



Facultad
de Derecho

In Jure Anáhuac Mayab

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Anáhuac Mayab

ISSN: 2007-6045



Red de Universidades
Anáhuac

MÉXICO AÑO 3 PRIMERA ÉPOCA NÚMERO 5 OTOÑO - INVIERNO 2014

UNIVERSIDAD ANÁHUAC MAYAB

P. Rafael Pardo Hervás, L. C.

RECTOR

Dr. Narciso Acuña González

VICERRECTOR ACADÉMICO

DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FACULTAD DE DERECHO

Mtro. Absalón Álvarez Escalante

DIRECTOR

Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo

COORDINADORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE DOCTORADO

CONSEJO EDITORIAL
REVISTA IN JURE ANÁHUAC MAYAB

Héctor José Victoria Maldonado
PRESIDENTE HONORARIO DEL CONSEJO EDITORIAL

Absalón Álvarez Escalante
PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

María Guadalupe Sánchez Trujillo
DIRECTORA GENERAL

CONSEJEROS EDITORIALES

Andrés Botero Bernal
Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.

José Antonio Caballero Juárez
*División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas
A.C., México.*

Ramiro Contreras Acevedo
*Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de
Guadalajara, México.*

Eduardo A. Fabián Caparrós
Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

Dora García Fernández
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac México Norte.

Jorge Alberto González Galván

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

María del Pilar Hernández Martínez

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

María Carmen Macías Vázquez

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

José Antonio Núñez Ochoa

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Posgrado, Universidad Anáhuac Norte, México.

Francisco José Paoli Bolio

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Ruperto Patiño Manffer

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Luciano Carlos Rezzoagli

Instituto de Investigación Estado, Territorio y Economía, Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

María Guadalupe Sánchez Trujillo

Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac Mayab, México.

Enrique Uribe Arzate

Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.

COMITÉ EDITORIAL

Raúl Andrade Osorio, *Poder Judicial de la Federación, México.*

María Cristina Burgos Montes de Oca, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Iliana Galilea Cariño Cepeda, *Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ de la Universidad Iberoamericana Puebla, México.*

Mónica Patricia Castillo Salazar, *Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, Ecuador.*

Erika Joullieth Castro Buitrago, *Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.*

Gerardo Centeno Canto, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México*

Julia Amanda Díaz Aguilar, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Genny Alejandra Falcón Gual, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Carla Angélica Gómez MacFarland, *Dirección de Análisis Legislativos, Instituto Belisario Domínguez, Cámara de Senadores, México.*

Luz María Guzmán Lozano, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Luis Alfonso Méndez Corcuera, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

Joaquín Ordóñez Sedeño, *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.*

Armando Peraza Guzmán, *Universidad Pedagógica Nacional, México.*

Dalia Isela Piña Alberto, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Julia Ruiz Buzo, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

Jorge Rivero Evia, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

Rebeca Rodríguez Minor, *Escuela de Negocios de la Universidad Anáhuac Cancún, México.*

Luis Federico Vázquez Elizondo, *Universidad Autónoma de Nuevo León, México.*

In Jure Anáhuac Mayab, Año 3, Núm. 5, Agosto – Diciembre de 2014, es una Publicación semestral editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, Tel. (999) 942-4800 ext. 535, 01-800-012-0150, <http://www.anahuacmayab.mx>. Editor responsable: Universidad Anáhuac Mayab. Reserva de derechos al uso exclusivo No. 04-2013-011817063200-102 otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: 2007-6045. Responsable de la última actualización de este Número, Servicios de Tecnología de la Universidad Anáhuac Mayab, Ing. David Arjona Espinosa, Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, fecha de última modificación, 16 de Enero 2015.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Anáhuac Mayab.



IN JURE ANÁHUAC MAYAB
Revista de la Facultad de Derecho
Universidad Anáhuac Mayab

Estudios Jurídicos: Trabajos académicos inéditos, prácticos o dogmáticos, en formato de artículo, monografía, ensayo.

Crónica Jurídica Anáhuac: Comentarios legislativos, sentencias, resoluciones administrativas, jurisprudencia, tesis aislada, reseña académico-jurídica.

Recensiones: Comentarios académicos o apuntes a libros jurídicos.

Colloquium: Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, preferentemente relacionados con los temas de sus proyectos de investigación.

Normas para la presentación de colaboraciones:

El documento deberá estar en Word, en letra Arial tamaño 11, con espaciado interlineal de 1.5 cm y 2.5 cm de margen en los 4 lados, sin sangría.

Título del trabajo (en mayúsculas a 14 puntos en negritas y centrado), nombre(s) del autor(es), después del título a 10 puntos alineado(s) al margen derecho) con nota al pie de página que muestre la filiación institucional (datos académicos y profesionales y trayectoria académica), dirección electrónica y número de teléfono.

Subtítulos a 12 puntos en negritas y alineados a la izquierda.

Notas a pie de página a 9 puntos, numeradas en forma ascendente, a espacio sencillo y justificadas (apellidos del autor, nombre, título en cursivas (sólo se usará mayúscula inicial y en los nombres propios), número de edición (la primera no debe indicarse), traductor, lugar de la edición (ciudad), editorial, año, colección, volumen o tomo, páginas).

No espacios especiales anteriores o posteriores entre párrafos. Deberá usar mayúsculas y minúsculas.

Resumen y *abstract*: máximo de 200 palabras, en las cuales se muestran, de forma muy breve, los argumentos principales y las tesis desarrolladas, las críticas y los aportes más relevantes. Idioma: Español e Inglés.

Palabras claves: 5 palabras máximo que permitan identificar de forma clara el tema del artículo. Idiomas: Español e Inglés.

La estructura del trabajo deberá dividirse en: Introducción, Desarrollo del tema, metodología, resultados y conclusiones, referencias bibliográficas.

Las figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados). 9

Extensión máxima de 30 cuartillas si es un ensayo, artículo o monografía; para estudios legislativos o jurisprudenciales, la extensión máxima será de 15 cuartillas y 5 cuartillas para revisiones. Tratándose de Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, la extensión máxima será de 20 cuartillas.

Todos los trabajos serán sometidos a dictamen doble ciego. Deberá enviar sus colaboraciones a la dirección: maria.sanchezt@anahuac.mx

ÍNDICE

Presentación. Absalón Álvarez Escalante Pág. 13

Estudios Jurídicos

El positivismo como modelo epistemológico del juez mexicano **Pág. 16**

Luis Alfonso Méndez Corcuera

¿La lectura literaria forma buenos jueces? Análisis crítico de la obra “Justicia Poética”

Pág. 34

Andrés Botero Bernal

El arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias en México. **Pág. 92**

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz

Antonio Fuente del Campo

El neuromanagement judicial aplicado a la organización y gestión de una justicia eficiente en Argentina. **Pág. 115**

Juan Carlos Nuñez

El control difuso de constitucionalidad en México, sus retos y alcances. **Pág. 136**

Enrique Uribe Arzate

José Roberto Gutiérrez Silva

Finalismo en el acto administrativo mexicano. **Pág. 155**

Gerardo Centeno Canto

PRESENTACIÓN

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE*

Director de la Facultad de Derecho

Compartir con ustedes, amables lectores, las colaboraciones de quienes participan en esta quinta edición de la Revista Jurídica In Jure Anáhuac Mayab, es una gran satisfacción y nos llena de orgullo, habida cuenta de que además del gran valor de los trabajos de investigadores destacados como lo son los Doctores Andrés Botero, Alma Ríos Ruiz, Antonio Fuente del Campo, Enrique Uribe Arzate y Gerardo Centeno Canto, así como de los Maestros Juan Carlos Nuñez y José Roberto Gutierrez Silva, en este número aparece la colaboración de un sobresaliente egresado de nuestro programa doctoral, recién graduado con los máximos honores y a quien extendemos la más sincera felicitación. Enhorabuena, Doctor en Derecho, Luis Alfonso Méndez Corcuera.

En efecto, el Dr. Corcuera nos comparte su análisis sobre “El Positivismo como modelo Epistemológico del Juez Mexicano” afirmando su existencia como único modelo. El Dr. Botero- Bernal, se plantea el cuestionamiento siguiente: “¿La Lectura Literaria forma buenos jueces?, apartándose de las conclusiones de la filosofía estadounidense, pero siguiendo la línea de defensa de la literatura en el mundo jurídico. Con la contribución del Doctor en Medicina Antonio Fuente del Campo, la Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruiz, analiza el papel del Arbitraje Médico en México y la gestión de la CONAMED (Comisión Nacional de Arbitraje Médico) para resolver los conflictos derivados de la praxis médica. El Mtro. Juan Carlos Nuñez nos comunica un innovador trabajo sobre lo que denomina “Neuromanagement Judicial” que sugiere sea aplicado a la Organización y Gestión de una Justicia eficiente en Argentina. Sin duda, una aportación vanguardista para el mundo judicial. El Dr. Uribe Arzate, en colaboración con el Mtro. Gutiérrez Silva, disertan sobre un tema complejo como lo es “El Control Difuso de la Constitucionalidad en México”, y el papel protagónico de quienes realizan función jurisdiccional, en el campo de la Defensa Constitucional. Finalmente, podrán encontrar en esta edición, la reflexión profunda del Dr. Gerardo Centeno Canto en su trabajo que centra en la revisión del finalismo que, según afirma, “debe ser reivindicado como integrante de todo acto administrativo...”

* Maestro en Derecho Corporativo y Candidato a Doctor en Derecho, absalon.alvarez@anahuac.mx

En este número, damos la bienvenida a las señoras doctoras Dora García Fernández del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac México Norte y María Carmen Macías Vázquez del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, como integrantes del Consejo Editorial, ambas destacadas juristas de quienes valoramos el esfuerzo y apoyo que nos brindan. También vaya nuestro agradecimiento a las maestras y maestro: Mónica Patricia Castillo Salazar de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, Carla Angélica Gómez MacFarland de la Dirección de Análisis Legislativos del Instituto Belisario Domínguez de la Cámara de Senadores al Congreso de la Unión, Julia Ruiz Buzo de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab y Luis Federico Vázquez Elizondo profesor de la Universidad Autónoma de Nuevo León; así como al doctor Luis Alfonso Méndez Corcuera del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, todos ellos nuevos integrantes del Comité Editorial.

No quiero dejar de expresar igualmente un franco reconocimiento a todos los estudiosos del derecho, que con su consulta a la revista electrónica In Jure Anáhuac Mayab, la han consolidado, en apenas dos años de existencia, en una fuente seria de referencia para sus investigaciones, al acumular, al día de elaboración de esta introducción, 1875 accesos. Muchas gracias y esperamos seguir cada día fortaleciendo esta obra jurídica periódica.

Estudios Jurídicos

EL POSITIVISMO COMO MODELO EPISTEMOLÓGICO DEL JUEZ MEXICANO.

POSITIVISM AS MODEL EPISTEMOLOGICAL OF THE MEXICAN JUDGE

Luis Alfonso MÉNDEZ CORCUERA *

RESUMEN. Comúnmente se concibe al juez mexicano con base en tres teorías como son el garantismo de Ferrajoli, el positivismo de H.L. Hart y bajo el análisis económico del derecho, por lo que usualmente se piensa que no existe un único modelo epistemológico; sin embargo a pesar de los tres planteamientos, sí existe un modelo epistemológico que es el positivista, por cuanto las tres corrientes aunque con diferencias pertenecen al positivismo.

Palabras clave: Juez. Positivismo. Garantismo. Análisis Económico del Derecho.

ABSTRACT. The Mexican judge is commonly conceived under the following theories: Ferrajoli's protection of civil liberties, H.L. Hart's positivism and the economic analysis of the law; therefore, it is usually thought that there is no single epistemological model. However, we conclude that there is an epistemological positivist model, since these three approaches fall within the concept of positivism.

Keywords: Judge. Positivism. Protection of Civil Liberties. Economic Analysis of the Law.

Introducción.

La figura del juez ha evolucionado a lo largo de la historia de acuerdo al tipo de Estado al que ha pertenecido, conllevando a que en tiempos actuales su proceder resulte sumamente complejo. Antes del siglo XIX, en los Estados absolutistas, el juez actuaba en nombre del Rey (designación divina), quien los designaba, por lo que era innecesaria la motivación o justificación del juzgador. Posterior a la Revolución Francesa e Inglesa, así como la independencia Norteamericana, surge el llamado Estado de Derecho, en donde nacen los sistemas parlamentarios que limitaron a los jueces a meros aplicadores de la

* Secretario de estudio y cuenta del Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán, Maestro en Derecho Empresarial y Doctor en Derecho, mendezcorcuera@yahoo.com.mx

Ley “boca de la Ley”. En el Estado Constitucional de Derecho que tiene su origen en la Constitución Austriaca de 1920 y el primer Tribunal Constitucional, se concluyó que la literalidad de la Ley no podía resolver todos los casos, de manera que el juez, además de interpretar gramaticalmente, debía hacerlo de modo sistemática, para resolver problemas de jerarquía normativa, lagunas y antinomias, bajo los postulados kelsenianos de la pirámide normativa. Finalmente, después de los Juicios de Núremberg de 1945, aparece el Estado Social de Derecho, en donde entró en crisis el sistema de interpretación gramatical y sistemática vigentes, ya que con base en dicho sistema se habrían llevado a cabo los crímenes de guerra en cumplimiento de normas válidas de un país, por lo que se optó por agregar un sistema de interpretación funcional, bajo el cual la ley se interpretaría de acuerdo a sus fines, contexto histórico en que se dio, intención del legislador, por sus consecuencias, entre otros, de modo que la legitimación de los jueces dependería de su argumentación al resolver los juicios.¹ Todos estos sistemas de interpretación de la ley hacen que puedan haber múltiples soluciones para un mismo caso, la cual es elegida por el juzgador en consonancia con la formación que ha tenido.

El presente artículo tiene como objetivo denotar al Positivismo como el modelo epistemológico del Juez Mexicano. Para abordar dicho tema, se analizan algunas teorías que proponen prototipos de lo que es ser juez,² para ello en el primer apartado se examina la propuesta positivista de H.L. Hart. Posteriormente, en la segunda parte se explica la visión garantista de Ferrajoli. Como tercer punto se estudia el planteamiento del análisis económico del derecho. Finalmente, se muestra al Positivismo como modelo epistemológico del Juez Mexicano.

1. El Juez Positivista de H.L. Hart.

De entrada, debe mencionarse que el positivismo jurídico ha sido abordado por diferentes autores, por lo que para fines de este trabajo, se analiza lo que es ser Juez Positivista, bajo la formulación de H.L. Hart, la cual es una de las concepciones más influyentes de la actualidad.³

¹ Nieto Santiago, Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, México, UNAM, 2003, pp.6 - 12.

² Resulta oportuno mencionar que solamente se analizarán tres modelos de juez, aunque existen otros como podría ser el Juez Hércules de Dworkin.

³ Gutiérrez Chávez, Jorge E., “Norberto Bobbio y el Positivismo Jurídico”, en *Crítica Jurídica, revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Puebla, México, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas UAP, año V, núm. 8, 1988, p. 59.

La teoría del derecho de Hart, se basa en entender al sistema jurídico como un complejo de reglas, que conlleva a sostener que cuando una persona tiene una obligación jurídica, es que existe una regla que prevé la obligación y que la persona se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla.⁴

Para ello, distingue entre dos tipos de reglas: primarias y secundarias. Señala que las del primer tipo imponen deberes positivos (acciones) o negativos (omisiones) a los individuos; en cambio las del segundo tipo confieren potestades a los particulares o a las autoridades para crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas de tipo primario. Refiere que las del primer tipo son acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo paradigma prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones, por lo que llama a estas últimas reglas del cambio, pues otorgan facultades a los particulares y a los legisladores para crear normas primarias.⁵

A su vez menciona que las normas sobre el ejercicio de la función judicial constituyen un segundo modelo de reglas secundarias, denominadas de adjudicación, las cuales facultan a determinados individuos para juzgar, con carácter de autoridad, sobre si una regla primaria ha sido o no transgredida, asimismo establecen el procedimiento a seguir en la tarea de juzgar los casos de transgresión de las reglas, además de que definen conceptos jurídicos como el de juez y tribunal, jurisdicción y sentencia. Un tercer tipo de las secundarias es la regla del reconocimiento que es la que otorga los criterios de validez de la Constitución y las normas subordinadas a ésta, pues es la que precisa “lo que la Constitución dice es derecho”, además de que identifica a las normas que son reconocidas como pertenecientes a dicho sistema.⁶

Ahora bien, este sistema de reglas implica que cuando el juzgador realiza su función pueden darse dos situaciones: que se encuentre ante un caso fácil o uno difícil.

El primero es que cuando el caso de que se trate se ajusta dentro del núcleo de significado dispuesto en la regla a aplicar, y el segundo es, cuando resulta dudoso si el concepto previsto en la regla comprende o no el caso que se presenta. En los casos fáciles, Hart señala que se trata de aquellos casos familiares respecto de los cuales existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos contenidos en la regla en que se

⁴ Rodríguez, César, *La Decisión Judicial. El Debate de Hart Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997, p. 25.

⁵ *Ibidem*, pp. 25 y 26

⁶ Rodríguez, César, *op. cit.* Nota 5, pp. 26 y 27.

subsumen, por lo que en ellos no hay discrecionalidad judicial, y por ende el Juez debe limitarse a aplicar la regla.⁷

Por el contrario, en los casos difíciles, Hart plantea el tema de la discrecionalidad judicial. En estos asuntos, al no existir una regla apropiada, o la que se tiene es vaga, o no es claro cuál se va aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto. Esto se debe a que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles. Así, cuando se encuentra ante un caso difícil, el ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión podría considerarse arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección, la cual debe ser compatible con las reglas del sistema.⁸

A decir de Hart no lo debe hacer arbitrariamente, sino que debe tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores. Si satisface estas condiciones, está autorizado a seguir parámetros o razones de decisión que no están dictados por el Derecho, aunque siempre buscando su compatibilidad con las reglas del sistema, situación que puede llevar a más de una solución.⁹

Este reconocimiento de lo incompleto o indeterminado del ordenamiento, y la consiguiente aprobación de la discrecionalidad judicial, supuso el abandono expreso de las dos tesis del Positivismo Jurídico Clásico relativas a: la plenitud del ordenamiento y la concepción mecánico-subsuntiva de la función jurisdiccional. Aunque la discrecionalidad judicial propuesta por Hart, resulta ser en cierta forma “débil”, pues si bien el Juez crea Derecho al resolver un “caso difícil”, pero su discrecionalidad no es irrestricta, sino acotada por límites jurídicos, límites más estrictos que los que operan sobre el poder legislativo a la hora de crear Derecho nuevo.¹⁰

2. El Juez Garantista de Ferrajoli.

La teoría de Ferrajoli se basa en el concepto de “garantía”, entendida como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo, la cual es puesta en práctica por los

⁷ Pérez Jaraba, María Dolores, “Principios y Reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart”. en *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, España, Universidad de Jaén, Segunda Época, nº 10, 2010, p.11.

⁸ *Ibidem*, p.12.

⁹ Pérez Jaraba, María Dolores, *op. cit.* Nota 8, p.22.

¹⁰ Contreras, Francisco J. “El debate sobre la superación del positivismo jurídico”, en *Crónica Jurídica Hispalense*, Sevilla, Universidad de Sevilla, nº5, 2007, p. 481, consultado el 19 de diciembre de 2013, en personal.us.es/contrera/positivismo.doc

órganos judiciales, guardianes en última instancia de los derechos fundamentales y de todo el marco diseñado por la Constitución.

Para él es indebida la antigua tesis de que la fuente de legitimidad de los poderes públicos reside en el consenso popular, dado que esto sirve para apoyar las más desastrosas regresiones totalitarias. Si bien el conceso es la principal fuente de legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno; sin embargo no es la fuente de todas las decisiones legislativas y gubernativas, pues ningún consenso mayoritario, ni siquiera por unanimidad, puede legitimar en la democracia constitucional, decisiones contrarias a la Constitución.¹¹

Esto último, es lo que él llama “esfera de lo indecible”, que comprende la lesión o restricción de los derechos de libertad, sobre los que ninguna mayoría puede legítimamente decidir, y de lo “indecible que no”, esto es la satisfacción de los derechos sociales sobre los que ninguna mayoría puede dejar de decidir. Solamente lo que queda fuera de este rubro es la “esfera de lo decidable”, o sea de las decisiones legítimas, a través de la representación política, del consenso popular.¹²

Señala que lo anterior se debe a que el fundamento axiológico de tales derechos no se cimienta en el consenso mayoritario, que es una condición de su efectividad pero no de su legitimidad. Su legitimidad, a diferencia de la legislación ordinaria, es por tanto pre-política. Reside en el hecho no ya de ser queridos por todos, sino de garantizar a todos: reside, en una palabra, en la igualdad, como cláusula del pacto social de convivencia.¹³

Ferrajoli considera que para actuar y defender la esfera de lo indecible se instituyen las funciones de garantía, en las que se incluye la función judicial, que es una función de garantía secundaria, así como la función administrativa de garantía primaria de los derechos de libertad y de los derechos sociales igualmente vinculada a la ley.¹⁴

Nos menciona que esto se debe a que las funciones de gobierno entre las que se incluyen las legislativas, gubernativas y las auxiliares de tipo administrativo, diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad de los resultados obtenidos desde el punto de vista de los intereses generales y cuyas fuentes de legitimidad son por ello la representación política y el consenso. Por el contrario, las funciones de garantía corresponden al espacio de la jurisdicción y de la administración

¹¹ Ferrajoli, Luigi, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, en *Reforma judicial, Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, enero- diciembre de 2010, número 15-16, p. 3

¹² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* Nota 12, p. 4.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibidem*, p. 5.

sometida a la ley, cuyos criterios de valoración y cuyas fuentes de legitimidad son la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos legales de su ejercicio.¹⁵

De ahí que él razonara que las funciones de garantía, y en particular de las funciones jurisdiccionales, en oposición a las de la representación y el consenso sobre las que se basa la legitimidad democrática de las funciones políticas de gobierno, tenga fundamentos específicos y distintos, los cuales son justificados por: a) la naturaleza tendencialmente cognitiva de los presupuestos de la jurisdicción; b) la garantía de los derechos de los ciudadanos, primeros entre todos los derechos fundamentales, y por tanto el papel de contra-poder desarrollado por el Poder Judicial respecto a los poderes políticos de la mayoría.¹⁶

En cuanto a la garantía de los derechos de los ciudadanos, nos comenta que su existencia se debe a que para el individuo el hecho de que el poder sea ejercido por una mayoría no representa, de por sí, ninguna garantía, lo que hace necesario la intervención del Poder Judicial.

De ahí que refiera, que el fundamento de la independencia de las funciones y de las instituciones de garantía que se identifica, en gran parte, con su papel de tutela de los derechos fundamentales. Justamente porque tales derechos son universales, virtualmente contra las mayorías y los poderes de mayoría, también las funciones y las instituciones encargadas de su defensa deben ser, virtualmente, contra-mayoritarias. No se puede condenar o absolver a un ciudadano, prestarle o no prestarle asistencia sanitaria, o proveer o dejar de proveer para su subsistencia porque responda o no responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente, o la absolución de un culpable, o la privación o afectación de un derecho de libertad, o la falta de satisfacción de un derecho social. Si se quiere que estén en posibilidad de garantizar los derechos de los individuos, las funciones de garantía, comenzando por la judicial, no pueden ser expresión, ni mucho menos depender del poder de la mayoría, sino que deben estar sujetas únicamente a la ley.¹⁷

Bajo esta perspectiva, considera que la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales, están conectados entre ellos bajo un doble aspecto. Las garantías al ser límites y vínculos de los poderes políticos y de las funciones de gobierno, entonces las funciones y las instituciones de garantía a las que están confiadas deben estar separadas y ser independientes de las funciones políticas y de gobierno, pues

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *loc. cit.* Nota 12, p. 5.

¹⁷ *Ibidem*, p. 9.

precisamente las garantías tienen la tarea de limitarlas y vincularlas. A su vez si los derechos fundamentales son derechos de todos y de cada uno, contra los poderes de la mayoría, entonces su garantía no puede no dejarse en manos de contra-poderes, que estén separados y sean independientes de los poderes de mayoría. Por otro lado, a diferencia de las actividades legislativas y administrativas de gobierno, la función jurisdiccional no interviene nunca en casos generales en función de intereses generales, sino solamente sobre casos particulares e individuales prefigurados por la ley. El interés general se satisface preventivamente por la función legislativa, a la que se confía la definición en abstracto de los presupuestos de las decisiones judiciales, o bien por la función administrativa de gobierno, igualmente encargada de proteger los intereses de todos, que se caracterizan en consecuencia todas sus actividades, directa o indirectamente informadas por la voluntad de la mayoría y por la valoración que haga de los intereses generales. Por el contrario, las funciones judiciales no persiguen un interés pre-judicial, sino solamente la verificación de la verdad, o la imparcial mediación en un conflicto o la verificación de determinados requisitos o presupuestos normativos. También por razones funcionales, por tanto, mientras las funciones de gobierno son discrecionales o están sometidas a directivas superiores, las de garantía, comenzando por la jurisdicción, carecen de guías o condicionamientos políticos ya que están vinculadas solamente a la ley, porque su ejercicio tiene por objeto el control sobre las ilegalidades cometidas por sujetos de poder: sobre las leyes y sobre las demás decisiones inválidas producidas por el Poder Legislativo y por el Poder Ejecutivo; sobre los actos ilícitos cometidos por los titulares de cualquier poder, tanto público como privado. De ahí que ese papel correría el riesgo de ser obstaculizado si existiera una relación de dependencia directa o indirecta de los jueces respecto a quien está investido de funciones de gobierno. Por esto el Poder Judicial se configura como un contra poder, encargado del control del ejercicio ilegal de los demás poderes, que interviene no sobre los espacios legítimos de sus esferas, sino solamente sobre los ilegítimos que se manifiestan en actos ilegales, ya sea porque son inválidos o ilícitos.¹⁸

Por otro lado, Ferrajoli consideraba que la verdad alcanzable en un procedimiento jurisdiccional, la sujeción solamente a la ley, el papel de las garantías fundamentales, son relativos e imperfectos, pues se tratan de convenciones normativas y principios. De ahí que estén justificadas las dudas y las críticas respecto de su grado de efectividad, lo cual

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *loc. cit.* Nota 12, pp. 10 y 11.

es válido para un poder cuya fuente de legitimidad es convencional y normativa, de lo que se derivan dos consecuencias:¹⁹

- a) La relación entre la jurisdicción y la legislación, por tanto entre jueces y política. Cuanto más alto es el grado de efectividad de las garantías sustanciales y procesales, más rígida es la separación entre la jurisdicción y la política. Por el contrario, cuanto mayor es la indeterminación, la imprecisión, excesivo o confuso de la ley, tanto mayor es la discrecionalidad de los jueces, y menor será su sujeción a la ley y mayor la invasión del Poder Judicial en las funciones de los demás poderes.
- b) El grado de legitimidad de la jurisdicción y de su independencia depende del grado de efectividad en el ejercicio de las garantías, lo que significa un adecuado funcionamiento vale para acreditar su independencia ante los ojos de los ciudadanos.

Conviene señalar que el papel de los jueces, defendido por Ferrajoli, ha sido criticado con frecuencia por quienes ven en ello no un soporte que asegura el mantenimiento y la fortaleza del régimen democrático y constitucional, sino una de sus más claras amenazas, pues son muy conocidas las reclamaciones contra la “judicialización” de la vida pública y contra el excesivo protagonismo de los jueces, cuyas decisiones, a veces, inciden de manera perturbadora en las distintas realidades estatales. Aunado a que se considera que la concepción de Ferrajoli podría representar un indiscriminado aval legitimador de cualquier tipo de intervenciones de esa procedencia.²⁰

3. El Juez con base en la concepción del “análisis económico del derecho”.

La convergencia entre el derecho y la economía ha llevado a la existencia de la teoría del “análisis económico del derecho”, que busca predecir las conductas de seres humanos, partiendo de la idea de que las personas actúan con base en incentivos, y que en consecuencia buscan los que les favorecen y evitan lo que les perjudica. En otras palabras tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. Por lo anterior es posible

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *loc. cit.* Nota 12, pp. 12 y 13.

²⁰ Carbonell, Miguel, “Presentación”, en Luigi Ferrajoli, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, trad. Miguel Carbonell, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, pp.14-16, consultado el 13 de diciembre de 2013, en http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/mas_colecciones/conferencias_magistrales/Ferrajoli.pdf

encontrar fórmulas que permiten predecir (al menos presumir) cómo los individuos actuarán ante tales incentivos.²¹

Lo que nos interesa de esta Teoría es su concepción de la figura del juzgador, dado que considera que es el aplicador e intérprete por excelencia del derecho, pues convierte la ley en realidad. Por lo tanto, la responsabilidad de los juzgadores en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante, pues son tan responsables de la economía de un país como el Secretario de Economía. Esto se debe a que Reglas claras y adecuadas facilitan la convivencia e incentivan conductas deseables para la sociedad en su conjunto, generan confianza, y a su vez, esta confianza genera riqueza. Por ello los jueces al darle vida a estas reglas se convierten en una suerte de creadores de bienestar y por ello en sus decisiones no sólo deben examinar la justicia del caso concreto, sino el bienestar (o malestar) social que forjan.²²

En consecuencia deben emplear la Ley respetando su espíritu y entender que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo. Es la aplicación lo que convierte a la ley, de ser un conjunto de palabras, a ser una realidad viviente.

Lo anterior no implica que se deje de ser justo en un caso particular. Posiblemente, si luego de ver más allá del expediente se llega a la conclusión que debe primar la justicia del caso particular, es posible hacerlo. Pero tiene que visualizar cuanto puede costar ser justos o, cuanta injusticia puede ocultarse detrás de un aparente acto de justicia.

Ello implica una concepción sistémica de la justicia, no una visión de caso por caso. La justicia no es solamente un problema de la relación entre dos partes, sino que es la consecuencia de una visión de la sociedad como un sistema donde una injusticia afecta a muchos (y no únicamente a quienes han sufrido la injusticia de manera particular) y por tanto un acto de justicia también afecta a muchos, incluso de manera injusta o inadecuada. Una visión sistémica (de sistema) nos ayuda a ser más consciente de todos los efectos de justicia (o injusticia) de las decisiones judiciales.²³

Un caso hipotético que se utiliza en esta teoría, es el “Williams v. Walter-Thomas Furniture Co.”, el cual tiene su origen en una empresa que se dedicaba a vender muebles y electrodomésticos a población de bajos ingresos, para ello ofrecía precios muy bajos, plazos largos para pagar y tasas de interés razonables. No exigía garantías, pues era

²¹ Bullard González, Alfredo, *Derecho y Economía. Análisis Económico de las Instituciones Legales*, 2 ed., Lima, Palestra Editores, 2006, p. 41.

²² *Ibidem*, p.52.

²³ Bullard González, Alfredo, *op. cit.* Nota 22, p. 65.

evidente que la gente pobre no tenía muchos bienes que ofrecer para el pago. Los contratos tenían sin embargo una cláusula especial consistente en un pacto de reserva de dominio, de manera tal que si el consumidor no terminaba de pagar el crédito, la tienda podía recuperar el bien de forma casi inmediata. Pero además especificaba que si el consumidor compraba un nuevo bien antes de finiquitar el anterior, se le recalculaba el crédito y quedaba incluido dentro de la reserva de propiedad los bienes adquiridos anteriormente y que aún no había terminado de pagar.

En este asunto una señora había comprado en este local comercial, a lo largo de los años, muebles y electrodomésticos para toda su casa. Como siempre había renovado el crédito, todo su menaje de casa estaba sujeto al pacto de reserva de propiedad. Posteriormente, la señora enviudó y no pudo terminar de pagar el crédito. La empresa retiró todos los muebles en ejecución del pacto de reserva de propiedad. La viuda demandó la invalidez de la cláusula por considerar que era leonina, pues se le estaban quitando bienes que ya había terminado de pagar. Las Cortes le dieron la razón y la empresa tuvo que devolver todos los bienes.²⁴

Este resultado, en apariencia justo, tuvo sin embargo resultados inesperados en el mercado. Varios años después un conjunto de economistas estudiaron el efecto de la decisión, la cual conllevó a la desaparición de la tienda, al igual que otras tiendas similares que ofrecían condiciones idénticas, dando como resultado que los pobres tuvieran menos opciones a acceder a productos baratos con créditos blandos.

La extinción de las empresas dedicadas a ese negocio se debió a que vendían a consumidores de alto riesgo de incumplimiento, lo que se traduce en mayores costos, por lo que las opciones que la compañía tiene no son muchas, si sube los precios para cubrir este costo adicional, los pobres no podrán acceder a pagarlos; si eleva el interés pasará algo parecido; si pide garantías los pobres no tendrán cómo ofrecerlas. De esta manera, la cláusula extensiva de reserva de propiedad generaba sobre sus deudores una presión muy fuerte para cumplir que reducía la cantidad de incumplimientos y al hacerlo reducía los costos para la empresa, lo que le permitía mantener precios bajos y créditos blandos. Si a ello le sumamos que los bienes usados tienen precios muy bajos, el solamente rematar el bien objeto de cada crédito era insuficiente para recuperar la deuda.²⁵

Por lo anterior, al declararse ilegal la cláusula se incentivó a las empresas dedicadas a este negocio a dedicarse a atender segmentos más acaudalados de la población o

²⁴ *Ibidem*, p. 59.

²⁵ Bullard González, Alfredo, *op. cit.* Nota 22, p. 60.

simplemente a salir del negocio. El resultado final era que los pobres, incluyendo viudas con hijos, estaban peor que antes, a pesar de que un sólo pobre, la viuda con hijos que obtuvo la decisión judicial favorable sí estaba mejor.

De este ejemplo, se aprecia que la equidad del caso concreto no se agota en el expediente. Implica ver los efectos que el caso tiene, en otros distintos a las partes y evaluar qué pasaría si el caso se repitiera. Al hacerlo se evita que en la búsqueda de la justicia se cometan nuevas y quizás más profundas injusticias.

Por todas estas razones, esta teoría propone que el Juez al resolver tome en consideración lo siguiente:

a. Analice el proyecto de fallo no solamente como la solución a un caso concreto, sino como un mensaje a la sociedad. Tiene que extraer el principio en que se basa el caso y que se desprende de una simple lectura de la resolución. Luego pensar que se tratará de una ley que se va a publicar. ¿Se ajusta el principio a los objetivos que se persiguen con él? ¿Cuál será la consecuencia de este principio en la conducta de personas distintas a las partes?

b. Cuando se va a aplicar un principio tuitivo (por ejemplo proteger al deudor, al trabajador, a la viuda, al menor, etc.) debe analizarse cuál es el efecto de la aplicación de dicho principio en la situación futura de otras personas que pertenecen a la misma categoría que se piensa proteger. Por ejemplo, formularse preguntas como: ¿Los acreedores estarán dispuestos a seguir prestando dinero con esa nueva condición? ¿No subirán los precios o las tasas de interés para compensar los efectos del mensaje contenido en el fallo judicial? El trabajador que no tiene empleo: ¿No enfrentaría dificultades para encontrar trabajo con las nuevas reglas que fija el fallo? ¿No será discriminado o verá reducido su salario como consecuencia de los costos que tienen que enfrentar? ¿No tendrán las viudas problemas para encontrar viviendas en alquiler, por el hecho de que un juez las ha protegido contra el desalojo?

c. Si lo que se persigue con el fallo es desincentivar una conducta no deseada, debe preguntarse: ¿Es el sentido del fallo un mecanismo idóneo para lograr tal fin? ¿No se presenta el riesgo que se desincentiven otras actividades que podrían ser totalmente deseables? ¿No generará la decisión del juez, médicos o medicinas más caras o menos transporte público, etc.?

d. Evaluar cuanto contribuye el fallo a generar confianza para operaciones o situaciones futuras. ¿Los inversionistas creerán que el fallo les da confianza porque protege la propiedad privada? ¿Hace el fallo más fácil contratar porque genera confianza

en que la palabra empeñada se cumplirá? ¿Garantiza que los daños causados en una actividad serán indemnizados, favoreciendo así la confianza de la población?²⁶

4. Positivismo como modelo epistemológico del Juez Mexicano.

Como se demostró en los apartados anteriores, cada teoría propone determinados prototipos de la figura del juzgador así como valores que deben salvaguardar, pues bajo la teoría positivista de Hart, el Juez en los casos fáciles se limita a aplicar las reglas, y únicamente en los casos difíciles cuando el supuesto no está reglamentado por la ley, debe ejercer su discrecionalidad y legislar para el caso en lugar de limitarse a aplicar el Derecho establecido preexistente. Por consiguiente, en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes.

Por otro lado, el garantismo opina que la legitimidad del juez recae en su doble papel de jurisdicción: la verificación de la verdad, que requiere el carácter en la búsqueda de lo verdadero a través de las pruebas y la tutela de las libertades. En virtud esta última, debe proteger a las minorías del consenso mayoritario, por cuanto estos derechos son inherentes a todos y por lo tanto son indisponibles y deben de prevalecer ante todo.

En cambio bajo el análisis económico del derecho las sentencias del juzgador tienen repercusiones económicas y sociales, por lo que debe aplicar la ley respetando su espíritu, entendiendo que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo, por lo que si luego de ver más allá del asunto llega a la conclusión que debe primar la justicia del caso particular, es posible hacerlo. Pero tiene que visualizar cuánto puede costar ser justos o, cuanta injusticia puede ocultarse detrás de un aparente acto de justicia.

Bajo cada uno de estas teorías, un juzgador actuaría de diferente manera ante un caso, pues el positivista (Hart) privilegiaría la aplicación de la regla, y únicamente en el supuesto de que no existiera una, la crearía; el garantista protegería ante todo el derecho humano (DDHH), aunque implique inaplicar una norma o ir en contra del beneficio de las mayorías; por el contrario el del análisis económico del derecho vería antes que nada las repercusiones económicas y sociales, aunque ello pudiera traducirse en la vulneración de un DDHH de alguna de las partes en el juicio.

Ello conlleva a que un mismo caso, pudiera tener diferentes soluciones de acuerdo a la teoría bajo la cual actuare el juzgador; por ejemplo, en el supuesto de una violación a un DDHH del inculcado dentro de un procedimiento penal, el positivista analizaría si la

²⁶ Bullard González, Alfredo, *op. cit.* Nota 22, p. 66.

situación está contemplada en la norma y que consecuencia ésta prevé ante su violación, y únicamente ante la falta de regla, crearía una solución; en cambio un garantista restituiría ante todo el DDHH violado, aunque implicará la liberación de un posible criminal o la inaplicación de una regla; por el contrario el del análisis económico del derecho analizaría el mensaje que estaría dando a la sociedad con su resolución, pues en caso de que se esté ante un delincuente famoso o un crimen muy sonado, haría todo lo posible para evitar su liberación, a fin de no dejar un mensaje de impunidad, aun a costa de los DDHH del inculpado.

Ahora bien, analizadas estas corrientes, la pregunta sería, ¿qué tipo de jueces son los mexicanos? Para responder lo anterior debemos recordar que en la vida real no se actualizan al cien por ciento las teorías de las ciencias sociales, por lo que un juez puede presentar signos de varias escuelas, incluso proceder ante un caso con base en una teoría, y en otro bajo una diferente, como sucede por ejemplo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Si observamos, la sentencia de fecha 22 de marzo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad 8/2010, en donde entre otros temas, se estudió la posibilidad de que los Estados de la República pudieran contemplar la revocación de mandato, basada en un estudio positivista la SCJN consideró que cómo la Constitución Federal no prevé esa figura, las Constituciones Locales no pueden preverla, aún y cuando su establecimiento implica una ampliación de los derechos políticos de los ciudadanos.²⁷ Sin embargo, en la sentencia de fecha 29 de mayo de 2014, relativa a la Controversia Constitucional 32/2012, lo hizo bajo una concepción garantista, al cambiar su viejo criterio de que los municipios carecen de interés legítimo para alegar una violación al artículo 2° de la Constitución Federal (materia indígena), estableciéndose en este nuevo caso los parámetros para la legitimación activa a los Municipios-Indígenas, además de lo anterior reconoció la garantía señalada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), para resolver que si bien la Constitución Federal no contempla la necesidad de que los órganos legislativos locales, dentro de sus procesos legislativos, abran periodos de consulta; sin embargo, la citada norma internacional sí establece en favor de los pueblos indígenas tal prerrogativa; por ello, en respeto a su contenido y a lo dispuesto en el artículo 1° de la Carta Magna, determinó que la legislatura local, tiene el deber de prever una fase adicional en el proceso de creación de las leyes para consultar a los representantes de ese sector de la población, cuando se

²⁷ Vid. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "sentencia dictada el 22 de marzo de 2012, en la acción de inconstitucionalidad 8/2010", en *Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán*, número 32203, 28 de septiembre de 2012, suplemento.

trate de medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente.²⁸ En cambio, cuando la Corte estudia casos de índole tributaria, por lo general resuelve bajo una concepción de análisis económico del derecho, como podría ser la acción de inconstitucionalidad 40/2013 y acumulada, sesionada 14, 18, 19, 21, 25 y 26 de agosto de 2014, en donde validó la eliminación de la tasa del 11% del Impuesto al Valor Agregado en zonas fronterizas; la eliminación del régimen de pequeños contribuyentes (REPECO); y el aumento de la tasa del ISR (Impuesto sobre la Renta) para personas físicas y el tope de deducciones, pues privilegió la constitucionalidad del impuesto protegiendo los posibles efectos económicos que pudiere tener para las arcas públicas su inconstitucionalidad, aún a costa de los DDHH de los contribuyentes.²⁹

No obstante la existencia de los modelos antes descritos así como de otros que por cuestión de lo breve del trabajo no se abunda sobre los mismos, los utilizados en México pertenecen al positivismo ya que se privilegia las normas jurídicas existentes. Se dice lo anterior, pues aunque se pudiera pensar que el garantismo no es un modelo positivista; sin embargo, como se indicó con anterioridad, las garantías que aborda Ferrajoli son técnicas normativas de tutela de un derecho subjetivo, la cual es puesta en práctica por los órganos judiciales, guardianes en última instancia de los derechos fundamentales y de todo el marco diseñado por la Constitución; es decir, la garantía debe estar prevista en el derecho positivo. De igual forma, el análisis económico del derecho, es un modelo positivista pues se basa en normas positivas, aunque se busque que el Juez respete su espíritu y entienda que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo.

Ahora bien, pudiera pensarse que se cambió el modelo positivista con el nuevo contexto constitucional derivado de las cuatro sentencias condenatorias al estado mexicano (Caso Rosendo Radilla Pacheco; Caso Fernández Ortega y otros; Caso Rosendo Cantú y otra y caso Cabrera García y Montiel Flores), donde se establece el deber de ejercer el control de convencionalidad *ex officio* por todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles; la reforma constitucional del 10 de junio del año 2011, en materia de DDHH; y la resolución de fecha 14 de julio del año 2011, en la consulta a trámite del expediente varios 912/2010 "Caso Rosendo Radilla Pacheco", donde se reconoció el control de convencionalidad como una modalidad del

²⁸ Vid. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *sentencia dictada el 29 de mayo de 2014*, en la Controversia Constitucional 32/2012, consultado el 12 de noviembre de 2014, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138752>

²⁹ Vid. Sesiones taquigráficas del 14, 18, 19, 21, 25 y 26 de agosto del 2014, consultado el 12 de noviembre de 2014, en https://www.scjn.gob.mx/pleno/paginas/ver_taquigraficas.aspx

control de constitucionalidad que deben ejercer todos los juzgadores; sin embargo no es así, ya que los DDHH que se examinan son de fuente Constitucional e Internacional (tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte); es decir, se amplió el parámetro de constitucionalidad a otras normas positivas como lo son los tratados internacionales, pero no implicó que realmente se cambie el modelo positivista del juez mexicano.

Asimismo, si bien se reconoce que todas las autoridades jurisdiccionales realicen un control de regularidad constitucional, ya sea concentrado o difuso dependiendo de las atribuciones de cada órgano y de la vía en la que se tramite el asunto, para lo cual pueden emplear parámetros de constitucionalidad o de convencionalidad,³⁰ también lo es que para su ejercicio se utilizan normas positivas, como lo son la Constitución y los Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte, inclusive se estableció como regla cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los DDHH, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional,³¹ de ahí que este control que ejercen los jueces sea positivista.

De igual forma, si bien se incorpora el principio *pro homine* o pro persona el cual es aplicable en dos vertientes, a saber, el de preferencia de normas y de preferencia interpretativa, ello implica que el juzgador deberá privilegiar la norma o la interpretación que favorezca en mayor medida la protección de las personas;³² no obstante este principio también resulta positivista pues se tiene que elegir o interpretar normas positivas.

Ni que decir de la interpretación conforme que se basa en un principio de armonización, ya que busca ajustar la norma aplicable a la norma constitucional e internacional,³³ pues se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione sus interpretaciones posibles “conformes” con la Constitución y el marco internacional en materia de DDHH, y se descarten las interpretaciones conflictivas,³⁴ esto significa, que se constituye en un instrumento del derecho positivo que busca mantener la coherencia del sistema vigente.

³⁰ Cfr. Tesis número P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, diciembre 2011, Decima Época, p. 557.

³¹ Vid. Tesis número P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, abril 2014, Decima Época, p. 202.

³² Tesis número VI.3o.A. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, Decima Época, p. 1241.

³³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, en Carbonell Miguel y Salazar Pedro (Coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, Universidad Autónoma de México, 2011, p. 366.

³⁴ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 8, N° 1, 2010, p. 130

De ahí que se sostenga que aún ante el nuevo contexto constitucional, el modelo epistemológico del juzgador mexicano sea el positivista, pues se basa en normas positivas.

Conclusiones

Como conclusiones del presente ensayo, podemos señalar:

1. Con base en la teoría positivista de Hart, el Juez en los casos fáciles se limita a aplicar las reglas, y únicamente en los casos difíciles cuando el supuesto no está reglamentado por la ley, debe ejercer su discrecionalidad y legislar para el caso en lugar de limitarse a aplicar el Derecho establecido preexistente. Por consiguiente, en aquellos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes.

2.- En el garantismo de Ferrajoli, la legitimidad del juez recae en su doble papel de jurisdicción: la verificación de la verdad, que requiere el carácter en la búsqueda de lo verdadero a través de las pruebas y la tutela de las libertades. En virtud esta última, debe proteger a las minorías del consenso mayoritario, por cuanto estos derechos son inherentes a todos y por lo tanto son indisponibles y deben de prevalecer ante todo. No obstante, este modelo es positivista pues la garantía debe estar prevista en el derecho positivo.

3.- Bajo el análisis económico del derecho las sentencias del juzgador tienen repercusiones económicas y sociales, por lo que debe aplicar la ley respetando su espíritu, entendiendo que la justicia del caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo, por lo que si luego de ver más allá del asunto llega a la conclusión que debe primar la justicia del caso particular, es posible hacerlo. Pero tiene que visualizar cuánto puede costar ser justos o, cuanta injusticia puede ocultarse detrás de un aparente acto de justicia. Igualmente, es un modelo positivista, pues se basa en normas positivas, aunque se busque que el Juez persiga ciertos fines.

4.- No obstante la existencia de los modelos antes descritos así como de otros, los utilizados en México pertenecen al positivismo ya que se privilegia las normas jurídicas existentes.

5.- El nuevo contexto constitucional no implicó que realmente se cambie el modelo positivista del juez mexicano, ya que los cambios giran en el positivismo:

a) La ampliación del parámetro de constitucionalidad fue en relación a normas positivas como lo son los tratados internacionales;

b) el ejercicio del control de regularidad constitucional, ya sea concentrado o difuso, se sustenta en la utilización de normas positivas, como lo son la Constitución y los Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte, inclusive se estableció como regla cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los DDHH, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional;

c) el principio *pro homine* o pro persona resulta positivista pues se tiene que elegir o interpretar normas positivas;

d) la interpretación conforme es un instrumento del derecho positivo que busca mantener la coherencia del sistema vigente.

Fuentes De Información

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *Derecho y Economía. Análisis Económico de las Instituciones Legales*, 2 ed., Lima, Palestra Editores, 2006.

CONTRERAS, Francisco J. "El debate sobre la superación del positivismo jurídico", en *Crónica Jurídica Hispalense*, Sevilla, Universidad de Sevilla, nº5, 2007.

GUTIÉRREZ CHÁVEZ, Jorge E., "Norberto Bobbio y el Positivismo Jurídico", en *Crítica Jurídica, revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Puebla, México, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas UAP, año V, núm. 8, 1988.

NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*, México, UNAM, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", en *Reforma judicial, Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, enero- diciembre de 2010, número 15-16.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano", en Carbonell Miguel y Salazar Pedro (Coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma, México*, Universidad Autónoma de México, 2011.

RODRÍGUEZ, César, *La Decisión Judicial. El Debate de Hart Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997.

PÉREZ JARABA, María Dolores, "Principios y Reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart". en *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, España, Universidad de Jaén, Segunda Época, nº 10, 2010

PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “sentencia dictada el 22 de marzo de 2012, en la acción de inconstitucionalidad 8/2010”, en *Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán*, número 32203, 28 de septiembre de 2012, suplemento.

PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, sentencia dictada el 29 de mayo de 2014, en la Controversia Constitucional 32/2012, consultado el 12 de noviembre de 2014, en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138752>

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 8, Nº 1, 2010.

Tesis número P. LXX/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, diciembre 2011, Decima Época, p. 557.

Tesis número P./J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, abril 2014, Decima Época, p. 202.

Tesis número VI.3o.A. J/2 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, Decima Época, p. 1241.

Recepción: 30 de marzo de 2014.

Aceptación: 26 de agosto de 2014.

¿LA LECTURA LITERARIA FORMA BUENOS JUECES? ANÁLISIS CRÍTICO DE LA OBRA “JUSTICIA POÉTICA”

LITERARY FORM DOES GOOD READING JUDGES? CRITICAL ANALYSIS OF THE WORK "POETIC JUSTICE"

Andrés BOTERO-BERNAL *

RESUMEN. El presente texto analiza la relación entre derecho y literatura propuesta por la filósofa estadounidense Martha Nussbaum. Según esta importante autora, leer literatura hace del juez un buen ser humano dentro del modelo democrático y, además, le aporta herramientas significativas para mejorar su oficio, recuperando así al abogado de la fría forma en la que es formado por el cientificismo y el utilitarismo. Sin embargo, luego del análisis crítico, este escrito se apartará parcialmente de varias de las conclusiones de la filósofa estadounidense pero seguirá en la línea de la defensa de la literatura dentro del mundo jurídico.

Palabras clave: Derecho, Literatura, Juez, Democracia

ABSTRACT. This paper analyzes the relation between law and literature given by the American philosopher Martha Nussbaum. According to this important author, reading literature makes the judge a better human being within the democratic model and also gives him/her significant skills to improve his/her job. In this way, the attorney recovers himself/herself from the cold way of scientism and utilitarianism. However, after analyzing the premise, this paper partially departs from several of the conclusions of the American philosopher abovementioned, but remain in the line of defending the utility of literature in the legal world.

Keywords: Law, Literature, Judge, Democracy.

* Doctor en Derecho. Profesor e investigador universitario en las áreas de filosofía del derecho e historia del derecho. Correo electrónico: botero39@gmail.com

Introducción.

En primer lugar, este escrito recoge y amplía la ponencia presentada en el Segundo Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, realizado en México DF, los días 16, 17 y 18 de noviembre de 2011³⁵. Es decir, el texto que ahora se presenta amplía varios apartados, actualiza cierta bibliografía, desarrolla mejor algunos argumentos y, en fin, mejora la presentación de lo ya publicado. Ahora bien, este escrito indaga sobre la función que podría jugar la literatura en la formación de futuros abogados en general y de jueces en particular. No obstante, por el carácter del proyecto de investigación que soporta este trabajo así como los planes académicos del evento donde se presentó (2011), nos centraremos en el juez, sin negar que mucho de lo que aquí se diga puede extenderse a la formación de juristas.

En segundo lugar, ¿qué es lo que dice Nussbaum que amerita este análisis crítico? Esta autora, en “Justicia Poética” (obra que se remonta a 1995³⁶, aunque, hay que decirlo, muchas de esas ideas ya se vislumbraban en otros escritos anteriores de la renombrada autora³⁷ y continúan en textos posteriores³⁸), señala, de manera general -los detalles se darán a lo largo de este análisis-, que leer literatura hace del juez un buen ser humano dentro del modelo democrático y, además, le aporta herramientas significativas para mejorar su oficio, recuperando así al abogado de la fría forma en la que es formado por el cientificismo y el utilitarismo³⁹. Ahora, salvando la vaguedad de lo acabado de decir, ¿qué

³⁵ Publicada así: Botero, Andrés, “¿La lectura literaria forma buenos jueces? Análisis crítico de la obra ‘Justicia Poética’”, En: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Argumentación jurisprudencial: Memorias del II Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, pp. 209-278. Una versión en portugués, más completa que dichas memorias, en: Botero, Andrés, “A literatura forma bons juízes? Análise crítica da obra Justiça Poética”, trad. Frederico Gonçalves Cezar”, En: Botero, Andrés y Medina, Lizia (Coords.), *Direito e literatura: Estudos jurídicos baseados em obras literárias da segunda metade do século XIX*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 19-80.

³⁶ Nussbaum, Martha, *Poetic Justice*, Boston, Beacon Press, 1995.

³⁷ Nussbaum, Martha, “The Literary Imagination in Public Life”, En: *New Literary History*, 22, 1991, pp. 878–910. En español: Nussbaum, Martha, “La imaginación literaria en la vida pública”, Trad. Elvira Barroso, En: *Isegoría*, 11, 1995, pp. 42-80. La misma autora deja en claro que este último texto será parte de una obra mayor que, en ese entonces, estaba en construcción (nos referimos a “Justicia Poética”): *Ídem*, p. 77.

³⁸ Es común encontrar una misma idea (incluso con desarrollos argumentativos idénticos) en varias obras de nuestra autora. Para dar un caso, entre varios posibles, el capítulo “La imaginación narrativa” (presente en Nussbaum, Martha, *El cultivo de la humanidad: una defensa clásica de la reforma en la educación liberal* (1997), Trad. Juana Pailaya, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 117-148) repite muchos conceptos y argumentos de “Justicia Poética”.

³⁹ Lo que la lleva a proponer en varios de sus escritos reformas en los estudios jurídicos para darle mayor entrada a las humanidades y a la filosofía. Cfr. Nussbaum, Martha, “El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del derecho”, Trad. María Alegre, En: *Academia: Revista sobre Enseñanza de Derecho*, Buenos Aires, Año 7, No. 14, 2009, pp. 31-57. Empero, la autora parte de una dualidad que es cuestionable desde su esencia: que la filosofía es un conjunto opuesto a la pretensión científica del derecho (lo que la lleva a criticar a Posner por pretender hacer del estudio jurídico algo científico para lograr así la anhelada “objetividad”, aunque ella sí reconoce cierta objetividad en la tarea del filósofo lo que lo hace alguien dotado para contribuir al mundo, *Ídem*, p. 57); que la ciencia de los científicos es “raramente socrática” a diferencia de la filosofía; que la filosofía, a pesar de que tiene mucho qué decirle al derecho -pues está mejor preparada en el análisis

tanto puede soportar la crítica esta propuesta? ¿Qué tan confiable es esta propuesta? Estas son las preguntas que intentaremos responder a lo largo del texto. Pero antes de decirse cualquier cosa, habrá que dejar en claro que preguntar por las condiciones de posibilidad - esto es, hacer crítica- de una propuesta implica, de entrada, tomar distancia del acostumbrado acto de genuflexión de la academia jurídica latinoamericana frente a los escritos estadounidenses; no obstante, tal distancia no conlleva necesariamente a un rechazo abierto a unas ideas ni mucho menos a su autora. Y es que este texto es un ejercicio de crítica, en su sentido kantiano (de pedir credenciales para depurar una idea) a una propuesta -también crítica⁴⁰- del orden jurídico-moral. Entonces, este ejercicio crítico, en verdad, puede asimilarse más a retar a una teoría con el fin de que pueda dar lo mejor de sí, depurando aspectos dudosos y dejando con mayores fuerzas a lo que sobrevive a la sospecha. Ya verá el lector que no despedazamos a una autora que admiramos, pero sí le pedimos que clarifique varios apartados de su obra.

Sin embargo, lo que sí dejamos en limpio, es que una propuesta, por lo menos no desde lo que entendemos o queremos entender por iusfilosofía, no depende de la autoridad de quien la emita, aunque si somos sinceros esa autoridad (como la que rodea a Nussbaum), cuando es ganada por los méritos de lo escrito, sí es un buen indicio de seriedad. Pero insistimos, una propuesta pasa a ser seguible (si es que se nos permite el uso de esta nueva metáfora del convencimiento) si puede resistir y responder análisis exhaustivos del intérprete. Y eso es lo que nos proponemos ahora: estirar la teoría de la autora para ver qué resiste desde nuestra óptica, independientemente de lo bien que nos parezcan, *prima facie*, sus ideas. Entonces, si el lector no comparte esta pretensión inicial, o si ya tiene una postura fija sobre nuestro asunto, lo mejor es que cierre el texto y busque cosas más bondadosas y constructivas para sus ojos, porque si no lo podemos convencer o no se dejara convencer, no nos engañemos, esto será tiempo perdido.

de conceptos recurrentes de los abogados-, es ignorada por éstos; que la filosofía y el derecho deben estar en un profundo diálogo (pero sólo se refiere a lo que la filosofía puede aportar al derecho, aprovechando cierta apertura que últimamente ha tenido éste frente a aquélla en campos como el derecho constitucional), aunque reconoce ciertos riesgos en este “diálogo” (*Ídem*, pp. 51-54) que parece más un aleccionamiento de uno hacia el otro; que al derecho le hace falta “un poco más de duda socrática” sobre su propio conocimiento, la cual se lograría con ayuda de la filosofía, etc. No obstante, en otros textos, alude a cierta relación estratégica entre la ciencia (que supone la creatividad) con las humanidades (Nussbaum, Martha, “La crisis silenciosa”, En: Nussbaum, Martha, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades* (2010), Trad. María Victoria Rodil, Madrid, Katz, 2011, pp. 25, 27, y otras). En fin, esto ya pone en evidencia que hace falta una mayor conceptualización a qué tipo de ciencia se refiere.

⁴⁰ Esto es, vamos a hacer una crítica a una obra crítica. Entonces, dado que Nussbaum sospecha de la “claridad” y la “seguridad” de los juristas (Nussbaum, El uso..., *Op. Cit.*, pp. 31-57), vamos ahora a sospechar de la claridad y la seguridad de su modelo de relación entre moral-derecho-literatura.

En tercer lugar, es importante aclarar que, para facilitarle la tarea al lector hispanoamericano, hemos optado por seguir la versión traducida⁴¹, a la que nos atendremos de ahora en adelante, citando entre paréntesis la página a la que aludimos de dicho texto. Sin embargo, en algunos puntos concretos, para solventar dudas sobre la intención original de la autora y verificar la traducción, tendremos que remontarnos al texto en inglés.

En cuarto lugar, usaremos, como es fácil de advertirlo, la primera persona del plural. Esto es una forma en la que dejamos en claro que todo conocimiento, en especial éste, es fruto particular y relativo, que compromete el horizonte de los autores de una indagación concreta. En este sentido, a pesar de lo mucho que se ha dicho sobre la intencionalidad del conocimiento frente a *algo* (con Brentano y Husserl, por dar dos ejemplos históricos) que ya pone en duda cualquier pretensión de un acto cognitivo puro, universal y objetivo, todo es una construcción por lo que no hay nada definitivo. Entonces, este escrito es una construcción de un “nosotros”, que cobija al autor y sus mundos, así como a los auxiliares de investigación y a los colegas con los que se dialogó y que, de alguna medida, dejaron su huella en este escrito. No obstante, a pesar del “nosotros” que implica una reflexión plasmada en estas páginas que trasciende el solipsismo, la responsabilidad sí recae, exclusivamente, en uno solo. ¡Creación colectiva y responsabilidad individual!

En quinto lugar, debemos dar agradecimientos, en primer lugar, al equipo de investigación: Sebastián Blandón-Ramírez, Quevin Estiven Zapata y José David Fernández, todos estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Igualmente a mis queridos colegas que, en especial a Ramón Narváez (México), en los continuos diálogos sobre literatura y derecho, me dieron buenas ideas, las cuales de una u otra manera quedaron plasmadas en este texto. Gracias a todos.

1. ASUMIR LA PREGUNTA POR LA RELACIÓN ENTRE MORAL, DERECHO Y LITERATURA

Si le damos alguna credibilidad a Heidegger, una buena manera de adentrarnos en una investigación es asumir inicialmente la pregunta misma, en su radicalidad epistemológica⁴². En este sentido, la pregunta que nos convoca tiene varios señalamientos que deben ser afrontados desde un inicio. Empecemos, pues, con la

⁴¹ Nussbaum, Martha, *Justicia poética* (1995), Trad. Carlos Gardini, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1997.

⁴² Metodología presente en varios textos interrogativos del alemán, por ejemplo: Heidegger, Martin, *Was ist das-die Philosophie?* (1956), 11 Auflage, Stuttgart, Klett-Cotta, 2003, pp. 4-5.

pregunta misma: ¿la lectura literaria forma buenos jueces? Esto supone primero indagar por qué la literatura y cuál tipo de literatura, para luego, a lo largo de nuestro texto descubrir la radicalidad de la formación moral que justifica preguntarnos por los mejores caminos que conducen a ella.

Según nuestra autora, la lectura de literatura, entendida ésta última como expresión artística, tiene el valor de formación, cosa por demás ya indagado entre los griegos (*paideia*)⁴³. Y justo es la formación adecuada el paradigma que atraviesa casi la totalidad de la obra de esta autora, en la medida que ella cree que una educación humanista y cosmopolita de los ciudadanos facilitaría la convivencia en las sociedades plurales contemporáneas además de que permitiría, a futuro⁴⁴, la mejor realización del ideal democrático⁴⁵, pues “ninguna democracia puede ser estable si no cuenta con el apoyo de ciudadanos educados para ese fin”⁴⁶. En fin, hay allí una propuesta educativa que funda otra de carácter política, ancladas en un proyecto moral que se vale del recurso artístico, pues “las artes cumplen una función doble en las escuelas y las universidades: por un lado, cultivan la capacidad de juego y de empatía en modo general, y por el otro, se enfocan en los puntos ciegos específicos (o de malestar social) de cada cultura”⁴⁷. En este marco es que se hace entrar a la literatura. Claro está que ésta, si entendimos bien a la autora, no es la única que tiene capacidad de formación:

En cuanto al cine, la crítica reciente nos ha demostrado convincentemente que algunas películas tienen el potencial para realizar contribuciones similares a las que yo atribuyo a las novelas. Y se podría argumentar que en nuestra cultura, hasta cierto punto, el cine ha reemplazado a la novela como

⁴³ Para esto, nada mejor que: Jaeger, Werner, *Paideia: la formación del hombre griego* (1933), Trad. De Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997.

⁴⁴ Dado que ella plantea la necesidad de condiciones mínimas para la realización democrática, el proyecto político es pues a futuro (asunto que es criticado por: García Valverde, Facundo, “Desacuerdo moral y estabilidad en la teoría de Martha Nussbaum”, En: *Revista de filosofía y teoría política*, Universidad Nacional de la Plata, Argentina, No. 40, 2009, pp. 84-89 (pp. 63-90).

⁴⁵ Un buen recuento de este ideal educativo-moral en: Nussbaum, Martha, *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”* (1994), Comp. Joshua Cohen, Trad. Carme Castells, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999). Nussbaum, *El cultivo... Op. Cit.*, (de esta obra se cuenta otra edición, con la misma traductora: Barcelona, Andrés Bello, 2001; se seguirá citando la versión de Paidós). Igualmente: Vilafranca Manguán, Isabel y Buxarrais Estrada, M. Rosa, “La educación para la ciudadanía en clave cosmopolita. La propuesta de Martha Nussbaum”, En: *Revista Española de Pedagogía*, Madrid, Año LXVII, No. 242, Enero-Abril 2009, pp. 115-130. Benítez Prudencio, José Javier, “Martha Nussbaum, Peter Euben y la educación socrática para la ciudadanía”, En: *Revista de Educación*, 350, 2009, pp. 401-422. Este último texto hace hincapié en el valor absoluto que asume la educación liberal en nuestra autora, válido tanto cuando el individuo está aislado como en espacios *inciviles* (*Ídem*, p. 410 y 418), lo que le ha generado fuertes críticas.

⁴⁶ Nussbaum, *La crisis... Op. Cit.*, p. 29.

⁴⁷ Nussbaum, Martha, “Cultivar la imaginación: la literatura y las artes”, En: Nussbaum, Martha, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades* (2010), Trad. María Victoria Rodil, Madrid, Katz, 2011, p. 147 (pp. 131-160).

‘el’ medio narrativo moralmente serio pero de gran popularidad. Creo que ello desmerece el continuo poder de la novela, y procederé a hablar sin reservas de la novela como forma viva. Pero no soy reacia a admitir que el cine también puede hacer similares aportaciones a la vida pública (p. 31)⁴⁸.

No obstante, la literatura, continua nuestra autora, se erige como una mejor manera de aportar “sentidos normativos de la vida” (p. 26), en la medida que, citando a Aristóteles: “el arte literario... es ‘más filosófico’ que la historia, porque la historia se limita a mostrar ‘qué sucedió’ mientras que las obras literarias nos muestran ‘las cosas tal como podrían suceder’ en la vida humana” (p. 29), de forma tal que la literatura, a diferencia de la narración histórica o el ensayo científico, logra perturbar de mejor manera, y por tanto de dotar de herramientas morales al lector (p. 30)⁴⁹. Incluso, la literatura se constituye como una herramienta de formación mejor que la filosofía, en tanto que “determinadas verdades sobre la vida humana sólo pueden exponerse apropiada y precisamente en el lenguaje y las formas características del artista narrativo”⁵⁰.

Y dentro de la literatura ella se centra en la novela: “la novela es una forma viva de ficción que, además de servir de eje de la reflexión moral, goza de gran popularidad en nuestra cultura” (p. 31)⁵¹. Entonces, la literatura es el género artístico por excelencia, y la novela, hoy día en la cultura estadounidense y europea, es el género literario por antonomasia. Y es que la novela, según la obra, tiene grandes ventajas, a saber:

Hasta ahora hemos hablado de características que la novela comparte con muchos otros géneros narrativos: su interés por la individualidad de las personas y la irreductibilidad de la calidad a la cantidad, su afirmación de la importancia de lo que sucede con los individuos de este mundo, su empeño por no describir los hechos de la vida desde una perspectiva externa de distanciamiento -como si fueran los actos y movimientos de piezas mecánicas- sino desde dentro, como investidos de la compleja significación

⁴⁸ Podríamos suponer que el rol del espectador de cine es más pasivo que el del lector. Sobre el uso del cine en la formación de abogados (articulado con los métodos tradicionales), ver: Thury Cornejo, Valentín, “El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del Derecho?”, En: *Academia: Revista sobre Enseñanza de Derecho*, Buenos Aires, Año 7, No. 14, 2009, pp. 59-81. Igualmente, Rivaya, Benjamín y De Cima, Pablo, *Derecho y cine en 100 películas: Una guía básica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

⁴⁹ En igual sentido, Nussbaum, El cultivo..., *Op. Cit.*, p. 132. Un estudio mayor sobre la importancia de la novela, en: Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, pp. 71-106.

⁵⁰ Nussbaum, Martha, *El conocimiento del amor: Ensayos sobre filosofía y literatura* (1990/1992), Trad. Rocío Orsi Portalo y Juana María Inarejos Ortiz, Madrid, Machado libros, 2005, p. 28 (también: pp. 31-32).

⁵¹ En un texto anterior (Nussbaum, La imaginación..., *Op. Cit.*, p. 45), recogido en su mayor parte en “Justicia poética”, nuestra autora aclara el alcance de “nuestra cultura”: la europea y la estadounidense. Deja así en claro su ámbito propositivo, el cual omite en el libro que comentamos, tanto en su versión en español (p. 31) como en inglés, Nussbaum, Poetic Justice..., *Op. Cit.*, p. 6.

que los seres humanos atribuyen a sus propias vidas. La novela procura describir la riqueza del mundo interior más que otros géneros narrativos, y muestra un mayor compromiso con la relevancia moral de seguir una vida en todas sus peripecias y su contexto concreto. En esta medida se opone aún más profundamente que otros géneros al reduccionismo económico; está más comprometida con las distinciones cualitativas (60-61)⁵².

Pero, siguiendo a Nussbaum, no sería cualquier novela la que considera con capacidad formativa. Se trata de encontrar la novela con mayor capacidad perturbadora, la que “en su estructura y aspiraciones básicas, (sea) una defensora del ideal iluminista de igualdad y dignidad de toda la vida humana, no del tradicionalismo acrítico” (p. 76, paréntesis nuestro), en tanto “no todas, ni sólo, las novelas resultan apropiadas”⁵³. Y ese género novelístico no es otro que la novela realista angloamericana⁵⁴, pues “presenta formas persistentes de necesidad y deseo humanos encarnadas en situaciones sociales específicas” (p. 32), siendo un buen ejemplo de ello la obra *Hard Times* de Dickens⁵⁵ (que analiza a lo largo de “Justicia Poética”⁵⁶), la cual escogió por “su atención a la relación entre la imaginación literaria y sus adversarios económicos, y por su investigación del papel de la ‘fantasía’” (p. 36). No obstante, ¿por qué el realismo inglés al momento de preguntarse por la capacidad formativo-moral de la novela? Primero, porque es una elección racional de la autora (p. 36)⁵⁷; y segundo, porque le genera sentimientos de rechazo a la actitud utilitarista de uno de sus protagonistas (Gradgrind), lo que por demás nos deja en claro la postura de nuestra autora en el sentido de que es fundamental la

⁵² Igualmente, aunque con otra traducción: Nussbaum, La imaginación..., *Op. Cit.*, p. 62.

⁵³ Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, p. 98.

⁵⁴ Aunque no desdeña, para nada, otros géneros, como la tragedia griega: Nussbaum, Martha, *La fragilidad del bien: fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega* (1986), Trad. Antonio Ballesteros, 2ª ed., Madrid, A. Machado Libros, 2004. Especialmente, pp. 27-50 (hay otra edición: Madrid: Visor, 1995). Además, sugiere que se hagan estudios mayores sobre la función ética de los otros géneros literarios (Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, pp. 99-100).

⁵⁵ Para seguirle la pista a Nussbaum, leímos esta versión: Dickens, Charles, *Hard times* (1854), New York, Oxford University Press, 2008.

⁵⁶ Nussbaum opta por un análisis crítico basado en las instituciones y los dramas contenidos en la obra literaria, así como en las emociones que dicha novela genera en el lector. Pero esta forma de análisis no es la única posible en el campo de “Literatura y Derecho”. Por ejemplo, Manderson propone “to pay less attention to the content of literature in relation to law and more attention to its generic force and its stylistic experience”. Manderson, Desmond, “Mikhail Bakhtin and the field of Law and Literature”, En: *Journal of Law, Culture and the Humanities*, 8, 2012, Conclusion (pp. 1-22). Igualmente, los análisis bajo el paradigma crítico-marxista no serían compatibles con nuestra autora liberal. No ahondaremos en estas diferencias entre modelos de análisis en el campo de “Literatura y Derecho”. Valga, por el momento, dejar en claro que entre ellos hay fuertes tensiones.

⁵⁷ Está más claro dicha “elección racional” en: Nussbaum, La imaginación..., *Op. Cit.*, p. 46.

buena selección de las obras de arte con las que se desea formar, puesto que no todas tienen el mismo efecto⁵⁸.

Así, esta obra le permite hacer una fuerte crítica al utilitarismo moral que supone las teorías propias de un liberalismo institucional económico que, hay que decirlo, están detrás del industrialismo capitalista inglés (ver, especialmente, pp. 45-55). Sin embargo, queda la pregunta de por qué escoge ella, para su ejemplificación del poder de formación moral del juez, a una obra que responde a otra cultura política (Inglaterra) y en otro contexto socio-económico (revolución industrial del siglo XIX), diferentes al estadounidense al que supuestamente se dirige en su obra. La respuesta, que no está del todo clara, puede ser que ella cree en cierto universalismo del mensaje moral de la literatura en tanto que considera que no es posible cualquier lectura de una obra de arte⁵⁹, pero esto exigiría, por demás, pedir credenciales de creer tanto en universales morales como en creer en dicha capacidad de corrección de la transmisión de mensajes morales, que no son la misma cosa. No obstante, es la misma autora quien pone en evidencia la distancia del contexto de *Hard Times* con la sociedad estadounidense, aunque no nos resuelva completamente las dudas:

Pero nadie puede aprender todo lo que necesita aprender como ciudadano sólo con leer obras ambientadas en una época y un lugar distantes, por muy universales que sean los hallazgos de esas obras. La lectura de Dickens nos muestra muchas cosas sobre la compasión, pero no nos muestra los modos particulares en que nuestra sociedad inhibe nuestra compasión por personas de otra raza u orientación sexual (p. 36).

Pero no perdamos el rastro. Siguiendo la pregunta, hay otro componente que no podemos ignorar: “formar buenos jueces”. ¿En qué sentido la lectura de literatura “forma” “buenos” jueces? Pues en un inicio, si atendemos la literaridad del texto, la autora plantea que el proceso formativo de la literatura está basado en su contexto moral: “Me concentraré, pues, en las características de la imaginación literaria como imaginación pública, una imaginación que sirva para guiar a los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas” (p. 27)⁶⁰. Sin embargo, no es que la literatura sirva para

⁵⁸ Por ejemplo: Nussbaum, Cultivar la..., *Op. Cit.*, pp. 145 y 147-148.

⁵⁹ “En la lectura de un texto literario hay un criterio de corrección, establecido por el sentido de la vida del autor, a medida que éste se abre camino a través de la obra” Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, p. 36.

⁶⁰ En similar sentido: Nussbaum, El cultivo..., *Op. Cit.*, p. 119-121.

reemplazar un catálogo normativo moral, ni pueda sustituir los clásicos de las grandes tradiciones éticas:

La imaginación literaria es parte de la racionalidad pública, pero no el todo. Y creo que sería extremadamente peligroso sugerir que el razonamiento moral regido por reglas sea reemplazado por la imaginación empática... Defiendo la imaginación literaria precisamente porque me parece un ingrediente esencial de una postura ética que nos insta a interesarnos en el bienestar de las personas cuyas vidas están tan distantes de la nuestra. Esta postura ética deja amplio margen para las reglas y los procedimientos formales, incluidos los procedimientos inspirados por la economía”(p. 18).

A lo que complementa en otro texto:

(La) propuesta consiste en que debemos añadir el estudio de determinadas novelas al estudio de estas obras (tradicionales de la ética), debido a que sin ellas no obtendremos una exposición adecuada de una concepción ética potente⁶¹.

Y ¿cuál es el “bienestar de las personas”, la “vida buena”, que sirve de parámetro a la propuesta liberal-política de Nussbaum? Ella se rehúsa a responder tal inquietud pues si así lo hiciera no estaríamos ante un proyecto constructivo que respete las diferencias, sino ante uno hegemónico. Sin embargo, como nos lo preguntaremos más adelante, ¿sería posible plantear la necesidad de formar para cierta moral sin señalar expresamente los contenidos de dicha moral? La autora cree que sí (al igual que Rawls, asunto que él denomina “teoría débil del bien”⁶²), y se justifica para ello en su concepción de los enfoques de capacidades o competencias⁶³ que sería algo así como una teoría de la justicia social de mínimos necesarios para la construcción de una “vida buena” para cualquiera y, por tanto, de una buena moral humana; pero, por motivos de espacio, no podremos atender este asunto, salvo dejar en claro que cuando se indaga por lo bueno, fin último de la formación del juez, sólo sale a nuestro encuentro lo mínimo que se requiere para llegar a él⁶⁴.

Ahora bien, al ver el catálogo de ventajas que señala Nussbaum para un juez lector de novelas realistas, observamos algo: contribuye, igualmente, a mejorar la *lex artis*

⁶¹ Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, p. 66. Texto entre paréntesis es nuestro.

⁶² Rawls, John, *Liberalismo político* (1993), Trad. Sergio René Madero, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, Conferencia V, pp. 171-203.

⁶³ Ver, por ejemplo: Nussbaum, Martha, *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*, Trad. Roberto Bernet, Barcelona, Herder, 2002.

⁶⁴ Para lo cual podría ser de interés la lectura crítica hecha por: García Valverde, Desacuerdo moral..., *Op. Cit.*, pp. 63-90.

(la forma de ejercer competentemente el oficio), incluso en una doble faceta: ayuda tanto a la correcta interpretación y aplicación de la ley como al perfeccionamiento de la técnica argumentativa que es un asunto fundamental tanto en los procedimientos orales como en la justicia constitucional. Pero aquí no terminan las ventajas que podrían enunciarse de la lectura recurrente y consciente de la novela realista: algunos pensarán que ayuda a escribir mejor, asunto que no es nada secundario para un juez. Pero de todo esto hablaremos más adelante.

Y es así que podemos deducir el papel transformador que Nussbaum le da a la literatura y a las humanidades en la formación, esto es, en la construcción de sujetos responsables tanto ante la profesión como ante una sociedad que no requiere de funcionarios fríos y utilitaristas sino de seres humanos compasivos, con una “visión más compleja de la vida humana” (p. 33).

Entonces, la pregunta que nos hacemos, desde Nussbaum, gira en torno a cómo la lectura de la novela realista logra formar moral y técnicamente al juez, lo que supone, por parte de la autora, varios prejuicios que se centran en la creencia de la capacidad formativa, por perturbadora, de la literatura. Esto nos lleva al próximo capítulo donde indagaremos por este cómo.

2. JUSTICIA POÉTICA: LA LITERATURA COMO INSTRUMENTO DE FORMACIÓN

Como ya habíamos señalado, estamos ante un texto de 1995 que recoge muchas ideas previas de la autora y que, a su vez, sirvió de base para otros textos posteriores (en especial sobre su teoría del enfoque de las capacidades como fundamento de la democracia⁶⁵), varios de los cuales hemos analizado en un intento de poner en evidencia que estamos no ante un solitario destello de luz sino ante una larga línea de indagaciones en torno a las posibles relaciones entre derecho, moral y literatura. Esto nos lleva entonces, a reconocer, de un lado, que la trayectoria en la que se inscribe la autora hace parte de un movimiento mayor: “*Law & Literature*”⁶⁶; y, del otro, que esta obra -“Justicia

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Que es un campo ya muy cultivado desde antes y que está lejos de ser lugar de aguas mansas. Puede empezarse (para ver las diferencias con la teoría que ahora estudiamos) por: Dworkin, Ronald, “Cómo el derecho se parece a la literatura” (1985), Trad. Juan Manuel Pombo. En: Hart H.L.A. y Dworkin, R., *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 1997, pp. 143-180. Calvo González, José, “Derecho y literatura. ‘Intersecciones instrumental, estructural e institucional’”, En: Calvo González, José (Dir.), *Implicación derecho literatura: Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008, pp. 3-27. Igualmente, Botero, Andrés, “Derecho y literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de

Poética"- se constituyó, desde un inicio, como un "clásico"⁶⁷, entre otras áreas, de la pedagogía jurídica⁶⁸ y del derecho constitucional⁶⁹; esto es, un texto con vocación de permanecer en el tiempo pues trata de problemas que trascienden a la mera cotidianidad.

Ahora bien, según este nuevo "clásico", leer asiduamente literatura -en especial, literatura realista- conlleva ventajas comparativas a un juez, a saber:

2.1. Mejora la comprensión de los hechos

De la continua interpretación que el lector debe hacer con base en los hechos indicados por el autor de la obra literaria, algo que va más allá de un simple seguir la historia narrada, el lector-juez termina afinando sus herramientas hermenéuticas que le permiten un mejor desentrañamiento de los hechos *sub-judice*, que, unido al poder imaginativo que la literatura despierta⁷⁰ sin violentar la autonomía del lector⁷¹, logra que el "juez literario (tenga) una mejor comprensión de la totalidad de los hechos que el juez no literario" (p. 159, paréntesis nuestro) aunque, hay que decirlo, Nussbaum no cree que "el juicio literario (sea) suficiente para juzgar bien y (además) resultaría pernicioso si no estuviera restringido por otras virtudes puramente institucionales y judiciales pero, al margen de cualquier otra exigencia, en las circunstancias en que sea pertinente debemos reclamarlo" (p. 159, paréntesis nuestro).

Entonces, ésta mejor comprensión del texto y de los hechos contribuye (pero no determina) tanto a la mejor concepción moral del caso (pues el juez, al comprender, con lo que implica esta palabra en la hermenéutica, puede lograr conocer de mejor manera cuál es su rol como agente moral) como a un mejoramiento significativo de la *lex artis* (pues de entender, ya más en términos analíticos que comprensivos, los hechos que

uso", En: Calvo González, José (Dir.), *Implicación derecho literatura: Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008, pp. 29-39.

⁶⁷ Concepto que exige, mínimamente, la lectura de: Calvino, **Italo**, "Por qué leer los clásicos", En: *Mentat Escuela de Educación Mental*, Boletín N° 23 (22/nov/2005), parágrafo 3. Se puede encontrar en Internet: http://urbinavolant.com/archivos/literat/cal_clas.pdf (consultado en septiembre de 2012).

⁶⁸ No olvidemos el valor que nuestra autora le da a la formación en humanidades en la universidad en general y en la facultad de derecho en particular. Nussbaum, La crisis..., *Op. Cit.*

⁶⁹ Si el nuevo modelo constitucional supone que los valores propios del Estado Social de Derecho son parte fundamental del diseño jurídico, ¿puede el juez que no comparte dichos valores ser un "buen juez"? Malem, por ejemplo, opina que no, lo que conlleva a la pregunta de cómo lograr formar esos buenos jueces inmersos en la moral constitucional. Para quienes piensan así, la respuesta podría estar en Nussbaum. Malem Señá, Jorge, "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", En: *Doxa*, 24, 2001, pp. 379-403.

⁷⁰ Sobre la importancia de la imaginación en la teoría de nuestra autora: Nussbaum, Cultivar la..., *Op. Cit.*, pp. 131-160. En este texto, se indica que la imaginación, fruto del arte -relacionado, incluso, con el juego-, posibilita mejores procesos formativos en todos los niveles educativos, al ser preludio de la empatía.

⁷¹ Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, p. 101.

juzga, podrá dar una mejor respuesta jurídica según las reglas pre-establecidas y las expectativas de conducta)⁷².

2.2. Promueve la imaginación con su poder igualador

La literatura aumenta la imaginación del lector en la medida que plantea historias – o soluciones- nuevas y, en el caso de la novela realista da lugar a desear una corrección de la realidad. De esta manera, la capacidad de imaginar y fantasear (que no son lo mismo según la autora, pero no nos detendremos en ello), de pensar otros mundos a partir del mundo-real, como los que tiene que construir todo lector para ubicar allí personajes y trama de lo que lee, termina por fomentar otra ventaja comparativa del lector-juez frente a otro tipo. Y esta facilidad mayor para imaginar aumenta, de un lado, las oportunidades de plantear respuestas novedosas ante un caso *sub-judice*, y promueve, del otro, creer en nuevas expectativas de conducta –sentir que es posible otro mundo diferente a la injusta realidad que el juez observa cotidianamente en su despacho-.

Esto se articula, de inmediato, con el deseo del juez soñado por Nussbaum⁷³ de convertirse en un actor social de igualación (pues considera que es posible otro mundo, uno mejor⁷⁴) al contemplar una desigualdad intolerable: “la compresión literaria, pues, promueve hábitos mentales que conducen a la igualdad social en la medida en que contribuyen al desmantelamiento de los estereotipos en que se basa el odio colectivo” (p. 130).

A esto habrá que agregar que, según nuestra autora, es la capacidad para complacer o entretener (aunque este último verbo ya esté vedado por el uso que se ha hecho de él en la *mass media*⁷⁵) propia de la obra narrativa la que permite que su mensaje moral se ancle en el lector. Por tanto, las “operaciones morales (de la novela) no son independientes de su excelencia estética” (p. 64, paréntesis nuestro), en la medida

⁷² En un sentido similar se expresa Pérez, Carlos, “Derecho y literatura”, En: *Isonomía*, 24, 2006, pp. 141-143 (pp. 135-153) como “dimensión interpretativa”, la cual opera en doble vía, esto es, que las herramientas hermenéuticas del derecho ayudan a la interpretación literaria y viceversa, a diferencia de Nussbaum que sólo alude a los beneficios que se reportan para el derecho.

⁷³ Uno que nos hace recordar al juez Hércules planteado por: Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously* (1977), Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1978, pp. 105-130.

⁷⁴ “Las obras de arte literarias nos muestran «las cosas del modo en cómo podrían haber sucedido»” (citando a Aristóteles) Nussbaum, La imaginación..., *Op. Cit.*, p. 44.

⁷⁵ Duetto este, *mass media*/entretenimiento, con grandes efectos políticos: la videocracia. Al respecto: Bourdieu, Pierre, *Sobre la televisión* (1996), Trad. Thomas Kauf, Barcelona, Anagrama, 1997. Sartori, Giovanni, *Homo videns: la sociedad teledirigida* (1997), Trad. Ana Díaz Soler, Madrid, Taurus, 1998. Y, en el campo de la literatura, el ya clásico: Huxley, Aldous, *Un mundo feliz* (1932), Trad. Ramón Hernández, 5ª ed., Barcelona, Plaza & Janés, 1999.

que hay “una conexión orgánica entre su forma y su contenido”⁷⁶; en consecuencia, el arte despierta la imaginación por medio del recurso retórico, y la formación moral se despliega sobre el lector en tanto él se cualifica en su capacidad de asombrarse y fantasear. Esto lleva a afirmar que “la novela (en todo su arte) reconoce de manera autorreferencial la importancia moral del juego de la imaginación” (p. 64, paréntesis nuestro).

2.3. Permite la empatía con el individuo

En este sentido, la novela, por su compromiso con el individuo, “visto como cualitativamente distinto y separado” (p. 105), logra una mejor justicia, lo cual “resulta compatible con críticas institucionales y políticas serias” (p. 105). Esto se articula con la mirada idílica que tiene la autora del individuo y de su propia capacidad de auto-(re)generación, así como su desconfianza a una sociedad que, si pierde el estribo, termina por considerar al individuo como un instrumento para sus fines o, peor aún, para los fines de las élites. Así, en la novela realista, al narrarse hechos particulares y dramas individuales, que son perfectamente compatibles con situaciones colectivas, el lector-juez logra desarrollar la capacidad empática pues así puede “imaginar la experiencia del otro”⁷⁷ (lo que une, por demás, a nuestra autora con las teorías morales inglesas del siglo XVIII, en especial el Conde de Shaftesbury y Smith, entre otros⁷⁸), esto es: ponerse en la situación del otro, que es un requisito fundamental para juzgar a otra persona.

En consecuencia, dice Nussbaum, “la novela nos constituye en jueces. Como tales, podemos disentir entre nosotros acerca de lo que es correcto y apropiado; mientras los personajes nos importen y actuemos en nombre de ellos, no pensaremos que la disputa es vana ni que se trata de un juego” (p. 120).

Esta ventaja, pues, apunta a la constitución (con todo lo que implica esta palabra) de buenos jueces, en los sentidos a los que venimos aludiendo: moral e, incluso, técnico.

⁷⁶ Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, p. 27.

⁷⁷ Nussbaum, La crisis..., *Op. Cit.*, p. 29.

⁷⁸ Incluso con el concepto kantiano de lo “sublime-noble”, esto es, con el sentimiento de conmoción y asombro, que se produce en cada persona. Sin embargo, el propio Kant, a diferencia de Nussbaum, distingue en cuanto sus efectos en la consciencia, el sentimiento de belleza -que se traduce en el encanto, en el agrado, en la alegría que se produce en el individuo-, del sentimiento de sublime -que puede ser sublime-noble o sublime-terrorífico-. Kant, Manuel, “Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime” (1764), En: Kant, Manuel, *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir. Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime. Crítica del juicio*, Estudio introductivo de Francisco Larroyo, 5ª ed., México, Porrúa, 1991, pp. 125-165.

2.4. Neutralidad humana

El lector-juez logra, por su papel de observador de relatos dramáticos en torno a individuos desfavorecidos, asumir una neutralidad frente a los hechos descritos, desde la perspectiva de saberse otro, un testigo de una trama que se desarrolla con independencia de sus sentimientos. La novela sigue la propuesta narrativa del autor, por fuera de los deseos del lector, y de esa manera él logra dar, al saberse como un igualador externo, el valor exacto a cada situación en las reclamaciones dadas dentro de la trama/juicio. Se trata, dicho de otra manera, de la capacidad de sentir el drama al conocer, por su papel de externo⁷⁹, todos los detalles y el contexto general de las situaciones descritas, alguien con la capacidad de dar a “cada objeto o cualidad su justa proporción” (p. 117). Es, pues, una neutralidad que “no sucumbe al favoritismo” (p. 118) pero tampoco ahuyenta los sentimientos de la visión del lector-juez; es decir: “un ideal de neutralidad judicial, pero una neutralidad que no se asocia con una generalidad remota sino con una rica concreción histórica, no con la abstracción cuasi-científica sino con una visión del mundo humano” (p. 118).

Claro está que esta neutralidad activa que aporta la literatura, como podríamos denominarla, no puede atentar contra los límites institucionales que fija la función misma de juzgar, tales como “el razonamiento técnico legal, el conocimiento de la ley y los constreñimientos de los precedentes (que) desempeñan una función central en el buen juicio, circunscribiendo los límites dentro de los cuales debe obrar la imaginación” (p. 118, paréntesis nuestro; ver, igualmente, p. 159); entonces, se pueden articular adecuadamente los estándares buenos del oficio de juzgar (*lex artis*) con la exigencia moral derivada de la imaginación narrativa⁸⁰. Concluye en este punto que la “concepción aristotélico-literaria, combinada con restricciones institucionales, ofrece un complejo ideal de la neutralidad judicial, que constituye un poderoso rival de otras influyentes concepciones de esa norma” (p. 118).

⁷⁹ Esta externalidad es más fácil de ver cuando la obra tiene un narrador omnisciente, pues así siempre el lector estará por encima, gracias al narrador, de los sentimientos de los protagonistas. Pero, incluso en los textos literarios que sólo exponen al lector una única perspectiva de la trama (como cada uno de los tres relatos en que se divide “La mujer justa” (1941-1949) de S. Márai, o “El teniente Gustl” (1900) de A. Schnitzler), el lector sigue siendo externo a la obra y su valoración siempre debe sobreponerse a la del narrador-protagonista, en especial porque el lector no está acosado por los hechos que lee, mientras que el narrador los padece sin poder escapar de ellos.

⁸⁰ Dada la amplia discrecionalidad del juez estadounidense, es viable concebir jueces que acudan a la literatura; pero incluso en estos casos de amplia libertad, piensa Posner que la “mayoría de los jueces, como la mayoría de los artistas entregados al arte, intentan hacer un ‘buen trabajo’, siendo aquí ‘bueno’ definido en términos de los estándares del ‘arte’ en cuestión” (Posner, Richard A., *Cómo deciden los jueces* (2008), Trad. Victoria Roca Pérez, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 23). Dentro de esos estándares están los criterios legalistas-formalistas-institucionales. Sin embargo, este juicio cambia en sistemas donde los jueces no gozan de tanta amplitud.

2.5. Compasión

Ésta es una de las ventajas más relevantes, si nos atenemos a la insistencia que sobre este valor hace Nussbaum, del lector-juez. Explicar cómo la literatura realista genera compasión es algo más complejo, pero en el fondo, según la autora estadounidense, la literatura genera emociones y éstas “capacitan al agente para percibir cierta clase de valor” (p. 97). Uno de estos valores es la capacidad de indignarse ante la injusticia y compadecerse del que la sufre, y es esa indignación/compasión, sintetizando, la que motiva el ideal igualador, el deseo de “deshacer el entuerto” (usando aquí, a nuestro antojo, la fórmula caballerisca tan recurrente en *El Quijote*⁸¹)⁸².

Entonces, a pesar de lo corto de la explicación, el juez compasivo logra reivindicar la humanidad ante la fría técnica de los límites institucionales, todo lo cual redundará en un mejor juez, especialmente en la faceta moral.

2.6. La razón pública por medio de la emoción (esto es, como una entrada a los valores)

Muy articulado al punto anterior, nuestra autora señala la importancia de las emociones en la conformación de un buen agente moral⁸³. En primer lugar, las emociones “no son tirs y aflojes sin sentido, sino formas de percepción o pensamiento altamente sensibles a las concepciones sobre el mundo y los cambios en ellas”⁸⁴. Además, “son respuestas a estas áreas de vulnerabilidad, en las que registramos los perjuicios que sufrimos, que podríamos sufrir, o que por suerte no padecemos”⁸⁵. Por tanto, ella se enfrenta a las posturas filosóficas que han desconfiado de las emociones como forma de transportarse a la moral para privilegiar otras vías, como la racionalidad. La primera de estas teorías a las que se enfrenta, es la que considera “que las emociones son fuerzas

⁸¹ Concepto este de “desfazer entuertos” que deja en claro cómo *El Quijote* mismo es un lector (de novelas de caballería) igualador, un espectador juicioso, en la terminología de Nussbaum. Ya en otro momento analizamos las implicaciones jurídicas de éste y otros conceptos recurrentes en *El Quijote*: Botero, Andrés, “*El Quijote y el Derecho: Las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria*”, En: *Revista Jurídica: Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, No. 20, 2009, pp. 37-65.

⁸² Sobre la repugnancia e indignación en su relación con el derecho, véase mejor: Nussbaum, Martha, *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley* (2004), Trad. Gabriel Zadunaisky, Buenos Aires, Katz, 2006, Capítulos II “La repugnancia y nuestro cuerpo animal” y III “Repugnancia y legislación” (pp. 89-203).

⁸³ Importancia que se encuentra en muchísimas de sus obras, casi que los mismos argumentos: Nussbaum, Martha, “*Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law*”, En: *Harvard Law Review*, Vol. 107, No. 3, Jan. 1994, pp. 714-744. Nussbaum, *El ocultamiento...*, *Op. Cit.*, Capítulos “Las emociones y el derecho”, pp. 33-88. Nussbaum, Martha, *Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones* (2001), Trad. Araceli Mira Benítez y Rocío Orsi Portalo, Barcelona, Paidós, 2008. Nussbaum, *El conocimiento...*, *Op. Cit.*, pp. 88-94.

⁸⁴ Nussbaum, *El uso...*, *Op. Cit.*, p. 41.

⁸⁵ Nussbaum, *El ocultamiento...*, *Op. Cit.*, p. 19.

ciegas que no tienen nada o no mucho que ver con el razonamiento” (p. 88), como una faceta heredada del mundo animal que obstaculiza el ejercicio de la razón donde se encuentra el acceso a la moral. La segunda (ante la cual Nussbaum muestra un mayor respeto que a la primera, p. 91) es aquella que indica que las emociones están articuladas a los juicios, y los juicios son falsos, relativos, antojadizos, de manera tal que las emociones son herramientas que nos apegan a un mundo de la opinión, de la falsedad, de las sombras, impidiendo así trascender a un estadio superior de la tranquilidad donde se carece de juicios relativos, de la *ataraxia* si se quiere (pp. 89-98). Esta segunda postura explica, por ejemplo, el rechazo de Platón a la poesía⁸⁶ y a la tragedia, o la desconfianza de los estoicos ante el arte. La tercera es aquella que postula que las emociones tienen un ámbito de validez en la vida privada pero deben ser proscritas en la pública para evitar que así se nuble el juicio social (pp. 91-92). Entonces, las emociones enlazan las vidas del agente con las personas de su entorno particular, pero en el mundo público se necesita pensar y actuar atendiendo las vidas distantes, ante los sufrimientos de otros que no están en mi órbita inmediata. Por lo cual, si la novela transmite emociones, éstas tendrán un valor relativo en la esfera privada pero corren el riesgo de volver al lector un egoísta y parcial pues favorecería sólo a un tipo de personas, las cercanas, en sus reflexiones públicas (p. 92). La cuarta teoría a la que ella se enfrenta alude a que “las emociones se interesan demasiado en los particulares y demasiado poco en las unidades sociales más grandes, como las clases” (p. 92), lo que explica el rechazo de muchos movimientos comprometidos con reivindicaciones colectivas (como el marxismo) al considerar, los más moderados, que el efecto moral de la literatura es muy limitado para el fin político⁸⁷ o que refleja los valores burgueses, justo por su individualismo, dirán los más radicales (pp. 92-93).

Pero ante estas posturas, abreviando pues no queremos hacer un resumen de una obra que está al alcance de todos, Nussbaum considera que la emoción (desatada por la literatura) es un camino prudente para la moralidad. Para ello empieza sus críticas ante la

⁸⁶ Aunque Nussbaum hace una precisión necesaria sobre Platón: su rechazo al arte no es porque fuese arte, sino porque en la cultura griega no se dudaba de su papel en la búsqueda de la verdad ética, por lo cual él tomó a los poetas, en general, como contrincantes en el campo filosófico, derivado de la imposibilidad de separación, en su momento, entre filosofía y literatura, entre (cierta) ética y retórica. Nussbaum, *La fragilidad...*, *Op. Cit.*, p. 40 y 44. Nussbaum, *El conocimiento...* *Op. Cit.*, pp. 46-50. Sin embargo, ninguna conclusión puede adelantarse sobre Platón y su rechazo a la literatura sin leer primero el análisis crítico de: Yoshino, Kenji, “La ciudad y el poeta” (2005), Trad. Fernando F. Basch, En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2, 7, 2006, pp. 5-61.

⁸⁷ Olvidando, agregamos nosotros, el valor histórico a favor de las revoluciones sociales que tuvieron varias obras literarias. Más revoluciones se gestaron gracias a “Los Miserables” (1862) de Víctor Hugo, que a “El Capital” (1867) de Marx.

primera postura, diferenciando las emociones morales de los impulsos corporales, siendo estos últimos parte de nuestra esencia animal, propia de un ser que busca sobrevivir. Continúa señalando que las emociones son formas de percibir la realidad que nos rodea, a la vez que configuran nuestra propia forma de ver el mundo. Luego se interna en un interesante debate filosófico en torno a las relaciones entre creencia y emoción, relación sobre la cual hay tantas variantes, a lo que pasaremos por largo sólo para describir la conclusión en este punto de la autora: “En síntesis, no hay motivos para creer que las emociones son inadecuadas para la deliberación sólo porque pueden ser erróneas, así como no hay motivos para desechar todas las creencias de la deliberación sólo porque pueden ser erróneas” (p. 97). Más adelante señala que para una plena racionalidad social es necesaria “una plena medida de la adversidad y el sufrimiento ajenos” (p. 100) y que incluso las teorías más frías, si buscan la felicidad y la prosperidad de todos o del mayor número posible, están poniendo su metodología racionalista al beneficio de una emoción, lo que se agrava aún más si pensamos que son justo las emociones las que nos habilitan para obtener la información necesaria para la razón (en lo que basa, por demás, una de las críticas más fuertes que ella hace al utilitarismo, pp. 100-101)⁸⁸.

De esta manera, “el intelecto sin emociones es, por así decirlo, ciego para los valores” (p. 102), lo que impide, a su vez, visualizar los problemas humanos. Claro está que las “emociones no nos dan la solución de estos problemas, pero nos urge a resolverlos” (103), por lo que entra aquí la necesidad de reflexiones en torno a la economía como criterio auxiliar de solución, pero siempre dentro del marco del valor aprehensible por medio de la emoción que es generada, especialmente, por la literatura. Incluso, aunque en la obra que analizamos parece algo salido un poco del hilo conductor asumido, Nussbaum aprovecha para decir que, dada la importancia de las emociones para la configuración de un mundo moral corrector de y en lo público, la “represión de la emoción infantil, en cambio, puede lograr que las emociones retornen de manera más destructiva, genuinamente irracional” (p. 104).

Y, por último, acepta -como ya dijimos- que la literatura está más cerca de la emoción individual que de una colectiva; empero, una “visión de una calidad de vida individual... resulta compatible con críticas institucionales y políticas serias, e incluso las motiva” (p. 105), aunque, claramente, no es ante cualquier crítica institucional, sino ante las “serias”, esto es, ante las que -desde la visión que analizamos- sean compatibles con la calidad de vida y el bienestar del individuo: “Parece apropiado, en realidad, que toda

⁸⁸ Que amplía, siguiendo la misma línea argumentativa, en: Nussbaum, *El ocultamiento...*, pp. 18-25 y 33-88.

forma de acción colectiva tenga en cuenta como ideal la plena responsabilidad ante las necesidades y circunstancias particulares del individuo que recomienda la novela, tanto en su forma como en su contenido” (p. 106), aunado al hecho de que una percepción, tanto institucional como literaria, exige “relatos de actores individuales humanos (pues de lo contrario) resultaría demasiado indefinida para mostrar cómo funcionan los recursos para promover diversos tipos de funcionamiento humano” (p. 106, paréntesis nuestro). En fin, “este entendimiento humano, basado en parte en respuestas emocionales, es el sustento indispensable de un enfoque abstracto o formal bien orientado” (p. 107).

En consecuencia, el lector-juez, al verse favorecido en sus percepciones emocionales que le permiten identificar de mejor manera los valores, no obstaculiza así su función judicial sino todo lo contrario, logra concebir la emoción como el mejor vehículo para una razón pública en pos de proyectos de beneficio mutuo. Así las cosas, si le creemos a nuestra autora, la literatura forma al juez especialmente en una moral basada en la razón pública, lo que se incrementa si recordamos la importancia que lo judicial tiene en la tradición del *Common Law* (donde el juez está mejor habilitado, por sus estilos de sentenciar, para incorporar la literatura) y, especialmente, en el modelo jurídico-político estadounidense, donde la judicatura fue y es proclamada como un control contra-mayoritario de los demás poderes⁸⁹.

2.7. Co-ducción y espectador juicioso

Nuestra autora, eso sí, deja en claro desde muy temprano que, realmente, no es la lectura de literatura realista la que permite que un juez sea un buen juez. Leer, por sí solo no basta. Se requiere otras dos cosas que son fundamentales y que, en verdad, se convierten en el secreto de la formación que ella propone: la crítica a lo leído y la conversación sobre lo leído. Dice ella:

Me imagino a los lectores en una situación concreta, pero diferentes lectores presentarán, por cierto, diferentes situaciones concretas. Diferentes lectores percibirán legítimamente distintas cosas en una novela, interpretándola y evaluándola de diversas maneras. Ello naturalmente sugiere un nuevo desarrollo de la idea de razonamiento público como lectura de novelas: que el razonamiento implícito no sólo es específico de un contexto sino que, cuando

⁸⁹ Remitimos a: Ferguson, Robert, *Law and Letters in American Culture*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1984, quien expone los gustos literarios de los juristas estadounidenses a lo largo de la historia, lo que nos deja en claro -a diferencia del supuesto del que parte Nussbaum- que la relación literatura-derecho es una realidad histórica en dicho país.

está bien hecho, es comparativo y evoluciona en la conversación con otros lectores cuyas percepciones cuestionan o complementan la nuestra. Esta es la idea de la “co-ducción”, elaborada por Wayne Booth (pp. 34-35)⁹⁰.

En este sentido, la construcción moral surge necesariamente de la alteridad, del diálogo que se remonta como experiencia vital a la Grecia Antigua, por lo cual ya se enfoca esta teoría moral en un camino claro, dejando atrás las opciones de formación moral en la propia individualidad (conciencia).

Y no para la autora de afirmar, para evitar malentendidos, que es necesario desconfiar: “las novelas (como cualquier otro texto) ofrecen una guía promisorio pero falible e incompleta” (p. 111, el texto entre paréntesis es de la autora)⁹¹. Continúa: “En el proceso de co-ducción, nuestras intuiciones acerca de una obra literaria se refinan mediante las críticas de la teoría ética y del consejo amigable, las que pueden modificar la experiencia emocional que tenemos como lectores... En síntesis, mi visión no exhorta a confiar cándida y acríticamente en la obra literaria” (p. 111).

En consecuencia, esta crítica y esta conversación es la que permiten que el lector asuma la postura de un espectador juicioso o imparcial (concepto que se remonta a Adam Smith⁹²), esto es, quien verdaderamente puede formarse como un agente moral a partir de la literatura pues “está destinado a modelar el punto de vista moral racional, garantizándose para ello que posea únicamente aquellos pensamientos, sentimientos y fantasías que forman parte de una perspectiva racional del mundo” (p. 108). Y es un espectador porque no participa en los hechos que lee, lo que le permite ser imparcial ante la escena que se dibuja, en su imaginación, fruto de su lectura. Pero esta imparcialidad, como ya lo dijimos, no lo lleva, en modo alguno, a negar la compasión, por lo que podríamos hablar de una imparcialidad activa.

Entonces, repetimos, no basta cualquier lector (sino el espectador juicioso-imparcial) ni cualquier lectura (sino la que está mediada por la co-ducción). Veamos: la fantasía es fundamental para “interesarnos en esas figuras humanas, sintiendo compasión por sus sufrimientos y alegría ante su bienestar” (p. 112), pero ésta, la fantasía, no basta para que se desarrolle una lectura constructiva moralmente. Entonces, y esto es algo que ya recuperaremos más adelante, si la novela, la lectura y el lector no

⁹⁰ En igual sentido, Nussbaum, *El cultivo...*, *Op. Cit.*, p. 135.

⁹¹ Puesto que las “obras literarias no están libres de prejuicios y puntos ciegos que son endémicos de la mayor parte de la vida política” (*Idem*, p. 136).

⁹² Smith escribe su teoría moral desde aquello que puede agradar o desagradar a un “espectador imparcial” que habita en cada uno de nosotros, el cual se basa, para sus juicios, en la capacidad empática, esto es, en la capacidad de comprender las circunstancias que rodean al otro. Cfr. Smith, Adam, *La teoría de los sentimientos morales* (1759), Trad. Carlos Rodríguez, Madrid, Alianza, 1997.

son garantía, *per se*, de formación moral, habría que concluir que la clave de la formación no se ancla, sencillamente, en una de estas ideas, sino en su compleja relación basada en la alteridad crítico-constructiva y el deseo de cultivarse del propio agente. Esta matización, que ella misma deja entrever, queda plasmada cuando afirma que “no es preciso entonces considerar que una novela es políticamente correcta en todo sentido para apreciar la experiencia de haberla leído como políticamente valiosa” (p. 112).

Entonces, se trata pues, de un lado, de una filosofía constructivista en la alteridad, y del otro, de una reivindicación -aunque en otros términos- de la apertura de horizontes y los modelos hermenéuticos, como el gadameriano⁹³, que igualmente le apuestan a una formación moral a partir del comprender (hermenéutica) el libro de la vida, lo que incluye los libros sobre la vida (la literatura).

Concluyendo este acápite, podríamos decir, citando a la autora, que la literatura presenta dos ventajas: “primero, que brinda intuiciones que –una vez sometidas a la pertinente crítica- deberían cumplir una función en la construcción de una teoría política y moral adecuada; (y) segundo, que desarrolla aptitudes morales sin las cuales los ciudadanos no lograrán forjar una realidad a partir de las conclusiones normativas de una teoría política o moral, por excelente que sea” (p. 38, paréntesis nuestro). Esto la lleva a enfrentarse con el utilitarismo moral, y en especial a su vertiente de Análisis Económico del Derecho (AED en español o “*Law & Economy*” en inglés), cuyo uno de sus principales exponentes es Richard Posner⁹⁴ (a quien, paradójicamente Nussbaum dedica el libro y a quien ensalza en uno de los ejemplos concretos de aplicación de su teoría que plantea al finalizar el texto, pp. 144-152)⁹⁵. Y es que la emoción transportada por la literatura ya evita

⁹³ Idea que atraviesa su obra cumbre: Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método I* (1975), Trad. Ana Agud y Rafael de Agapito, 7ª ed., Salamanca, Sígueme, 1997, especialmente pp. 143-222. Por demás, para este autor la comprensión de un texto, como el literario, no permite la neutralidad en tanto que el lector debe hacerse cargo de sus propias anticipaciones o pre-comprensiones “con el fin de que el texto mismo pueda presentarse en su alteridad” (*Ídem*, p. 336) lográndose así un ambiente propiciador para confrontar la “verdad” con las “propias opiniones”, esto es, un ambiente de formación moral. Agréguese que Marí considera que los focos centrales de Gadamer en torno a la comprensión son el ideario común de los que ponen a dialogar el derecho con la literatura. Marí, Enrique, “Derecho y Literatura. Algo de lo que sí es posible hablar pero en voz baja”, En: *Doxa*, 21, II, 1998, p. 263 (pp. 251-287).

⁹⁴ Con su clásico: Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho* (1992), Trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2000. Este autor propone un modelo moderado, en tanto, según él, el análisis económico del derecho sería un componente del sistema ético-legal, además de que lo considera compatible con una dimensión moral del derecho. Cfr. *Ídem*, pp. 11-33 y 240-256. Pero, no se olvide, que Posner es, a su vez, uno de los grandes cultores del movimiento “Law & Literature” (Posner, Richard, *Law and Literature* (1988), Cambridge, Harvard University Press, 2000), lo que explica por qué sus obras, incluso las más duras de AED, traen citas constantes a casos literarios. Sus críticas a Nussbaum, en el campo de Derecho y Literatura, pueden verse en: *Ídem*, pp. 303-344. Por su parte, Marí (Derecho y..., *Op. Cit.*, p. 276-277) considera que “*Law and Literature*” de Posner es su respuesta a las provocaciones de Nussbaum y otros (como R. West). Sobre este Posner economista y, a la vez, literario, ver: *Ídem*, pp. 274-280.

⁹⁵ Es común en las obras de Nussbaum encontrar remisiones críticas y elogios simultáneos a Posner. Se convierte en su antípoda admirada. Por ejemplo, en Nussbaum, El uso..., *Op. Cit.*, critica la pretensión

la fría objetivación científica del cálculo racional. Es por ello que, luego de analizar (¿y exagerar?) la figura de Gradgrind de la novela "*Hard times*"⁹⁶, concluye que "la ciencia económica se debería construir sobre datos humanos tales como los que las novelas de Dickens revelan a la imaginación, que la ciencia económica debería buscar fundamentos más complejos y filosóficamente coherentes" (p. 37, otros comentarios similares en la p. 33).

Y, por último, que el lector-juez, que logra ser un espectador juicioso o imparcial, termina siendo formado desde la literatura no sólo para ser un buen juez en un sentido moral sino también para ejercer adecuada y técnicamente su oficio de cara a las exigencias institucionales. Aunque, repitémoslo, la literatura no basta por sí sola:

Como sugiere Whitman, la "justicia poética" necesita equipararse de gran cantidad de atributos no literarios: conocimiento técnico legal, conocimiento de la historia y de los precedentes, atención a la debida imparcialidad. El juez debe ser un buen juez en esos aspectos. Pero, para ser plenamente racionales, los jueces también deben ser capaces de 'fantasear' y comprender. No sólo deben afinar sus aptitudes técnicas, sino su capacidad humana. En ausencia de esta capacidad, la imparcialidad es obtusa y la justicia, ciega (p. 163).

2.8. Otras ventajas

A lo largo del texto, de manera subrepticia si se quiere, el lector puede llegar a concluir que la literatura, mejor dicho: la lectura de textos literarios, comporta otras ventajas que coadyuvan a una buena competencia técnica y hermenéutica (en un sentido más jurídico) del juez. Se supone, aunque esté por demostrar empíricamente, que quien lee mucho, por su hábito, lee y escribe mejor (tanto en las reglas formales del idioma, como en giros retóricos). Claro está que esto esconde una categoría política que se camufla en el lenguaje de una época, categoría que determina quién se expresa de manera "clara" y "correcta"; o la defensa de cierto sistema de reglas formales del idioma

científica (asociada con cierta pretensión de objetividad) de Posner, entre otros asuntos; pero no deja de admirar ciertas soluciones que él plantea en torno a la relación filosofía-derecho.

⁹⁶ "La economía política de Gradgrind pretende ser una ciencia, pretende ofrecer hechos en lugar de fantasías fútiles, objetividad en vez de meras impresiones subjetivas, la precisión del cálculo matemático en lugar de la intratable elusividad de las distinciones cualitativas... El intelecto de Gradgrind entiende el mobiliario heterogéneo del mundo, incluidos los seres humanos, como superficies o «pedazos» que han de ser medidos o pesados" Nussbaum, *La imaginación...*, *Op. Cit.*, p. 53 (en *Justicia Poética*, p. 47). Sin embargo, ¿es posible en el mundo real una persona con las características de Gradgrind tanto desde la visión de Dickens como la de Nussbaum? Creemos que no, pero también hay que señalar que la literatura no tiene por qué plantear imágenes reales (aunque sí verosímiles, si hablamos desde el género realista).

frente a la manera de escribir de los “rebeldes” que se resisten, por variados motivos no siempre conscientes, a esa formalización.

Igualmente, se supone tanto en el texto como en la cultura judicial, que el lector-juez, por su hábito, se vuelve más hábil en la competencia hermenéutica, fundamental para la comprensión de la situación objeto del debate, como de la debida interpretación tanto de los hechos que se exhiben en el proceso como de las normas que, por medio de actos ilocutorios, pretenden moldear esa realidad.

Empero, ¿estamos en este caso ante saberes teóricos que exigen procesos igualmente teóricos para su adquisición, o ante conocimientos técnico-prácticos que pueden ser aprehendidos con la mera lectura? ¿Dicha adquisición se puede lograr por medio de la práctica, sin necesidad de una consciencia en el proceso educativo o se requiere una formalización y racionalización funcional de la lectura para poder así aprehender de ella las reglas del idioma, el manejo retórico y la competencia interpretativa a la que aludimos? ¿De la lectura se pueden predecir, con cierta seguridad, competencias en otro campo tan diferente como lo es la escritura? Y estas preguntas no son menores, en la medida que de ellas se determina la manera en que la literatura forma.

3. SOSPECHA DEL MODELO PROPUESTO POR NUSSBAUM DE VINCULACIÓN ENTRE MORAL, DERECHO Y LITERATURA

Como lo dijimos desde un inicio, este trabajo no se enmarca en las continuas *laudatios* que se suelen leer o escuchar, aunque no por ello se busque la destrucción de lo leído. Incluso, haciendo uso de la co-ducción⁹⁷, nos proponemos, en su sentido kantiano (y siguiendo el mismo método de “la duda socrática” que ella tanto ensalza en las relaciones de filosofía-derecho⁹⁸), hacer una crítica, una petición de credenciales de validez de las afirmaciones de la autora (lo que hacía necesario, por demás, explicar brevemente su teoría, para quien no la haya leído). Y, como espero ponerlo en evidencia, ese trabajo puede ser objeto de fuertes sospechas, a saber:

⁹⁷ Pues este trabajo fue meditado y discutido con varios colegas y auxiliares durante un buen tiempo.

⁹⁸ Nussbaum, El uso..., *Op. Cit.* Sobre la importancia de la educación socrática en la propuesta educativa de Nussbaum para una ciudadanía cosmopolita, véase: Benítez, Martha Nussbaum..., *Op. Cit.*

3.1. ¿Una nueva versión del mito del rey-sabio? ¿Una nueva forma de vincularse la política con el arte?

Afirmar que la lectura de clásicos, en su sentido más filosófico, de cierto subgénero de la novela, implica, de cierta manera, estar más habilitado para ser juez, supone, de un lado, creer en la posibilidad de transmisión de contenidos filosóficos por medio de la literatura⁹⁹ (lo que ya es cuestionable), y del otro, considerar que el “lector” configura una nueva forma del ideal regulativo de lo “culto” (sin aludir a clases sociales, ni más faltaba, pues la lectura de literatura no es patrimonio de éstas) y, por ello, es el que tiene mejor acceso a lo bueno y, por tanto, quien estaría más legitimado para lo político. Con ello no sólo se condena, o por lo menos se sospecha, del analfabeta material o del que no tiene el hábito de la lectura (analfabeta funcional) pues no sería fácil encontrar entre ellos las virtudes ya enumeradas en el punto anterior¹⁰⁰, sino que también se instaure una nueva formulación de un gobierno conducido, si éste quiere ser correcto, por personas que hacen una lectura “correcta” de cierta literatura. Si esto es así, basta cambiar la dirección de los cañones históricos que se han enfocado contra la monarquía del sabio platónico denunciando su carácter excluyente y paternalista, para dirigirlos ahora al gobierno de los lectores-jueces y lectores-funcionarios.

Además, ¿no implica este texto, entre otras cosas, una nueva formulación de la vinculación de la razón teórica con la práctica que justifica una nueva presentación política? Esto porque la razón práctica, en términos de razón pública, se adquiriría a partir de modelos críticos ejercidos sobre la literatura, que a su vez supone conocimientos previos en muchos órdenes que le permitan al lector tanto el acercarse a la obra como el entenderla. Es que ningún lector llega, ni puede llegar, de cero a una obra literaria. En este sentido, cuando se elogia cierta lectura de cierto tipo de literatura, necesariamente se

⁹⁹ “La forma literaria no se puede separar del contenido filosófico sino que es, por sí misma, parte de ese contenido; una parte esencial, pues, de la búsqueda y de la exposición de la verdad”. Nussbaum, *El conocimiento...*, *Op. Cit.*, pp. 25-26.

Este asunto es objeto de profundos debates entre la “filosofía estricta” y la “filosofía y literatura”, que en el fondo es un debate normativo entre qué debe ser filosofía (¿una nueva forma de literatura?), cómo analizar y determinar las formas de significación del discurso (tanto el filosófico como el literario) y cómo debe aprehenderse el ideal. Al respecto, ver la crítica de Thiebaut al holismo indiferenciador, esto es, a las pretensiones de identificación entre filosofía y literatura, entre ética y retórica. Cfr. Thiebaut, Carlos, “Filosofía y literatura: de la retórica a la poética”, En: *Isegoría*, Madrid, 11, 1995, pp. 81-107. En similar sentido Ricoeur, Paul, “Narratividad, fenomenología y hermenéutica”, Trad. G. Aranzueque, En: *Anàlisi*, 25, 2000, pp. 189-207, donde señala que no puede reducirse las “lenguas bien hechas” a los “usos no ‘lógicos’ del lenguaje” (*Idem*, p. 190), aunque acepta una funcionalidad común: el carácter temporal.

¹⁰⁰ Argumento de Nussbaum que podría contraponerse con las afirmaciones de la dudosa equiparación entre debilidad (mental y/o moral) con deficiencias lectoras. Cfr., para el caso de un niño con dificultades lectoras: Soriano, M., Miranda, A. y González, R., “Trastorno Específico de la Lectura: ¡Yo leo mal, pero no soy tonto, eh!”, En: Maganto, C., Amador, J.A. y González, R. (Coords.), *Evaluación Psicológica en la Infancia y la Adolescencia. Casos Prácticos*, Madrid, TEA, 2001, pp. 155-189.

elogia a quien tiene: (i) los conocimientos previos para identificar y seleccionar ese tipo de literatura, (ii) las competencias para entender ese tipo de literatura, (iii) las capacidades crítico-cognitivas que le permiten comportarse como un “espectador juicioso” y (iv) las competencias comunicativas y las relaciones de alteridad que puede entablar para dialogar sobre lo que lee. Y estas virtudes, que no corresponden exclusivamente a modelos de razón práctica, son las que identificarían o permitirían predecir al juez justo y al funcionario correcto. Ahora bien, estas cuatro pautas no se encuentran en la generalidad de los hombres, sino en una clase muy especial que, por lo menos para los críticos de la burguesía, no se reduce a los que poseen el capital, aunque, hay que decirlo sin aspavientos, es más fácil encontrarlas en quien se ha preocupado por su educación en épocas donde educarse más allá de lo mínimo funcional es costoso y privilegiado. En consecuencia, se propone un nuevo bio-tipo de hombre político, no necesariamente articulado a las élites tradicionales pero que, una vez instaurado, cimentará una nueva élite fundada en una nueva fuente de exclusión: la cultura, ahora transmutada como cierta lectura de ciertas obras¹⁰¹.

Por último, este nuevo modelo de funcionario-juez-culto ¿puede corresponder con cualquier sistema judicial? Claramente Nussbaum señala, aunque no en la obra que nos ocupa, que su teoría se aplica a la cultura estadounidense y europea¹⁰², lo que ya es un espectro muy amplio. Pero esta propuesta ¿es aplicable al modelo de *Civil Law* predominante en Europa continental y América Latina? Creemos que no, en tanto que el juez en este último modelo no tiene las competencias políticas, las libertades jurídicas y el estilo procesal del juez estadounidense, algo que mencionamos en el acápite 2.6. Y, además, ¿este ideal gubernativo del funcionario-culto no es, en el fondo, una confusión de las funciones del político con las del juez? ¿Acaso la igualación no es la función primordial, en cierto modelo estatal, del político mientras que la del juez es ser garantía de la eficacia del derecho? ¿Es conveniente la identificación funcional entre político y juez?

Ya sólo queda dejarle a nuestro lector una última pregunta: ¿cómo podría evitarse, dentro del modelo que analizamos, los peligros del paternalismo y de la exclusión cultural en materia política?

¹⁰¹ Los griegos, nos recuerda Benítez (Martha Nussbaum..., *Op. Cit.*, p. 418), consideraban, metafóricamente hablando, al mundo dividido en espacios cultivados y espacios desérticos. En los primeros está la polis donde estaba encauzada la vida cívica por medio de instituciones y virtudes, y el desierto donde no había tal encauzamiento. De allí nace la metáfora del cultivo y de lo culto, para designar al hombre sabio, virtuoso y político.

¹⁰² Nussbaum, La imaginación..., *Op. Cit.*, p. 45.

3.2. ¿Estamos ante una relación accidental, necesaria o suficiente?

La pregunta, en concreto, es si la relación entre [a] leer crítica y dialógicamente literatura realista y [b] ser un buen juez es “necesaria y suficiente” (basta [a], independientemente de otros factores, para que se dé [b]: quien lee crítica y dialógicamente literatura realista es un buen juez), “necesaria pero no suficiente” (es necesario aunque no suficiente [a] para que se dé [b]: quien lee crítica y dialógicamente literatura realista, sumado a otros requisitos, es un buen juez) o de “contingencia”, la cual involucra a su vez dos hipótesis: “no necesaria pero sí suficiente” (donde [b] puede darse con o sin la existencia de [a], pero basta [a] primero para suponer [b]: puede esperarse de quien lee crítica y dialógicamente literatura realista que sea un buen juez) o de “no necesaria y no suficiente” (donde [b] no se deduce, aunque pueda que surja, de [a]: quien lee crítica y dialógicamente literatura realista puede ser o no un buen juez).

Esta indagación se justifica, incluso, si aplicamos el mismo criterio crítico que la autora considera le hace falta a los jueces y a los pensadores de derecho, justo por su alejamiento de la filosofía: “una (mayor) indagación rigurosa y concertada sobre las sutilezas de alguna cuestión fundamental, informada por información empírica relevante”¹⁰³. ¿Y qué indagación hay en la obra que analizamos, basada en información empírica relevante, en torno a la relación entre literatura realista y buenos jueces? Veamos:

Sin querer hacer un tratado de lógica analítica (aunque tengamos que acudir a ella¹⁰⁴), estamos ante una equivalencia o bicondicional cuando dos proposiciones se implican en su verdad mutuamente; es decir, que “cada término es a la vez condición suficiente y necesaria del otro”¹⁰⁵. Esto puede representarse de la siguiente manera: “p” es, si y sólo si “q” es. Lo que podría formularse, igualmente, en sentido contrario: “q” es, si y sólo si “p” es. Entonces, llevado a nuestro caso, se diría: se es buen juez si y sólo si se

¹⁰³ Nussbaum, El uso..., *Op. Cit.*, pp. 49-50. El texto entre paréntesis es nuestro.

¹⁰⁴ Por demás, Nussbaum considera que la filosofía analítica aplicada al derecho trajo más efectos negativos que positivos, en la medida que sentó cotas inalcanzables para el estudiante de derecho y el letrado promedio, lo que terminó por justificar entre éstos la desconfianza ante discursos externos tales como la literatura (*Ídem*, pp. 51-52). Es que Nussbaum destaca la importancia de una filosofía clara y entendible para el campo jurídico (bien decía Ortega y Gasset: “la claridad es la cortesía del filósofo”, Ortega y Gasset, José, *¿Qué es la filosofía?*, Introducción de Ignacio Sánchez Cámara, 10ª. ed., Madrid, Calpe, 1999, p. 39), de escritos donde la “forma (es) esclarecedora del contenido” (citando a Cora Diamond, Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, p. 54, paréntesis nuestro). Sin embargo, plantea que la solución no es darle la espalda a la filosofía analítica, sino “en enseñarle cómo escribir” (Nussbaum, El uso..., *Op. Cit.*, p. 52; Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, pp. 53-56). Entonces, aplicar categorías analíticas con claridad no es algo que criticaría la autora, ni siquiera cuando se aplican para sospechar socráticamente de sus propias ideas.

¹⁰⁵ Echave, Delia Teresa; Urquijo, María Eugenia y Guibourg, Ricardo, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 63.

lee de cierta manera un tipo especial de literatura, o viceversa. ¿Esta será la intención comunicativa de Nussbaum? Creemos que no, primero porque ya dijimos en el punto anterior que ella misma matiza la relación entre la lectura y el efecto moral que la lectura genera. Además, aunque si ésta fuese la intención comunicativa de la autora estadounidense¹⁰⁶, sería fácil desvirtuarla con dos argumentos, por lo menos: i) Bastaría demostrar que hay un lector crítico y dialogante de ese tipo de literatura que no corresponde al modelo moral y político defendido en la obra que analizamos, o que hay un buen juez que no ha leído literatura realista, o no la ha hecho críticamente, o no dialoga lo que lee, para desvirtuar el bicondicional equivalente; ii) entonces, los analfabetos materiales y funcionales no podrían ser considerados buenas personas, en general, ni serían buenos jueces en especial, por no tener acceso a este tipo de literatura. Así las cosas, si no es posible establecer un tipo de relación como la que acaba de explicarse, que en el fondo conllevan a una tautología, entonces sigue abierta la pregunta.

¿Podría considerarse entonces que cierta lectura de un tipo especial de literatura es un factor necesario aunque no suficiente para ser buen juez? Esto nos lleva a las relaciones de proposiciones condicionales dentro del campo de los juicios contingentes, esto es, que una proposición condiciona a la otra pero no viceversa. Así, un buen juez sería aquel que lee crítica y dialógicamente cierto tipo de literatura pero no basta con esto último para ser buen juez. De esta manera se podría dar respuesta a una crítica: ¿Es posible que haya un mal juez a pesar de que lea, incluso crítica y dialógicamente, cierta literatura? Sí. Pero, si esta es la intención de la autora, se tendría que pedir explicaciones en este sentido: i) ¿cuáles son los otros factores necesarios para lograr un buen juez? ¿Acaso no podrían ser estos factores más relevantes que leer de cierta manera cierto tipo de literatura?; ii) ¿entonces quien no lea con criticidad este tipo de literatura no podrá ser un buen funcionario, un buen juez, una buena persona?; iii) Entonces, si todo buen juez es un lector de literatura, aunque no todo lector es un buen juez, ¿los que por condiciones económicas o culturales no tienen acceso a la literatura, por dar un ejemplo, no pueden ser buenos jueces o buenos funcionarios? ¿De esta manera la justicia comunitaria, ejercida por personas en su mayoría con bajo nivel de lectura, no puede tener buenos jueces? ¿Sería mejor juez, desde lo moral, un juez letrado-culto que uno lego-analfabeto?

¹⁰⁶ Pongamos un ejemplo: ella afirma que la novela *Hard Times* es particularista (pues pone en evidencia los problemas de un grupo concreto de seres humanos en contextos muy determinados) pero no es relativista (pues dichos problemas trascienden los límites en el “tiempo, lugar, clase, religión y etnicidad”, Nussbaum, *Justicia Poética...*, *Op. Cit.*, p. 75). ¿Esto no es una interpretación “objetiva” de dicha novela de Dickens? ¿No podrá interpretar algo diferente otra persona de manera tal que juzgue de otra manera el valor moral que Nussbaum le otorga?

No tenemos que ir más lejos para darnos cuenta de lo débil que puede ser sostener que la moralidad exija, aunque no sea suficiente, la literatura.

Queda entonces una tercera opción: que es posible pensar que de lo uno se lleve a lo otro, pero que no es una relación necesaria, aunque pueda ser suficiente o meramente contingente. Ahora, si esto es así, hay dos críticas que debe afrontar la autora:

i) ¿Qué le permite decir, empíricamente, que de lo uno se puede llegar a lo otro? Esto no es algo que se pueda responder sólo desde lo razonable (la realidad no siempre es racional –con perdón de Hegel-, ni razonable), en tanto exige, por su esencia de acto locutorio y descriptivo, una verificación incluso como probabilidad. Para tal caso pudo plantearse algún estudio probabilístico-empírico que señalase el margen de ocurrencia, como el realizado, *mutatis mutandis*, por Henderson¹⁰⁷. De lo contrario se caería justo en el paradigma científico que dio lugar al modelo ptolemaico, que consideraba racional en su momento (esto es, correspondiente con la geometría) que la tierra estuviese en el centro del Cosmos, *ergo* es real que la tierra es inmóvil, asunto que le costó mucho a Galileo y a otros destruir. Sin embargo, podría replicarse que Nussbaum critica seriamente las estadísticas (aunque los ejemplos que ella da para su crítica son en temas económicos, verbigracia pp. 80-81), al considerar que son fríos instrumentos que no pueden transmitir la complejidad cotidiana de la vida que sólo un lector de novelas puede captar; pero es que en este caso se está ante una reflexión académica en torno a una propuesta (pues el deber ser propositivo siempre acecha en “Justicia Poética”) de conexión entre mundos mejores y la literatura, siendo pues válido exigir alguna prueba, alguna constancia más allá del deseo de que dicha relación es posible, todo lo cual exige un *plus* adicional a la mera constatación personal o a la enunciación de una experiencia positiva conocida.

ii) Señalar que ‘p’ podría llegar a ser ‘q’ en las circunstancias apropiadas es, nada más y nada menos, que plantear discreta y tranquilamente una tautología, esto es, una

¹⁰⁷ Henderson, M. Todd, “Citing Fiction”, En: *The Green Bag: an Entertaining Journal of Law*, Vol. 11, No. 2, 2008, pp. 171-185. Este texto analiza, sin renunciar al uso estadístico, las citas que jueces federales estadounidenses hacen de la literatura (encontrando que las obras más citadas son “1984” (1949) de Orwell y “El Proceso” (1925) de Kafka) y los entornos que explican dicho fenómeno. Si bien no se pregunta si la literatura forma moralmente buenos jueces, si discierne, desde un amplio estudio de casos, sobre la poca influencia que se puede vislumbrar de la literatura en los fallos judiciales a pesar de las ventajas que ésta reporta para una sentencia: un fuerte instrumento retórico de persuasión y un soporte documentado de conceptos y emociones. Igualmente, señala las tres circunstancias predominantes en las citas de literatura encontradas: i) jueces liberales, ii) sustentación de disidencia frente al criterio de otros jueces; iii) juzgamiento de casos que implican derechos individuales. Agregamos que el predominio de conservadores entre los jueces federales (Posner, *Cómo deciden...*, *Op. Cit.*, capítulo 1, en especial p. 34) explica parcialmente, junto al creciente formalismo, la poca citación de literatura.

afirmación de la que no puede afirmarse formalmente una falsedad, puesto que si no sucede la afirmación ésta sigue siendo válida en tanto se dijo “podría”. Es que podría que sí, podría que no, por tanto no se aporta mayor cosa al debate público con ese tipo de expresiones en el caso en concreto, a menos que dichas proposiciones se acompañen de otros juegos argumentativo-demostrativos que permita ir más allá de establecer una mera relación en términos de posibilidad deseada, es decir, no esclarecida en sus probabilidades de cumplimiento.

Empero, de las tres opciones a la relación establecida, la lógica nos indicaría que la menos difícil de sostener es la tercera, pero esto exigiría a la autora mayor precisión en sus afirmaciones señalando que es razonable (pero no necesario) pensar que lo uno lleva a lo otro, que ‘p’ puede llevar en circunstancias favorables a ‘q’, que es posible llegar a ‘q’ sin pasar por ‘p’, que hay cierta probabilidad demostrada de que ‘p’ lleva a ‘q’, etc.

Pero por la falta continua de matización de las propias afirmaciones y ante la ausencia de demostraciones probabilísticas¹⁰⁸, se termina sospechando de la pretensión de validez de la tesis central de la autora, de manera tal que cualquier lector agudo podría perderse en las preguntas que se derivarían del carácter de las relaciones entre las dos proposiciones planteadas. Y, si no hay una respuesta clara ante tales preguntas, respuestas más del orden explicativo que justificativo, el lector estaría más que tentado a concluir, junto a Posner, que el abogado no tiene nada que esperar de la literatura en lo que respecta a su capacidad transformativa en lo moral¹⁰⁹.

3.3. ¿Ratifica la literatura los prejuicios morales?

La literatura es un motor de valoraciones morales, cosa que la autora no pone en duda. Además, la crítica que ella propone, sin esclarecer muy bien su procedimiento, termina siendo otro conductor de las valoraciones morales que pueden considerarse como plausibles desde su perspectiva (que ella funda con la liberal). De esta forma, si alguien lee una obra de literatura realista, y no llega a las conclusiones humanistas defendidas por la autora, siempre estará el argumento que la lectura que esa persona hizo no correspondió con la crítica o con la co-ducción necesaria para que dicha lectura lograra el efecto formativo deseado, o peor aún: que no es un liberal. Decir lo contrario -

¹⁰⁸ Y repetimos. El rechazo de Nussbaum a los datos fríos, como la estadística, no implica que debamos aceptar como válida, ni siquiera como justificada, una propuesta general, una agenda política o una política pública porque hay experiencias particulares positivas. Sería apropiado preguntar si habría iguales o mayores experiencias particulares negativas antes de adoptar una política general, y esto, quierase o no, ya es una indagación probabilística.

¹⁰⁹ Posner, *Law and...*, *Op. Cit.*, pp. 303-344.

esto es, que es posible llegar a otras conclusiones morales opuestas a las de la compasión en una misma obra de arte-, supondría, claramente, volver aún más difícil la propuesta de que la literatura crítica de cierto tipo de literatura forma a un buen tipo de juez en cierto tipo de valoraciones morales y políticas.

De esta forma, queda en evidencia que se escoge cierto tipo de literatura y cierta forma de leer, para conducir al agente moral a cierta valoración. Esto, digámoslo de una vez, pone en entredicho el respeto a la autonomía del sujeto, a la vez que abre las puertas a retomar, una vez más, a la literatura como un medio de moralización de las sociedades (piénsese en la “literatura edificante” tan popular en el Antiguo Régimen cristiano), lastre del que se demoró la propia literatura (encabezada por los movimientos literarios “malditos” desde el siglo XIX) para quitarse de encima¹¹⁰.

¿Será acaso que estamos ante un tornar del péndulo? Esto es, ¿una literatura que vuelve, como en el pasado, a concebirse como moralizante del lector contrarrestando los movimientos literarios que claramente separaron el arte de cualquier función moralizante y educativa? No lo sabemos, aunque si es así, plantear literaturas moralizantes siempre tendrá el riesgo de asumir la pregunta: ¿por qué la literatura?, ¿por qué este tipo de moralidad –la liberal- y no otra –como la socialista tan en boga en América Latina-?¹¹¹, ¿qué tipo de literatura es la más edificante dependiendo de los valores que se quiere reflejar en el lector?, ¿por qué este tipo de literatura y no otra? Ya Nussbaum respondió alguna vez: “el filósofo que formula esta pregunta no puede estar muy convencido del argumento sobre la conexión íntima entre la forma literaria y el contenido ético”¹¹². Y, efectivamente, queremos poner bajo sospecha esta creencia inicial de que la forma y el contenido son inseparables; ¿pero aunque se aceptase la tesis de la íntima conexión se responderían a las preguntas que formulamos? En fin, asumir estas preguntas implica sospechar que con la propuesta que estudiamos se puede poner en riesgo la independencia estética de la obra de arte, al subordinarla a planteamientos educativos, a la vez también termina abriéndose la puerta a la defensa de criterios casi metafísicos (esto es, escoger una moralidad ante la otra por un mandado incuestionable de una autoridad superior a la elección individual, o considerar que debe partirse sin más de aceptar la tesis de la conexión mínima) o, en el mejor de los casos, paternalismos bien-

¹¹⁰ Este proceso de rebeldía de la literatura consigo misma y con los signos sociales (tanto religiosos como políticos) es analizado por: Foucault, Michel, *De lenguaje y literatura* (1994), Trad. Isidro Herrera Baquero, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 63-103.

¹¹¹ Aprovechando el incremento de los estudios sobre el rol moral y político de la literatura y de los literatos en épocas de posnacionalismo y socialismo en América Latina.

¹¹² Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, p. 100.

intencionados, todos los cuales podrían terminar por ser excluyentes y, paradójicamente para la postura política inicial de Nussbaum, antidemocráticos.

Dejamos, pues, a nuestro lector una pregunta: ¿Cómo podríamos defender la relación moral, derecho y literatura eliminando o reduciendo este peligro?

3.4. ¿Hay interpretación objetiva de la obra de arte?

Esto, que sigue una línea ya trazada, no es nada más que preguntarse, por otra vía, por la relación de necesidad y/o suficiencia entre la lectura y la formación moral. En este caso en concreto, ¿podría pensarse en un lector consumado, e incluso crítico, que se constituya en un agente inmoral? Hay experiencias de hombres y jueces íntegros lectores de novelas. Pero también podemos dar casos de hombres inmorales y que fueron grandes lectores, asunto que nos sugiere el estudio de algunas estructuras de personalidad asociadas a la psico y sociopatía, que indican en no pocos casos estados mentales superiores al nivel medio. En este sentido, la queja por las posturas radicales no gira en torno al quehacer de analfabetos; por ejemplo, Remi Nilsen, director de la edición noruega de *Le Monde Diplomatique*, se quejaba que la nueva extrema derecha de su país, neonazis por demás, “son personas de clase media baja que leyeron mucho, aunque sus lecturas hayan sido muy selectivas”¹¹³ (¿pero qué lector no es selectivo?). Igualmente, si le creemos a la criminología crítica¹¹⁴, los criminales de cuello blanco provienen de clases altas con una cultura y gustos más refinados que las bajas, lo cual no les impide desistir del delito y, por ende, de lo inmoral¹¹⁵. Y otro ejemplo, de muchos posibles¹¹⁶, nos dará alguna razón: muchos jerarcas nazis mostraron una inclinación artística (empezando por el propio Hitler), provenían de familias cultivadas humanísticamente (como Himmler¹¹⁷) y eran consagrados lectores, incluso de novelas

¹¹³ Citando al antropólogo Thomas Hylland Eriksen. Nilsen, Remi, “Avanza la extrema derecha en Noruega”, En: *Le Monde Diplomatique*, Bogotá, 113, Julio 2012, p. 20 (pp. 20-21).

¹¹⁴ Cfr. Sandoval Huertas, Emiro, *Sistema penal y criminología crítica: el sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica*, Bogotá, Temis, 1985. Aquí se denuncia, entre otras cosas, la aplicación sectorizada del derecho penal como sistema de control, lo que no implica que el delito (lo que remite a ciertos juicios de inmoralidad) exista sólo en las clases sociales con menos acceso a la cultura.

¹¹⁵ Sutherland, Edwin H., *El delito de cuello blanco* (1949), Trad. Rosa del Olmo, Madrid, La Piqueta, 1999.

¹¹⁶ Recordemos que John Hinckley Jr, (quien intentó matar al presidente Reagan en 1981) se declaró obsesionado por la novela “El guardián entre el centeno” (*The Catcher in the Rye, 1951*, de J. D. Salinger), al igual que Mark David Chapman (asesino de John Lennon).

¹¹⁷ Peter Bieri (“¿Qué tal sería ser culto?”, trad. M. Barot y C. Prieto. En: www.matem.unam.mx/cprieto/personal/2008-Bieri-trad.pdf, consultado el 22-10-2012) considera que Himmler no fue humanista pues no interiorizó sus lecturas y careció de fantasía. Algo muy similar a lo que dice Nussbaum: la lectura no es suficiente. Pero esto merece una sospecha: se afirma un bio-tipo de persona culta con características como ser humanista, para lo que se requiere leer cierto tipo de literatura aplicando un procedimiento complejo e impreciso, por tanto si quien lee estos textos no termina por corresponder con el bio-tipo siempre se puede afirmar que algo falló en el proceso (con expresiones vagas como “no interiorizó” o

clásicas (Eichmann¹¹⁸ y, en especial, Höss¹¹⁹, por ejemplo). ¿Cómo explicar así esta racionalidad de lo abominable, que se expresó en la Solución Final, en la mente de hombres lectores y, de cierta manera, cultos?¹²⁰

Y si seguimos con los ejemplos, no olvidemos que no ha faltado quien, en nombre de libros religiosos considerados como clásicos del humanismo, haya condenado a otros a la muerte y que dicho acto haya sido interpretado como uno de piedad, obediencia e, incluso, de compasión¹²¹.

“falta de fantasía”). Así nunca podría ser negado el modelo, ni siquiera cuando nadie pudiese ser como el bio-tipo plantea.

¹¹⁸ Adolf Eichmann (1906–1962), uno de los responsables de la Solución Final, llegó a plantear, fruto de sus múltiples lecturas, que su comportamiento obedecía al imperativo categórico kantiano, esto es, que él se comportó, como funcionario, de la misma manera como hubiera deseado que cualquier otro funcionario se comportase. Este punto en concreto, y la banalidad del mal que se gestó en un pueblo “culto” y lector como el alemán, son analizados por Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalén* (1963-1964), Trad. Carlos Ribalta, 2ª ed., Barcelona, DeBOLSILLO, 2006. pp. 198-199. Esta autora consideró que Eichmann leyó mal a Kant, cosa que es rechazada por: Onfray, Michel, *El sueño de Eichmann* (2008), Trad. de Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa, 2009. Sobre este debate, puede verse: Blandón, Sebastián, Una aproximación casuística a la cuestión de la aplicación del derecho injusto en la filosofía moral kantiana, En: *Precedente*, vol. 3, 2013, pp. 35-70.

¹¹⁹ Rudolf Höss (1900-1947), comandante de Auschwitz y uno de los mayores ejecutores de la política de exterminio nazi, dijo: “Siempre he creído que un buen libro es la mejor de las compañías, pero mi vida anterior a la cárcel (en la década de los 20, en el siglo XX) era tan agitada que nunca pude dedicarle a la lectura toda la atención que merecía. En la soledad de mi celda, sobre todo durante los dos primeros años de mi condena (por homicidio), los libros se transformaron en el más preciado de los bienes” Höss, Rudolf, *Yo, comandante de Auschwitz* (1951), Trad. Juan Esteban Fassio, Barcelona, Ediciones B, 2009, p. 44. Paréntesis nuestro.

¹²⁰ Kant respondió, a su manera, ante una crítica similar. ¿Por qué hombres de gustos refinados se comportan inmoralmente? Responde que hay que diferenciar el “interés en lo bello del arte” así como el interés empírico en los encantos de la naturaleza, del “interés inmediato en las bellas formas de la naturaleza”, de manera tal que los que tienen lo primero no dan prueba fehaciente de principios morales, mientras que los que siguen lo segundo muestran una “disposición de espíritu favorable al sentimiento moral” (Kant, Manuel, “Crítica del juicio” (1790), En: Kant, Manuel, *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir. Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime. Crítica del juicio*, Estudio introductivo de Francisco Larroyo, 5ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 273). Pero si esto es así, quien se interesa en lo bello del arte, como tal, no busca necesariamente un fin moral de su sentimiento; por tanto, lo bello, por sí mismo, no conduciría al sentimiento moral a menos de que se dé una corrección en el juicio del gusto: esto es, en una intuición inmediata, sin conceptos sin interés alguno, de lo bello en la naturaleza. En consecuencia, el arte, por sí solo, no garantiza la moralidad del espectador, sino su disposición del juicio que da prueba de una estructura moral. La moralidad del espectador se prueba por su interés inmediato en lo bello, pero tampoco podría hablarse que hay un interés en el juicio del gusto, es decir, que no se puede optar por lo bello porque es moralmente bueno (*Idem*, p. 274), sino que al optar desinteresadamente por lo bello se opta necesariamente por lo moralmente bueno. Esto supondría una nueva precisión conceptual que debería hacerse a la teoría de la “Justicia Poética”.

¹²¹ Lo que originó, por mencionar un caso, un texto de un perseguido, considerando que Lucas 14, 23 (que había justificado la conversión a la fuerza y la penalización de la disidencia religiosa) había sido erróneamente interpretado por los persegutores. Bayle, Pierre, *Comentario filosófico sobre las palabras de Jesucristo “Oblígaos a entrar”* (1686-1687), Trad. José Luis Colomer, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. Con este texto, se plantea la persecución como un problema de lectura equivocada de un texto bíblico con fuerte proyección humanista (según lo que se entendía por tal a finales del siglo XVII). Así las cosas, ante un texto (Lucas 14, 23) ¿cuál habría sido la lectura correcta? La que se hubiese hecho con crítica y co-ducción. ¿Pero acaso la interpretación tradicional cristiana que dio lugar a la persecución, que se remonta a Agustín de Hipona, no surgió de un debate público-teológico? Claro está que una vez cimentada dicha interpretación ya no se permitió nuevas aperturas de diálogo, cerrando así la posibilidad de crítica y de co-ducción con los heterodoxos posteriores. Sin embargo, ¿no hubo co-ducción al sentarse las bases de dicha tradición cristiana? ¿O será que la co-ducción es sólo cierto tipo de debate con lo cual se van aumentando los requisitos fundamentales para la relación moral, derecho y literatura?

Pero en este punto queremos ir más allá para plantear si son posibles “lecturas correctas”. ¿Existe un parámetro que permita señalar que una lectura moral y política es errónea, o que una lectura puede conducir a objetivismos (tanto para el derecho como para literatura) en temas propios de la razón práctica?¹²² Nussbaum, por ejemplo, nos da muestras de que toda interpretación de una obra de arte (por decir algo, de un poema trágico griego) es un asunto complejo e inacabado, por tanto ajeno a tales objetividades, a diferencia del texto filosófico:

Si un filósofo utilizase un resumen de la historia de Antígona como ejemplo, atraería la atención del lector sobre aquello en lo que éste debe fijarse, señalando sólo los aspectos estrictamente pertinentes para su tesis. Por el contrario, la tragedia no estructura de antemano los problemas de sus personajes; nos los muestra en busca de aspectos morales importantes, obligándonos a nosotros, como intérpretes, a un papel así mismo activo. Interpretar una tragedia es un asunto más complejo, menos determinado, más misterioso que valorar un ejemplo filosófico; e incluso cuando se ha concluido la interpretación, la obra no se agota, sino que permanece abierta a nuevas interpretaciones de un modo diferente al del ejemplo¹²³.

Además, ella señala: “por ‘leer bien’ no quiero decir que a uno se le ocurra una serie de juicios interpretativos en lugar de otros, sino algo más simple y más básico. Entiendo, simplemente leer con cariño y asombro, preocupándose por los personajes, emocionándose con sus destinos. Esto es compatible con muchas otras interpretaciones”¹²⁴. Entonces, ¿esto nos quiere decir que ante la apertura interpretativa las conclusiones morales de las lecturas pueden ser variables? No parece ser ésta la idea de Nussbaum pues ella considera que la co-ducción y el diálogo sobre las lecturas previamente seleccionadas, lograrán limitar tal apertura, a la vez que, como ya dijimos, en “la lectura de un texto literario hay un criterio de corrección, establecido por el sentido de

¹²² Asunto que ya enfrentó a su momento a iusnaturalistas con iuspositivistas analíticos, y más específico con el caso de literatura, a Dworkin con Fish. Cfr. Pérez, Derecho y..., *Op. Cit.*, p. 142. Marí, Derecho y..., *Op. Cit.*, pp. 265-273.

¹²³ Nussbaum, La fragilidad..., *Op. Cit.*, p. 43. Esto explica el valor pedagógico del poema trágico griego en sí mismo si se compara con el escrito meramente filosófico, pues la tragedia sigue siendo el mejor medio para transmitir la complejidad de los dilemas éticos sin el direccionamiento intencionado que da el filósofo cuando alude a una obra de arte en concreto (como cuando usa a la obra literaria para dar ejemplos de sus teorías), y porque la tragedia logra estar a disposición y comprensión de cualquier lector a diferencia del texto filosófico. Pero aquí surgen otros retos para nuestra autora: ¿cómo diferenciamos la necesaria labor de selección de obras literarias (que supone una exclusión consciente por parte del filósofo-formador) de este proceso parcializado de direccionamiento que denuncia nuestra autora? ¿Si la tragedia griega aún tiene algo que decir al lector contemporáneo, esto implica que el mensaje moral subyacente a la tragedia es ahistórico?

¹²⁴ Nussbaum, La imaginación..., *Op. Cit.*, p. 64. Este asunto no quedó en el libro Justicia Poética.

la vida del autor”¹²⁵, todo lo cual permite que de la lectura se desprenda la empatía, preludio de una ética humanista. Pero esto supone que no hay posibilidades fuertes de interpretaciones diferentes entre sí si se aplica el método sugerido.

Pasando por alto que el criterio de corrección sea el “sentido de la vida del autor”, cosa que merecería otro estudio crítico¹²⁶, nos preguntamos: ¿es posible tal encauzamiento de la lectura? Si ésta supone un diálogo (ya sea entre lector-texto o entre dos lectores) entonces esto significa de plano que se acepta el constructivismo y, con él, la consideración de que cualquier afirmación o valoración no es propia de la obra leída sino del proceso concreto que se inicia a partir de su lectura, por lo cual la valoración de una interpretación como moralmente correcta depende de la forma en que dicha construcción dialógica es realizada en un tiempo y lugar, lo que permite negar cualquier posibilidad de objetivismo cognitivo y, por tanto, aceptar como posible que se puede llegar tanto a una respuesta como a otra.

Ahora bien, Nussbaum considera que el acto de lectura de literatura va más allá de seguir signos, por lo que es posible “leer” también valoraciones morales; no obstante, ¿es posible encontrar un significado moral o incluso deducciones reales a partir de los significantes retóricos, de por sí vagos, más allá del entorno particular del lector? Por ejemplo, como lo vimos anteriormente, la figura de Gradgrind se nos presenta como exagerada pero, justo por ello, con valor retórico¹²⁷; sin embargo, ¿podría derivarse de tal exageración típica normas para la realidad y, peor aún, objetivas o reconocibles para la generalidad de lectores? ¿Esto no supone una nueva formulación de la falacia naturalista de Hume? Además, ¿si se sostiene que sólo un selecto grupo de lectores puede desentrañar objetivamente la esencial moral de una lectura, eso no violaría el paradigma democrático del que se parte al poner en duda la capacidad moral de los demás seres humanos?

¹²⁵ Nussbaum, El conocimiento..., *Op. Cit.*, p. 36.

¹²⁶ Por el momento: “la realidad de la obra de arte y su fuerza declarativa no se dejan limitar *por el horizonte histórico originario en el cual el creador de la obra y el contemplador eran efectivamente simultáneos*. Antes bien, parece que forma parte de la experiencia artística el que la obra de arte siempre tenga su propio presente, que sólo hasta cierto punto mantenga en sí su origen histórico y, especialmente, que sea expresión de una verdad que en modo alguno coincide con lo que el autor espiritual de la obra propiamente se había figurado” Gadamer, citado por: Marí, Derecho y..., *Op. Cit.*, p. 262 (y 266-269). Igualmente, Foucault (De lenguaje..., *Op. Cit.*, pp. 96-97) sospecha de quienes indagan sobre el sentido de la obra de arte a partir de su proceso de creación, de su autor.

¹²⁷ “Los excesos del razonamiento utilitarista de Tomas Gradgrind no parecen ser tan frecuentes en una época en que se habla de la inteligencia emocional, siendo más que posible que no pocos de los razonamientos de la teoría utilitarista económica sean una simplificación explicativa”. Onfray Vivanco, Arturo, “Los aportes de ‘Justicia Poética’ de Martha Nussbaum al movimiento ‘Derecho y Literatura’”, En: *Revista peruana de derecho y literatura*, Lima, 1, 2006, pp. 43-46.

Verbigracia, con Barthes¹²⁸ es claro que cualquier pretensión de descifrar en un único sentido un texto literario es una pretensión insostenible, especialmente porque la obra trasciende de la biografía de su autor, porque no hay un listado de criterios taxativos que pueda justificarse objetivamente, porque no hay verdad absoluta de y en la obra y, finalmente, porque no hay siquiera una escritura o intención original que permita juzgar como “correctas” o “incorrectas” las lecturas que de dicha obra se hagan.

Y, a pesar de la moderación planteada por la autora (pp. 119-123, donde señala que es posible un camino moral desde la lectura sin caer en el escepticismo ni, en su extremo, el cientificismo), sólo es viable afirmar que hay lecturas que conllevan a la moralidad si se señala la posibilidad cognitivo-moral a partir del discurso trópico, tema, por demás, que encendería fuertes debates como lo veremos más adelante. Esto iría en contra, por dar un caso, de afirmar que “todo encuentro con una obra posee el rango y el derecho de una nueva producción”¹²⁹, esto es, que cada lectura es un proceso hermenéutico irrepetible, que exige, para ser total, una labor “crítica” de desentrañamiento de la verdad del escrito¹³⁰, que surge de la alteridad que se logra entre lector-texto, pero no por ello es algo homogenizable en sus resultados.

Además, nuestro lector ya se habrá percatado que de lo que venimos hablando es justo el núcleo del debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo: ¿son posibles actos cognitivos (objetivos) de los valores? No es menester recordar esta vieja disputa, salvo dejar en claro que el constructivismo (siguiendo las elaboraciones de autores de la intencionalidad como Brentano y Husserl) ha planteado que el acto de aprehensión, incluyendo el de la razón práctica, es fruto de órdenes construidos a escala personal (subjetivismo) o grupal (relativismo), lo cual pone en entredicho la posibilidad de acceder a mundos suprasensibles con significados estables más allá de las historias de vida propia o culturales. De esta manera, considerar que en los campos de razonabilidad (donde opera la lógica de lo preferible) hay manera de calificar, por fuera de cada caso, una lectura como equivocada¹³¹; creer que hay lecturas que conducen a resultados

¹²⁸ Barthes, Roland, “La muerte del autor” (1968), Trad. C. Fernández Medrano, En: *El susurro del lenguaje*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 67-70.

¹²⁹ Gadamer, Verdad y..., *Op. Cit.*, p. 136.

¹³⁰ “Lo escrito tiene la estabilidad de una referencia, es como una pieza de demostración. Hace falta un esfuerzo crítico muy grande para liberarse del prejuicio generalizado a favor de lo escrito y distinguir también aquí, como en cualquier afirmación oral, lo que es opinión de lo que es verdad” *Ídem*, p. 339.

¹³¹ Aclaremos: si una lectura (moral) puede ser correcta en un contexto, esa misma lectura puede ser incorrecta en otro. Entonces, la literatura ya no tendría un valor radical en la formación, puesto que un estudiante, en su contexto, podría interpretar correctamente que de ella se derivan ciertos valores, y otra, en su contexto interpretativo diferente, negar correctamente la anterior interpretación. Es por esto que Nussbaum busca, aunque creemos de forma aún insuficiente, un punto medio entre el objetivismo y el subjetivismo.

interpretativos más o menos objetivos (o por lo menos no subjetivos) pues éstas deben seguir cánones institucionales (Dworkin) o responder a pretensiones o problemas universales¹³²; o que las lecturas pueden ser corregidas desde “el sentido de la vida del autor”¹³³, es, simplemente, una nueva forma de abrir las puertas a presentar artilugios (metafísicos) en un campo poco idóneo para ello.

Claro está que nuestra autora bien señaló que la lectura crítica es aquella que es compartida (a lo que ya aducimos que entonces no es la literatura, sino el diálogo, lo que soporta un proceso formativo moral), por lo cual podría pensarse que la crítica conjunta es la que permite una corrección en la lectura. Sin embargo, si esto fuese así, ¿cuál fue la crítica compartida de la autora que le permite aseverar que de la lectura crítica de la literatura realista se deriva una formación moral? ¿Esto no es un cierto objetivismo en la interpretación y en la crítica? Esto podría dar pie a que un ingenuo interprete que quien haga una lectura crítica compartida con otros (y falta ver quiénes son esos “otros”) de cierto tipo de novelas, podrá (o deberá) llegar a sus mismas conclusiones, pero si esto es así, entonces la crítica compartida a la que se alude no es más que el camino que conducirá a la afirmación verdadera o dogmática (la que esa persona ingenua da) y si no se llega a la misma conclusión entonces bien podrá alegarse que no se criticó como se debía o no se compartió como correspondía. Pero esto último no sería más que una petición de principio.

En consecuencia, falta mayor pulimiento del procedimiento dialógico, pues tal parece que es éste el que más garantiza, y no tanto la literatura, la formación moral. Si esto es así, no debería preguntar por la relación moral, derecho y literatura en el “buen juez”, sino más bien por la relación moral, derecho y diálogo.

3.5. ¿Cualquier tipo de literatura?

Y muy asociado a lo anterior, se deriva la pregunta si otro tipo de literatura podría generar el mismo efecto deseado por Nussbaum. Ella mismo dejó abierta las posibilidades, pero ¿esto significaría que hay géneros que, *per se*, no podrían formar al lector-juez? Ya dijimos que no vemos como necesaria y suficiente la relación entre

¹³² Donde lo universal no es ajeno, del todo, a nuestra autora: “Pero eso (responder con sensibilidad a las contingencias) constituye una exhortación universal que forma de parte de una imagen universal de la condición humana. Y, al descansar sobre este ideal universal, la novela, tan diferente de una guía o incluso de un informe antropológico de campo, hace participar a los lectores de la vida de personas muy diferentes y les permite criticar las distinciones de clase que otorgan a gente de similar constitución desiguales posibilidades de realización” (Nussbaum, *Justicia Poética*, *Op. Cit.*, p. 76, paréntesis nuestro).

¹³³ Nussbaum, *El conocimiento...*, *Op. Cit.*, p. 36.

literatura realista y formación moral, por lo cual bien podría pensarse personas que no se formen según el ideal leyendo crítica y dialógicamente el realismo social, pero también personas que se formen leyendo otros géneros, incluso en géneros que no descansan en un espíritu igualador de problemas sociales concretos y transferibles a la experiencia del lector-juez. También lo dijimos con vehemencia, la formación moral puede verificarse en personas analfabetas y sin cultura literaria.

Ahora, si esto es cierto, por lo menos en el campo formal, entonces cabe la pregunta sobre qué es lo que propicia la formación moral. Pero este tema no es nuevo, pues ya encontramos allí, por ejemplo, lo dicho por Platón (quien en su diálogo “Menón” plantea, *grosso modo*, que la formación moral nace desde el alma misma de cualquier individuo, en tanto que las ideas, incluso las geométricas, reposan dormidas en el alma de los hombres, en espera de ser despertadas por el filósofo-partero), o la afirmación de Kant de su fórmula de libertad: atrevete a pensar (en este caso, a ser un ser moral). Pero a pesar de los mares de tinta que al respecto se han derramado, lo importante es señalar que el tema está lejos de considerarse zanjado como para creer que la literatura es un camino seguro de formación moral del lector-juez.

Añadamos, que, si bien son razonables las afirmaciones presentes en “Justicia Poética” en el sentido de que la literatura implica ejercer la competencia interpretativa (con las ventajas que esto conlleva para la formación moral y técnica), esta competencia se encuentra esparcida en todo el arte en general y en la literatura en especial, y no sólo en la literatura realista. Y si de formación técnica se refiere, pues entonces nada mejor que obras que exigen del lector una constante alerta en la detección de indicios con los cuales se pueda desenredar la acción, como el género policíaco, por dar un ejemplo. Pero incluso en este caso, es necesario un saber previo, hacer asociaciones, que ya no depende de la literatura. En fin, si se trata de generar un sentimiento moral en el lector, creemos, no hay punto final y tal vez, ni siquiera, uno seguido.

Por último, la autora defiende la literatura realista porque es un buen reflejo de la sociedad que nos invita a rechazar ciertos modelos de comportamiento presentes tanto en la obra como en la sociedad. ¿Pero hasta qué punto una obra de arte puede ser reflejo de la realidad? Es imposible que una literatura sea fiel copia de lo que acontece, primero porque el autor no asume ni puede asumir sus afirmaciones¹³⁴, segundo porque el lenguaje con que se vehiculizan una y otra son diferentes, tercero porque la literatura

¹³⁴ “El poeta ‘no afirma nada, y entonces nunca miente’... (y) una persona que toma las fábulas de Esopo ‘como la verdad verdadera’ debería tener su nombre figurando entre las bestias de las que se ha escrito” Citando a Sidney (1595): Yoshino, La ciudad..., *Op. Cit.*, pp. 32-33. El texto entre paréntesis es nuestro.

realista es una interpretación estilizada del autor sobre una sociedad (no de “la” realidad, ni siquiera de la realidad que ve el lector), cuarto porque la literatura aunque quiera ser transformativa no deja de ser ficción o literatura¹³⁵. En consecuencia, la base misma del pensamiento de Nussbaum (literatura basada en la realidad para derivar normas dirigidas a transformar la realidad) no es tan firme como la autora desea, por lo cual cualquier edificio que se construya sobre él no podrá resistir de la mejor manera las embestidas de los críticos.

3.6. Instrumentalización de la literatura

Este es un tópico muy sensible, tanto para artistas como para filósofos. Tristemente, el espacio no nos permite acotar los pensamientos de Kant¹³⁶, Heidegger¹³⁷, Gadamer¹³⁸ y Foucault¹³⁹ sobre la autonomía del arte, de la obra de arte y de la experiencia estética, lo que implica, necesariamente, una posición crítica, o por lo menos escéptica, ante los ejercicios instrumentalizadores (o esclavizantes, con base en el principio de libertad de Kant¹⁴⁰) de la literatura.

En este sentido, ¿plantear la literatura como un medio de formación moral, y no de cualquier moral, conlleva una instrumentalización de la literatura? Al respecto caben dos posibles respuestas. La primera, de corte cualitativo, es un rotundo sí, en la medida que

¹³⁵ Si bien hay amplia literatura sobre las diferencias entre literatura (incluso la realista) y realidad, véase por el momento: Saganogo, Brahman, “Realidad y ficción: literatura y sociedad”, En: *Estudios Sociales*, Guadalajara, Nueva Época, 1, 2007, pp. 53-70 (especialmente, pp. 59-61).

¹³⁶ Expresados en varias de sus obras, destacándose: Kant, *Observaciones sobre...*, *Op. Cit.* Igualmente, Kant, *Crítica del juicio*, *Op. Cit.*, pp. 167-400 (especialmente el parágrafo 42, pp. 273-276 donde señala que “a quien interese, pues, inmediatamente la belleza de la naturaleza, hay motivo para sospechar en él, por lo menos, una disposición para sentimientos morales”, *Ídem*, p. 274). Así, el arte se articula al “último fin de nuestra existencia, a saber: en la determinación moral” (*Ídem*, p. 275). Empero, el sentimiento de asombro y empatía es diferente, si le creemos a su obra escrita algunas décadas antes (*Observaciones sobre...*, *Op. Cit.*), al sentimiento de lo bello. Podría intentar conciliarse ambas afirmaciones kantianas si se considera que el mero interés en lo bello no permite un tránsito adecuado de lo agradable (bello) a lo bueno (moral), a menos que medie el gusto, como crítica del juicio, en su sentido puro, pero esto exigiría estudios mayores que aquí no podrán darse.

¹³⁷ Que remite, fundamentalmente, a: Heidegger, Martin, “El origen de la obra de arte” (1935-1936), En: Heidegger, Martin, *Caminos de Bosque*, Trad. Helena Cortés y Arturo Leyte, Madrid, Alianza, 1998, pp. 11-62. Sólo baste citar la ya famosa expresión: “El origen de la obra de arte es el arte. Pero ¿qué es el arte? El arte es real en la obra de arte” (*Ídem*, p. 28).

¹³⁸ Gadamer, *Verdad y...*, *Op. Cit.*, pp. 31-222 (especialmente, pp. 75-142 donde analiza el paso de Kant a Heidegger en la valoración subjetiva y autónoma de la obra de arte).

¹³⁹ Foucault, *De lenguaje...*, *Op. Cit.*, pp. 63-103. La obra es “configuración del lenguaje que se detienen sobre sí, que se inmoviliza, que constituye un espacio que le es propio y que retiene en ese espacio el derrame del murmullo..., y que erige así cierto volumen opaco, probablemente enigmático” (*Ídem*, p. 64) por lo cual la asignación de una finalidad clara a la obra es cosa del lector y no de la literatura. En fin, la literatura, como auto-generadora de lenguaje más que de sentimientos (*Ídem*, p. 90) no puede ser sometida, ni siquiera por el lenguaje (*Ídem*, pp. 93-94) ni por sí misma. En consecuencia, ¿no podría pensarse en la teoría de Nussbaum como un intento de domesticación de algo indomable?

¹⁴⁰ Pues el arte sólo es fruto de la libertad y, como juicio de gusto, autónoma de la ciencia, aunque no tanto de la determinación moral. Kant, *Crítica del juicio*, *Op. Cit.*, pp. 276-277.

se le da un valor a la literatura no medida en su propia capacidad de generar belleza (encanto) y sublimidad (conmoción), retomando a nuestro gusto la distinción kantiana entre bello y sublime¹⁴¹, sino en su perspectiva de formación moral, asunto que puede remontarse al maestro de Königsberg: “tomar un *interés inmediato* en la belleza de la *naturaleza* (no sólo tener gusto para juzgarla), es siempre un signo distintivo de un alma buena, y que, cuando ese interés es habitual y se une de buen grado con la contemplación de la naturaleza, muestra al menos, una disposición de espíritu favorable al sentimiento moral”¹⁴². Pero eso, igualmente, fue lo que sucedió con la literatura edificante propia de las sociedades moralistas del pasado, basado en hagiografías, manuales del buen morir, fábulas con moralejas morales institucionales, cuadros de costumbres, causas célebres, etc.¹⁴³ ¿En qué se diferencia estas prácticas anteriores, que instrumentalizaron a la literatura en el pasado? Además, esto tendría una faceta negativa: el disvalor que implicaría una literatura que no condujese a un fin moral determinado, a un punto tal que así podría justificarse (como lo hiciera Platón¹⁴⁴) una expulsión de los literatos y los poetas, de un lado, y una censura de la literatura, del otro, si no están al servicio de una moral específica, una moral que, paradójicamente, se funda en el respeto del pluralismo y el reconocimiento de diferentes cosmovisiones de lo justo.

Nussbaum, por ejemplo, critica “un enfoque de la literatura que cuestiona la posibilidad misma de receptividad ante otros seres humanos que nos saque de nuestro propio grupo, y de necesidades e intereses humanos comunes como fundamento de esa receptividad”¹⁴⁵; esto es, critica la literatura que genera sentimientos de identidad y homogeneidad (pensamos en la literatura romántico-nacionalista) que se enfrenta a su

¹⁴¹ Kant, Observaciones sobre..., *Op. Cit.*, pp. 125-165. Por demás, obsérvese que Kant radica dicho sentimiento de lo bello y lo sublime en la persona misma, aunque con condicionamientos culturales, por lo cual desde la experiencia estética es muy difícil hablar de universalidades en la apreciación.

¹⁴² Kant, Crítica del..., parágrafo 42, p. 273. Véase el análisis que de estas ideas hace: Gadamer, Verdad y..., *Op. Cit.*, pp. 78-87.

¹⁴³ Por ejemplo, ya está bien trabajado cómo los juristas decimonónicos estaban estrechamente relacionados con la literatura, especialmente aquella de la que se creía en su momento que se derivaba una formación moral de los lectores. Por ejemplo: Mazzacane, Aldo, “Literatura, proceso y opinión pública: Recuento de causas célebres entre el bello mundo, abogados y revolución”, Trad. Andrés Botero, En: Mazzacane, Aldo et. al., *Causas célebres y derecho: estudios sobre literatura, prensa, opinión pública y proceso judicial*, Medellín, Universidad de Medellín, 2011, pp. 9-40. Igualmente, Williams, Raymond, *Novela y poder en Colombia. 1844-1987* (1991), Trad. Álvaro Pineda-Botero, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1991. Botero, Andrés, “Saberes y poderes: los grupos intelectuales en Colombia”, En: *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Facultad de Derecho, No. 30, enero-abril, 2011, pp. 161-216. Y dicha íntima relación con cierto tipo de literatura (cuadros de costumbre, fábulas, causas célebres, etc.) no necesariamente encaja con el deseo moral humanista de Nussbaum, lo que pone en evidencia que realmente el centro de gravedad no gira en torno a la relación literatura-moral, sino entre cierto tipo de literatura con cierto tipo de moral, bajo cierto tipo de procedimiento.

¹⁴⁴ Lo que nos remite, de nuevo, a: Yoshino, La ciudad..., *Op. Cit.*

¹⁴⁵ Nussbaum, El cultivo..., *Op. Cit.*, p. 145.

modelo de ciudadano cosmopolita. ¿Pero eso ya no es una forma de censura en el campo del ingenio estético? A la vez que nos introduce en un dilema: ¿Si la buena literatura genera ciertos efectos morales deseados, aquella que no los genera sería entonces pseudo-literatura?

Otro asunto es que se señale que es posible tanto el asombro estético como la capacidad moral de formación. Ahora, esto se podría sostener en una de dos vías. A) Que son posibles ambos efectos en una misma lectura, incluyendo afirmar que uno depende de la presencia del otro¹⁴⁶ (como lo sugiere Nussbaum, siguiendo, creemos, a Kant)¹⁴⁷, por lo cual la novela sin pretensiones estéticas ni retóricas (esto es, la tediosa y/o sin buen manejo de tropos) tendría poca o nula capacidad de formación moral. B) Que son autónomos, pero sería posible, por su propia autonomía, que uno se presente, en una lectura, y que el otro se presente en otra.

De estas dos opciones, la más compleja es la primera: ¿Podemos unificar en sus efectos y en un mismo acto de reconocimiento (en una misma lectura entendida como procesos) la función moral con la función poética en el lenguaje? Si es así, entonces ¿cuál sería el criterio diferenciador entre los discursos? ¿Es posible, en una misma lectura, al mismo tiempo, ser conscientes del valor estético de la obra y de su valor moral? Y ¿si la moral depende del valor estético, de manera tal que todo lo bueno es bello y todo lo bello es bueno, no se estaría regresando al modelo platónico de ideas incardinadas entre ellas? ¿Incluso, no es la literatura realista una exageración estética de la crueldad y la maldad de las relaciones sociales que genera una “sublimidad-terrorífica”? Si es así, ¿lo bello no estaría en la descripción de la maldad sino en el fin moralizante (que no necesariamente es del autor, pero sí del lector soñado por Nussbaum)? Además, si lo bello es bueno y lo bueno es bello ¿cómo explicar obras literarias mal escritas, pero que obedecen a fines moralmente buenos?

Ahora, si seguimos nuestras preguntas no acabaríamos, porque, si nos atenemos a lo dicho por nuestra autora, la capacidad de compadecernos de los protagonistas está en la descripción hermosa de la obra, por lo cual lo estético nos conduce de forma inmediata a lo moral. Entonces, ¿lo estético, como arrojamiento del espíritu ante la inmensidad de lo bello (en una catarsis aristotélica) es lo que conduce a la formación

¹⁴⁶ Dice Nussbaum que las “operaciones morales (de la novela) no son independientes de su excelencia estética” (p. 64, paréntesis nuestro), pues es la “forma (retórica la que) provoca reacciones (emotivas) en la audiencia” Nussbaum, *El conocimiento...*, *Op. Cit.*, p. 50, paréntesis nuestro. En igual sentido, *Ídem*, pp. 27-34, 58-59.

¹⁴⁷ Sin embargo, deja en claro la dificultad de articular el kantismo con una propuesta ética fundada en la literatura: *Ídem*, pp. 42-43.

moral? Así cualquier contenido artístico, en la definición ya dada, tendría la misma capacidad de formación moral, por lo que no sería posible privilegiar sólo cierto tipo de literatura.

¿O será más bien que Nussbaum alude a que una historia bien narrada puede cautivar más, lo que estaría asociado a la probabilidad de que el lector se forme moralmente a partir de la misma? Esto en primer lugar implica rechazar las obras “duras”; es decir, aquellas que no atrapan fácilmente a un lector promedio. En segundo lugar, no podemos confundir, en modo alguno, narrar bien, involucrar y atraer al espectador, con el gusto estético que una obra puede generar, pues lo primero es un requisito, y consecuencia, de toda retórica (entendida aquí como atracción)¹⁴⁸ y lo segundo es un efecto de ciertas obras que, misteriosamente (y lo digo así pues aún no hay nada sentado como verdadero al respecto), logran arrebatarse de la realidad al espectador y, por qué no, formarlo en variados casos. No confundamos, pues, el ejercicio retórico necesario en cualquier medio escrito, incluyendo el literario y el educativo-moral, con la estética que se derive de la obra.

Además, aunque no podamos darle mayor realce, todo esto pone en evidencia cómo Nussbaum identifica la dimensión constativa y retórica del lenguaje, como hacen muchos deconstructivistas (como Derrida¹⁴⁹), haciendo “imposible el deslinde de la fuerza asertiva y el contenido de lo afirmado y se borra, también, la autoridad de la voz filosófica que quiere decir, más allá de lo dicho en el texto, un argumento”¹⁵⁰. Pero lo más grave de esta identificación está en las libertades indebidas que de esta manera se permite el discurso estético frente a otros discursos, que hace que el estudioso del lenguaje pierda la capacidad de diferenciación de la función lingüística de los discursos¹⁵¹, llegando de esta manera a reducir su esquema de interpretación a las variables propias del lenguaje estético o creer, en un fuerte reduccionismo, que todo discurso es estético-retórico y que la filosofía es, simplemente, un género literario. Ahora, esto no niega que puedan relacionarse, aunque no identificarse, estos diferentes discursos, pero bajo la premisa que

¹⁴⁸ Valga aquí remitir al lector a: Foucault, De lenguaje..., *Op. Cit.*, pp. 63-103. Esta obra señala que en el siglo XIX se produjo una ruptura de la literatura consigo misma (*Ídem*, pp. 75-79), y en especial con las reglas retóricas (*Ídem*, p. 72 y 92), pues ya no se trata de expresarse bellamente. Todo esto exige, por demás, una nueva dimensión de la crítica literaria (pp. 89-103). Entonces, agregamos, si la literatura ya no está detrás de la retórica, ¿cómo se generaría el efecto compasivo al que alude Nussbaum?

¹⁴⁹ A pesar de las fuertes diferencias entre el autor francés y nuestra autora: Castells, Carme, “¿Quién teme a Martha Nussbaum?”, En: *Lectora: Revista de dones i textualitat*, Barcelona, No 9, 2003, pp. 113-123 (en la Web: <http://revistes.iec.cat/index.php/lectora/article/view/42989/42940>). En la versión digital: p. 5.

¹⁵⁰ Thiebaut, Filosofía y..., *Op. Cit.*, p. 95. Las críticas a Derrida en este punto, se encuentran en: Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad: doce lecciones* (1985), Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Tauros, 1989, pp. 225-254.

¹⁵¹ Thiebaut, Filosofía y..., *Op. Cit.*, pp. 97-100.

“las formas de referencia al mundo de un uso del lenguaje determinado se corresponden con la explícita conciencia de tales usos”¹⁵².

Ahora, frente al otro punto (B), si no hay lugar a la confusión entre lecturas o entre niveles de lenguaje, una estética y otra formativo-moral, no estamos ante el modelo señalado por Nussbaum, pues primero según ella lo estético conlleva al sentimiento moral, y segundo porque si ambas lecturas son independientes -aunque relacionables- entonces pueden coexistir como puede que no, lo que se enfrenta a la relación establecida por la autora estadounidense¹⁵³, por lo cual sería tan válido afirmar que lo estético (con crítica y co-ducción si se quiere) conduce, en ciertos casos, a la moral, como señalar que, en otros, esto no sucede. Entonces, si partimos de que hay que diferenciar la función estética del discurso poético de una posible función formativa, llegamos a que no hay identificaciones estructurales ni funcionales, aunque es posible combinaciones o relaciones contextuales y circunstanciales basados, eso sí, en el modelo de la doble lectura (pues una lectura -la estética- no puede ser, por sí misma, otra lectura -la moral-), en tanto que la literaria busca “abrir” nuevos mundos, mientras que la moral (al igual que el derecho y las ciencias) busca solucionar problemas “en” el mundo¹⁵⁴. En este sentido se expresa Habermas: “las obras de arte autónomo cumplen el papel de objetos que nos abren los ojos, que provocan nuevas formas de ver las cosas, nuevas actitudes y nuevos modos de comportamiento. Las experiencias estéticas no se encuadran en formas de práctica; no están referidas a habilidades cognitivo-instrumentales y a ideas morales que se forman en los procesos de aprendizaje intramundano, antes están entretejidas con la función de constituir mundo, de abrir mundo, que posee el lenguaje”¹⁵⁵.

Y, por último, ¿no hay una contradicción en desligar del modelo una crítica al utilitarismo y de considerar, al mismo tiempo, que la filosofía debe propiciar cambios en el sistema para ser “defensores de la humanidad”¹⁵⁶? ¿Valorar la literatura por su capacidad de generar sentimientos morales considerados como superiores no supone cierta dosis de utilitarismo a pesar del rechazo que dicho movimiento genera en la autora

¹⁵² *Ídem*, p. 100.

¹⁵³ Para nuestra autora negar la relación de la literatura con una agenda política es “abrazar un tipo extremo de formalismo estético que resulta estéril y poco atractivo. A través de toda su historia, la tradición estética occidental ha tenido una intensa preocupación por el carácter y la comunidad. La defensa de esa tradición en las ‘guerras culturales’ contemporáneas debería conquistar nuestro apoyo”. Nussbaum, *El cultivo...*, *Op. Cit.*, pp. 121-122.

¹⁵⁴ Thiebaut, *Filosofía y...*, *Op. Cit.*, p. 100.

¹⁵⁵ Habermas, Jürgen, *Pensamiento postmetafísico* (1988), Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1990, p. 97. Habermas, *El discurso...*, *Op. Cit.*, pp. 247-248.

¹⁵⁶ Concepto reiterado en la entrevista que hizo Boyton, Robert, “¿Who Needs Philosophy?: A profile of Martha Nussbaum”, En: *The New York Times Magazine*, 21 de noviembre de 1999.

estadounidense?¹⁵⁷ Y podría pensarse de tal manera, porque el valor que le da nuestra autora a la literatura radica en su potencialidad formadora, por tanto la considera útil o ventajosa para el proyecto político-moral que ella representa.

Ahora, es claro que la utilidad que la literatura le presta, según su prisma, a la justicia (como institución) no es la misma en la que piensa un defensor de AED cuando alude a la maximización de la utilidad como principio de determinación de la regla, pero no deja de ser una forma de plantear a la literatura en el marco de un sistema de elecciones razonadas basadas en la mayor o menor conveniencia de contar con lectores-jueces para un fin determinado. ¿Pero este riesgo utilitarista podría deconstruirse aceptando que hay diferentes modos de utilidad, aceptando algunos medios como útiles si contribuyen con cierta finalidad?

3.7. Otras consideraciones críticas

Frente al tema de la *lex artis*, igualmente surgen algunas sospechas referentes a la real capacidad de la literatura en la formación técnica del juez, aunque esto no nos permita dudar, no queremos dudar, de la importancia de la buena retórica en el mundo jurídico y del deber moral y político que hay en escribir y hablar bien por parte de los jueces. Bien decía Marí que:

los jueces y los juristas ponen y deben depositar profunda atención en la selección de las palabras en que se expresan como en el uso de las metáforas y las similitudes que emplean en sus prácticas, y nadie pone en duda que una profunda versación literaria aplicada a sus respectivas labores los alejará de su condición de «hombres del papel sellado», permitiéndoles tomar la delantera en un momento en que la teoría de la argumentación y la retórica ocupan un lugar significativo en la teoría y la crítica jurídicas¹⁵⁸.

Pero una cosa es afirmar la existencia de este deber así como su importancia, y otra bien distinta es considerar que de la literatura se deriva la eficacia de dicho deber en el ámbito judicial. En primer lugar, ¿hasta qué punto es posible afirmar que de la lectura

¹⁵⁷ Esta misma crítica podría extenderse a la defensa que Nussbaum hace del arte por las ventajas que reporta incluso para la cultura empresarial: "Por otro lado, con las artes sucede lo mismo que con el pensamiento crítico. Descubrimos que resultan fundamentales para el crecimiento económico y la conservación de una cultura empresarial sana... la capacidad de imaginación constituye un pilar de la cultura empresarial". Nussbaum, *Cultivar la...*, *Op. Cit.*, p. 151. Otra idea muy similar, sobre las ventajas de su propuesta educativa para la prosperidad económica, en: Nussbaum, *La crisis...*, *Op. Cit.*, p. 30. Recuérdese, además, que nuestra autora liga la creatividad con el pensamiento crítico (*Idem*, p. 26).

¹⁵⁸ Marí, *Derecho y...*, *Op. Cit.*, p. 260 (pp. 251-287). Otras reflexiones sobre este deber retórico en los jueces, en: Pérez, *Derecho y...*, *Op. Cit.*, pp. 143-149.

se aprende competencias básicas en escritura (esto es, a las referidas al manejo del código con adecuación –redacción, ortografía, etc.- y variedad expresiva), teniendo en cuenta que la escritura y la lectura son procesos tan diferentes y que van mucho más allá de, y que incluso en ciertos casos no suponen conocer, las reglas ortográficas? Tal vez es más fácil aprender ortografía escribiendo que leyendo, dejando así en claro que no pueden identificarse plenamente la lectura y la escritura¹⁵⁹, máxime que esta última es un proceso que requiere de técnicas más conscientes que los tenidos para la lectura (que tampoco es fruto de un acto reflejo: se hacen, no nacen).

Incluso, para darle más realce a nuestra sospecha, ya contamos con trabajos, aunque relacionados con la formación de niños¹⁶⁰ en el contexto de la adquisición de competencias básicas de alfabetismo¹⁶¹, que ponen en evidencia que la ortografía (fundamental en el oficio del juez) no se adquiere plenamente por el hecho de leer continuamente:

En conclusión, los hallazgos de este estudio muestran como, en una ortografía transparente como el español, el patrón dominante es que ambos procesos, lectura y escritura, se llevan a cabo por mecanismos cognitivos diferentes. Al analizar los resultados obtenidos en ortografía arbitraria y natural, podemos concluir que el léxico ortográfico que se adquiere con la lectura es diferente al que se adquiere con la escritura. Estos hallazgos tienen implicaciones didácticas en cuanto que sugieren que los problemas de ortografía en la escritura posiblemente no se corrigen con tanta eficacia sólo a través de la lectura¹⁶².

¹⁵⁹ Lo que exige, por demás, el estudio de textos pedagógicos que aclaran las distinciones, incluso en sus procesos de adquisición, entre ambas competencias. Ejemplo: Cassany, Daniel, *Reparar la escritura: didáctica de la corrección de lo escrito*, Barcelona, Graó, 1997. Cassany, Daniel, *Describir el escribir. Cómo se aprende a escribir*, Barcelona, Paidós, 1998.

¹⁶⁰ Por demás, nuestra autora concibe que es posible articular la formación en competencias básicas del niño con la de capacidades morales esenciales por medio de la lectura (por parte de los padres y luego del propio niño) de historias literarias, desarrollando así su imaginación narrativa. Nussbaum, El cultivo..., *Op. Cit.*, pp. 122-123).

¹⁶¹ Obviamente los problemas de adquisición de un alfabetismo básico no son los mismos a los de alfabetismo de nivel superior que implica la lectoescritura en contextos disciplinares. En este caso el buen uso del lenguaje oral y escrito del derecho tendría sus propios métodos de enseñanza, pero incluso, ¿para adquirir las competencias orales y escritas de ese lenguaje disciplinar es necesaria y/o suficiente la literatura? Creemos que no, aunque pueda servir, junto a un buen acompañamiento del docente (quien debe ser ya competente en el lenguaje disciplinar) y en compañía de buenos libros jurídicos (esto es, especializados en el lenguaje disciplinar) para que el estudiante de derecho adquiera estas nuevas competencias. Entonces, como lo diremos más adelante, la pregunta no es tanto si la literatura forma a buenos jueces, sino cómo y en qué grado la literatura puede ayudar a formar a buenos jueces.

¹⁶² Jiménez, Juan; Naranjo, Francisco; O'Shanahan, Isabel; Muñetón-Ayala, Mercedes y Rojas, Estefanía, "¿Pueden tener dificultades con la ortografía los niños que leen bien?", En: *Revista Española de Pedagogía*, Madrid, Año LXVII, No. 242, Enero-Abril 2009, p. 58 (pp. 45-60). Terminan sugiriendo que la mejor manera de aprender ortografía es mediante la copia (re-escribir textos) y el dictado.

Además, se preguntará un anárquico lingüístico: ¿no estaremos, en cambio, ante exigencias de poder que consideran “buenas” ciertas aprehensiones y manejos del idioma a un punto tal que se nos pide que estemos atentos a ciertas obras literarias (pues no todas corresponden al canon) para homogenizar nuestras formas de expresión? Y no asumiremos profundamente este debate porque creemos que el lenguaje, como un canal cohesionador (sin tener que llegar por eso a la radicalidad habermasiana¹⁶³), siempre tendrá sus propios medios de uniformización del lenguaje, pues así se garantiza la comunicación entre diferentes. Mejor seguir indagando sobre las posibilidades de que la lectura forme en escritura.

De todas formas, sí sería posible plantear una correlación entre ambas en virtud de que quien lee mucho tiene una cantera dispuesta para fortalecer, si aparecen otros factores detonadores como el *animus*, su capacidad comunicativa tanto oral como escrita, que se funde en ese mismo lenguaje leído. Por tanto, bien puede decirse que nuestra condición de lector tiene mucho (pero no todo) para afectar nuestro aparato cognitivo y pragmático (ubicando aquí, con cierta licencia, nuestra competencia comunicativa). Pero ¿también el moral?

Esto nos lleva a la pregunta sobre las posibilidades concretas de la formación moral de los cánones comunicativos, en especial los propios de la escritura, a partir de la lectura. Ahora, si partimos de una lectura como formadora, tendríamos que preguntarnos por la formación inconsciente, pues el lector-juez no hace un ejercicio de lectura para privilegiar en su consciencia las formas en que está escrito lo que lee: ¿Es posible ser consciente, para una formación correcta, de los usos formales (redacción, ortografía, puntuación, etc.) de una obra literaria sin que ello implique que se pierda el asombro estético que la misma debe generar y la actitud de espectador juicioso requerido en lo que respecta a la trama? Esto es una nueva presentación del dilema ya visto de la conexión necesaria entre forma y contenido.

Además, ¿si la literatura realista debe registrar los diálogos de forma verídica, de manera que la escritura no podría corresponder por entero con la lengua “culto” (que no es la que se habla en la calle), entonces cómo se aprendería esta última de aquella? Dudamos mucho que una lectura (otra cosa es que se hagan varias lecturas, con intenciones diferentes cada una) del libro dé lugar a todos estos objetivos. ¿Y cuál sería la respuesta? Es muy posible que mediante asociaciones no hechas conscientemente se

¹⁶³ El lenguaje (especialmente el jurídico) como canal cohesionador, es una idea que atraviesa la teoría de la acción comunicativa. Ver, especialmente: Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* (1992), Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 57-103.

aprehendan reglas comunicativas básicas que pueden ser transferibles a la escritura. Es más, por medio de este juego de asociaciones que no pasan siempre por actos conscientes ni mucho menos críticos, es que aprendimos muchas de las funciones básicas lecto-escritoras. Sin embargo, fuera de estas funciones esenciales, ¿puede aprehenderse por esta misma manera giros estilísticos, ortografía en casos difíciles para el mismo idioma, redacción y manejo de la puntuación en situaciones más allá de lo básico? No caeremos en las afirmaciones, por más razonables que parezcan, sin tener fundamentos más empíricos de nuestra parte. Lo mejor es dejar que los pedagogos, que tienen el campo sembrado con reflexiones y datos, nos resuelvan la inquietud. Pero lo que sí creemos es que aprehender giros estilísticos a partir de la lectura, por dar un caso, no implica el mismo proceso requerido para la formación moral a partir de novelas.

En segundo lugar, sigue el interrogante, aunque hay que decirlo hay argumentos razonables en nuestra autora, sobre cómo la capacidad concreta del juez en argumentar (que es una técnica con un valor autónomo de la literatura) se incrementa a partir de la lectura de novelas realistas. No obstante, esto debe ir más allá de la formulación de conjeturas y deseos. Y es que, para agregar a nuestra sospecha, una técnica (en su sentido etimológico) no se aprende mediante la lectura, ni siquiera la lectura manualística, aunque esto facilite, claramente, la labor de aprendizaje. Y si de facilitar la labor de aprendizaje de argumentar se trata, pues podría hacerse uso de manuales o incluso de obras literarias (lo que conlleva mediatizarlas pues se ponen al servicio de la educación en argumentación), aunque ello no implica que definitivamente se aprenda la técnica argumentativa por medio de dichas obras, puesto que es perfectamente posible que se aprenda a argumentar sin necesidad de pasar por los manuales ni mucho menos por la literatura como medio de enseñanza: ¿acaso el aprendizaje directo del maestro, sin otras fuentes, no es una buena fuente de aprendizaje de la técnica demostrada a lo largo de la historia? Entonces, como ya dijimos en otra oportunidad¹⁶⁴, la argumentación, en cuanto a su técnica se refiere, se aprende argumentando¹⁶⁵, pudiendo ser de gran ayuda, pero sin llegar a ser factor necesario, la lectura de manuales y otros textos. Y si esto es así, la

¹⁶⁴ Botero, Andrés, "Argumentación, cultura jurídica y reforma de las facultades de Derecho: reflexiones generales sobre las condiciones de posibilidad de la argumentación en la cultura jurídica latinoamericana contemporánea", En: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Argumentación jurisprudencial: Memoria del I Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, pp. 439-473.

¹⁶⁵ De la misma manera que la escritura: "Sólo entrando en el taller se puede saber cómo se hace". Mazzei, Diego, "El gran *professore*: A solas en Milán con Umberto Eco, uno de los pensadores más brillantes de nuestro tiempo", En: *La Nación*, 21 de octubre de 2012. En la Web: <http://www.lanacion.com.ar/1519155-el-gran-professore> (consultado 29-10-2012).

técnica de la argumentación no se aprehende por modelos inconscientes de asociación, sino por medio de ejercicios prácticos que no sólo afianzan sino que incluso crean dicha aptitud.

Todo parece sugerir, pues, que el proceso de aprendizaje de una lengua implica una metacognición, esto es, una pregunta consciente sobre la palabra leída, para hacerlo parte de un proceso cognitivo. De lo que se deriva que leer y formarse (tanto en lo moral, como en lo idiomático y argumentativo) obedecen a dos momentos diferentes, aunque puedan relacionarse de una manera que aún está por establecerse en el marco de los jueces. Y, por demás, sólo creyendo en dicha separabilidad es que el lector no corre el riesgo de perder la emoción que le produce la literatura, pues no la concibe como un medio necesario y simultáneo para su formación.

4. CONCLUSIONES

Pensaríamos que ya no estamos en épocas para hablar de exactitudes morales y caminos irreductibles. Pero qué lejos estamos de eso, máxime que hoy se habla, con la complicidad (¿o autoría?) de los medios de comunicación de caminos irrefutables para la moral institucional, profundamente asociada a la defensa del *status quo*. En este sentido, Nussbaum aparece como una voz de esperanza, fruto de su constante compromiso¹⁶⁶ con modificar las estructuras sociales depredadoras del individuo¹⁶⁷, aspecto difícilmente cuestionable en cuanto sus buenas intenciones, al llamar la atención en que “nuestra experiencia, sin narrativa, es demasiado limitada y demasiado provinciana”¹⁶⁸; esto es, sobre el valor del humanismo, de la democracia y de la ciudadanía cosmopolita basada no en la hegemonía sino en la tolerancia y el respeto que parece brindar la literatura. Incluso, enhorabuena encontramos a una Nussbaum que se enfrenta con argumentos muy persuasivos a las críticas intra-filosóficas (Nietzsche¹⁶⁹, por ejemplo) y al contexto hegemónico (fruto de la sustentación de nuevos niveles de explotación del ser humano

¹⁶⁶ Puesto que el bien, por su fragilidad, exige de un compromiso por parte del filósofo. Nussbaum, *La fragilidad...*, *Op. Cit.*, p. 31, defensa del bien que ella enlaza con la cultura griega.

¹⁶⁷ Activismo político en el que Boyton, en una entrevista a nuestra autora (Boyton, *¿Who Needs...*, *Op. Cit.*), hace un gran énfasis. Ver: Castells, *¿Quién teme...*, *Op. Cit.*

¹⁶⁸ Nussbaum, *El cultivo...*, *Op. Cit.*, p. 101.

¹⁶⁹ No nos olvidemos de la crítica que este autor hace a la moral compasiva (que es propia de los esclavos, de los débiles), a la que considera como vertical (quien se compadece se ubica por encima del compadecido). Entonces, la compasión sería la gran enfermedad del Hombre. Fundamental: Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral* (1887), Trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 2009, pp. 157-158 y 161-162. También: Nietzsche, Friedrich, *Más allá del bien y del mal* (1885), Trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 2003.

basados, especialmente, en el industrialismo: capitalismo y comunismo)¹⁷⁰ que ponen en jaque (si es que ya no han hecho mate) al humanismo y a la formación ciudadana.

Sin embargo, su propuesta de consecución del ideal humanista presenta serios cuestionamientos desde el propio texto que analizamos, más allá de lo que deseáramos. Esto es que, parafraseando a García, desde “una interpretación literal del argumento de Nussbaum (su teoría) está condenada al fracaso; por lo tanto, si queremos darle algún sentido, deberíamos tratar de identificar la intuición que la sostiene”¹⁷¹. Y decimos así porque, como buenos amantes que somos de la literatura, soñamos con teorías que consideren que la literatura no es sólo buena en cuanto el gusto, sino también en cuanto la razón práctica (política, ética y derecho), como la bien-intencionada y muy convincente propuesta de Nussbaum. Pero, si nos dejamos llevar por lo que deseamos oír para calmar nuestros espíritus que siempre deben dar cuenta a los otros del por qué leemos, en medio de una sociedad que lee cada vez menos, dejaríamos caer nuestro amor (la literatura) en una situación difícil: si mediatizamos la literatura y ésta, por alguna razón, no cumple con lo que se prometió, pues el desencanto general sobre ella será aún mayor. Es por ello que una manera de proteger el gusto es no dando *explicaciones* de sus ventajas (salvo que tengamos estudios generales y demostrativos a nuestro favor), dejando sólo en el gusto la *justificación* de nuestra querencia.

Esto nos lleva, pues, a sospechar, aunque no a rechazar, de todo aquel que pretenda legitimar lo estético por otras consideraciones, en este caso, la formación moral y la agenda política. Y el gusto, no sólo desde Kant sino desde que el individuo aparece con su fuerza arrolladora en la historia, está profundamente asociado a concepciones particulares. En este sentido se puede decir que la literatura es como el vino. ¿Y cuál es el mejor vino? El que más nos guste. Además, si reconocemos que el gusto se incentiva por la costumbre, por el hábito, entonces nuestra percepción del buen licor así como la de la buena obra pasan por nuestras construcciones que, como en un círculo, se aprovechan de su propia experiencia, que se acumula cada día, para depurarse en sí mismas. Son estas las ganancias, los valores agregados en la vida, que registramos con casos particulares de forma, supuestamente, intuitiva.

Añadimos que esa legitimación podría ser peligrosa si no se toman medidas retóricas atenuantes en todo momento, pues no está demostrado (y no creemos que

¹⁷⁰ Contexto donde se evidencia una “excesiva confianza en las formas técnicas de modelación del comportamiento humano” (Nussbaum, La imaginación..., *Op. Cit.*, p. 43), en especial las derivadas del “utilitarismo económico” que conlleva a una deshumanización en lo moral y una tendencia totalitaria en lo político.

¹⁷¹ García Valverde, Desacuerdo moral..., *Op. Cit.*, p. 76. Texto entre paréntesis es nuestro.

pueda demostrarse) una relación suficiente ni necesaria entre formación moral y literatura, por todo lo ya visto. Otra cosa habría sido señalar que ciertas personas, en ciertas condiciones (como el diálogo, en su sentido más *agónico*), pueden desarrollar más rápidamente o de mejor manera ciertas aptitudes que otras, especialmente basados en cierto tipo de literatura que ya haya sido estudiada, más allá de las conjeturas, sobre sus posibilidades de ocurrencia. Pero esto, desde la lógica, no es tan contundente como para modificar radicalmente esquemas sociales, en tanto sería tan válido decir lo anterior como señalar todo lo contrario: que ciertas personas, en ciertas condiciones, no desarrollan ciertas aptitudes, en este caso morales. Así las cosas, la historia de la importancia moral de la literatura quedaría reducida a un buen recuento de experiencias y, en el mejor de los casos, estadísticas, que, para aumentar su pretensión de validez general, deben estar acompañadas, además, de mayores explicaciones e incluso justificaciones en torno a por qué cierta moral y no otra, entre otros razonamientos.

Entiéndanos bien el lector: sospechar de que la literatura presenta todas las ventajas que la autora estadounidense señala no implica que se nieguen rotundamente; sin embargo, nuestro escepticismo (que tiene un valor moral, en tanto conlleva a una tolerancia al considerar que los matices siempre son necesarios) nos impone ver como posible que dicho efecto no se logre, o que dicho efecto no necesariamente tiene que ser el deseado por el otro. Conocemos casos, sin duda alguna, donde la constante y buena lectura coadyuvó a una mejor redacción escrita, por dar un ejemplo; pero esto no permite concluir que una lleva a la otra. No basta, tampoco, la mera enunciación de algunas experiencias particulares, pues habrá eventos contrarios (sin que esto implique que se deban mirar despectivamente), si se quiere afirmar -con una pretensión de validez general- que del leer se deriva un buen juez, una moral humanista, etc.

Igualmente, creemos que la propuesta de Nussbaum lograría mayor capacidad de convencimiento si partiese de un esquema diferente, esto es, que en vez de intentar demostrar –desde la razonabilidad¹⁷², de la conexión íntima entre moral y literatura, y de algunos casos exitosos¹⁷³– que la formación moral de los jueces se garantiza a partir del arte en general y de la literatura en particular, se hubiese centrado más en defender la literatura en el derecho desde de la importancia pedagógica y epistemológica de la interdisciplinariedad en la educación jurídica, respetando el nivel diferenciado de ambos

¹⁷² ¿Pero lo razonable es moralmente bueno? ¿Lo razonable predice lo real? Estos aspectos siempre serán la médula del debate contra el liberalismo político de Rawls, Nussbaum, Alexy, etc. No será aquí donde se dé respuesta a estos interrogantes.

¹⁷³ Nussbaum, *La crisis...*, *Op. Cit.*

discursos¹⁷⁴, para lo cual podría dejar en claro que muchas de las ventajas ya señaladas podrían lograrse al tomarse conscientemente la lectura de la obra de arte como un medio de formación, pero dejando a salvo su componente estético que sería el resultado de otro tipo de lectura, aunque fuesen hechas por el mismo lector.

Un ejemplo aclarará lo dicho: un profesor de derecho puede ayudarse para enseñar las deficiencias humanas de los regímenes totalitarios de la primera mitad del siglo XX a partir de una obra de arte como “Vida y destino” de Vasili Grossman (1905-1964), publicada por primera vez en 1980, pero sin considerar que el valor pedagógico de la obra, con la finalidad puesta por el docente, se deriva directa e inmediatamente de su valor estético, el cual él debería dejar a criterio dialógico de sus estudiantes. Así las cosas, podría racionalizarse dicha obra para un fin pedagógico; sin confundir esa lectura con otra, la que atribuye valor estético, que debe estar a su vez desprovista de la finalidad asignada por el docente. Ahora, cuando se alude a dos lecturas, a dos procesos constructivos, se refiere tanto a dos niveles diferenciados de lenguaje (aunque partan de la misma obra) como a dos “tiempos-vitales” distintos; no creemos que en una misma lectura se pueda obtener, simultánea e inmediatamente, por una conexión íntima, dos resultados que obedecen a niveles de discurso diferentes, con búsquedas y propósitos diferenciados.

Y es que con la teoría de la conexión íntima se mediatiza la obra, de un lado, y al arte, del otro, al ponerlos al servicio formativo dándole así valor político si corresponden al ideal moral. Pero gracias a la distinción de lecturas, no se mediatiza ni la obra ni el arte, pues se excluyó cualquier posibilidad de deducir de ella, inmediatamente, el servicio formativo que pueden prestar. Además, así, en la lectura estética -esta es, la inmediata si le creemos a Kant- no se le pierde el gusto a la obra como sí sucedería si el lector hace consciente simultáneamente todas las posibilidades transformativas que el texto arroja. Metaforizando, se trata de hablar con la obra, sin confundir los acercamientos que hago a ella. Y haciendo esta distinción, bien puede darse una respuesta más o menos adecuada a la mayoría de los interrogantes planteados en el punto anterior a la vez que podríamos compartir un ideal formativo de la literatura; y cabe otra: publicita la lectura, lo que toma

¹⁷⁴ Ya habíamos dicho en un texto anterior que la interdisciplinariedad no supone la fusión de las disciplinas. Botero, Andrés, “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, En: Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires (Argentina), Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010, pp. 86-123.

aún más valor si tenemos en cuenta que está en franca caída tanto la comprensión lectora, el tiempo dedicado a la lectura y el número de textos leídos por año¹⁷⁵.

Incluso, este nivel de lectura que sugerimos a la obra de Nussbaum, que va más allá de verla como un simple ideal regulativo, permite la defensa de la lectura aunque no se genere el efecto deseado. De esta manera podemos decir que si no nos forma tal como es lo deseado, o no forma a otros según el ideal regulativo, pues no importa, seguiremos leyendo. Aunque esto, como imperativo del gusto, cierra la conversación y se ancla en el ruego al otro de que respete nuestro gusto por la lectura de la misma manera como no buscaremos obligarlo a que lo tome con esperanzas de necesaria mejoría moral.

Entonces, no creemos (y hemos usado con toda intención este verbo, puesto que si nos atenemos a la literalidad de las palabras usadas por Nussbaum su teoría no fue demostrada), que haya relación de necesidad y/o de suficiencia entre formación moral y literatura (ni siquiera con co-ducción y diálogo), que una misma obra de arte puede generar diversos efectos morales (o inmorales) en los lectores y que no hay necesariamente mejores tipos de literatura que otras para hacer surgir ciertos efectos morales aunque podría hablarse de tendencias guiadas o probabilidades, asunto que no fue expuesto en el texto que analizamos. Todo queda, pues, en el mundo de lo posible, de la potencia, que implica, por demás, que no basta con la lectura, siendo igualmente necesario pensar los contextos previos y concomitantes del lector (asunto que si bien no es central en Nussbaum tampoco le es desconocido) como otros requisitos de igual o mayor importancia en la formación moral derivada de la literatura. Y si esto es así, sería, y está por estudiar, más fácil esperar una formación moral humanista en otros procesos del ciudadano que en lo que éste lee como literatura.

Tal vez, y lo dejamos para discusión, el valor (¿moral?) que se derivaría de la lectura de narrativa sería que con ella se accede a un mundo estético, al que podemos denominar convencionalmente como “cultura”, al que no se accedería por fuera del arte. Aunque esto es un juicio circular: el valor del arte es que por medio del arte se accede a su valor; o dicho con otras palabras: el valor que el arte le brinda al *mundo de la vida* es que gracias al arte se puede acceder y habitar de manera diferente el *mundo de la vida*. Pero, justo esta circularidad hermenéutica, es la que nos permite hablar de una ventaja

¹⁷⁵ Datos aún más angustiantes en el caso estadounidense, tal como lo informa: Meece, Judith, *Desarrollo del niño y del adolescente: Compendio para educadores*, México, SEP y McGraw-Hill, 2000, pp. 247-248. Importante los datos mundiales que se pueden consultar, por ejemplo, en: Gutiérrez, A. y Montes De Oca, R., *La importancia de la lectura y su problemática en el contexto educativo universitario: el caso de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco* (México), 9, 2004, Madrid, OEI, México, UAEH. Este último texto disponible en la Web: www.rieoei.org/deloslectores/632Gutierrez.PDF (consultado el 02/10/2012).

palpable de la literatura: nos permite habitar y orientarnos en la realidad -así como en nuevos mundos- de formas diferentes, y nos brinda al mismo tiempo otras posibilidades de gozo¹⁷⁶. En este sentido podemos decir, junto a Eco, que “el que no encuentra tiempo para leer, peor para él”¹⁷⁷. Sin embargo, no consideramos viable por ello que estas formas diferentes de habitar y gozar la vida sean, *per se*, moralmente mejores que las de aquellos que no accedieron a cierto arte en particular o al arte en general. En fin, nos referimos, pues, al concepto mismo de cultura que hay detrás, entre otros asuntos, de “La mujer justa” de Sándor Márai¹⁷⁸, cuando se señala que una virtud de la cultura (en este caso la gastronómica) es poder saber dónde se venden las mejores aceitunas rellenas de tomate de París, lográndose así volver más amena la vida cotidiana al enriquecerla con otras perspectivas, pero sin llegar a creer que quien no tiene tal cultura no puede valorar o gozar la vida: un vecino de ese restaurante parisino, sin haber leído nada al respecto, puede saber que disfruta de las mejores aceitunas rellenas de su ciudad tanto como aquél que, por sus lecturas, ubicó este lugar.

En este sentido, el arte, permite una colonización diferenciada del *mundo de la vida* y un cuidado de sí (que no es lo mismo que la moral compasiva), lo cual es fruto, entre otras, de lograr una consciencia de la riqueza simbólica de lo humano, pero sin que pueda deducirse necesariamente de esto una perspectiva moral objetiva. El arte, pues, como camino, exige del lector que perfeccione su gusto en tanto más se adentra en el mundo estético, de forma tal que quien lleva mucho recorrido se siente autorizado para identificar sus cambios en la colonización del presente y en su autocuidado, por ejemplo, en la asunción de prejuicios o en la depuración del deseo que lo habilitará de mejor manera para una mayor selección en el disfrute, en la obra a ser leída, pues ya va conociéndose como espectador de arte, como lector de literatura. Y, si va conociéndose en su gusto, ya podrá plantearse él mismo, si lo desea, un plan de formación moral según sus prejuicios sobrevivientes, de mejor manera que los demás.

Por tanto, si alguien leyendo la literatura realista logra sentirse mejor ser humano, a pesar de lo vago de la expresión, no queda más que felicitarlo pues nos pone en

¹⁷⁶ “¿Qué demonios importa si uno es culto, está al día o ha leído todos los libros? Lo que importa es cómo se anda, cómo se ve, cómo se actúa, después de leer. Si las calles, las nubes, la existencia de los otros tienen algo que decirnos. Si leer nos hace físicamente más reales”. Gabriel Zaid, citado por: Pérez, Derecho y..., *Op. Cit.*, p. 143, nota 15.

¹⁷⁷ Agrega que, dado que los estímulos son infinitos, “es igualmente educativo leer un buen libro y ver un buen film. Es igualmente un modo de crecer y de hacerse una experiencia”. Mazzei, El gran..., *Op. Cit.*

¹⁷⁸ Marai, Sándor, *La mujer justa* (1941-1949), Trad. Agnes Csomos, 19ª ed., Barcelona, Salamandra, 2009. Esta novela gira en sus últimas páginas (*Idem*, pp. 409-415) sobre la cultura (aquella que colma de alegría inmensa, *Idem*, p. 413) que se encuentra en uno de los personajes (Péter), miembro de la alta sociedad, pero dejando en claro que riqueza y cultura no son lo mismo (incluso, cada vez están menos asociadas).

evidencia la posibilidad de que la literatura forme moralmente (y en este sentido dándole la razón a Nussbaum), a la vez que nos reconforta pues nos habla, en sí, de un sujeto autónomo, que ha asumido la responsabilidad de su formación y de sus prejuicios. No obstante, no subestimamos ni condenamos, como seguro no lo hace Nussbaum, a quien no logre tal condición o a quien lo logre por otros medios.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén* (1963-1964), Trad. Carlos Ribalta, 2ª ed., Barcelona, DeBOLSILLO, 2006.
- BARTHES, Roland, "La muerte del autor" (1968), Trad. C. Fernández Medrano, En: *El susurro del lenguaje*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 67-70.
- BAYLE, Pierre, *Comentario filosófico sobre las palabras de Jesucristo "Oblígaos a entrar"* (1686-1687), Trad. José Luis Colomer, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- BENÉITEZ PRUDENCIO, José Javier, "Martha Nussbaum, Peter Euben y la educación socrática para la ciudadanía", En: *Revista de Educación*, 350, 2009, pp. 401-422.
- BIERI, Peter, "¿Qué tal sería ser culto?", trad. M. Barot y C. Prieto. En: www.matem.unam.mx/cprieto/personal/2008-Bieri-trad.pdf, consultado el 22-10-2012.
- BLANDÓN, Sebastián, Una aproximación casuística a la cuestión de la aplicación del derecho injusto en la filosofía moral kantiana, En: *Precedente*, vol. 3, 2013, pp. 35-70.
- BOTERO, Andrés, "A literatura forma bons juízes? Análise crítica da obra *Justiça Poética*", trad. Frederico Gonçalves Cezar", En: Botero, Andrés y Medina, Lizia (Coords.), *Direito e literatura: Estudos jurídicos baseados em obras literárias da segunda metade do século XIX*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 19-80.
- BOTERO, Andrés, "Argumentación, cultura jurídica y reforma de las facultades de Derecho: reflexiones generales sobre las condiciones de posibilidad de la argumentación en la cultura jurídica latinoamericana contemporánea", En: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Argumentación jurisprudencial: Memoria del I Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, pp. 439-473.
- BOTERO, Andrés, "Derecho y literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso", En: Calvo González, José (Dir.), *Implicación derecho literatura:*

- Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008, pp. 29-39.
- BOTERO, Andrés, "El Quijote y el Derecho: Las relaciones entre la disciplina jurídica y la obra literaria", En: *Revista Jurídica: Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, No. 20, 2009, pp. 37-65.
- BOTERO, Andrés, "¿La lectura literaria forma buenos jueces? Análisis crítico de la obra 'Justicia Poética'", En: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Argumentación jurisprudencial: Memorias del II Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, pp. 209-278.
- BOTERO, Andrés, "Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica", En: Botero, Andrés, *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho*, Buenos Aires (Argentina), Universidad de Buenos Aires y La Ley, 2010, pp. 86-123.
- BOTERO, Andrés, "Saberes y poderes: los grupos intelectuales en Colombia", En: *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Facultad de Derecho, No. 30, enero-abril, 2011, pp. 161-216.
- BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión* (1996), Trad. Thomas Kauf, Barcelona, Anagrama, 1997.
- BOYTON, Robert, "¿Who Needs Philosophy?: A profile of Martha Nussbaum", En: *The New York Times Magazine*, 21 de noviembre de 1999.
- CALVINO, Italo, "Por qué leer los clásicos", En: *Mentat Escuela de Educación Mental*, Boletín N° 23 (22/nov/2005), parágrafo 3. Se puede encontrar en Internet: http://urbinavolant.com/archivos/literat/cal_clas.pdf (consultado en septiembre de 2012).
- CALVO GONZÁLEZ, José, "Derecho y literatura. 'Intersecciones instrumental, estructural e institucional'", En: Calvo González, José (Dir.), *Implicación derecho literatura: Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008, pp. 3-27.
- CASSANY, Daniel, *Describir el escribir. Cómo se aprende a escribir*, Barcelona, Paidós, 1998.
- CASSANY, Daniel, *Reparar la escritura: didáctica de la corrección de lo escrito*, Barcelona, Graó, 1997.
- CASTELLS, Carme, "¿Quién teme a Martha Nussbaum?", En: *Lectora: Revista de dones i textualitat*, Barcelona, No 9, 2003, pp. 113-123 (en la Web: <http://revistes.iec.cat/index.php/lectora/article/view/42989/42940>).

- DICKENS, Charles, *Hard times* (1854), New York, Oxford University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald, "Cómo el derecho se parece a la literatura" (1985), Trad. Juan Manuel Pombo. En: Hart H.L.A. y Dworkin, R., *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 1997, pp. 143-180.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously* (1977), Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1978.
- ECHAVE, Delia Teresa; Urquijo, María Eugenia y Guibourg, Ricardo, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires: Astrea, 2002.
- FERGUSON, Robert, *Law and Letters in American Culture*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1984.
- FOUCAULT, Michel, *De lenguaje y literatura* (1994), Trad. Isidro Herrera Baquero, Barcelona, Paidós, 1996.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método I* (1975), Trad. Ana Agud y Rafael de Agapito, 7ª ed., Salamanca, Sígueme, 1997.
- GARCÍA VALVERDE, Facundo, "Desacuerdo moral y estabilidad en la teoría de Martha Nussbaum", En: *Revista de filosofía y teoría política*, Universidad Nacional de la Plata, Argentina, No. 40, 2009, pp. 63-90.
- GUTIÉRREZ, A. y MONTES DE OCA, R., *La importancia de la lectura y su problemática en el contexto educativo universitario: el caso de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco* (México), 9, 2004, Madrid, OEI, México, UAEH. Disponible en la Web: www.rieoei.org/deloslectores/632Gutierrez.PDF (consultado el 02/10/2012).
- HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad: doce lecciones* (1985), Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Tauros, 1989.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez* (1992), Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, *Pensamiento postmetafísico* (1988), Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1990.
- HEIDEGGER, Martin, "El origen de la obra de arte" (1935-1936), En: Heidegger, Martin, *Caminos de Bosque*, Trad. Helena Cortés y Arturo Leyte, Madrid, Alianza, 1998, pp. 11-62.
- HEIDEGGER, Martin, *Was ist das-die Philosophie?* (1956), 11 Auflage, Stuttgart, Klett-Cotta, 2003.
- HENDERSON, M. Todd, "Citing Fiction", En: *The Green Bag: an Entertaining Journal of Law*, Vol. 11, No. 2, 2008, pp. 171-185.

- HÖSS, Rudolf, *Yo, comandante de Auschwitz* (1951), Trad. Juan Esteban Fassio, Barcelona, Ediciones B, 2009.
- HUXLEY, Aldous, *Un mundo feliz* (1932), Trad. Ramón Hernández, 5ª ed., Barcelona, Plaza & Janés, 1999.
- JAEGGER, Werner, *Paideia: la formación del hombre griego* (1933), Trad. De Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- JIMÉNEZ, Juan; Naranjo, Francisco; O'Shanahan, Isabel; Muñetón-Ayala, Mercedes y Rojas, Estefanía, "¿Pueden tener dificultades con la ortografía los niños que leen bien?", En: *Revista Española de Pedagogía*, Madrid, Año LXVII, No. 242, Enero-Abril 2009, pp. 45-60.
- KANT, Manuel, "Crítica del juicio" (1790), En: Kant, Manuel, *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir. Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime. Crítica del juicio*, Estudio introductivo de Francisco Larroyo, 5ª ed., México, Porrúa, 1991.
- KANT, Manuel, "Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime" (1764), En: Kant, Manuel, *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir. Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime. Crítica del juicio*, Estudio introductivo de Francisco Larroyo, 5ª ed., México, Porrúa, 1991, pp. 125-165.
- MALEM SEÑA, Jorge, "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", En: *Doxa*, 24, 2001, pp. 379-403.
- MANDERSON, Desmond, "Mikhail Bakhtin and the field of Law and Literature", En: *Journal of Law, Culture and the Humanities*, 8, 2012, pp. 1-22.
- MARAI, Sándor, *La mujer justa* (1941-1949), Trad. Agnes Csomos, 19ª ed., Barcelona, Salamandra, 2009.
- MARÍ, Enrique, "Derecho y Literatura. Algo de lo que sí es posible hablar pero en voz baja", En: *Doxa*, 21, II, 1998, pp. 251-287.
- MAZZACANE, Aldo, "Literatura, proceso y opinión pública: Recuento de causas célebres entre el bello mundo, abogados y revolución", Trad. Andrés Botero, En: Mazzacane, Aldo et. al., *Causas célebres y derecho: estudios sobre literatura, prensa, opinión pública y proceso judicial*, Medellín, Universidad de Medellín, 2011, pp. 9-40.
- MAZZEI, Diego, "El gran *professore*: A solas en Milán con Umberto Eco, uno de los pensadores más brillantes de nuestro tiempo", En: *La Nación*, 21 de octubre de

2012. En la Web: <http://www.lanacion.com.ar/1519155-el-gran-professore> (consultado 29-10-2012).
- MEECE, Judith, *Desarrollo del niño y del adolescente: Compendio para educadores*, México, SEP y Mcgraw-Hill, 2000.
- NIETZSCHE, Friedrich, *La genealogía de la moral* (1887), Trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Más allá del bien y del mal* (1885), Trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 2003.
- NUSSBAUM, Martha, *El conocimiento del amor: Ensayos sobre filosofía y literatura* (1990/1992), Trad. Rocío Orsi Portalo y Juana María Inarejos Ortiz, Madrid, Machado libros, 2005.
- NUSSBAUM, Martha, *El cultivo de la humanidad: una defensa clásica de la reforma en la educación liberal* (1997), Trad. Juana Pailaya, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 117-148.
- NUSSBAUM, Martha, *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley* (2004), Trad. Gabriel Zadunaisky, Buenos Aires, Katz, 2006.
- NUSSBAUM, Martha, "El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del derecho", Trad. María Alegre, En: *Academia: Revista sobre Enseñanza de Derecho*, Buenos Aires, Año 7, No. 14, 2009, pp. 31-57.
- NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética* (1995), Trad. Carlos Gardini, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1997.
- NUSSBAUM, Martha, "Cultivar la imaginación: la literatura y las artes", En: Nussbaum, Martha, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades* (2010), Trad. María Victoria Rodil, Madrid, Katz, 2011, pp. 131-160.
- NUSSBAUM, Martha, "La crisis silenciosa", En: Nussbaum, Martha, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades* (2010), Trad. María Victoria Rodil, Madrid, Katz, 2011.
- NUSSBAUM, Martha, *La fragilidad del bien: fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega* (1986), Trad. Antonio Ballesteros, 2ª ed., Madrid, A. Machado Libros, 2004.
- NUSSBAUM, Martha, "La imaginación literaria en la vida pública", Trad. Elvira Barroso, En: *Isegoría*, 11, 1995, pp. 42-80.
- NUSSBAUM, Martha, *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*, Trad. Roberto Bernet, Barcelona, Herder, 2002.

- NUSSBAUM, Martha, *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial" (1994)*, Comp. Joshua Cohen, Trad. Carme Castells, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.
- NUSSBAUM, Martha, *Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones (2001)*, Trads. Araceli Mira Benítez y Rocío Orsi Portalo, Barcelona, Paidós, 2008.
- NUSSBAUM, Martha, *Poetic Justice*, Boston, Beacon Press, 1995.
- NUSSBAUM, Martha, "Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law", En: *Harvard Law Review*, Vol. 107, No. 3, Jan. 1994, pp. 714-744.
- NUSSBAUM, Martha, "The Literary Imagination in Public Life", En: *New Literary History*, 22, 1991, pp. 878-910.
- ONFRAY, Michel, *El sueño de Eichmann (2008)*, Trad. de Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa, 2009.
- ONFRAY VIVANCO, Arturo, "Los aportes de 'Justicia Poética' de Martha Nussbaum al movimiento 'Derecho y Literatura'", En: *Revista peruana de derecho y literatura*, Lima, 1, 2006, pp. 43-46.
- ORTEGA Y GASSET, José, *¿Qué es la filosofía?*, Introducción de Ignacio Sánchez Cámara, 10ª. ed., Madrid, Calpe, 1999.
- PÉREZ, Carlos, "Derecho y literatura", En: *Isonomía*, 24, 2006, pp. 135-153.
- POSNER, Richard A., *Cómo deciden los jueces (2008)*, Trad. Victoria Roca Pérez, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho (1992)*, Trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- POSNER, Richard, *Law and Literature (1988)*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- RAWLS, John, *Liberalismo político (1993)*, Trad. Sergio René Madero, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- RICOEUR, Paul, "Narratividad, fenomenología y hermenéutica", Trad. G. Aranzueque, En: *Anàlisi*, 25, 2000, pp. 189-207.
- RIVAYA, Benjamín y DE CIMA, Pablo, *Derecho y cine en 100 películas: Una guía básica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- SAGANOGO, Brahiman, "Realidad y ficción: literatura y sociedad", En: *Estudios Sociales*, Guadalajara, Nueva Época, 1, 2007, pp. 53-70.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro, *Sistema penal y criminología crítica: el sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica*, Bogotá, Temis, 1985.

- SARTORI, Giovanni, *Homo videns: la sociedad teledirigida* (1997), Trad. Ana Díaz Soler, Madrid, Taurus, 1998.
- SMITH, Adam, *La teoría de los sentimientos morales* (1759), Trad. Carlos Rodríguez, Madrid, Alianza, 1997.
- SORIANO, M., Miranda, A. y González, R., "Trastorno Específico de la Lectura: ¡Yo leo mal, pero no soy tonto, eh!", En: Maganto, C., Amador, J.A. y González, R. (Coords.), *Evaluación Psicológica en la Infancia y la Adolescencia. Casos Prácticos*, Madrid, TEA, 2001, pp. 155-189.
- SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco* (1949), Trad. Rosa del Olmo, Madrid, La Piqueta, 1999.
- THIEBAUT, Carlos, "Filosofía y literatura: de la retórica a la poética", En: *Isegoría*, Madrid, 11, 1995, pp. 81-107.
- THOMAS HYLLAND Eriksen. Nilsen, Remi, "Avanza la extrema derecha en Noruega", En: *Le Monde Diplomatique*, Bogotá, 113, Julio 2012, pp. 20-21.
- THURY CORNEJO, Valentín, "El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del Derecho?", En: *Academia: Revista sobre Enseñanza de Derecho*, Buenos Aires, Año 7, No. 14, 2009, pp. 59-81.
- VILAFRANCA MANGUÁN, Isabel y BUXARRAIS ESTRADA, M. Rosa, "La educación para la ciudadanía en clave cosmopolita. La propuesta de Martha Nussbaum", En: *Revista Española de Pedagogía*, Madrid, Año LXVII, No. 242, Enero-Abril 2009, pp. 115-130.
- WILLIAMS, Raymond, *Novela y poder en Colombia. 1844-1987* (1991), Trad. Álvaro Pineda-Botero, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1991.
- YOSHINO, Kenji, "La ciudad y el poeta" (2005), Trad. Fernando F. Basch, En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2, 7, 2006, pp. 5-61.

Recepción: 28 de octubre de 2014.

Aceptación: 15 de diciembre de 2014.

EL ARBITRAJE EN LA PRAXIS MÉDICA, ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DE NUEVOS MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MÉXICO.

ARBITRATION IN THE PRAXIS MEDICAL, ANALYSIS AND PROSPECTS OF NEW MECHANISM FOR DISPUTE SETTLEMENT IN MEXICO.

*El mejor médico es el que conoce
la inutilidad de la mayor
parte de las medicinas.
Benjamín Franklin
(1706-1790)*

Alma de los Ángeles RÍOS RUIZ*

Antonio Fuente DEL CAMPO**

RESUMEN. En el presente trabajo analizamos la praxis médica, a través de las acciones u omisiones en que incurren los galenos y el papel del arbitraje médico en México, considerando que en su ejercicio profesional, participan tanto el paciente y el médico, como los paramédicos, técnicos, auxiliares, enfermeras, familiares e incluso, instituciones; transformando la actividad médica en un proceso complejo y delicado, de esta forma, el juzgar su actuar requiere de profundo conocimiento y la participación de instituciones jurídicas especializadas.

Precisamos la gestión de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) a partir de su creación en México y proponemos mecanismos para la solución de controversias en

* Doctora en Derecho, Profesora de Tiempo Completo (C) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) Nivel I.

** Doctor en Medicina, Jefe de la División de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, Hospital General "Dr. Manuel Gea González" SS., México, DF. Profesor Titular de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva. Posgrado Universidad Nacional Autónoma de México. Emérito de la Academia Mexicana de Cirugía. Miembro numerario de la Academia Nacional de Medicina de México. Miembro de la Asociación Mexicana de Cirugía Plástica Estética y Reconstructiva. Director de la Clínica de Cirugía Plástica Actual.

el ejercicio de la práctica médica en relación con instituciones similares en otros países de Latinoamérica.

Palabras clave: Acto médico, Responsabilidad jurídica, Código, Ley, CONAMED, Praxis médica, Arbitraje, Conciliación.

ABSTRACT. In this paper we analyze the medical practice, through acts or omissions incurred by doctors and the role of medical arbitration in Mexico, considering that in their practice, there is the involvement of both the patient and physician, as well as paramedics, technicians, assistants, nurses, family and even institutions. This feature transforms medical practice into a complex and delicate process, thus judging medical performance requires deep knowledge and participation of specialized legal institutions.

We detail information about the National Medical Arbitration Commission (CONAMED) since its establishment in Mexico and propose mechanisms for dispute resolution in medical practice. In addition, we make a comparative analysis of this institution with similar institutions in other Latin American countries.

Keywords: Medical act, medical liability, Code, Law, CONAMED, Medical Praxis, Arbitration, Conciliation.

1. INTRODUCCIÓN.

El ejercicio de la profesión de médico refleja la constancia, labor de responsabilidad e ímpetu por el estudio, dado que para ejercer esta noble profesión el titular debió cubrir horas de interminable estudio y acreditar una serie de complejos exámenes.

En relación con la duración de los estudios, a diferencia de la mayoría de las licenciaturas, el médico debió invertir casi una década para contar con una especialidad que le permita llevar a cabo una mejor labor en aras de preservar la vida de sus pacientes, condición que de igual forma se considera síntoma de un verdadero amor por su profesión. Sin embargo, resulta insuficiente su viacrucis académico que refleja el compromiso del médico con sus pacientes para lograr buenos resultados en su ejercicio profesional, que además, Hipócrates consagró en su juramento al señalar:

Dirigiré la dieta con los ojos puestos en la recuperación de los pacientes, en la medida de mis fuerzas y de mi juicio, y les evitaré toda maldad y daño.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Traducción adaptada de Mainetti, J.A. *Ética Médica*. La Plata, Argentina, Quirón, 1989. Transcrita del *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana* Vol. 108. Números 5 y 6. Mayo y Junio 1990. Bioética Número Especial. Juramento Hipocrático. p. 619.

El riesgo ha existido siempre en el ejercicio de la práctica médica, se pueden presentar casos en los cuales el médico puede actuar con negligencia, impericia y/o imprudencia, surgiendo con ello la responsabilidad jurídica de éste.

La responsabilidad médica puede ser de tres tipos: penal, civil y administrativa; cada una de ellas contempla un proceso judicial particular en el cual se puede encontrar comprometido al médico y con ello ser sujeto de una pena de privación de su libertad, el resarcimiento de una cantidad de dinero a favor del paciente por el daño causado, o bien, desde el pago de una multa, hasta la suspensión o inhabilitación de su profesión de acuerdo con la magnitud de la consecuencia generada.

Por lo tanto, resulta de suma importancia conocer a detalle cada una de ellas, siendo el objeto de estudio de la presente investigación la responsabilidad administrativa encausada a través de la Comisión Nacional de Arbitraje (CONAMED), en particular bajo la figura del arbitraje médico.

2. ANTECEDENTES.

En México a partir de 1988 se incrementó el porcentaje de denuncias contra los médicos, por lo que surgió la necesidad de crear una instancia que resolviera las controversias existentes entre los pacientes y los profesionistas de la salud. Así nace la CONAMED, un sistema alternativo basado en el arbitraje y la conciliación, que tiene jurisdicción para ofrecer asesoramiento e información sobre los derechos y obligaciones de los usuarios y de recibir, investigar y supervisar las quejas relativas a posibles irregularidades en la atención médica.

El licenciado Esteban Moctezuma Barragán fue uno de los primeros en proponer una instancia con autonomía operativa y financiera que resolviera las controversias relativas a la responsabilidad médica mediante un mecanismo de arbitraje, en la conferencia titulada *“Retos y perspectivas de la responsabilidad médica”* en julio de 1994¹⁸⁰. Esto con el objetivo de disminuir la excesiva carga de trabajo del Ministerio Público y de los tribunales penales y civiles dado que los procesos judiciales son generalmente prolongados y costosos.

Un año más tarde, en junio de 1995, la Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Arquitectura, firmó dos convenios de colaboración con la Secretaría de Salud (SSA), mediante los cuales se

¹⁸⁰ Moctezuma Barragán, Gonzalo, *Retos y perspectivas de la Responsabilidad Profesional*, “La Responsabilidad Profesional del Médico y los derechos humanos”, 1º edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 1995.

elaboraría el diseño para la constitución de la Procuraduría de la Salud y se promovería la descentralización de los servicios médicos hacia las entidades federativas, consistiendo algunos de los objetivos del convenio, el hacer armónico el marco legislativo en materia de salud y garantizar el derecho a la protección de la salud que tienen todos los habitantes de la República Mexicana.¹⁸¹

La prestación de los servicios de salud en el mundo se clasifica:

a) *De acuerdo a los que se otorgan por el sector de carácter público, o por el sector de carácter privado.*

No existe país alguno que proporcione dichos servicios exclusivamente en el sector de salud de carácter privado, siendo tal vez los Estados Unidos de Norteamérica, la nación que más se aproxima a la citada clase de servicios. Respecto al sector salud público, se puede mencionar como países sobresalientes a Cuba, algunos países del Caribe Inglés y Costa Rica.

b) *De acuerdo al origen de los fondos que se gastan en salud, público o privado.*

En Latinoamérica el cincuenta y ocho por ciento (58%) de los fondos son privados y de acuerdo al desarrollo económico que presentan los países en el continente Americano; los que tienen menor desarrollo socioeconómico cuentan con un cincuenta por ciento (50%) de fondos privados, no ocurriendo lo mismo con los más desarrollados, por ejemplo la Guayana, Costa Rica, Panamá y Surinam, los cuales tienen fondos públicos, a diferencia de Guatemala, Venezuela, Brasil, Uruguay, Paraguay y el Salvador cuyos fondos son de origen privados.

c) *De acuerdo al criterio la inversión en el sector salud.*

Los Estados Unidos de Norteamérica son los que tienen mayores fondos que se concentran en instituciones con fines de lucro. Por su parte, Nicaragua, México, Colombia y Chile son los países que menor gasto tienen invertido en salud¹⁸².

d) *De acuerdo al Producto Interno Bruto (PIB) que se invierte en salud.*

En este sentido Nicaragua es el que presenta menor gasto per cápita, no obstante de tener la mayor inversión en salud con relación a su PIB, aproximadamente un catorce por ciento (14%). Asimismo, si comparamos a México con Chile, Colombia, Brasil y Argentina, señalamos que nuestro país es el que menos invierte del PIB en salud. Por otro lado, Brasil es el que tiene un mayor gasto de origen privado junto con Argentina y Chile, por su

¹⁸¹ Carrillo Fabela, Luz María, *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Editorial Porrúa, México 2009, pp. 227-228.

¹⁸² Véase para mayor abundamiento a Molina Leza, Joaquín *"Transformaciones en la Práctica Médica y su Regulación en Latinoamérica"*, en Memoria del VI Simposio Internacional CONAMED. Indicador, Revista CONAMED, Vol. 7, Núm.2, abril-junio, 2002, impreso en Talleres Gráficos de México. p.13.

parte México se ubica en la media con un aproximado de cincuenta y dos por ciento (52%), mientras que Colombia y Nicaragua gastan menos fondos de origen privado¹⁸³.

3. COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO (CONAMED).

En la administración del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León¹⁸⁴, se llevó a cabo la creación de una de las instituciones que marcaría un parteaguas en el ejercicio de la práctica médica en México, el nacimiento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico a través del decreto de fecha 3 de junio de 1996. En dicho documento se estableció que el fin de esta nueva institución se encaminaba a mejorar la calidad de los servicios médicos a través de la reestructuración de las instituciones, así como atender las demandas de los usuarios para que los servicios operaran con mayor calidad.

A partir del 10 de junio del mismo año, siendo nombrado como Director de la mencionada institución el Doctor Héctor Fernández Varela, la CONAMED comenzó a recibir los escritos de quejas por violaciones a derechos humanos por negligencia médica o negativa de prestación del servicio médico, mismos que fueron remitidos a través de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.¹⁸⁵

Actualmente la CONAMED tiene un Reglamento Interno, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 03 de febrero de 2004, que abrogó el Reglamento publicado el 10 de octubre de 2002. También dentro de su cuerpo normativo cuenta con el Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial, publicado el 21 de enero de 2003 y reformado el 25 de julio de 2006.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es un órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Salud, el cual cumple con una función de carácter social que consiste en contribuir a la resolución de conflictos que surjan entre los usuarios y prestadores de servicios médicos y con ello, coadyuva a satisfacer una de las demandas sociales como lo es la impartición de justicia.

Asimismo, cabe mencionar que a la fecha existen veintiséis Comisiones Estatales de Arbitraje Médico que operan a lo largo de la República, solamente seis Entidades Federativas carecen de una Comisión y son: Baja California Sur, Chihuahua, Durango,

¹⁸³ *Ibidem.*, p.14.

¹⁸⁴ Ernesto Zedillo Ponce de León nació en la Ciudad de México el 27 de Diciembre de 1951, es un destacado economista y político mexicano. Fue Presidente de los Estados Unidos Mexicanos del 1 de Diciembre de 1994 al 30 de Noviembre de 2000. Actualmente se desempeña como Director del Centro para el Estudio de la Globalización de la Universidad de Yale y participa en algunos programas de las Naciones Unidas relacionados con el financiamiento a los países en vías de desarrollo. También es consejero del grupo PRISA desde el 27 de noviembre de 2010.

¹⁸⁵ La Jornada, 14 de junio de 1996, sección "A", p. 21.

Zacatecas Distrito Federal y Quintana Roo, por lo cual los asuntos de esta naturaleza son atendidos la CONAMED.¹⁸⁶

4. COMPETENCIA DE LA CONAMED.

El artículo 3° del decreto de creación de la CONAMED señala que son usuarios de servicios médicos las personas que solicitan, requieren y obtienen dichos servicios para proteger, promover y restaurar su salud física y mental, mientras que se entiende por prestador de servicios a las instituciones de carácter público, privado o social, así como los profesionales, técnicos y auxiliares que ejerzan libremente cualquier actividad relacionada con la práctica médica.

Dicho decreto no establece restricción alguna para conocer de controversias por cuestiones de servicios médicos, por lo cual la Comisión está facultada para conocer de cualquier tipo de irregularidad en el servicio relacionado con la práctica médica, desde una consulta, una curación, hasta la intervención quirúrgica más delicada.

El artículo 4° del decreto documento de mérito establece las facultades de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, dentro de las cuales destacan las atribuciones jurisdiccionales, pues al tener por función contribuir a la resolución de conflictos, se asemeja a las encomendadas, a los tribunales encargados de impartir justicia.¹⁸⁷ Para determinar la mala praxis médica es pertinente considerar las acciones u omisiones que derivan del acto médico, lo cual permitirá valorar la existencia de alguna responsabilidad legal.

5. ACTO MÉDICO.

El acto médico es el presupuesto *sine qua non* para el nacimiento de la responsabilidad jurídica del médico, por lo cual, es de suma importancia su tratamiento en la presente investigación.

Se considera acto médico a toda clase de tratamiento médico, a la intervención quirúrgica o exámenes con fines de diagnóstico o de investigación profiláctica, terapéutica o de rehabilitación, llevados a cabo por un médico general o un especialista de alguna rama de la medicina.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Ver: <http://www.conamed.gob.mx>

¹⁸⁷ Comisión Nacional de Arbitraje Médico, "Atribuciones de la Conamed", Editorial IEPSA, México, 1996, p. 5.

¹⁸⁸ Achával, Alfredo, "Manual de Medicina Legal, Práctica Forense", Editorial Abelleiro Perrot, 3ª edición, actualizada, Buenos Aires Argentina, 1968, p. 50.

El acto médico solo puede ser llevado a cabo por profesionales en materia de medicina (médicos generales con el correspondiente título académico o especialistas en alguna rama de la medicina), condición que garantiza las aptitudes y conocimientos del médico ante el Estado.

Desde el punto de vista jurídico, los elementos que conforman el acto médico son la profesionalidad, ejecución típica, y la *lex artis*, que consiste en que el enfermo es considerado el objetivo, es decir, se integra por objeto y acto lícito.

Por tanto, la actuación del médico, de acuerdo a lo que establece la *lex artis* se plantea de la siguiente manera:

- A) Capacidad profesional del médico: se alude a su formación y experiencia.
- B) Circunstancias de lugar y tiempo: comprende las condiciones en que se produjo la actuación profesional.
- C) Fase en que se gesta la actuación del médico: deriva de acciones u omisiones en la conducta.
- D) Responsabilidad derivada del trabajo en equipo: puede presentarse de manera individual, sin embargo puede haber imprudencia cuando los integrantes del equipo tenían conocimiento de la deficiente preparación de los colaboradores.

El acto médico en sus orígenes se caracterizaba por ser un binomio médico-paciente, donde existía el clásico paternalismo en el que el médico hacía todo para proteger a su paciente y este no opinaba; sin embargo, actualmente se han presentados cambios en la relación tradicional, al grado tal que también participan los familiares, en la resolución profesional y las decisiones, los paramédicos, los técnicos auxiliares, las enfermeras, entre otros, dando lugar a un factor de carácter polinómico.

6. RESPONSABILIDAD MÉDICA.

La protección de la salud es un derecho que tiene que ser velado por las instituciones del ramo y de todo su personal con el objetivo de brindar una atención médica de manera profesional y éticamente responsable, en condiciones de respeto y dignidad; por lo que si en su actuación omitieren hacer esto serían sujetos de una responsabilidad jurídica.

El vocablo “responsabilidad” proviene del latín *respondere*, interpretable como “estar obligado”. La obligación –*obligatio*– en el derecho romano clásico es la institución concebida como “el vínculo jurídico por virtud del cual una persona –deudor– es constreñida frente a otra –acreedor– a realizar una determinada prestación”. La obligación

consta de dos elementos el débito y la responsabilidad; el deber de cumplir la prestación y la sujeción que se deriva del incumplimiento.¹⁸⁹

Podemos establecer a la figura jurídica de responsabilidad como género, la responsabilidad profesional como especie y la responsabilidad profesional del médico como una subespecie. La responsabilidad profesional se encuentra dentro de la teoría general de la responsabilidad y se sujeta a sus normas generales.¹⁹⁰

El prestador de servicios de salud tiene obligaciones que imponen deberes de hacer y de no hacer.

- a) El cumplirlas tiene consecuencias.
- b) El no cumplirlas tiene sanciones.

La responsabilidad es la consecuencia del incumplimiento, es decir, la obligación de rendir cuentas de los propios actos. Y la profesión es una capacidad cualificada con la que la persona a través de su actividad realiza su vocación dentro de un trabajo elegido, que determina su participación en la sociedad, le sirve de medio de subsistencia y que a la vez la valora positivamente en la economía del país.¹⁹¹

Por lo tanto, la responsabilidad profesional médica es “la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio profesional.”¹⁹²

En este sentido, las categorías de la responsabilidad profesional médica son las siguientes:

- ❖ Impericia: es la ignorancia inexcusable.
- ❖ Imprudencia: es la actuación temeraria y/o precipitada.
- ❖ Negligencia: es la omisión o demora injustificada en la actuación del médico, o la actuación perezosa, con carencia o de constancia profesional.
- ❖ Inobservancia de reglamentos o normas: es el incumplimiento de reglamentos específicos de la institución y las reglas del servicio, así como de principios éticos de la medicina y los derechos del paciente.

La responsabilidad profesional de un médico la podemos encontrar regulada en diversas legislaciones a saber:

¹⁸⁹ Iglesias, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Ariel, Séptima edición, Barcelona 1984, pp. 383-384.

¹⁹⁰ Carrillo Fabela, Luz María, *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Editorial Porrúa, México 2009, p. 338.

¹⁹¹ Roldan G, J., *Ética médica*, Universidad La Salle, México 1981, p. 29.

¹⁹² Gisbert Calabuig, Juan Antonio, *“Medicina Legal y Toxicología”*, Editorial Masson, Barcelona 2000, p. 87.

- a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- b) Código Penal Federal.
- c) Código Civil Federal.
- d) Ley General de Salud.
- e) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.
- f) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.
- g) Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.
- h) Normas Oficiales Mexicanas de la Secretaría de Salud.
- i) Ley General de Profesiones.
- j) Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

De manera amplia, el médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúa con negligencia, impericia y/o imprudencia. La negligencia es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión; esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.

La impericia, por su parte, es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben poseer obligatoriamente en determinada arte o profesión. Dicho de otra manera, existe cuando en determinada situación el médico no actúa como lo haría cualquiera de sus colegas o la mayoría de los mismos, en igualdad de condiciones con los conocimientos, habilidades y cuidados exigidos.

La imprudencia es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. Imprudencia es el ir o llegar más allá de donde se debió.¹⁹³

La responsabilidad en que puede incurrir el médico en el ejercicio médico se denomina “responsabilidad culposa”, también conocida como *mal praxis*, *mala práctica*, *faute médica*, *mal practice* y *tratamiento contra legis artis*, entre otros,

El usuario de los servicios de salud (paciente) puede interponer una queja respecto de una responsabilidad administrativa por inconformidades relacionadas con la práctica médica ante:

- a) Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

¹⁹³ Carrillo Fabela, Luz María, *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Editorial Porrúa, México 2009, p. 16.

- b) Comisiones Estatales de Arbitraje Médico.

7. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MÉDICAS ANTE LA CONAMED.

Entre los mecanismos utilizados por la CONAMED para resolver las controversias derivadas de las quejas presentadas por los usuarios de los servicios médicos se encuentran:

- a) La orientación.

Brinda orientación y asesoría especializada que el usuario necesite, particularmente la que se refiere a los alcances y efectos legales del proceso arbitral y de otros procedimientos existentes.

- b) La gestión.

Gestiona la atención inmediata de los usuarios, cuando la queja se refiere a demora, negativa de servicios médicos, o cualquier otra que pueda ser resuelta por esta vía. Con la figura de la gestión, la mayoría de las veces basta una llamada telefónica para solucionar la inconformidad en contra del prestador del servicio.

- c) La conciliación.

La conciliación puede definirse “como una práctica consistente en utilizar los servicios de una tercera parte neutral para que ayude a las partes en un conflicto a allanar sus diferencias y llegar a una transacción amistosa o a una solución adoptada de mutuo acuerdo.”¹⁹⁴

Cuando las partes expresan su voluntad para resolver sus diferencias mediante la conciliación, se firma un convenio en el que tanto el usuario como el prestador de servicio médico expresan sus compromisos y acuerdan poner fin a la controversia. Siempre será necesario que las partes involucradas en la controversia tengan disposición para someter su controversia a la CONAMED y resolverla mediante la conciliación o por medio del arbitraje. Solo cuando las partes no puedan llegar a acuerdos que pongan fin al conflicto se les propone la actuación de la Comisión como árbitro, que no obstante ser semejante a un juicio, en cualquier etapa procedimental pueden llegar a conciliar sus diferencias.

¹⁹⁴ Pla Rodríguez, Américo, *La solución de los conflictos laborales*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México 1985, p. 35

d) El arbitraje.

El arbitraje es la resolución dictada por un tercero, que resulta obligatoria en virtud del previo compromiso, asumido con las formalidades debidas, por las partes interesadas. El arbitraje es una institución de amplio arraigo como medio para alcanzar la solución de los conflictos sociales.¹⁹⁵

La voluntad de las partes es el elemento *sine qua non* para que el arbitraje proceda. Si alguna de las partes en la controversia, es decir, el usuario o el prestador del servicio médico, una vez que la conciliación no fue posible no accede someter su controversia al arbitraje de la CONAMED, por lo que no puede darse acción legal alguna para obligarlo.

Ahora bien, cuando las partes se someten al arbitraje de la CONAMED los laudos que emite en su calidad de árbitro constituyen actos materialmente jurisdiccionales como lo marca la siguiente tesis:

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. LOS LAUDOS QUE EMITE EN SU CALIDAD DE ÁRBITRO CONSTITUYEN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES. Si se toma en consideración, por un lado, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92, fracción III y 97, fracciones II y IV, del Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas de la citada institución, los laudos "siempre tendrán el carácter de definitivos"; que "el laudo firme produce acción y excepción contra las partes y contra el tercero llamado legalmente al procedimiento que hubiere suscrito el compromiso arbitral" y que "los laudos se considerarán como sentencias, en términos de la legislación procesal en vigor" y, por otro, que el diverso numeral 444 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que: "Las sentencias que causen ejecutoria y los convenios judiciales, los convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor, los laudos que emita la propia procuraduría y los laudos o juicios de contadores, motivarán ejecución, si el interesado no intentare la vía de apremio.", resulta inconcuso que el laudo que emita la citada comisión, en su calidad de árbitro, constituye un acto materialmente jurisdiccional, ya que se traduce en una resolución sobre el fondo de las cuestiones que se hayan sometido a su decisión, que por mandato de las normas jurídicas invocadas es irrevocable e inmutable y que, de ser condenatorio, tiene efectos de un título ejecutivo, por traer aparejada ejecución, lo que obliga al Juez competente a dictar un acto de ejecución si así lo pide la persona legitimada, puesto que hace prueba por sí mismo de la existencia de una obligación patrimonial, líquida y exigible, sin necesidad de completarlo con algún reconocimiento, cotejo o autenticación, esto es, no requiere de aprobación judicial alguna que le dé fuerza jurídica, que lo convierta en sentencia verdadera y que le dé eficacia ejecutiva, pues tales atributos ya los tiene.¹⁹⁶

¹⁹⁵ *Ibidem.*, pp. 38-39.

¹⁹⁶ Tesis: 2a. CCXIX/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena, t. XIV, Diciembre de 2001 p. 365.

Es importante precisar que, el laudo es una resolución que emite el árbitro para resolver una controversia planteada por las partes involucradas en un conflicto que en el caso concreto, esta referido a irregularidades en la prestación del servicio médico y el mismo puede ser recurrido mediante amparo:

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Los laudos que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público establece una relación de supra a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al procedimiento arbitral, ya que al dirimir la cuestión debatida entre el prestador del servicio médico y el usuario de éste, de manera unilateral e imperativa crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de éstos, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni de obtener el consenso de la voluntad del afectado.¹⁹⁷

De esta manera, la resolución o laudo se emite en función de las pretensiones del quejoso, por lo que si éstas se refieren a aspectos de índole económica, el laudo resolverá lo conducente y si es sobre la pretensión del servicio, entonces el laudo se emitirá en este sentido.

En cuanto a la responsabilidad de limitar el ejercicio profesional, cabe distinguir los supuestos legales de su procedencia. El ejercicio profesional sólo puede limitarse por la comisión de un ilícito tipificado en la legislación penal y civil como resultado de una práctica profesional contrario a los señalamientos de la Ley General de Salud; situación que no es factible sujetar al arbitraje, dado que están involucradas disposiciones legales de interés público.

8. ESTADÍSTICAS DE LA ATENCIÓN DE INCONFORMIDADES EN LA CONAMED DE 1996 A 2013¹⁹⁸

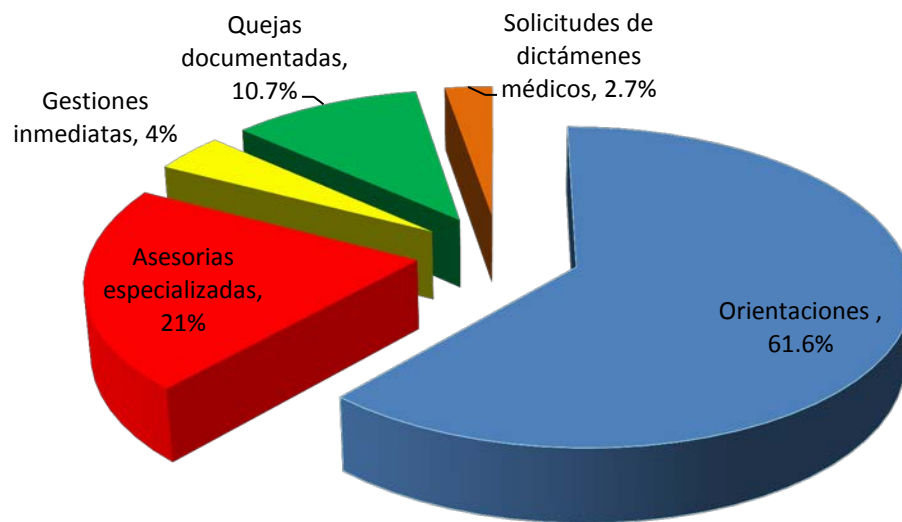
A lo largo de tres lustros de labor de la CONAMED, se han recibido 221,239 asuntos relacionados con las quejas planteadas por los usuarios de los servicios de salud, de ahí que este volumen de asuntos quedó integrado por los siguientes servicios

¹⁹⁷ Época: Novena Época Registro: 188434 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIV, Noviembre de 2001 Materia(s): Administrativa Tesis: 2a./J. 56/2001, página: 31.

¹⁹⁸ Nota: Los periodos en que están divididos los datos que son analizados fueron establecidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico a través del Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional.

brindados: orientaciones, 136,181 (61.6%); asesorías especializadas, 46,584 (21.0%); gestiones inmediatas, 8,876 (4.0%); quejas documentadas para su atención por medio de una conciliación o del arbitraje, 23,677 (10.7%); y solicitudes de dictámenes médicos en 5,921 (2.7%), como resultado del ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas en su decreto de creación.

Asuntos atendidos por la CONAMED 1996 – 2010¹⁹⁹



Los datos muestran que entre 1996 y 1997, la cifra superior fue de 3,780; a partir de 1998 y hasta el año 2010, el número aumenta considerablemente debido a que se inicia el registro metodológico de las orientaciones, la mediana obtenida para este último intervalo de tiempo es de 16,458 asuntos.

¹⁹⁹ Fuente: CONAMED. Dirección General de Calidad e Informática. Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional.
http://www.conamed.gob.mx/estadistica/pdf/resena_estadistica_1996-2010.pdf, consultado el 28 de agosto de 2014.

Asuntos recibidos por tipo de servicio ofrecido CONAMED. 1996 – 2013²⁰⁰

Año	Tipo de asunto					
	Total	Orientación	Asesoría especializada	Gestión Inmediata	Queja	Dictamen
1996	2,907	0	1,597	72	1,158	80
1997	3,780	0	1,935	352	1,347	146
1998	18,058	13,665	2,017	468	1,494	414
1999	16,458	11,695	1,850	579	1,749	585
2000	15,265	10,342	1,672	692	1,915	644
2001	12,937	7,537	2,464	738	1,478	720
2002	14,409	9,071	2,849	862	1,172	455
2003	23,847	17,864	3,145	941	1,514	383
2004	20,433	14,696	3,060	698	1,545	434
2005	17,908	11,141	4,126	594	1,661	386
2006	19,036	12,260	4,179	591	1,657	349
2007	17,369	10,664	4,187	494	1,753	271
2008	14,673	7,390	4,596	553	1,793	341
2009	12,574	5,435	4,352	588	1,789	410
2010	11,585	4,421	4,555	654	1,652	303
2011	14,571	6,225	5,299	915	1,789	343
2012	12,850	6,156	3,484	1,046	1,914	250
2013	17,518	9,391	4,646	1,179	2,033	269

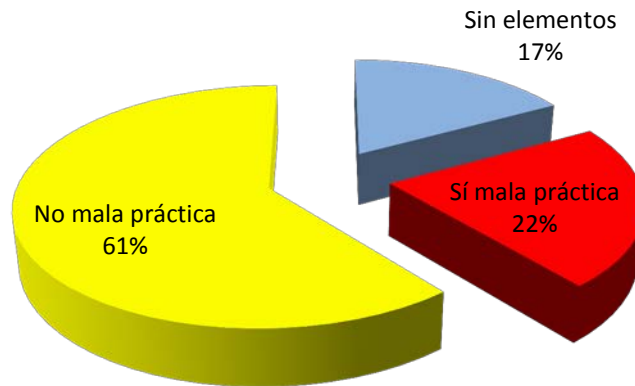
Por otra parte los resultados de evidencia de mala práctica médica en quejas atendidas en el periodo de 1996 a 2006²⁰¹ son los siguientes:

²⁰⁰ Fuente: CONAMED. Dirección General de Calidad e Informática. Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional.
http://www.conamed.gob.mx/estadistica/estadistica_2013.php, consultado el 28 de agosto de 2014.

Análisis de mala práctica médica Periodo de 1996 a 2006

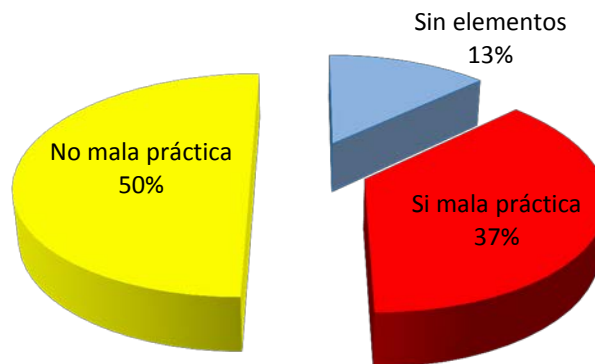
Fase Conciliatoria

No. de Casos = 6,761



Arbitraje

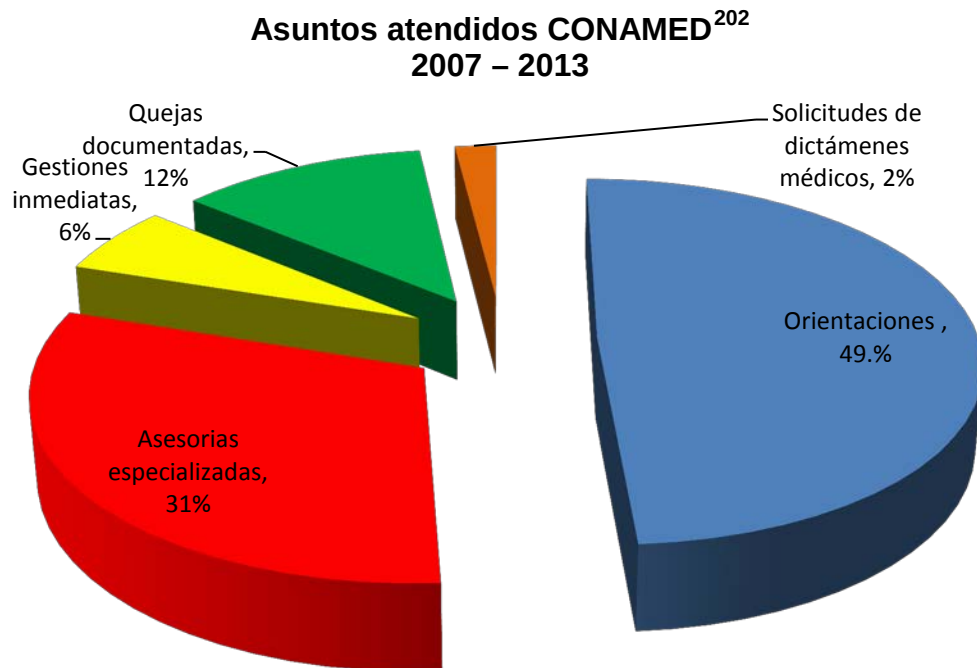
No. de Casos = 468



Ahora bien, entre el año 2007 a 2013 la Comisión Nacional de Arbitraje Médico recibió 101,140 asuntos relacionados con las quejas planteadas por los usuarios de los servicios de salud, este volumen de asuntos quedó integrado por los siguientes servicios brindados: orientaciones, 49,559 (49%); asesorías especializadas, 31,353 (31%); gestiones inmediatas, 6,068 (6%); quejas documentadas para su atención por medio de

²⁰¹ Fuente: CONAMED. Dirección General de Calidad e Informática. Sistema de Atención y Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED). Sistema de Estadística Institucional.
http://www.conamed.gob.mx/estadistica/boletin/resultado_eviden_mala_analisis_doc.htm consultado el 28 de agosto de 2014.

una conciliación o del arbitraje, 12,137 (12%); y solicitudes de dictámenes médicos en 2,023 (2%):



9. PERSPECTIVAS DE NUEVOS MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MÉDICAS.

A casi dos décadas de su creación, los resultados que ha ofrecido la Comisión Nacional de Arbitraje Médico han sido por de más positivos; ya que a través de esta institución un gran número de pacientes han encontrado solución a sus inconformidades en el recibimiento de servicios de salud.

Las figuras procesales utilizadas por la CONAMED en la solución de las quejas de los pacientes son mecanismos procesales pueden ser optimizados con el objetivo de acercar aún más la justicia a la sociedad mexicana. Es por esto que el uso de la tecnología toma un papel primordial en el fortalecimiento de los servicios de justicia ofrecidos por la comisión.

La primera observación recae sobre el funcionamiento de la figura de la gestión. Este mecanismo permite resolver el problema de la pronta atención de los pacientes a través de una llamada telefónica al responsable de brindar la atención médica; sin embargo, este proceso puede ser perfeccionado a través del uso del correo electrónico

²⁰² Fuente: Transparencia focalizada: Gestión inmediata:
www.conamed.gob.mx/prog_anticorrupcion/pdf/Gestion_Inmediata.pdf consultado el 2 de septiembre de 2014.

institucional, ya que este instrumento es un sistema de comunicación que actualmente todas las dependencias de la administración pública utilizan para enviar instrucciones a sus subalternos. Los beneficios que se obtendrían con el uso del correo institucional en la figura de la gestión son los siguientes:

- a) Se responsabiliza a una persona de la instrucción de atender a los pacientes, ya que las cuentas de correo electrónico institucional son personales e intransferibles.
- b) Se cuenta con registro de las instrucciones enviadas a cada funcionario público, el cual incluye la hora de envío, de recepción, de lectura y de tiempo que se tomó para resolver dicha inconformidad.
- c) Con base en este registro se pueden hacer gráficas del desempeño de los servidores públicos.
- d) No tienes costo, ya que los correos electrónicos son enviados a través de internet.

El arbitraje médico puede ser mejorado con la inclusión de medios electrónicos, en particular, con la creación de un “arbitraje médico en línea”, similar al juicio en línea con el que actualmente cuenta el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. En el caso de contar con un arbitraje médico en línea las ventajas serían las siguientes:

- a) Se evitaría la obligación de presentarse de forma física en la mayoría de las etapas procesales del arbitraje, ya que evidentemente los pacientes no se encuentran en las mejores condiciones para llevar a cabo actividades físicas.
- b) Se agilizarían los trámites para iniciar y desarrollar dicho proceso, ya que el sistema puede ser utilizado a través de cualquier computadora conectada a internet sin importar su ubicación física.
- c) Se reducirían los costos para cada una de las partes.

Cabe señalar que el contar con un arbitraje médico en línea, no elimina al arbitraje médico tradicional, ya que ambos pueden tener vigencia como instrumentos de solución de inconformidades ante la CONAMED, dando mayores opciones a los pacientes que han sufrido algún percance relacionado con la atención médica.

A partir de la reforma constitucional mexicana de 2011 el derecho a la salud es un derecho humano reconocido por el Estado mexicano y por tanto, se puede exigir su cumplimiento en los tribunales, a fin de hacerlo viable:

- El modelo de mediación busca promover la conciliación pacífica y armónica, optimizar los procesos de solución de controversias que se presentan entre médicos y pacientes, eliminar trámites innecesarios, permitir mayor oralidad en los procedimientos, garantizar la opinión de especialistas médicos en la materia,

así como el intercambio de experiencias e información para mejorar los procesos al contar con Comisiones Estatales.

- El Estado mexicano debe implementar una política pública que responsabilice al sector público y privado, así como a la sociedad misma, toda vez que las inconformidades y quejas frecuentemente se presentan cuando el paciente no obtiene el resultado que esperaba y resolverlas es competencia del arbitraje médico.
- Plantear, analizar y revisar el tema de la responsabilidad profesional en la praxis médica, dado que se trata de derechos fundamentales del hombre, tanto de los pacientes como del médico.
- Considerar el derecho del paciente a recibir prestaciones de salud oportunas, profesionales y responsables, así como el derecho del médico a ser tratado con justicia y equidad, resaltando la inexistencia de un esquema que permita delimitar a partir de qué punto una acción médica se considera negligente, considerando que la aplicación de medidas punitivas indiscriminadas a los médicos, resulta en una práctica médica defensiva, que incrementa substancialmente el costo de la atención médica para el paciente y para las instituciones, limita el libre albedrío en la toma de decisiones del médico y frena la evolución de la ciencia médica, como se ha podido constatar en países como los Estados Unidos de Norteamérica, donde la calidad de la atención médica se ha deteriorado substancialmente en los últimos años.

10. ARBITRAJE MÉDICO EN LATINOAMÉRICA.

El papel desempeñado por México al ser pionero en el campo del arbitraje para la solución de controversias derivadas de la atención médica ha servido como modelo a seguir por varios países de Latinoamérica.

La figura de arbitraje médico como mecanismo de solución de conflictos derivados de la práctica médica ha demostrado ser una herramienta eficaz en la procuración de justicia. A través de este elemento jurídico las partes pueden encontrar solución a sus conflictos de forma ágil, eficaz y económica; sin embargo, actualmente sólo un reducido número de países ha incorporado esta institución a su sistema jurídico.

Otras figuras procesales como la conciliación, mediación y negociación, son mecanismos autocompositivos que se caracterizan porque son las partes contendientes las que de forma voluntaria alcanzan un acuerdo para resolver su conflicto a través del

diálogo en una etapa previa al inicio de un proceso judicial. A diferencia del arbitraje, en el cual un tercero denominado árbitro después de llevar a cabo todo un proceso arbitral dictará un laudo que resuelva el conflicto (mecanismo heterocompositivo).

Los mecanismos autocompositivos sí están contemplados en la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica pero al contar con una diferente naturaleza jurídica no podemos considerarlos como instituciones análogas al arbitraje médico.

La queja administrativa en el ejercicio de la práctica médica, tiene como objetivo denunciar la violación de los derechos del paciente o las insatisfacciones de los usuarios por actos u omisiones del personal institucionales vinculados con la prestación de los servicios médicos. Este instrumento, a diferencia del arbitraje, se encuentra presente en la mayoría de los sistemas jurídicos pero dada su naturaleza carece de *litis*.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, sólo un reducido número de países en Latinoamérica contempla el arbitraje médico para resolver los conflictos en esta materia, así como la presencia de una institución especializada en la materia. La lista se sintetiza únicamente a dos países: Argentina y Perú.

Respecto al primero, la institución que puede solucionar los conflictos en materia de salud en la República Argentina es el Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud (TACAMES), el cual establece que el arbitraje médico opera bajo el modelo de Cláusula Compromisoria cuya utilización permite a los contratantes tener allanado el camino para la pronta constitución del Tribunal Arbitral, en la cual se hace remisión previa obligatoria y expresa a las reglas de la Mediación y Conciliación.

La imposibilidad de impugnar y/o apelar, así como la obligatoriedad del laudo permite garantizar su cumplimiento sin demora y con derecho para que la autoridad nominadora procure su cumplimiento mediante las acciones privadas o judiciales nacionales e internacionales que correspondan. Los Árbitros son elegidos por las partes y su designación se cumple si son probos, imparciales e independientes. Además, el tribunal garantiza la calidad, profesionalidad y especialización de los árbitros al exigir que sean miembros del Registro de Abogados Generales, Mediadores, Conciliadores y Árbitros en Solución de Controversias Médicas y de Salud de acuerdo a los programas de capacitación de la Secretaría General del propio tribunal.²⁰³

En la República del Perú los conflictos que se presentan en materia de salud pueden ser resueltos por el Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR) de la

²⁰³ Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje médico y de salud, <http://www.aademes.org/noticias/val/2843/%3Cspan%3Eacames%3C-span%3E-tribunal-americano-de-conciliaci%C3%B3n-y-arbitraje-m%C3%A9dico-y-de-salud--.html>, consultado el 2 de septiembre de 2014.

Superintendencia Nacional de Salud a través de la figura de arbitraje médico, cuyo proceso tiene una duración de 45 a 80 días hábiles aproximadamente. Asimismo, este mecanismo tiene un bajo costo administrativo y la decisión del árbitro es plasmada en un laudo arbitral definitivo. Actualmente, el CECONAR cuenta con aproximadamente 180 árbitros facultados para conocer de este tipo de asuntos.²⁰⁴

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que existe un importante número de países en Latinoamérica que no contemplan el arbitraje médico como mecanismo de solución de conflictos, ni cuentan con un organismo especializado en la materia, condición que se puede observar en el siguiente esquema:



Países que cuentan con arbitraje médico y una institución especializada en la materia:

1. México.
2. Perú.
3. Argentina.



Países que no cuentan con arbitraje médico ni con una institución especializada en la materia.

11. CONCLUSIONES.

1. La atención a la salud tiene relevancia en el ordenamiento jurídico mexicano, por ello se considera oportuno revisar y en su momento formular una propuesta que

²⁰⁴ <http://app3.susalud.gob.pe/ES/218/12/Articulo-84.aspx>, consultado el 2 de septiembre de 2014.

permita modificar el marco normativo para efficientar el arbitraje médico en México, así como replantear el tema de la responsabilidad profesional de los galenos y la negligencia médica, entre otros aspectos, para evitar caer en el esquema de una medicina defensiva como ha ocurrido en los Estados Unidos de Norteamérica.

2. Se propone impartir cursos, talleres, seminarios, o cualquier otra actividad académica teórico-práctica, de ser posible con reconocimiento universitario, que permita la capacitación continua del personal de las Comisiones de Arbitraje Médico del país.
3. El uso de la tecnología fortalecería los mecanismos de resolución de controversias en el recibimiento de la atención médica, de tal forma que se pudieran presentar inconformidades en línea a través de la página web de la CONAMED; ya que actualmente solo pueden ser hechas de manera presencial o por correspondencia.
4. La creación de un arbitraje médico en línea, ya que a través de esta nueva estructura electrónica se obtendrían importantes beneficios para los pacientes, los cuales desafortunadamente no se encuentran en las mejores condiciones físicas y emocionales para estar atentos a todas y cada una de las etapas procesales del arbitraje.
5. Se deben establecer módulos de quejas en los centros de salud, con el objetivo de que los pacientes puedan exponer sus inconformidades de una forma rápida y sencilla sobre asuntos que puedan ser resueltos en el mismo centro de salud. En una primera etapa sería conveniente instalarlos en zonas rurales donde los pacientes a parte de sufrir una enfermedad tienen que lidiar con el maltrato de ciertos servidores públicos.
6. Motivar a los gobiernos locales de Baja California Sur, Chihuahua, Durango, Zacatecas, Quintana Roo y en especial del Distrito Federal para incorporar Comisiones de Arbitraje Médico, lo cual representaría un avance monumental en la construcción de un estado constitucional de derecho.
7. Invitar a todos los países de Latinoamérica a trabajar en conjunto respecto a la materia de responsabilidad médica con las autoridades mexicanas y en especial con la CONAMED, con el fin de crear instituciones especializadas en materia de arbitraje médico en cada una de estas naciones para solventar una demanda social imperante en nuestros días.

12. FUENTES DE INFORMACIÓN.

ACHÁVAL, Alfredo, *Manual de Medicina Legal, Práctica Forense*, Editorial Abellido Perrot, 3ª ed., actualizada, Buenos Aires Argentina, 1968.

CARRILLO FABELA, Luz María. *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Editorial Porrúa, México 2009.

Comisión Nacional de Arbitraje Médico, Atribuciones de la Conamed, Editorial IEPISA, México, 1996.

GISBERT CALABUIG, Juan Antonio. *Medicina Legal y Toxicología*, Editorial Masson, Barcelona 2000.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. Editorial Ariel. Séptima edición. Barcelona 1984.

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo, "Retos y perspectivas de la Responsabilidad Profesional", *La Responsabilidad Profesional del Médico y los derechos humanos*. 1º edición. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México 1995.

PLA RODRÍGUEZ, Américo, *La solución de los conflictos laborales*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social. México 1985.

ROLDAN G, J., *Ética médica*, Universidad La Salle. México 1981.

PERIÓDICOS Y REVISTAS.

Periódico La Jornada, México 14 de junio de 1996.

Revista CONAMED, Vol. 7, Núm.2, abril-junio, Talleres Gráficos de México, México 2002.

LEGISLACIÓN.

Decreto de creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de 3 de Junio de 1996.

Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de 3 Febrero 2004.

Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de 21 de Enero 2003.

PÁGINAS WEB.

Asociación Argentina de Derecho Médico y Salud.

<http://www.aademes.org>

Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

<http://www.conamed.gob.mx>

Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje médico y de salud

<http://www.aademes.org/noticias/val/2843/%3Cspan%3Etabacames%3Cspan%3E-tribunal-americo-de-conciliaci%C3%B3n-y-arbitraje-m%C3%A9dico-y-desalud--.html>,
consultado el 2 de septiembre de 2014.

<http://app3.susalud.gob.pe/ES/218/12/Articulo-84.aspx>, consultado el 2 de septiembre de 2014.

Superintendencia Nacional de Salud del Perú.

<http://app3.susalud.gob.pe/index.aspx>

Semanario Judicial de la Federación.

<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

Recepción: 03 de agosto de 2014.

Aceptación: 22 de octubre de 2014.

El Neuromanagement Judicial aplicado a la Organización y Gestión de una Justicia eficiente en Argentina

The Neuromanagement Judicial applied to the Organization and Management of an efficient Justice in Argentina

Juan Carlos NUÑEZ*

RESUMEN. El presente trabajo pretende acercar una nueva propuesta de gestión organizacional a la estructura del poder judicial ya sea nacional o provincial.

Se analiza la realidad del sistema judicial en Argentina, tratando de identificar sus principales problemas: ineficiencia, demora, falta de capacitación y relaciones humanas. Se adoptan innovaciones a través de la contribución de las ciencias de la organización, realizando un paralelismo entre una empresa y un tribunal.

La figura del juez como cabeza de un tribunal ejerce un liderazgo natural sobre el personal a su cargo, que debe resultar en una forma de trabajo adecuada, pronta y efectiva en el quehacer cotidiano tribunalicio.

Como innovación, el trabajo central, consistirá en el estudio y la propuesta de aplicar la disciplina del neuromanagement a la actividad y la función judicial, dando origen a lo que podría denominarse "*neuromanagement judicial*".

Las neurociencias aplicadas constituyen la llave maestra para facilitar o procurar una gran innovación en materia de liderazgo, conducción y gestión de las organizaciones y empresas. *Estas nuevas herramientas de trabajo, no están fuera de nosotros mismos, sino adentro, en el infinito potencial de nuestro cerebro, en los neurocircuitos que alimentan la toma de decisiones y la inteligencia organizacional.*²⁰⁵

Cerrando el ciclo, se plantea qué debe tener un servicio de justicia moderno en cuanto a su calidad lejos del paradigma burocrático que todos conocen que permita un mejor desenvolvimiento del poder judicial.

* Master de Derecho y Magistratura Judicial, MDMJ, Defensor Público Oficial con funciones de Asesor de Incapaces, Menores y Ausentes del Poder Judicial de Tierra del Fuego, Argentina. mail: carlostdf@gmail.com
²⁰⁵ Néstor BRAIDOT, *Neuromanagement, Como utilizar a pleno el cerebro en la conducción exitosa de las organizaciones*, Biblioteca Braidot, Ed. Granica, Bs.As, 2008, Pág. 23.

Para finalizar, el proyecto en su conjunto trata de establecer pautas ágiles para la modernización de la administración de justicia y presenta en sociedad una nueva disciplina, el "neuromanagement judicial".

Palabras clave: Sistema judicial, liderazgo, capacitación judicial, neuromanagement, cerebro, inteligencia, rendimiento, neuroaprendizaje.

ABSTRACT. The present work tries to bring a new management approach to the organization of the judicial branch structure at the national and provincial levels.

In order to do so, we analyze the reality of the Argentinian judicial system, trying to identify its principal problems: inefficiency, delay, lack of training and human relations. Innovations are adopted through the contribution of organizational tools, using a parallelism between a company and a court.

The figure of the judge as the head of a court creates a natural leadership position upon his/her personnel, which must result in a suitable, prompt and effective form of work in the daily activity of the court.

Innovatively, our central work, will consist in the analysis and the application of neuro-management to the judicial activity, giving origin to what we might name "judicial neuro-management".

Applied neurosciences constitute the main key to facilitate or to try a prompt innovation in leadership, conduction and management of organizations and companies. These new tools are inside the potential infinite of our brain, in the neuro-circuits that feed the decision-making processes and the organizational intelligence.

Closing the cycle, we conclude that this tool must serve the modern justice system, breaking the bureaucratic paradigm, in order to improve the judicial branch. Finally, the project tries to establish agile guidelines for the modernization of the administration of justice and introduces a new discipline, "judicial neuro-management".

Keywords: Judicial system, leadership, judicial qualification, neuromanagement, brain, intelligence, yield, neuroaprendizaje.

INTRODUCCIÓN.

Los temas referidos a la administración y funcionamiento del poder judicial han tenido una notable relevancia en el continente americano, principalmente a partir de la década del 90' del siglo XX.

Esos gérmenes de cambio en los sistemas de justicia y de trabajo han sido despertados por los procesos democráticos que hoy tienen los países de América, de los que Argentina no es la excepción y que como lógica consecuencia se inclinan a transparentar y tornar más efectiva la acción de la justicia.

Este perfil de una justicia más justa, equitativa y pronta, resulta imposible de llevar a cabo si en primer lugar no hay una decisión política institucional en tal sentido. Al respecto, Stanga opina:

Seguramente no habrá proceso alguno de cambio en el Poder Judicial si el mismo en todos sus niveles no asume dicho cambio y se convierte en el impulsor y gestor principal del mismo. Más allá de la responsabilidad prevalente que le compete a la cabeza del Poder Judicial la misma se extiende a todos los jueces con la conciencia que se trata de un verdadero deber ético que tienen frente a la sociedad de lograr el mejor Poder Judicial que esa sociedad pretende y a cuyo servicio se encuentra²⁰⁶.

Un buen poder judicial es aquel que mejore su administración de justicia con celeridad y calidad en el corto plazo.

Doy por sobrentendido que ningún ciudadano ignora la importancia de factores que confluyen negativamente sobre la ineficacia e ineficiencia de los servicios de justicia, como la situación política, económica, gremial, social y las leyes.²⁰⁷

El aumento de partidas presupuestarias y adecuación del marco jurídico no son suficientes para modernizar el poder judicial, pues estaríamos ante un escenario igual como hasta ahora, con un poco más de recursos económicos.

El poder judicial de los países de América, requieren cambios urgentes, pues deben exigir lo mejor de sí mismo, para poder después demandarlo a los demás.

Los poderes judiciales que han tenido como fuente-origen en su gran mayoría el sistema europeo y norteamericano, deben paulatinamente adecuarse a los nuevos tiempos del mundo democratizando el acceso a este servicio del Estado.

Dentro del funcionamiento, un cambio necesario para estos tiempos es el cambio del rol de la justicia. Si nos detenemos en el tiempo, a partir de Montesquieu *el poder judicial pasaba impávido por nuestras vidas siendo un ente invisible*.²⁰⁸

²⁰⁶ Silvana M. STANGA, *La reforma impostergable y largamente esperada del Poder Judicial*, Prudentia Iuris N° 55, Marzo 2002, Pág. 230

²⁰⁷ Augusto M. MORELLO, *La Reforma de la Justicia*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, Pág. 89

²⁰⁸ Barón PIERRE DE MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. Ed. Albatros, Buenos Aires, 1942.

A través de los años dicho criterio ha ido mutando erigiéndose la justicia en un escenario político con alto contenido de poder. Ello porque el juez actual ha adoptado una postura distinta de décadas anteriores siendo más activista e imponiendo un protagonismo, frente a los otros poderes del Estado.

Las modificaciones que debe realizar un poder judicial exigen una rápida reacción por parte de éste, teniendo que demostrar que posee capacidad de gestión de sus actividades, como un paliativo a la situación actual, que indirectamente generará ante la ciudadanía un fortalecimiento de su independencia, su prestigio y un rol sublime en un país democrático.

Ello porque vemos signos de debilidad manifiesta en la constitución norteamericana, al otorgar un mandamiento constitucional débil al poder judicial, que se puede apreciar en la palabras de Jay, primer presidente de la Corte Suprema de los EE.UU. cuando presenta su renuncia y define la judicatura, como un poder “sin la bolsa y sin la espada”, “ya que no tiene fondos económicos ni fuerza por sí misma, ya que depende de los otros poderes, como en nuestro sistema argentino actual”.²⁰⁹

Es precisamente este poder del estado -al que algunos autores tildan del más débil- el que tiene la misión de administrar la justicia de una república democrática y por ende, debemos observar en tal sentido ser lo más eficientes para el destinatario primario de ésta, la sociedad.

Entonces definamos “como misión primaria de los tribunales la de ser un ámbito independiente, sensible y de fácil acceso para la justa resolución de los conflictos, que permita preservar el Estado de Derecho, y proteger las libertades reconocidas y garantizadas por las constituciones federal y estadual”²¹⁰

La pregunta primigenia entonces será cómo se concreta la misión dentro de las condiciones actuales de nuestros poderes judiciales. Pocos fueron los esfuerzos realizados por el poder judicial para tratar de cambiar esa imagen y adecuarse a los nuevos tiempos de nuestro siglo.

En realidad, existe una “superabundancia de diagnósticos muchos de ellos limitados a reiterar antiguos estudios sin actualización, justificación científico técnica, ni racionalidad.”²¹¹

²⁰⁹ Carlos S. FAYT, *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, Pág. 45

²¹⁰ Rafael BIELSA, *Justicia para todos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, Pág. 295, ISBN 950-9122-70-X,

²¹¹ Silvana M. STANGA, *ibíd.*, Pág. 229

Lo cierto es, que la justicia está lejos de cumplir con su relevante rol constitucional y se encuentra sumida en un descrédito, que si bien no le es exclusivo, en gran medida es producto de cuestiones internas. La caída del prestigio de la judicatura “no es un invento de la prensa, sino que el problema hay que buscarlo en las entrañas del sistema, en la conducta y fallos de los mismos jueces”²¹². Ya en los últimos años se advierte un atisbo de querer cambiar el curso de la historia del poder judicial, y entonces se comenzó muy frágilmente a mencionar la palabra gestión y sus bondades.

Tanto la estructura de juzgados²¹³, métodos de trabajo y política de recursos humanos, requiere una profunda revisión, que no depende necesariamente de mayores presupuestos o reformas legislativas.

Cargos y competencias legalmente definidos, funcionarios que se “atienen al expediente”, desapasionamiento y distancia en el estudio de las causas, carrera planeada, suerte de “robótica” de la legalidad, no dan, como Weber suponía, necesariamente calidad, sino que este sistema puede corromperse, precisamente por exagerar estos rasgos²¹⁴.

De esta forma, no resulta recomendable comenzar por inspeccionar los códigos de procedimiento, típica alternativa que recurrentemente ha demostrado su incapacidad para modificar la realidad de tribunales, y motivar los errores propios, en desavenencias del legislador cuando sanciona una ley. Se debe entonces en primer lugar revisar la cultura de la organización.

1.1 Entendimiento en los equipos de trabajo en la justicia.

Aquellos que tienen la responsabilidad institucional de manejar la justicia, pueden descubrir que muchos tribunales tienen problemas de gestión y en particular porque muchos jueces no rinden el trabajo esperado, ya sea por falta de capacidad de gestión, de infraestructura edilicia, de personal o una conjunción de ambos.

Siempre fuera de lo estrictamente material, las mayores dificultades que se presentan para implementar procesos de gestión judicial están focalizados en el funcionamiento de la memoria de trabajo, pues el pensamiento sobre la ocurrencia de determinados escenarios inevitablemente tiende a comparar las nuevas ideas con información que ya está almacenada en el cerebro.

²¹² Rafael BIELSA, *ídem*, Pág. 295, de conceptos de Gustavo Bossert, ex juez de la CSJN

²¹³ Germán GARAVANO, *La unidad de producción judicial que se conoce como “oficina judicial”, con un juez, secretario et., viene desde la casa de los Habsburgo*, en Justicia para todos, Buenos Aires, Pág. 68

²¹⁴ Felipe FUCITO. *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?* Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2002, Pág. 109

Si estamos frente a cambios en la gestión y se le presenta al personal de un tribunal un *nuevo plan de trabajo*, quienes escuchan – entre ellos me incluyo– tenemos una tendencia a realizar comparaciones: *el cerebro toma la nueva información y desencadena una especie de búsqueda para hacerla corresponder con la que ya tiene archivada*.

Al efectuarse el comparativo entre la información nueva con la vieja, se nos activa la corteza *pre frontal*, que es una parte del cerebro llena de energía. En contrapeso, o sea lo que tiende a llevarnos a imponer lo que nos dio éxito en el pasado en vez de explorar nuevas opciones tiene que ver con el funcionamiento de los *ganglios basales*.

En esta zona donde se ubican los neurocircuitos, están inscriptos nuestros hábitos, y el cerebro necesita menor energía para el trabajo.

Es el caso de un juez que piensa en abandonar un criterio jurisprudencial que viene sosteniendo desde hace mucho tiempo, pero que la realidad cotidiana actual, le impone cambiarlo o modificarlo. Esto le va a exigir un esfuerzo intelectual importante, que hará que cuando llegue a su casa estará rendido luego de estudiar el tema. Ello se agrava cuando el juez consciente de que se avecina un gran cambio de criterio, no quiere escuchar nada sobre el tema y se estresa con la sola posibilidad de pensarlo.

“Mucho de lo que los gerentes hacen en el lugar de trabajo –como vender ideas, conducir reuniones, manejar a otros y comunicarse- está tan bien rutinizado que los ganglios basales conducen el show”.²¹⁵

En una reunión en la que se programan cambios en la gestión de los tribunales civiles por ejemplo, el líder natural es el juez, a cuyo cargo está una dotación de personal, entre funcionarios y agentes judiciales. Dichos cambios si no son planificados y progresivos pueden provocarle cansancio.

También pueden aparecer típicas reacciones emocionales como los nervios a flor de piel, pero el cerebro es un órgano con tendencia innata a crear nuevas conexiones neuronales.

Cuando se crea un plan estratégico de cambio de gestión, que podría perfectamente ser el ansiado en el sistema judicial, dicho cambio debe ser introducido con un alto grado de recepción y un mínimo grado de resistencia. En tal sentido se deben adoptar estrategias para los funcionarios y empleados judiciales de tipo motivacional y

²¹⁵ David ROCK y Jeffrey SCHWARTZ, *The Neuroscience of Leadership*, en Strategy and Business Magazine, Mayo 2006, en http://www.strategy-business.com/media/file/Neuroscience_of_Leadership-webinar.pdf (acceso el 15/05/2014).

que a través de las bondades del sistema capte adeptos y la resistencia sea lo más evitable posible,

Para ello se deben atravesar dos etapas diferenciadas, *los momentos de entendimiento y la densidad de atención*. La idea de quien presenta el proyecto de cambio es que para que sea atractivo, el mismo lo haga en forma perspicaz, o sea conducir a la persona que está prestando atención a elaborar sus propias conclusiones y no imponérselas.

Los *momentos de entendimiento*, experiencias sinergizantes que facilitan el proceso de cambio son aquellas que se observan cuando se presenta un proyecto de cambio de gestión judicial y logramos que a quienes está dirigida la charla –jueces, funcionarios y agentes- al escuchar la misma se entusiasmen y atraviesen el proceso de hacer conexiones neuronales por sí mismos.

La *densidad de atención* es la cantidad de interés que los destinatarios de la charla, le prestan al líder que les propone modificar las estructuras judiciales actuales por una nueva más moderna, ágil y práctica.

Con los conceptos descriptos precedentemente los invito al tratamiento de un tema de suma importancia como el de la *neuroplasticidad asistida*.

Es el fenómeno por el cual el aprendizaje y la experiencia modifican continuamente el cerebro en forma temporal o permanente. A medida que el cerebro añade nuevos conocimientos un conjunto de células cerebrales estará trabajando en la formación de una nueva red, la cual crecerá cada vez más y durante toda la vida.

En el 2005 una investigación, vinculó el efecto QZE (quantum zeno) con las experiencias intelectuales y durante los experimentos se descubrió que al focalizar la atención en un tema, se estabilizan los circuitos cerebrales asociados. Significa que si luego de leer lo que estamos escribiendo usted decide estudiar cómo funciona el cerebro, los estímulos que reciba a través de la lectura, videos o charlas con especialistas harán que se mantenga abierto el circuito que se ha creado.²¹⁶

Resulta necesario trabajar con neuroplasticidad autodirigida de modo que las personas modifiquen su entramado neuronal al adquirir conciencia de la importancia de liberarse por sí mismas de sus propias prisiones, abriendo su mente a la riqueza que pueden proporcionar otros puntos de vista.

²¹⁶ SCHWARTZ, STEPP & BEAUREGARD, *Brain interaction, Quantum theory in neuroscience and psychology, a neurophysical model of mind*, Oct 20, 2004, Phil. Trans. Royal Society, B360 (1458) 1309-27, 2005

Decimos que en un momento de entendimiento se crea una nueva red de conexiones neuronales, hablamos de neuroplasticidad autodirigida, o sea la resolución de preparar el cerebro para superar la resistencia al cambio propuesto y para disfrutar sus beneficios.²¹⁷

1.2.- ¿Qué es la inteligencia? Ser inteligente ¿se nace o se hace?

Ahora se ingresa en una etapa del neuromanagement muy importante que genera una vasta gama de interrogantes sobre el concepto de la *inteligencia humana*. He de dar tratamiento a tres de ellos y a través de la investigación, estimo dar una respuesta adecuada a los mismos.

Definir este concepto es difícil y ha sido desde hace siglos objeto de la polémica. La inteligencia es estudiada desde varios puntos de vista aunque veremos únicamente la más aplicable a nuestro propósito, que es la vertiente de la psicología.

La palabra inteligencia es de origen latino, *intelligentia*, que proviene de *intelligere*, término compuesto de *intus* “entre” y *legere* “escoger”, por lo que etimológicamente, inteligente es quien sabe escoger.²¹⁸

El término fue introducido por Cicerón para significar el concepto de capacidad intelectual, su espectro semántico es muy amplio, reflejando la idea clásica según la cual, por la inteligencia el hombre es en cierto modo, todas las cosas.²¹⁹

Inteligencia es la capacidad de entender, asimilar, elaborar información y utilizarla adecuadamente. Es la capacidad de procesar información y está íntimamente ligada a otras funciones mentales como la percepción, o capacidad de recibir dicha información, y la memoria, o capacidad de almacenarla.²²⁰

Desde la mirada *psicológica* se han elaborado distintas definiciones como la de la APA (American Psychological Association), organización científica que ha dicho que:

Los individuos difieren los unos de los otros en habilidad de comprender ideas complejas, de adaptarse eficazmente al entorno, así como el de aprender de la experiencia, en encontrar varias formas de razonar, de superar obstáculos mediante la reflexión. A pesar de que estas diferencias individuales puedan ser sustanciales, éstas nunca son completamente consistentes; las

²¹⁷ BRAIDOT, *ibíd.* Pág. 56

²¹⁸ Diccionario de la Real Academia Española de Letras, en www.rae.es, (acceso el 10/05/2014).

²¹⁹ ARISTÓTELES, *De anim. III*, Pág. 8, en http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=11770&cat=sociologi (acceso el 20/01/2014)

²²⁰ James JEFFERSON y David MOORE, *Manual de Psiquiatría Médica*. Ed. Elsevier, Madrid, 2005, 2º ed. ISBN 84-8174-849-8

características intelectuales de una persona variarán en diferentes ocasiones, en diferentes dominios, y juzgaran con diferentes criterios.²²¹

A su vez, la MSI, en 1994 suscripta por 52 investigadores en la materia expresó “Una muy general capacidad mental, que entre otras cosas, implica la habilidad de razonar, planear, resolver problemas, pensar de manera abstracta, comprender ideas complejas, aprender rápidamente y aprender de la experiencia. No es un mero aprendizaje de los libros, ni una habilidad estrictamente académica, ni un talento para superar pruebas.²²² Más bien, el concepto se refiere a la capacidad de comprender nuestro entorno”.²²³

Desde el campo psicológico a finales del siglo XX surgen varias teorías que cobran gran celebridad:

-*Teoría de las Inteligencias Múltiples*²²⁴: Su autor, Gardner, psicólogo norteamericano de Harvard University, escribió en 1983 un trabajo en el que no se consideraba el concepto de inteligencia como un potencial que cada ser humano posee en mayor o menor grado, planteando que ésta no podía ser medida por instrumentos normalizados en test de CI²²⁵ y ofreció criterios, no para medirla, sino para observarla y desarrollarla.

La inteligencia es la capacidad para resolver problemas o elaborar productos que puedan ser valorados en una determinada cultura y propuso varios tipos de inteligencia:

Inteligencia Lingüística: capacidad de usar las palabras de manera adecuada, característica de los escritores y poetas, que utilizan ambos hemisferios cerebrales.

Inteligencia Lógica Matemática: capacidad que permite resolver problemas de lógica y matemática, siendo fundamental en científicos y matemáticos, utilizándose el hemisferio lógico.

Inteligencia Musical: capacidad relacionada con las artes musicales, siendo el talento de los músicos, cantantes y bailarines.

²²¹ APA Task Force Report, *Intelligence: Knowns and Unknowns*, en http://lrainc.com/swtaboo/taboo/apa_01.html (acceso el 07/09/2014), (traducido al español por Florencia Nuñez La Torre)

²²² El subrayado me pertenece.

²²³ MAINSTREAM SCIENCE OF INTELLIGENCE, en http://lrainc.com/swtaboo/wsj_main.html, reprinted in J. Gottfredson, *Intelligence*, 1997, Pág. 13 (acceso el 07/09/2014), (traducido al español por Florencia Nuñez La Torre).

²²⁴ Howard GARDNER, *Multiple Intelligences*, ISBN 0-465-04768-8, Basic Books, en español *Inteligencias múltiples*, Ed. Paidós, Buenos Aires, ISBN: 84-493-1806-8, Págs. 54 y conc.

²²⁵ CI, Coeficiente de Inteligencia es un índice que pretende establecer la relación entre la edad mental y la edad cronológica.

Inteligencia Espacial: capacidad relacionada con la línea, el color, la forma, las figuras, el espacio y las tres dimensiones, inteligencia de los arquitectos, ingenieros, diseñadores, escultores o cirujanos.

Inteligencia Corporal: capacidad de controlar y coordinar los movimientos del cuerpo y expresar sentimientos con él, siendo el talento de bailarines, mimos, actores y deportistas.

Inteligencia Interpersonal: capacidad para entender a las demás personas con empatía y vinculada con las emociones, típica de los profesores, los vendedores, los políticos y los terapeutas.

Inteligencia Naturalista: capacidad que se utiliza al observar y estudiar la naturaleza para organizar y clasificar, desarrollada en especial por los naturalistas y biólogos.

Inteligencia existencial: la capacidad para situarse a sí mismo con respecto al mundo, requiriéndose un estudio muy profundo para ser caracterizada como inteligencia.

Si bien Gardner obvió a las personas que actúan en la justicia, opino que sería factible dada su autonomía la creación de una *nueva subcategoría* que denominaría:

Inteligencia Creativa-Experencial-Gerencial-Judicial: capacidad específica fundada en la experiencia para seleccionar, combinar, comparar y/o interpretar información de textos, fallos, doctrinas y codificaciones en un texto único con fuerza de ley. Sin dudas el juez al momento de sentenciar tiene en cuenta lo descripto precedentemente para la elaboración de una sentencia justa. En tanto el juez aplique los criterios gerenciales y organizativos a su Tribunal, mayor será la publicidad que la ciudadanía tenga para acceder a la jurisdicción y el conocimiento más generalizado del derecho. Asimismo si unimos lo expuesto a la capacidad de adecuar conceptos de las ciencias de la organización, origina una idoneidad gerencial judicial, imprescindible en la necesaria formación integral de un juez moderno.

-Teoría de la Inteligencia Emocional: Ya en 1990 Edward Thorndike había comenzado a hablar de inteligencia social, siendo la expresión inteligencia emocional la que acuñaron Peter Salovey y John D. Mayer. Pero sin duda quién la llevó a la fama fue Daniel Goleman que en 1995 dijo que la inteligencia es la capacidad para reconocer sentimientos propios y ajenos, y la habilidad para manejarlos.

Considera que la inteligencia emocional puede organizarse en cinco capacidades: conocer las emociones y sentimientos propios, manejarlos, reconocerlos, crear la propia motivación y manejar las relaciones.²²⁶

-*Teoría Triárquica de la Inteligencia*²²⁷: Su creador Sternberg, profesor de Yale University, en 1985 estableció tres categorías para describir la inteligencia.

Inteligencia componencial-analítica: es la habilidad para adquirir y almacenar información.

Inteligencia contextual-práctica: relacionada con la conducta adaptativa al mundo real.

Inteligencia experiencial-creativa: fundada en la experiencia para seleccionar y comparar información.

Existen estas tres teorías señaladas como las más importantes en el mundo, pero sin embargo para comprender a qué nos referimos cuando tratamos la inteligencia desde un punto de vista práctico, podemos quedarnos a un nivel bastante más simple que estas teorías, que nos permite comprender la magnitud del concepto pero sin perdernos en aspectos muy teóricos.

Es oportuno simplificar la definición de inteligencia a algo como la capacidad de solucionar problemas complejos, pero esta simplificación nos llevaría a otorgar inteligencia a seres y cosas que hemos establecido que no tienen inteligencia.

Así una calculadora, es capaz de resolver un problema de cálculos complejos, pero ello no implica que tenga inteligencia, sino una buena capacidad de cálculo.

La inteligencia es una capacidad realmente abstracta, difícil de medir y evaluar, y por ello ha habido una gran controversia a lo largo del tiempo acerca de que seres presentan inteligencia y que seres no la presentan. Casi cualquier ser vivo presenta algún rasgo inteligente, de hecho, la propia naturaleza se puede ver como un ente muy inteligente, al ser capaz de irse adaptando a lo largo de los siglos a las nuevas situaciones. Muestra de esta inteligencia es la evolución de las especies, teoría de Charles Darwin en 1859²²⁸.

Resulta un hecho comprobado que el cerebro es un órgano que cuenta con partes diferenciadas y que cada una de nuestras capacidades, como jugar al voley, percibir las

²²⁶ Daniel GOLEMAN, *Inteligencia emocional*, Ed. Kairos, Barcelona, 1996, Págs. 58/60

²²⁷ Robert J. STERNBERG, *A triarchic theory of intelligence*, Cambridge University Press, Nueva York, 1986, ISBN 9860521278910, Pág. 411

²²⁸ Jose Carlos CORTIZO PEREZ, en http://weblogs.madrimasd.org/sistemas_inteligentes/archive/2009/09/02/12_4110.aspx. (acceso el 07/09/2014).

formas, aprender a pasear en bicicleta, tocar el saxo o recordar conceptos que con anterioridad leímos en un libro, está vinculada con neurocircuitos identificables.

La inteligencia tiene una estructura que según las dos grandes opiniones de los expertos pueden ser: *unitaria*, donde existe una sola inteligencia general o *múltiple*, o sea que concurren varias facultades intelectuales relativamente independientes que se pueden modificar o desarrollar mediante estímulos adecuados. Coincido con esta corriente que se asemeja al perfil de juez que necesitamos, pues no concibo que un magistrado tenga una inteligencia unitaria en tal sentido.

Estoy convencido que la persona que tiene aptitudes para ser juez, a lo largo de su vida se le debe estimular específicamente en el desarrollo de sus tareas, para que las mismas sean más eficientes y proporcionen resultados óptimos. En el mismo sentido Gardner manifiesta, que los seres humanos tienen capacidad para adquirir conocimientos y aprender de muchas maneras diferentes, a través del lenguaje, del uso del cuerpo, del análisis abstracto, de la intuición, de la representación espacial, del pensamiento musical y de una comprensión de los demás y de nosotros mismos²²⁹.

Sostengo que el juez, amén de la labor estrictamente jurídica judicial (interpretación, evaluación, aplicación, sentencia, etc.) precisa además gerenciar diferentes tipos de conocimientos y habilidades para poder hacer efectivamente justicia.

1.3 El Gerenciamiento del juez. Factibilidad.

Esto es simplemente aplicar conceptos de gestión que hacen parte de lo que se entiende como idoneidad gerencial del juez, imprescindible en un sistema judicial moderno. El juez no solamente debe tener conocimientos jurídicos científicos, sino que además debe poseer cualidades gerenciales. *The devil is in the details*.

De lo contrario, al excluir la idoneidad gerencial de las exigencias del juez moderno, se tendrán resultados nefastos como el caso *Torres Nieto*²³⁰, de Argentina, donde fue comprobado que la magistrada falseaba las estadísticas que debía remitir mensualmente a la Corte Suprema de la Nación, y que si bien era impecable su

²²⁹ Howard GARDNER, *Frames of mind. The theory on multiple intelligences*, Basic Books, New York, 1983, en *Neuromanagement, Cómo utilizar a pleno el cerebro en la conducción exitosa de las organizaciones*, Néstor BRAIDOT, Ed. Granica, Buenos Aires, 2008, Pág. 200, ISBN 978-950-641-155-8.

²³⁰ Este caso práctico fue trabajado en las clases de la Maestría MDMJ en la materia *La Idoneidad Gerencial del Juez*, Dra. Silvana Stanga, Universidad Austral, 25 y 26 de abril de 2008. Para ampliar sobre el fallo ver <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00017/00006912.Pdf>. y http://www.diariojudicial.com/contenidos/2002/05/30/noticia_0002.html (acceso el 07/09/2014).

formación jurídica científica, desconocía por completo las nociones básicas de idoneidad gerencial.

También Braidot opina que además de las habilidades intelectuales necesarias para razonar, resolver problemas, crear y adaptarse al medio ambiente, la inteligencia también se mide por la capacidad para comprender las propias emociones, interpretar los sentimientos de los demás y manejar empáticamente las relaciones interpersonales; al ser una función activa de la mente, la inteligencia es estimulable y puede desarrollarse.²³¹

1.4 Los mapas mentales. ¿Mapas mentales judiciales?

Para conocer tan interesante tema, se debe comparar el cerebro humano con una computadora. Ambos son muy diferentes.

La computadora trabaja en forma lineal, mientras el cerebro trabaja en forma asociativa, así como lineal, comparando, integrando y sintetizando a medida que funciona. Quién juega un papel principal en toda la función mental es la asociación, ya que toda simple palabra e idea tiene numerosas conexiones o apuntadores a otras ideas o conceptos.

Los mapas mentales desarrollados por el célebre Dr. Tony Buzan, son el método más efectivo para tomar notas y útiles para la generación de ideas por asociación. “Un mapa mental es un método de análisis que permite organizar con facilidad los pensamientos y utilizar al máximo las capacidades mentales. Es la forma más sencilla de gestionar el flujo de información entre tu cerebro y el exterior, porque es el instrumento más eficaz y creativo para tomar notas y planificar tus pensamientos”²³².

Constituye un revolucionario sistema de recuperación de datos y acceso a la biblioteca que existe en el cerebro. Ayuda a aprender, organizar y almacenar información de la forma que le gusta a la persona. Cuanta más información se tenga que organizar más eficaz y rápido será el sistema de gestión de cada individuo.

Para hacer un mapa mental, uno debe comenzar en el centro de una página con la idea principal, y trabajar hacia afuera en todas direcciones, produciendo una estructura creciente y organizada compuesta de palabras e imágenes claves.

Debido a la gran cantidad de asociaciones envueltas, los mapas mentales pueden ser muy creativos, tendiendo a generar nuevas ideas y asociaciones en las que no se había pensado antes. Cada clemente en un mapa es, en efecto, un centro de otro mapa.

²³¹ BRAIDOT, *ibíd.*, Pág. 201

²³² Tony BUZAN, *Cómo crear mapas mentales*, Ed. Urano, Madrid, 2004, Pág. 26, ISBN 84-7953- 566- 0

El potencial creativo de un Mapa Mental es útil en una sesión de tormenta de ideas. El individuo sólo tiene que comenzar con el problema básico en el centro, y formar asociaciones e ideas a partir de él hasta obtener un gran número de posibles soluciones.

Los Mapas Mentales son una manera de representar las ideas relacionadas con símbolos más bien que con palabras complicadas como ocurre en la química orgánica. La mente forma asociaciones casi instantáneamente, y representarlas mediante un mapa le permite escribir sus ideas más rápidamente que utilizando palabras o frases.

Los cambios o mejoras en la gestión judicial que vengo pregonando pueden darse según mi opinión en dos sentidos. Por un lado en forma piramidal a través de las Cortes o Tribunales Superiores de cada país o de su homónimo a nivel provincial, estadual, regional departamental etc., quien adopte un sistema de gestión y lo circule entre los tribunales inferiores dándole las pautas de trabajo, asimilándolo a un programa único de computación, que sea uniforme en todas las jurisdicciones, lo que simplificaría costos de programación, de capacitación de personal y de equipos informáticos.

El otro sistema está dado porque el Alto Tribunal envíe pautas genéricas hacia los tribunales inferiores y que cada uno de éstos, diagrame su propia gestión judicial. Este caso parece en la actualidad el que más se asemeja a la realidad de muchos países americanos. En Argentina por ejemplo, sobre 23 provincias, existen varios programas informáticos jurídicos distintos.

A guisa de ejemplo, la Dra. Graciela Marino, titular del Juzgado Laboral N° 77 de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina introdujo cambios sorprendentes en su unidad funcional, con una motivación a su personal y cambios estratégicos en la rutina diaria del tribunal, forma de los escritos, recepción de prueba, etc., que tuvo su punto culminante con el merecido Premio Nacional a la Calidad del año 2006, y luego nuevamente en el 2007.

La magistrada citada, organizó en su mente un mapa de las necesidades, falencias, virtudes de su tribunal y personal a cargo. El entrelazamiento de información que tenía su cerebro con el agregado de cambios en la gestión, la llevaron a ser el juzgado modelo que todos anhelamos. Y todo con la ayuda invaluable de su cerebro y la familia.

Con este maravilloso ejemplo quedó demostrado que utilizando el cerebro en su máxima potencialidad, se pueden modificar muchas de las estructuras vetustas que existen en el poder judicial y que en la actualidad están perimidas.

Para reforzar aún más este tema y su importancia es que el autor Buzan ha creado software de distintos tipos que pueden ayudar a las personas a planificar, crear, innovar, realizar lluvias de ideas, organizar su pensamientos, etc.

El *IMindMap Ultimate Plus*²³³, es uno de los más completos software que incluyen herramientas de integración con Microsoft Office y gestión de proyectos, acelerando la comprensión del proceso de mapas mentales, su historia y funcionamiento.

Llegó la hora de que cada uno comience a diagramar un mapa mental de las mejoras necesarias e imprescindibles que deben observarse en un poder judicial del siglo XXI, fruto de un cambio cultural de la mano de las ciencias de la organización.

1.5 El Neuromanagement Judicial. Utopía o realidad no estudiada.

Cuando se planteó el tema del neuromanagement nunca puse en duda de sus bondades a la hora de procurar aportar una herramienta a la mejora final del sistema judicial. Si bien a primera vista podría haber parecido una empresa sumamente difícil de compatibilizar con el medio judicial, sabía que su viabilidad era posible.

Cumpliendo casi los 15 años del siglo XXI, nadie tiene dudas que las ciencias de la organización se han enraizado en el mundo moderno casi en forma imprescindible. Negarlas u obviarlas es mirar para otro lado y entregarse a una defunción segura.

El Poder Judicial, como poder del Estado, no obstante cual sea su división política, tiene como misión primordial el de administrar justicia. Es que ahora el judiciario está al alcance de la mano, con una necesidad imperiosa día tras día de transparentar su gestión, ser oportuno y efectivo.

Estoy convencido que el cambio propuesto para nada está alejado de la realidad cotidiana y debe servir como el puntapié inicial de una tormenta de ideas que posibiliten en el corto plazo su concreción. Siempre se presentó el tema y se lo ejemplificó en la vida cotidiana del tribunal, para demostrar que lo que estaba proponiendo, perfectamente era viable en el quehacer judicial.

Se hizo una referencia al cerebro humano, el microchip de información perfecta, como el artífice principal del nuevo modelo de neuromanagement judicial. Sus aplicaciones son muchas y diversas y a pesar de ser una nueva disciplina, impresiona por su contenido, dinámica y desarrollo contextual.

²³³ IMindMap Ultimate Plus, *Software oficial del Dr. Tony Buzan para crear mapas mentales*, en <http://imindmap.net/intl/spanish.html>. (acceso el 15/09/2014).

El juez como figura principal dentro de cualquier modelo de gestión judicial de los ya conocidos, a través de este trabajo adquiere una mayor importancia, única hasta el momento, al permitirnos entrar a su cerebro y trabajar con él.

Al igual que le ocurre a todo ser humano, al juez durante años se le incorpora datos de enseñanza y en especial la ciencia del derecho. Pero su estudio no termina allí, pues el cerebro hasta que muere no deja de ser una computadora que a diario recibe información, que se interconecta, relaciona, procesa y resuelve problemas.

A pesar de los años de vida que una persona tenga, su cerebro se mantiene intacto y cuidado con la información acumulada que nunca se pierde, aún en los casos de que una enfermedad haga perder la memoria y luego la recupere plenamente.

El estudio sintáctico de los sentidos nos demuestra la importancia que tienen para el cerebro y la vida humana, y que al interrelacionarlos entre sí nos vinculan con determinados temas que pudimos haber conocido con anterioridad. Al trabajar con la inteligencia, hemos desnudado algunos mitos sobre si la misma se hereda o se adquiere.

No tengo dudas que el juez debe ser inteligente, independientemente si la inteligencia la ha heredado o se la ha edificado a lo largo de su vida, pues la justicia necesita hombres inteligentes y también que sean creativos. La creatividad debe ser constante y que pueda aportar a la ciencia del derecho algo nuevo y útil a la vez.

Neuroaprendizaje y neuroeducación son dos conceptos importantes en la vida de la gestión judicial, quién a través de las escuelas judiciales deben en el futuro, introducir capacitación en esta nueva disciplina llamada *neuromanagement judicial*.

Como lo expresaran las Dras. Stanga y Marino en numerosos trabajos doctrinarios, *los ciclos de mejora continua*, se retroalimentan de información, criterio y capacidad, a los que añado creatividad.

Si se trabaja con estos conceptos se pueden diagramar los mapas mentales en la justicia y ponerlos en movimiento será mucho más rápido, creativo y contundente a la hora de responder ante la sociedad.

Resulta atinado en este estadio la interrelación del neuromanagement con los procesos de calidad que se deben observar en el funcionamiento de un tribunal.

Así en toda actividad productiva, que sea realizada con seriedad y tendiente a producir resultados, debe implementarse un control eficaz de medición, que nos muestre la realidad actualizada.

“Se trata de un conjunto de nuevos argumentos administrativos y filosóficos, políticos y de visiones gerenciales e interdisciplinarias, que sobre el estado y la

administración pública, y sobre los diagnósticos de sus problemas y las propuestas de soluciones, teóricas o prácticas, se han venido desarrollando en los últimos veinte años".²³⁴

Una cuestión es administrar que incluye gobernar, dirigir, ordenar, disponer las cosas y los recursos para producir un mejor efecto y otra es gestionar, que envuelve los descriptos precedentemente pero al que le agregamos hacer algo para lograr un objetivo final.

Gestionar con calidad es una actitud y una cultura en la forma de llevar a cabo cualquier actividad, pública y privada... La gestión de la calidad total se entiende con carácter general como un sistema eficaz para integrar los esfuerzos de mejora de la calidad de los distintos grupos de una organización, para proporcionar productos y servicios a niveles que permitan la satisfacción del cliente".²³⁵

El neuromanagement judicial brindará el soporte necesario para que el tribunal pueda gestionar de una manera más eficaz y con mayor calidad su trabajo diario. En un futuro mediano se debe plasmar en un sistema que planifique, mida y mejore continuamente, la esperada gestión judicial que tenga en cuenta las necesidades de los ciudadanos y sea capaz de cumplirlas.

El campo de la gestión está nutrido de varios métodos para tramitar eficazmente desde los aspectos puntuales (las cinco ESES²³⁶, los Círculos de Calidad²³⁷) a aspectos más globales como la reingeniería o sistemas más benévolos o exigentes como las Normas ISO o la gestión de la Calidad Total o de la Excelencia (E.F.Q.M)²³⁸.

Somos conscientes que nuestra realidad es paupérrima y que debemos comenzar a trabajar en lo inmediato pensando que nuestro inicio es desde un terreno con pocas bases y hay que edificarlo. Luego lo construiremos y lo ambientaremos para trabajar y después una vez finalizado le podamos hacer cambios estéticos a través de los años.

²³⁴ Antonio RAMIRO SANCHEZ, *Demandas de calidad de la Administración Pública: Un derecho a la ciudadanía*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, Pág. 10, ISBN 848 155 8915.

²³⁵ María J. GANDASEGUI APARICIO y Caridad HERNANDEZ GARCIA, *La modernización de la administración de justicia y la gestión de la calidad*, en Estudios de Derecho Judicial 105, Ed. Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 2007, Págs. 60/61, ISBN 978 84 96809 15 4.

²³⁶ Las cinco "S" representan la primera letra de cinco palabras de origen japonés a las que debe su nombre esta metodología: Organización (*Seiri*), Orden (*Seiton*), Limpieza (*Seiso*), Control Visual (*Seiketsu*) y Disciplina y Hábito (*Shitsuke*).

²³⁷ Por Círculo de Calidad debe entenderse un grupo de personas de la misma unidad funcional que con carácter voluntario se reúnen con periodicidad para analizar y resolver los problemas de su trabajo.

²³⁸ EUROPEAN FOUNDATION FOR QUALITY MANAGEMENT.

Por tal motivo este camino a iniciar en la búsqueda de la mejor gestión judicial, tendrá que ser paulatino, reflexionando y midiendo los esfuerzos y los resultados, para ir cimentando el proceso y que los avances sean fructíferos.

Los procesos judiciales tiene una particularidad que otros sistemas no poseen, y que son el distingo esencial del producto final: justicia. En ese horizonte después de realizar un análisis de los distintos tipos de normas de gestión pienso que debemos hurgar entre las diferentes variantes de las normas ISO para ver cuál de ellas sería la más perfectible para nuestro sistema judicial. A ello incluso debe adicionársele otros tipos de norma de calidad a nivel mundial que incluso superan los estándares ISO que son tan conocidos.

Es de esperar que en los próximos años las Cortes o Superiores Tribunales de cada país o de su homónimo a nivel provincial, estadual, regional, departamental, etc., introduzcan evaluaciones de desempeño de los jueces, como una forma medible de su accionar al frente de un tribunal, cuestión que por ahora no se conoce.

Dicha medición no resulta utópica porque en América, países como República Dominicana ya lo vienen efectuando con éxito desde hace años, realizando evaluaciones a cargo de una Oficina especializada que depende directamente de la Suprema Corte de Justicia de dicho país.²³⁹

CONCLUSIONES

Se concluye el estudio profundizado de esta nueva disciplina, con la impronta misión de seguir en el futuro, el estudio interdisciplinario de esta temática, agudizar el ingenio, promover la creatividad y aplicar esta propuesta en los distintos poderes judiciales de América.

Cualquier planteamiento de cambio en el campo judicial en materia de gestión debe llevar como correlato, un control efectivo de la calidad observada en tal trabajo.

La calidad en la gestión es una actitud y una forma de cultura, convirtiéndose en un sistema eficaz que integra los esfuerzos de mejora en los distintos grupos de una organización, produciendo servicios judiciales que permitan la satisfacción del ciudadano.

Se debe hacer hincapié en las necesidades actuales en materia de calidad, su diagnóstico, estrategias de trabajo, mediciones y resultados como punto fundamental del despegue definitivo de una gestión judicial moderna. Como corolario deben instrumentarse evaluaciones de desempeño de los jueces, funcionarios y agentes, que

²³⁹ http://www.suprema.gov.do/documentos/PDF/estadisticas/atenciones_ciocs.pdf (acceso el 07/09/2014).

son la parte humana de la organización y también son objeto de mediciones de productividad y eficiencia.

Habiendo examinado con detenimiento la temática del neuromanagement y el estudio del cerebro humano, propongo con bases sólidas suficientemente fundadas, que el nacimiento de una nueva disciplina no resulta algo que esté ajeno a la sociedad actual y al mundo del derecho.

Exhorto a proseguir en esta misma senda investigativa a quienes les interese el tema, involucrándome con ellos en un espacio interdisciplinario que pueda llevar a cabo un trabajo más profundo sobre las neurociencias aplicadas a la función judicial. Con ese afán se ha guiado este trabajo.

Que ese sea el compromiso de todos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- APA Task Force Report, *Intelligence: Knows and Unknowns*, en http://rainc.com/swtaboo/taboos/apa_01.html.
- ARISTÓTELES, *De anim. III*, Pág. 8, en http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.aspid=11770&cat=sociologi.
- BIELSA, Rafael, *Justicia para todos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, Pág. 295, ISBN 950-9122-70-X.
- BRAIDOT, Néstor, *Neuromanagement, Cómo utilizar a pleno el cerebro en la conducción exitosa de las organizaciones*, Ed. Granica, Buenos Aires, 2008, ISBN 978-950-641-155-8, Pág. 27.
- BUZAN Tony, *Cómo crear mapas mentales*, Ed. Urano, Madrid, 2004, Pág. 26, ISBN 84-7953-566-0.
- _____, *Mind Map*, en <http://imind-map.net/intl/spanish.html>. (Recuperado el 15/09/2009).
- CORTIZO PEREZ, Jose Carlos, en http://weblogs.madrimasd.org/sistemas_inteligentes/archive/2009/09/02/124110.aspx. (Recuperado el 07/09/2014).
- EUROPEAN FOUNDATION FOR QUALITY MANAGEMENT.
- FAYT, Carlos S. *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, Pág. 45.
- FUCITO, Felipe. *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?* Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2002, Pág. 109.

- GANDASEGUI APARICIO, María José y HERNANDEZ GARCIA, Caridad, *La modernización de la administración de justicia y la gestión de la calidad*, en Estudios de Derecho Judicial 105, Ed. Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 2007, Págs. 60/61, ISBN 978 84 96809 15 4.
- GARAVANO, Germán, *La unidad de producción judicial que se conoce como "oficina judicial", con un juez, secretario et., viene desde la casa de los Habsburgo*, en Justicia para todos, Buenos Aires, Pág. 68.
- GARDNER, Howard, *Frames of mind. The theory on multiple intelligences*, Basic Books, New York, 1983, en *Neuromanagement, Cómo utilizar a pleno el cerebro en la conducción exitosa de las organizaciones*, BRAIDOT Néstor, Ed. Granica, Buenos Aires, 2008, Pág. 200, ISBN 978-950-641-155-8.
- _____, *Multiple Intelligences*, ISBN 0-465-04768-8, Basic Books, en español *Inteligencias múltiples*, Ed. Paidós, Buenos Aires, ISBN: 84-493-1806-8, Págs. 54 y conc.
- GOLEMAN, Daniel, *Inteligencia emocional*, Ed. Kairos, Barcelona, 1996, Págs. 58/60.
- IMindMap Ultimate Plus, *Software oficial del Dr. Tony Buzan para crear mapas mentales*, en <http://imind-map.net/intl/spanish.html>. (recuperado el 15/09/2014).
- JEFFERSON, James y MOORE, David, *Manual de Psiquiatría Médica*. Ed. Elsevier, Madrid, 2005, 2º ed. ISBN 84-8174-849-8.
- MAINSTREAM SCIENCE OF INTELLIGENCE, en http://lrainc.com/swtaboo/wsj_main.html, reprinted in J. Gottfredson, *Intelligence*, 1997, Pág. 13 (Recuperado el 07/09/2014), (traducido al español por Florencia Nuñez La Torre).
- MONTESQUIEU, Barón Pierre de, *Del espíritu de las leyes*, trad. Ed. Albatros, Buenos Aires, 1942.
- MORELLO, Augusto M, *La Reforma de la justicia*, Ed. Librería Platense y Abeledo Perrot, La Plata, Buenos Aires, 1991, Págs. 2/3.
- RAMIRO SANCHEZ, Antonio, *Demandas de calidad de la Administración Pública: Un derecho a la ciudadanía*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, Pág. 10, ISBN 848 155 8915.
- ROCK, David Ph.D. Autor, consultor global y fundador de NeuroLeadership Summit, en *Neuromanagement, Cómo utilizar a pleno el cerebro en la conducción exitosa de las organizaciones*, BRAIDOT Néstor, Ed. Granica, Buenos Aires, 2008, Pág. 19, ISBN 978-950-641-155-8.

ROCK, David y SCHWARTZ, Jeffrey, *The Neuroscience of Leadership*, en *Strategy and Business Magazine*, Mayo 2006, en http://www.strategy-business.com/media/file/Neuroscience_of_Leadershp-webinar.pdf (Recuperado el 15/05/2014).

SCHWARTZ, STEPP & BEAUREGARD, *Brain interaction, Quantum theory in neuroscience and psychology, a neurophysical model of mind*, Oct 20, 2004, Phil. Trans. Royal Society, B360 (1458) 1309-27, 2005.

STANGA, Silvana, *La reforma impostergable y largamente esperada del Poder Judicial*, *Prudentia Iuris* N° 55, Marzo 2002, Pág. 229.

STERNBERG, Robert J., *A triarchic theory of intelligence*, Cambridge University Press, Nueva York, 1986, ISBN 9860521278910, Pág. 411.

Recepción: 23 de agosto de 2014.

Aceptación: 14 de noviembre de 2014.

EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO, SUS RETOS Y ALCANCES.

JUDICIAL REVIEW IN MEXICO, ITS CHALLENGES AND SCOPE

Enrique URIBE ARZATE*

José Roberto GUTIÉRREZ SILVA**

RESUMEN. En este artículo se estudia el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en México, bajo un esquema pragmático que por principio de cuentas, se ubica en el campo de la Defensa Constitucional, para después ser situado en el actuar de aquellos que despliegan funciones jurisdiccionales, por ser éstos los protagonistas a la hora de la defensa de nuestro máximo ordenamiento jurídico; ya que la actividad que desarrollan, es uno de los pilares más importantes en el control de constitucionalidad, al ser los que en primer lugar, tienen la posibilidad de administrar justicia. El análisis de esta forma de control de poder, se da bajo el nuevo paradigma constitucional, que surgió con la interpretación que busca la máxima protección de los derechos humanos.

Palabras clave: control difuso de constitucionalidad, supremacía constitucional, funciones jurisdiccionales y bloque de constitucionalidad.

ABSTRACT. This article reviews the development of *the judicial review* in Mexico, under a pragmatic scheme that is firstly located in the Constitutional Defense cognition field, to be located later in the actions of those who deployed judicial functions that uphold the law. Indeed, the activities performed, is one of the most important pillars in *the constitutional review control*, since they administer justice. The analysis of this power control form, is

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor de tiempo completo en la Universidad Autónoma del Estado de México; miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 2; dirección electrónica: euribea@uaemex.mx; teléfono: [722] 2 14 43 00 extensión 101.

** Maestro en Derecho, con perfil profesionalizante en Justicia Constitucional por la Universidad Autónoma del Estado de México; secretario de acuerdos de primera instancia, encargado de la Segunda Secretaría del Juzgado Segundo Civil de Primera Instancia del Distrito Judicial de Toluca, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. dirección electrónica: jrm01@hotmail.com; teléfono móvil: [045] 722 4 67 93 71.

done under the new constitutional paradigm that emerged with the interpretation that searches for the maximum human rights protection.

Keywords: constitutional review control, constitutional supremacy, judicial functions, constitutionality block

I. INTRODUCCIÓN.

El trabajo reflexivo del ser humano es una consecuencia de las imposiciones de su propia naturaleza, puesto que es el único ser que se cuestiona sobre sí mismo y sobre el mundo que lo rodea, para conseguir un desarrollo personal o colectivo; aunque a veces no es éste ni aquél, la verdadera razón de esta noble labor. Es mayormente, la búsqueda de trascender, de dejar huella, de estar presente sin importar lo material o temporal que resulta la vida; es ese afán de perdurar idealmente, el que nos impulsa a generar tantos y tantos productos intelectuales, con la esperanza –o a veces sin ella– de estar en la mente de otros, de generar enredos mentales o de resolver los existentes.

Podemos decir entonces, que el actuar humano tiene tantas facetas como un intrincado poliedro, que se vuelve más simple conforme se desdobla hasta llegar a una forma bidimensional.

Es en este punto, en el que la atención se vuelca hacia una de las caras más vistas y estudiadas de la sociedad; ésta es la regulación que brinda el Derecho, ese cúmulo de instituciones o pautas con las que casi desde el inicio de los tiempos, se ha buscado dotar de un orden al actuar humano. Sin embargo, por cuestiones prácticas andaremos sólo sobre una de las aristas de esta ciencia social, en la que el objeto es el control de constitucionalidad por vía de excepción o difuso, cuyo ejercicio se sustenta en el texto del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que ha permanecido casi inamovible desde su aparición²⁴⁰; para esto, es pertinente realizar una advertencia previa, porque lo que se expondrá no pretende ser un manual sobre el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, aunque si aspira a ser un gran apoyo en el actuar de aquellos que tienen la obligación de ejercerlo. De manera puntual, se buscará identificar y explicar los inconvenientes más recurrentes en torno a su empleo; tal vez, éstos no sean notorios *prima facie*; no obstante, desde un escaño muy humilde, se

²⁴⁰ El texto original del artículo 133 Constitucional era: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.” Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2802/8.pdf>; consultado el 05 de agosto de 2013

expondrán las dificultades que enfrentan todos los que, de manera directa o accidental, ejercen cualquier actividad jurisdiccional²⁴¹.

Los imperativos normativos que la sociedad brinda a sus integrantes, ya bien sea por fuerza de la costumbre y por la instauración de un sistema –jurídico o moral–; son, sin duda, las pautas que otorgan las condiciones necesarias o mínimas, para una adecuada convivencia social.

De esta forma las prohibiciones sociales, según su origen y vinculación, podrán ser tratadas como normas morales, éticas, o jurídicas. Por lo que aquí interesa, nos ocuparemos únicamente de estas últimas. Y con base en lo anterior, se dirá que una *ley* es aquella norma que propone pautas de conducta que, por su integración y formación, implica un reconocimiento y aceptación general. Decía Kelsen en su Introducción a la Teoría Pura del Derecho, que: “[...] La validez [de la norma] significa que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia quiere decir que la ley es, en verdad, obedecida y aplicada. La eficacia es solamente un condición de validez, no igual a ella. Una norma jurídica puede ser válida antes de que se convierta en efectiva. [...]”²⁴²; esto nos brinda un escenario, en el que la validez de la norma, es directamente proporcional a la eficacia que se aprecia en el mundo fáctico.

II. ASPECTOS INHERENTES A LA CONSTITUCIÓN Y LO CONSTITUCIONAL.

El vocablo “Constitución” merece especial cuidado, no por la ubicación estructural que en el uso del lenguaje se le otorgue, sino por la magnitud y amplitud que de por sí requiere; verbigracia, al emplear aquel término en un modo adjetivado, se hablará de una cualidad y calidad que no todo Estado tiene, esto es, no todo Estado es Constitucional, ya que esto dependerá de manera directa, de la estructura económico, social y política con la que cuente²⁴³. De ahí, que de forma previa a su uso y estudio, es necesario de acotar su

²⁴¹ No debemos centrar la atención en el Poder Judicial, pues si bien los integrantes de éste son quienes ejercen por antonomasia la actividad jurisdiccional, es verdad también que existen algunos otros, que sin pertenecer al mismo, despliegan actividades jurisdiccionales; a saber, los Tribunales de índole administrativa y laboral, por mencionar algunos.

²⁴² Kelsen, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 50.

²⁴³ Sobre el particular refiere Riccardo Guastini [2001] en su libro *“Estudios de Teoría Constitucional”*, que: “En este contexto, evidentemente, el término “Constitución” denota no ya una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista. La Constitución es concebida aquí como límite al poder público. [...] De esta forma no todo Estado está provisto de Constitución: los Estados liberales son Estados constitucionales, es decir, tienen Constitución; mientras que los Estados despóticos no son Estados “constitucionales”, ya que carecen de Constitución. En este sentido del adjetivo “constitucional”, un Estado puede llamarse constitucional, si, y solo si, satisface dos condiciones [disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes]: 1) por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y 2) por otro, que los poderes del Estado [...] estén divididos y separados [...]”

significado para contar con las bases ideológicas, que permitan su plena y correcta comprensión.

De forma genérica en el contexto jurídico mexicano, el término *Constitución* se utiliza para referirse al ordenamiento fundamental del Estado, en el que se reconocen [y no limitan u otorgan] una serie de prerrogativas a favor de los gobernados²⁴⁴, así como la definición estructural del Estado –geográfica, competencial, y claro, jurídica–. Esta codificación primera o básica, es el origen y límite de toda Ley vigente en el sistema jurídico estatal, de modo que ningún otro imperativo legal deberá contrariarla, o al menos eso se presume. En este sentido, consideramos patente hablar de la constitucionalidad de las leyes vigentes, o de manera más adecuada, de la presunción de constitucionalidad de éstas, que implica el apego constitucional relatado en líneas precedentes.

Así, cualquier ley vigente en nuestro sistema jurídico *per se*, supone con cierto grado de certeza, la conformidad con el texto de la Constitución, ya que emanan de un bien definido proceso desarrollado por el poder legislativo que no es, sino un ejercicio de democracia indirecta; empero, esta concepción se da en un plano muy Kelseniano, en el que el deber ser de la ley surge de la norma fundante²⁴⁵ básica, como consecuencia del actuar sobrio y definido tanto del poder constituyente como del poder constituido. No sobra decir, que esta presunción, puede ser desvirtuada mediante el empleo de los diversos medios de control de constitucionalidad que existen en nuestro país.

Por otro lado, al partir de la concepción de lo que literalmente la palabra “constitución” evoca, hallaremos una referencia inmediata al verbo *constituir*, que sugiere –jurídicamente– la conformación de un sistema que contempla y recoge los anhelos del pueblo que la acoge, para así integrar un Estado eficaz que sea capaz de responder a las exigencias de su población; cuya cualidad por defecto, es o debería ser además, la perdurabilidad, sin que por ello se entienda que es o será una norma eterna²⁴⁶, pues la máxima expresión de la soberanía reflejada en el poder constituyente, contiene las esperanzas del pueblo que legitima su actuar, sin embargo, éste no puede condicionar el trabajo del –posible– constituyente del mañana.

²⁴⁴ Resulta pertinente el comentario respecto a los derechos humanos –que incluso, como innominados– se reconocen al menos en el derecho positivo mexicano, en el artículo 1º Constitucional, que finca la preeminencia de su protección, pues éstos no se agotan en el texto Constitucional, ya que tienen su fundamento también en los Tratados Internacionales –en los que el Estado Mexicano sea parte–.

²⁴⁵ Soriano Dávila, Sonia Amalia. *La Norma Fundante como Ficción Jurídica y su Relación con la Construcción Social de la Realidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt13.pdf>; consultado el 18 de febrero de 2013.

²⁴⁶ Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, Traducción Nuria González Martín, México, Universidad Nacional Autónoma de México–Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 25.

Al emplear el término *Constitución* –en el contexto mexicano–, se piensa casi de inmediato, en la Ley fundamental de nuestro país, por ser ésta la que reconoce los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como la forma en que se ha de organizar nuestro gobierno, develando de clara manera la distinción de las funciones de los Poderes del Estado. En este cuerpo normativo, también, se expresa que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo, y que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste, conforme prevé en su artículo 39. Tal poder soberano es ejercido por el pueblo a través de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores –competencia residual–; ya que la forma de gobierno que adoptó constitucionalmente nuestro país, es la de una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos, unidos en una federación.

De esto modo, la Constitución Política es y debe ser vista como el origen y límite de toda Ley existente, ya que toda idea en contrario resultaría inconcebible a la luz de cualquier sistema de estudio del derecho, y más aún, a la vista de aquellos que resisten y resienten la aplicación de una norma jurídica, al poder constituir una franca contravención a lo previsto en nuestra norma básica. Ahora, el mecanismo jurídico a través del cual se garantiza el respeto, observancia y cumplimiento de las disposiciones contenidas en nuestra Constitución y en particular el acceso a la *tutela judicial efectiva*, es el control de constitucionalidad; que parte en una de sus facetas, del principio de confrontación de la Constitución con la norma reglamentaria u ordinaria, en donde, si ésta es contraria a aquélla, prevalezca la primera, por razón del rango que tiene frente a la segunda.

Como seres de razón²⁴⁷ que somos, buscamos la racionalización de todos nuestros actos, y en lo que nos ocupa, este ejercicio tiene implicaciones jurídicas que deben plantearse a primera vista en el contexto social que prima, pues es en éste en el que se gestan las condiciones reales que dan origen a la Constitución, bajo la óptica que se explicará en las líneas siguientes.

Para acotar el ámbito en el que se ubica nuestra Constitución, se debe tener en cuenta que los textos legales fundamentales, en virtud de su modificabilidad, pueden ser rígidos o flexibles. Las Constituciones que son rígidas, presentan dificultades en su

²⁴⁷ Kelsen en su libro *¿Qué es la justicia?*, escribió: Dado que el hombre, es en una y otra medida, un ser de razón, intenta racionalmente, es decir, por medio de la función de su entendimiento, justificar una conducta determinada por el temor o el deseo.

transformación²⁴⁸, o bien, son simplemente inmodificables, aunado a que ocupan el tope del cielo jurídico del Estado que las acoge, merced al principio de supremacía por ser una *lex superior*. Por su parte, las que son flexibles, se caracterizan por ser reformables a través de un proceso similar al de las leyes ordinarias; esta forma de cambio encuentra su legitimación en el propio código constitucional, al dotar al órgano legislativo de un poder revisor y reformador. En este sentido, se sitúa a la Constitución en el mismo plano de una Ley ordinaria, pues el mecanismo para reformarlas, es prácticamente el mismo.

También podemos posicionar esa Ley superior o suprema, en uno de dos planos, el formal o el material. En el primero, se tendrá que una Constitución: “[...] será, por tanto, la peculiar forma de existir del Estado, reducida, bajo forma escrita, a uno o más documentos solemnemente establecidos por el poder constituyente y solamente modificables por procesos y formalidades especiales en el texto constitucional. Todas las normas insertas en este documento-acto del poder constituyente son constitucionales, importando poco su contenido. [...]”²⁴⁹ Ésta, es el resultado del normal andar de toda sociedad, que se ve contenido y cristalizado en ese texto llamado Constitución, que es un texto que toma su fuerza vital de la sociedad que la concibe y emplea.

Para hablar de la Constitución *material*, es pertinente entender que las normas jurídicas son abstracciones, que pretenden imponer orden a la sociedad. Bajo este contexto, la Constitución materialmente hablando, es la conjunción de fuerzas o factores de poder, cuya eficacia no radica en su vigencia –formal–, sino en su aceptación por la sociedad²⁵⁰.

En suma, podemos decir que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es tanto formal como material, de naturaleza rígida, porque su reforma, está sujeta a un proceso diverso al que requieren las normas ordinarias.

III. ¿QUÉ ES EL CONTROL?

El control, sugiere o al menos supone, una actividad de inspección que se ejerce en dos planos: el primero, es el atinente a la revisión de aquello que se controla; y el segundo, el relativo a las acciones tomadas con motivo de aquello que se controla.

²⁴⁸ Riccardo Guastini, *op. cit.*, refiere que: “Parece más oportuno tratar la rigidez constitucional como una cualidad *graduable*: una Constitución puede ser *más o menos* rígida, *más o menos* flexible. [...] Sin embargo, se puede convenir que el grado de rigidez de las diversas Constituciones depende del grado de complejidad del procedimiento de reforma constitucional, en suma, del grado de dificultad de la reforma.

²⁴⁹ Da Silva, José Alfonso, *op. cit.*, p. 25.

²⁵⁰ Mora-Donatto, Cecilia. *El valor de la Constitución Normativa*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 10.

Como podemos notar, el control en un primer momento se efectúa en cualquier ámbito, a través de un ejercicio *revisor–confrontador*; que busca identificar las variaciones o peculiaridades de su objeto, contrastándolas con un modelo o reglas preexistentes, para determinar si es preciso tomar alguna medida. En un segundo momento²⁵¹, sí es conveniente, habrá un trabajo de corrección o adecuación de lo revisado, trazando y ejecutando las acciones atinentes, para restablecer el orden que motivó el desarrollo del control. Es por ello, que es el grupo o la colectividad quien puede brindar el adjetivo de *legítimos*, a los actos que impliquen una conducta en la que se despliegue algún tipo de poder público. Pues sin duda, las actividades derivadas del empleo del poder, deben ser objeto de un examen que brinde por un lado, confianza y por otro, la impresión de que ese ejercicio es sensible a las solicitudes y reclamos de los ciudadanos sometidos al poder público.

Pues además, el poder cuenta con cuatro elementos fundamentales: su origen, su forma, su ejercicio y desde luego, su control²⁵²; evidenciando con esto último, lo complejo que resulta ser, pues el sometimiento que de por sí implica, genera la necesidad de indagar el modo en el que se origina y se ejerce.

En este sentido, es evidente que el control es un elemento conformador que controla al poder público como elemento conformado; cuyo origen está sujeto a la más simple concepción lógica, que fue sintetizada por Juvenal en una de sus obras hacia finales del siglo I, al acuñar la locución *¿Quis custodiet ipsos custodes?*²⁵³; esta frase al ser ubicada en el campo del control constitucional, genera un punto de inflexión en el que aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales, se convierten en los custodios, en los vigilantes de nuestra Constitución Política, sin embargo, la interrogante es: ¿Quién custodia a esos custodios?

Bajo ese esquema, es palmario que el poder revisor que ejercen los que despliegan funciones jurisdiccionales, está sujeto a un orden más alto, que permea desde el mandato jurídico que les brinda facultades para interpretar, aplicar e incluso, dejar de aplicar las normas jurídicas que escapan al espíritu de lo que es constitucional. Y ese orden fundamental, que se encuentra inmerso en nuestra Constitución Política, es el que en verdad no está sujeto a ningún control, pues las abstracciones que sus normas brindan, son la base de cualquier ejercicio controlador del actuar de las autoridades, y

²⁵¹ Solo existirá esta fase, si lo que fue objeto de revisión y confrontación, presenta diferencias con el modelo o reglas preexistentes.

²⁵² Valadés, Diego, *El control del poder*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 144

²⁵³ La locución es traducida como: ¿Quién custodia a los custodios?

también, de las normas que pudieran servirles de apoyo para emitir actos privativos o de molestia, que pueden ser combatidos a través de los diversos medios de control que contempla nuestro Código fundamental²⁵⁴.

IV. BREVE APROXIMACIÓN A LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.

Existen dos grandes categorías en las que reposa la defensa de la Constitución. La primera es la protección a la misma, y está integrada por aquellos factores políticos, económicos y sociales, inclusive técnica jurídica, incorporados a los textos fundamentales con la finalidad de limitar el poder y lograr el funcionamiento equilibrado de los poderes públicos. La segunda se refiere a las garantías constitucionales, y se integra con los instrumentos jurídicos predominantemente procesales y establecidos generalmente en el propio texto Constitucional²⁵⁵, ejercidos *a posteriori*.

Ahora bien, el control difuso de constitucionalidad –como un instrumento accidental de la defensa constitucional– tiene su origen en el texto del artículo 133²⁵⁶ de la propia Constitución, y descansa en dos principios: el de [i] supremacía constitucional y el de [ii] jerarquía normativa. Aquél se refiere a que la Constitución, las Leyes Generales del Congreso de la Unión y los Tratados Internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la Ley Suprema; es decir, conforman un orden jurídico superior; con lo anterior, además, se puede hablar de un bloque constitucional. Por su parte, la *jerarquía normativa* se refiere a que si las leyes reglamentarias u ordinarias, resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones de éstos frente a aquéllos.

²⁵⁴ La justicia constitucional no sólo controla la constitucionalidad de las leyes, sino también la constitucionalidad de todos los actos de los poderes públicos. Ningún poder en el Estado constitucional puede entenderse *legibus solutus*. Pero ello también impone un deber al órgano que ejerce la jurisdicción constitucional: que en el desempeño de su control se someta estrictamente, a su función, que es la de controlar, jurídicamente, la adecuación de esos actos a las normas constitucionales, sin utilizar criterios políticos y sin invadir las áreas políticas de libre decisión, que también atribuye la Constitución a los dos órganos políticos, por antonomasia, del Estado Constitucional: el Parlamento y el gobierno. En Aragón Reyes, Manuel, *Control de Constitucionalidad sobre Órganos y no sólo sobre Normas*, en Corzo Sosa, Edgar [coord.], I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional, México, UNAM, 2009, serie Doctrina Jurídica, núm. 476, p. 101.

²⁵⁵ García Laguardia, Jorge Mario, *Protección Constitucional, Instrumentos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [en línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1031/6.pdf>; consultado el 14 de septiembre de 2013.

²⁵⁶ Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Este llamado control difuso, al igual que cualquier clase de control, requiere una actividad de inspección que se ejerce en dos planos: el primero, es el atinente a la revisión del texto de la norma ordinaria, en contraposición con la norma básica [constitucional]; y el segundo, el relativo a las acciones tomadas con motivo de aquello que se controla [revisa], esto es, la aplicación o inaplicación del texto ordinario. Bajo ese esquema, es palmario que el poder revisor que ejercen los que despliegan funciones jurisdiccionales, se encuentra sujeto a un orden más alto, que permea desde el mandato jurídico que les brinda facultades para interpretar, aplicar, e incluso dejar aplicar las normas jurídicas que escapan al espíritu de lo que es constitucional.

Dicho lo anterior, podemos indicar que la actuación de las autoridades judiciales, deberá tender sin variación alguna, a la obtención de la justicia; al emitir fallos que satisfagan de forma plena las situaciones sometidas a su conocimiento. Pues así y sólo así, el orden social mexicano, y sobre todo el jurídico, tendrá bases suficientes para ser sostenido por instituciones bien cimentadas, pues el actuar de las autoridades que despliegan *funciones jurisdiccionales*, gira en torno a exigencias de una sociedad que día a día, presenta una mayor problemática, cuyas implicaciones en lo jurídico deben ser resueltas de manera pronta y expedita²⁵⁷.

Los instrumentos de control constitucional en el sistema jurídico mexicano, son los siguientes:

1. EL JUICIO DE AMPARO.

Nace a la vida jurídica en el ámbito del Derecho Mexicano con el Acta Constitutiva y de Reformas del 18 de mayo de 1847, que contemplaba en el artículo 25 lo siguiente:

Artículo 25. Los tribunales de la Federación ampararán á cualquiera habitante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso,

²⁵⁷ La capacidad normativa de las Constituciones debe entenderse en el sentido de que obligan a las autoridades y a los ciudadanos a cumplir con sus principios y valores; de ahí que lo ideal en un Estado de derecho sería que cumpliéramos espontáneamente con sus mandatos. Sin embargo, existen actos, resoluciones o normas de carácter general que contravienen el orden constitucional, lo que explica la necesidad de prever medios de control de esa naturaleza, que son la vía a través de la cual se hace efectivo el respeto a las limitaciones del poder político que por su propia naturaleza tienden a extralimitarse; esto es, la finalidad de esos medios de control es garantizar y vigilar que se cumpla el orden constitucional. En Penagos López, Pedro Esteban, *La Actividad Constitucional en las Entidades Federativas* en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Molina Reyes, César de Jesús [coords.], *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2009, t. II, serie Doctrina Jurídica, p. 401

sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare.

En éste, el ánimo del legislador fue brindar al gobernado un instrumento que le permitiera combatir los excesos del ejercicio del poder público²⁵⁸; actualmente este instrumento contiene cinco procesos²⁵⁹, a saber:

- a) El *habeas corpus*.
- b) El amparo contra leyes.
- c) El amparo judicial o amparo casación.
- d) Proceso de lo contencioso administrativo.
- e) El amparo social o agrario.

2. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Este instrumento surgió con la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, en la que se modificó el texto del artículo 105 del Pacto Federal. Desde ese momento, se acotó el objeto de la acción de inconstitucionalidad, previendo que a través de ésta se plantearían posibles contradicciones entre una norma de carácter general y el texto constitucional, con excepción a las que se refieran a la materia electoral²⁶⁰. Ahora, su ejercicio debe ser deducido dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma combatida²⁶¹.

Lo anterior obedece a que el carácter general de una norma, no está determinado por su denominación sino por su contenido material. Además, el control que se ejerce en este tipo de medio, es de naturaleza abstracta, ya que no requiere que previamente a su ejercicio, exista un agravio para poder realizarlo²⁶².

²⁵⁸ Nótese que el artículo transcrito únicamente contemplaba protección en contra de “todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo”, dejando fuera el actuar del poder judicial. Esto, desde luego, puede considerarse insuficiente bajo una óptica actual, pero aquello, representó un gran avance jurídico en aquella época.

²⁵⁹ González Oropeza, Manuel, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Coordinadores. *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2011, pp 18-20.

²⁶⁰ El texto constitucional atinente a las acciones de inconstitucionalidad, se modificó el 22 de agosto de 1996, dejando de considerar que eran un caso de excepción las leyes en materia electoral.

²⁶¹ Esto según el texto del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De donde se sigue que puede ser tramitado en contra de: a. Leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión; b. Tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano; c. Leyes de carácter estatal; d. Leyes electorales federales o locales; y, e. Leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

²⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Caso Tabasco. Procedencia de la acción de inconstitucionalidad para*

3. LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES.

La cuestión total²⁶³ en este tipo de medio de control constitucional –según el Pleno de nuestro más Alto Tribunal²⁶⁴–, reposa en el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio los poderes y órganos de poder. Esto parte de los derechos fundamentales y sus garantías, que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, que deben darse en el marco brindado por los principios de soberanía popular, surgidos de la composición de estado federal, representativo y democrático de nuestro país. Sobre la misma línea, aparece la división de poderes [funciones], que persigue evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio.

4. LA FACULTAD DE INVESTIGACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

Esta facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos [CNDH], le es otorgada por el último párrafo del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que: “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá *investigar* hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.” Es decir, podrá *investigar* hechos que constituyan *violaciones graves* de derechos humanos, a fin de emitir las recomendaciones que procedan; sin que éstas sean vinculatorias por no provenir de un órgano jurisdiccional, sino de investigación.

impugnar constituciones locales. Serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2005. Suprema Corte de Justicia de la Nación. p 14.

²⁶³ Esto según el texto del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De donde se sigue que este medio de control constitucional, se ocupa de resolver los conflictos que se suscitan entre: a. La Federación y un Estado o el Distrito Federal; La Federación y un municipio; b. El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; c. Un Estado y otro; d. Un Estado y el Distrito Federal; e. El Distrito Federal y un municipio; f. Dos municipios de diversos Estados; g. Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; h. Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; i. Un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; j. Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y, k. Dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

²⁶⁴ Este apartado en particular, se efectúa bajo las directrices brindadas en la jurisprudencia con el rubro: “Controversia Constitucional. La finalidad del control de la regularidad constitucional a cargo de la suprema corte de justicia de la nación incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los entes u órganos de poder.”; bajo el número de registro 193257, del sistema de consulta de jurisprudencias y tesis aisladas *ius*.

5. JUICIO POLÍTICO O DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Tiene su fundamento en el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁶⁵, y las sanciones de este proceso de control constitucional, tendrán lugar cuando los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho; de igual modo, cuando éstos cometan actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Además cabe decir que, se efectúa en dos planos; en el primero, la Cámara de Diputados, realiza la acusación respectiva, para que en segundo lugar, sea la Cámara de Senadores, quien conozca de aquella acusación, y erigido en Jurado de sentencia, emita la resolución que corresponda.

V. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO MEXICANO.

Esta institución pretende que algunas leyes, artículos, tratados y convenciones, integren junto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, un solo cuerpo jurídico; en el que todos sus componentes deben contar con la misma validez, aunque aquéllos necesariamente se integran al texto de ésta. En este esquema, habrá que tener en cuenta que para determinar qué normas integran este bloque, deben concurrir ciertas circunstancias, que, como presupuestos, permitan identificar válidamente si la normas elegidas pueden estar a la altura de la Constitución; éstas son, entre otras: que el contenido normativo pueda ser considerado una extensión del texto de la norma básica; que lo previsto cuente con un vínculo con una parte fundamental de la protección a los derechos de los ciudadanos; que el texto normativo genere o complemente un principio constitucional, por mencionar algunos. Además, de forma paralela, quien ejerza cualquier función jurisdiccional debe contar con la preparación suficiente para emitir

²⁶⁵ En éste se contempla que serán sujetos a este tipo de juicio son: a. Los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; b. Los Consejeros de la Judicatura Federal; c. Los Secretarios de Despacho; d. Los diputados a la Asamblea del Distrito Federal; e. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal; f. El Procurador General de la República; g. El Procurador General de Justicia del Distrito Federal; h. Los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito; i. Los Magistrados y Jueces del fuero común del Distrito Federal; j. Los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el Consejero Presidente; k. Los Consejeros Electorales, y el Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral; l. Los Magistrados del Tribunal Electoral; m. Los Directores Generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos; n. Los Gobernadores de los Estados; ñ. Los Diputados Locales; o. Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales; y, en su caso, p. Los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales.

razonamientos lógicos-jurídicos contundentes, que permitan identificar a aquellas disposiciones jurídicas que integran el bloque de constitucionalidad, pues es precisamente este factor humano, el que marca la diferencia, hasta en tanto exista una declaración general de cuáles son las normas, que se podrán tener como parte íntegra de la Constitución²⁶⁶.

Este bloque constitucional tuvo su origen en la decisión emitida el 16 de julio de 1971 por el Consejo Constitucional Francés, en donde se otorgó el valor jurídico constitucional al preámbulo de la Constitución²⁶⁷. Como puede notarse, lo constitucional no se agota en el texto de la Constitución en sí, sino que esto [lo constitucional] va mucho más allá de las fronteras de tinta que forman su texto. El valor superior dado a lo que puede ser considerado *constitucional*²⁶⁸, depende de un sinnúmero de factores sociales, políticos y económicos, cuyo menor o mayor desarrollo, determina el alcance de lo que, junto con su Constitución, forman el llamado Bloque de Constitucionalidad. En México, sin vacilar, podemos ubicar el origen, o al menos su sustento, en el artículo 133 de la Constitución, que prevé que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

VI. EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

Es así que desde épocas muy tempranas, se generaron una serie de interpretaciones del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dejaban ver que el control de regularidad constitucional ha estado encomendado a todas las autoridades. Las apreciaciones brindadas por los mismos, son las siguientes:

²⁶⁶ Por el momento, existen siete criterios de interpretación realizados por el Poder Judicial de la Federación en el que se reconoce la existencia del bloque de constitucionalidad, éstos pueden ser localizados bajo los siguientes rubros: Control difuso. Rasgos distintivos de su ejercicio; Derecho al mínimo vital. Concepto, alcances e interpretación por el juzgador; Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad. En el juicio de amparo es innecesario conceder la protección solicitada para que la autoridad jurisdiccional responsable lo efectúe, pues el órgano de amparo puede asumir tal análisis; Control de convencionalidad y constitucionalidad de normas generales aplicadas en el acto reclamado en un amparo indirecto. Es viable aunque aquéllas no hayan sido reclamadas de manera destacada o sea improcedente el juicio en su contra; Personas jurídicas. Son titulares de los derechos humanos compatibles con su naturaleza; y, Estatuto de gobierno del distrito federal. Junto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra bloque de constitucionalidad en materia electoral.

²⁶⁷ Ospina Mejía, Laura, *Breve Aproximación al "Bloque de Constitucionalidad" en Francia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [en línea]. Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>; consultado el 5 de octubre de 2013.

²⁶⁸ Aquí, conviene tener claro que lo expuesto no se refiere, propiamente, a lo que es conforme con la Constitución, sino a aquello que además de tener esta cualidad, por su trascendencia, puede ser considerado como parte de la Constitución, o al menos, con un valor idéntico a lo previsto en ésta.

- I. Debe prevalecer siempre el imperio de la Carta Magna, y cuantas leyes secundarias se opongan a lo dispuesto en ella, no deben ser obedecidas por autoridad alguna.
- II. Todos los jueces de la República tienen la obligación de sujetar sus fallos a la Constitución, a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir en las otras leyes secundarias; pues resultaría ilógico y antijurídico pretender que cumplieran con esa obligación, si no tuvieran a la vez la facultad correlativa de discernir si las leyes que rigen los actos, materia de la contienda, se ajustan o no al Código Supremo de la República, cuando esa cuestión forma parte del debate, ya que de aceptarse la tesis contraria, sería imponer a los jueces una obligación, sin darles los medios necesarios para que pudieran cumplirla.
- III. La disposición del artículo 133 de la Constitución Federal, no distingue entre Jueces de derecho y Jueces de conciencia, por lo que su observancia es obligatoria para los Jueces locales de toda categoría.
- IV. Si bien es verdad que las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer una declaración de inconstitucionalidad de la ley, si están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal, en acatamiento del principio de supremacía que estatuye el artículo 133 de la propia Carta Magna, cuando el precepto de la ley ordinaria contraviene directamente y de modo manifiesto, una disposición expresa del pacto federal.²⁶⁹

Como vemos, los enunciados transcritos de los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación, brindaron desde muy temprano la posibilidad de ejercer un control difuso de la constitucionalidad; sin embargo, el desapego de los mismos fue bastante prematuro, al grado de considerar que el artículo 133 Constitucional, no brindaba la posibilidad del citado ejercicio, bajo la premisa de que el texto de aquel dispositivo fundamental, no es una fuente de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales²⁷⁰; no obstante, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que esta postura debía ser abandonada, merced a la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1º Constitucional – modificados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de

²⁶⁹ Éstos pueden ser localizados en el sistema de consulta de jurisprudencias y tesis aisladas *ius*, bajo los siguientes rubros: Constitución, imperio de la.; Constitucionalidad de la ley.; Leyes, constitucionalidad de las.; y, Constitución. Su aplicación por parte de las autoridades del fuero común cuando se encuentra contravenida por una ley ordinaria.

²⁷⁰ Jurisprudencia localizada en el sistema de consulta de jurisprudencias y tesis aisladas *ius*, bajo el rubro: Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución.

junio de dos mil once—²⁷¹. Esta postura, es, sin duda, fácil de cuestionar, porque como se explicó párrafos atrás, el control constitucional en general –concentrado o difuso– tiene su origen en el texto del artículo 133²⁷², cuyo texto prácticamente ha sido el mismo desde la promulgación de nuestra norma básica. De modo que es éste y no el texto del artículo 1º, el que debió engendrar el cambio de paradigma.

En fin, este modelo es tan vasto, por la simple razón de que hoy podemos hablar de un bloque de constitucionalidad; de forma que el ejercicio del control constitucional difuso, resultaría suficiente para lograr una verdadera defensa constitucional; es decir, si todos aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales, son capaces de analizar a la luz del texto constitucional –dentro de los límites del bloque relatado– las normas que rigen los procesos en los que intervienen, será cada vez menos necesario el recurrir a los órganos que ejercen un control constitucional concentrado.

Este control difuso, es simplemente la facultad de cualquier Juez del sistema jurídico mexicano, para dejar de aplicar alguna ley o dispositivo legal en los asuntos sometidos a su jurisdicción, por concluir que aquéllos transgreden el texto constitucional. Este juicio – como operación mental–, debe ser planteado bajo una exhaustiva argumentación jurídica, pues la inaplicabilidad declarada, no puede ser fundada en concepciones subjetivas, porque a través de argumentos [objetivos] debe patentizarse la incompatibilidad de la ley –o artículo– con el texto constitucional. Además, tiene como peculiaridad, que no existirá jamás, una declaración de inconstitucionalidad de la Ley que se dejará de aplicar, pues ello, tendría graves consecuencias. En primer lugar, sí esta declaratoria tuviese efectos generales, implicaría que la norma inconstitucional debe salir del sistema jurídico, pues la manifiesta incompatibilidad, hace inconcebible su vigencia y aplicación, ya que no se puede desarrollar algún proceso, ni mucho menos fundar un fallo judicial, en lo que no está apegado a nuestra Constitución; pues tal idea, resultaría aberrante, ya que no se cumpliría con la garantía fundamental del debido proceso. Y en segundo lugar, porque realizar tal declaratoria implicaría que no sólo se dejó de aplicar la norma en disenso, sino que también, impondría la obligación a los órganos legislativos, de adecuar la norma al texto constitucional; pudiendo crear así, una descontrolada función legislativa en la Federación, en las Entidades Federativas y en el Distrito Federal.

²⁷¹ Tesis aislada localizada en el sistema de consulta de jurisprudencias y tesis aisladas *ius*, bajo el rubro: Control difuso.

²⁷² El texto original es: Art. 133.- Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

Así, los retos que esta clase de control impone a los juzgadores, son teóricos; es decir, se vinculan con los conocimientos que deben tener. Porque aquellos que ejercen actividades jurisdiccionales, deben prepararse suficiente y permanente sobre el modo en el que se debe realizar el análisis de las normas que rigen su actuar, para que de este modo estén en aptitud de determinar si alguna ley o dispositivo legal tiene que ser inaplicado, por contrariar el texto constitucional. Este ejercicio necesita parámetros que determinen las condiciones en las que se efectúe, porque de otro modo, existe la posibilidad de que algunos operadores jurídicos lo empleen y otros no, generando un singular problema, ya que el texto constitucional impone la obligación de tomar en cuenta su contenido, siempre de forma previa, a las normas que de ella emanen, y en general, de aquellas que jerárquicamente se posicionen por debajo de la misma. Este punto en particular, es vital en la protección del texto constitucional, pues si aquellos que se localizan en la base del sistema judicial mexicano, no practican esta clase de control, su existencia sería absurda.

Por tanto, este ejercicio necesita parámetros que determinen las condiciones en las que se efectúe; porque de otro modo, su ejercicio por parte de los operadores jurídicos podría ser intermitente y no constante.

VII. A MODO DE COROLARIO.

Si bien hoy día existen criterios del poder judicial federal que brindan ciertas pautas para el ejercicio de un control difuso, consideramos que éstos, son insuficientes; no por la falta de precisión, sino por el hecho de que en el control de regularidad de la constitución, convergen un sinnúmero de factores que aún no han sido plenamente cubiertos. Y desde luego, la falibilidad humana es un elemento recurrente en el concierto de realidades sociales, contenidas en los tantos y tantos expedientes sujetos al conocimiento y decisión de los jueces mexicanos –en cualquier nivel de gobierno–. Y es este el escenario perfecto, para patentizar que el control difuso de constitucionalidad, debe darse dentro del siguiente marco:

1. Determinar, sí el control difuso debe ser ejercido a petición de parte o de oficio²⁷³;
2. Identificar, el artículo constitucional, que presuntamente es transgredido;

²⁷³ En el caso de ejercer el control de manera oficiosa, debe ponderarse el perjuicio que causa la norma inconstitucional en la esfera jurídica primaria de los justiciables.

3. Analizar, si a pesar de realizar una interpretación integral del cuerpo normativo en el que se encuentra la disposición que se pretende aplicar, sigue siendo notoria la transgresión del texto constitucional;
4. Realizar un ejercicio de ponderación, de los derechos que se vean involucrados en la inaplicación del ordenamiento común, para comprobar si se compromete o no, la igualdad de las partes involucradas en el proceso o procedimiento en el que se efectúa el control; y
5. Definir, mediante el razonamiento lógico-jurídico pertinente, si se dejará de aplicar alguna norma, por considerarla, efectivamente, contraria a la constitución.

Tampoco debemos perder de vista que este control difuso, tiene como eje rector el atender de modo correcto la problemática social surgida por la dinámica de nuestra nación, que cada día exige más y mejores modelos de interpretación, que sean capaces de responder a las reclamaciones de justicia de la sociedad; pues ello, contribuye a la protección de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por esta sencilla razón, debe ser ejercido de forma cuidadosa, pues los que lo practican no debe incurrir en excesos ni mucho menos caer en defectos, porque ese actuar, es resentido por la parte más sensible del Estado, es decir, la población. Ya que son los justiciables, la razón de ser de toda actuación jurisdiccional que debe legitimarse en la emisión de fallos justos, conformes al irrestricto respeto y protección de los derechos fundamentales que son reconocidos, e incluso sobre aquellos que se advierten por obviedad y no por legalidad.

Finalmente, es de suma importancia el tener en cuenta que el control difuso de constitucionalidad, debe ser desplegado de manera previa al control difuso de convencionalidad²⁷⁴, pues éste es subsidiario de aquél; de modo que no deberá realizarse sin antes ponderar si la Constitución por sí misma, es suficiente para lograr la protección más amplia de los derechos humanos que reconoce. Para que en ningún escenario, se cometa el error [por desconocimiento] de ejercer un control difuso de convencionalidad, sin contar con los elementos indispensables; porque sin duda, el bloque de constitucionalidad del que se habló, es lo suficientemente vasto para iluminar el actuar de todos aquéllos que ejecutan una función jurisdiccional en nuestro país; sin olvidar que existe una imposición implícita en todo esto, que redundará en la necesidad de una

²⁷⁴ De forma somera, este control se ejerce bajo el mismo esquema que el control difuso de constitucionalidad, con la diferencia radical, de que es la Convención Americana de Derechos Humanos [de ahí el apelativo] el cuerpo normativo que prevalece, incluso, por encima de nuestra Constitución; no bajo una condición de contradicción, sino de insuficiencia normativa a la hora de garantizar la protección a los derechos fundamentales.

constante y permanente preparación de los que se vean inmersos en esta clase de control, hablamos aquí de los justiciables [en algunos casos] y principalmente, de los operadores jurídicos mexicanos.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Control de Constitucionalidad sobre Órganos y no sólo sobre Normas*; en Corzo Sosa, Edgar, coord. I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional, México, UNAM, serie Doctrina Jurídica, núm. 476, 2009.

CARPIZO, Jorge. *El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. XXXII número mayo-agosto, 1999.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DA SILVA, José Alfonso. *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, Traducción Nuria González Martín. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario. *Protección Constitucional, Instrumentos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Documento electrónico consultado el 14 de septiembre de 2013, disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1031/6.pdf

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Coordinadores. *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México–Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* México, Fontamara, 2000.

MORA-DONATTO, Cecilia. *El valor de la Constitución Normativa*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

OSPINA MEJÍA, Laura. *Breve Aproximación al “Bloque de Constitucionalidad” en Francia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Documento electrónico consultado el 5 de octubre de 2013, disponible en:

www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf

Sistema de consulta de jurisprudencia y tesis aisladas IUS, disponible en:

<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>

PENAGOS LÓPEZ, Pedro Esteban. *La Actividad Constitucional en las Entidades Federativas*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Coord. El Juez Constitucional en el Siglo XXI, México, UNAM-SCJN, tomo II, serie Doctrina Jurídica, 2009.

Real Academia de la Lengua Española: Diccionario de la Lengua Española, versión electrónica consultada el 13 de agosto de 2013, disponible en:

<http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=R8APCGgqbDXX2zKxODlq>

SORIANO DÁVILA, Sonia Amalia. *La Norma Fundante como Ficción Jurídica y su Relación con la Construcción Social de la Realidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Documento electrónico consultado el 18 de febrero de 2013, disponible en:

www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt13.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Caso Tabasco. Procedencia de la acción de inconstitucionalidad para impugnar constituciones locales*. Serie Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, del 5 de febrero de 1917 al 1º de junio de 2009. Documento electrónico consultado el 5 de agosto de 2013, disponible en:

www.bibliojuridica.org/libros/6/2802/8.pdf

VALADÉS, Diego. *El control del poder*. México, Universidad Nacional Autónoma de México– Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

Recepción: 22 de septiembre de 2014.

Aceptación: 09 de diciembre de 2014.

FINALISMO EN EL ACTO ADMINISTRATIVO MEXICANO

FINALISM IN THE MEXICAN ADMINISTRATIVE ACT

Gerardo CENTENO CANTO*

RESUMEN. La Administración Pública, al ejercer su función ejecutiva con efectos jurídicos, tiene como fundamental obligación externalar sus decisiones mediante el empleo de un instrumento formal que garantice la intelección de los ciudadanos a los que se dirigirán esas determinaciones, ya que sus esferas de derechos se verán impactadas, y fundamentalmente, porque es el *minimun* que corresponde en un Estado de Derecho.

El mecanismo operativo con el que cotidianamente se busca asegurar una especie de dialéctica entre autoridad y gobernado, con el que se procura el respeto de la legalidad, se objetiva la decisión de autoridad y se racionaliza, es el acto administrativo. Un componente poco explorado de este concepto es su lado teleológico; su revisión se justifica porque a la luz de las reformas constitucionales en México, en materia de derechos humanos, asistimos a una nueva versión de la histórica confrontación entre el régimen exorbitante propio del Derecho Administrativo y el principio de legalidad.

La presente aportación académica se enfoca en resaltar el aspecto finalista de la labor del Estado y particularmente de los actos de Administración Pública que nos ocupa; la alineación que debe existir entre esos valor teleológico e insistir en el vínculo objetivo de esas determinaciones, mismas que por razones de orden y congruencia deben tener como norte el interés público.

El focus en este ejercicio se centra en la revisión del finalismo que debe ser reivindicado como integrante de todo acto administrativo, ya que de este modo se contribuye al abandono del legicentrismo férreo, lógico y rigorista, que impide tanto a las autoridades administrativas como a los ciudadanos extraer la riqueza normativa y creativa que contribuya a alinear los esfuerzos jurídicos y de administración pública, mediante la explicación y justificación de los motivos de las decisiones de autoridad en ese entorno.

* Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac Mayab, iuspro17@hotmail.com

Palabras clave: Acto administrativo, acto jurídico, finalismo, Estado regulador, administración, conceptos jurídicos indeterminados.

ABSTRACT. The Public Administration branch, exercising its executive role with legal effect, has the fundamental obligation to externalize their decisions through the use of a formal instrument to ensure the citizens' understanding of who will be making these decisions since their rights will be affected, and fundamentally, it is the minimum standard that should be applied in a State of Law.

The operating mechanism that pursues the assurance of a kind of dialectic between authorities and governed, seeks the respect of legality, and therefore the authority's decision is created and rationalized as an administrative act.

An unexplored component of this concept is the teleological aspect; its review is justified under the light of the human rights constitutional reforms in Mexico, therefore, we see a new version of the historic confrontation between the exorbitant administrative law regime and the principle of legality.

The present contribution focuses on the academic insight of the finalist aspect of the state decision and particularly, the acts of government that concerns us; the alignment that must exist between these teleological values, highlighting the link between these decision with the interest of the public.

The focus of this analysis is centered on the review of finality to be claimed as part of any administrative act, which thus contributes to the abandonment of the rigid, logical and stickler legislative centralism, which prevents both the administrative authority and the citizens to remove regulations, creating an alignment between the legal and public service efforts through the explanation and justification of the reasons for the decisions of authority in that environment.

Keywords: Administrative act, legal act, finalism, regulatory State, administration, undetermined legal concepts.

Introducción.

En ciertos momentos de su vida jurídica, los ciudadanos entran en contacto con órganos que realizan la función pública con efectos jurídicos y administrativos, pues cuentan con facultades para ampliar o restringir las esferas de derechos de aquellos mediante decisiones concretas, tales como permisos, licencias, multas, clausuras, etc. No ha sido en vano que Marienhoff haya afirmado que gran parte de las vinculaciones de la

Administración Pública con administrados o particulares, tiene por base a un acto administrativo.²⁷⁵

Así pues, el instrumento que emplea la Administración Pública para concretar sus decisiones es esa determinación administrativa que debe estar sustentada en un factor legal y racional, ya que esto es condición para su legitimidad.

El Derecho comparado refiere la existencia de diversas corrientes teóricas que influyen en el entendimiento del acto administrativo y de lo que con el mismo se pretende. Esto último constituye el objeto del presente trabajo, pues aporta una mirada sobre su elemento finalista, que ha sido superado por formalismos legales, por lo que debe reivindicarse en la época contemporánea para que halle sincronía con el respeto por los derechos humanos.

1. México, Estado regulador.

Por cuestión de congruencia metodológica resulta necesario contextualizar el estudio, ya que para los fines del presente trabajo es fundamental conocer el entorno político donde el objeto de estudio se desarrolla.

El Estado mexicano contemporáneo es un Estado regulador, lo que se advierte de las facultades constitucionales de planeación de actividades económicas, sociales y culturales que tiene conferidas, con las que pretende la realización de ciertos fines de muy alta gradación axiológica.

Esta primordial tarea de planificación y regulación ha auspiciado el tránsito del Estado de Derecho, en el que tenía una función subsidiaria e intervención en caso de rupturas del orden público, hacia un esquema social de Derecho, en el que su tarea esencial es ejercer la rectoría económica, cuyo fundamento se encuentra básicamente en los artículos 25 y 28 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Se trata de un contexto diferente, en el que los particulares son sujetos activos en los mercados, prestan servicios públicos concesionados o llevan a cabo la explotación, uso o aprovechamiento de bienes del dominio público, por lo que su conducta está regulada por normas, que si bien tienen como marco una ley con directrices reguladoras, también está integrado por múltiples instrumentos normativos, tales como reglamentos, normas oficiales mexicanas, programas y planes, que se requieren por la regulación especializada técnica y flexible para la realización de ciertos fines de políticas públicas, que están establecidas en la Constitución o en leyes que deben ser aplicadas por órganos

²⁷⁵ Marienhoff, M. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 4ª edición, Abeledo Perrot, 2003, p. 198.

administrativos igualmente especializados y técnicos. La presencia de los órganos reguladores así como de los organismos autónomos constitucionales, fortalece esta opinión.

Estos razonamientos coinciden con una tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que aborda el tema y lo desarrolla de la siguiente manera:

ESTADO REGULADOR. PARÁMETRO CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE SUS SANCIONES. Existe un ámbito en donde el Estado vigila la desviación de la conducta prescrita jurídicamente no sólo en su calidad de Estado policía o vigilante, sino en su papel de Estado regulador, esto es, en ejercicio de su facultad constitucional de planificación de actividades económicas, sociales y culturales, para la realización de ciertos fines, que no podrían cumplirse si se dejaran al libre intercambio de las personas, a quienes, por tanto, no se les concibe como sujetos pasivos de una potestad coactiva, sino como sujetos participantes y activos de un cierto sector o mercado regulado. Así, esta nota planificadora o reguladora ha marcado el tránsito de un modelo de estado de derecho, en donde el Estado tenía una función subsidiaria y secundaria para intervenir en caso de una ruptura del orden público, al estado social de derecho, en donde el Estado tiene una función central de rectoría económica, cuyo fundamento se encuentra conjunta y principalmente en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien, debe destacarse que las sanciones impuestas en este sector presuponen un contexto diferenciado, en el que los particulares se ubican como sujetos activos y participantes de ciertos mercados, o como prestadores de un servicio concesionado o permisionarios para la explotación de un bien público, por lo que su conducta está regulada por normas, que si bien tienen como marco una ley que establece las líneas regulativas principales, también se integra por una pluralidad de instrumentos normativos, como son reglamentos, normas oficiales mexicanas u otras de naturaleza administrativa, que son requeridas por la regulación especializada técnica y flexible para la realización de ciertos fines de políticas públicas, establecidos en la Constitución o en las leyes las que, en contrapartida, se han de desarrollar por órganos administrativos igualmente especializados y técnicos. De ahí que el modelo de Estado

regulador supone un compromiso entre principios: el de legalidad, el cual requiere que la fuente legislativa, con legitimidad democrática, sea la sede de las decisiones públicas desde donde se realice la rectoría económica del Estado, y los principios de eficiencia y planificación que requieren que los órganos expertos y técnicos sean los que conduzcan esos principios de política pública a una realización óptima, mediante la emisión de normas operativas que no podrían haberse previsto por el legislador, o bien, estarían en un riesgo constante de quedar obsoletas, pues los cambios en los sectores tecnificados obligaría a una adaptación incesante poco propicia para el proceso legislativo y más apropiado para los procedimientos administrativos.²⁷⁶

De lo anterior deriva que el modelo de Estado regulador tiene como premisa un compromiso entre ciertos principios, como el de legalidad, que requiere que la fuente legislativa sea sede de las decisiones públicas desde donde se origine la rectoría económica del Estado, y principios de eficiencia y planeación que precisan de la experticia de órganos técnicos especializados para aplicar esos principios de política pública de manera óptima, mediante la emisión de normas operativas que no podrían haberse previsto por el legislador.

2. Teleología estatal.

Está pues en la naturaleza del Estado la propensión hacia ciertos fines sociales de muy alto nivel axiológico. Bejar Rivera ha sostenido que el Estado asume la responsabilidad de lograr que el mayor número de personas asimiladas a éste, satisfagan una serie de necesidades colectivas, es decir, comunes a todos, y la forma de satisfacerlas por parte del Estado (sea de forma directa o indirecta) es mediante una serie de actividades, actuaciones y acciones concretas, sean de políticas públicas, prestación de servicios públicos, ejecución de programas de asistencia social, etc., de acuerdo a los valores propios del Estado y que aun cuando existen evidentes diferencias entre los valores adoptados por una comunidad determinada, no por ello se puede decir que los fines últimos son verdaderamente distintos, pues en realidad el fin último como tal es el Bien Común.²⁷⁷

²⁷⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Época: Décima. Registro: 2007408. Instancia: Primera Sala. Tipo de tesis: Aislada. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CCCXVII/2014 (10a.), p. 574

²⁷⁷ Béjar Rivera, L. *El acto administrativo y su finalidad*. Editorial Porrúa, 2011, p. 34

El fin último del Estado no deja de ser en gran medida integrante de un ideal que amalgama a una sociedad, pero escapa del campo de acción operativo de la Administración Pública que tiene, además, una serie de objetivos trazados, en relación con el fin último estatal y cuyo presupuesto es que se desprendan o apunten precisamente a aquél, de tal modo que se puedan categorizar en fines y cometidos para la Administración Pública, fundamentales sí, pero de carácter instrumental si se les compara con el bien común temporal que constituye la *ratio essendi* estatal.

Esto permite afirmar que los fines atribuidos al Estado gozan de un grado tal de abstracción que no resulta adecuado equiparlos con aquellos que persigue la Administración Pública, pues los que le corresponden, tienen alcance racional valioso, objetivo, puntual, por lo que deben ser constantemente verificados y cotejados con aquél de mayor abstracción al cual sustentan y se enfocan. Esto también permite concluir que a los grandes fines del Estado se suma el operador administrativo con sus decisiones operativas, las que necesariamente deben transitar por el tamiz legal.

2.1. Teleología administrativa.

La figura objetiva de la Administración Pública aparece ligada al Estado. Se le percibe como brazo operativo de las grandes decisiones y de las directrices políticas. Es el Estado en acción.

Coincidiendo con esta perspectiva, Pardo indica que la Administración Pública cumple sus funciones administrativas de acuerdo con los fines del Estado.²⁷⁸ Nava Negrete añade que de tal naturaleza instrumental surge la idea de un conjunto de actos y medios jurídicos, económicos, sociales y materiales con vista a la realización de los fines políticos del gobierno.²⁷⁹ Escola, por su parte, la define como aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta y continuada, práctica y espontánea, de carácter subordinado, que tiene por objeto satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado, dentro del orden jurídico establecido y con arreglo a éste.²⁸⁰ Carrillo la asume como un sistema dinámico –integrado por normas, objetivos, estructuras, órganos, funciones, métodos, procedimientos, elementos humanos, recursos económicos y materiales- a través del cual se ejecutan o instrumentan las políticas y decisiones de quienes representan o gobiernan una comunidad políticamente

²⁷⁸ Pardo, M. *La Administración Pública en México: su desarrollo como disciplina. Lecturas básicas de administración y políticas públicas*. El Colegio de México, 2000, p. 123

²⁷⁹ Nava Negrete, A. *Derecho Administrativo Mexicano*. FCE, 2ª Edición, 2001, p. 55

²⁸⁰ Citado por Hernández, V. *et al. Nuevo Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, 2003, p. 124

organizada. En otra acepción más simple caracteriza a la Administración Pública como instrumento que el gobierno moviliza para la ejecución práctica de sus programas.²⁸¹

De modo singular, debido a su sencillez, Escola expone que “los órganos de la administración deben cumplir sus actividades procurando alcanzar ciertos objetivos, que cualesquiera que sean, siempre habrán de estar de acuerdo con el interés público.”²⁸²

De estas reflexiones se colige que la Administración Pública se propone lograr objetivos de manera racional y de este modo contribuye a realizar la axiología finalista estatal, que a primera vista se percibe sumamente amplia y se expresa mediante conceptos jurídicos indeterminados.

La función ejecutiva del Estado mexicano comprende un amplio espectro de normas con las que se busca proveer a la exacta observancia de las leyes, por lo que parece lógico asumir que las decisiones ínsitas en el acto administrativo deben alinearse con aquellas finalidades de mayor alcance, esto es, funcionan a modo de objetivos que hacen operables la fundamental tarea del Estado.

En este sentido Merkl lo considera “toda procuración de un fin administrativo que puede ser individualizado en el campo total de la actividad administrativa, todo obrar administrativo encerrado en sí mismo, separado de la totalidad de lo administrativo por ser cumplimiento de un fin administrativo determinado, constituye una actividad administrativa, un acto administrativo en el sentido más amplio de la palabra.”²⁸³

Para Gamero, con el componente teleológico se hace referencia a la finalidad de la actuación administrativa, el para qué del acto: la Administración actúa para satisfacer un interés público, y el fin o interés público al que se dirige el acto constituye su elemento teleológico o causal.²⁸⁴ Se piensa que esta postura debe ser modulada porque si bien es cierto que la administración pública tiende a conseguir los fines antes señalados, no debe soslayarse que tal tarea también tiene propósitos objetivos, esto es, busca ciertos resultados deseados de manera concreta, con carácter medible, evaluable, enderezado a fines previstos en planes de gobierno, de desarrollo, políticas públicas, etc., los que se encuentran en permanente referencia con el fin estatal.

En tal convicción Tron Petit sustenta que no es un fin en sí mismo sino uno de los medios institucionales conferidos a la Administración para llevar a cabo políticas, programas, proyectos y fines que la Constitución y ley establecen o atribuyen al Estado.

²⁸¹ Carrillo Castro, A. *La reforma administrativa en México*. Miguel A. Porrúa S.A., 1988, p. 1245

²⁸² Escola, H.J. *Tratado general de procedimiento administrativo*. Ediciones de Palma, 1975, p. 55

²⁸³ Merkl, A. *Teoría general del derecho administrativo*. Comares, Granada, 2004, p. 225

²⁸⁴ Gamero Casado, E. *et al. Manual básico de derecho administrativo*, Tecnos, Quinta Edición, 2008, p. 45

Viene a ser un instrumento o medio de gestión de la administración, así como de los fines políticos y de interés y servicio público que el constituyente y legislador ordinario encomiendan realizar a la Administración.²⁸⁵

Pérez Dayán abona a esto cuando sostiene que el orden administrativo, como marco jurídico de acción a partir del cual el órgano ejecutivo puede y debe apoyar el ejercicio de sus funciones, es aquél parámetro que permitirá distinguir, en un momento y época determinados, si en verdad la administración pública cumple con sus cometidos.²⁸⁶

Por último, Cassagne señala que el elemento finalidad, también denominado teleológico, configura otro requisito esencial del acto administrativo que se relaciona con el aspecto funcional del acto representado en el fin concreto de interés público o bien común que por él se persigue.²⁸⁷

Con todos estos datos es posible concluir que el fin del acto administrativo está previamente señalado por la norma creadora de la potestad administrativa, que confiere una potestad con ciertos matices para cada ramo específico de la Administración Pública y constituye -a la vez- un objetivo que abona a una finalidad de mayor raigambre y fundamento que corresponde al Estado, y tiene, por supuesto, un alcance que es mucho más amplio y está jurídicamente indeterminado, por lo que debe ser desarrollada en cada caso por los operadores jurídicos.

3. Juridificación de lo administrativo público.

La prevalencia del elemento jurídico por sobre lo esencialmente administrativo en la función ejecutiva obedece a la preocupación por contener los excesos o desvíos de poder, por la tutela de la dignidad humana. No en balde la figura surgió con tal pretensión histórica. Este componente se amalgama con valores de eficacia y eficiencia, propios de la ciencia de la administración; sin embargo, desde la perspectiva jurídica lo que interesa es procurar el apalancamiento de las decisiones administrativas con el empleo de mecanismos propios de esta disciplina.

Esta singular dicotomía también es advertida por Comadira, que en esto sigue a Cassagne, pues recomienda tener en cuenta que una noción correcta debe satisfacer, por un lado, la necesidad teórica de reunir en su marco conceptual las formas de actuación administrativas sometidas a un régimen jurídico homogéneo, y, por otro, el imperativo

²⁸⁵ Tron Petit, J.C. *et al.* *La nulidad de los actos administrativos*. Editorial Porrúa, 2005, p. 59

²⁸⁶ Pérez Dayán, A. *Teoría General del Acto Administrativo*. Editorial Porrúa, 2003, p. 24

²⁸⁷ Cassagne, J.C. *El acto administrativo, teoría y régimen jurídico*. Editorial Porrúa, 2014, p. 34

concreto de construir un instrumento técnico idóneo para la protección de los derechos e intereses de los administrados.²⁸⁸

Si el Estado mexicano es un Estado regulador y esto ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis que antes se ha insertado en el presente trabajo, a lo que se agrega que desde hace tiempo el esquema burocrático de gobierno coexiste con tendencias que están remodelando tales formas de actuación, se asume que resulta pertinente revalorar el aspecto de finalismo administrativo para legitimar la actuación de los funcionarios públicos.

Esto puede expresarse en un formula que amalgama legalidad con racionalidad para dar un nuevo impulso y extensión al concepto de legitimidad, con lo que se verificará que los actos administrativos estén perfectamente apoyados en el marco jurídico aplicable como supuesto indeclinable, pero, -además- permitirá conocer, en cada caso, el para qué de los mismos, el fin que con ellos se persigue y cómo es que se alinean con las grandes directrices que el Estado procura desarrollar, vínculo que debe contener medidas explicativas óptimas, idóneas, en fin, racionales.

4. Perspectivas teóricas del acto administrativo.

En la doctrina mexicana se ha recogido la influencia que diversas corrientes en la construcción del concepto de acto administrativo, el que ha gozado de una cierta aceptación generalizada y que de alguna manera ha trascendido a la legislación administrativa nacional. Esta afirmación halla sustento en el trabajo de Pérez Dayán, quien después de detectar los elementos comunes en las diversas escuelas, arriba a la conclusión de que éstos son: a) que se trata de un acto unilateral y concreto; b) que lo dicta un órgano de la administración pública; c) que lo anterior ocurre en el ejercicio de una función administrativa; y d) que los efectos jurídicos que se provocan son directos e inmediatos.²⁸⁹

En la jurisprudencia se ha dicho que la actividad administrativa del Estado se desarrolla a través de funciones de policía, fomento y prestación de servicios públicos, lo cual requiere que la administración exteriorice su voluntad luego de cumplir con los requisitos y procedimientos determinados en los ordenamientos jurídicos respectivos, siendo el acto administrativo el medio por el cual se exterioriza esa voluntad y puede conceptuarse como acto jurídico unilateral que declara la voluntad de un órgano del

²⁸⁸ Cassagne, J.C. *El acto administrativo*. Citado en Comadira, J.R. *Acto administrativo municipal*. Ediciones de Palma Buenos Aires, 1992, p. 3.

²⁸⁹ Pérez Dayán, A. *idem*

Estado en el ejercicio de la potestad administrativa, creando situaciones jurídicas que son conducentes a satisfacer necesidades de la colectividad.²⁹⁰

No obstante, se advierte que ninguno de estos elementos se relaciona o apunta a un finalismo al que deba enfocarse el acto administrativo, ni en razón de sus propios efectos ni con motivo del orden público o el interés general como norte de tales decisiones.

5. Acto administrativo y administración.

Si se asume que el acto administrativo es una especie del género acto jurídico que se realiza en un entorno de administración pública; esto conduce a la conclusión de que el producto del mismo habrá de ser un resultado jurídico o con un intenso tinte jurídico.

Esto último resulta insuficiente a los propósitos de la actividad administrativa, por lo que resulta pertinente tener presente que lo que con esta se pretende es también lograr un efecto administrativo, donde lo jurídico juega el fundamental rol de asegurar dicho efecto, con una mayor o menor intensidad.

Parece que resulta necesario aceptar que en esta construcción coexisten dos metodologías que adquieren intensidades que varían en atención al efecto que con la aplicación de una determinada herramienta se quiera lograr. Así, la decisión de no autorizar cierta actividad comercial en una determinada zona parece apuntar más a una decisión esencialmente administrativa que jurídica; sin embargo, el acto donde se racionaliza tal determinación puede hacerse acompañar de un componente legal que asegure el cumplimiento, inclusive coactivo, de la medida administrativa.

La otra variable a considerar se construye con una medida esencialmente de corte jurídico que asegura una decisión administrativa, como pudiera ser una orden de embargo para garantizar una multa con carácter de crédito fiscal para su cobro. Aquí, lo legal adquiere mayor intensidad y la decisión administrativa es subsidiaria en cuanto que da sustancia a tal ejecución.

Me parece que es importante ahondar en esta reflexión, puesto que la simple afirmación de que el acto administrativo atiende exclusivamente a los efectos jurídicos que se busca provocar con el mismo pareciera ser insuficiente a los fines de una

²⁹⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Época: Novena, Registro: 187637, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de tesis: Aislada, Tomo XV, Marzo de 2002, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.4o.A.341 A, p. 1284

Administración Pública en la que el atemperamiento del matiz jurídico coexiste con novedosos elementos propios de la Administración.

Esto permitiría proponer que es una construcción de Derecho, o proveniente exclusivamente de éste, que provoca un efecto administrativo

6. Los conceptos jurídicos indeterminados.

Desde la perspectiva jurídica, el Estado persigue fines que tienen como norte al interés público.

No es objeto del presente estudio profundizar en este concepto, que de suyo no es pacífico, y rebasa su alcance; bástenos, por ahora, la idea que lo concibe como una técnica de Derecho, que propone fórmulas de una textura tan amplia y abstracta que resulta necesario al operador jurídico acudir en cada caso a mecanismos de ponderación y racionalización que los hagan asequibles y permitan su evaluación. Ejemplo de lo anterior lo constituye la tesis que a continuación se consigna:

ORDEN PÚBLICO. ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL. El orden público no constituye una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en una ley. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que corresponde al juzgador examinar su presencia en cada caso concreto, de tal suerte que se perfila como un concepto jurídico indeterminado de imposible definición cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de la comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social; en la inteligencia de que la decisión que se tome en el caso específico no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de la sociedad, siempre buscando no obstaculizar la eficacia de los derechos de tercero.²⁹¹

²⁹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena época, Registro: 177560, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: Aislada, Tomo XXII, Agosto de 2005, Materia(s): Común, Tesis: I.4o.A.63 K, p. 1956

La naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados conduce a tenerlos como de definición normativa imprecisa, a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos.

Esto resulta fundamental en la disquisición del presente ejercicio ya que permite sugerir que el acto administrativo, en primera instancia, atiende a lograr ciertos resultados concretos, por ejemplo, negar permisos de explotación en una zona que se quiere recuperar por su importancia en la prestación de ciertos servicios ambientales; en paralelo, esa negativa deberá realizarse con plena conciencia de su vinculación con el interés general, que de esta manera haya concreción en la realidad.

Esa concreción puede ocurrir de dos maneras: a) porque se establece de modo formal en una ley, es decir, la voluntad legislativa es expresa al respecto; y b) porque el operador jurídico debe realizar un ejercicio superior de optimización del marco jurídico aplicable a fin de extraer la *ratio* de la norma. García de Enterría ha dicho que lo esencial de la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición.²⁹²

Se puede concluir que no es suficiente aludir a esos grandes conceptos de alta jerarquía axiológica pues para ser realizados se requiere de un entramado de objetivos que le otorguen sustento racional, que permita su evaluación, de lo que no escapa el acto en cuestión, pues esto permite verificar su legitimidad que debe ser entendida como una suma virtuosa de valores de legalidad y de racionalidad.

Sobre esta postura, se considera adecuada traer a esta investigación la tesis de jurisprudencia que a continuación se reproduce:

SUSPENSION, NOCIONES DE ORDEN PUBLICO Y DE INTERES SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA. De acuerdo con la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, que desarrolla los principios establecidos en el artículo 107, fracción X, de la Constitución Federal, la suspensión definitiva solicitada por la parte quejosa en un juicio de garantías sólo puede concederse cuando al hacerlo no se contravengan disposiciones de orden público ni se cause perjuicio al interés social. El orden público y el interés social, como bien se sabe, no constituyen nociones que puedan configurarse a partir de la declaración formal contenida en la ley en que se apoya el acto reclamado. Por

²⁹² García de Enterría, E. et al. *Curso de Derecho Administrativo I*, Décima Edición, Civitas, 2000, p. 457

el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que corresponde al Juez examinar la presencia de tales factores en cada caso concreto. El orden público y el interés social se perfilan como conceptos jurídicos indeterminados, de imposible definición, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darles significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social, a modo de evitar que con la suspensión se causen perjuicios mayores que los que se pretende evitar con esta institución, en el entendido de que la decisión a tomar en cada caso concreto no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas del juzgador, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad.²⁹³

7. El acto administrativo como constructo jurídico.

Existen condiciones para asegurar que la definición mayormente difundida en el sistema jurídico mexicano contiene una mixtura teórica interesante ya que al aceptarse, en términos generales, que se trata de una declaración de voluntad, unilateral y concreta, dictada por un órgano de la administración pública, en ejercicio de su competencia administrativa, cuyos efectos jurídicos son directos e inmediatos, se está recogiendo una construcción ecléctica, por cuanto es el producto de la confluencia histórica de varias escuelas.

Es común aceptar el origen francés de la figura, el cual es ubicado en la separación de poderes y el establecimiento de la competencia de una instancia especial para conocer de los conflictos entre la Administración Públicos y los ciudadanos, sin embargo, el concepto que la legislación mexicana ha adoptado ha pasado por un proceso histórico en el que ha recibido la influencia de varias posturas teóricas, por lo que no es posible afirmar que se trate de un concepto puro.

La construcción dogmática del acto administrativo en Francia fue un desarrollo de la noción de acto jurídico, como un régimen diferenciado, que mutó como especie diversa

²⁹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena, Registro: 199549, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de tesis: Jurisprudencia, Tomo V, Enero de 1997, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.3o.A. J/16, p. 383

debido a la naturaleza del entorno público en el que se gestó. Con Hauriou, fue concebido como una *decisión exécutoire*: declaración de voluntad que produce efectos jurídicos.

La teoría italiana siguió a la francesa en cuanto a que asumió que se trataba de una declaración de voluntad, a la cual se agregaron otros elementos que son propios del Derecho público, como la presunción de legalidad, la ejecutoriedad y la técnica de las potestades públicas. La influencia teórica de Giannini trajo una nueva categoría jurídica: la del *provvedimento amministrativo*.

Un sentido ajeno a la consideración latina lo imprime la escuela alemana, bajo la influencia de la obra de Mayer, al adoptar una tesis procesalista que concibe un acto autoridad, equivalente de la sentencia judicial que dice lo que es el Derecho aplicado a un caso específico.

En España, la tesis mayoritaria se inclina por definirlo como una declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo en ejercicio de una potestad administrativa, siguiendo a Zanobini, aunque con diferencias significativas en punto al régimen jurídico.

8. El elemento finalista.

El fin es el efecto de naturaleza ejecutiva del acto que su emisor se propone alcanzar con su realización. Boquera Oliver teoriza que el fin, como elemento, es aquello que pretende la voluntad del titular de poder administrativo con los efectos jurídicos que unilateralmente crea e impone.²⁹⁴

En la *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*, específicamente en el artículo 3º, fracción III, se encuentra establecido que como requisito: Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos.

De alguna manera, en esta norma federal mexicana se integra el elemento finalista que es objeto de estudio, pero ocurre precisamente con el cariz que nos ocupa, esto es, se distingue la dualidad finalista, radicada en el interés público, como concepto jurídico indeterminado, y también como producto de la concreción en la actuación administrativa que se regula en las normas, ambas en íntimo y congruente vínculo, lo que permite finalizar la presente aportación con lo siguiente.

²⁹⁴ Boquera Oliver, J.M. *Estudios sobre el acto administrativo*. Civitas, 1982, p. 78

Conclusiones.

Con todas las anteriores consideraciones se reflexiona que el elemento de finalismo en la construcción de los actos administrativos tiene ya cabida en el sistema jurídico mexicano.

Ocurre en el contexto de un Estado regulador, donde la pluralidad de normas crea entornos jurídicos tópicos que requieren y admiten la intervención de los operadores jurídicos en la racionalización de decisiones acompañadas con el marco jurídico vigente y su legitimidad.

Existen ya los elementos normativos que exigen de los operadores jurídicos un esfuerzo intelectual que provea a los actos administrativos de una riqueza en la que la legalidad estricta es solamente un primer supuesto, ya que debe ser enriquecida con elementos de racionalidad que los tornen legítimos, concepto este último que adquiere una nueva connotación.

El finalismo estatal tiene en los conceptos jurídicos indeterminados una técnica de cierre que acepta la racionalización de aquellos, la cual demanda y permite el avance y desarrollo de la función administrativa.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- BÉJAR RIVERA, L. *El acto administrativo y su finalidad*. Editorial Porrúa, 2011.
- BOQUERA OLIVER, J.M. *Estudios sobre el acto administrativo*. Civitas, 1982.
- CARRILLO CASTRO, A. *La reforma administrativa en México*. Porrúa S.A., 1988.
- CASSAGNE, J. *El acto administrativo, teoría y régimen jurídico*. Porrúa, 2014
- COMADIRA, J.R. *Acto administrativo municipal*. Ediciones de Palma, 1992.
- ESCOLA, H.J. *Tratado general de procedimiento administrativo*. De Palma, 1975
- GAMERO CASADO, E. et al. *Manual básico de derecho administrativo*, Tecnos, 5ª Edición, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. et al. *Curso de Derecho Administrativo I*, 5ª Edición, Civitas, 2000.
- HERNÁNDEZ, V. et al. *Nuevo Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, 2003.
- MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4ª Edición, Abeledo Perrot, 2003.
- MERKL, A. *Teoría general del derecho administrativo*. Comares, Granada, 2004.

NAVA NEGRETE, A. *Derecho Administrativo Mexicano*. Fondo de Cultura Económica, 2ª Edición, 2001.

PARDO, M. *La Administración Pública en México: su desarrollo como disciplina. Lecturas básicas de administración y políticas pública*. El Colegio de México, 2000.

PÉREZ DAYÁN, A. *Teoría General del Acto Administrativo*. Editorial Porrúa, 2003.

TRON PETIT, J.C. *et al. La nulidad de los actos administrativos*. Editorial Porrúa, 2005

MEDIOS ELECTRÓNICOS.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación*.

Cámara de Diputados. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo

Recepción: 16 de noviembre de 2014.

Aceptación: 09 de diciembre de 2014.