

REFORMA SIGLO XXI

¿Qué es el derecho?

■ ■ Daniel Vega Tavares*

Resumen

En este ensayo pretendo reiterar un concepto del Derecho que supere al formalismo e inserto en la demostración teórica al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), al que expongo como un discurso ideológico positivo. Así, el Derecho aparecerá como un fenómeno complejo, comunicacional, político, cultural y moral. Asimismo, se contradice la idea de que el DIDH y la teoría de derechos humanos sean iusnaturalistas, *stricto sensu*.

Palabras clave: derecho, derechos humanos, discurso, ideología, iuspositivismo, iusnaturalismo.

La pregunta por el Derecho ha perdido relevancia en los últimos tiempos, probablemente porque se considera resuelto. En México, particularmente, una tradición románica se acopla muy bien a la simplificación de la tesis kelseniana, que redujo el estudio jurídico a la exposición de las leyes vigentes. En ese sentido, en México no se hace ciencia ni teoría jurídica, sino doctrina.

Asumir como punto de partida del método jurídico a un Derecho-dogma da lugar a una problemática evidente: la imposibilidad de cuestionar el fundamento del Derecho. Así, cuando se escucha a juristas y abogados criticar a las leyes, están haciendo doctrina sin fugarse del método positivista y sin asumir que el Derecho es una categoría más amplia de significados, porque lo someten a un examen ideológico con el cual el Derecho se corresponde y se configura. En la actualidad, el último examen posible del Derecho es uno que somete los dispositivos particulares a la

ideología de la dignidad y la libertad que fundan el sistema de derechos humanos (DH).¹

La doctrina o dogmática jurídica es entonces el estudio teleológico del Derecho, es decir, el estudio de las leyes tal y como ellas se definen y con los propósitos que se imponen. De ahí se desprende que el Derecho sólo pueda concebirse como una ordenación política y, por lo tanto, no pueda distinguirse del Estado en sentido funcional.² Eludir los problemas metajurídicos³ era para Kelsen una mera cuestión de método, por lo que no podemos culparlo de que el estudio jurídico se redujera al estudio formal de leyes como habría que culpar a la simplificación de su tesis. En mi opinión, lo que logra el normativismo es demostrar que el Derecho es poder e instrumento político.

Kelsen despreciaba que en ciertos países los juristas no hacían más que “servir al poder político del momento”.⁴ Curiosamente, esa es la principal consecuencia práctica de la teoría pura del Derecho (TPD): Que el jurista no sea más que un aplicador del derecho vigente. De modo que para Kelsen la única crítica metajurídica del Derecho era sociológica o filosófica. Esto es lo que hay que rescatar del insigne teórico.

Como se ve, Kelsen nunca intentó negar la posibilidad de que se estudie más ampliamente el Derecho, sino que pretendió separar su estudio como

* Estudiante de Derecho en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Nació y reside en la ciudad de Puebla. Realiza divulgación jurídica (juiciosder.wordpress.com) y promoción de la lectura. Cuenta con publicaciones en el Blog del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en *Revista Primera Página*.

¹ Así se desprendería de un examen de la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos jurídicos que han devenido de ellas.

² Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho: El método y los conceptos fundamentales*, trad. Luis Legaz Lacambra (México: Colofón, 2019), 95.

³ Roberto Hoffmann Elizalde, *Sociología del derecho* (México: UNAM, 1989), 69. Uso la expresión de Hoffman, quien dice que Kelsen “evade los problemas metajurídicos que constituyen la base en que se asientan las ideas kelsenianas, problemas que circunscriben, que bordean y cimentan la esfera del Derecho...”.

⁴ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), X.



Hans Kelsen, célebre jurista, filósofo y político austriaco.

fenómeno social del estudio del Derecho como sistema de normas. Así, redescubrió al Derecho como tecnología política. Digo “redescubrió” porque esto era evidente, salvo porque era fácil negarlo desde perspectivas iusnaturalistas o liberalistas. También por esto digo que Montesquieu era un auténtico positivista, pues separaba con claridad su idea de lo que quería del Derecho y lo que el Derecho era o podía ser. De ahí que *El espíritu de las leyes* fuera más un manual de técnica legislativa y un estudio pionero de la sociología, en lugar de una doctrina puramente liberalista.⁵ Dice Kelsen a propósito:

No es posible concebir al Estado más ni menos jurídicamente que al Derecho, el cual, como contenido espiritual objetivo, es orden y, por tanto, objeto del conocimiento jurídico-normativo; como acto psico-físico motivado y motivador de otros, es poder (poder jurídico);

5 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 20a ed., Sepan cuentos 191 (México: Editorial Porrúa, 2018).

y en cuanto tal, objeto de la psicología social o sociología.⁶

El Derecho se corrige con base en el dogma. Es decir que no siempre se presenta como una estructura coherente de imperativos *per se*. De ahí que sea posible una crítica dogmática del Derecho vigente, si se basa en los contenidos más fundamentales del sistema jurídico. Esto también se corresponde con la idea de la jerarquía de normas (las normas superiores son estándares que determinan a las inferiores).

Ya advertía García Máynez que podría solucionarse la disyuntiva entre iusnaturalismo e iuspositivismo cuando las leyes positivas incorporaran a su contenido los postulados iusnaturalistas.⁷ Esta es una conclusión práctica trascendente de la teoría del derecho, pues es la regla técnica que explica el adormecimiento de la teoría jurídica en nuestra época y el auge de la dogmática de los derechos humanos. La adopción transparente de fundamentos estrictamente ideológicos y valorativos considerados universalmente (occidentalmente) justos confunde al Derecho positivo con el natural.

La contradicción de la TPD estriba precisamente en que la hipótesis fundamental del Derecho tendría que ser una norma que no fuera metajurídica, cuando la base del Derecho no puede ser más que la base del poder. El Derecho es un fenómeno complejo que se ve inmerso en todo lo humano activa como pasivamente. La economía, por ejemplo, moldea al Derecho del mismo modo en que el Derecho pretende regular a la economía. Teniendo como fundamento positivo del Derecho un discurso moral, puede afirmarse con validez teórica que la moral es un factor de poder vigente.

Así, la teorización actual gira, naturalmente, alrededor del Derecho vigente, y lo contrastar con las exigencias del discurso autosuficiente de la dignidad y la libertad, convirtiendo la aplicación del Derecho no en una retórica basada en lógica, sino en ponderación de valores (siguiendo la ficción de que esto es posible de manera objetiva). Buena parte

6 Basta un prólogo del autor para evidencia: “[La TPD] no ve en el derecho la manifestación de una autoridad sobrehumana, sino una técnica social específica”. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, VII.

7 Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 39a ed. (México: Editorial Porrúa, 1988), 43.

de la construcción de las categorías jurídicas se convierte en determinación del “valor de los valores”. Tómese como icónico ejemplo la ponderación entre libertad y seguridad, en la que se asume *a priori* que es la seguridad la que debe someterse a los criterios de necesidad y proporcionalidad y no al revés.

Tales realidades evidencian que el Derecho es ideología positiva, es decir, un discurso basado en una selección básica de valores, que se comunica de la sociedad a los órganos de gobierno y coordinación interestatal, y de los órganos estatales a la sociedad. Es decir, el Derecho es una comunicación. El repliegue de la teoría del Derecho puede provenir, entonces, de la conformidad general frente a los fundamentos del Derecho. Bodenheimer sugería que la jurisprudencia analítica surgió en tiempos de comodidad frente al Derecho vigente⁸ y hoy parece cierta la misma afirmación respecto de la dogmática de los DH.

Sin embargo, la asimilación del Derecho a un sistema de reglas escritas es obviamente insuficiente para explicar el comportamiento de los sistemas jurídicos actuales, especialmente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). El problema de la laxitud del texto para elaborar sistemas lógicos de imperativos donde las gradas superiores son un catálogo de valores de contenido creciente e incuestionable, delega la función de determinar el contenido del derecho a la dogmática. Esta se construye en la intensa comunicación de los operadores jurídicos y los destinatarios del dispositivo.⁹

Palabras menos, las gradas superiores del Derecho, conformadas por valores, son un código semiótico flexible que se construye en la operación misma del Derecho. Lo anterior no sólo manifiesta al Derecho como una práctica cultural y una comunicación social, sino que da cuenta de la característica actual del DIDH: Es un Derecho consuetudinario. Esta peculiaridad no se explica, como lo intentara Bodenheimer, con la ausencia de mecanismos de coacción internacional (primero,

porque sí los hay; segundo, porque la coactividad directa no es inherente al Derecho) y autoridades que lo apliquen (la inexistencia de una autoridad formalmente constituida no niega la autoridad de cada Estado o de las potencias).¹⁰

El Derecho es consuetudinario en el sentido de que se define y estructura en la práctica social permitida conforme a las propias formas culturalmente previstas (el Derecho de cada Estado y de la comunidad internacional). De ahí que sea tan fácil asimilar el Derecho a la interpretación, como lo hiciera Atienza. Así, Cossío advertía en tiempos de transición constitucional que el deber de los “teóricos del derecho” se convertía, a raíz de un nuevo paradigma, en la estructuración de un discurso de DH que les diera contenido y coherencia.¹¹ En otras palabras, Derecho sería lo que las personas autorizadas indicaran que significa “dignidad” o “libertad” y las categorías resultantes. En ese sentido, el positivismo es la dogmática jurídica y la dogmática de los DH es iuspositivismo.

Cossío pretendió poner énfasis en la labor de todos los operadores jurídicos en la tarea de construir el discurso de DH, pero el tiempo demostró que el medio idóneo (aunque no el único) de configuración del discurso en México sería la interpretación judicial. Un revival del esquema consuetudinario de corte sajón que al poco tiempo traería la exigencia técnica de un sistema jurídico que liberalizara y acentuara la práctica jurisdiccional, bebiendo por supuesto de la tradición del *common law*. Mírese como evidencia la reforma judicial del año pasado.¹²

Hablar, por otro lado, de estas características como propias del DIDH no significa que este sea un sistema jurídico separado al que apliquen peculiares consideraciones teóricas. En realidad, lo que hago es asumir que las gradas superiores del Derecho son los mecanismos reales de poder (la economía, la política internacional) que determinan su contenido y su forma.

8 Edgar Bodenheimer, *Teoría del derecho*, trad. Vicente Herrero, 2a ed., Colección Popular 60 (México: FCE, 1994), 199.

9 Para introducirse a una teoría del Derecho como comunicación, suelo remitir a Samuel A. González Ruiz, *Código semiótico y teorías del derecho*, *Doctrina Jurídica Contemporánea* 21 (México, D.F.: Fundación Cultural Enrique Luño Peña; Distribuciones Fontamara, 2004).

10 Bodenheimer, *Teoría del derecho*, 49.

11 José Ramón Cossío Díaz, *Derechos humanos. Apuntes y reflexiones*, Opúsculos (México: Colegio Nacional, 2017).

12 Para una idea general acerca de la reforma, véase José Antonio Caballero, “La reforma judicial de 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?”, *Revista digital, Nexos*, el 5 de octubre de 2021, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-reforma-judicial-de-2021-hacia-donde-va-la-justicia/>. A mayor profundidad, véase el libro homónimo del mismo autor.

Ahora bien, la ideología positiva de los derechos humanos, como tendencia política internacional, como implementación jurídica incorporada a la Constitución de muchos países y como auténtica dinámica cultural, es la expresión de un tipo de poder de fuentes más bien culturales o psicológicas que también determina el contenido del Derecho, aunque no debe pensarse aisladamente de tendencias económicas o de poder diferentes. En rigor, mi propuesta también consiste en que el Derecho no sólo es su forma, sino su contenido.

¿Qué ofrece la teoría jurídica esbozada, además de una perspectiva más clara acerca del Derecho? Comprender al Derecho como factor en la configuración de relaciones de poder, es decir, como ideología positiva. Esto significa aceptar que un Derecho fundado en valores indefinidos que se construyen en la práctica social (y aunque haya una ligera delimitación de la autoridad interpretativa) será objeto de discrecionalidad. Por otro lado, su enorme peso cultural lo asimila con una moral que al mismo tiempo es una ideología política (explosivo cóctel, hay que advertir).

No se trata, prevengo, de una postura teórica que pretenda combatir un paradigma que se ha visto necesario y útil en la protección de derechos individuales y especialmente de grupos vulnerables. Sin embargo, sí parece necesario evidenciar la flexibilidad de este sistema, su oposición a esquemas de valores tradicionales, su función moral y jurídica altamente correctiva (en la práctica jurídica se manifiesta a través de la corrección de leyes locales o de aplicaciones particulares de reglas) y su clara tendencia política a reconfigurar relaciones de poder (persiguiendo, se entiende, mayor equidad entre los grupos privilegiados y los históricamente oprimidos).

Lo anterior, porque nunca en la historia se ha ensayado una ordenación política que no tuviera excesos. Asumir que el paradigma de DH es incuestionable por cuanto se funda en valores que se justifican a sí mismos da lugar a una dogmática peligrosa en la búsqueda de la verdad y en la realización de un proyecto político democrático. Con más razón si se tiene que es un discurso transversal (todo lo atraviesa, todo lo inunda) y, en una época que ha adoptado la trágica consigna “todo es político”, es omnipresente.

Las posturas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) acerca de las investigaciones históricas revisionistas,¹³ por poner un ejemplo, me parecen la más importante prueba de que incluso este discurso merece escrutinio teórico, no sólo con la finalidad de mejorarlo o corregirlo (esto es tarea de la comunicación jurídica y en especial de la interpretación judicial), sino de prevenir que se desarrolle fuera de su propio cauce. Dichas resoluciones son injustas al sentido común. Prohibir que se cuestionara al TEDH (al menos desde el mundo de la filosofía política) sería nada más que abolir el derecho a la duda, a la afiliación política y la búsqueda de la verdad (subjetiva y objetiva).

En primer lugar, es preciso llenar de contenido a los derechos humanos con suma precaución y responsabilidad. A propósito, Cossío es muy claro:

[...] la mejor manera de hacerle perder sentido a la juridicidad de los derechos humanos, a las posibilidades de control de las autoridades públicas y a las de ordenación de otra forma de las relaciones sociales es sobresimplificando el discurso de los derechos humanos, pensando que se puede utilizar para todo. Dejar que esto suceda nos puede llevar, en el mediano plazo, a una pérdida de sentido del propio discurso, causada por la incapacidad de quienes trabajamos en el mundo del derecho para transformarlo en categorías jurídicas que tengan una aplicación cotidiana por parte de los órganos del Estado.¹⁴

Por otro lado, es necesario aceptar que existe la posibilidad de que el discurso de DH se utilice como un mecanismo de poder excesivo. Esto es, la teoría no debe servir religiosamente a la aplicación de una verdad preestablecida, sino que debe perseguir a la verdad misma y dudar de ella mientras tenga oportunidad; de otro modo, no tendría sentido su existencia.

13 Una aproximación al tema en Yéssica Esquivel Alonso, “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35 (diciembre de 2016), <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10491/13700>.

14 Cossío Díaz, *Derechos humanos. Apuntes y reflexiones*.

Fuentes

- Bodenheimer, Edgar. *Teoría del derecho*. Traducido por Vicente Herrero. 2a ed. Colección Popular 60. México: FCE, 1994.
- Caballero, José Antonio. “La reforma judicial de 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?” Revista digital. Nexos, el 5 de octubre de 2021. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-reforma-judicial-de-2021-hacia-donde-va-la-justicia/>.
- Cossío Díaz, José Ramón. *Derechos humanos. Apuntes y reflexiones*. Opúsculos. México: Colegio Nacional, 2017.
- Esquivel Alonso, Yéssica. “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35 (diciembre de 2016). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10491/13700>.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 39a ed. México: Editorial Porrúa, 1988.
- González Ruiz, Samuel A. *Código semiótico y teorías del derecho*. Doctrina Jurídica Contemporánea 21. México, D.F.: Fundación Cultural Enrique Luño Peña; Distribuciones Fontamara, 2004.
- Hoffmann Elizalde, Roberto. *Sociología del derecho*. México: UNAM, 1989.
- Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho: El método y los conceptos fundamentales*. Traducido por Luis Legaz Lacambra. México: Colofón, 2019.
- — —. *Teoría general del derecho y del Estado*. Traducido por Eduardo García Máynez. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. 20a ed. Sepan cuantos 191. México: Editorial Porrúa, 2018.

