp. 439 y ss.), es decir, la observancia efectiva de las decisiones de los tribunales, tema que suscita vivas controversias y ha recibido distinto tratamiento en las regiones a las que se refiere la obra comentada. Obviamente, serían ilusorias las jurisdicciones tutelares si no se lograra el cumplimiento de sus determinaciones en el espacio en el que deben ser atendidas y cumplidas: los Estados a los que se dirigen las sentencias --y, en cierto modo, las opiniones consultivas--, destinatarios de las condenas y sujetos obligados por los mandamientos de reparación. También aquí nos encontramos con normas y experiencias diversas, coincidentes en el propósito y diferentes en los medios para alcanzarlo.

Europa y África --relata la autora-- han confiado a los órganos intergubernamentales de sus respectivos sistemas (Consejo de Europa, Comité de Ministros, en un caso; Unión Africana, Consejo Ejecutivo, en el otro) supervisar la ejecución de las sentencias supranacionales. En el ámbito interamericano la solución de este arduo tema es diferente, a falta de una definición terminante en la Convención regional (p. 443). En Europa ha operado una “transfiguración del control”, que asocia el esfuerzo del Comité de Ministros al de la propia Corte regional, lo que ha determinado el avance hacia la jurisdiccionalización del control. En América ha dominado la reticencia de los Estados, que en este campo actúan --o actuarían-- por impulso de la Asamblea General de la OEA. Pero en la realidad, “los Estados no quieren controlar ni ser controlados por otros Estados”, ha dicho Carlos Ayala Corao, expresidente de la Comisión Interamericana, a quien cita la profesora Burgorgue-Larsen (p. 453).

No se ignora que la Corte Interamericana caminó hacia adelante en la reclamación de cumplimiento. Para ello adoptó un criterio

diligente: el propio Tribunal debe supervisar el cumplimiento, dijo la sentencia del caso *Baena Ricardo vs Panamá*. Esta facultad es inherente a su condición judicial y además constituye una evidente premisa de la obligación de la Corte de ofrecer a la Asamblea General de la OEA un informe acerca del cumplimiento de las resoluciones que emite el Tribunal. De esta suerte se planteó lo que he llamado la “competencia ejecutiva” de la Corte Interamericana --al lado de las competencias consultiva, contenciosa y preventiva-- y se estableció la práctica, iniciada bajo mi presidencia, de llevar a cabo audiencias de supervisión de cumplimiento, convocando para ello a las partes y a la Comisión Interamericana.

Ha sido necesario que diversas fuerzas se desplieguen fuera y dentro de los Estados para ir adelante en el proceso de cumplimiento, que da sentido a las jurisdicciones tutelares. Por lo que toca a Europa, actúan en concierto las instituciones del Consejo de Europa: los órganos políticos del Consejo “han tomado en serio el tema de la ejecución”; y por lo que toca a América Latina, hay un vigoroso impulso de las organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales (p. 467). No dejaré de recordar, por lo demás, que los Estados no son monolíticos: hay partidarios y adversarios en todo el espacio de la tutela de los derechos humanos. Aquéllos pugnan, en forma diversa y ciertamente desigual, por dar pasos adelante en el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados. Nos hallamos ante una cuestión que reviste suma complejidad y cuyas soluciones avanzan lentamente. Dice bien la autora: el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de reparaciones “*ne va pas de soi*” (p. 482), como tampoco --lo vimos al inicio de estos comentarios-- el conjunto de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos.

XIII. EL FUTURO QUE NOS AGUARDA

El cierre de esta obra de Laurence Burgorgue-Larsen, que implica una enciclopédica revisión de la tutela jurisdiccional de los DDHH, o mejor dicho: de las tutelas jurisdiccionales, ostenta un rubro sugerente que se desprende con naturalidad de las reflexiones expuestas a lo largo de casi quinientas páginas de investigación acuciosa y profunda reflexión: trazado el pretérito y examinado el presente ¿qué futuro nos aguarda? (pp. 485 y ss.). Es posible y pertinente reescribir la interrogación --“¿*quel futur?*?”-- como una pregunta que reconduzca la cuestión al ámbito de nuestra propia vida: ¿qué futuro *nos aguarda*? Porque ciertamente se trata de mirar hacia el destino de *nuestros* derechos y libertades, *nuestros* intereses radicales, la tutela de *nuestra* existencia.

Ha cambiado el panorama que ofrecían las tres regiones --circunstancia en la que germinaron sus tres tribunales-- desde las fechas en las que éstos subieron a sus respectivos escenarios. Así se observa en América Latina, una región heterogénea cuya honda diversidad persiste. Ahí donde proliferaron, casi sin salvedad, las más opresivas dictaduras, han aparecido regímenes democráticos. Sin embargo, deberemos estar en guardia sobre la fortaleza y estabilidad de nuestras democracias. No se ha logrado una integración de “las Américas” bajo el amparo del sistema regional; los países anglosajones se mantienen alejados. En el nuevo escenario operan corrientes autoritarias que reclaman sus antiguos territorios. Por supuesto, frente a ellas se elevan fuertes resistencias, que se niegan a perder los espacios ganados en una intensa y costosa batalla.

La profesora Burgorgue Larsen, autora de esta obra magistral, formula una advertencia oriunda de su ciencia y experiencia, de su observación constante y su lucidez bien acreditada, advertencia que conviene retener como divisa para el tiempo que ha llegado: “Los progresos son frágiles y las regresiones son espectaculares. El mayor desafío en los años futuros consistirá en conservar el terreno ganado” (p. 496).

INTRODUCCIÓN A LAS IDEAS JURÍDICAS DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

INTRODUCTION TO THE LEGAL IDEAS OF BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA¹

RESUMEN: Es una reflexión sobre la relevancia del pensamiento sociológico y jurídico del jurista portugués Boaventura de Sousa Santos, mediante la revisión de sus conceptos fundamentales. Se trata de establecer una mínima interpretación sobre su comprensión del derecho en general y el derecho emancipatorio en particular, para proponer un derecho alternativo distante de las corrientes positivistas y jusnaturalistas, así como del marxismo univocista y proponer en consecuencia un derecho incluyente, afirmativo y plural. Por otro lado abordamos su punto de vista sobre el monoculturalismo, como herencia eurocéntrica, siendo utilizada, como instrumento de dominación no solo económica, jurídica y política, sino específicamente cultural. En otro ángulo, vemos sus comentarios sobre las epistemologías del norte típicas del neoliberalismo, en su afán imperial de imponer unidimensionalmente, su modelo cognitivo sobre las epistemologías del sur. Finalmente se

¹ Abogado mexicano, nacido en 1953 en Navolato Sinaloa. Doctor en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. En la actualidad es profesor en la Escuela Superior de Turismo en el Instituto Politécnico Nacional, donde imparte la materia de Marco Regulatorio del Turismo. Ha sido profesor de Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM. Ha escrito una serie de libros sobre Hermenéutica Jurídica centrándose en la interpretación, las virtudes y la justicia. La Facultad de Derecho de la UNAM, le publicó un libro sobre la Argumentación Jurídica. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Pertenecer a la Asociación Nacional de Doctores en Derecho y al Seminario de Cultura Mexicana. Contacto: napoleon_conde@yahoo.com.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8471-2042>. Fecha recepción: 25 de agosto de 2020; fecha de aprobación: 13 de noviembre de 2020.

estudia la hermenéutica diatópica como dispositivo primordial para interpretar el diálogo cultural, la interculturalidad y los procesos de aculturación y socialización. Es destacable su concepto de sociedad, cultura y derecho. A su vez presenta su mirada sociológica y un imaginario jurídico. comunitario y socializante.

PALABRAS CLAVE: *Derecho, emancipación, liberación, hermenéutica diatópica.*

ABSTRACT: It is a reflection on the relevance of the sociological and legal thought of the Portuguese jurist Boaventura de Sousa Santos, through the revision of its fundamental concepts. It is a matter of establishing a minimum interpretation of their understanding of law in general and emancipatory law in particular, to propose an alternative law distant from positivist and natural law currents, as well as univocist Marxism and consequently propose an inclusive, affirmative and plural right. On the other hand, we address his point of view on monoculturalism, as a Eurocentric heritage, being used as an instrument of domination not only economic, legal and political, but specifically cultural. In another angle, we see his comments on the epistemologies of the north typical of neoliberalism, in his imperial desire to unidimensionally impose his cognitive model on the epistemologies of the south. Finally, diatopic hermeneutics is studied as a primary device to interpret cultural dialogue, interculturality, and acculturation and socialization processes. Its concept of society, culture and law is remarkable. In turn, his sociological gaze and his legal imagination are presented. community and socializing.

KEYWORDS: *Law, emancipation, liberation, diatopical hermeneutics.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Desarrollo; III Epistemología del norte y del sur; IV. La propuesta de epistemicidio; V. Capitalismo y marxismo; VI. Hermenéutica diatópica; VII. Conclusión; VIII. Fuentes Consultadas.

1. INTRODUCCIÓN

Me gustaría comentar en las páginas siguientes algunos puntos de vista sobre el pensamiento del sociólogo portugués Boaventura de Sousa Santos, con el propósito de estudiar su horizonte nocional, su epistemología, y sus posiciones respecto, a los nuevos movimientos sociales. Se trata de abordar su crítica a la violencia física, mental, simbólica y cognitiva del neoliberalismo, hacia las colectividades marginadas, estableciendo, la llamada epistemología del sur, como alternativa real a la crisis económica, política, social, académica y epidemiológica de nuestro tiempo.² Nuestro autor, es universalmente conocido por su propuesta sociológica frente al derecho, así como por su actividad intelectual y sobre todo por su acción militante a nivel mundial, en centros de enseñanza e investigación, así como en diversos encuentros en eventos internacionales frente al neoliberalismo. En este ensayo trataremos la temática de la epistemología del norte y del sur, sus puntos de vista sobre el capitalismo y el marxismo, para finalmente plantear su idea de derecho. De esa forma, tendremos, algunas pinceladas sobre su pensamiento, de enorme importancia en la sociología del derecho en el momento presente.³ Sobre todo, es una visión crítica de su idea de derecho y sociedad desde el horizonte alternativo orientada a reinventar el estado, la forma social y la forma jurídica. Para ello se esmera en cuestionar el positivismo legalista basado en el uso de la fuerza y la coacción, en tanto, modelo jurídico de la formación social capitalista. Cuestiona el marxismo, por su esquema autoritario, excluyente y totalitario, oponiendo una especie de igualitarismo, democrático y pluralista.

² Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta, 2015 p. 47 y ss.

³ Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano*, Madrid, Trotta, 2015, p. 151 y ss.

II. DESARROLLO

Para comenzar, plantearemos algunos puntos de vista sobre el marco conceptual de Boaventura de Sousa Santos, con el propósito de aproximarnos a sus nociones cardinales de su sociología jurídica. Él es uno de los referentes fundamentales de la nueva jus-sociología latinoamericana y, uno de los pilares claves para plantear la idea del derecho como emancipación y liberación. Lo interesante de su propuesta radica en su interpretación respecto a la epistemología, la hermenéutica, el estado, la democracia y los movimientos sociales. Debido a esa razón, analizaremos brevemente sus ejes de reflexión, para tener una mínima panorámica de su pensamiento. Empecemos pues, con uno de sus conceptos básicos, la epistemología. Es tratada no únicamente como edificación de conocimiento, sino como movimiento social expresado en modelos de saber, de un grupo dominante sobre el grupo dominado. Conforman una diferencia entre la epistemología del norte y la del sur establecida en función de soportes cognitivos y políticos. Su propuesta es lejana del positivismo jurídico,⁴ del decisionismo,⁵ el derecho natural,⁶ el jus-marxismo,⁷ el pospositivismo,⁸ y otros modelos similares. Es un crítico radical del capitalismo, el colonialismo y el patriarcado. Lo que a continuación se `presenta es un conjunto de comentarios sobre la sociología en general y la sociología jurídica en particular.

⁴ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2010, p. 80 y ss.,

⁵ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1999,

⁶ Mauricio Beuchot, *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI Editores, 1996, pp.123-161

⁷ Evgeni Pachukanis, *Teoría del derecho y marxismo*, México, Editorial Grijalbo, 1976 pp.52 y ss.,

⁸ Ronald Dworkin, *El imperio y la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp.81-83

III. EPISTEMOLOGÍAS DEL NORTE Y DEL SUR

Para empezar abordaremos el papel de la epistemología en nuestro sociólogo. De hecho la hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot la ha desarrollado como un conocimiento nuevo orientado a producir conceptos y nociones.⁹

Las Epistemologías del Sur han sido históricamente hablando uno de los conceptos más logrados en la sociología crítica del sociólogo europeo pues designa aquella construcción de saberes vinculados a los movimientos sociales y comunitarios, que han sido objeto de represión, exclusión, marginación, explotación y discriminación por parte del modo de producción capitalista, el sexismo, el colonialismo, el racismo y el patriarcado. Implica las narrativas orales y escritas, no solo de los movimientos de lucha de las víctimas, sino la tendencia a explorar una forma de conocimiento nuevo, capaz de enfrentar el elitismo de la modernidad y de la posmodernidad. Tal situación se vincula de una u otra manera a la segregación de la producción de conocimiento, por los grupos populares, al interpretar y describir la situación social, económica, política e ideológica, con el propósito de comprender su condición concreta. Veamos como lo dice:

He designado como “Sur antiimperial” al vasto, e inmensamente diversificado, campo de tales experiencias. Es un Sur epistemológico, no geográfico, compuesto por muchos sures epistemológicos, que tienen en común el hecho, de que son saberes nacidos en las luchas contra el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado. Se producen dondequiera que ocurran tales luchas, tanto en el Norte como en el Sur geográficos. El objetivo de las Epistemologías del Sur es posibilitar que los grupos sociales oprimidos representen al mundo como propio y en sus propios términos, pues solo así podrán

⁹ Mauricio Beuchot, *Epistemología y hermenéutica analógica*, México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2011, pp. 11-24.

cambiarlo según sus propias aspiraciones¹⁰.

Me parece interesante la propuesta en la medida que es una reflexión sobre la acción desarrollada por los nuevos actores sociales, que han sido víctimas de la injusticia. De esa forma, nos enseña, la relevancia del sur epistemológico, al generar un nuevo pensamiento emancipador frente a la epistemología del norte.

IV. LA PROPUESTA DE EPISTEMICIDIO

En efecto, no es una cuestión únicamente territorial, sino fundamentalmente económica y cognitiva. Así las cosas, su tarea, es lograr que las víctimas puedan configurar una subjetividad resistente, para interpretar el mundo y poder y, en consecuencia generar un cambio social. Es interesante, su entendimiento, de los sures epistemológicos cuyo punto de coincidencia con los individuos y los grupos sociales es ser objeto de marginación por las élites opresoras. Se puede decir, que las epistemologías del norte han cometido un epistemicidio al prohibir, eliminar o borrar, o, pretender lograrlo, el conocimiento de las epistemologías del sur, caso observable en los conflictos políticos en América Latina en general o en los recientes acontecimientos de Bolivia o en la lucha contra el racismo en Estados Unidos. También, es contemplado en el mundo académico con la desaparición del marxismo en la educación sociológica. El paradigma dominante en el campo del derecho ha sido el neoliberalismo conservador como esquema hegemónico a nivel del derecho público, privado y social. El modelo ha servido como dispositivo ideológico, para que el capitalismo ejerza su dominio de clase y para la lógica de la acumulación de capital. El colonialismo se ha manifestado en la influencia occidental a nivel objetivo y subjetivo,

¹⁰ Boaventura de Sousa Santos, “Introducción a las Epistemologías del Sur”, en *Epistemologías del Sur*, María Paula Meneses y Karina Bidaseca, Coordinadoras, Buenos Aires, CLACSO, 2018, p. 28.

es decir en términos de la economía, sociedad e ideología, imponiendo su imaginario hacia la ciudadanía global. En otro ángulo está el patriarcado que sirve como plataforma para el machismo, la violencia y aspectos parecidos.

Sobre tal cuestión, indica De Sousa:

Epistemologías del Sur se relacionan con los saberes que emergen de las luchas sociales y políticas y no pueden ser separados de esas luchas. Por lo tanto, no son epistemologías en el sentido convencional de la palabra. Su objetivo no es estudiar el conocimiento o la creencia justificada como tal, por no mencionar el contexto histórico y social en el que ambos emergen (la epistemología social también es un concepto controvertido). Su objetivo, más bien, es identificar y valorizar lo que a menudo ni siquiera aparece como conocimiento a la luz de las epistemologías dominantes, lo que en su lugar surge como parte de las luchas de resistencia contra la opresión y contra el conocimiento que legitima esa opresión. Muchas de esas formas de conocimiento no son saberes abstractos sino empíricos. Las Epistemologías del Sur “ocupan” el concepto de epistemología, con el fin de resignificarlo como un instrumento para interrumpir las políticas dominantes del conocimiento. Son epistemologías experienciales. Hay Epistemologías del Sur solo porque y en la medida en que hay Epistemologías del Norte.¹¹

Tiene razón nuestro autor, las epistemologías del sur tienen la tarea de resignificar el nuevo conocimiento, impidiendo que las epistemologías dominantes procedan a eliminarlas o a reducirlas y a excluirlas.

El término epistemología es conocido como Teoría del Conocimiento o Gnoseología, cuyo propósito radica en el análisis del conocimiento nuevo, así como las condiciones de su existencia. En el momento actual, aborda la producción, intercambio y circulación del conocimiento en saberes significativos. Lo mismo sucede en la epistemología jurídica, entre las del norte, se encuentra el formalis-

¹¹ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p. 29.

mo legalista y la postmodernidad relativista y en el sur, la llamada “teoría crítica” y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, del cual forma parte nuestro jurista. En este sentido, las Epistemologías del Sur tienen su propia dialéctica orientada a visualizar las contradicciones en las prácticas sociales. En ese camino vemos marcos conceptuales avalados por el sistema imperante y marcos conceptuales de vanguardia. Por eso dice Boaventura que: “Las Epistemologías del Sur han de proceder de acuerdo a lo que denomino la sociología de las ausencias, es decir, tomando a los sujetos ausentes en sujetos presentes, como la condición más importante para la identificación y validación de conocimientos que puede reinventar la emancipación social y la liberación”¹² Boaventura indica la necesidad de construir nuevas ontologías, capaces de encontrar la nueva esencia de las cosas y el ser del derecho. No se trata de un esencialismo absolutista, ni mucho menos, una antiontología equivocista, sino de recuperar lo ontológico para entender mejor lo epistemológico. Por eso dice De Sousa; “Las Epistemologías del Sur se centran en los procesos cognitivos sobre el significado, la justificación y la orientación en la lucha librada por aquellos que resisten y se rebelan contra la opresión. La cuestión de la validez surge de esta fuerte presencia”.¹³

Luego dice: “El reconocimiento de la lucha y de sus protagonistas es un acto de pre conocimiento, un impulso intelectual y político pragmático que implica la necesidad de examinar la validez del conocimiento que circula en la lucha y que es generado por la lucha misma. Paradójicamente, en este sentido, el reconocimiento precede a la cognición.”¹⁴ Eso significa, que el reconocimiento a los actores sociales y activistas jurídicos se les pueda identificar por su búsqueda de la justicia. El reconocimiento de su acción es pertinen-

¹² Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p.30.

¹³ Boaventura de Sousa Santos, *Idem*.

¹⁴ Boaventura de Sousa Santos, *Idem*.

te para las epistemologías emancipadoras sobre la propia cognición. Es decir, la consciencia insurgente está por encima, de una u otra manera sobre el conocimiento en general. Eso le da una primacía a la práctica, a lo fáctico y a los hechos.

A continuación, señala de Sousa:

No obstante, el Sur antimperial, el Sur de las Epistemologías del Sur, no es la imagen invertida del Norte de las Epistemologías de Norte. Las Epistemologías del Sur no buscan reemplazar las Epistemologías del Norte y poner al Sur en el lugar del Norte. Su objetivo es superar la dicotomía jerárquica entre el Norte y el Sur. El Sur que se opone al Norte no es aquel Sur que el Norte constituyó como víctima, sino un Sur que se rebela para superar el dualismo normativo existente. La cuestión no es borrar las diferencias entre el Norte y el Sur, sino borrar las jerarquías de poder que los habitan. Las Epistemologías del Sur, por tanto, afirman y valoran las diferencias que quedan después de que las jerarquías han sido eliminadas. Su objetivo es el cosmopolitismo subalterno desde abajo. Más que la universalidad abstracta, promueven la pluriversalidad: un tipo de pensamiento que fomenta la descolonización, el criollismo (creolisation) o mestizaje a través de la traducción intercultural.¹⁵

Aquí observamos una crítica de Boaventura a los universales muy válida. Se opone a los universales unívocos, típicos del positivismo jurídico. Su oposición a la globalización neoliberal requiere de un cuestionamiento radical al universalismo positivista, expresado en la coacción, la obediencia a la ley, la estandarización de la legalidad, la uniformización del ordenamiento jurídico y la mecanización del sistema jurídico. En esa vía son universales absolutistas plantear un modelo de derechos humanos y un esquema global de lo epistemológico, basado en metodologías analíticas, sistémicas y conductuales. En ese sentido, ejemplos de dichos universales son: lo formal por encima de lo real, la validez sobre la eficacia o la obediencia irracional del ciudadano al estado y el capital. Por otro lado,

¹⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p.35.

cuestiona al relativismo jurídico por su negación de los universales. Para ello, la pluriversalidad, en tanto paradigma de su sociología de las ausencias y hermenéutica diatópica le auxilia, conjuntamente con la analogía en la comprensión de la realidad. Por eso, reivindica los saberes universales, como la emancipación y la liberación.

Por eso dice:

Las Epistemologías del Sur pretenden mostrar que los criterios dominantes del conocimiento válido en la modernidad occidental, al no reconocer como válidos otros tipos de conocimiento que no sean los producidos por la ciencia moderna, provocaron un epistemicidio masivo, es decir, la destrucción de una variedad inmensa de saberes que prevalecían principalmente del otro lado de la línea abisal, en las sociedades y sociabilidades coloniales. Tal destrucción desempoderó a estas sociedades, dejándolas incapaces de representar el mundo como propio y en sus propios términos y, así, de considerar el mundo como susceptible a ser transformado por sus propios medios y en virtud de sus propios objetivos. En esta situación, no es posible promover la justicia social sin promover la justicia entre las diversas formas de conocimiento. En otras palabras, no hay justicia social global sin justicia cognitiva global. Esta tarea es tan importante hoy como lo fue en el tiempo del colonialismo histórico, aunque la desaparición de este último no implicó el fin de colonialismo como forma de sociabilidad basada en la inferioridad etnocultural e incluso ontológica del Otro, que Aníbal Quijano llama colonialidad. La colonialidad del conocimiento (como la del poder) sigue siendo fundamentalmente instrumental.¹⁶

La idea de la inexistencia de justicia cognitiva se relaciona con la ausencia de justicia económica, social, política y cultural. La colonialidad epistemológica se refleja en la existencia de espacios cognitivos, impulsados por grupos hegemónicos del conocimiento impulsadas por el culturalismo de la antropología jurídica estadounidense, el funcionalismo sociológico anglosajón típica de la sociolo-

¹⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p. 36.

gía del derecho y la propia filosofía analítica, realista y positivista. En esa vía, la colonialidad de los saberes adopta una posición clasista, orientada a la división social del conocimiento. De esa manera la producción del conocimiento tiene un contenido de clase, organizado en función de los intereses de la clase dominante. También, los grupos sociales marginados, aplican su saber para reflexionar sobre sus experiencias y vivencias, así, como, para interpretar sobre sus éxitos o fracasos. Por ejemplo, sirve su epistemología para analizar los conflictos con el estado, para entender las operaciones represivas como, la criminalización de la protesta social, las ejecuciones extrajudiciales, la existencia de los paramilitares, los asesinatos de mujeres, el desempleo y la defensa de los derechos humanos.

Las colonias imperiales niegan a las epistemologías del sur, debido a que consideran a los oprimidos como sujetos pasivos incapaces de intelección y razonamiento. Las epistemologías del norte tienen sus formatos y protocolos para decidir; que es conocimiento válido y que es conocimiento inválido. Para ello, construyen ejes abstractos de problematización, modelos complejos y esquemas reduccionistas, con el objeto de minimizar el pensamiento de los excluidos. Sobre tal situación indica nuestro científico social:

Recuperar los conocimientos suprimidos, silenciados y marginados requiere comprometerse con lo que he denominado la “sociología de las ausencias”, un procedimiento que pretende mostrar que, dada la resiliencia de la línea abisal, muchas prácticas, conocimientos y agentes que existen del otro lado de la línea abisal, de hecho, son producidos activamente como no existentes por los saberes dominantes en “este” lado de la línea abisal, y mucho más cuando están comprometidos en la resistencia contra las exclusiones abisales causadas por el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado. Identificar la existencia de la línea abisal es el impulso fundante de las Epistemologías del Sur y de la descolonización de conocimiento al que aspiran. Identificar la línea abisal es el primer paso para superarla, tanto en el nivel epistemológico como político. Identificar y

evidenciar la línea abisal posibilita la apertura de nuevos horizontes con respecto a la diversidad cultural y epistemológica del mundo. En el nivel epistemológico, tal diversidad se traduce en lo que designo como una “ecología de saberes”, esto es, el reconocimiento de la copresencia de diferentes saberes y la necesidad de estudiar las afinidades, divergencias, complementariedades y contradicciones entre ellos para maximizar la efectividad de las luchas de resistencia contra la opresión.¹⁷

Como sabemos, propone una ecología de saberes soportada en el diálogo intercultural mediante una educación plural orientada a distanciarse del individualismo. Ello implica, una crítica al individualismo metodológico y a las estrategias teóricas de carácter cientificista, mediante una línea fronteriza, entre lo pertinente y lo impertinente; es pertinente, lo vinculado, a una gnoseología alternativa, no racista e incluyente. Su epistemología está ligada, a la emancipación, relacionada con la ecología de saberes, estando orientada a la convivencia y reciprocidad. Dicho término, permite una apertura hacia otras culturas, sin despreciar a las epistemologías del norte. Hay que evitar, la exclusión de un contenido cognitivo y proponerse la inclusión, para evitar caer en el totalitarismo o imperialismo epistemológico. En ese sendero, la ecología de saberes es un instrumento ideal para evitar el univocismo del conocimiento único y el subjetivismo de la modernidad tardía.

No se trata de eliminar de un solo golpe, a la cultura europea, sino refuncionalizarla, aprovechando sus aportes jurídicos, sociológicos y filosóficos. Situarla por encima de la cultura local es autoritarismo. Ignorarla es un acto soberbio. Lo mismo sucede con el saber y la cultura local, tiene que evitar, el narcisismo de la mejor cultura y establecer el diálogo entre lo nativo y lo foráneo, evitando el universalismo abstracto y el localismo sin límites. En ese camino, la ecología de saberes, puede ser de provecho.

¹⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Idem*.

De Sousa ha construido un término central de su sociología del derecho, para tipificar el colonialismo y el liberalismo: la sociología de las ausencias. Sobre ello dice:

La sociología de las ausencias es la cartografía de la línea abisal. Identifica las maneras y los medios por los cuales la línea abisal produce la no existencia, la invisibilidad radical y la irrelevancia. En la actualidad, la sociología de las ausencias es la investigación de las maneras en que el colonialismo, en la forma de colonialismo del poder, saber y ser, opera junto con el capitalismo y el patriarcado para producir exclusiones abisales, esto es, para producir ciertos grupos de personas y formas de vida social como no existentes, invisibles, radicalmente inferiores o peligrosos, en suma, como descartables o amenazantes. Esta pesquisa se centra en las cinco monoculturas que han caracterizado el conocimiento eurocéntrico moderno: la monocultura del conocimiento válido; la monocultura del tiempo lineal; la monocultura de la clasificación social; la monocultura de la superioridad del universal y lo global; y la monocultura de la productividad. Tales monoculturas han sido responsables de la producción masiva de ausencias en las sociedades modernas, la ausencia (invisibilidad, irrelevancia) de grupos sociales y de formas de vida social, respectivamente clasificadas como ignorantes, primitivas, inferiores, locales o improductivas.¹⁸

Me parece muy relevante su distanciamiento frente a los cinco tipos de monoculturalismo. Esta es una de las categorías centrales de su sociología jurídica, la uniculturalidad o supremacía de una cultura sobre otra. La sociología de las ausencias nos permite entender el contenido primordial de su objeto de estudio. Veamos pues. Es el modo de transformación de los sujetos ausentes en sujetos presentes, mediante el diálogo continuo y creativo. La crítica a los cinco modelos de monoculturalismo es un ejemplo. El caso del monoculturalismo del conocimiento válido, entendido, como aquel colonialismo que decide, qué es y qué no es conocimiento, estableciendo

¹⁸ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p. 47.

patrones y modelos para excluir a los grupos menos favorecidos económicamente. En segundo lugar, el monoculturalismo del tiempo lineal expresado en la idea del orden y el progreso; basado en la unidimensionalidad de la temporalidad, siempre ascendente, como el esquema positivista y del capitalismo; en tercer lugar el monoculturalismo de la clasificación social, soportada en la estigmatización del sujeto por parte del estado y el capital, para controlarlo en lo económico, político y social, la clasificación univocista, es típica del capitalismo, estando dirigida a la manipulación y obediencia del ser humano. En cuarto lugar la superioridad de lo universal sobre lo particular, manifestado en la hegemonía del absolutismo sobre el relativismo.

V. CAPITALISMO Y MARXISMO

A mi juicio, nuestro jurista acepta en el marco de su relativismo cierto tipo de universales, como, la democracia, los derechos humanos, el cambio social y otros, en quinto lugar se encuentra el monoculturalismo de la productividad, donde coinciden marxistas y liberales al suponer que la producción significa progreso, un ejemplo, son los totalitarismos de izquierda y de derecha, en su creencia en el desarrollo de las fuerzas productivas. Esto lo ha llevado a cuestionar al propio marxismo. Es muy interesante lo que dice a continuación:

Las Epistemologías del Norte, en particular en cuanto a su impacto en la teoría crítica, especialmente el marxismo, siempre han estado a favor de los grandes planes y modelos, y de la mecanización, la uniformización, la estandarización; en última instancia, están a favor de reemplazar las manos por maquinas, sin importar si las “manos” son partidos, programas, reglamentos o estadísticas.¹⁹

Como vemos, no solo, es un crítico del capitalismo, el colonialismo y el patriarcado, sino también del marxismo. Cuestiona la

¹⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p.59.

mecanización, entendida como la instrumentalización y el utilitarismo de la sociedad convertido en planes totalitarios. Piensa en la experiencia soviética y en los países de Europa Oriental, o, en la actualidad en el caso chino, totalmente distante del marxismo. Plantea, que es una ideología basada en la homogenización de la vida cotidiana, en el desarrollo unilineal de las fuerzas productivas y en la creencia en el orden y el progreso. Piensa que es necesario establecer una distancia epistémica con sus tesis centrada en la conducción de la sociedad por un partido único, con una concepción cerrada y excluyente en materia de derechos humanos, la cual demanda, una obediencia monolítica al gobierno y el poder estatal. Por eso propone una teoría de la retaguardia en oposición a la postura vanguardista del marxismo y corrientes similares. Él lo dice de manera muy clara:

En mi opinión, esta es la característica principal de nuestro tiempo; una condición que todavía no fue plenamente reconocida, teorizada y tenida en cuenta. Siendo este el caso, se deduce que el repertorio de los modos, modelos, medios y fines de la transformación social es potencialmente mucho más vasto que el formulado y reconocido por la modernidad eurocéntrica, incluso por sus versiones marxistas.²⁰

Continúa con su crítica al marxismo al visualizarlo como parte de la modernidad eurocéntrica sin reconocer ningún avance a las luchas clásicas de liberación desde la comuna de París en 1871, la revolución de octubre y la experiencia leninista de 1917 a 1924 y la revolución China de 1949 a 1968. Sin embargo, es sumamente interesante su reflexión, pues duda, de la tradición comunista, señalándola, como una experiencia limitada, en la que, una parte de la dirigencia del estado y del partido ha sido burocrática y monoculturalista, al repetir los errores de la burguesía, continuando el programa de la modernidad racionalista. Luego dice; “En definitiva,

²⁰ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p.28.

mantener distancia vis a vis, con la tradición eurocéntrica equivale a ser consciente del hecho de que la diversidad de la experiencia mundial es inagotable y, por lo tanto, no puede ser explicada por una única teoría general”.²¹

Como vemos está en contra de la teoría general, lo cual lo lleva a adoptar versiones fragmentarias de la lucha social. Plantea mayor reflexión teórica y no reconoce ninguna validez al materialismo histórico, donde recomienda tener una sana distancia: “Mantener distancia permite lo que denomino como la “sociología de las ausencias y emergencias doblemente transgresora. Tal sociología transgresora es, de hecho, un movimiento epistemológico que consiste en contrastar las Epistemologías del Sur con las epistemologías dominantes del Norte global”.²² Como vemos Boaventura opone el nuevo movimiento de la epistemología del sur frente a la del norte y, por ello propone una sociología de las ausencias y las emergencias. Está en contra del marxismo pero se ampara en la teoría sociológica académica, de Pierre Bordieu, Alain Touraine y el propio Michel Foucault. A su vez, se identifica con los movimientos sociales antixistas, pro feministas, como componentes centrales de su concepción ideológica. Más adelante continúa con su idea de la distancia; dice:

A la luz de esto, la necesidad de crear distancia frente a la tradición eurocéntrica parece urgente, cada vez más. Esta necesidad, sin embargo, no está determinada por una conciencia intelectual o política repentina. Su formulación es, en sí, un proceso histórico que deriva de las formas en que la modernidad occidental, en sus versiones marxistas y burguesas, llegó a ser incorporada en los procesos políticos de todo el mundo en los últimos 200 años.²³

Ubica en un mismo lugar las versiones marxistas y burguesas, es decir socialistas y liberales. Propone establecer un alejamiento

²¹ Boaventura de Sousa Santos, *Idem*.

²² Boaventura de Sousa Santos, *Idem*.

²³ Boaventura de Sousa Santos, *Idem*.

de las comunidades hermenéuticas del comunismo y del reformismo. Para ello, propone una nueva conceptografía y metodología al interior de una ciencia emergente diametralmente opuesta a los principios de la ciencia establecida, así como una nueva forma de pensar y de lectura de los movimientos de masas, orientadas a la transformación social. El desafío teórico es enorme, pues, aún no se ha realizado un balance general del fracaso de la modernidad. Todavía no se tiene un balance del fracaso de la sociedad industrial, de la catástrofe del medio ambiente, del keynesianismo, del estado del bienestar, de la socialdemocracia, de la pandemia del coronavirus, de las grandes revoluciones proletarias, de los modelos de planeación y de la caída del socialismo real.

También, es necesario decir, que en el campo de la sociología en general y en la sociología jurídica en particular, tampoco hay un balance y una evaluación realista del positivismo, del jusnaturalismo, del realismo, de la hermenéutica y otros paradigmas del derecho moderno y contemporáneo. Incluso la experiencia marxista no tiene una recapitulación completa del modelo aplicado, de sus aciertos y errores, de sus verdades y sus mentiras, de sus triunfos y fracasos. De Sousa Santos dice al respecto:

El problema es que el marxismo comparte mucho con la modernidad eurocéntrica burguesa. Además, el marxismo compartió no solo los fundamentos filosóficos y epistemológicos de la modernidad eurocéntrica burguesa, sino también algunas de sus soluciones propuestas, como la creencia en el progreso lineal o el uso ilimitado de los recursos naturales como parte del desarrollo infinito de las fuerzas de producción, o incluso la idea de que el colonialismo podría ser parte de la narrativa progresista del Norte global, aunque con algunas reservas. Esto explica por qué la bancarrota del liberalismo, aunque confirma la precisión analítica del marxismo no hace que este sea más persuasivo, como cabría esperar. Por el contrario, a medida que se hace más evidente que las “soluciones” liberales originalmente fueron un fraude y que ostensiblemente están ago-

tadas, otra dimensión transitoria de nuestro tiempo se revela: nos enfrentamos a problemas marxistas para los cuales no hay soluciones marxistas.²⁴

En efecto, nuestro autor, establece un paralelismo entre la modernidad eurocéntrica burguesa y el marxismo ya que tienen, una misma plataforma ideológica y cognitiva.

Ambos creen en el crecimiento de las fuerzas productivas, tienen una idea productivista de la sociedad; El ejemplo ha sido la industrialización acelerada de Estados Unidos, Europa y Japón por un lado y la Unión Soviética y la República Popular China por otro. Lo curioso, señala, el portugués que coinciden en sus soluciones y respuestas: la industrialización infinita, la proletarización de la sociedad, el control social, el dominio de la naturaleza y la comprensión univocista de la ciencia. Lo interesante, es su reconocimiento de que las soluciones liberales son inadecuadas, ante la profunda crisis de la humanidad. Tampoco acepta de manera incondicional la promesa de los Estados Constitucionales de derecho al darse cuenta de su fracaso político en Europa. Tampoco confía del todo, en los estados basados en el constitucionalismo alternativo latinoamericano y mucho menos en el constitucionalismo neoliberal y conservador de las formaciones capitalistas del continente.

La bancarrota de los modelos sociales ha inquietado a Boaventura. La propia caída del marxismo, de los esquemas burgueses y capitalistas y del neoliberalismo, lo ha llevado a proponer un esquema ubicado entre el liberalismo y el socialismo. Para ello, ha elaborado respuestas concretas, distantes del totalitarismo de izquierda y del fundamentalismo de mercado. Es una forma establecida, más allá de la revolución y la guerra popular, pero también del neoliberalismo. Apuesta por un esquema reformista, donde es relevante la comunidad. Es una apuesta política y económica entre la liberación y la emancipación, con el propósito de configurar un nuevo paradigma de derecho y sociedad.

²⁴ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p.27.

Su reflexión, ante la crisis política de nuestro tiempo, debido al fracaso de la vía revolucionaria y reformista lo ha llevado a proponer un cosmopolitismo subalterno crítico situado más allá de la ortodoxia de la acumulación del capital y distanciado de los valores y la justicia. Su modelo social tiene que ver con la conformación de una adecuada distribución de la riqueza al interior de la sociedad.

Lo interesante ha sido un acercamiento a la reforma global de la sociedad, cuestión olvidada por la corrupción de los políticos burgueses entregados a la búsqueda irracional del poder y subordinados al estado y el capital. Su apoyo a las víctimas y a los excluidos así lo demuestra. Para ello, ha señalado algunos criterios.

En un primer sitio, coloca, la necesidad de generar una nueva epistemología alternativa frente a la epistemología imperial. En segundo lugar la sociología de las emergencias, permite comprender los movimientos sociales, tercer lugar, la construcción de una hermenéutica diatópica permite entender la cultura, el multiculturalismo y la interculturalidad, en cuarto lugar, un concepto realista y flexible de sociedad distante de la revolución y cercana a la revuelta, en quinto lugar un concepto liberador del derecho, en sexto lugar la posibilidad de un derecho insurgente, en séptimo lugar un derecho, no ontologicista, pero centrado en dilucidar su ser, en octavo lugar, la construcción de un derecho basado en la solidaridad, en noveno lugar, un derecho que guarde su distancia con el positivismo jurídico y en décimo sitio que respete la igualdad. En undécimo lugar un derecho que tenga como base, el pluralismo jurídico, en el duodécimo lugar, un derecho que cuestione el monismo culturalista del univocismo absolutista. En decimotercer lugar, la crítica jurídica al vanguardismo insurreccional basado en la prepotencia y el individualismo. En decimocuarto lugar, la crítica hacia la toma del poder. En decimoquinto lugar, oponerse a que el derecho sea únicamente estatal. En decimosexto lugar, el cuestionamiento de considerar a la ley como única fuente del derecho. En decimoséptimo lugar, la justicia por encima de la norma. En decimooctavo lugar

la idea del derecho vinculado al movimiento popular, es decir, no se trata de plantear la existencia de un derecho monista sino ligado a las masas. En decimonoveno lugar, se trata de un derecho vinculado a los valores. En vigésimo lugar un derecho que busque su propia metodología y finalmente un derecho realista, opuesto al sistema mercantil, para oponerse a la idea de un derecho basado en la subjetividad jurídica.

Boaventura propone un replanteamiento del estado capitalista a partir de la crítica de las últimas cinco décadas de existencia del neoliberalismo. Su idea ha sido la refundación del estado para transformarlo en beneficio de las mayorías. Se trata de un estado pluricultural basado en la reciprocidad y en franca oposición al colonialismo, el patriarcado y el capitalismo.

Deberá tomar en cuenta los usos y costumbres de los pueblos indígenas mediante un diálogo intercultural, racional e interpretacional. Se trata de plantear un mecanismo de superación del constitucionalismo positivista, pospositivista y neopositivista para edificar un constitucionalismo popular de nuevo tipo, que pueda defender la democracia participativa, una política de nuevo cuño y una nueva interacción con la ecología y el medio ambiente, orientada a defender los derechos subjetivos, en especial los derechos humanos. Boaventura lo entiende así:

El concepto de derechos humanos se basa en un conjunto bien conocido de presupuestos, todos los cuales son claramente occidentales, a saber: hay una naturaleza humana universal que se puede conocer por medios racionales; la naturaleza humana es esencialmente distinta de, y superior a, la del resto de la realidad; el individuo tiene una dignidad absoluta e irreducible que debe ser defendida frente a la sociedad y al Estado; la autonomía del individuo requiere de una sociedad organizada de una manera no jerárquica, como una suma de individuos libres. Puesto que todos estos presupuestos son claramente occidentales y liberales, y fácilmente distinguibles de otras concepciones de la dignidad humana en otras culturas, uno

se puede preguntar por qué la cuestión de la universalidad de los derechos humanos ha generado un debate tan intenso o, en otras palabras, por qué la universalidad sociológica de esta pregunta ha acabado siendo más relevante que su universalidad filosófica.²⁵

En ese sentido, los derechos humanos, para De Sousa, no se pueden reducir desde una perspectiva liberal o desde el positivismo formalista, ya que la norma está por encima de los derechos subjetivos; lo cual limita su contenido.

Es verdad, que los derechos humanos se han desarrollado en el marco del capitalismo, sin embargo, también es producto de las luchas de la ciudadanía en su defensa de los derechos económicos y políticos.

Es por eso, desde una sociología crítica del derecho, los derechos humanos hay que enlazarlos al interior de las relaciones sociales y no de forma idealista o metafísica. En la situación del normativismo, el derecho positivo tiene supremacía sobre los derechos subjetivos, es decir, los derechos fundamentales tienen prioridad sobre los derechos humanos. En el neoliberalismo se toma muy en cuenta los derechos del hombre a nivel formal, por ello, existen, instituciones y dependencias en el sector público. Sin embargo, a nivel de contenido real, tienen un relativo funcionamiento pues enfocan el tema al margen de las relaciones de producción. Buena parte de las teorías jurídicas contemporáneas abordan los derechos humanos sin tomar en cuenta, su nexo, con el mercado, con el sistema de producción mercantil, con los intereses económicos. Los derechos humanos visualizados fuera del capital, son una ilusión. En esa ruta, resulta importante, la idea de derecho del jurista ibérico: “En el momento que el Estado liberal asumió el monopolio de la creación y aplicación del derecho —y el derecho fue de ese modo reducido al derecho estatal— la tensión entre la regulación y emancipación social se

²⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Derecho y emancipación*, Corte Constitucional de Ecuador y Centro de Estudios y Difusión, Quito, Ecuador, abril 2012, p. 154

convirtió en un objeto más de la regulación jurídica”.²⁶ Vemos, la crítica al estado liberal en su instrumentalización del derecho en su funcionamiento concreto, como regulador del capitalismo. En ese camino, el derecho es la voluntad de la clase hegemónica vuelta ley y ha estado en el liberalismo al servicio de los grupos dominantes. Es por eso, que para el neoliberalismo el derecho se reduce al derecho estatal, así como al derecho del capital. Como señala, nuestro autor sobre el derecho:

El derecho que prevalece en este modelo no es el derecho reformador ni en su versión demoliberal ni en la demoesocialista. El derecho conservador neoliberal simplemente establece el marco dentro del cual una sociedad civil basada en el mercado funciona y florece, mientras que el poder judicial garantiza que el Estado de derecho está ampliamente aceptado y se aplica efectivamente.²⁷

Es por eso, que tal derecho responde a las exigencias del mercado al pedir la existencia de un estado constitucional de derecho y una estructura de jueces, magistrados y ministros, instalados en un marco supuesto de honradez, excelencia y autonomía. Eso ha sido históricamente el modelo jurídico de la modernidad eurocéntrica, el cual está agotado, al no dar una respuesta racional a las necesidades sociales.

Luego Boaventura argumenta, sobre la necesidad de la sociología de la emergencia: “He escrito bajo la lógica de la sociología de la emergencia. Mi objetivo ha consistido en desarrollar los síntomas de la reconstrucción de la tensión entre la regulación y la emancipación social, así como el papel del derecho en tal reconstrucción.”

²⁸ En efecto, su sociología de la emergencia es una acompañante necesaria en la sociología jurídica que nos propone, al ser una palanca conceptual y metodológica, para analizar, la complejidad del

²⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p. 64.

²⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p. 72.

²⁸ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p. 142.

derecho actual. Le ha permitido evaluar la regulación y la emancipación, la epistemología, el marxismo y la crisis del derecho. Su idea se relaciona con el derecho y su lógica de funcionamiento en la sociedad actual. Observemos como lo plantea: “La reconstrucción de la tensión entre la regulación y la emancipación social ha forzado el sometimiento del derecho moderno —uno de los grandes factores de disolución de la tensión a un análisis crítico radical, en realidad un despensar.”²⁹ Tal despensar, se vincula con políticas de comprensión, que le ha permitido interpretar la dinámica social, buscando, la mejor respuesta posible para caracterizar el ámbito jurídico actual, manteniendo una lejanía con el fundamentalismo legicentrista y estatista del positivismo y el esencialismo trascendental del derecho natural. Su propuesta teórica está dirigida a evitar el choque de trenes entre el formalismo monista y el principialismo indeterminista.

Luego subraya nuestro jurista, el nexo entre el derecho y la emancipación: “Por último, lo que se designa como legal, ilegal o incluso alegal consiste en elementos de constelaciones legales que se pueden activar a escala local, nacional o global. Por último, lo que se designa como legal, ilegal o incluso alegal consiste en elementos de constelaciones legales que se pueden activar a escala local, nacional o global. Los he designado en conjunto como una legalidad cosmopolita subalterna. Una vez que esta trayectoria se ha completado, es posible demostrar que la pregunta: “¿Puede el derecho ser emancipatorio?”, acaba siendo tan ventajosa como inadecuada. Después de todo, el derecho no puede ni ser emancipatorio ni no emancipatorio; los que son emancipatorios o no emancipatorios son los movimientos, las organizaciones de los grupos cosmopolitas subalternos que recurren al derecho para progresar en sus luchas”.³⁰ Y tiene razón, pues, lo más importante, es la existencia de

²⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Idem*.

³⁰ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p. 143.

un conjunto de actores jurídicos, que son seres humanos, los cuales son legisladores, jueces, ministerios públicos y abogados que toman decisiones, redactan y conforman leyes, construyen jurisprudencias, elaboran sentencias y un conjunto de prácticas sociales.

Ahora bien, hay un derecho teórico o teoría del derecho, que puede ser formal o sintáctico, semántico o teoría de la dogmática y pragmático o teoría de la decisión, en la que su universo es conceptual, metódico, categorial y temático. Ahí, como se concretiza la emancipación. A mi juicio con la lucha de clases en la teoría jurídica expresada en las posiciones políticas de los acreedores y deudores, en las posturas ideológicas del positivismo y el derecho natural, en la interpretación de los textos jurídicos etcétera. Sin embargo, lo decisivo, se juega en la práctica jurídica, donde se enfrentan en los hechos, los sujetos al interior de las relaciones jurídicas. En ese contexto, pueden existir elementos emancipadores, sobre todo a nivel del pluralismo jurídico.

VI. HERMENÉUTICA DIATÓPICA

Nuestro autor desarrolla la idea de la hermenéutica diatópica a partir del diálogo intercultural con otras civilizaciones. Es aquella interpretación que se genera a través de los lugares específicos de carácter relativo, basado en el debilidad y la incompletitud. Es una postura opuesta al positivismo, que se presenta como una teoría fuerte y monolítica, compuesta por un método univocista ausente de contradicciones y una ideología todopoderosa al interior del liberalismo. Es su propuesta para interpretar la cultura, el monoculturalismo y el diálogo intercultural como base de una nueva sociedad. Sobre tal cuestión dice:

La hermenéutica diatópica se basa en la idea de que los topoi de una cultura individual, no importa lo fuertes que sean, son tan incompletos como la cultura por sí misma. Semejante incompletitud no es visible desde dentro de la propia cultura, puesto que la aspira-

ción a la totalidad induce a tomar la parte por el todo. El objetivo de la hermenéutica diatópica no es, por tanto, alcanzar la completud — puesto que este es un objetivo inalcanzable — sino, por el contrario, elevar la conciencia de la recíproca incompletud a su máximo posible entablando un diálogo, por así decirlo, con un pie en cada cultura. Aquí reside su carácter diatópico.³¹

Dicha hermenéutica es de carácter relativista, pero con un contenido analógico, dado que niega los universales, la dialéctica, la totalidad, los opuestos y la completud. Lo rescatable es su apuesta por la diferencia y la diversidad y su crítica al capitalismo, al colonialismo y el patriarcado.

Una hermenéutica diatópica genera elementos para el diálogo intercultural tan necesario en el momento actual, pletórico de racismo, discriminación y sexismo. La América Latina e indígena tiene el reto de aprovechar el multiculturalismo aplicado a la educación, al derecho, al estado y la democracia, para edificar una formación más auténtica. Pese, a que Boaventura es un crítico del humanismo capitalista, el cual, ha sido, la plataforma ideacional de la sociedad burguesa, plantea un distanciamiento teórico de la uniculturalidad como dispositivo de control social a nivel cultural. Ha sido la base del liberalismo en la conformación de un proyecto societal. Para ello, la hermenéutica diatópica ha sido el desafío teórico para comprender la realidad.

Boaventura nos dice sobre tal problemática lo siguiente: “El reconocimiento de las recíprocas incompletudes y debilidades es una condición sine qua non de cualquier diálogo transcultural. La hermenéutica diatópica se construye tanto sobre la identificación local de la incompletud y debilidad como sobre su inteligibilidad translocal. Como se ha mencionado arriba, en el campo de los derechos humanos y la dignidad, la movilización del apoyo social para las reivindicaciones emancipatorias que estos potencialmente contie-

³¹ Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p. 158.

nen solo se puede alcanzar si dichas reivindicaciones se han enraizado en el contexto cultural local y si un diálogo transcultural y la hermenéutica diatópica son posibles”.³²

Nuestro sociólogo la utiliza para llegar a acuerdos y consensos en la dinámica diálogica con otras culturas. En ese sentido, se puede considerar su sociología jurídica como hermenéutica, por su énfasis en la interpretación y diatópica por su carácter fragmentario. Tal propuesta puede ayudar a resolver el monoculturalismo típico del neoliberalismo para acercarnos a una sociedad transcultural. En ese sentido hay un componente analógico en su pensamiento. Es obvio, no es igual, el derecho, en un contexto unicultural, que en un espacio pluricultural. Por otro ángulo, la cultura dominante es y ha sido, la cultura europea y estadounidense, observable en las prácticas sociales y en la vida cotidiana. En ese camino, hemos sido educados en modelos occidentales en nuestra formación ideológica y en la subjetividad jurídica.

La hermenéutica diatópica nos auxilia a encontrar una proporción equilibrada entre la cultura occidental y la cultura local, para evitar, el univocismo del positivismo y el funcionalismo y el equivocismo del indeterminismo.

Para finalizar señalaremos los criterios del derecho en Boaventura. En primer lugar es un derecho al interior de la teoría crítica en la que hay grandes juristas del tipo del recientemente fallecido Oscar Correas, del brasileño Alyson Leandro Mascaro, de la argentina Beatriz Rajland y del jurista de Puerto Rico Carlos Rivera Lugo. En segundo, es un concepto de derecho elaborado por la sociología de la emergencia, orientado por la reconstitución de la tensión entre la regulación y la liberación.

Por otro lado, plantea el agotamiento e incapacidad de la modernidad jurídica en la evaluación del derecho. En tercero, plantea, que el derecho es emancipatorio, evidenciándolo por las luchas y

³² Boaventura de Sousa Santos, *Ibid*, p. 161.

conflictos. Para ello, considera que el derecho es observable en las formas de derecho informal, en las comunidades autónomas, en las zonas liberadas, en las colonias, barrios y favelas, donde tienen sus normas, principios, valores, tribunales, analogías y diferencias. En cuarto, el derecho estatal, ya que se manifiesta en el uso de la política, es decir, la lucha jurídica es inseparable de la lucha política, en quinto y último lugar, la posibilidad de construir un derecho alternativo y afirmativo, junto a un estado reinventado, orientado al diálogo intercultural y ofrecer una salida democrática a la grave crisis de nuestro tiempo.

Es importante señalar que las ideas jurídicas de Boaventura no se agotan en su ensayo *Towards a New Legal Common Sense*³³ en donde reconoce la importancia de los conceptos de nacionalidad, localidad y globalidad para una reconstrucción de la noción de legalidad. Esto con el fin de apuntar hacia las globalizaciones en plural que generen un mapa de imaginaciones políticas emancipatorias. Todo esto es un ejemplo de los desafíos y retos para las epistemologías del Sur que cuestionan las epistemologías del norte por su carácter colonizado y alienante. Como lo señala en el capítulo 12 de su libro *El fin del imperio cognitivo*³⁴, los caminos para la construcción del conocimiento y la universidad deben avanzar por senderos subversivos y plurales. Es imperioso subrayar a los discípulos más destacados del autor que nos ha convocado. En primer lugar se tiene a Begoña Dorronsoro, profesora de la Universidad de Coimbra, quien plantea en su artículo sobre la decolonización del sexo y la desgenerización de la colonialidad,³⁵ la importancia de colaborar a las críticas de

³³ Boaventura de Sousa Santos, *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Butterworths, London, 2002.

³⁴ Boaventura de Sousa Santos, *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur*, Trotta, Madrid, 2019, pp. 367 y ss.

³⁵ Begoña Dorronsoro, “Descolonizando el sexo, desgenerizando la colonialidad” en Jennifer Simpson dos santos et al, *Descolonizar a práctica e o sexo*”, Cirkula, Porto Alegre, 2019, pp. 39- 60.

la colonialidad con las ideas sobre el género y el sexo de las pensadoras latinoamericanas. Por otro lado, el pensador y profesor del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, Antoni Aguiló, quien junto con Boaventura de Sousa escribió *Aprendizajes globales. Decolonizar, desmercantilizar y despatriarcalizar desde epistemologías del Sur*³⁶, en donde proponen un tejido conceptual amplio, emancipador, situado en una crítica a las herencias dejadas por el colonialismo y el patriarcado en el capitalismo actual. Finalmente podemos pensar en el antropólogo mexicano Orlando Aragón experto en el uso contra hegemónico del derecho en los movimientos políticos y de emancipación del municipio indígena de Cherán, Michoacán, cuyas propuestas son desarrolladas en función de las ideas del autor portugués.³⁷ Hasta aquí nuestros breves comentarios sobre el pensamiento de Boaventura de Sousa Santos y sobre su legado de discípulos y analistas. Hay otros autores como el profesor del posgrado en derecho de la UNAM, Germán Sandoval Trigo³⁸ y el científico social colombiano José Manuel Barreto interesado en las cuestiones de derechos humanos³⁹, que continúan con la actualización de la propuesta de Boaventura.

VII. CONCLUSIÓN

Hemos visto, un poco algunas ideas jus-sociológicas, del profesor Sousa. Nos damos cuenta de la riqueza del tejido conceptual y

³⁶ Boaventura de Sousa Santos y Antoni Aguiló, *Aprendizajes globales. Decolonizar, desmercantilizar y despatriarcalizar desde las epistemologías del Sur*, Icaria, Barcelona, 2020.

³⁷ Orlando Aragón Andrade “El derecho en insurrección. El uso contra-hegemónico del derecho en el movimiento purépecha de Michoacán” en *Revista de Estudios y pesquisas sobre las Americas*, Vol. 7, Núm. 2, año 2013.

³⁸ Germán Medardo Sandoval Trigo, “El derecho moderno: una imagen entre el espejo y el objeto” en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 7, Núm. 12, 2011, pp. 147- 165.

³⁹ José Manuel Barreto, *Human Rights and Emotions*, London: Routledge, 2015.

metodológico de su propuesta. Se ha confirmado la importancia política y social de su marco temático, como ha sucedido, con la epistemología del sur, la sociología de las ausencias y las emergencias, su revalorización de los nuevos movimientos sociales, su idea de sociología del derecho, del derecho, teoría de la guardia y de la retaguardia, su cuestionamiento a la modernidad eurocéntrica, sus puntos de vista sobre la formación capitalista y el marxismo y la ontología, lo cual nos ayudará a entender la complejidad de nuestro mundo. Por otro lado, estudiamos, de forma breve, su paradigma societal, orientado a mantener una distancia frente al capitalismo y el marxismo. Con todo esto, nos percatamos de su post-modernismo relativista, basada, en la puesta en escena, de su hermenéutica diatópica, en tanto escuela de la sospecha. Por eso, sus teorías han levantado tanta polémica entre los científicos sociales, los filósofos y juristas al plantear una sociología del derecho crítica, diferente a los univocismos del liberalismo, del absolutismo del neoliberalismo, del positivismo jurídico y de la equivocidad del nihilismo. Lo interesante de nuestro autor, es la búsqueda de un nuevo concepto de derecho, lejos de la ortodoxia marxista que ubica la forma jurídica ligada a la forma económica, lo cual, conduce a una interpretación económica de la juridicidad, llevando a considerar insalvable el derecho, por su nexos con el capitalismo. Tampoco, coincide con el positivismo jurídico y su visión normativista, excluyendo la ética, la política, la economía y la ideología, tampoco acepta la perspectiva comunicacional y lingüística del derecho, tan de moda en la época actual. Es un jurista ligado a la concepción crítica, ya que su concepción del derecho es liberadora y emancipadora, al concebir la forma jurídica de manera alternativa. Es sin duda alguna el jurista heterodoxo, más lúcido del momento actual.

VIII. FUENTES CONSULTADAS

1. BIBLIOGRAFÍA

BARRETO, José Manuel, *Human Rights and Emotions*, London: Routledge, 2015.

BEUCHOT, Mauricio, *Epistemología y hermenéutica analógica*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, México 2011.

_____, *Filosofía y derechos humanos*, Siglo XXI Editores, México, 1996.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura y Antoni Aguiló, *Aprendizajes globales. Descolonizar, desmercantilizar y despatriarcalizar desde las epistemologías del Sur*, Icaria, Barcelona, 2020.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur*, Trotta, Madrid, 2019.

_____, *El milenio huérfano*, Trotta, Madrid 2015.

_____, *Derecho y emancipación*, Corte Constitucional de Ecuador y Centro de Estudios y Difusión, Quito, Ecuador, 2012.

_____, *Introducción a las Epistemologías del Sur*, en *Epistemologías del Sur*, María Paula Meneses y Karina Bidaseca (Coords.), CLACSO, Buenos Aires, 2018.

_____, *Sociología jurídica crítica*, Trotta, Madrid, 2009.

_____, *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Butterworths, London, 2002.

DWORKIN, Ronald, *El imperio y la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2010.

PACHUKANIS, Evgeni, *Teoría del derecho y marxismo*, Editorial Grijalbo, México, 1976.

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1999.

2. HEMEROGRAFÍA

ARAGÓN ANDRADE, Orlando “El derecho en insurrección. El uso contra-hegemónico del derecho en el movimiento purépecha de Michoacán” en *Revista de Estudios y pesquisas sobre las Américas*, Vol. 7, Núm. 2, año 2013.

DORRONSORO, Begoña, “Descolonizando el sexo, desgenerizando la colonialidad” en Jennifer Simpson dos santos *et al*, *Descolonizar a práctica e o sexo*”, Cirkula, Porto Alegre, 2019, pp. 39-60.

SANDOVAL TRIGO, Germán M., “El derecho moderno: una imagen entre el espejo y el objeto” en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 7, Núm. 12, 2011, pp. 147- 165.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A LA DRA. PATRICIA DÁVILA ARANDA
 DR. FERNANDO GUADALUPE FLORES TREJO
 REDACCIÓN: ABRIL USCANGA BARRADAS¹



PATRICIA DÁVILA ARANDA es Bióloga egresada de la Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, Maestra en Ciencias por la Facultad de Ciencias, UNAM y Doctora en Ciencias por la Universidad Estatal de Iowa, en los Estados Unidos. Actualmente es Investigadora Titular “C” de la Facultad de Estudios Superiores Iztacala, UNAM y PRIDE D. Fue directora de esta Facultad desde 2012 hasta 2019. Actualmente es Coordinadora General de Estudios de Posgrado de la UNAM. Ha impartido cursos de licenciatura y posgrado desde hace casi 40 años. Sus áreas de interés y experiencia son Sistemática Vegetal, Fitogeografía y Conservación, a partir de las cuales ha dirigido un total de 50 tesis, de las cuales 15 han sido a nivel de licenciatura, 22 de maestría y 13 de doctorado. Ha publicado un total de 168 contribuciones científicas. De ellas, son 111 artículos en revistas (31 nacionales y 80 internacionales), 32 capítulos de libro (24 nacionales y 8 internacionales), 15 libros (todos nacionales) y 10 artículos de divulgación. Sus resultados los ha presentado en un poco más de 300 eventos académicos, de los cuales 70 son internacionales. Ha recibido varias

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La redacción de la entrevista estuvo a cargo de Abril Uscanga Barradas, con la colaboración de Diana Erika Hernández Ríos y Brenda Olalde Gómez.

distinciones incluyendo el reconocimiento “Juana Ramírez de Asbaje” otorgado por la UNAM (2003), el premio estatal de investigación por el COMECYT (2007), el reconocimiento al Mérito Académico por la FES Iztacala (2011), el Mérito Botánico, por la Sociedad Botánica de México (2019). Recientemente obtuvo el reconocimiento de Investigadora Nacional Emérita en el Sistema Nacional de Investigadores (SNI), que otorga el CONACYT.

ENTREVISTA A LA DOCTORA PATRICIA DÁVILA ARANDA

Dr. Fernando Guadalupe Flores Trejo: Doctora, buenas tardes, le agradezco mucho que esté aquí, así que seré breve para no interrumpir sus ocupaciones.

Dra. Patricia Dávila Aranda: Buenas tardes y muchas gracias por la invitación.

FGFT: Quisiera iniciar con la primera pregunta, ¿podría explicarnos cuál es la función de la Coordinación General de Estudios de Posgrado?

PDA: Desde luego, las funciones que tiene asignadas son muchísimas. Se encuentran previstas de manera clara y precisa en el Reglamento General de Estudios de Posgrado. La Coordinación General de Estudios de Posgrado (CGEP) tiene como objetivo principal que el Sistema del Posgrado, realice sus funciones de manera adecuada, y esto tiene que ver con las diferentes actividades que lleva a cabo. Así, la Coordinación General efectúa una tarea de asesoramiento en la elaboración de convenios que amparan las actividades que realizan los tutores y alumnos de los diferentes Programas de Posgrados y que avalan sus respectivos Comités Académicos. Asimismo, esta Coordinación apoya, revisa y da seguimiento a los planes de estudio de nueva creación o a los que se están modificando. Otra función muy importante de la CGEP es organizar, difundir y promover actividades que son inherentes al Posgrado. Estas actividades pueden ser de muy variada índole tales como talleres, programas, congresos, seminarios, entre otras. También gestiona y

administra los programas de becas, las cuales son un componente muy importante de la maquinaria del Posgrado. Debe destacarse que el Posgrado gestiona las becas que otorga el CONACYT, para aquellos alumnos que ingresan a algún Programa de Posgrado que pertenece al Programa Nacional de Calidad de Posgrados (PNPC). Además, gestiona y administra otros apoyos para todos los alumnos, como es el Programa de Apoyo a los Estudios de Posgrado (PAEP), así como las becas de movilidad y las de manutención para aquellos alumnos que ingresan a los Programas de Posgrado que no pertenecen al PNPC.

Por supuesto, la CGEP administra los recursos ordinarios y extraordinarios que obtiene el Posgrado. Además, la Coordinación General lleva a cabo, la revisión de los planes de estudio de nueva creación o aquellos que se encuentran en proceso de modificación, junto con otras instancias de la UNAM. De igual forma, otra tarea importante que efectúa la CGEP, es la de resolver o coadyuvar a la resolución de todos aquellos problemas administrativos, jurídicos o de diversa índole que se susciten en el Posgrado, incluyendo las que puedan presentarse entre tutores y/o alumnos. También atiende varios aspectos relacionados con la Administración Escolar, en virtud de que funge como enlace con la Dirección General de Asuntos Escolares (DGAE). Estas son algunas de las más importantes tareas que corren a cargo de la Coordinación General.

FGFT: Una respuesta muy completa Doctora. La siguiente pregunta sería ¿Cómo visualiza usted los estudios de Posgrado en la UNAM?

PDA: Los estudios de Posgrado de la UNAM son muy complejos por diferentes razones, en primer lugar el Posgrado de la UNAM incluye programas de cuatro grandes áreas del conocimiento y, cuando digo grandes me refiero a extensas y diversas. El área de físico-matemáticas e ingenierías; el área de ciencias químicas, biológicas y de la salud; el área de las ciencias sociales y, el área de las humanidades y de las artes. Dentro de cada una de ellas existe un complejo universo de programas y de planes de estudio, pero también maneras

de pensar y de aproximarse a la investigación. El Posgrado cuenta con cuarenta y dos programas de Posgrado, incluyendo uno de reciente creación, inherente a los estudios de género aunque todavía no ha iniciado sus actividades académicas. El trabajo que realiza la CGEP con las Coordinaciones de cada Programa de Posgrado está dirigido a apoyarlos y guiarlos de ser necesario. Sin duda, es un trabajo que requiere tiempo y conocimiento del Posgrado.

Uno de los grandes retos del Posgrado es su estructura y objetivos, los cuales son plenamente distintos a los del bachillerato y las licenciaturas, ya que plantea un desarrollo cognoscitivo de mayor dimensión, bajo una normativa diferente. Además, el Posgrado cuenta con tres niveles de estudio que incluye a las especializaciones, las maestrías y los doctorados. Cada uno de ellos, con sus respectivas metas, normas y organización. Lo anterior provoca que no se puedan homologar acciones, sino que se atienden los asuntos, dependiendo de las situaciones y entornos de las áreas y de los propios Programas de Posgrado. Asimismo, los criterios académicos, para la elaboración de Planes de Estudio, de materias curriculares y de objetivos particularizados, plantean todo un reto, que amerita soluciones específicas.

FGFT: Es cierto, muchas gracias Doctora. una respuesta muy amplia y precisa, vinculando a este contexto ¿Cuál es la relación de la Coordinación a su cargo con el Consejo Académico de Posgrado?

PDA: Por normativa, la persona responsable de la CGEP, es también la Secretaria Ejecutiva de este Consejo Académico de Posgrado. Quien lo preside es el Secretario (a) General de la UNAM. El Consejo Académico de Posgrado tiene poco tiempo de haberse creado. Hace aproximadamente tres años, lo aprobó el Consejo Universitario. Usted fue miembro de ese Consejo Académico de Posgrado, y seguramente recordará que es un órgano de planeación, evaluación y toma de decisiones académicas, cuyo objetivo fundamental, es el de establecer políticas y criterios generales para fortalecer el Sistema de Estudios de Posgrado. Está conformado

por representantes de diferentes sectores del Posgrado, incluyendo alumnos, tutores y directores de las distintas áreas y unidades académicas.

FGFT: Así es, muchas gracias Doctora. ¿Qué áreas de nuevo desarrollo podría sugerir en los estudios de Posgrado?

PDA: Resulta una pregunta complicada porque soy bióloga y no conozco a plenitud otras áreas del conocimiento. Sin embargo, si le puedo decir que en el Posgrado, cuidamos escrupulosamente que los programas existentes, puedan albergar muchas de las inquietudes y necesidades que habrán de desarrollarse dentro de un campo de conocimiento. En otras palabras, en el Posgrado no se pretende lograr un crecimiento en materia de Programas, sino acrecentar los campos de conocimiento o planes de estudio. No podría referirme a cada área o programa, porque no tengo el conocimiento referido, pero estoy cierta, que una de las tendencias actuales más importantes es la de conformar Planes de Estudio, que sean de índole Interdisciplinaria. Por ejemplo, el cambio climático, un tema que en principio pertenecería al área geográfica o biológica. Sin embargo, la realidad es que esta temática tiene que ver con diversos entornos científicos. Se encuentra involucrado el Derecho, la Economía, la Química entre otras ciencias, porque el cambio climático afecta a todos los seres humanos.

Otro tema muy importante y de gran actualidad, es el agua. Seguramente estos temas y muchos otros más, ya se tratan en los programas existentes. Son tan relevantes, que resulta necesario pensar en la implementación de planes de estudios con un enfoque interdisciplinario, para brindar un estudio y soluciones integrales. Otros áreas que seguramente tendrá que explorar el Posgrado, son las relacionadas con la violencia, la corrupción y la discriminación, considerando la experiencia y el conocimiento que los miembros de la comunidad universitaria poseen. Me parece que existen temáticas, o más bien necesidades nacionales e internacionales, a las que la UNAM tiene que responder.

FGFT: Muy bien, Doctora: ¿Qué medidas podrían ser convenientes para el mejoramiento de los estudios de posgrado en nuestra máxima casa de estudios?

PDA: Hay varias cuestiones de tipo académico y otras de naturaleza administrativa que debemos que atender. Desde el punto de vista administrativo, tenemos que ser más eficientes en nuestros procesos y procedimientos. Durante esta contingencia sanitaria nos hemos percatado que existen muchos procesos que podemos mejorar y que pueden automatizarse. Sin embargo, la entrega de documentos originales, según lo considera la Dirección General de Asuntos Escolares sigue siendo indispensable y usted como abogado seguramente lo entiende bien, pues seguimos enfrentando problemas mayores, debido a la entrega de documentos apócrifos. Por esta razón, la DGAE exige que se le proporcionen los documentos originales, y después de una minuciosa revisión de los mismos, se procede a su digitalización. Ahora bien, ustedes como Coordinadores conocen, que hay otra serie de procesos en los cuales se emiten documentos que se envían a la propia DGAE o a otras dependencias. Todos estos procesos y la emisión de documentos, se pueden automatizar y firmar electrónicamente. En estos procesos, nos encontramos trabajando actualmente, para ofrecer certeza y eficiencia.

Por otra parte, desde el punto de vista académico, considero que un reto importante del Posgrado tendría que ser la inclusión de Tutores jóvenes. Resulta muy importante rejuvenecer nuestra plantilla y en ocasiones, nuestras propias reglas impiden que los jóvenes académicos puedan ingresar al Posgrado, ya sea como tutores, jurados o profesores. Considero que es necesario resolver la manera en la que podemos apoyarlos sin violentar la normatividad que nos regula. Tenemos que buscar la manera de que ingresen de manera paulatina, impartiendo clases, como tutores -no principales-, siendo parte de un jurado, entre otras medidas.

Otro aspecto que considero importante de revisar, es el relacionado con las becas para los alumnos de Posgrado. Estamos enfren-

tando una insuficiente disponibilidad de becas, por lo cual tenemos que empezar a ser más rigurosos en el tema de los exámenes de selección de nuestros aspirantes. Dicho rigor, debe estar a la par, con un examen de selección más integral. Normalmente nuestros exámenes se encuentran elaborados para identificar el conocimiento de los alumnos respecto a una disciplina en particular. Lo anterior deja de lado sus antecedentes curriculares, que dan cuenta de su constancia e interés en el estudio. Asimismo, tenemos que reconocer la capacidad de integración y de manejo de los conocimientos del alumno, y no solamente de los conocimientos que es capaz de memorizar. Con el tipo de exámenes que aplicamos, no es factible identificar al alumno que podría, con asesoría y estudios, solucionar algún problema o contestar alguna pregunta relevante. También resulta de enorme relevancia, valorar el ingreso de tutores a los diferentes programas de Posgrado. Los tutores tienen que ser buenos académicos, pero también estar comprometidos con los jóvenes.

FGFT: Muchas gracias Doctora. Durante esta prolongada pandemia ¿Cuáles son los retos más significativos que ha tenido la Coordinación a su cargo?

PDA: Muchos, Doctor, empezando por levantarse y decir “tenemos que caminar, no nos podemos sentar a llorar”. Tenemos que ver qué podemos hacer para seguir trabajando. Esa fue la indicación que, desde el primer día de confinamiento por la pandemia, instruyó el señor Rector y el Secretario General.

Hemos aprendido muchas cosas que ni siquiera las teníamos pensadas, porque vivíamos en otra situación diferente a la actual. El reto de aprender a utilizar los sistemas digitales, como el que estamos implementando en este momento, para esta entrevista, así como otros más complicados de índole educativo para impartir nuestras clases, para subir conversatorios, vídeos y todo el material que se pueda compartir con los alumnos ¡Ha sido un gran aprendizaje! Lo digo abiertamente, yo no conocía *ZOOM* hasta que empezó la pandemia, no tengo problema en reconocerlo, No había

dado clase a distancia hasta esta emergencia sanitaria. Otro reto que enfrentamos fue el de reconocer que muchos de los protocolos de investigación que los alumnos de Posgrado habían elaborado y que habían sido aprobados por su Comité Tutor, no se podían realizar (trabajo de campo, en laboratorio, en clínicas, entre otros.). Por ello, los Coordinadores de los diferentes programas de Posgrado, tuvieron que trabajar con los tutores y estos a su vez con sus respectivos alumnos para replantear sus proyectos de investigación, con la finalidad de culminar sus estudios en tiempo y forma. Esto se dice fácil, no obstante, fue muy difícil llevarlo a cabo.

También se presentó el reto de formular y realizar los exámenes de selección en línea, lo cual tampoco se hacía, y sobre la marcha aprendimos y los efectuamos de manera exitosa. Usted encabeza el Programa de Posgrado en Derecho, el cual tiene muchos alumnos y tutores, al igual que otros Programas como Ciencias Biológicas, Psicología, y Administración, entre otros. En todos ellos, la selección de aspirantes en línea fue complicado, debido a la gran cantidad de personas interesadas en ingresar a estos programas. Sin embargo, todos pudieron solucionar los problemas que se suscitaron y seguir adelante.

Otro desafío fue el de no parar actividades, que que el posgrado siguiera trabajando y activo. Creo que entre todos nos alentamos para seguir adelante, ante la incertidumbre, miedo y confinamiento que vivimos.

FGFT: Muchas gracias Debido a la experiencia de la pandemia, y a la necesidad de utilizar los instrumentos tecnológicos: ¿Qué sería lo más idóneo, continuar con el sistema presencial, con el sistema virtual o tal vez un sistema mixto o combinado?

PDA: Esta es una decisión que tomará cada Comité Académico, de cada uno de los Programas de Posgrado. Yo soy de la vieja guardia. Sigo pensando que las clases presenciales son importantísimas. Ayer hablaba por teléfono, con una profesora emérita y me decía “*es que en una clase presencial tú puedes ver rostros, gestos, una alumna que ya se*

aburrió, o un alumno que no está entendiendo absolutamente nada, otra que está muy interesada, otro que está fascinado de lo que se está diciendo, u otro que le importa muy poco...” Es decir, en una clase presencial, uno ve todo y uno puede modular y/o preguntar e interactuar con los alumnos, en una computadora esto es muy difícil. No niego la importancia de estas herramientas que ahora estamos usando y sé que hay todo un sistema de educación abierta y a distancia en la UNAM, que es importantísimo, yo jamás me atrevería a demeritarlo, sobre todo ha sido vital durante la pandemia. Sin embargo, me parece que, si revisamos los números de las tasas de egreso y de graduación y titulación, respecto de los alumnos y alumnas que llevan un sistema virtual o a distancia, el porcentaje de eficiencia terminal es muy bajo.

Bajo este contexto, uno de los grandes problemas que están enfrentando los alumnos y tutores, es que perdimos la interacción diaria con nuestros alumnos, compañeros y también con los trabajadores administrativos. Incuestionablemente, es una pérdida importante. El alumno o alumna que asiste a la Universidad realiza distintas acciones que son parte de su vivencia diaria. Asiste a conciertos, a talleres, participa en debates. Son parte de su vida. Además, en la UNAM, tenemos una infraestructura física y cultural impresionante, como para decir, ahora todos nos vamos a clases en línea. Considero que debe de haber un término medio. Por ejemplo, hay ciertos planes de estudio y en particular materias que pueden utilizar este sistema en línea, no lo dudo, pero hay otras que no lo ameritan o requieren. Ahora bien, en el caso de las actividades prácticas, como las que tienen en la Facultad de Medicina o las que realizan los psicólogos, o bien las que se llevan a cabo en un laboratorio o en el campo, definitivamente tienen que ser presenciales. Bajo este contexto, visualizo que vamos a acabar paulatinamente con planes de estudio híbridos, aunque espero que sean flexibles.

FGFT: ¿Cómo ve el futuro de los Programas de Posgrado en la UNAM?

PDA: Se dice que el Posgrado es caro, debido a la necesidad de mantener activa y vigente, toda una Coordinación de Posgrado y la infraestructura que actualmente dirijo para apoyar a las Coordinaciones de los diferentes Programas de Posgrado, incluyendo a su propio personal. Además, hay un presupuesto para el PAEP y becas. No obstante, creo que un país que no tiene un Sistema de Posgrado, como el nuestro, que es riguroso y de calidad e incluyente, no puede salir adelante a largo plazo. De nuestras aulas, laboratorios, clínicas y demás espacios, egresan profesionales valiosos que hacen un trabajo excelente dentro y fuera del país y que están contribuyendo con su conocimiento y experiencia al desarrollo de la ciencia básica y de la solución de muchísimas problemáticas de diversa índole.

FGFT: Muchas gracias Doctora. Para terminar, tengo dos últimas preguntas ¿qué recomendación o recomendaciones les haría a los estudiantes de Posgrado de la UNAM?

PDA: Yo me atrevo a recomendarles varias cosas. La primera de ellas es que no pierdan el tiempo, ya que el que se pierde nunca se recupera. También les sugiero que aprovechen, todo lo que la UNAM les ofrece, ya sea en infraestructura, profesores, en cultura, deportes. Sáquenle jugo al máximo, ya que no todos los jóvenes tienen esta oportunidad. También les recomiendo buscar su verdadero camino y conseguir sus anhelos. No ingresen a un Posgrado por la beca que pueden obtener, sino porque quieren crecer intelectualmente en un área que les apasiona y que será la llave que les permitirá afrontar su vida profesional o laboral.

FGFT: Por último, ¿qué sugerencias haría a los egresados de los Programas de Posgrado de la UNAM?

PDA: Yo siempre le digo a todos los egresados, *“El que dice que ya sabe todo, es un mentiroso”*. La UNAM tiene una amplia oferta educativa para sus egresados, pues la actualización cognoscitiva es fundamental para cualquier profesionista. Hay todo un Programa de Egresados en la UNAM, que ofrece un amplio abanico de actividades académicas y culturales. También apoya en la organización de

reuniones de egresados. Tengo entendido que la Facultad de Derecho organiza periódicamente este tipo de reuniones, en las cuales de tienen diferentes tipos de eventos y se apoya a la propia Facultad. El trabajo con los egresados es muy importante para la UNAM, ya que forma un círculo virtuoso del cual se desprenden diversos beneficios. También considero que todos los egresados deberíamos tener un compromiso de apoyar a la Universidad de diferentes formas. Su servidora los invita a que busquen la manera de apoyarla.

FGFT: Doctora Patricia Dávila, de verdad le agradezco mucho su tiempo. Me he deleitado con sus respuestas y nos pone a meditar profundamente en la situación de nuestro Posgrado en la UNAM. Ha sido un honor platicar con usted.

PDA: Muchas gracias Doctor, para mí también ha sido un gusto.

ENTREVISTA AL DR. RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE
 DR. FERNANDO GUADALUPE FLORES TREJO
 REDACCIÓN: ABRIL USCANGA BARRADAS¹



RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE, Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, actualmente Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel I); Investigador Honorario en El Colegio de Veracruz; Notario 29 de la decimoprimer demarcación del Estado de Veracruz (con licencia). Recipiendario de las Cátedras Extraordinarias “Raúl Cervantes Ahumada” y “Fernando Ojesto Martínez”, por la UNAM.; miembro fundador del Claustro de Doctores de la Facultad de Derecho de la UNAM; reconocido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal con la Medalla al Mérito Docente “Jaime Torres Bodet 2018”; recibió un premio por el Instituto Cultural México - Israel 2019, por su brillante trayectoria en diversos ámbitos como son: Las Ciencias, La Pedagogía, La Literatura, El periodismo, Las Artes y Comunicaciones. Recientemente, reconocido por el Congreso de la Ciudad de México con la Medalla al Mérito Docente 2019 “Prof. José Santos Valdés”.

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La redacción de la entrevista estuvo a cargo de Abril Uscanga Barradas, con la colaboración de Diana Erika Hernández Ríos y Brenda Olalde Gómez.

Profesor de Tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM, con más de 30 años de trayectoria impartiendo asignaturas de Teoría de la Constitución, Derecho Constitucional, Derecho Notarial y Registral, Poder Legislativo, Relaciones Interinstitucionales, Regímenes Constitucionales Comparados y Federalismo, así como, ha fungido como tutor principal y sinodal en más de sesenta exámenes de grado tanto de licenciatura, especialidad, maestría y doctorado.

Colaborador Editorial permanente como columnista semanal en el periódico Excélsior y así como también ha sido columnista en diversas revistas de divulgación como Líder, Compromiso, Macroeconomía y El mundo del Abogado.

ENTREVISTA AL DOCTOR RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE

Dr. Fernando Guadalupe Flores Trejo: Señor Director, en tu segundo periodo al frente de la Facultad, ¿Cuáles son los retos más significativos?

Dr. Raúl Contreras Bustamante: Este segundo mandato ha sido totalmente distinto al primero, y creo que inédito en la historia de la Facultad de Derecho porque nos tocó conducir a esta magnífica comunidad, en tiempos de pandemia.

Mi comparecencia ante la Junta de Gobierno fue la última presencial que se hizo, creo que no ha vuelto a haber otra, y tomé posesión, ya con suspensión de actividades en la Facultad, en la oficina del Secretario General en la torre de Rectoría y llevamos, catorce meses de tener que dirigir los destinos de la Facultad bajo estas condiciones tan especiales. La pandemia ha propiciado que toda la comunidad haya tenido que aprender a utilizar el Zoom, a usar estas herramientas tecnológicas maravillosas como la que hoy estamos utilizando. De esta forma, hubieron muchos retos: el primero, que no se detuviera el derecho humano a la educación, que los jóvenes no se quedaran sin educación; segundo, que los profesores aprendiéramos a cambiarle las llantas al automóvil sin dete-

nerlo, tuvimos que aprender a utilizar estas herramientas al mismo tiempo que estábamos impartiendo clases en el semestre; y luego, a tener actividades extracurriculares, a que la Facultad administrativamente funcione sin personal, estamos funcionando con el 10% del personal administrativo. A pesar de todo ello, la respuesta de la comunidad fue muy gratificante, fue sorpresiva y esto le valió a la Facultad de Derecho, en este año, avanzar del lugar 43 al 34 en el ranking internacional y nos coloca como la primera Facultad de Derecho del mundo de habla hispana.

FGFT: Considerando la época en la que estudiaste en la Facultad, ¿Cuáles son las diferencias más notables de los estudiantes actuales con los de aquellos tiempos?

RCB: Creo que sí hay algunas diferencias. Por ejemplo, en aquella época cuando mucho el 10% del alumnado eran mujeres, hoy es el 53%. Pero al igual que en aquella época, somos una carrera muy profesionalizante, que orilla a los alumnos a trabajar, desde los primeros semestres. Por ende, se genera este intercambio y este complemento entre ser estudiante y tener las primeras actividades laborales, es interesante siempre. En aquellos tiempos, los horarios eran muy marcados, de 7 a 11 y luego de 4 a 9. Hoy, la Facultad de Derecho no suspende actividades desde las 7 de la mañana hasta las 9 de la noche, hay un horario corrido todo el día.

En aquella época no se había implementado todavía, el Sistema de Educación a Distancia, aunque empezaba el Sistema de Educación Abierta. Hoy día, los alumnos pueden cursar materias y tomar clases de manera híbrida, si están en el sistema escolarizado, los sábados, a través del sistema a distancia. En general, creo que la juventud es la misma, una juventud alegre, una juventud ambiciosa y también una juventud que tiene plena conciencia que, haber entrado a la Facultad de Derecho representa la gran oportunidad que la vida les dio, para cambiar las adversidades de nuestro país, de poder mejorar nuestras perspectivas y de tener las herramientas para triunfar en la vida, creo que los jóvenes de aquel entonces como los

de ahora, saben que la Facultad de Derecho, es un verdadero catalizador que ayuda a quien entra y a quien se propone a estudiar, a encontrar un mejor destino y un mejor nivel de vida.

FGFT: Sabemos que continúas impartiendo clase en la Facultad de Derecho, como maestro, ¿Cuáles son los más importantes desafíos que se le presentan hoy día a los docentes?

RCB: Yo llevo 33 años impartiendo clase de manera ininterrumpida a las 7 de la mañana. Hasta hoy, nunca he dejado de dar clase. A pesar de que siempre tuve muchas actividades administrativas, nunca suspendí mi costumbre de llegar a dar mi clase a las 7 de la mañana y eso le permite a uno, estar permanentemente estudiando y actualizándose. Creo que el gran reto de aquella época en que empezaba uno como profesor, la dinámica jurídica era más estable. Ahora, tenemos un Derecho mucho más cambiante. Don Sergio García Ramírez señala que vivimos una época de legislador motorizado; los españoles utilizan un término que a mí no me gusta, dicen que vivimos una época de diarrea legislativa, donde todos los días hay transformaciones en el Derecho. Cuando nosotros impartíamos clase, hace tres décadas, los libros de Derecho Constitucional eran tratados, grandes libros, que permanecían vigentes a lo largo del tiempo y ahora tenemos que estarlos revisando año con año. Estoy cierto que el Derecho Constitucional le gana incluso al Derecho Fiscal en cantidad de reformas. Antaño, decía que los fiscalistas tenían que estar al día porque todos los días cambiaba, creo que cambia más la Constitución que la miscelánea fiscal. Entonces, el gran reto es explicarles a los muchachos que lo que uno les dice, les enseña y les explica hoy, seguramente va a cambiar, hay que enseñarlos no solamente a que aprendan el derecho de hoy, sino también a investigar, a actualizarse y que entiendan que el compromiso de ser abogado no va a terminar nunca, sino que día con día tendrán que estar pendientes de los cambios y deberán que ser autosuficientes, para mantenerse siempre actualizados y de acuerdo a los nuevos retos que van surgiendo a diario.

FGFT: Con una población estudiantil cercana a los dieciséis mil alumnos, ¿Cuáles han sido las estrategias más relevantes para lograr la excelencia académica?

RCB: El número mágico es dieciséis mil siete, ese es el reporte de este semestre y el gran reto es que tenemos que estar conscientes, que la Universidad Nacional tiene que ofrecer una educación a un número muy grande de alumnos, pero que el hecho de que existan muchos alumnos, no sea en demérito de la calidad y la excelencia. Así, el gran desafío ha sido el de tener cada día, una mejor planta académica. Estamos comprometidos a que los mejores jóvenes que van egresando de nuestra especialidad, maestría y doctorado se vayan integrando a las actividades docentes, que los profesores tengan semestre a semestre cursos de actualización, que el nuevo plan de estudios se ponga en práctica y que actualice a todos los profesores en los contenidos y sobre todo, a construir un liderazgo que convenza a la comunidad. Igualmente, debemos preservar el gran prestigio de la Facultad, porque además de que es un orgullo, es un privilegio de todos. A un profesor le viste mucho decir que es maestro de nuestra Facultad y a un alumno, hoy por hoy, poder ostentar un título de la Universidad Nacional es una llave que le abre muchas puertas. Es un gran reto, mantener la excelencia y estar por sexto año en los primeros lugares de los rankings internacionales. Ha sido un trabajo que ha tendido a elevar el sentido de pertenencia, a construir un amor hacia la Facultad y no solamente a ostentarlo, sino a cuidarlo y a entender que el gran prestigio de la Facultad se debe a dos cosas: a la gran calidad de sus profesores, pero también al éxito de sus egresados. Los egresados que salen bien preparados, son nuestra mejor carta de presentación y esa percepción que se tienen entre los que emplean a los egresados de la Facultad, es la que permea y la que permite que el prestigio de la Facultad se mantenga y quiero que se vaya acrecentando.

FGFT: ¿Cómo se ha logrado posicionar a la Facultad en el lugar 34 del ranking mundial?

RCB: Con mucho trabajo. No basta tener una muy buena planta académica, no resulta suficiente tener muy buen plan de estudios, no basta tener un programa muy intensivo de trabajo; también tiene que ver con la percepción que se tiene, del prestigio de la Facultad que se ha acrecentado con múltiples actividades internacionales y nacionales extracurriculares, e igualmente con la cantidad de libros que se están escribiendo y publicando, con que cada día existan más profesores de la Facultad que ingresen al Sistema Nacional de Investigadores, con publicitar los logros de los egresados de la Facultad, también si un miembro de la comunidad, ocupa un gran cargo o gana un gran premio. Como lo dije, cuenta mucho la percepción que se tiene de la Facultad, de parte de la sociedad. Hoy por hoy, este tema de la pandemia nos ha ayudado mucho, porque como hemos tenido que utilizar las redes sociales para nuestras actividades extracurriculares o para dar clase, mucha gente me escribe y me dice que qué bueno que la Facultad de Derecho está permitiéndole no solamente a los alumnos, sino a los papás de los alumnos, a los parientes de los alumnos y a toda la sociedad, escuchar lo que se dice en las conferencias, acceder a las cátedras magistrales. De esta forma, esa actividad incesante, que tiene programas de radio, de programas de televisión, de maestros, maestras, alumnos, alumnas, que acuden a los noticieros o a los programas de televisión a dar conferencias, va generando esta percepción y esto es lo que se evalúa, entiendo, por las empresas que hacen este tipo de rankings.

FGFT: En materia de paridad de género, ¿Qué acciones se han realizado para lograrla?

RCB: Pues nosotros hablamos de igualdad de género, no tanto de paridad de género, sino de igualdad porque la paridad se cumpliría exclusivamente con tener igualdad de cifras de un lado y del otro y la verdad es que vamos mucho más allá. Hoy por hoy, el alumnado de la Facultad es más del 53% de mujeres, hemos crecido de manera importante en los últimos cinco años en la cantidad y el promedio de mujeres en el profesorado, tenemos un Consejo

Técnico totalmente paritario. Ahí sí, construimos la primera Comisión de Género en la Universidad. Hoy existen comisiones de igualdad de género en todas las Facultades, sin embargo, nosotros establecimos la nuestra, hace cinco años, fuimos la primera. No hay comités tutoriales en donde no entre una mujer, no hay sínodos en donde no participe una mujer, ya no hacemos ningún evento público donde no se incluyan a mujeres y hombres y de alguna manera también el plan de estudios nuevo, que se está implementando en la Facultad, tiene de manera transversal dos ingredientes: el respeto a los derechos humanos y el tema de la igualdad de género como una vertiente en todas las materias, así que nosotros creemos que es un gran tema que la Facultad de Derecho está implementando. Creo que este término no gusta mucho, pero sí, nosotros empoderamos a nuestras alumnas para que puedan tener un desempeño no solamente dentro de la Facultad, sino en su entorno familiar, en su entorno laboral, en todas las actividades que desarrollen en donde sea y tengan los instrumentos para que se les respete, y para que también, se les tome en cuenta y que lo único que las diferencie de los hombres, sea la capacidad y el esfuerzo y no esta cultura ancestral que se venía viviendo y que estamos tratando de romper a pasos acelerados.

FGFT: En relación con el Posgrado, ¿Cuáles son las medidas que se han adoptado para lograr su superación?

RCB: Bueno, nuestro Posgrado es el único Posgrado en Derecho a nivel nacional que tiene reconocimiento de calidad internacional. Han sido muchos factores coadyuvantes: primero, como ya lo había dicho, que el Posgrado cumpla con una de sus principales objetivos que es preparar investigadores y preparar profesores para que sea la cantera natural de la Facultad, esto era algo que se había descuidado y que no estaba operando. Si nosotros somos el mejor posgrado que hay en México, tenemos que echar mano de los mejores egresados para que queden en la Facultad, impartiendo clase en la Licenciatura, en el Posgrado, o como investigadores. También

nos gustaría verlos, realizando labores de investigación dentro de la Facultad. La otra, siendo muy estrictos con el perfil de los profesores, se hizo una depuración muy importante, había profesores que daban clase en el posgrado sin tener grado, eso ya no existe, ya no es posible, el profesorado es verdaderamente de primera. Estamos tratando de recuperar sitios en la calificación de CONACyT en la maestría. Y también es un posgrado que está produciendo mucho conocimiento, está escribiendo mucho y está generando muchos libros, entonces creo que todo lo anterior ha generado que el Posgrado de la Facultad de Derecho se encuentre en un lugar preponderante. Cabe destacar que también participamos con otras instituciones de educación superior amigas, como la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán y la de Aragón, así como el Instituto, de Investigaciones Jurídicas, pero finalmente, tenemos que ser el ejemplo y tenemos que ser el ariete que empuje con mayor fuerza en el Posgrado.

FGFT: Respecto del sistema de enseñanza, ¿Visualizas la transición de la enseñanza tradicional hacia la virtual?

RCB: Primero que nada, nosotros ya habíamos realizado una modificación en el plan de estudios de la educación tradicional a una de carácter constructivista en donde enseñamos a enseñar, aprender a aprender, en donde, como decía yo, le enseñamos a los alumnos lo que dice el derecho hoy, pero explicarles que va a cambiar y que se tienen que estar permanentemente mejorando, intensificando, y esto ya era una realidad, ya formaba parte del programa, y ahora, con esta pandemia ha pasado algo muy interesante. Tuvimos una capacitación virtual muy acelerada, hoy tenemos 1,500 profesores que saben manejar el Zoom, podemos tener maestrías, especialidades y diplomados en línea, que antes era muy difícil, los profesores de prosapia y de gran prestigio no les gustaba utilizar estas herramientas, hoy todos son expertos, y sobre todo este tipo de enseñanza nos ha permitido tener habilidades pedagógicas que no teníamos. Nosotros podemos abarcar a un auditorio mucho más grande, esto

es un elemento importante. Ahora que tengamos que regresar de manera presencial, si no podemos estar todos los alumnos juntos por las medidas sanitarias de distanciamiento, quizá tengamos que dar una clase presencial y virtual al mismo tiempo, en la que un profesor esté hablándole a un grupo y al mismo tiempo se encuentre transmitiendo por la computadora lo que esté diciendo, porque la otra mitad se encuentre en sus casas para no poder concurrir todos al mismo tiempo. Quizá tengamos que aprender a grabar nuestra clase y subirla a alguna nube, para que los alumnos que de manera presencial no lo pudieran ver de manera sincrónica, lo puedan hacer cuando tengan tiempo de manera asincrónica. Y desde luego que estas herramientas y este aprendizaje no lo debemos de desaprovechar. De tal suerte que la enseñanza después de esta pandemia no será igual nunca, creo que somos una nueva generación de docentes y creo que sabremos utilizar estas herramientas de manera importante y la educación en el futuro será híbrida, veremos que habrá alumnos que toman clases, en los tres sistemas al mismo tiempo, y que pueden llevar dos o tres materias martes, una o dos el sábado y el resto a distancia y de alguna manera aprender que sin importar el método, el alumno si tiene disciplina y si tiene ganas, va a poder estudiar. No obstante, lo maravilloso de estas herramientas, la relación maestro alumno de manera presencial es insustituible. Estoy cierto que la aspiración de los maestros y de los alumnos, es recuperar el contacto presencial y de alguna manera, que ésta educación virtual sea complementaria y que de alguna manera ambas formas de impartir el conocimiento sean complementarias y sirvan, sobre todo, para una mejor educación. También tenemos muy buenas estadísticas. Te puedo comentar que, en estos catorce meses, los porcentajes de asistencia y de puntualidad son muchos más elevados que en las clases presenciales, el estrés de los alumnos y de los maestros en las primeras clases es mucho menor porque no están angustiados por llegar a la clase de siete. Los alumnos que vienen desde el Estado de México y que diariamente emplean dos horas de

camino, tienen una situación más desahogada. Ahora bien, el nivel de aprendizaje, contrario a lo que mucha gente opina, no ha sido malo. Te puedo dar otro dato, yo creo que este año es cuando más han leído los alumnos, la pandemia nos ha dado algo que no hemos valorado de manera suficiente, durante catorce meses hemos tenido estudiantes de tiempo completo, que no tienen otra cosa que hacer más que estar en su casa encerrados y si uno sabe motivarlos, les encarga lecturas e investigación, lo hacen con mucho mas gusto y con mucho mas dedicación que cuando están dispersos o distraídos por las actividades presenciales o por salirse en la tarde al cine o a jugar boliche o a ver a la novia. En estos catorce meses, hemos tenido mayores niveles de estudiantes lectores, de estudiantes investigadores. Tú eres profesor de esta Facultad y lo has podido comprobar. En lo que se refiere a nuestra Facultad yo no comparto la opinión de que ha sido un periodo educativo perdido, y que la calidad de la educación que se ha impartido en los catorce meses deja mucho que desear, creo que no es el caso de la Facultad, creo que los profesores y los alumnos hemos podido mantener una relación sincrónica, coordinada y hemos podido tener un buen binomio maestro-alumno, pues quizás sabiendo que es un proceso que se va a terminar y que era temporal, nunca imaginamos que fuera a durar tanto, yo veo que ya hay un poco de fatiga en ambas partes, pero finalmente estoy cierto que las clases en línea, han podido florecer en tierra fértil. Ya veremos cuando tengamos que regresar el trabajo, nos va a costar a muchos, el regresar al tráfico, a los compromisos personalizados y todo y los alumnos también, quizá muchos de ellos se queden ya con esta educación a distancia como preferida. Creo que vamos a ver todavía muchas cosas y hoy por hoy, no podemos hacer pronósticos de cómo va a resultar. De lo que sí podemos estar ciertos, es que la educación cambió para siempre y que tendrá que ser un proceso mucho más intenso, mucho más híbrido, mucho más tecnológico, donde se aprovechen tanto lo rico de la relación presencial de los maestros, pero también al mismo tiempo las ventajas

que nos da la utilización de estas herramientas maravillosas.

FGFT: A mí me parece que uno de los programas más importantes que se han creado gracias tu propuesta, es el de recibirse en la licenciatura, en seis meses. ¿Nos puedes hablar de este programa, que a mí me maravilla?

RCB: Se hizo un cuello de botella sin pensarlo, porque cuando suspendimos actividades el 19 de marzo pensábamos que era por uno o dos meses. Conforme transcurrieron los meses nos dimos cuenta de que la mayor parte de las dependencias, de las entidades, donde los alumnos podían hacer su servicio social, habían suspendido actividades presenciales y en consecuencia, el servicio social. Asimismo, los seminarios se encontraban cerrados, también se suspendieron los programas de titulación, de prácticas profesionales de titulación. Así por ejemplo en este mes de junio, el 18 de junio, termina la segunda generación dentro de la pandemia que no pudieron darse un abrazo, ni llevar mariachis, ni sacarse su foto panorámica, ni hacer su baile por razón de la pandemia, pero al mismo tiempo estamos hablando de mil y tantos alumnos que terminaron su carrera, terminaron sus materias. Pensando qué hacer, cómo resolver ese cuello de botella, se nos ocurrió habilitar o ampliar, para que los muchachos hagan su servicio social en la misma Facultad, y que el trabajo que tengan que hacer en el seminario no sea revisar la tesis de otro, sino hacer la suya. Entonces, el alumno que se inscribe en este programa puede, al mismo tiempo que hace su servicio social de seis meses, hacer su tesis y nosotros tenemos comprobado que si tiene un buen tutor, si realmente tiene un buen empeño y un buen desempeño, en seis meses es un perfecto tiempo para que pueda hacer un trabajo de investigación, entregarlo y recibirse. Lo anterior nos permite integrar varias cosas: primero, que haya más servicio social y que los muchachos no estén parados; segundo, que los seminarios vuelvan a recuperar su vieja historia de ser los lugares en donde todos teníamos que pasar para recibirnos. Tú y yo tuvimos que entrar a un seminario para hacer una tesis, si no, no

nos recibíamos; y tercera, los buenos alumnos que tengan promedio mayor a nueve, van a poder obtener su mención honorífica. Hoy día, en la Facultad de Derecho no se otorga la mención honorífica a ningún alumno si no se recibe con tesis. Por ello tenemos la certeza de que la tesis volverá a ser un elemento importante como lo es en la formación de un egresado, a veces es el único libro que escriben en su vida, y lo estaban dejando de hacer. Con este programa, se lograrán los objetivos señalados.

FGFT: ¿Qué recomendaciones o recomendación harías para los estudiantes de la Facultad?

RCB: Pues muchas, primera que entiendan que es un privilegio que les da la vida, entrar a la Facultad de Derecho. Es mucho más difícil que entrar a cualquier otra institución de educación jurídica del país, eso sin duda. Asimismo, comprender que hay muchas personas que tienen recursos económicos y que no pueden entrar a la Universidad porque no pasan el examen, y que hay muchos jóvenes que se quedan con la ambición de entrar, porque no pasan el examen y el cupo tiene sus limitaciones con todo y que recibimos una cantidad muy importante de alumnos. Igualmente, que ingresan a la mejor Facultad de Derecho no solo de México, sino del mundo de habla hispana. También, que busquen aprender, más que obtener buenas calificaciones o sacar el título sin que realmente se nutran ya que tienen la posibilidad de escoger a los mejores maestros de México. La otra, es que disfruten su época de estudiantes, que es una época que parece que es muy larga, cuando uno entra a la Facultad dice “uy, cinco años”, cuando menos se da uno cuenta ya salió y esa época estudiantil maravillosa, que se combina con la mayor parte de los estudiantes en el final de su adolescencia y el principio de su vida como adultos maduros, es una época que no tiene comparación. Que la disfruten, que vivan la vida de la Facultad y la Universidad con intensidad, con responsabilidad y con alegría. Igualmente, que tienen el derecho humano a ser educados en la mejor institución de México, pero que también, dicha situación les

genera una obligación, la obligación es cuidar a su Facultad, cuidar su prestigio, el personal y el de la Facultad, y enaltecer siempre en sus actividades personales y profesionales el hecho de ser egresados de nuestra escuela.

FGFT: Por último ¿Un mensaje para los egresados?

RCB: Me gustaría mandar un mensaje para los estudiantes que están en este momento y para los que están terminando, inclusive desde luego para los posgraduados. Esta pandemia nos vino a enseñar cosas duras, a nuestra generación, por ejemplo, no solamente le limitó la libertad y la posibilidad de viajar, y de convivir, sino nos ha costado perder a muchos profesores y amigos, las estadísticas nos dicen que más del 70% de las defunciones de la pandemia en el mundo son de personas con edad superior a los 60 años. Para nuestra generación ha sido difícil; pero para los jóvenes les tiene que dejar muchas experiencias, las cosas difíciles, las experiencias difíciles en la vida, si uno las sabe evaluar, quedan como experiencias, como experiencias duras, pero siempre experiencias. Nos está enseñando a tener paciencia, a tener solidaridad, a tener templanza y a ser resilientes. Creo que son atributos, virtudes que normalmente no se desarrollan tan fácilmente, la empatía también es otra de ellas, y que de alguna manera no se pierda de vista que es un fenómeno mundial, que nadie tuvo la responsabilidad de que esto sucediera, no hay porque estar enojados con la vida, ni con la Facultad, ni con el país por la pandemia. Tú y yo, somos amantes de estudiar a la teoría del Estado, y al Derecho Constitucional, que las sociedades que subsisten de los grandes problemas, que subsisten de una guerra, son sociedades más fuertes, son sociedades que aprenden a tener solidaridad, que aprenden a tener un sentimiento de pertenencia nacional mucho más acendrado, que aprenden a ser mucho más amantes de la libertad, que son mucho más cuidadosos con los bienes porque saben que se pueden perder, y también son sociedades que cifran su futuro en el trabajo, porque saben que solamente con trabajo se sale de las crisis y otra cosa muy importante, amantes

del medio ambiente y amantes de la paz social porque finalmente cuando hay estas emergencias, porque una pandemia puede ser considerada casi como una guerra, de hecho es una guerra contra un virus, y nos tiene que dejar como sociedad, ser mucho más fuertes y constituirnos como sociedad mucho más solidaria y partidaria de la convivencia pacífica entre todos.

FGFT: Muchas gracias, no sé si quisieras agregar algo, algún programa editorial o algo que desees destacar respecto de las incontables actividades que has creado en pro de nuestra queridísima Facultad.

RCB: Felicitar a la Coordinación de Posgrado, felicitar a la Revista de la Coordinación y felicitar esta gestión que estamos teniendo la fortuna de vivir en donde estoy seguro de que con tu dirección habrás de llevar a nuestro Posgrado a un sitio mucho mejor que el que de por sí tenemos.

FGFT: Muchas gracias, Señor Director.

INFORMES

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DR. FERNANDO FLORES TREJO, EN LA CONMEMORACIÓN DEL DÍA DEL MAESTRO Y DE LA MAESTRA

11 MAYO 2021, 10:30 HORAS

DR. RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

DR. RICARDO ROJAS ARÉVALO

SECRETARIO GENERAL DE NUESTRA FACULTAD

EX DIRECTORES Y EX DIRECTORA DE LA FACULTAD DE DERECHO

MAESTROS EMÉRITOS

MAESTRAS Y MAESTROS HOMENAJEADOS

CATEDRÁTICAS Y CATEDRÁTICOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

En diversos confines del mundo, se lleva a cabo la celebración del día del Maestro. Sin embargo, estoy cierto que no se trata de una celebración sino de una auténtica conmemoración. Celebrar, significa la simple realización de un hecho, CONMEMORAR en cambio, implica el recordar un acontecimiento histórico o rememorar a una persona destacada, mediante un acto solemne.

Hoy conmemoramos la festividad del día del Maestro y de la Maestra, porque es eso, una auténtica fiesta de amor y de entrega apasionada a la noble tarea de enseñar.

Por ello, nuestro dignísimo Director ha señalado con certeza y precisión, que el Maestro es el principal garante de la libertad de educación, tanto en su primigenia faceta de derecho social, como en su cariz contemporáneo de derecho humano.

Hoy quisiera hablar en particular de los excelsos Maestros y Maestras de nuestra Facultad de Derecho. Seres humanos de calidad sublime, inspirados en un sentido de pureza y rectitud, que repudian la mentira y condenan la maldad, en sus múltiples ex-

presiones. Paladines excepcionales que, con su cálido entusiasmo y pasión radiante, renuevan los más enhiestos valores y recomponen la moral social, propuesta por Durkheim, impregnándola con un pleno sentido de juridicidad.

Nuestras Maestras y Maestros, llevan imbíbida en su alma, una misión de auténtico servicio, preparando a sus educandos con denuedo y esmero ejemplares, para defender los intereses jurídicos de terceros y les transmiten, a través de su cautivador y eminente sesgo cognitivo, la prevalencia de la verdad y la preservación de la dignidad humana.

Señalaba el ilustre filósofo y matemático griego Pitágoras: *“Educar, no es tan sólo dar una carrera para vivir, sino templar el alma para las dificultades de la vida”*.

En efecto, los profesores y profesoras de la Facultad de Derecho, se han convertido en los héroes y en las heroínas que están presentes en la mente y en el corazón de sus alumnos y alumnas, ya que han sabido desarrollar sus habilidades y destrezas, así como avivar sus capacidades cognoscitivas, para alcanzar lo que se consideraba imposible. Además, resultan tan polifacéticos como los renacentistas: en un día desempeñan los papeles de consejeros, “madre o padre adoptivo”, médico, enfermera, psicólogo e inclusive asumen el rol de detectives.

Son también, forjadores de seres humanos de excelencia, impulsándolos a encontrar su sentido existencial. Luchan contra el pesimismo, el derrotismo, el desaliento y la envidia, refutándolos con el optimismo, la alegría, el conocimiento y la fortaleza.

Artífices que combaten con su magistral sabiduría y su prístina actuación, la corrupción, la impunidad, la violencia, la inseguridad, así como a la pobreza, acortando juiciosamente la brecha de la desigualdad social.

Hoy día, insertos en su actividad docente, se encuentran los verbos: inspirar, construir, innovar, orientar, emprender y agregaríamos el de cautivar a los alumnos y alumnas para transmitirles el amor

por el Derecho y por su Facultad, al tiempo de fomentar una nueva cultura: la de preservar el magnificente Estado Constitucional, máxima expresión del contexto jurídico y de los ideales societarios.

Adicionalmente, nuestros Maestros y Maestras han sido también resilientes en estos tiempos de complejidad, mismos que se han caracterizado por la acelerada transición de la enseñanza clásica a la creciente educación virtual, en la que se aplican las nuevas tecnologías de la información. Es de destacarse y reconocerse enfáticamente, el titánico esfuerzo desplegado por las y los docentes de nuestra Facultad, por actualizarse en el conocimiento de los nuevos paradigmas pedagógicos y lograr así, la indispensable interacción con el alumnado.

PIDO UN APLAUSO PARA TODAS Y TODOS NUESTROS QUERIDOS Y QUERIDAS MAESTROS Y MAESTRAS.

Bajo el liderazgo y la magistral batuta de nuestro Director, el Dr. Raúl Contreras Bustamante, los maestros y las maestras de nuestra Facultad, han logrado, con su conocimiento, denuedo y entrega cotidiana, el reposicionamiento de nuestra amada institución, al ser considerada por diversas organizaciones internacionales de calificación educativa, la mejor de habla hispana y una de las más importantes a nivel mundial.

MI RECONOCIMIENTO A TAN TRASCENDENTE LOGRO.

Lamentablemente, durante esta pandemia, fallecieron varios de nuestros compañeros y amigos. Para todas y todos ellos, nuestro reconocimiento perenne, ya que, como maestros, ofrendaron su vida a cambio de la satisfacción del deber cumplido. Siempre los recordaremos con admiración y cariño.

A propósito del pasado, nuestras y nuestros excepcionales docentes de antaño, nos enseñaron a vivir con esperanzas de liberación desde la oscuridad que nos rodeaba, nos moldearon con principios éticos y con fe en el Derecho, nos brindaron sus conocimientos sin reserva alguna y nos prepararon para alcanzar las finalidades jurídicas. Queridísimos maestros y maestras, esperamos sinceramente,

no haberlos defraudado. Vaya también para ustedes, un sentido homenaje y un respetuoso recuerdo.

De vuelta en el presente, debemos proseguir con la construcción, transmisión consolidación y transformación de la mejor educación jurídica de habla hispana, al tiempo de lograr, como decía Carver, que *“la educación sea la llave para abrir la puerta dorada de la libertad”*, todo ello, en beneficio de las actuales y futuras generaciones de abogados y juristas, así como de nuestra amada Facultad, de nuestra querida Universidad y de nuestro inigualable México, ya que los docentes de la Facultad de Derecho tienen en sus manos, la bandera inmortal de la justicia.

Hoy las profesoras y los profesores de la Facultad de Derecho, tenemos que realizar un amplio abanico de misiones impostergables: velar por el Derecho, construir un mundo jurídico ideal e idóneo para el cumplimiento de la indeleble axiología social, convertir a la docencia en un verdadero apostolado, que redunde en beneficio de nuestros educandos; continuar estudiando para ser cada día mejores abogados y maestros; y por encima de todo, predicar con el ejemplo, a fin de salvaguardar tanto el orden constitucional como el jurídico, de los injustificables y abominables embates, orquestados por aquellos que lo consideran un obstáculo, para la consecución sus aviesos intereses políticos y personales, vulnerándolos al unísono de manera ominosa y flagrante. Es nuestro deber moral y jurídico, traducido en grado de compromiso social, el convertir a ambas instituciones, en el valladar infranqueable y sempiterno de la justicia y de la equidad.

POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU
DR. FERNANDO FLORES TREJO

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la manera de lo posible deben evitarse los enunciados explica-

tivos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre dígrafos (*v. g.*: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminara con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

- Título
- Autor
- Sinopsis curricular y correspondencia
- Dedicatoria
- Sumario
- Resumen
- Palabras clave
- Abstract*
- Keywords*
- Cuerpo de la obra
 - I. Partes con números romanos
 - 1. Secciones en números arábigos
 - a) Incisos
 - Entradas en cursivas*
 - II. Fuentes
 - Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearán subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Fernando Guadalupe Flores Trejo

(Lugar), a __ de _____ de 202__.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR
P R E S E N T E

Quien suscribe _____ comunico a usted, bajo protesta de decir verdad que, soy el autor intelectual del (la) _____ (artículo u obra gráfica) intitulada _____ para la obra denominada **REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM**, en sus versiones impresa y electrónica. En este acto acepto ceder los derechos patrimoniales de manera exclusiva a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, por lo que solicito se efectúen los trámites correspondientes al registro legal a favor de la institución, lo anterior, de conformidad con lo que se estipula en los artículos 27, 30 y 42 de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente.

No omito manifestar que, la citada obra no ha sido publicada con anterioridad, ni está siendo considerada para dictamen en alguna otra obra colectiva ni publicación periódica, así mismo que, respondo por su originalidad trabajo, liberando a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO** de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra que pudiera afectar intereses de terceros.

Asimismo, otorgo a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, el derecho de comunicación pública y de reproducción del _____ (artículo u obra gráfica) que formará parte de la obra en comento para los fines que estimen pertinentes, por lo que estará disponible en el archivo electrónico de la obra, que será descargable en formatos digitales bajo la modalidad de Acceso Abierto.

A T E N T A M E N T E

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

CD. UNIVERSITARIA, CD. MX., A __ DE _____ DEL 20__.

(NOMBRE Y FIRMA)



La Revista del Posgrado en
Derecho de la UNAM, año 8, número 14, edita-
da por la Coordinación del Posgrado en Derecho de la
UNAM, se terminó de imprimir el mes de junio de 2021
en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C. V., calle 12,
número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa,
09220, México, Distrito Federal, teléfonos, 5703-2241 y
5592-2240. La edición estuvo al cuidado de Abril Us-
canga Barradas y consta de 300 ejemplares.