

Este libro es un reflejo, somero, de la fecundidad de las discusiones sostenidas, por ello, hemos querido que la obra respete la esencia de cada uno de sus colaboradores, lo que incluye conservar el formato original en que fueron presentados los trabajos, la metodología y el lenguaje de cada uno de los textos, por ello el lector no encontrará uniformidad en estos aspectos, sin embargo, las colaboraciones son trabajos serios y muy profundos que contienen reflexiones novedosas, aportaciones interesantes e inéditas, perspectivas atrevidas y puntos de vista distintos y muy arriesgados a la luz de las teorías y doctrinas imperantes.



Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

DERECHO: CIENCIA Y FILOSOFÍA

Salvador Jara Guerrero / Rosa María De la Torre Torres (Coordinadoras)

# DERECHO: CIENCIA Y FILOSOFÍA

Salvador Jara Guerrero  
Rosa María De la Torre Torres  
*Coordinadoras*

*Derecho: Ciencia y Filosofía*  
Rosa María De la Torre Torres  
Salvador Jara Guerrero  
*Coordinadores*

© 2010 Universidad Michoacana  
de San Nicolás de Hidalgo,  
Santiago Tapia 403, Centro  
58000 Morelia, Mich.  
Secretaría de Difusión Cultural  
y Extensión Universitaria  
Madero Ote. 580,  
58000, Morelia, Mich.

Impreso en México

ISBN: 978-607-95091-3-2

## ÍNDICE

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Presentación .....                                                                                                                       | 9   |
| Introducción .....                                                                                                                       | 11  |
| <i>Orlando Aragón Andrade</i>                                                                                                            |     |
| Las funciones del mito en el derecho moderno.<br>Norma básica, dominación, progreso<br>y ciencia en las nociones jurídicas .....         | 13  |
| <i>Simón Baca Suárez / Héctor Chávez Gutiérrez</i>                                                                                       |     |
| La sentencia judicial, la verdad y la razón .....                                                                                        | 39  |
| <i>Rosa María De la Torre Torres / Esperanza Elizabeth Torres Melgoza</i>                                                                |     |
| La Constitución como sistema abierto y dinámico<br>posmodernidad y derecho .....                                                         | 59  |
| <i>Francisco Javier Ibarra Serrano</i>                                                                                                   |     |
| Epistemología de la complejidad jurídica<br>y su repercusión ideológica .....                                                            | 73  |
| <i>Salvador Jara Guerrero</i>                                                                                                            |     |
| Repensando las ideas derecho, ciencia y epistemología .....                                                                              | 91  |
| <i>Carlos Salvador Rodríguez Camarena</i>                                                                                                |     |
| La justicia como sustrato e impulsor de los derechos sociales .....                                                                      | 105 |
| <i>Ma. Ovidia Rojas Castro</i>                                                                                                           |     |
| La justicia y los valores jurídicos .....                                                                                                | 127 |
| <i>Víctor Jesús Solís Maldonado</i>                                                                                                      |     |
| Una nueva pregunta y no una respuesta:<br>reflexiones en torno a la búsqueda<br>racional de la verdad en el proceso penal mexicano ..... | 143 |
| <i>Juan Zacarías Paz / Héctor Chávez Gutiérrez</i>                                                                                       |     |
| Derecho, estado y cambio social .....                                                                                                    | 165 |

argumentos son expuestos, debatidos, defendidos y a veces derrotados; sin embargo, se trata de derrotas dulces donde en el ánimo del derrotado subyace la honestidad intelectual de reconocer la superioridad en el argumento del otro.

Este libro es un reflejo, somero, de la fecundidad de las discusiones sostenidas, por ello, hemos querido que la obra respete la esencia de cada uno de sus colaboradores, lo que incluye conservar el formato original en que fueron presentados los trabajos, la metodología y el lenguaje de cada uno de los textos, por ello el lector no encontrará uniformidad en estos aspectos, sin embargo, las colaboraciones son trabajos serios y muy profundos que contienen reflexiones novedosas, aportaciones interesantes e inéditas, perspectivas atrevidas y puntos de vista distintos y muy arriesgados a la luz de las teorías y doctrinas imperantes.

Queremos que la obra que el lector tiene en sus manos transmita las inquietudes que en cada sesión crecen entre nosotros, queremos compartir un poco de lo mucho recibido de nuestros colegas seminaristas y queremos que, a través de la palabra escrita, los lectores también sean parte de esta gran experiencia.

## LAS FUNCIONES DEL MITO EN EL DERECHO MODERNO. NORMA BÁSICA, DOMINACIÓN, PROGRESO Y CIENCIA EN LAS NOCIONES JURÍDICAS<sup>1</sup>

Orlando ARAGÓN ANDRADE\*  
División de Estudios de Posgrado  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

### I

Quisiera que me permitieran entrar a la discusión con la cita de uno de los más famosos aforismos de Nietzsche, *El hombre loco*.

¿No habéis oído de aquel hombre loco que una luminosa mañana encendió un farol, corrió al mercado y se puso a gritar incesantemente: "¡Estoy buscando a Dios! ¡Estoy buscando a Dios!" Justo ahí se habían juntado muchos de los que no creían en Dios, por lo que levantó grandes carcajadas ¿Acaso se te ha extraviado?, dijo uno. ¿Se ha perdido como un niño?, dijo otro. ¿O es que se ha escondido? ¿Tienen miedo de nosotros? ¿Se ha embarcado?, ¿habrá emigrado?. Así gritaban y se reían todos a la vez. El hombre loco se puso de un salto en medio de ellos y los taladró con sus miradas. "¿A dónde se ha marchado Dios?", exclamó, "¡os lo voy a decir! *Lo hemos matado*, ¡Vosotros y yo! ¡Todos nosotros somos sus asesinos! Pero ¿cómo lo hemos hecho? ¿Cómo hemos podido bebern

1. Este trabajo se ha retomado con permiso del autor del volumen 9 de la publicación periódica *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* que edita la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y la casa Marcial Pons.

\* Correo electrónico: orlandoarande@yahoo.com.mx

el mar? ¿Quién nos ha dado la esponja para borrar todo el horizonte? ¿Qué hemos hecho cuando hemos soltado la cadena que unía esta tierra con su sol? ¿Hacia dónde se mueve ella ahora? ¿Hacia dónde nos movemos nosotros? ¿Nos vamos alejando de todos los soles? ¿Nos estamos cayendo sin cesar? ¿Hacia atrás, hacia un lado, hacia delante, hacia todos los lados? ¿Sigue habiendo un arriba y un abajo? ¿No vamos errando a través de una nada infinita? ¿No notamos el hálito del espacio vacío? ¿No hace más frío? ¿No viene continuamente la noche, y más y más noche? ¿No es necesario encender faroles por la mañana? ¿No oímos todavía nada del ruido de los enterradores que están enterrando a Dios? ¿No olemos nada todavía de la pudrición divina? ¡También los dioses se pudren! ¡Dios ha muerto! ¡Dios seguirá muerto! ¡Y nosotros lo hemos matado! ¿Cómo consolarnos, nosotros, asesinos de todos los asesinos? Lo más santo y más poderoso que el mundo poseía hasta ahora se ha desangrado bajo nuestros cuchillos, ¿Quién nos limpiará de esta sangre? ¿Con que agua podríamos purificarnos? ¿Qué ceremonias expiatorias, qué juegos sagrados tendremos que inventar? ¿No es la grandeza de esta hazaña demasiado grande para nosotros? ¿No tenemos que convertirnos nosotros mismos en dioses para parecer dignos de ella?...<sup>2</sup>

He querido iniciar este trabajo con este aforismo, en donde Nietzsche expuso la idea de la "muerte de Dios", con la finalidad de describir en pocas palabras el fin de una etapa histórica y el inicio de otra, es decir, el fallecimiento del mundo y las concepciones premodernas y el inicio de las modernas.

Este acontecimiento se puede ubicar en el siglo XVIII con el surgimiento de las ideas de la ilustración y de otras corrientes de pensamiento, como el positivismo.<sup>3</sup> En ese momento muchos de los pensadores más importantes de la época anunciaron el fin de la etapa oscura de la humanidad, aquella que había sido dominada por la ignorancia, el fanatismo, las supersticiones, las creencias religiosas y los mitos. En contraste los ilustrados festejaron el triunfo de la razón. De aquí en adelante las luces de la razón debelarían todos los antiguos misterios y enigmas; sacarían al hombre de su minoría de edad y lo

2. Nietzsche, Friedrich, *La gaya ciencia*, España, EDAF, 2002, pp. 209-210.

3. Touraine, Alain, *Crítica de la modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 76-77.

dotarían de dignidad;<sup>4</sup> iluminarían los caminos que guiarían a la humanidad hacia el constante progreso,<sup>5</sup> etcétera.

De esta manera se delineó muy claramente un antes y un después en la historia del hombre. Si lo moderno representaba la luz, lo anterior la oscuridad. Si lo primero fue civilizado, lo segundo salvaje. En otras palabras la construcción de lo premoderno y del "otro",<sup>6</sup> fue definida en oposición a las características que el pensamiento ilustrado se adjudicó.

En la lógica anterior, el pensamiento y la ciencia moderna están libres de toda influencia de los dioses oscuros de la premodernidad. No sólo eso, también los condena al olvido, al destierro, a la muerte. Al igual que "el loco" que recrea en su aforismo Nietzsche, pregunto: "¿No es la grandeza de esta hazaña demasiado grande para nosotros? ¿No tenemos que convertirnos nosotros mismos en dioses para parecer dignos de ella?"<sup>7</sup>

Si bien en muchas áreas del conocimiento estas concepciones han sido cuestionadas ampliamente, en el campo de los estudios jurídicos tienen, todavía, una aceptación muy fuerte. A estas creencias se le sigue dando un uso político para sustentar la dominación jurídica actual; por ejemplo, bajo esta idea se ha fundado la supremacía de los derechos occidentales frente a otros sistemas normativos como los indígenas, puesto que, dentro de la lógica argumentativa que he planteado, los primeros serían productos de la razón y la civilización, mientras que los segundos serían resabios de épocas primitivas.

Bien, aquí sostendré que el pensamiento jurídico moderno no se liberó de los antiguos dioses que gobernaban el mundo premoderno. Pero no sólo eso, también intentaré demostrar que el mito ocupa un lugar central en el funcionamiento de la ciencia jurídica y que es la base última en la que se respalda la lógica de la visión predominante en los estudios jurídicos en México, es decir, el positivismo.

4. Kant, Immanuel, *Filosofía de la historia / Qué es la ilustración*, Argentina, Terramar, 2004, pp. 33-40.

5. Cassirer, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 19-20; Horkheimer, Max y Adorno, Theodor, *Dialéctica de la Ilustración*, España, Trotta, 2006, p. 59.

6. Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, México, Siglo XXI, 1998, p. 31-32; Hurbon, Laënnec, *El bárbaro imaginario*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 23-42.

7. Nietzsche, Friedrich, *op. cit.*, nota 1, p. 210.

## II

Bien, antes de referirme a la idea del positivismo jurídico que guiará en adelante mi reflexión, la idea kelseniana de la "norma fundante" o "norma básica", vale la pena hacer una parada momentánea para aclarar a qué variedad de "positivismo jurídico" me refiero a continuación.

En no pocas ocasiones se igualan y atribuyen los mismos postulados a todos los positivistas del derecho. Por supuesto que esto es una reducción y un error tremendo. En buena medida, la falta de uniformidad en los principios positivistas es el primer problema que dificulta su crítica y su entera comprensión. Incluso, los vínculos del positivismo como corriente de pensamiento científico en general, ya sea clásico o lógico, no parecen muy claros.<sup>8</sup>

Pensemos, por ejemplo, en los autores clásicos del positivismo jurídico: Jeremy Bentham, John Austin y Hans Kelsen. Todos ellos se asumen como positivistas, pero sus teorías tienen varios puntos divergentes, por ejemplo, la cuestión de la fundamentación de la autoridad y el derecho. Mientras que los primeros coinciden, con sus respectivos matices en que en la soberanía se encuentra la base de la legitimidad del derecho,<sup>9</sup> Kelsen postulará la idea de la "norma fundante".

Si existen diferencias entre los clásicos, qué podemos decir de las numerosas corrientes contemporáneas del pensamiento positivista. ¿Será válido meter en el mismo cajón a juristas como Hart, Raz, Ross, Bobbio, MacCormick, Coleman, Campbell, o al propio Dworkin, que han sido identificados como las cabezas de tan variadas corrientes como el *softpositivismo*, el *positivismo inclusivo*, el *positivismo exclusivo*, el *positivismo sofisticado*, el *positivismo institucionalista*, el *positivismo delgado* y el *positivismo ético*? La respuesta es: no. Al igual que los clásicos, el desarrollo del nuevo positivismo se ha dado en oposición a otras corrientes del mismo pensamiento; incluso se ha cuestionado si el positivismo jurídico es autodestructivo.<sup>10</sup>

8. Navarro, Pablo E., "Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 24, 2001, p. 134.

9. PYibáH, JiYi, "Legalist fictions and the problem of scientific legitimation", *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 1, 2003, pp. 16-17.

10. Sánchez Fernández, Luis Miguel, "Ironías, falacias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 25, 2002, pp. 333-334.

Hecha esta aclaración, diré entonces que aquí me ocuparé de una forma particular de positivismo jurídico: el que desarrolló el jurista austriaco Hans Kelsen. Esto no demerita de ninguna manera los alcances de este trabajo, ya que a diferencia de las otras corrientes de positivismo, el pensamiento de Kelsen es más influyente en nuestras facultades de derecho y en general en nuestro sistema romanista. Sin más antesala platiquemos pues sobre la norma básica o fundamental.

En la teoría de Kelsen se justifica la validez de las normas jurídicas de dos maneras. La primera es un criterio "no formal" como la efectividad, es decir, en que la norma se cumpla regularmente en la realidad social.<sup>11</sup> En este principio no media relación alguna con el mundo del formalismo, si entendemos por esto el mundo exclusivo de las normas jurídicas, por el contrario, como apunta Oscar Correas, se trata de un razonamiento de corte más sociológico.<sup>12</sup>

La norma básica o fundante es la *segunda* fuente de validez del derecho. Como es conocido por todos, Kelsen desarrolló un sistema jerarquizado de normas. En esa lógica, una norma es válida cuando está fundamentada en otra norma jerárquicamente superior. Así tenemos, por ejemplo, que el artículo 73 de la Constitución federal señala sobre qué asuntos el Congreso de la Unión puede legislar, indicando por exclusión en qué aspectos deben, los poderes legislativos de las entidades federativas, crear leyes. Por lo tanto la producción legislativa *válida* del Congreso de una entidad federativa estará condicionada por esa norma jerárquicamente superior.

Pues bien, esta referencia jerarquizada no puede prolongarse al infinito, ahí en ese momento último de referencia es donde aparece la norma básica. Esta idea es recurrente en la obra intelectual de Kelsen; sin embargo, se puede apreciar que sufrió transformaciones en cada uno de sus trabajos. Aquí me limitaré a plantearla en tres momentos.

La norma fundante aparece planteada de la siguiente manera en el *Compendio de Teoría General del Estado*.<sup>13</sup>

11. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 224.

12. Correas, Oscar, "...Y la norma fundante se hizo ficción", *Revista Crítica Jurídica*, México, núm. 18, 2001, p. 85.

13. Este trabajo es una versión resumida de la Teoría General del Estado, escrita por el propio Kelsen. Este trabajo, según nos dice Recasens Siches, fue pensado para la difusión del pensamiento kelseniano en el extranjero, ya que en alemán se imprimieron muy pocos ejemplares.

Esta serie escalonada o graduada desemboca en la *norma fundamental*, sobre la cual se basa la unidad del orden jurídico en su propia relación dinámica. Según se acepte... el primado del orden jurídico del estado particular, la construcción desembocaría... en la *norma fundamental del orden jurídico del Estado singular*. En cuanto a que esta norma fundamental u originaria establece un órgano primario creador del Derecho, es decir, el órgano constituyente que ha de determinar la base del sistema jurídico, *representa la constitución en sentido lógico-jurídico*. Y en tanto, el legislador así determinado, establece las normas que regulan la legislación, es decir, la creación de *normas generales*, aparece, en calidad de grado inmediato, la *Constitución en sentido jurídico positivo, la Constitución establecida, o positiva*, a diferencia de la primera que es la *Constitución presupuesta como norma fundamental*.<sup>14</sup>

En la *Teoría General del Derecho y del Estado*, la norma básica aparece en estos términos:

La derivación de las normas de un orden jurídico de la norma fundamental del propio orden, se realiza mostrando cómo las normas particulares han sido creadas de acuerdo con la norma básica. A la pregunta de por qué tiene carácter jurídico un cierto acto de coacción, por ejemplo: el hecho de que un individuo prive a otro de su libertad metiéndolo en la cárcel, hay que contestar: porque tal acto ha sido prescrito por una norma individualizada, la sentencia judicial. A la pregunta de por qué [*sic.*] esta norma individualizada vale como parte de un determinado orden jurídico, se contesta diciendo: porque ha sido creada de conformidad [*sic.*] con una ley penal. Esta ley, por último, deriva su validez de la Constitución, en cuanto ha sido establecida por un órgano competente, en la forma prescrita por la misma Constitución.

Si inquirimos por qué la Constitución es válida tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra Constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una Constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución. Esta es la norma fundamental del orden jurídico.

14. Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, México, Colofón, 2000, pp. 190-191.

en cuestión. El documento que encierra la primera Constitución es una Constitución verdadera, una norma obligatoria, sólo a condición de que la norma básica se suponga válida. Las declaraciones de aquellos a quienes la Constitución confiere el poder de crear normas obligatorias, sólo son posibles sobre la base de tal supuesto. Este supuesto permite distinguir a los individuos que tienen carácter de autoridades legales, de otros a quienes no otorgamos tal carácter, y los actos de seres humanos que pueden crear normas jurídicas, de otros que no tienen tal efecto.<sup>15</sup>

Por su parte la última versión de la *Teoría pura del Derecho* nos dice al respecto:

... la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda de la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta* dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse otra vez el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante, básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden.<sup>16</sup>

Hasta aquí considero pertinente hacer un corte para explicar qué es la norma básica, cuáles son las funciones que Kelsen le atribuye, y también aprovecharé para señalar las contradicciones que provoca en su formulación teórica.

Bien, si la norma fundante no es una norma positiva en dónde la podemos encontrar. De entrada, tendríamos que eliminar a la primera Constitución de un Estado, dado que es un ordenamiento positivo. Entonces, podríamos pensar que se encuentra en el poder constituyente; sin embargo, si recordamos la primera cita que comenté sobre la norma básica se excluye esta posibilidad. Dicha referencia señala que: "En

15. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 135-136.

16. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *op. cit.*, nota 10, p. 202.

cuanto a que esta norma fundamental u originaria establece un órgano primario creador del Derecho".<sup>17</sup> Esto supone que no es el constituyente, sino una fuerza que hace posible a este legislador original.

En este sentido, Óscar Correas da el siguiente ejemplo: "la constitución en sentido jurídico-positivo, en México, es el texto conocido como Constitución de 1917. La Constitución en sentido lógico-jurídico es la NF [norma fundante] que autorizaría a los constituyentes de Querétaro a producir el texto de 1917".<sup>18</sup> Entonces la norma básica es una fuerza o un poder anterior al constituyente, pero cuál es esa fuerza. Pues bien, aquí Kelsen utiliza un recurso para librar sus críticas a otros positivistas y al mismo tiempo hacer coherente su teoría normativa.

Tanto Jeremy Bentham como John Austin sostuvieron que la fuente de validez del derecho descansaba en la soberanía. Esta tesis fue duramente criticada por Kelsen, ya que él sostenía que una norma sólo puede estar fundamentada en otra norma.<sup>19</sup> El derecho, por tanto, no podía depender de elementos morales o de hechos históricos concretos. La norma fundante fue el recurso con el que Kelsen intentó superar la soberanía como fundamento último del derecho,<sup>20</sup> y al mismo tiempo mantener la idea de la "pureza" de la ciencia jurídica.

Por lo que ve a las funciones de la norma básica, considero que hay que destacar al menos dos. Primero, válida y legítima la producción legislativa. La norma fundante es la figura última o suprema de validez de la norma jurídica, ya que no hay posibilidad de buscar una norma positiva superior en jerarquía, todo esto bajo la lógica del sistema kelseniano. Segundo, posibilita la coherencia de un ordenamiento jurídico y en consecuencia la formación de una ciencia del derecho.<sup>21</sup> Esto quiere decir que reconocer como válida la norma fundante es la condición que permite establecer normas que son propias del derecho en oposición a las normas morales. Además, aglutina el conjunto de normas jurídicas en un solo ordenamiento.

Desafortunadamente para los intereses de Kelsen, estas dos funciones de su norma básica son contradictorias con su propia teoría jurídica. Hay que recordar que la pretensión central de este jurista fue

17. Kelsen, Hans, *Compendio...*, op. cit., nota 13, p. 191.

18. Correas, Óscar, op. cit., nota 11, p. 87-88.

19. Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994, p. 251.

20. PYibáH, JiY, op. cit., nota 8, p. 19.

21. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho...*, op. cit., nota 14, pp. 136-137.

la de crear una "teoría pura", en la que sólo se estudiaran e intervinieran elementos jurídicos, dejando fuera de ella los elementos metajurídicos, que según él, dejarían sin campo de estudio propio al derecho.<sup>22</sup> Por otro lado, como positivista, Kelsen tenía un compromiso con la posibilidad de la objetividad en el estudio de los fenómenos jurídicos. Una precondition necesaria para lograrlo era excluir elementos subjetivos, como la moral, que enturbiaran el análisis objetivo del derecho.<sup>23</sup>

Si se contrastan estas pretensiones con la idea de la norma fundante se puede concluir que existen en los planteamientos graves contradicciones. Veamos, si la norma fundante no tiene un carácter positivo, sino uno supuesto ¿cómo puede ser ésta la fuente suprema de validación y legitimación de las normas positivas? Aceptar esto es implícitamente otorgar un nivel superior a la metafísica sobre lo positivo.

El mismo razonamiento lo podemos aplicar para la segunda función. ¿Cómo se puede fundar una teoría pura de corte positivista en una norma de naturaleza metafísica? ¿Cómo una norma no positiva sino, como lo dije, metajurídica da coherencia a todo el ordenamiento positivo? No hay salida, estamos ante la aporía de esta tesis kelseniana.<sup>24</sup> Al final de su vida intelectual, Kelsen reconoció que su norma básica era una ficción:

Yo he hablado en mis anteriores escritos de normas que no son el sentido de actos de voluntad. He presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora lamentablemente, debo aceptar, señores, que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mí fácil renunciar a una teoría que yo he representado durante decenios... Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere. Me reprochan con razón que yo hable contra una teoría propia que he representado durante años. Esto es completamente correcto: tengo que reformular mi teoría de la norma fundamental y su representación correspondiente. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que no son el sentido de

22. *Ibidem*, p. 137.

23. *Ibidem*, p. 136.

24. Para revisar una discusión más profunda sobre este punto véase: Stone, Julius, "Mystery and mystique in the basic norm", *The modern law review*, vol. 26, núm. 1, 1963, pp. 39-50.

actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe.<sup>25</sup>

Esta idea de la norma básica reconocida por primera vez en una mesa de discusión, aparecería ya por escrito, no sin resolver muchas incógnitas, en la obra póstuma de este jurista "La teoría general de las normas".<sup>26</sup>

### III

A continuación me adentraré en el tema del mito. Tres interrogantes guiarán mis reflexiones en este momento ¿Qué es el mito?, ¿qué es lo que le permite subsistir o resistir en el tiempo?, y ¿qué función tiene en la sociedad humana?

La idea más extendida acerca del mito es que se trata de una historia falsa, o bien que son leyendas acerca de un fenómeno. De entrada, desecharé estas nociones. El mito no es una historia falsa, porque no tiene el mismo afán y objetivos que el conocimiento científico. No es una leyenda, porque el mito tiene un carácter único que lo distingue de cualquier narración tradicional, me refiero a su carácter sagrado.<sup>27</sup>

Según Percy Cohen existen al menos siete teorías que estudian al mito desde distintas posiciones: la que considera al mito como una forma de explicación y que ocurre en una etapa particular del desarrollo universal de las sociedades humanas; la que explica al mito como una declaración simbólica con la función, no de explicar, sino como una forma de expresar su final en sí mismo, además de que refleja una forma particular de pensamiento; la que lo concibe como una expresión del inconsciente; la teoría que considera que su función es crear y mantener la solidaridad social, la cohesión, etcétera; la que encuentra su función en la legitimación de las instituciones y prácticas sociales; la construcción teórica que trata al mito como una forma de reflejo simbólico de la estructura social, que posibilita el vínculo con el ritual, y, por último, la teoría estructuralista.<sup>28</sup>

25. Citado por: Schmil, Ulises, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, p. 36.

26. Véase: Kelsen, Hans, *Teoría general de las...*, op. cit., nota 18, pp. 250-252.

27. Cohen, Percy, "Theories of Myth", *Man, New series*, vol. 4, núm. 3, 1969, p. 337.

28. *Ibidem*, p. 338.

Este trabajo no es el lugar para agotar cada una de las teorías mencionadas. Dada esta diversidad de marcos explicativos sobre el mito acudiré a la definición que esbozó el célebre historiador de las religiones Mircea Eliade, por la misma razón que él la consideró menos imperfecta: por ser la más amplia. Eliade nos dice:

... el mito cuenta una historia sagrada; relata un acontecimiento que ha tenido lugar en el tiempo primordial, el tiempo fabuloso de los "comienzos". Dicho de otro modo: el mito cuenta cómo, gracias a las hazañas de los seres sobrenaturales, una realidad ha venido a la existencia, sea ésta la realidad total, el cosmos, o solamente un fragmento: una isla, una especie vegetal, un comportamiento humano, una institución... En suma, los mitos describen las diversas, y a veces dramáticas, irrupciones de lo sagrado (o de lo "sobrenatural") en el mundo. Es esta irrupción de lo sagrado la que *fundamenta* realmente el mundo y la que lo hace como realmente es hoy en día.<sup>29</sup>

Partiré entonces de esta idea general de mito. Bien, ahora corresponde resolver la cuestión de cómo este relato sagrado del origen puede mantenerse vivo, y no simplemente ser abandonado o cambiado por otro. La respuesta es a través de la creación de las fiestas sagradas y su ritualización.

Para que el mito permaneciera "vivo" en la sociedad es necesario recrearlo constantemente. Mediante el establecimiento de un calendario religioso se pueden realizar, a lo largo de un periodo determinado, remembranzas de las hazañas o de las historias sagradas que crearon la realidad existente. Ahora, aquí es importante señalar que la función de los rituales y las festividades sagradas no es la de generar una memoria o la de recordar los acontecimientos pasados, sino la de hacer partícipes a los hombres del tiempo sagrado, es decir, hacer contemporáneos a los practicantes del mito con los dioses, seres sobrenaturales o héroes, transportándolos simbólicamente hablando a los tiempos primordiales. Por tanto, el rito "no es la conmemoración de un acontecimiento mítico, sino su *reactualización*".<sup>30</sup> Se trata, como lo explica Eliade, de que:

29. Eliade, Mircea, *Mito y realidad*, España, Kairós, 2006, pp. 13-14.

30. Eliade, Mircea, *Lo sagrado y lo profano*, España, Paidós, 1998, p. 62.

Al participar simbólicamente en la aniquilación y en la recreación del mundo, el hombre era a su vez creado de nuevo; renacía, porque comenzaba una existencia nueva. En cada año nuevo, el hombre se sentía más libre y más puro, pues se había liberado del fardo de sus faltas y de sus pecados, había reintegrado el tiempo fabuloso de la creación, es decir un tiempo sagrado y "fuerte"; sagrado porque lo transfiguraba la presencia de los dioses; "fuerte" porque era el tiempo propio y exclusivo de la creación... Simbólicamente, el hombre se hacía contemporáneo de la cosmogonía, asistía a la creación del mundo.<sup>31</sup>

Este significado de los rituales nos ayuda a entender dos cosas. Por un lado, por qué el practicante estaba obsesionado con el tiempo del origen, ya que a través de su participación periódica podía hacerse partícipe del tiempo de mayor fuerza de los dioses.<sup>32</sup> Por la otra, podemos ver que mediante este mecanismo el mito no sólo garantizaba permanecer presente en la memoria de la sociedad, sino que también se aseguraba su reactualización.

Aquí aparece ante nosotros la diferencia entre el tiempo de lo sagrado (de los mitos) y de lo profano. Mientras el último es un tiempo continuo, el primero se muestra con una cualidad diferente, es "por su propia naturaleza reversible, en el sentido de que es, propiamente hablando, un tiempo primordial hecho presente."<sup>33</sup>

En razón de lo que he comentado, intentaré establecer algunas de las funciones más importantes del mito. La primera que se puede inferir es que el mito establece un modelo ejemplar para las sociedades que los recrean; "...por el mismo hecho de relatar el mito las gestas de seres sobre naturales y la manifestación de sus poderes sagrados, se convierte en el modelo ejemplar de todas las actividades humanas significativas".<sup>34</sup>

Otra función relevante del mito es la de anclar el presente en el pasado.<sup>35</sup> Si éste establece un modelo ejemplar para sus practicantes, eso quiere decir que la vida no sacra o el tiempo profano estará determinado por el tiempo sagrado, es decir, por aquellos momentos

31. *Ibidem*, p. 61.

32. *Idem*.

33. *Ibidem*, p. 53. Esta idea es desarrollada de forma amplia en "El mito del eterno retorno". Eliade, Mircea, *El mito del eterno retorno*, España, Alianza, Emecé, 1972.

34. Eliade, Mircea, *Mito...*, *op. cit.*, nota 28, p. 14. Véase también: Eliade, Mircea, *Lo sagrado...*, *op. cit.*, nota 29, p. 72-75.

35. Cohen, Percy, *op. cit.*, nota 26, p. 349.

primigenios de la creación. Infiriendo de esta función podemos llegar a otra: la de otorgar legitimidad al orden vigente en una sociedad;<sup>36</sup> "al conocer el mito, se conoce el 'origen' de las cosas y, por consiguiente, se llega a dominarlas y a manipularlas a voluntad; no se trata de un conocimiento 'exterior', 'abstracto', sino de un conocimiento que se 'vive' de forma ritual".<sup>37</sup>

Por último, señalaré que el mito tiene como función la de brindar una explicación de la creación o transformaciones de las cosas, pero que al tiempo bloquea una explicación racional.<sup>38</sup> En otras palabras una vez revelado, el mito pasa a ser una verdad apodíctica.<sup>39</sup>

A diferencia de las sociedades tradicionales o premodernas, a las modernas se les ha concebido, parafraseando a Weber, como "sociedades desencantadas". En otras palabras, mientras que para las primeras Dios y en general lo religioso ocupaba un lugar central en el desarrollo de la vida social,<sup>40</sup> en las modernas Dios fue desplazado del centro de la sociedad humana y remplazado por la razón y la ciencia.<sup>41</sup> Se trata del argumento que, mediante el aforismo de Nietzsche, puse en duda desde el inicio de este trabajo.

La anterior certeza ayudó a consolidar la idea de que el mito había muerto en las ciencias y sociedades modernas. No obstante, tal como lo señalan Horkheimer y Adorno:

Los mitos que caen víctimas de la Ilustración eran ya producto de ésta. En el cálculo científico del acontecer queda anulada la explicación que el pensamiento había dado de él en los mitos. El mito quería narrar, nombrar, contar el origen: y con ello, por tanto, representar, fijar, explicar... Los mitos, tal como los encontraron los Trágicos, se hallan ya bajo el signo de aquella disciplina y aquel poder que Bacon exalta como meta.<sup>42</sup>

De esta manera, continúan los autores, "como los mitos ponen ya por obra la Ilustración, así queda ésta atrapada en cada uno de sus pasos más hondamente en la mitología. Todo el material lo recibe de los mitos para destruirlo, pero en cuanto juez cae en el hechizo mítico.

36. *Ibidem*, p. 350.

37. Eliade, Mircea, *Mito...*, *op. cit.*, nota 28, p. 25.

38. Cohen, Percy, *op. cit.*, nota 16, p. 351.

39. Eliade, Mircea, *Lo sagrado...*, *op. cit.*, nota 29, p. 72.

40. Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, España, Alianza, 2001, pp. 101-102 y 104-105.

41. Cassirer, Ernst, *op. cit.*, nota 4, p. 20; Touraine, Alain, *op. cit.*, nota 2, p. 17.

42. Horkheimer, Max y Adorno, Theodor, *op. cit.*, nota 4, p. 63.

Quiere escapar al proceso de destino y venganza ejerciendo ella misma venganza sobre dicho proceso.”<sup>43</sup>

En la misma línea Peter Fitzpatrick señala que el mito no murió en la modernidad, sino que se perfeccionó;<sup>44</sup> “el mito moderno, aunque distinto en ciertas maneras, es, sin embargo, mito.”<sup>45</sup> Lo que ocurrió fue que el antiguo mito premoderno se fusionó con varias de las quimeras de la modernidad o, como lo escriben Horkheimer y Adorno, “en el mundo Ilustrado la mitología se ha disuelto en la profanidad”.<sup>46</sup> El pensamiento mítico, pues, presenta la cualidad de complementarse o complementar otro sistema de pensamiento.<sup>47</sup> En este sentido, el derecho moderno no es ajeno a su influencia. Paul Kahn lo ha resaltado correctamente al estudiar los principales elementos que intervienen en la reforma legal.<sup>48</sup>

Otra cuestión que quiero precisar es que a diferencia de las sociedades premodernas que vivían atadas al eterno retorno que señalaba Eliade, las modernas se caracterizan por un cuestionamiento de la tradición. Los avances de la ciencia natural y el triunfo de la filosofía de la ilustración en el siglo XVIII dotaron de un espíritu diferente al hombre moderno, tal como lo indica Cassirer, el hombre “se enfrenta al mundo con la fresca alegría del descubridor y también con su virginal osadía; espera constantemente nuevas revelaciones...”.<sup>49</sup> En esta lógica es como aparece otra de las ideas centrales de la modernidad: la del progreso.<sup>50</sup>

La idea del progreso junto con el desencantamiento del mundo, derivaron en una ruptura parcial con la antigua forma de tiempo, el pasado dejaría de ser el medio para organizar el futuro; desde ese momento se enraizaría la división entre pasado, presente y futuro. Sin embargo, la confianza en la razón y en el progreso humano, llevó, como lo indica Fitzpatrick, a la substitución de la “perfección del origen” en el mito tradicional, por la “perfección del final” o “por venir” en el moderno.

43. *Ibidem*, p. 67.

44. Fitzpatrick, Peter, *op. cit.*, nota 5, p. 38.

45. *Ibidem*, p. 45.

46. Horkheimer, Max y Adorno, Theodor, *op. cit.*, nota 4, p. 81.

47. Cohen, Percy, *op. cit.*, nota 26, p. 351.

48. Kahn, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, España, Gedisa, Yale Law School, 2001, p. 23.

49. Cassirer, Ernst, *op. cit.*, nota 4, p. 19.

50. *Idem*; Touraine, Alain, *op. cit.*, nota 2, p. 65.

## IV

Bien, regresemos a la norma fundante. Ya expliqué que la norma básica es el último sustento de todo el derecho positivo de un Estado. Dije, también, que ésta no es un ordenamiento positivo, sino un recurso metafísico. Además, sostuve que sus funciones son: la validación y legitimación de la producción legislativa positiva de un Estado, y el posibilitar el orden y la coherencia de un ordenamiento jurídico estatal, así como la formación de una ciencia pura del Derecho. Por último, apunté que Kelsen al final de su vida admitió que la norma fundante era una ficción. No obstante, la vida ya no le permitió recomponer su teoría, y además el tema se ha convertido en tabú para sus seguidores. A partir de estos elementos quiero caracterizar a la norma básica como uno de los mitos del derecho moderno.

Si ante todo el mito es una historia sagrada que da cuenta de un acontecimiento realizado en el tiempo de los orígenes, vemos una primera coincidencia con la norma fundante, ya que ésta constituye el origen del ordenamiento jurídico estatal. Por supuesto que en este caso no se trata de una historia sagrada, pero ya vimos que uno de los elementos que se han transformado de los mitos en la modernidad es su carácter secular. Incluso el propio Kelsen funda esta idea en oposición al iusnaturalismo:

Ciertamente se puede preguntar por qué debemos respetar la primera Constitución como norma obligatoria. La respuesta puede ser que los padres de la primera Constitución recibieron de Dios el poder de establecer tal norma. La característica del llamado positivismo jurídico estriba, sin embargo, en que prescinde de cualquier justificación religiosa del orden jurídico.<sup>51</sup>

Los acontecimientos que narran el mito sucedieron en tiempos primordiales, como lo expresa Eliade, “en el tiempo de los fabulosos comienzos”. ¿Cuándo ocurrieron esos hechos? ¿En qué milenio, siglo, año, mes, día o fecha Dios creó al hombre, se produjo el diluvio universal, los mexicas salieron de Aztlán? La respuesta es obvia: “no se sabe”. El tiempo de los orígenes es ahistórico y por lo tanto metafísico.

Pregunto, ahora, ¿en qué fecha surgió la norma básica en el caso de México?, sobre todo si pensamos que ésta no se encuentra en el

51. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho...*, *op. cit.*, nota 14, pp. 136-137.

constituyente, sino en una fuerza anterior. Por supuesto que se podrían hacer especulaciones sobre posibles respuestas al igual que en los mitos premodernos, pero sin lugar a duda una idea como la norma fundante no es historiable. Por lo tanto estamos ante la presencia de un acontecimiento ahistórico, en el mismo sentido que los anteriores.

La norma fundante es el mito del origen de un ordenamiento jurídico, como tal explica "y justifica una situación nueva —en el sentido de que no estaba *desde el principio*—."<sup>52</sup> Pero además la norma fundante, al igual que el mito, bloquea una explicación racional del acontecimiento. El propio Kelsen reconoció que la norma básica era el presupuesto necesario para fundar al derecho y al sistema jurídico de un Estado: "A diferencia de la norma jurídica positiva, la básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida; y tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas."<sup>53</sup>

Por otro lado, podemos observar que la norma básica también establece un modelo ejemplar para el mundo jurídico profano. Si en el mito premoderno se relata el momento en que los dioses o los seres sobrenaturales crearon algo, en la norma fundante ocurre algo análogo. La diferencia es nuevamente el carácter secular del mito moderno.

Mientras que los protagonistas del mito creador en la premodernidad son entes sacros, para la norma básica son personajes humanos. Sin embargo, estos últimos no son iguales que los demás seres humanos; son los héroes nacionales de la historia patria. La mayoría de ellos mediante su actuación pusieron fin a un régimen político-jurídico e inauguraron otro. Muchos de los ideales de estos grandes personajes, que bien podemos considerarlos los dioses seculares de los Estados modernos,<sup>54</sup> se han convertido en principios constitucionales, que han sido los modelos de creación de toda la legislación secundaria.

Por ejemplo, en la segunda mitad del siglo XIX en México, los héroes de la patria defendían ideas de corte liberal. Al triunfar varios puntos de su ideario se convirtieron en principios constitucionales; que después permearon a la mayoría de ordenamientos jurídicos inferiores.

52. Eliade, Mircea, *Mito...*, op. cit., nota 28, p. 29.

53. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho...*, op. cit., nota 14, p. 137.

54. Véase: Anderson, Benedict, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica 2007, p. 29.

Lo mismo, podríamos decir en la segunda y tercera década del siglo XX, con lo que se dio por denominar constitucionalismo social, o lo que en nuestros días a algunos juristas les da por llamar constitucionalismo democrático.

En consecuencia la norma básica también ejerce la función legitimadora del régimen jurídico actual. En otras palabras se entiende que nuestro sistema es legítimo porque está en concordancia con los ideales juridizados de los padres de la patria.

Ahora bien, esa legitimidad está dotada de características especiales. Ya decía, más atrás, que al conocer el mito, se conoce el origen de las cosas y, por consiguiente, se llega a dominarlas y a manipularlas a voluntad.<sup>55</sup> Esto quiere decir que eleva al sistema jurídico dominante a un nivel superior de lo que es, un postulado contingente; lo lleva o disfraza de natural y universal. El mito de norma fundante produce un efecto amnésico en la memoria del derecho, que hace olvidar la particularidad de su discurso, elevándolo en cambio a un nivel de universalidad. Por eso es que el derecho una vez institucionalizado, deja de ser un alegato sectario, deja de ser de izquierda o de derecha; androcéntrico, racista, excluyente o progresista; autoritario, democrático o emancipador; simplemente es ley, y como tal se debe de respetar y cumplir.

Permítanme citar la obra clásica de Catherine Mackinnon, para ejemplificar este punto. En su libro *Hacia una teoría feminista del Estado* la autora nos dice:

En las sociedades de la supremacía masculina, el punto de vista masculino domina la sociedad civil en forma de patrón objetivo, ese punto de vista que, puesto que domina en el mundo, no parece en absoluto ser un punto de vista. Bajo su férula los hombres dominan a las mujeres y a los niños... Las reglas de las familias y de los clanes y de las costumbres sexuales garantizan la propiedad reproductiva y el acceso y el control sexual a los hombres como grupo. Las jerarquías entre los hombres se ordenan sobre la base de la raza y de la clase, estratificando también a las mujeres. El Estado toma esos hechos del poder social y los utiliza en la ley y como ley. Ocurren dos cosas: la ley se hace legítima y el dominio social se hace invisible. El legalismo liberal es por lo tanto un medio para hacer que el dominio masculino sea invisible y legítimo adoptando el punto de vista masculino e imponiendo al mismo tiempo esa visión a la sociedad.<sup>56</sup>

55. Eliade, Mircea, *Mito...*, op. cit., nota 28, p. 25.

56. Mackinnon, Catherine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, España, Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la mujer, 1995, pp. 427-428.

Bajo este orden de ideas la norma básica legitima un orden que fue creado y que beneficia a un grupo. El marxismo ya había advertido, desde mucho tiempo atrás, que el derecho es una herramienta de dominación de la burguesía. Denuncia una fuerza que lo domina desde "afuera", es decir, "externa". Sin embargo, este análisis permite ver que la fuerza de dominación está dentro del propio derecho. Jaques Derrida explica que el momento fundacional del derecho es un golpe de fuerza...

...en una violencia performativa y por tanto interpretativa que no es justa o injusta, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo... [ni alguna] fundación preexistente podría garantizar, contradecir o invalidar por definición. Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel del metalenguaje con relación a la performatividad del lenguaje instituyente o a su interpretación dominante.

El discurso encuentra ahí su límite: en él mismo, en su poder performativo mismo... Hay un silencio encerrado en la estructura violenta del acto fundador. Encerrado, emparedado, porque este silencio no es exterior al lenguaje.<sup>57</sup>

La cita de Derrida nos ayuda a establecer que mediante la norma básica se legitima un acto violento. Ya décadas atrás Walter Benjamín en su célebre trabajo *Para una crítica de la violencia* estableció que el derecho encuentra su origen en un acto violento, al cual llama violencia fundadora.<sup>58</sup> Como es obvio ésta no debe ser entendida únicamente en el sentido físico como las revoluciones armadas y los golpes de Estado, sino en todas sus expresiones, como lo sesgos ideológicos de sus impulsores, etcétera.

En la misma dirección Giorgio Agamben señala que la relación de excepción, en cuanto acto de violencia, se expresa en la estructura formal de la relación jurídica. Sólo a partir de la decisión soberana sobre la excepción, afirma este autor, "adquieren su sentido lo que está incluido en el orden jurídico y lo que está excluido de él. En su forma arquetípica, el estado de excepción es, pues, el principio de toda localización jurídica, porque solamente él abre el espacio en que la fijación de un cierto

57. Derrida, Jacques, "Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad" *Doxa*, núm. 11, 1993, p. 139.

58. Benjamín, Walter, *Conceptos de filosofía de la historia*, Argentina, Terramar 2007, p. 124.

ordenamiento y un determinado territorio se hace posible por primera vez."<sup>59</sup> Así, concluye Agamben, el soberano "es el punto de indiferencia entre violencia y derecho, el umbral en que la violencia se hace derecho y el derecho se hace violencia".<sup>60</sup>

Gracias a los poderes del mito el acto de fuerza originario o la violencia fundada se instituye como un modelo ejemplar que otorga validez y legitimidad a la subsecuente producción legislativa.

Una cuestión que es complementaria a la función legitimadora es la capacidad de la norma fundante para anclar el presente al pasado jurídico. Ya platicué atrás que esto se logra a través de los rituales, bien ¿la norma básica tendrá un rito que le permita realizar esta función? La respuesta es sí.

Ya Nietzsche al explicar el surgimiento y desarrollo de la "culpa y la mala conciencia" establece la continuidad de la violencia en la relación jurídica del acreedor con el deudor:

Quizá sea lícito admitir incluso la posibilidad de que tampoco aquel placer en la crueldad está propiamente extinguido; tan sólo precisaría, dado que hoy el dolor causa más daño, de una cierta sublimación y sutileza, tendría que presentarse traducido a lo imaginativo y anímico, y adornado con nombres tan inofensivos que no despertasen sospecha alguna ni siquiera en la más delicada conciencia hipócrita.<sup>61</sup>

En la misma cita que hice atrás de Derrida se explica este poder performativo y espectral de la violencia fundadora en derecho. A esta potencia reaccionaria Benjamin le llama violencia conservadora y que básicamente consiste en la función de "amenaza" o de hacer presente el destino establecido en la violencia fundante.<sup>62</sup> Analicemos este punto desde el enfoque del mito. Si echamos un vistazo a los Estados con sistema de *common law*, identificaremos que el rito está presente cada vez que el juez emite una sentencia para un caso en particular.<sup>63</sup> El juzgador cada vez que va a dar su fallo consulta resoluciones anteriores y sobre eso se basa a la hora de resolver, es decir, el pasado de alguna forma determina la vida jurídica del presente.

59. Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nula vida*, España, Pre-textos, 2006, p. 32.

60. *Ibidem*, p. 47.

61. Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral*, España, Alianza, 2002, pp. 88-89.

62. Benjamin, Walter, *op. cit.*, nota 57, pp. 121-122.

63. Derrida, Jacques, *op. cit.*, nota 56, p. 149.

Ahora, se alegará que el juez en casi ningún caso consulta las más antiguas resoluciones, sino que su retracción es a un pasado más inmediato. No obstante, esas decisiones menos antiguas, están basadas a su vez en otras más antiguas, de esta manera pervive en el fallo "cierta violencia irruptiva y [éste] no responde ya a las exigencias de la racionalidad teórica",<sup>64</sup> estableciéndose así la cadena entre el presente y el pasado.

¿Cuándo y cómo ocurre esto en nuestro sistema jurídico? Considero que en el momento en que se modifican las leyes. En efecto, en la reforma encontramos el instrumento mediante el cual el mito fundacional continúa viviendo entre nosotros. Ahora es importante dimensionar la fuerza que en nuestros sistemas jurídicos tiene la cultura de la reforma, para entender la potencia del ritual.

En la discusión de la reforma participan prácticamente todos los juristas desde diferentes actividades: el legislador, el juez, el abogado postulante, el investigador, etcétera. En la academia, por ejemplo, se ha considerado tradicionalmente que la reforma es el objetivo último de la investigación jurídica.<sup>65</sup> El proponer una mejora al derecho, a través de una reforma legal, es lo que de entrada justifica y hace útiles y valiosas a las investigaciones en el derecho. Esta visión convierte a los estudios jurídicos en un programa de reforma legal.

No hace falta dar un ejemplo desconocido de mi anterior afirmación. Basta con remitirnos a los requisitos que se les exigen a las tesis de licenciatura y de maestría en la inmensa mayoría de las facultades de derecho del país.

Bien, veamos cómo actúa este ritual en la actualización del mito. Cuando se va a reformar o a promulgar una ley, siempre tendrá como límite una ley superior, que a su vez estará en consonancia con de la mayor jerarquía. Entonces nos encontramos ante un sistema en que una norma, la más antigua de todas, legitima y valida a las otras, y cada vez que se produzca una nueva ley o se reforme, se transmitirá al igual que en el fallo del juez en el *Common law*, la fuerza espectral de la norma fundante.

En el caso de las reformas constitucionales, la situación varía. Como lo han señalado acertadamente varios autores, en México se pueden hacer reformas constitucionales, que atenten contra la misma

64. *Ibidem*, pp. 152-153.

65. Kahn, Paul, *op. cit.*, nota 47, p. 31.

Constitución, es decir, es posible hacer reformas constitucionales inconstitucionales. En este caso vemos cómo se diluye el mecanismo de hacer presente el pasado jurídico. No obstante, aunque de *iure* no haya límites para el "órgano revisor constitucional", se tiene que superar un obstáculo de *facto* que sí es influenciado por el pasado jurídico. Así por ejemplo, en el caso de la reciente reforma judicial los promotores de los cambios justificaron su discurso en una situación jurídica pretérita.<sup>66</sup> Alegaban que la reforma no atentaba contra derechos consagrados en la Constitución, aunque la mayoría de los expertos no estaban de acuerdo. Vemos pues como la misma reforma que implica una modificación respecto del pasado, no se desvincula radicalmente de su antecesora.

Daré un par de ejemplos más para tratar de aclarar mis afirmaciones: la reciente reforma energética, en particular sobre la supuesta privatización de petróleos mexicanos (Pemex),<sup>67</sup> y la reforma indígena del 2001.<sup>68</sup> En la discusión del primer caso, se manifiesta el respeto al pasado y la apelación al futuro como progreso. Los promotores más entusiastas de la reforma afirmaron sistemáticamente que los cambios legales que realizaron no implicaban la privatización de Pemex, si no una medida para su fortalecimiento y desarrollo. De esta forma, intentaban legitimar su actuar en el pasado, puesto que no se atrevieron a desafiar abiertamente el estatuto jurídico anterior. No obstante, alegaban que las necesidades del país exigían un cambio para mejorar la situación de los mexicanos. Se dijo hasta el cansancio que esta reforma estructural era necesaria para que México progresara; sin ella, el país seguirá en el retraso respecto de otros países petroleros, se argumentaba.

En las dos reformas indígenas hechas en nuestra Constitución federal, la del artículo 4º en 1992 y la del artículo 2º en 2001, se dieron rupturas con otros principios jurídicos contenidos en la Constitución. En 1992, la preocupación fue el quiebre con el principio de igualdad jurídica, tal como clásicamente se había interpretado. Si uno revisa los documentos legislativos se puede notar como a pesar de darse una reinterpretación del principio de igualdad, existen constantes referencias a que este cambio no atentaba contra la idea precedente. En

66. Para conocer el contenido de la reforma véase: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_180\\_18jun08.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf) Consultado: 20/02/2009.

67. Esta reforma no se concretó a nivel constitucional, se planteó así, pero al final todo quedó en reformas a leyes secundarias.

68. Para conocer el contenido de esta reforma véase: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_151\\_14ago01.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_151_14ago01.pdf) Consultado en: 20/02/2009.

la reforma del 2001 el punto más controvertido fue el de la autonomía. Garantizar este derecho de los pueblos indígenas implicaba una ruptura o reinterpretación de la idea clásica de unidad nacional. No obstante, el legislador no pudo desprenderse de esta noción pretérita y en el primer enunciado del artículo segundo se dice que "México es una nación única e indivisible".

Hasta aquí hemos estudiado a la reforma legal como la forma ritual en la que el mito fundacional del derecho, se hace presente en nuestros días. Sin embargo, la reforma, como ritual moderno, no sólo ve al pasado sino también al futuro. Cuando esta forma ritual voltea al futuro, invoca su complemento moderno: el progreso.

Paul Kahn ha resaltado correctamente que el derecho, también, es percibido como:

...un proceso histórico continuo, en el cual el derecho se desarrolla a través de constantes esfuerzos de reforma. El estado de derecho no sólo es la suma de la totalidad de las leyes y de las regulaciones producidas en un momento determinado; también es entendido como un proceso de evaluación y creación de nuevas leyes que corrigen las deficiencias de lo que existía antes.<sup>69</sup>

En esta idea, se justifican y se agotan los discursos que se emplean cuando se pretende realizar modificaciones o cambios en la legislación. A pesar de que no tengo conocimiento de un trabajo sistemático del discurso legislativo, mi experiencia en la investigación histórico-jurídica me permite englobarlos en tres grupos.

El primero sería el de los promotores. En este se blanden dos argumentos centrales. Uno sostiene que la necesidad social va cambiando, y por lo tanto hace lo mismo la ley para mejorar la regulación de las relaciones sociales.<sup>70</sup> En el otro, se aduce una mejora de corte técnico en el sistema jurídico. En este primer grupo discursivo podemos ver la convicción en la idea del constante progreso jurídico.

El segundo sector sería el de los opositores o detractores de la reforma. La razón principal que utilizan para defender su posición es que la modificación propuesta significaría un retroceso en ese camino hacia el estado perfecto de cosas.

Por último, el tercer discurso es empleado con los mismos fines que el segundo, es decir, para oponerse a la reforma pero desde un discurso

69. Kahn, Paul, *op. cit.*, nota 47, p. 27.

70. Fitzpatrick, Peter, *op. cit.*, nota 5, p. 91.

formalista. Consiste pues en invocar la inviabilidad de la reforma por cuestiones de inconstitucionalidad o alteración al orden constitucional. Generalmente este discurso se utiliza cuando los políticos no quieren comprometerse en un tema controversial que los podría dejar mal parados. Ejemplos en este sentido sobran, la unión entre gays, el aborto, la legalización de las drogas, entre otros. Como ya dije atrás, esto sólo podría ocurrir en el caso de las reformas secundarias, puesto que en la Constitución se puede hacer cualquier modificación. Este grupo en apariencia se coloca fuera de la ruta del progreso. No obstante, es atrapado en la otra función del mito, es decir, la que determina el presente por la acción del pasado jurídico.

De esta forma, es válido afirmar que los argumentos en favor y en contra de una reforma iluminan el mapa del progreso jurídico humano. El mito de la perfección jurídica futura se construye, pues, de la dialéctica, que discurre en un sendero que supuestamente puede llevarnos a la perfección o a la barbarie jurídica.

## V

A lo largo de este trabajo he sostenido que el derecho moderno no es ajeno a las formas de pensamiento mítico como comúnmente lo han querido presentar algunos juristas en oposición a otros sistemas normativos que son presentados como ecos de "épocas salvajes", carentes de la "racionalidad" que sí tiene el derecho moderno.

A partir de este análisis de la norma básica de Kelsen y de la forma en que la cultura jurídica dominante emplea a la reforma legal, he intentado mostrar que el mito cumple en el derecho moderno varias funciones, todas ellas con un compromiso reaccionario, entre las que se encuentran: su fundamentación, su legitimación y su preservación. El mito aplicado al derecho moderno "a la vez no cambia nada y cambia todo", es decir, es un medio que no despoja de su violencia al derecho, pero que mediante sus "poderes" logra presentarlo como lo que no es, un "discurso neutral y natural".

Este arcano del derecho moderno puede servir para comprender las exclusiones, tanto actuales como pasadas, y sólo tomando conciencia de él se puede establecer una corriente de pensamiento crítico comprometida con los sectores marginados de nuestras sociedades. También debería de mover a una amplia reformulación de los fines de la

investigación jurídica, en donde "el programa de reforma" en que se ha convertido ésta, cediera terreno a estudios descriptivos que dieran cuenta de cómo opera y se reproduce este poder reaccionario que esconde el derecho. No obstante, este es un desafío todavía pendiente.

## BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, Giorgio., *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, España, Pre-textos 2006.

ANDERSON, Benedict, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

BENJAMIN, Walter, *Conceptos de filosofía de la historia*, Argentina, Terramar, 2007.

CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

COHEN, Percy, "Theories of Myth", *Man. New series*, vol. 4, núm. 3, 1969.

CORREAS, Óscar, "...Y la norma fundante se hizo ficción", *Revista Crítica Jurídica*, México, núm. 18, 2001.

DERRIDA, Jacques, "Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad" *Doxa*, núm. 11, 1992.

ELIADE, Mircea, *El mito del eterno retorno*, España, Alianza, Emecé, 1972.

\_\_\_\_\_, *Lo sagrado y lo profano*, España, Paidós, 1998.

\_\_\_\_\_, *Mito y realidad*, España, Kairós, 2006.

FITZPATRICK, Peter, *La mitología del derecho moderno*, México, Siglo XXI, 1998.

GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, España, Alianza, 2001.

HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor, *Dialéctica de la ilustración*, España, Trotta, 2006.

HURBON, Laënnec, *El bárbaro imaginario*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, España, Gedisa, Yale Law School, 2001.

KANT, Immanuel, *Filosofía de la historia / Qué es la ilustración*, Argentina, Terramar, 2004.

KELSEN, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, México, Colofón, 2000.

\_\_\_\_\_, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994.

\_\_\_\_\_, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

\_\_\_\_\_, *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

MACKINNON, Catherine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, España, Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1995.

NAVARRO, Pablo E., "Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 24, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich, *La gaya ciencia*, España, EDAF, 2002.

\_\_\_\_\_, *La genealogía de la moral*, España, Alianza, 2002.

PXIBÁG, JiYí, "Legalist fictions and the problem of scientific legitimation", *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 1, 2003.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel, "Ironías, falacias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 25, 2002.

SCHMIL, Ulises, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984.

STONE, Julius, "Mystery and mystique in the basic norm", *The modern law review*, vol. 26, núm. 1, 1963.

TOURAINE, Alain, *Crítica de la modernidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

## LA SENTENCIA JUDICIAL, LA VERDAD Y LA RAZÓN

Simón BACA SUÁREZ  
Héctor CHÁVEZ GUTIÉRREZ  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

*Algunos problemas son demasiados complejos  
para admitir una solución perfecta con los medios a nuestra disposición.  
Por tanto, la racionalidad no nos exige más que lo mejor que podemos hacer con los  
medios a nuestro alcance.  
Ser realistas forma parte de ser racional.  
Nicholas Rescher (1993)*

### I. En busca de verdad jurídica

Las sentencias que resuelven de manera definitiva una controversia, pueden ser estimatorias, cuando le dan la razón al demandante, desestimatorias o absolutorias, si consideran infundadas las pretensiones del actor, pero también pueden ser mixtas, reconocer parcialmente las pretensiones de ambas partes<sup>71</sup>. Para el efecto del presente trabajo y en atención al título se consideran como sentencia, aquella que resuelve el fondo del asunto, no así sentencias interlocutorias o autos (siguiendo la teoría procesal contemporánea) que sólo se pronuncian por algún incidente dentro del procedimiento.

71. Fix Héctor y Ferrer Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, UNAM, México, 2009, p. 11

*Derecho, Ciencia y Filosofía*  
de Salvador Jara Guerrero  
y Rosa María De la Torre Torres  
(Coordinadores),  
se terminó de imprimir en los  
talleres de la Editorial Universitaria  
(UMSNH)  
en Madero Ote. 580, centro,  
de Morelia, Michoacán,  
el día 16 del mes de julio del 2010.

Coordinador Editorial  
Jesús Rosales  
Formación  
Mónica Magaña  
Corrección: Heriberto Cortés Vélez  
Portada: Giovani Genchi/ Paco González  
Ilustración de portada:  
Remedios Varo,  
*Bordando el manto terrestre*,  
óleo sobre masonite, 1961

500 ejemplares