



MITO, ESTADO Y DERECHO

ALBERTO J. MONTERO¹

RESUMEN: En este ensayo nos proponemos identificar y explicar la importancia que tienen algunos mitos que son presupuestos en el derecho (entendido en su doble acepción: 1) como orden normativo e instituciones jurídicas, así como 2) ciencia o jurisprudencia) y el Estado modernos, los cuales fueron resultado de un proceso de larga duración que ocurrió entre los siglos XVI y XIX, tiempo en el que centramos nuestra atención. El objetivo es contribuir al esclarecimiento de los procesos constitutivos del orden establecido en el siglo XIX, conocido como Estado de derecho.

PALABRAS CLAVE: *ciencia, contractualismo, derecho, Escuela de Frankfurt, Estado, legitimidad, mito, modernidad, poder político, teoría crítica.*

ABSTRACT: This paper identifies and describes the importance of some myths that are assumed by law (understood as the normative framework and legal institutions, as well as science and jurisprudence) and the modern state. The paper focuses on the long-term process from the 16th to the 19th centuries; the paper focuses on this period. The main goal is to elucidate the process which lead to the establishment of the paradigm known as rule of law, during the 19th century.

KEYWORDS: *science, contractualism, law, Frankfurt School, state, legitimacy, myth, modernity, political power, critical theory.*

¹ Para la realización de este ensayo conté con el siempre incondicional apoyo de mi esposa Alma, de mis hijos Grecia y Mateo, a quienes lo dedico. Algunas de sus partes han sido discutidas con mis alumnos de los cursos de Teoría y Filosofía del Derecho a quienes agradezco sus observaciones y comentarios.

Profesor de carrera de tiempo completo definitivo en el área de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Correo electrónico: <amontero@derecho.unam.mx>.

SUMARIO: I. Introducción; II. Teoría tradicional; III. Teoría crítica; IV. La formación de los mitos; V. Mito y Estado; VI. Mito, ciencia y derecho; VII. Las fuerzas desatadas cobran vida propia y se vuelven contra sus creadores; VIII. Conclusiones. IX. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad los mitos han formado parte de la cultura, ha existido un proceso de sustitución y renovación de los mitos en el que lo viejo nunca desaparece del todo, permanece en ocasiones bajo nuevas formas o en otras versiones.

Entre las funciones que el mito ha desempeñado, en este trabajo me ocupo de dar cuenta de aquella que justifica un orden establecido, es decir, legitima la estructura social, sus instituciones y operatividad, las relaciones de poder, así como el lugar que cada persona ocupa en él.

Al iniciar la escritura de este ensayo, el cual en gran parte es deudor de las ideas expresadas por filósofos como Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Walter Benjamin y Ernst Cassirer, la pretensión consistió en desvelar lo que yace detrás del orden imperante, de esta manera surgió el tema del mito. Aunque los mitos recorren la historia de las civilizaciones occidentales, es en la modernidad donde centro mi atención, ello se debe a que fue en este período en el que se crearon las estructuras e instituciones del Estado y el derecho que hoy en día prevalecen; y aquellas que denominamos con nombres semejantes a los antiguos, fueron resignificadas, por lo que en realidad son modernas.

El mito² adquirió en la modernidad su forma más característica: la de ser la razón ordenadora, el paradigma del saber (*episteme* y

² Mito entendido como el “relato de algo fabuloso supuestamente acontecido en un pasado remoto y casi siempre impreciso [...] O como un supuesto cultural, cuyo contenido puede ser falso o no corresponder a algo que efectivamente haya ocurrido”. Vid. FERRATER Mora, José, *Diccionario de filosofía*, tomo III (K-P), Editio-

aletheia), a la vez que se convirtió en la ideología que permeó en el pensamiento, teoría y praxis política y jurídica.³ Su carácter eminentemente narrativo y simbólico quedó a buen resguardo en el discurso científico moderno, el cual le otorgó la investidura de objetividad, demostrabilidad y aceptabilidad que toda proposición científica o que se jacta de serlo posee.

El carácter narrativo del mito también lo vincula a la historia y la literatura; en el sentido de que se ubica en el presente y pasado o se refiere a él y, en ocasiones se construye desde la ficción, aunque no es irracional o meramente ficticio.⁴ Está creado para dar cuenta de manera atemporal del orden establecido y, constituye en sí una explicación del mundo.

La forma que el mito ha adquirido hace muy difícil que alguien pueda desconfiar de él, la más de las veces es aceptado acríticamente, sin someterlo a ningún análisis o procurar desentrañar su contenido y propósito, por lo que en pocas ocasiones nos damos a la tarea de indagar lo suficiente para descubrir que las diversas explicaciones racionales y científicas tienen un límite, y que superando este, desvelamos

rial Ariel, Barcelona, 3 reimpresión 2004, p. 2422-2423. *cf.* FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, tomo IV (Q-Z), Editorial Ariel, Barcelona, 3 reimpresión 2004, p. 3281.

Signo como una señal no natural o convencional a la que se atribuyen ciertos significados.

³ El mito también puede ser entendido como “la oscura sombra que el lenguaje proyecta sobre el mundo del pensamiento humano [...] Si se reconoce que el lenguaje es la fuente del mito, entonces hasta las incongruencias y contradicciones del pensamiento mítico quedan reducidas a un poder universal y objetivo, por tanto enteramente racional [...] el mito no solamente está muy alejado de la realidad empírica; en cierto sentido, está en flagrante contradicción con ella [...] el mito es una objetivación de la experiencia social, no de su experiencia individual”. *vid.* CASSIRER, Ernst, *El mito del Estado*, trad. Eduardo Nicol, FCE, décima reimpresión, 2004, México, 2004, pp. 27, 29, 58 y 60.

⁴ GUZMÁN, Francisco, 2011, “Del mito al logos: ¿Desplazamiento a la edad de la razón? En *Revista Filosofía UIS*, vol. 10, número 2, p. 149, consultada en: <<http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistafilosofiauis/article/view/2848>>.

al mito que subyace en ellas. Mostrar los límites del pensamiento y descubrir los mitos, sin embargo, es correr el peligro de caer en la paradoja de que solamente es esto posible desde el propio horizonte del pensamiento, por lo que podemos incurrir en una circularidad cuyos presupuestos son admitidos sin someterlos a la crítica.

La teoría crítica se nos presenta como una herramienta teórica con la que podemos evitar esta circularidad de la razón. La pregunta puede ser formulada de la siguiente forma: ¿cómo es que la teoría crítica puede constituir un bastión para desentrañar el contenido mítico que subyace en las ideologías y saberes contemporáneos?; y si lográramos esto, ¿en qué sentido la teoría crítica contribuiría a la transformación de nuestra visión de mundo?

La respuesta a ambas preguntas se otorgan en el desarrollo de este ensayo, aunque antes de ello, es necesario advertir que incluso el pensamiento crítico corre el riesgo de instrumentalizarse cuando se tecnifica. Sin percatarnos cómo ocurre, la teoría crítica puede comenzar a servir a los intereses que sostienen al orden establecido; ser subsumida como un elemento más al servicio del *status quo*. Iniciaremos por volver a un momento previo de la teoría crítica, a la teoría tradicional.

II. TEORÍA TRADICIONAL

La teoría tradicional se caracteriza por ser un sistema de saberes explicativos y, en ocasiones, dogmáticos, que dan cuenta de algo; por lo regular establecen relaciones de inferencia entre los supuestos y sus conclusiones. Esta forma de la teoría, a su vez se caracteriza por la producción de saberes con un objetivo: el que los conocimientos sean útiles; esto es, que el saber teórico devenga en un hacer práctico, el cual sirva a los fines del desarrollo técnico e industrial; con la particularidad de que es la industria la que, en gran medida, demanda y determina los saberes que han de privilegiarse en demérito de otros.

La teoría crítica se diferencia de la anterior en el sentido de no estar sometida a las necesidades del mercado, ni estar dirigida a la producción de saberes utilitarios; sus puntos de partida están constituidos por lo humano, sus circunstancias, necesidades, fragilidad y finitud; por ello, es que se ocupa de dar cuenta de todo aquello que tiene injerencia y produce efectos negativos en lo humano, aun cuando ello no resulte evidente.

Estas dos formas de la teoría son diferentes, aunque en algunos casos desafortunados, la teoría crítica puede dar lugar a la teoría tradicional. Puede ser el caso de aquella teoría que tiene su punto de partida en la realidad, en los problemas tangibles a los que busca solución. Realidad de la cual se aleja paulatinamente hasta llegar a contenidos puramente abstractos y formales, en los que la realidad no es sino un referente lejano a la cual solamente puede volver como ciencia aplicada, pero al hacerlo los contenidos materiales son ignorados.

Es un saber formal, procedimentalizado, los contenidos ético-materiales han dejado de ser considerados,⁵ por lo que ese tipo de saber no tiene inconveniente alguno en renunciar a los límites establecidos desde el horizonte ético-humano. Este saber se conforma con satisfacer las exigencias del propio sistema de saberes al cual pertenece, su validez se basa en su coherencia lógica y estructural, no en las consecuencias negativas que pueda producir, es allí donde el horizonte crítico se vuelve necesario.

El saber tradicional posee un carácter inofensivo en las disciplinas formales (aquella cuyos objetos de investigación son entes ideales), siempre que las acciones se mantengan en un elevado grado de abstracción. Sin embargo, en las humanidades y ciencias sociales, en el que los saberes poseen un carácter explicativo y operativo, disociar los aspectos formales de los contenidos materiales, es perder

⁵ DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación. En el momento de la globalización y de la exclusión*. Madrid, Trotta, 1998, p. 104.

de vista que las acciones y decisiones tienen un efecto en las vidas de seres humanos.

La teoría tradicional no da cuenta, en muchos de los casos, de las relaciones complejas que pueden existir entre lo abstracto de la teoría y los efectos prácticos que esta produce, no porque no estén implícitos en ella los problemas éticos, sino en gran medida es debido a la confusión existente entre el conocimiento científico y el político en las sociedades industriales modernas en las que la ciencia y la técnica devienen en un tipo de ideología falsamente presentado con el estatus de un saber superior a cualquier otro.⁶ En la ciencia como ideología los criterios respecto de lo que es fácticamente posible y lo que es éticamente permisible, se diluyen.

Esta manera de proceder de la teoría tradicional puede remontarse a Descartes⁷ y hasta Kant, en quienes la razón práctico-formal prevalece respecto de la razón práctico-material.⁸ La desmaterialización del saber y la formalización de la ética son corolarios del sujeto trascendental, las categorías *a priori*, la estructura ética del sujeto trascendental y las leyes morales *a priori* universales. Por lo que la ética termina siendo un razonamiento formal-procedimen-

⁶ PEÑA, J., “¿Es el conocimiento científico, superior a los otros saberes humanos?”, en *Utopía y praxis latinoamericana*, No. 46. p. 140, consultada el 14 de junio de 2017 en el sitio: <<http://www.redalyc.org/pdf/279/27911855011.pdf>>.

⁷ “Yo era una sustancia cuya esencia o naturaleza es pensar, y que, para existir no tiene necesidad de lugar alguno ni depende de ninguna cosa material, de suerte que este yo, es decir, el alma por la que soy yo lo que soy, es enteramente distinta del cuerpo, e incluso que es más fácil de conocer que él y que, aunque no existiese, el alma no dejaría de ser como es.” *Vid.* DESCARTES, René, *Discurso del método*, historia de la literatura. No. 11, Barcelona, RBA Editores, 1994, p. 27.

⁸ KANT, Immanuel, *cfr.* los dos prólogos y la introducción de la *Crítica de la razón pura*, traductores Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, México, colección Sepan cuantos no. 203, Editorial Porrúa, 13^a edición 2005, p.p. 5 a 43.

tal-lógico, separado de los contenidos materiales, los cuales se presuponen aunque no poseen un carácter relevante.⁹

La tarea de la teoría crítica es incluir en sus investigaciones a los sujetos materiales, y a los referentes ético-concretos; así como distinguir entre lo fácticamente posible y lo éticamente debido. La teoría crítica requiere comprender y explicar los procesos de contradicción y cambio de la realidad, así como crear los instrumentos teóricos que permitan su comprensión. Que todos sus procesos comprensivos-explicativos y luego operativos estén soportados en los datos empíricos que le proporcionen las ciencias sociales y humanidades, por lo que su labor es más compleja.

III. TEORÍA CRÍTICA

A la teoría crítica que me referiré en este ensayo, es aquella que en las primeras décadas del siglo pasado cuestionó a la razón ilustrada y los ideales que algunos de los pensadores de esa época enarbolaron, en especial, aquellos ideales de progreso (no es el caso del *quialismo* o progreso moral),¹⁰ así como la convicción de que los saberes científicos nos procurarían mayores libertades e incidirían favorablemente en un orden más equitativo. También, vuelvo la mirada crítica a los más elevados valores y fines que han servido para justificar y legitimar al Estado-nación y al derecho en el siglo XIX, tales como: el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil,

⁹ KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, trad. de G. Lizárraga. España, Librería de Victoriano Suárez, p.p. 5-60.

¹⁰ Estas ideas pueden leerse en Kant en los siguientes términos: por una parte el papel fundamental que tiene la administración universal del derecho a cargo de la sociedad civil, idea expresada en el quinto principio, así como el progreso con un carácter asintótico como desarrollo moral de las sociedades humanas, denominado *quialismo*, desarrollado en el octavo y último principio, *cf.* KANT, Immanuel, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, trad. Concha Roldán Panadero et. Al., Editorial Tecnos, 2ª edición 1994, Madrid, p.p. 10 a 23.

el contrato social y la soberanía, con el propósito de repensarlos y desvelar los mitos que detrás de ellos podemos encontrar.

A partir de una concepción más amplia de la teoría crítica, cuestiono algunas maneras de hacer filosofía hegemónica y excluyente; las cuales se caracterizan por legitimar y justificar el orden de las cosas y por haber erigido a la razón eurocéntrica¹¹ no sólo como su tribunal, sino, como el referente para determinar todo aquello que sea filosofía. Al respecto, la teoría crítica se cuida de incurrir en actitudes semejantes a aquellas que cuestiona, procura basarse estrictamente en los procesos sociales, y con base en ello desentrañar las causas y *modus operandi* del sistema económico y social, así como del Estado, y su función como conservadores del orden actual.

En los sistemas e instituciones antes mencionados existen hechos que son asumidos acríticamente como verdaderos,¹² la función de la razón crítica es mostrar su carácter mítico y responder a las preguntas fundamentales de por qué, para qué y cuáles intereses subyacen a las acciones y decisiones que cotidianamente se nos presentan como razonables, necesarias o inevitables. De ninguna manera puede permitir que la realidad se mistifique o se incurra en un juego de palabras que encubra nuevamente lo puesto a la vista. Con este propósito la razón da lugar a la teoría crítica¹³ como aquella que

¹¹ AMIN, Samir, *El eurocentrismo. Crítica de una ideología*, trad. de Rosa Cusminsky. México, Siglo XXI Editores, 1989, p. 9.

¹² Entendida la verdad como: 1) aproximación a ella y no como algo absoluto y, 2) la forma idónea de explicar los hechos. Recordemos las críticas demolidoras de Nietzsche a la arrogancia de quienes pretendieron estar en posesión absoluta de la verdad en NIETZSCHE, Friedrich, *Introducción teórica sobre la verdad y la mentira en el sentido extra moral. El libro del filósofo seguido de retórica y lenguaje*, Madrid, Taurus, 1974, p.p. 85-87.

¹³ Se contraponen la teoría tradicional a la teoría crítica; la primera de ellas la explica Horkheimer como “la acumulación del saber que se vuelve utilizable para caracterizar los hechos de la manera más acabada posible (la matematización de los saberes) a grado tal que en lugar de objetos experimentales aparecen símbolos matemáticos, por lo que la elaboración de la teoría se ha vuelto una tarea matemática”; en cambio, la teoría crítica se caracteriza por: “[...] responder a la noción

ve lo que no es visible, desvela lo que está detrás del mito, al tiempo que asume el compromiso ético con la comunidad conculcada o excluida.¹⁴

La teoría crítica lo es también respecto de sí misma, y de las conclusiones a las que llega luego de estudios minuciosos sobre los procesos sociales, económicos y políticos. Uno de sus bastiones filosóficos es el marxismo, que a su vez es una de las vetas de los filósofos de la primera generación de la Escuela de Frankfurt.¹⁵ Sus principales instrumentos teóricos con los cuales desentraña las razones e intereses que participan en los complejos procesos de pensamiento, económicos, sociales y culturales, son las herramientas forjadas desde la historia, la sociología, la política, el arte y la economía, a las cuales incorporamos al derecho.

De tal manera que la postura crítica que en este texto se sostiene y argumenta no es aquella que entendemos conforme al uso coloquial de la palabra: 5. adj. Inclinado a enjuiciar hechos y conductas generalmente de forma desfavorable,¹⁶ sino, la que coloca en situación de crisis al pensamiento y a la praxis instrumental del aquí y ahora.

Cuando afirmamos que la teoría crítica tiene un compromiso social, enfatizamos una diferencia con la teoría tradicional; la cual legitima al *status quo*. Uno de los compromisos de la teoría crítica es la transformación de las relaciones sociales (económicas, culturales,

de hombre y naturaleza ya presente en la ciencias y en la experiencia histórica [...] Deduce sus enunciados de las situaciones reales y de conceptos universales básicos [...] La teoría crítica no posee más interés que la supresión de la injusticias sociales". *vid.* HORKHEIMER, Max, *Teoría Crítica*, trad. Edgardo Arvizu y Carlos Luís, 3ª reimp., Buenos Aires Argentina, Amorrortu, 2003, p. 223-271.

¹⁴ Cfr. DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación. En el momento de la globalización y de la exclusión*, Madrid España, Trotta, 1998, pp. 505-536.

¹⁵ Me refiero a Theodor Adorno, Max Horkheimer y Herbert Marcuse, *op. cit.*

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, [en línea] voz: crítico-ca, en: <<http://dle.rae.es/?id=BKJHGzW>> [consultado: 7- febrero -2017].

jurídicas, etc.) y del sistema vigente, transformación que va de la periferia al centro, revirtiendo los valores, ideologías y verdades, para establecer un distinto orden de las cosas.

Es de admitir que la teoría crítica no es solamente colocar en crisis a la teoría tradicional, sino, tiene un carácter creador, en este sentido, es *episteme*, *praxis* y *tecné*.¹⁷ Diferencia esencial con la teoría tradicional, la cual se funda en la separación entre ser y pensar cartesiana, en la que se disocia la práctica de la reflexión ética.¹⁸

IV. LA FORMACIÓN DE LOS MITOS

Una obra de referencia para este ensayo, es *Dialéctica de la ilustración*, en la que sus autores, en relación al pensamiento ilustrado y los mitos, afirman lo siguiente: 1) “el mito es ya ilustración, la ilustración vuelve a convertirse en mitología” y 2) “[...] el dominio de todo lo que es natural en el sujeto dueño de sí concluye justamente en el dominio de la objetividad y de la naturalidad más ciega”.¹⁹

Estas tesis se resuelven de la siguiente manera: el pensamiento crítico a pesar de su carácter transformador, tiene una fuerte tendencia a consolidarse como imagen del mundo una vez logrado, a permanecer inmutable subsumiendo en sí todo aquello que contribuya a su sostenimiento, haciéndolo aparecer por nuevo. De igual forma ha ocurrido con la teoría tradicional, cuyo carácter revolucionario lo tuvo cuando en disputa contra las antiguas concepciones que lo precedieron fueron liquidadas y sus restos subsumidos en su propio cuerpo. Sin embargo, dado que los procesos de sustitución

¹⁷ *vid.* GONZÁLEZ, Juliana, *Ética y libertad*, 2a. reimp., México, Fondo de cultura económica-UNAM, 2007, p. 60.

¹⁸ RORTY, Richard, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, trad. Jesús Fernández, Madrid España, Cátedra, 1995, pp. 25 a 30.

¹⁹ HORKHEIMER, Max y Theodor Adorno, *Dialéctica de la Ilustración*, trad. SÁNCHEZ, Juan José, 3a. ed., Madrid España, Trotta, 2008, p. 11.

son de larga duración,²⁰ es apenas perceptible cómo se pasa de un carácter revolucionario-transformador a uno conservador-legitimador. Sin embargo, existen momentos de ruptura que indican un quiebre en el camino, puntos de partida para nuevos horizontes; tales momentos marcan los nuevos derroteros y se constituyen en pilares de la nueva imagen del mundo.

Uno de esos cambios fundamentales ocurrió en la modernidad, entre los siglos XVI y XVII, en los cuales se establecieron los nuevos fundamentos que posibilitaron la revolución en los ámbitos científico, social e institucional; lo cual ocurrió en gran medida gracias al desarrollo de las ciencias naturales y la importancia que adquirió en la producción de saberes el método científico experimental.²¹ Método y saberes que se erigieron en el paradigma y criterio de verdad de la ciencia moderna, desplazando a las antiguas concepciones “científicas” de mundo que coincidían con la teología; entre las ideas más conocidas acordes con una concepción divina del universo que fueron desplazadas, destaco dos: en la astronomía, la sustitución de la explicación del sistema planetario conforme a un modelo geocéntrico que coincidía con la teología, por un modelo heliocéntrico y; en la teoría del conocimiento, la demostración de que lo que “sabemos” mediante los sentidos no es fiable, por ello, la búsqueda de un fundamento seguro del conocimiento en el *cogito*, la extensión y Dios.²²

Basten esos ejemplos para mostrar que la idea de mundo estaba modificándose y, detengámonos a analizar el surgimiento de un nuevo orden político-jurídico-social a partir de la conformación del Estado-nación.

²⁰ ECHEVERRÍA, Bolívar, *¿Qué es la posmodernidad?, cuadernos del seminario de modernidad: versiones y dimensiones*, cuaderno 1, UNAM, México, 2009, p. 8.

²¹ Respecto de la separación entre humanismo y ciencia, así como el ideal científico de la modernidad, *vid.*, STRAUSS, Leo, “Ciencia social y humanismo” en *El renacimiento del racionalismo político clásico*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2007, p.p. 53-55.

²² *Cfr.* DESCARTES, René, *Meditaciones metafísicas*, trad. Jorge Aurelio Díaz, España, Editorial Gredos, 2010, p.p. 1-18.

V. MITO Y ESTADO

Desde el punto de vista que en este trabajo se sigue, es posible advertir el carácter mítico de algunos presupuestos teóricos del Estado. El mito cumple la función esencial de explicar y justificar la existencia del Estado; de legitimar el ejercicio del poder y su monopolio. Para responder a la pregunta de cómo ocurrió esto, debemos remontarnos a su origen e historia.

Historia que está ligada al desarrollo de una ideología colectiva compartida a través de los mitos sociales que nos explican como nación. De los aspectos que más han destacado en su formación, han sido: la creación de la identidad nacional, la cual se apoyó en la explotación de los recursos histriónicos del pasado interpretado desde los intereses del presente, desde donde se crearon los héroes y villanos, así como aquellos hechos que debían ser venerados y conservados en la memoria colectiva.²³ Para que la memoria construyera la identidad y se desarrollara el culto que debía corresponderle, la historia fue repetida y la repetición venerada, todo ello, como parte del proceso educativo que nos prepara para ser ciudadanos aptos y capaces de vivir en sociedad. Con qué recursos ha contado el Estado para evitar que el olvido impida que nuestra identidad se consolide, con el recurso de la “educación”, aquella difundida mediante el sistema educativo tradicional la cual se ha sustentado en el poder institucionalizado como recurso en última instancia, es decir la razón tradicional materializada.²⁴

Por supuesto, en este ensayo emplearemos a la razón crítica para desmitificar a aquellos pre-supuestos no cuestionados, por lo que

²³ NIEZSCHE, Friedrich, *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida (II Intempestiva)*, trad. Germán Cano, Madrid, España, Biblioteca Nueva, 1999, pp. 37-65.

²⁴ En la crítica al modelo educativo tradicional destaco el video documental: *La educación prohibida*, en: <<https://www.youtube.com/watch?v=-1Y9OqSJKCc>>. [consultado 9-marzo-2017].

pretendemos que la lectura resulte provocadora e incentive la reflexión. Veamos.

El Estado se concibió como una de las realizaciones más perfectas del devenir de la historia, fue creado como el ente superior, como la más perfecta forma de organización político-social-jurídica, en el cual depositamos y confiamos nuestros más elevados objetivos y anhelos.²⁵ Se nos persuadió de que la forma de organización establecida mediante el Estado-nación era la más civilizada para lograr la realización de los intereses particulares y colectivos, dirimir las controversias, al tiempo que por sus cauces podíamos realizar los fines que aparecían en él como inherentes: el bien común, la igualdad y la justicia, aunque siempre como ideales a realizar, no como supuestos de los cuales se originan las leyes.²⁶

La secularización de la política y del derecho fueron requisitos imprescindibles, por ello es que ambos fueron estatalizados y proceduralizados²⁷ separados de su fuente de legitimidad originaria hasta constituirlos en un sistema, en el caso del derecho, de pretensiones autopioéticas,²⁸ así como en un medio para el control social. El derecho fue “reinventado” como el medio ideal para lograr la coordinación, el control social y ejercer de forma legal el monopolio de la fuerza; al mismo tiempo, se afirmaba que las leyes ponían al

²⁵ Puede leerse en Hegel: “El Estado como realidad de la voluntad sustancial [...] es lo racional en y por sí [...] Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado”, *cf.* HEGEL, Friedrich G. W., *Principios de la filosofía del derecho*, trad. Juan Luis Vermal, 1a. reimp., Barcelona España, Edhasa, 2005, p. 370.

²⁶ *Cf.* LE FUR, Radbruch y Carlyle, *Los fines del derecho*, trad. Daniel Kuri Breña, 3a. ed., México, Facultad de Derecho-UNAM, 1997.

²⁷ ECHEVERRÍA, Bolívar, *¿Qué es la posmodernidad?*, *op. cit.*, p.p. 8-15.

²⁸ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate *et. al.*, 2a.ed., Editorial Herder - Universidad Iberoamericana, México, 2005, *vid.* cap. 2 “La clausura operativa del sistema del derecho”, pp. 99-117.

alcance de todos la posibilidad de acceder a la justicia, creando el mito de que “la justicia es ciega”, en el sentido de imparcial.²⁹

Se crearon paulatinamente los mitos detrás del mito del Estado,³⁰ es decir, las justificaciones que en la filosofía política se construyeron para el nuevo orden de las cosas que se estableció con la consolidación del Estado-nación a partir del siglo XIX en occidente, entre ellos son de destacar: la soberanía, la representatividad y el estado de derecho.

Brevemente analicemos el proceso de creación y consolidación del Estado y derecho modernos. Desde el siglo XVI y hasta el XIX (período del cual nos ocupamos) si bien un nuevo paradigma científico se construyó, también ocurrió algo semejante en lo relativo al ejercicio del poder político.³¹ Explico brevemente y de forma general. El orden político medieval-occidental era acorde a la visión de mundo construida desde la teología cristiana, estaba en armonía con la ciencia de su época, así como de las relaciones mundanas (económicas, eróticas y jurídicas); era un orden cuyas fuentes de legitimidad eran metafísicas (Dios y el orden celestial por Él establecido) y cuya explicación filosófico-teológica se ajustaba al tomismo-aristotélico.

Este orden medieval fue paulatinamente desplazado dando lugar a otro distinto en el cual las diversas fuerzas antes incipientes ocuparon un lugar preponderante, entre ellas, las relativas a la capa-

²⁹ A pesar de la negativa iuspositivista para que los estudiosos se ocupen de la justicia, este continúa siendo uno de los problemas más esenciales del estudio y práctica jurídicas, al respecto véase: HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. Jiménez Arredondo, 6a. ed., España, Trotta, 2010, en especial el cap. 6 en donde se refiere a la justicia en el ámbito de la función jurisdiccional.

³⁰ Afirma Cassirer: “La característica de los mitos modernos es que estos no surgen de forma silvestre por una exuberante imaginación, sino que son artificiales, creados por artífices muy expertos y habilidosos”, *vid.* CASSIRER, Ernt, *El mito del Estado*, *op. cit.*, p. 333.

³¹ HORKHEIMER, Max, *Historia, metafísica y escepticismo*, trad. María del Rosario Zurro, Barcelona España, Ediciones Altaya, 1998, p.p. 24-45.

cidad de producción, distribución y consumo, mismas que construyeron un mercado acorde a sus necesidades; las transformaciones ocurridas en el ámbito económico tuvieron incidencia directa en la política y las leyes jurídicas,³² las disciplinas que tenían a estas como sus objetos de investigación se plantearon, entre otros, el problema de encontrar una nueva fuente de legitimidad del ejercicio del poder, el cual no tuviera que depender de un orden divino; así como la existencia de un derecho que no tuviera en el derecho divino su forma más acabada.

Es por ello, que en los siglos XVII y XVIII destacaron las discusiones filosófico-políticas que se referían a la naturaleza y estructura de las instituciones políticas y jurídicas. Al respecto, es posible distinguir dos bandos bien definidos: aquellos que hicieron una defensa de la existencia de un orden armonioso universal de origen divino y que tenía en la Iglesia y en el Papa a sus representantes en la tierra, los cuales ocupaban una posición de *supra* ordinación respecto de los poderes temporales y, por otra parte, quienes defendieron la primacía del orden mundano, el cual estaba representado por los reyes y la nobleza, quienes constituían el poder terrenal y sostenían el sometimiento de la Iglesia a su poder.

En este contexto, el absolutismo³³ fue la justificación filosófico-política más plausible para el poder terrenal, el cual otorgó los fundamentos teóricos del nuevo orden acorde al cual se concentraría y ejercería el poder (físico y político) de manera legítima, así como el tipo de relaciones políticas (de dominio y sujeción) que deberían regir a los integrantes de las sociedades humanas. Es de destacar

³² Vid. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, Barcelona España, Gedisa, 1996, en especial las conferencias cuarta y quinta.

³³ Empleo el concepto absolutismo en el sentido siguiente: “[...] para indicar en los círculos liberales los aspectos negativos de lo ilimitado y pleno el poder monárquico [...] una vez —y de manera predominante— con la condena explícita o implícita de los métodos de los gobiernos autoritarios y en defensa de los principios liberales...”, *vid.*, BOBBIO, Norberto *et. al.*, *Diccionario de política*, trad. José Aricó *et. al.*, 14a ed., México, Siglo Veintiuno editores, 2005, p.p. 1-8.

que los orígenes del Estado de derecho se ubican en la filosofía-política absolutista, siendo el filósofo inglés Thomas Hobbes uno de los primeros en sostener el origen convencional del derecho y negando, en consecuencia, su origen divino o natural.³⁴ En ese sentido, este filósofo inglés fue uno de los precursores más importantes de algunas tesis que luego los iuspositivistas sostendrían, me refiero, en particular, a la afirmación de que el origen del derecho está en la ley y que conforme a ella se deben dirimir las controversias.³⁵

Fue también, primeramente, en el absolutismo en donde se recuperó el mito del pacto social, recurso político-jurídico antes empleado por los seguidores de Epicuro para justificar la existencia de un orden institucionalizado.³⁶ En general, el absolutismo se dio a la tarea de crear los fundamentos filosófico-teóricos que permitieron justificar y legitimar al Estado como el ente más poderoso, la creación suprahumana en la cual se concentraba el poder político y a la cual se debían subordinar todas las voluntades individuales mediante la celebración del pacto social.

Pacto social que a su vez fue un recurso teórico, sin que se haya realizado en algún momento; fue una petición de principio que debía admitirse (la creación de un mito). Para que el pacto social fuese aceptable tanto teóricamente como en los hechos, fue necesario crear un relato que explicara y justificara su existencia, ese relato fue el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil. Tampoco el estado de naturaleza tuvo que remitirse a una exhaustiva demostración de hechos, sino simplemente debía aceptarse como petición de principio, como recurso filosófico, el cual funcionó como una

³⁴ HOBBS, Thomas, *Leviatán. La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, s/trad., Bogotá Colombia, Skla, 1982, véase en especial el capítulo dedicado a la leve diferencia entre “ley” y “derecho”, así como el tema de supremacía, pp. 226-245.

³⁵ *Ibidem*, p. 234.

³⁶ *Vid*, FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho 1. Antigüedad y Edad Media*, trad. José F. Lorca, Madrid España, Ediciones Pirámide, 3a. ed., 1966, pp. 81-88.

idea ordenadora e hizo coherente la necesidad de que existiera un pacto social, mismo que justificó el orden político que realidad estaba ocurriendo gracias a la concentración del poder en una sola persona, el soberano absoluto.³⁷

Los liberales del siglo XVIII como Rousseau, paladín de la república como la forma de organización política-social,³⁸ tuvo un punto de partida semejante al que Hobbes empleó para justificar al absolutismo: “el estado de naturaleza”; sin embargo, son bien conocidas las diferencias entre el hombre malvado de Hobbes y la concepción del buen salvaje de Rousseau; o el hombre igual, libre y con derecho a la propiedad como derecho natural, sostenido por Locke.³⁹ Estas diferencias lejos de ser meramente teóricas, establecieron los supuestos que legitimaron la nueva forma de organización política a la vez que jurídica y social; por lo que constituyen la evidencia de que nuevamente el orden social se modificaba y estaba en proceso de gestación, y requería de distintos fundamentos filosófico-ideológicos, así como su materialización en las estructuras económicas, políticas, jurídicas y sociales para funcionar adecuadamente.

En este orden de las cosas, la soberanía (el poder soberano) fue un supuesto no fáctico, sino metafísico o incluso retórico, el cual se originó en un “contrato social”; figura jurídica por excelencia de la concepción liberal e individualista.⁴⁰ Mediante el contrato se expli-

³⁷ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, *op. cit.*, véase en especial el capítulo XIII titulado: “De la especial condición del género humano, en lo concerniente a la felicidad y la miseria”, p.p. 110-123.

³⁸ ROUSSEAU, Jean Jaques, *El contrato social*, trad. Enrique Azcoaga, Madrid España, Taurus, 2012, p. 191. Véanse en especial el Libro I, cap. VI.- “Del contrato social” y Libro II, cap. VI.- “De la ley”.

³⁹ LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. Carlos Mellizo, Madrid España, Tecnos, 2006, p.p. 234, *vid.* el capítulo V.- “De la propiedad”.

⁴⁰ Véase lo que el ministro Foster afirma: “[...] que los escépticos niegan que haya existido un contrato social, el cual no tiene ninguna evidencia histórica, la respuesta de los moralistas es que a pesar de un no exista ninguna evidencia his-

có el tránsito del hombre natural al ciudadano, o lo que es: del estado de naturaleza a la sociedad civil; paso que implicó la cesión de parte del poder, libertad y derechos naturales de quienes decidieron integrarse en la nueva forma de organización política-jurídica-social a favor de un ser intangible, un ente que solo tuvo vida jurídica, pero que fue desde su origen cuasi omnipotente y ubicuo. El pacto social otorgó vida al ente superior, sin él, o desconociéndolo no existiría fundamento que legitimara al orden establecido.

La celebración del pacto social fue el momento fundacional del Estado-nación, la creación de un ente que solamente tiene vida jurídica, que no puede ejercer el poder por sí, ya que es una ficción legal, la cual no tiene existencia real aunque pueda realizar actos y producir consecuencias jurídicas. El Estado a su vez es la objetivación del poder soberano, el cual es ejercido por algunos ciudadanos que integran al gobierno. A su vez, la conformación del gobierno se logra gracias a las figuras de representación y participación, esta última mediante un sistema político electoral, en el que los partidos políticos fungen como los cauces para el acceso de las personas a los cargos más relevantes para el ejercicio del poder. El modelo parece funcionar muy bien, ya que puede entenderse que finalmente los ciudadanos están representados, así como sus intereses y necesidades, y que los más “capaces” son quienes deben ejercer el poder, los “políticos”.

Analicemos esto con mayor detenimiento. El pacto social y la soberanía como supuestos filosófico-políticos poseen un carácter explicativo, el cual ha permitido justificar y legitimar al Estado,

tórica del contrato social, es la única justificación ética en que basar los poderes del gobierno [...] Los poderes del gobierno solo pueden justificarse moralmente sobre la presuposición de tratarse de poderes que hombres razonables convenirían y aceptarían en caso de confrontarse con la necesidad de tener que volver a constituir algún orden para hacer posible la vida en común ...”, *vid.* FULLER, Lon, *El caso de los exploradores*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 2a. ed., 2002, p.p. 23-24.

sin embargo, la fuente de legitimidad actual son las leyes. Veamos las leyes tienen su origen en un proceso institucionalizado y estatizado (el cual se nutre de la costumbre, misma que solo adquiere importancia si es positivada en las leyes), a su vez, el Estado y sus instituciones tienen su origen en las leyes, es decir, se construye un proceso circular que nos lleva de uno a otro y a la inversa.

Detrás de las leyes y las instituciones están el pacto social, la soberanía y los ciudadanos (los cuales conforman al “pueblo” como titular originario del poder soberano), sin embargo, estos no ejercen el poder de modo directo, por ello, es necesaria la representatividad, misma que se legitima mediante el derecho al sufragio ejercido a través de un sistema político electoral. Así que, en última instancia, todo parece depender de los representados, sin embargo, su momento estelar es fugaz, se limita al sufragio,⁴¹ una vez realizado este, el Estado, sus instituciones y quienes en su nombre realizan sus funciones no necesitan en ningún momento, ni por ninguna causa volver a los ciudadanos y al “pueblo”. Lo que equivale a admitir que el Estado y sus instituciones una vez que han recibido el soplo de vida, prescinden de quienes son la razón de su existencia (los ciudadanos), por lo que gobiernan y ejercen el poder sin considerarlos.

VI. MITO, CIENCIA Y DERECHO

Dentro de este proceso de creación de mitos detrás del mito del Estado, el derecho tiene un lugar fundamental, baste considerar que el acto fundacional de la nueva organización político-social es jurídica, es decir un contrato social. Sin embargo, para que el derecho pudiera ser el medio conforme al cual se organizara el nuevo orden como “Estado de derecho”, era menester superar las limitaciones que las leyes y estudios jurídicos tuvieron durante siglos, es decir, que superaran su carácter casuístico y desorganizado, para

⁴¹ HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p.p. 28-32.

dar lugar a un orden armónico, organizado, dividido por materias, dotado de conceptos precisos y con reglas claras para su interpretación. Fue, por eso, que en los ámbitos de la ciencia del derecho y de la legislación los juristas y monarquías ilustradas pusieron su mayor empeño, resultado de ello fueron los códigos, siendo el Código Prusiano el primero en organizar y sistematizar las leyes; sin embargo, el paradigma lo constituyó el Código Civil Francés, o también conocido como “Napoleónico”; trabajo de legislación que fue el modelo a seguir por gran parte de los estados occidentales.⁴²

Por su parte y como reacción a la tendencia codificadora, dos juristas que en su primera etapa formaron parte de la Escuela Histórica Alemana: Friedrich Karl von Savigny y Rudolph von Ihering, se dieron a la tarea de estudiar el derecho romano, en este sentido continuaron los trabajos de los glosadores y postglosadores.⁴³ Fueron los juristas franceses y alemanes (posteriormente los integrantes de la Jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses) quienes hicieron aportaciones significativas para hacer realidad la aspiración kantiana de crear una verdadera ciencia del derecho⁴⁴ que lograra el estudio sistemático, explicara de manera ordenada y coherente las leyes, creara las estructuras conceptuales y normativas, así como sus principios operativos.⁴⁵ Esto posibilitó que en las

⁴² Codificación a la que Zagrebelsky denomina como: “el control de legalidad de los derechos cuya verdadera Constitución jurídicamente operante no fue la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, sino el Código Civil, denominado con frecuencia como la ‘Constitución de la burguesía liberal’”, *vid. ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 9a. ed., Editorial Trotta, Madrid España, 2009, p. 53.

⁴³ Un rasgo común de los estudios científicos del derecho ha sido su carácter antihistórico, ello ocurriría con la Escuela Pandectística alemana y, desde mi punto de vista, el iuspositivismo, *vid. MARGADANT FLORIS, Guillermo, El derecho privado romano*, 22a. ed., Editorial Esfinge, México, 1997, p. 84.

⁴⁴ KANT, *Principios Metafísicos del derecho*, *op. cit.*, *vid.* “Prólogo”, p.p. 5 a 11.

⁴⁵ Me refiero a los principios: de legalidad; no aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna; así como a los criterios para determinar la ley que

siguientes décadas se pudieran crear las disciplinas jurídico-científicas particulares, así como una teoría general del derecho, como ciencia del derecho.

El trabajo realizado por los juristas del siglo XIX además de haber contribuido al estudio científico del derecho, realizó aportaciones significativas para el desarrollo de la técnica jurídica y la técnica legislativa. Como corolario de ello, la ciencia jurídica lograría su mejor momento en el siglo XX, en el que todo aquello que no fuera científico fue considerado metafísico y expulsado de la academia como indigno de ser estudiado, suerte que corrió la filosofía jurídica, la cual se refugió en el iusnaturalismo racionalista y teológico, a la espera de un mejor momento en el que resurgir.⁴⁶

Es posible advertir que el tránsito de la concepción ético-moral del derecho a una meramente científica ocurrió entre los siglos XVI-II y XIX, y abarcó hasta la primera mitad del siglo XX.. Destacan en ese cambio, el que el estudio de lo jurídico dejó de ser un problema moral o de plantearse como parte de la moral, o un problema ético, por ende, relacionado con las virtudes y los vicios, concepción que sostuvieron los pensadores griegos como Aristóteles,⁴⁷ así como algunos romanos y medievales,⁴⁸ y pasó a ser algo totalmente desvinculado en su estudio de todo contenido y referente moral y ético.

Sin embargo, como consecuencia de esta separación y entre los efectos no previstos del estudio científico del derecho, vale la pena

deba aplicarse al caso concreto: principio de jerarquía (la ley superior prevalece respecto de la de menor rango); principio de especificidad (la ley específica se aplica en demérito de la más general), etc.

⁴⁶ RECASENS SICHES, LUIS, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La filosofía del derecho en el siglo XX*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, véase en especial el primer capítulo.

⁴⁷ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, 3a. ed., vers. Antonio Gómez Robledo, *Bibliothecorum scriptorum graecorum et romanorum mexicana*, México, UNAM, 2012.

⁴⁸ DE SANTO TOMÁS, *vid.* “La virtud de la justicia”, Cuestiones 57 a 60 en *Suma de teología*, t. III, parte II-II (a), Biblioteca de autores cristianos no. 36, Madrid España, 1995, p.p. 457-465.

mentar, que desde una concepción científica todo elemento moral o ético fue acusado de ser metafísico, con lo que se trazó una clara y firme distinción entre lo jurídico y lo moral, así como entre lo jurídico y la ética.⁴⁹

La ciencia jurídica daría cuenta de su objeto de estudio concebido como un hecho social, es decir, del derecho concebido como leyes jurídicas; del proceso de creación de leyes; de las resoluciones judiciales; de la interpretación de las leyes; de los procesos y procedimientos judiciales; así como las conductas significativas (aquellas que actualizan los supuestos normativos y con ello la producción de las consecuencias jurídicas) etc.⁵⁰ Todo aquello que no constituyera un hecho social, o permitiera al menos la sospecha de ser relativo o incluso subjetivo, salió del ámbito del estudio científico y, por lo tanto, de la ciencia del derecho. De esta forma, la justicia, la equidad, el bien común, los principios éticos y los valores morales, concebidos como no objetivos, racionales y comprobables, se colocaron en el saco de la metafísica y quedaron relegados a ser estudiados por otras disciplinas no científicas.

Esta postura epistemológica y metodológica, claramente comprensible desde el punto de vista del estudio científico del derecho, trajo consigo cambios diametrales respecto de la comprensión, explicación, y práctica del derecho. Entre los efectos no previstos del estudio del derecho como una cuestión de hechos, no de valores o principios, destacan el que la explicación y práctica del derecho se haya reducido a sus aspectos eminentemente formales y procedimentales, excluyéndose los aspectos materiales o de contenido,⁵¹ es decir, implícito en ello existió una deshumanización de lo jurídico.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen, “Como es posible la legalidad...”, *op. cit.*, pp. 21-28.

⁵⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernango, 9a ed., México, Porrúa, 1997, *cfr.* Capítulo I, pp. 15-70.

⁵¹ Afirma Zagrebelsky: “El caso paradigmático lo representa la justicia, la cual en la concepción decimonónica se redujo a la ley o a lo que desde Aristóteles se denomina “justicia en sentido legal”, misma que en el “Estado social de dere-

Me refiero a deshumanización en el entendido de que el ser humano había sido el centro de la reflexión filosófica y del quehacer científico⁵² desde la Antigüedad y hasta el Medioevo. Fue el hombre quien desde la Antigüedad se preguntó por lo que existía en el mundo y, quien de manera sistemática, con la invención de la filosofía interpelló a las cosas que hay en el mundo en busca de respuestas que le permitieran comprenderlas;⁵³ fue también quien desentrañó las relaciones de causa-efecto para explicar racionalmente a la naturaleza y poder controlarla con el propósito de obtener ventaja y provecho de ella. Sin embargo, en el momento en que la cosa (el objeto de investigación) misma pasó a ser más importante que los sujetos cognoscentes, entonces, podemos afirmar que inició el proceso de fetichización en el que la cosa desplazó a lo humano, lo cosificó.

En el cuento la *Colonia penitenciaria*, Franz Kafka en forma literaria ilustra muy bien a qué nos referimos con fetichización.⁵⁴ En ese cuento el escritor de origen checo narra cómo el oficial a cargo de la máquina con la que en la colonia penitenciaria dan cumplimiento a las sentencias, es lo más importante para él, a grado tal que ni siquiera el condenado es relevante, pues solamente es una cosa a la que debe aplicarse la tortura de la máquina, es decir, desde una

cho” debe recuperar sus contenidos, en especial aquellos de carácter económico, aunque no menos importantes son los contenidos culturales, espirituales y sociales, etc. Por lo que la un criterio material de justicia. Debe establecer objetivos factibles como mínimos a realizar, los cuales permitan y contribuyan a la realización del proyecto de vida de cada persona [...]”, *vid.*, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, véanse los capítulos: “4. Derechos de libertad y derechos de justicia” y “5. La separación de la justicia respecto de la ley”, pp. 75-108.

⁵² Entendida como “*episteme*” que era la denominación a los saberes verdaderos entre los griegos y “*scientia*”, denominación de los saberes entre los medievales.

⁵³ COLLI, Giorgio, *El nacimiento de la filosofía*, trad. Carlos Manzano, Tusquets editores, España, 2000, p.p. 13-22.

⁵⁴ KAFKA, Franz, *En la colonia penitenciaria*, (1975), trad. Martha R. García, Buenos Aires, Almagedo, pp. 10-40.

concepción formal-procedimental lo relevante es el funcionamiento de la cosa, de la máquina, no de aquello respecto de lo que se aplica. La fetichización y la deshumanización del estudio y práctica del derecho, para decirlo de forma más clara, es el olvido del ser humano, es centrar la atención en la ley misma, en el sistema, su funcionamiento, sus procesos y procedimientos, no en su destinatario y en los efectos negativos (viciosos o que realizan el mal) o positivos (virtuosos o que realizan el bien) que pudiera ocasionar.

Aunque es menester decir que, a pesar de los esfuerzos realizados desde la concepción científica del derecho, los valores morales y los principios éticos no pudieron excluirse totalmente de su estudio y de su práctica, sí se desplazaron, se relegaron a algo meramente referencial, como un ideal a realizar, no como el contenido, sustento u origen de la ley jurídica. Ese relegamiento se visibilizó en afirmaciones extremas como aquella que decía que “el derecho lo es por ser resultado del proceso legislativo, independientemente de sus contenidos éticos o morales”, afirmación que expresa el total abandono de cualquier contenido o referente ético o moral como criterio para determinar la validez de una ley y, por ende, la primacía de la forma y del procedimiento. Aseveración que, a su vez, tuvo una importancia fundamental en el Estado del derecho, como imperio de la ley y sometimiento de todos a ella.⁵⁵

La primacía de la ley, así como el imperio que esta estableció, pasó primeramente por la reducción de todo derecho a la ley y luego, la aceptación de que toda ley era la objetivación de la voluntad del legislador, ya como realización del poder soberano que le era conferido mediante la representatividad o como consecuencia de un orden legal, mismo que otorgaba las facultades para crear, interpretar, aplicar y ejecutar las leyes.⁵⁶ Esa reducción del derecho

⁵⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, op. cit., cfr., el capítulo 3: “La separación de los derechos respecto de la ley”, pp. 47-74.

⁵⁶ FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, t. 3 siglos XIX y XX, trad. José Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, España, 1996, pp. 21-27. Aunque en otro

a la ley y la primacía de la forma (proceso legislativo y judicial) en su creación y aplicación hicieron creer que el derecho estaba constituido como un sistema cuasi autopiético.⁵⁷

VII. LAS FUERZAS DESATADAS COBRAN VIDA PROPIA Y SE VUELVEN CONTRA SUS CREADORES

Nos hemos aproximado a algunos momentos en los que se construyeron los fundamentos que hicieron del Estado el ente ordenador de la vida social y de las leyes jurídicas los instrumentos que posibilitarían el control de las conductas de las personas. Hemos procurado mostrar cómo el Estado nación fue concebido como la máxima realización humana en cuanto a la forma de organización social y política se refiere, al que todo lo particular se debía subordinar o excluirse.⁵⁸ Sin embargo, los mitos que subyacían a la creación del Estado quedaron ocultos en su seno y no fueron visibles hasta que los excesos cometidos, no por errores científicos sino por falta de criterios ético-morales que debieran considerarse, pusieron en evidencia que la primacía de la forma respecto de los contenidos producía terribles efectos negativos; fue gracias a los excesos cometidos especialmente por los regímenes totalitarios (manipulación de las leyes, legalización de lo injusto e inmoral, genocidio realizado en forma legal, etc.)⁵⁹ el que haya resurgido la necesidad de problema-

trabajo profundizaremos sobre la influencia que las escuelas jurídicas tuvieron en nuestra comprensión y práctica del derecho, no dejó escapar la oportunidad de referirme en este caso a la influencia que la Escuela de Exégesis tuvo en dicha reducción del derecho la ley.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op. cit., vid. cap. 2 “La clausura operativa del sistema del derecho”, pp. 99-117.

⁵⁸ HEGEL, George W., *Filosofía del derecho*, 3a. ed., Argentina, Editorial Claridad, 1968, *cf.* pp. 212-286.

⁵⁹ Destacan como características del Estado totalitario: la duplicación de organismos estatales y el ocultamiento como estrategia para el ejercicio del poder sin límites, el papel del jefe y las instituciones represivas empleadas como un con-

tizar el estudio y práctica jurídicas desde el horizonte de la moral y la ética.⁶⁰

Los excesos, a su vez, hicieron evidente que el dominio pleno de la naturaleza, incluida la naturaleza humana no era propiamente nuestro destino en la tierra; que el progreso material no fue acompañado del progreso moral, el qualismo kantiano,⁶¹ y que la razón no nos alejó de los desastres, sino, que potencializó las capacidades destructivas del ser humano.

Es también evidente que la razón modernizadora falló en algún momento, que el desarrollo de la ciencia y la tecnología con el afán de explicar a sus objetos de investigación, pero sobre todo, con el ulterior objetivo de lograr el dominio de la naturaleza, el incremento de los bienes y satisfactores, si bien sí produjeron esos efectos, se salieron de control y al parecer cobraron vida propia volviéndose en contra de sus creadores, desarrollando sus propias reglas al margen del acto que les dio vida.⁶² Por lo que el deseo de terminar con los mitos, de racionalizar al mundo, y de que el humano se distinguiera de cualquier otro ser por la razón, fueron refutados en la práctica, en la que a los mitos antiguos se impusieron nuevos mitos auspiciados por la razón, nuevas formas refinadas de la ideología que alimentaron las aspiraciones de poder y subrepticamente las capacidades destructivas.

quistador lo haría en un territorio conquistado: crueldad y eficiencia administrativa, *vid.* ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. Guillermo Solana, 2a. reimp., Taurus, México 2007, 483-512.

⁶⁰ RADBRUCH, Gustav *et. al.*, *Los fines del derecho*, 3a. ed., Facultad de Derecho-UNAM, México, 1997, pp. 56-70.

⁶¹ KANT, Immanuel, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, *op. cit.*, p.p. 10-23.

⁶² HORKHEIMER, Max y Theodor Adorno, *Dialéctica de la Ilustración*, *op. cit.*, p.p. 71-85.

VIII. CONCLUSIONES

El Estado de derecho en su forma decimonónica se construyó a partir de algunos presupuestos filosóficos, políticos y jurídicos que no fueron sino mitos, aunque, ese carácter mítico no era evidente, debe ser desvelado, visibilizado, para dejarnos ver que el orden de las cosas que se estableció con él, obedeció a fuerzas e intereses fundamentalmente económicos. En este ensayo hemos procurado mostrar algunos de esos mitos, así como los mitos que detrás del mito han configurado el ejercicio del poder político, el derecho positivo, así como la forma en cómo lo estudiamos y practicamos.

La convicción de que el derecho, su práctica y estudio actuales pueden ser explicados como parte de un proceso de larga duración, motiva el que hayamos centrado nuestra atención en los siglos XVI al XIX en los que se establecieron las bases teóricas y ocurrieron los procesos histórico-sociales que dieron vida al Leviatán. Con este ensayo a su vez, pretendemos dejar abierto el camino que resta por andar, en el cual debemos dar cuenta de cómo ocurrió que los fines y razones de ser del Estado, es decir, los ciudadanos, los derechos naturales positivados (tales como libertad, igualdad) y sus principios (justicia, equidad, etc.) fueron paulatinamente desplazados hasta llegar a ser concebidos como meras aspiraciones, ideas regulatorias y no el origen mismo del derecho y del Estado.

Otro camino que se abre con este trabajo es el que nos llevará al estudio del derecho y su problemática actual, así como al análisis de lo que se denomina Estado democrático constitucional, el cual, en reacción a las secuelas negativas del Estado decimonónico como Estado de derecho, los teóricos contemporáneos en cierta forma, han puesto a discusión la necesidad de restablecer a los ciudadanos y sus necesidades, como la fuente de legitimidad del derecho positivo y del ejercicio del poder político. Tema que es indisociable de gran parte de las discusiones actuales sobre mecanismos de participación política, así como de rendición de cuentas, facultades de revocación

de mandato; injerencia en la construcción de políticas públicas y su ejecución; así como la existencia de una democracia real y una justicia material, asuntos que hoy discutimos, claro, sin advertir que otros mitos estén detrás.

IX. FUENTES

1. BIBLIOGRÁFICAS

- AMIN, Samir, (1989), *El eurocentrismo. Crítica de una ideología*, trad. de Rosa Cusminsky. México, Siglo XXI Editores.
- ARISTÓTELES, (2012), *Ética nicomaquea*, 3a. ed., Versión de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, (*Bibliothecorum Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana*).
- BOBBIO, Norberto *et al.*, (2005), *Diccionario de política*, 14a. ed., trad. de José Aricó *et al.*, México, Siglo Veintiuno Editores.
- CASSIRER, Ernst, (2004), *El mito del Estado*, trad. de Eduardo Nicol, México, Fondo de Cultura Económica.
- COLLI, Giorgio, (2000), *El nacimiento de la filosofía*, trad. de Carlos Manzano. Madrid, Tusquets.
- DE AQUINO, Tomás, (1995), *Suma de Teología*, t. III, parte II-II (a), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.
- DESCARTES, René, (1994), *Discurso del método*, Barcelona, RBA, (Colección Historia de la Literatura, 11).
- , (2010), *Meditaciones metafísicas*, trad. de Jorge Aurelio Díaz, Madrid, Gredos.
- DUSSEL, Enrique, (1998), *Ética de la liberación, En el momento de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta.
- ECHEVERRÍA, Bolívar, (2009), *¿Qué es la posmodernidad?*, México, UNAM, (Cuadernos del Seminario de Modernidad: Versiones y Dimensiones, Cuaderno 1).
- FASSO, Guido, (1966), *Historia de la filosofía del derecho 1. Antigüedad y Edad Media*, 3a. ed., trad. de José F. Lorca, Madrid, Pirámide.

- , (1966), *Historia de la filosofía del derecho, t. 3. Siglos XIX y XX*, trad. de José Lorca Navarrete, España, Pirámide.
- FERRATER MORA, José, (2004), *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 4 tomos.
- FOUCAULT, Michel, (1996), *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa.
- FULLER, Lon, (2002), *El caso de los exploradores*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- GONZÁLEZ, Juliana, *Ética y libertad*, México, Fondo de cultura económica-UNAM, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, (2010), *Facticidad y validez*, 6a. ed., trad. Jiménez Arredondo, Madrid, Trotta.
- HABERMAS, Jürgen y Joseph Ratzinger, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- HEGEL, Friedrich George W., (2005), *Principios de la filosofía del derecho*, trad. de Juan Luis Vermal, Barcelona, Edhasa.
- , (1968), *Filosofía del derecho*, 3a. ed., Argentina, Claridad.
- HOBBS, Thomas, (1982), *Leviatán. La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Bogotá, Skla.
- HORKHEIMER, Max, (2003), *Teoría Crítica*, trad. de Edgardo Arvizu y Carlos Luís, Buenos Aires, Amorrortu.
- , (1998), *Historia, metafísica y escepticismo*, trad. de María del Rosario Zurro, Barcelona, Altaya.
- HORKHEIMER, Max y Theodor Adorno, (2008), *Dialéctica de la Ilustración*, 3a. ed., trad. de Juan José Sánchez, Madrid, Trotta.
- KAFKA, Franz, *En la colonia penitenciaria*, (1975), trad. Martha R. García, Buenos Aires, Almagesto.
- KANT, Immanuel, (2005), *Crítica de la razón pura*, 13a. ed., trad. de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, México, Porrúa, (Colección Sepan Cuantos, 203).
- , (1873), *Principios metafísicos del derecho*, trad. de G. Lizárraga, s.c., Librería de Victoriano Suárez.

- , (1994), *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, 2a. ed., trad. de Concha Roldán Panadero et al., Madrid, Tecnos.
- KELSEN, Hans, (1997), *Teoría pura del derecho*, 9a. ed., trad. de Roberto Vernango, México, Porrúa.
- LE FUR, Radbruch y Carlyle, (1997), *Los fines del derecho.*, 3a. ed., trad. de Daniel Kuri Breña, México, UNAM-Facultad de Derecho.
- LOCKE, John, (2006), *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos.
- LUHMANN, Niklas, (2005), *El derecho de la sociedad*, 2a. ed., trad. de Javier Torres Nafarrate et al., México, Herder-Universidad Iberoamericana.
- MARGADANT FLORIS, (1997), Guillermo, *El derecho privado romano*, 22a. ed., México, Esfinge.
- NIETZSCHE, Friedrich, (1974), *Introducción teórica sobre la verdad y la mentira en el sentido extra moral. El libro del filósofo seguido de retórica y lenguaje*, Madrid, Taurus.
- , (1999), *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida (II Intempestiva)*, trad. de Germán Cano, Madrid, Biblioteca Nueva.
- RADBRUCH, Gustav et. al., (1997), *Los fines del derecho*, 3a. ed., México, UNAM-Facultad de Derecho.
- RECASENS SICHES, Luis, (2007), *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La filosofía del derecho en el siglo XX*, México, Coyoacán.
- RORTY, Richard, (1995), *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, trad. de Jesús Fernández, Madrid, Cátedra.
- ROUSSEAU, Jean Jaques, (2012), *El contrato social*, trad. de Enrique Azcoaga, Madrid, Taurus.
- STRAUSS, Leo, (2007), “Ciencia social y humanismo”, en *El renacimiento del racionalismo político clásico*, Buenos Aires, Amorrortu.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, (2009), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta.

2. REVISTAS

HABERMAS, Jürgen, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, no. 5, Departamento de Filosofía de la Universidad de Alicante, España, 1988, pp. 21-45.

3. ELECTRÓNICAS

RAEL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, en línea: <<http://dle.rae.es/?id=BKJHGzW>>.

GUZMÁN, Francisco (2011), "Del mito al logos: ¿Desplazamiento a la edad de la razón?", en *Revista Filosofía UIS*, vol. 10, número 2, pp. 137-155, en línea: <<http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistafilosofiauis/article/view/2848>>.

HABERMAS, Jürgen, (2004), "Posicionamiento en la discusión sobre las bases morales del estado liberal", en *Dossier preparado por Manuel Jiménez Arredondo*, en línea: <http://www.mercaba.org/ARTICULOS/D/debate_Habermas_Ratzinger.htm#3>.

La educación prohibida (video documental), Eulam Producciones, (2012), en línea: <<https://www.youtube.com/watch?v=-lY9OqSJKCc>>.

PEÑA CEDILLO, Jesús (2009). "¿Es el cono cimiento científico, superior a los otros saberes humanos?", en *Utopía y praxis latinoamericana*. No. 46. pp. 135-142, en línea: <<http://www.redalyc.org/pdf/279/27911855011.pdf>>.