

# El Estado democrático de derecho en términos de dominación: la justicia constitucional y la violencia simbólica

*Daniel Sandoval Cervantes\**

El objetivo principal de este trabajo es pensar críticamente la producción y reproducción del derecho capitalista en términos de ejercicio del poder y de dominación. Lo anterior, utilizando las nociones sociológicas de Michel Foucault y Pierre Bourdieu. El camino para hacer lo anterior es mostrar cómo la dominación y la violencia simbólica se ejercen a través de la moral, la ciencia y la construcción de identidad, mostrando la arbitrariedad y la exclusión de prácticas y sujetos subalternos que subyacen a su pretendida universalidad e imparcialidad.

*The main objective of this paper is to employ the sociological notions of Michel Foucault and Pierre Bourdieu to transcribe the production and reproduction of Modern Capitalist Law in terms of exercise of power and domination. The path to do this is to show how domination and symbolic violence are exercised through moral, scientific knowledge and construction of identity, displaying the arbitrariness and exclusion of alternative practices and subjects which underlies its pretended universality and impartiality.*

**SUMARIO:** Introducción / I. El Derecho como formación discursiva / II. La violencia estructural / III. Derecho, moral y ciencia / IV. Conclusiones y puntos a profundizar / Bibliografía

---

\* Maestro en Derecho y Profesor en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.

## Introducción

El presente ensayo tiene como propósito retranscribir en términos de ejercicio de poder político y de la dominación a la argumentación jurídica, tal cual es presentada por la teoría jurídica tradicional dominante;<sup>1</sup> principalmente en lo que se refiere al tema de los derechos humanos y de la interpretación constitucional (razón por la cual, cuando haga referencia a funcionarios, se entenderá que hago referencia a jueces constitucionales, dejando el análisis de otros funcionarios, principalmente, los legisladores que, por su extensión, constituye un objeto para un trabajo diferente). Por un lado, el tema es relevante, en razón de que la legitimación del Derecho contemporáneo,<sup>2</sup> en muy buena medida, pasa hoy por el tema de la jurisdicción constitucional y de la efectividad de las normas constitucionales cuyo contenido son los derechos humanos; incluyendo aquellas normas que tienen como referencia indirecta esos contenidos; por ejemplo, las normas que fijan las reglas procedimentales que establecen la forma y las instancias en que se deben interpretar las normas constitucionales que hacen referencia directa a dichos contenidos. Lo anterior implica una mayor atención de la teoría jurídica hacia la interpretación y la argumentación jurídica, debido, precisamente, a la importancia que los derechos humanos cobran para la aceptabilidad del Derecho.

Por el otro lado, no carece de importancia el retranscribir en términos de relaciones de poder todos estos aspectos fundamentales para la legitimación del Derecho contemporáneo. Esto debido a que, al menos desde el punto de vista de la teoría jurídica tradicional, el Derecho producido a través de la argumentación jurídica desarrollada por medio de procesos jurídicamente regimentados (principalmente los jurisdiccionales) no se fundamenta más en el principio de autoridad.<sup>3</sup> De tal manera

---

<sup>1</sup> Desde mi punto de vista, la teoría jurídica dominante en la actualidad es aquella que, aún cuando no es homogénea, se denomina con el nombre de neoconstitucionalismo y tiene como autores más relevantes a Robert Alexy, Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza. V. Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.

<sup>2</sup> Aquí, legitimación hace referencia a la manera en que la relación entre la aceptabilidad de las resoluciones jurisdiccionales tiene con la aceptabilidad de las normas jurídicas, especialmente las normas constitucionales. Con lo cual se quiere destacar que la interpretación y las resoluciones de los tribunales, particularmente, los tribunales constitucionales, tiene un peso cada vez mayor en la aceptabilidad de los fundamentos constitucionales de los sistemas jurídicos. La actuación jurisdiccional tiene como efecto la ampliación práctica de la aceptabilidad del derecho. V. Pierre Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.

<sup>3</sup> “[La forma de funcionar (como órgano jurisdiccional) del Tribunal Constitucional le permite asumir institucionalmente un papel de imparcialidad] y, sobre todo, intentar desarrollar una argumentación racional con todo lo que ello significa de respeto a unas reglas y modos de justificar la decisión; una decisión cuya eficacia circunscribe normalmente a las partes del proceso, pero cuya vocación de universalidad como base del precedente no puede invocar el carácter de autoridad de quien la dicta, sino los buenos argumentos que la fundamentan. No sé si todo ello recompensa esa falta de legitimidad democrática, pero de cualquier forma habrá que cargarlo en el haber de la creación judicial del Derecho”, Luis Prieto Sanchís, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 9, mayo-agosto, Madrid, 1991, p. 198.

que, para buena parte de la teoría jurídica, la producción jurisdiccional del Derecho es colocada fuera de los mecanismos de poder y encuentra sus fundamentos en una especie de moral humana universal y natural. El discurso del Derecho y su justificación, cada vez más, evaden el tema de la relación del poder con la producción del Derecho y colocan el discurso jurídico en un plano de verdad.

Lo anterior ha tenido como una de sus consecuencias el oscurecimiento de los mecanismos de poder, de la marginación y de la violencia que se ejercen a través del discurso del Derecho y del discurso jurídico. De forma que el retranscribir en términos de poder y dominación al discurso de Derecho (principalmente aquel referido a los derechos humanos) constituye un primer paso hacia la crítica del Derecho contemporáneo, comenzando por resaltar las limitaciones de sus fundamentos y su carácter excluyente.

Este breve ensayo introductorio constará de tres partes: en la primera se analizará al Derecho como formación discursiva, tratando de fundamentar la idea de que su producción, dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos, se basa principalmente en un reparto asimétrico de los sujetos y su participación en la producción de un discurso del Derecho válido (en la producción de un discurso verdadero). Por tanto, se planteará que la producción del Derecho se encuentra ligada, tal vez hoy más que nunca, a la autoridad de los sujetos que pueden válidamente producirlo; lo cual, sin duda, implica una manera antagónica de analizar el Derecho en comparación a la forma en que lo hace la teoría jurídica tradicional.

Aunque en el presente ensayo me centraré en el sujeto del juez, esto no quiere decir que el legislador ha dejado de ser un sujeto productor de normas jurídicas importantes. Sin embargo, uno de los puntos más importantes de este trabajo señala que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, la posición del juez tiene cada vez un mayor peso en la producción general de la legitimación del Derecho.

Esta manera de asignar los roles discursivos de producción del discurso del Derecho va en íntima relación con el tema que se tratará en la segunda parte: la nueva forma de ejercer la violencia a través del Derecho. Resaltando la importancia del concepto de violencia simbólica,<sup>4</sup> cuyo papel en la legitimación de los sistemas jurídicos contemporáneos es uno de los aspectos centrales del presente ensayo. Lo cual, sin embargo, no significa que la violencia física haya dejado de ser ejercida por

---

<sup>4</sup> “Es en tanto que instrumentos estructurados y estructurantes de comunicación y conocimiento, como los ‘sistemas simbólicos’ cumplen su función simbólica de instrumentos de imposición o de legitimación de la dominación, que contribuyen a asegurar la dominación de una clase sobre otra (violencia simbólica) suministrando el refuerzo de su propia fuerza a las relaciones de fuerza que las fundan y contribuyendo así, según las palabras de Weber, a la ‘domesticación de los dominados’”, Pierre Bourdieu, *op. cit.*, p. 94. “El orden simbólico se asienta sobre la imposición al conjunto de agentes de estructuras cognitivas que deben una parte de su consistencia y de su resistencia al hecho de ser, por lo menos en apariencia, coherentes y sistemáticas y de estar objetivamente en consonancia con las estructuras objetivas del mundo social. Esta consonancia inmediata y tácita (en todo opuesta a un contrato explícito) fundamenta la relación de sumisión dóxica que nos ata, a través de todos los lazos del inconsciente, al orden establecido.” Pierre Bourdieu, *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Barcelona, Anagrama, 2007, p. 119.

dichos sistemas jurídicos.<sup>5</sup> Sin duda, el discurso de los derechos humanos y de los procesos de constitucionalización en los sistemas jurídicos capitalistas modernos coloca el discurso del Derecho en un camino de antiviolencia física, colocando a ésta, no como parte constitutiva de la conformación y funcionamiento de los sistemas jurídicos, sino como una garantía última de su efectividad, que, en la medida de lo posible, es necesario evitar. Dejando de lado la cuestión si, de hecho, existe una disminución de la violencia física ejercida a través del estado, lo cual podría ponerse en entredicho si observamos la manera en que se resuelven las protestas y movimientos sociales críticos del Derecho moderno; lo que se planteará es que la violencia que se ejerce a través del discurso jurídico legitimante del Derecho contemporáneo se encuentra más del lado de una violencia que se ejerce a través de la inclusión forzada y de la marginalización de las mayorías en las decisiones jurídico-políticas, que del lado de la violencia física, la cual, como se mencionó arriba, no deja de tener un buen grado de importancia en la dominación.

Por último, en la tercera parte se analizará la manera en que el discurso jurídico ha establecido relaciones distintas entre el discurso del Derecho y otras dos formaciones discursivas: la moral y la ciencia.<sup>6</sup> Lo que se defenderá es que el Derecho ha creado por sí y para sí mismo relaciones con estas formaciones, a partir de las cuales éste ha encontrado la base para su nueva fundamentación y legitimación.

Por un lado, el discurso jurídico recurre a una nueva relación entre el discurso del Derecho y el discurso moral. Lo que se afirmará en este trabajo es que mediante esta nueva relación se construye una legitimación completamente metafísica del Derecho recurriendo a la idea de la existencia de una moral humana universal y natural, y de un sujeto trascendental que sería su portador. Lo más grave de esta nueva manera de fundamentar el Derecho a través de la moral consiste en que, por la función que el discurso jurídico le asigna a éste en la realización del discurso moral ideal, es el

<sup>5</sup> Sobre el concepto de violencia simbólica, que implica la apropiación por parte de los juristas de la determinación de lo que debe ser considerado como Derecho y, por tanto, los procedimientos, instancias y contenidos a través de los cuales se puede ejercer legítimamente la violencia física a través del Derecho. V. Pierre Bourdieu, *Poder, derecho...*, op. cit.; y ———, *Razones prácticas...*, op. cit.

<sup>6</sup> “[acerca de la unidad discursiva] [...] construida [...] por [...] el espacio en el que los diversos objetos se perfilan y continuamente se transforman [...] definir un conjunto de enunciados en lo que hay en él de individual consistiría en describir la dispersión de esos objetos [...] formular su ley de repartición.” V. Michel Foucault, *La arqueología del saber*, México, Siglo XXI, 1991, pp. 53 y 54. “Lo que habría que caracterizar e individualizar [no es una forma determinada de enunciados, sino que] sería la coexistencia de esos enunciados dispersos y heterogéneos; el sistema que rige su repartición, el apoyo de los unos sobre los otros, la manera en que se implican o se excluyen, la transformación que sufren, el juego de su relevo, de su disposición y de su reemplazo.”, *ib.*, p. 54. “Más que buscar la permanencia de los temas, de las imágenes y de las opiniones a través del tiempo, más que retrazar la dialéctica de sus conflictos para individualizar unos conjuntos enunciativos ¿no se podría marcar más bien la dispersión de los puntos de elección y definir [...] un campo de posibilidades estratégicas?”, *ib.*, p. 60. “[...] en el caso de que entre los objetos, los tipos de enunciación, los conceptos, las elecciones temáticas, se pudiera definir una regularidad [...] se trata de una formación discursiva”, *ib.*, p. 62. “Diríase que una formación discursiva existe (al menos en cuanto a sus objetos) si se puede establecer semejante conjunto de relaciones [relaciones entre planos de especificación, instancias de decisión]; si se puede mostrar cómo cualquier objeto del discurso en cuestión encuentra en él su lugar y su ley de aparición [...] que es capaz de dar nacimiento simultáneamente y sucesivamente a objetos que se excluyen, sin [...] modificarse.”, *ib.*, pp. 72 y 73.

discurso del derecho, con sus asimetrías y marginaciones, el que termina produciendo los contenidos del discurso moral. De tal forma que la dominación que se ejerce a través del Derecho implica la construcción de una moral a través del discurso del Derecho.

Asimismo, el discurso jurídico contemporáneo ha establecido una nueva relación entre el Derecho y la ciencia del Derecho. Estos cambios en la relación entre ambos han producido la cientifización del discurso del Derecho y la juridificación, pues, por un lado, la legitimación del Derecho encuentra uno de sus fundamentos en la producción de la verdad (sobre todo a través de la producción jurisdiccional del Derecho); mientras que, por el otro lado, el discurso jurídico propone un papel cada vez más activo de la ciencia jurídica en la producción del Derecho.<sup>7</sup> Con estos cambios en la relación, la autoridad del Derecho pasa cada vez más por una justificación científica y no por el poder.

## I. El Derecho como formación discursiva

En esta etapa inicial del estudio, el análisis se concentrará en la figura del sujeto discursivo.<sup>8</sup> Lo anterior debido a que una de las hipótesis principales del trabajo consiste en que, es a partir de la construcción de la división entre los sujetos jurídicamente especializados y los que no lo son, que se establecen las bases para la constitución del Derecho como una formación discursiva y así, en la constitución de una nueva racionalidad jurídica.<sup>9</sup> De tal manera que la forma en que se reparten los roles discursivos y la capacidad de producción de enunciados válidos dentro del discurso jurídico y el discurso del Derecho ocupa una posición fundamental en la determinación de las reglas de formación del Derecho.

---

<sup>7</sup> Óscar Correas, “La teoría general del derecho frente a la historia del derecho”, *Ius Fugit, Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 3-4, Zaragoza, (España), 1996, pp. 13-48.

<sup>8</sup> “El sujeto del enunciado es una función determinada, una función vacía que puede ser desempeñada por individuos, hasta cierto punto indiferentes [...]”, Michel Foucault, *op. cit.*, p. 156. “La posición se fija entonces en el interior de un dominio constituido por un conjunto finito de enunciados [...] Se definirá al sujeto de tal enunciado por el conjunto de esos requisitos y posibilidades, y no se le describirá como individuo que habría efectuado realmente unas operaciones, que viviría en un tiempo sin olvido ni ruptura [...]”, *ib.*, p. 157. “Describir una formulación en tanto que enunciado consiste en determinar cuál es la posición que puede y debe ocupar todo individuo para ser su sujeto [...]”, *ib.*, p. 159.

<sup>9</sup> Me parece necesario aclarar un poco acerca del uso que recibirán en este trabajo palabras como racionalidad, racionalización y racionalizante. Desde la perspectiva de este escrito, por racionalidad del derecho moderno entiendo todos los postulados básicos del derecho moderno que sirven para fundamentar su coherencia interna, de tal forma que el desenvolvimiento de dicha racionalidad en la práctica va íntimamente ligada a la eficiencia, que se pretende siempre creciente, del sistema de derecho moderno; en este sentido, el término de racionalidad, tal como se utiliza aquí para caracterizar el derecho moderno, puede ser leído como razón tecnológica. Mientras que por racionalización se entenderá el sometimiento de los problemas y conflictos reales a las soluciones ofrecidas dentro del campo dibujado por los postulados básicos del derecho moderno, lo cual implica que solamente los conflictos que pueden ser traducidos a términos aceptables y concordantes con aquellos aceptables por el derecho moderno podrán ser solucionados por éste. Por último, por racionalizante se entenderá el proceso mediante el cual los conflictos

La definición de lo que se entiende por sujeto es una primera distinción necesaria para iniciar el análisis. En este sentido, se partirá de una distinción entre lo que sería el concepto de sujeto y el de persona; por un lado, el concepto de persona o sujeto de derecho, tal cual es utilizado por la teoría jurídica tradicional, remite siempre a algún tipo de sujeto de derecho o moral trascendental, un sujeto ideal y abstracto en el cual la identidad del mismo sujeto sería construida fuera de los mecanismos de poder y, por tanto, sería definida por la dignidad humana y los derechos fundamentales.<sup>10</sup> De tal manera que, a partir de esa referencia a un sujeto trascendental construido a través de la teoría jurídica, se procede a repartir la juridicidad y el grado de dignidad humana hacia abajo y hacia el resto de los individuos reales, por llamarlos de alguna manera. La identidad de dichos individuos a través del Derecho compartiría entonces el rasgo de ser construida, pretendidamente, fuera de los mecanismos de poder.

En cambio, nuestra concepción de lo que el sujeto es, parte de lo que Foucault llamó un análisis ascendente del poder. Este tipo de análisis, entre otras cuestiones metodológicas, implica que no se parte de la referencia a un sujeto trascendente a partir del cual las identidades y los derechos son repartidos de arriba hacia abajo, sino que se parte de que las mismas identidades de los individuos y, por consiguiente, los sujetos del discurso, han sido ya construidos a través de los mecanismos de poder.<sup>11</sup> El sujeto en este sentido consistirá en todas las reglas y características que

---

sociales reales son racionalizados por el derecho moderno, es decir, los procesos a través de los cuales los conflictos o demandas sociales son “traducidas” al lenguaje del derecho moderno. Nótese que ninguno de los usos de las palabras anteriores presupone algo así como racionalidad “natural” que permita identificar una no racionalidad con cualidades ontológicas, sino que, por el contrario, apunta a la existencia de racionalidades jurídicas distintas a aquella que funda el funcionamiento del derecho moderno. De tal forma que la irracionalidad o pasionalidad que se menciona en varias ocasiones en el trabajo siempre debe ser interpretada en términos relacionales con respecto a la racionalidad del derecho moderno. V. Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004.

<sup>10</sup> Por ejemplo, varios juristas (algunos críticos, otros no tanto) han apuntado que el derecho, a través de su desplazamiento discursivo, genera una visión social y políticamente homogénea de la sociedad sobre la cual actúa, además de que los bienes protegidos a través del uso del derecho no constituyen, en el fondo, verdaderas necesidades reales, sino bienes creados y distribuidos (asimétricamente también) dentro de la dinámica propia del estado moderno; en muchos sentidos, esto tiene que ver con la descontextualización político-social de los conflictos que dan pie al fenómeno de la criminalización de la protesta social. V. Alessandro Baratta, *op. cit.*; Esteban Rodríguez, “Un puño sin brazo. ¿(in)seguridad ciudadana o criminalización de la multitud?”, H. I. J. O. S., La Plata; *La criminalización de la protesta social*, 2ª ed., La Plata, H. I. J. O. S. (La Plata)/ediciones Grupo La Grieta, 2003, pp. 19-48; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de derecho penal: parte general* Buenos Aires, EDIAR, 1991; ———, *Derecho penal: parte general*, México, Porrúa, 2005; Sin duda, lo anterior es bastante evidente en algunas partes de la obra de Ferrajoli, para quien hay una íntima relación entre la identidad subjetiva a través de los derechos humanos, con la identidad social y con los sentimientos de solidaridad social, Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fonta Mara, 2004, pp. 157 y 158; ———, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 906 y 907. Lo mismo sucede con la visión de Zaffaroni, para quien el derecho, y el derecho penal como garantizador y protector de los bienes jurídicos relevantes, es el espacio necesario para la realización de los individuos a través de la coexistencia Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>11</sup> “Estudiar el cómo del poder, es decir, tratar de captar sus mecanismos entre dos referencias o dos límites: [...] las reglas del derecho que delimitan formalmente el poder y, por el otro, [...] los efectos de verdad que ese poder lleva y que, a su vez, lo prolongan, triángulo por lo tanto: poder, derecho, verdad [...]”, Michel

un individuo debe satisfacer para poder ser considerado como productor autorizado de enunciados válidos dentro de una formación discursiva específica.<sup>12</sup>

Específicamente, para nuestro trabajo, tomaremos como objeto de análisis la manera en que el discurso jurídico (la teoría y la filosofía del Derecho) ha construido la figura del sujeto del juez, principalmente el juez constitucional, configurándolo como el sujeto paradigmático de la racionalidad y la corrección del discurso del Derecho válido; considerando que esto, al contrario de lo que postula la teoría jurídica contemporánea, no ha sido el efecto de un progreso constante de la racionalidad y el humanismo jurídico, sino que ha sido producto de una creación de identidad a partir de la negación de las cualidades características de una subjetivación antagónica: la del individuo no jurista como individuo irracional y pasional que debe ser normalizado.<sup>13</sup> En esta concepción del juez se puede observar uno de los cambios más importantes entre la posición que este sujeto tenía en los autores reformistas, como Beccaria, a principios de la modernidad jurídica, quienes desconfiaban de los jueces letrados.<sup>14</sup>

Esta manera de generar al sujeto fundamental para la identificación del discurso del Derecho racional y válido, tiene como causa la división entre el sujeto funcionario (en este caso el juez) y el sujeto que no lo es, y tiene como uno de sus efectos la profundización de la brecha entre ambos y, por consiguiente, el ejercicio y justifica-

---

Foucault, *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, México, FCE, p. 34. “Decir que el problema de la soberanía es el problema central del derecho en las sociedades occidentales significa que el discurso y la técnica del derecho tuvieron la función de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de obediencia.”, *ib.*, pp. 35 y 36. “[...] no al rey en su posición central, sino a los súbditos en sus relaciones recíprocas, no a la soberanía en su edificio único, sino a los múltiples sometimientos que se producen y funcionan dentro del cuerpo social [...] el derecho y el campo jurídico son el vehículo permanente de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfas [...]”, *ib.*, p. 36. “En realidad, uno de los primeros efectos del poder es precisamente hacer que un cuerpo, unos gestos, unos discursos, unos deseos, se identifiquen y constituyan como individuo [...] el individuo no es quien está enfrente del poder; es, creo, uno de sus efectos primeros. El individuo es un efecto de poder y, al mismo tiempo, en la medida misma en que lo es, es su relevo: el poder transita por el individuo que ha construido.”, *ib.*, p. 38.

<sup>12</sup> Michel Foucault, *Arqueología...*, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

<sup>13</sup> Aquí podemos remitirnos a una mezcla entre las ideas de Foucault acerca del surgimiento de las ciencias del hombre: “[...] las ciencias humanas no se construyeron poco a poco gracias a un progreso de la racionalidad de las ciencias exactas. Creo que el progreso que hizo fundamentalmente posible el discurso de las ciencias humanas es la yuxtaposición, el enfrentamiento de dos mecanismos y dos tipos de discurso absolutamente heterogéneos: por un lado, la organización del derecho en torno de la soberanía y, por el otro, la mecánica de las coerciones ejercidas por las disciplinas [...]”, Michel Foucault, *Defender la...*, *op. cit.*, p. 45. Así como también a las ideas de Fitzpatrick acerca de la derivación de la identidad del derecho moderno a través de la negación de las identidades o prácticas consideradas no modernas, Peter Fitzpatrick, *Modernism and the grounds of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>14</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, *op. cit.* La idea central en cuanto a la concepción actual que la teoría jurídica tiene del juez es que se han invertido los papeles en la importancia del legislador y el juez en la legitimación del Derecho, pues, desde mi punto de vista, ésta se encuentra cada vez más en la racionalidad (cuyo portador paradigmático es el juez), que de la representación política (cuyo sujeto emblemático es el legislador), este cambio en la articulación del legislador, del juez y de la interpretación constitucional se puede observar con mucha claridad en otro texto de Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Miguel Carbonell, *op. cit.*

ción del poder a través de figuras epistemológicas, creadas por la teoría del Derecho, más que a través de la fuerza física.<sup>15</sup> De tal manera que la hegemonía del Derecho moderno capitalista, al menos a partir de la Segunda Guerra Mundial, transcurre más a través de la creación de cierta imagen dominante de las relaciones sociales y jurídicas “correctas”, “buenas”, “racionales” o “normales”, que a través de la simple represión: el Derecho contemporáneo no censura ningún discurso, en principio, solamente procede a controlar rigurosamente qué sujetos pueden producir cuáles enunciados, determinando la validez de las enunciaciones de los diferentes sujetos discursivos. A partir de este poder de distribución desigual se realiza la exclusión y censura de los discursos de los sujetos subalternos.

Dentro de los elementos metodológicos que nos podrían ayudar y facilitar este tipo de análisis podemos nombrar dos conceptos clave: la función hermenéutica del juez en la producción del discurso del Derecho válido y la conducta de relato a la que se deben someter los individuos no funcionarios para participar en la producción de dicho discurso.

El primer concepto lo tomo de Foucault, que consiste en una adaptación de su concepción de la función hermenéutica del analista en la producción del discurso verdadero acerca del sexo. En términos de la producción del discurso del Derecho podríamos hacer la siguiente analogía: el individuo recurre al juez constitucional para narrarle sus necesidades reales (por ejemplo, aquellas que la teoría jurídica tradicional coloca como los contenidos de los derechos sociales). Sin embargo, el discurso enunciado por dicho sujeto no tiene ninguna coherencia o racionalidad, en términos de lo que entiende la teoría jurídica tradicional como racionalidad jurídica; de tal manera que es la función del juez “traducir” dicho discurso a términos jurí-

<sup>15</sup> Esta manera de concebir el ejercicio del poder a través del derecho, por medio de la división entre sujeto especializado y sujeto no especializado nos permite remitirnos, tanto a las ideas de Deleuze acerca de la característica específica del ejercicio del poder en el capitalismo: las relaciones diferenciales entre un polo desterritorializado y territorializante, capaz de definir al campo y el valor al que se transformará el polo territorializable, así el poder en el capitalismo sería la posibilidad de determinar el valor de uno de los polos por parte del polo dominante (Gilles Deleuze, *Derrames. Entre el capitalismo y la esquizofrenia*), Buenos Aires, Editorial Cactus, 2006. Mientras que, por otro lado, también nos permite remitirnos a las ideas de Foucault acerca del poder en las sociedades normalizantes, el cual es ejercido mediante métodos y mecanismos más discretos. V. Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI, año 2001. “El verdadero objetivo de la reforma [...] no es fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios más equitativos, sino de establecer una “economía” del poder de castigar, asegurar una mejor distribución de ese poder [...] que esté mejor repartido en circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta el grado más fino del cuerpo social [...]. La reforma del derecho criminal debe ser leída como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar, según unas modalidades que lo vuelven más regular, más eficaz, más constante en sus efectos; en suma, que aumente efectos disminuyendo su costo económico [...] y su costo político [disociándolo de la arbitrariedad del poder monárquico]”, Michel Foucault, *Historia de la sexualidad - I. La voluntad de saber*, México, Siglo XXI, 1977, pp. 83-86. También no debe dejarse de lado la observación de Oscar Correas, quien afirma que la función ideológica de enmascaramiento y condición de aceptabilidad de la violencia que se realiza a través del uso de la norma de reconocimiento, además de la función estratégica (con vistas al ejercicio de la dominación) de la ficción del Estado y del discurso de los derecho humanos por parte de las clases dominantes. V. Óscar Correas, “Fetichismo, alienación y teoría del Estado”, *Revista Crítica Jurídica*, UNIBRASIL/UNAM, núm. 17, Curitiba y México, agosto 2000; y ———, *Teoría del derecho*, México, Fontamara, 2004.

dicos válidos, utilizando métodos interpretativos y herramientas argumentativas no disponibles para sujetos no especializados. A partir de lo cual transforma el discurso inicial en un discurso jurídico verdadero y válido.

De esta manera, el discurso inicial del individuo no especializado constituye un discurso desarticulado que contiene cierto grado de verdad, pero de manera tan oscura que ésta realmente es sacada en todo su esplendor por el trabajo hermenéutico del juez. De manera que es el juez el poseedor y el productor del discurso del Derecho válido y verdadero, mientras que el sujeto no especializado constituye solamente un objeto de tal discurso, y no su productor. De esta manera es la determinación de quién es el sujeto especializado, así como de las técnicas argumentativas a las que sólo éste tiene acceso, lo que hace posible producir el discurso del derecho válido: una completa asimetría en la producción de la verdad característica del discurso moderno.<sup>16</sup>

La aplicación del concepto de conducta de relato de Deleuze es un tanto más compleja, pues nos remite a algunos otros conceptos del mismo autor que, al menos en mi opinión, se encuentran muy relacionados entre sí. Por un lado, el concepto de conducta de relato, en el caso de la producción del discurso del Derecho, lo utilizaré en el sentido de que los individuos no funcionarios que recurren a la justicia constitucional para la satisfacción de sus necesidades reales, al hacerlo, deben construir su discurso en términos que resulten aceptables para el juez. De tal forma que los sujetos no funcionarios estructuran su discurso en términos de los parámetros y reglas establecidos por el Derecho contemporáneo. Lo anterior, lo busco relacionar con, al menos, dos conceptos más de Deleuze: la reducción edípica y la determinación del verdadero sujeto de la enunciación.<sup>17</sup>

En cuanto a la reducción edípica, podemos decir que la adopción misma de la conducta de relato lleva implícita una especie de reducción estatal de la expresión jurídica de las necesidades reales.<sup>18</sup> Por un lado, precisamente porque, desde la perspectiva de la teoría jurídica dominante, uno de los fundamentos del Derecho mo-

---

<sup>16</sup> Hago referencia aquí a lo que Foucault señala en cuanto a la función hermenéutica del analista y su posición en la extracción de un discurso verdadero de las palabras del sujeto analizado (es decir, el sujeto que acude al análisis no es un sujeto productor de un discurso verdadero, sino que la verdad de su discurso es producida por la interpretación del analista). V. Michel, Foucault, *Historia de la..., op. cit.*

<sup>17</sup> Deleuze plantea el concepto de conducta de relato haciendo referencia a la manera en que los niños estructuran su memoria de la infancia, construyendo un discurso que toma como referencia lo que es aceptable para los intérpretes especializados, en este caso, los padres. De tal manera que son, en el fondo, los padres quienes estructuran la memoria infantil de los niños, Gilles Deleuze, *op. cit.*

<sup>18</sup> En cuanto el deseo como falta y el goce imposible pueden ser relacionados con la manera en que la ciencia jurídica crea la concepción de las necesidades y su satisfacción imposible a través de los derechos sociales, parece apropiado transcribir la siguiente cita, teniendo en cuenta que, en cuanto a nuestro trabajo, no se trata de una reducción edípica del deseo, sino de una reducción estatal de las necesidades reales: "La operación de Edipo [...] es siempre una operación de reducción [...] se trata de reducir un conjunto de partida a un conjunto de llegada. El conjunto de partida es el campo social investido por la libido, que es [...] transinfinito. El conjunto de llegada es [...] finito, el conjunto familiar. Se produce la operación de doblamiento, el deseo es capturado [...]. El papel del psicoanálisis es [...] apoyar este doblamiento que ciertamente no ha inventado, pero para el cual ha encontrado nuevos medios. Esta reducción es como una

derno es precisamente la monopolización por parte del Estado de la producción del discurso de Derecho válido, de tal manera que toda satisfacción de las necesidades reales a través del Derecho tiene que pasar por su producción estatal. La consecuencia de lo anterior es que toda expresión jurídica, al menos toda aquella que pueda ser considerada como jurídicamente válida, debe proceder o ser conforme con el discurso del Derecho producido por el Estado, más específicamente, aquel producido por los individuos que han logrado que su actuación sea vista como aquella proveniente de funcionarios del Estado. Uno de los efectos de esta reducción estatal de la expresión jurídica de las necesidades reales consiste en la negación del pluralismo jurídico y, en buena parte, la caracterización como “no racional” de las prácticas normativas alternativas sobre las cuales se sustenta el argumento del pluralismo.

También, en cuanto a la determinación del verdadero sujeto de la enunciación, se puede decir que es un concepto relacionado con lo que ya se dijo acerca de la función hermenéutica del juez en la producción del discurso del Derecho válido. En primer término, tenemos la idea de la fractura del sujeto, según la cual se divide al individuo en dos sujetos: el sujeto del enunciado (el sujeto que obedece) y el sujeto de la enunciación (el sujeto que manda).<sup>19</sup> Esta fractura del sujeto permite una identificación diferenciada de los sujetos, por un lado, el sujeto del enunciado será identificable con el individuo que produce el enunciado (el individuo sometido al sistema jurídico); por el otro, el sujeto de la enunciación se haría corresponder con el sujeto trascendente que se encuentra en la base de todos los enfoques teóricos y filosóficos tradicionales del Derecho, sería algo así como el sujeto ideal de la dignidad humana, el sujeto trascendental de los derechos humanos.<sup>20</sup>

El problema principal y el espacio en el cual se presenta el ejercicio del poder y la marginación del individuo se encuentra en la manera en que el sujeto de la enunciación es construido a través de los procesos jurídicamente regimentados: es el juez constitucional quien, a través de una interpretación especializada de los textos jurídicos, establece para cada caso concreto lo que deberá entenderse por derechos

---

carrera hacia la muerte. El conjunto familiar de llegada sobre el que todo se dobla es un conjunto finito. Se estrechará más y más hasta que el deseo sea completamente estrangulado y ya sólo sea deseo de hacer psicoanalizar”, Gilles Deleuze, *op. cit.*, p. 57.

<sup>19</sup> “La forma o lógica de los enunciados individuales ha sido fijada fundamentalmente por el cogito, que comprende la producción de enunciados a partir del sujeto [...]. Todo enunciado remite a un sujeto, y se para, corta al sujeto que lo produce [...] en sujeto de enunciación y sujeto del enunciado [...]. El dualismo siempre va a negar que la esencia del pensamiento, el hecho de que el pensamiento es un proceso [...] la fuente del dualismo [...] reducción [...] a través de este aparato edípico”, Gilles Deleuze, *op. cit.*, pp. 181-183).

<sup>20</sup> “[...] la fractura del sujeto consiste siempre en decir ‘¡Eres tú quien manda!’ Por esto debe entenderse que accederán al mundo en la medida en que se sometan a un orden del cual no son el sujeto sin ser también el legislador. Es el famoso orden de la democracia: es en tanto sujeto que usted es legislador [...] Kant (el heredero de Descartes desde el punto de vista del cogito) [...] [presentó] la sumisión a la razón como el modo en que devenimos legisladores [...] [que] remite siempre a la división del sujeto en sujeto del enunciado y sujeto de la enunciación: ‘Obedecerás como sujeto del enunciado, porque eres tú quien manda como sujeto de la enunciación’. Se nos convida en fin a aprehender esta gran identidad fracturada [...] del legislador y el sujeto”, Gilles Deleuze, *op. cit.*, p. 189.

humanos y por dignidad humana;<sup>21</sup> es el sujeto especializado quien determina qué debe entenderse por sujeto de la enunciación: las identidades no se determinan en un espacio libre de poder, sino que, por el contrario, solamente pueden ser establecidas después y como efecto del poder ejercido a través del discurso jurídico y del discurso del Derecho. Por otro lado, esta manera de determinar el verdadero sujeto de la enunciación constituye un caso de lo que tiene de específico, por lo menos para Deleuze, el ejercicio del poder en el capitalismo: las relaciones diferenciales entre un polo desterritorializado y territorializante —el texto constitucional que se refiere a los derechos humanos y su interpretación auténtica por parte de los jueces constitucionales— y un polo territorializable —el discurso del individuo no especializado—. Así, el ejercicio del poder consiste en la determinación del valor del polo territorializable a través del polo desterritorializado y territorializante.<sup>22</sup>

A partir de lo anterior es posible entender que una de las hipótesis iniciales de la investigación consista en que la actual forma de legitimación del discurso del Derecho y de la racionalidad jurídica no es un avance en el goce real y libre del poder de los derechos humanos y, tampoco es una identidad de los individuos construida desde un espacio ajeno a la influencia del poder. Sino que, por el contrario, es precisamente a través de una rigurosa división y determinación de la capacidad de los distintos sujetos de producir un discurso válido, la base a partir de la cual la racionalidad del Derecho y la legitimación del discurso del Derecho se afirman, es decir, es la marginación de los individuos en la producción del discurso del Derecho válido lo que determina su racionalidad.<sup>23</sup> Lo anterior, de confirmarse, nos llevaría a afirmar que el principio de autoridad no se encuentra ausente en el Derecho contemporáneo,

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, a través de la existencia de las escalas axiológicas movibles y la técnica de la ponderación, mediante las cuales es el juez que conoce el caso concreto quien determina qué peso darle a cada uno de los principios constitucionales y, por tanto, es el juez quien determina los contenidos reales de los derechos humanos en cada caso concreto. Paolo Comanducci, “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, Núm. 21, Universidad de Alicante, Alicante, 1998, pp. 97-99.

<sup>22</sup> “Lo que define a un campo social [...] no son en absoluto cantidades desiguales, que encontrarían en una relación de intercambio, sino cantidades de potencias diferentes [...]. Lo que funciona en una formación económica son las potencias diferentes de las cantidades, es decir, los flujos que atraviesan el campo social. No son cantidades de igual potencia, y por lo tanto, el aparato pseudomatemático que puede dar cuenta de esto, no es, evidentemente, el aritmético, sino el cálculo diferencial”, Gilles Deleuze, *op. cit.*, p. 239. “[...]. Si hay un problema del poder, un problema que no deba estar subordinado a la economía, ni ser planteado de una manera simplemente ideológica, precisamente resulta de esto: el poder consiste en el primado que el flujo de potencia superior tiene sobre los flujos de potencia inferior”, *ib.*, p. 262. Por consiguiente, yo no diría solamente que en todo campo económico hay relación diferencial entre dos cantidades de potencias diferentes. Sería necesario agregar que entre estas cantidades hay una relación tal que una estará dotada de una movilidad fundamental que podríamos llamar por comodidad nomadismo —en el sentido más amplio— y la otra, cantidad impotenciada, cantidad de potencia inferior, no recibirá más movilidad que la que exija la cantidad de potencia superior, que la codificará, la cuadrificará, le impulsará a moverse si es necesario, según sus exigencias”, *ib.*, p. 263.

<sup>23</sup> Parece indudable que, de acuerdo con la teoría jurídica dominante, la racionalidad jurídica se encuentra indisolublemente ligada no solamente al Estado, sino que, más particularmente, al espacio jurisdiccional, es gracias a éste que se puede predicar la racionalidad jurídica. Además, el espacio jurisdiccional se encuentra dominado por la figura del juez. V. Luigi Ferrajoli, “Pasado y...”, *op. cit.*, en Miguel Carbonell, *op. cit.*

principalmente en el producido a través de procedimientos jurisdiccionales, sino que es precisamente el principio de autoridad el que permite la constitución de ese Derecho contemporáneo, si bien a través de mecanismos distintos.<sup>24</sup>

## II. La violencia estructural

Como se ha dicho arriba, una de las principales formas de legitimación del Derecho contemporáneo se encuentra en la garantía jurisdiccional de los derechos humanos. En primer lugar, esta forma de legitimación presupone que los derechos humanos son algo preexistente a la aplicación y creación del Derecho, de tal manera que éstos son considerados como la significación del concepto de dignidad humana<sup>25</sup> y, por tanto, como una de las condiciones para que los individuos puedan adquirir la identidad de ciudadano.<sup>26</sup>

Ahora bien, esta manera de concebir los derechos humanos implica dos cosas importantes en cuanto a los procesos de marginación y el ejercicio de la violencia a través del derecho. En un primer lugar, el que los derechos humanos sean considerados como condiciones extrajurídicas (como parte de una moralidad universal

---

<sup>24</sup> Por ejemplo, Bourdieu habla del estado como un metacapital que tiene el poder de determinar el valor de los capitales provenientes de otros campos sociales, dicha consideración será valiosa en el análisis de la tercera parte del trabajo. Léase la siguiente cita a Bourdieu: “El Estado es el resultado de un proceso de concentración de diferentes tipos de capital, capital de fuerza física o de instrumentos de coerción [...] capital económico, capital cultural o, mejor dicho, informacional, capital simbólico, concentración que, en tanto que tal, convierte al Estado en poseedor de una especie de metacapital, otorgando poder sobre las demás clases de capital y sobre sus poseedores. La concentración de diferentes especies de capital [...] conduce en efecto a la emergencia de un capital específico, propiamente estatal, que permite al Estado ejercer poder sobre los diferentes campos y sobre los diferentes tipos particulares de capital [...] de lo que resulta que la elaboración del estado va pareja con la elaboración del campo de poder [...]”, Mariano Cardelli, “Del discurso de la seguridad nacional al discurso de la seguridad ciudadana. Un análisis de los discursos legitimadores del funcionamiento del campo jurídico penal en Argentina”, H.I.J.O.S., La Plata. *La criminalización de la protesta social*, 2ª ed., La Plata, H.I.J.O.S., (La Plata)/Ediciones Grupo La Grieta, 2003, p. 146.

<sup>25</sup> Máximo Pacheco, “Los derechos fundamentales de la persona”. En VVAA. *Estudios básicos de derechos humanos*. T. II. San José, Costa Rica, IIDH, 1995; Pedro Nikken, “El concepto de derechos humanos”. En VVAA. *Estudios básicos de derechos humanos*. T. I. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994; Giancarlo Rolla, *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia social*, México, UNAM III, 2002; Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004; Manuel Aragón, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM-III, 2002; ———, “La constitución como paradigma”. En Miguel Carbonell (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 3ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2005; Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed. Madrid, Civitas Editores, 2001; Cecilia Mora-Donatto, *El valor de la constitución normativa*, México, UNAM-III, 2002.

<sup>26</sup> Para Ferrajoli los derechos de libertad constituyen condiciones necesarias para la formación de identidades político-jurídicas en un espacio libre de poder (no así los derechos sociales). De tal manera que el derecho contemporáneo, a través de los derechos de libertad, constituiría una condición indispensable para cualquier forma de identificación deseable: el individuo debe encontrar su identidad dentro del derecho moderno o no tener una identidad del todo, Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, *op. cit.* Para Zaffaroni,

e inherente a la naturaleza humana)<sup>27</sup> implica la deshistorización del concepto de derechos humanos y, por consiguiente, el oscurecimiento del hecho de que la identificación o inscripción político-jurídica de los individuos en una esfera política de igualdad —como lo pretende la teoría jurídica dominante—, no es el resultado de un progreso natural de la razón humana, tampoco puede ser algo atribuido a un ser trascendente, como Dios o el Hombre, sino que, por el contrario, es producto de formas hegemónicas de identificación, de conocimiento y de subjetivación.<sup>28</sup> Por tanto, con esta concepción de los derechos humanos se intenta, y por grandes tramos se logra, oscurecer los mecanismos de poder cuyo funcionamiento ha sido esencial para el establecimiento, desde el sistema-mundo capitalista, de una dignidad humana y una razón práctica concordantes con los derechos humanos.

La legitimación de los sistemas de Derecho contemporáneos a través de la garantía jurisdiccional de los derechos humanos,<sup>29</sup> no solamente implica colocar toda su justificación en un sujeto trascendente, negando la historicidad y la politicidad su concepto, sino que también, la ahistorización de los lugares y sujetos discursivos encargados de significar, de concretar y de realizar los contenidos de este concepto de dignidad humana y de los derechos humanos: los jueces constitucionales. Sin

---

solamente a través del derecho es posible la seguridad jurídica necesaria de los bienes indispensables para la co-existencia entre varios “yo” distintos, recordando que no es posible un yo sin un tú, es decir, no es posible la identificación individual sino dentro de una co-existencia. De tal forma que el derecho, al asegurar el derecho a la co-existencia, asegura, al mismo tiempo la posibilidad de la existencia del yo: de nueva cuenta, solamente a través del derecho es posible la obtención de la identidad, Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de...*, *op. cit.*

<sup>27</sup> “[...] un concepto sustancial de derecho constitucional debe incluir criterios que están por encima y que van más allá del hecho de que un derecho sea mencionado, recogido o garantizado en la constitución”, Robert Alexy, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, Trad., Pablo Larrañaga, en Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales* (Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2008), Fontamara, México, 2007. p. 49; “Sobre la base de esta definición, el problema de cómo sustanciar los derechos humanos puede formularse en términos de cómo pueden sustanciarse las normas o las reglas morales que conceden esos derechos prioritarios, universales, fundamentales y abstractos. Esto muestra que el problema de la sustanciación o justificación de normas morales [...] la asunción general de la posibilidad de una justificación puede también incluir uno o más elementos escépticos, pero insiste en la posibilidad de aportar razones a favor de derechos humanos con pretensiones de objetividad, corrección o verdad”, *ib.*, p. 53.

<sup>28</sup> V. Michel Foucault, *Vigilar y...*, *op. cit.*, pp. 36, 134-220: “No se debería decir que el alma es una ilusión o un efecto ideológico. Pero sí que existe, que tiene una realidad, que está producida en torno, en la superficie y en el interior del cuerpo por el funcionamiento de un poder que se ejerce sobre aquellos a quienes se castiga, de manera más general, sobre aquellos a quienes se vigila, se educa y se corrige [...] sobre aquellos a quienes se sujeta a un aparato de producción y se controla a lo largo de toda su existencia [...] Esta alma real e incorpórea no es en absoluto sustancia, es el elemento en el que se articulan los efectos de un determinado tipo de poder y la referencia de un saber, el engranaje por el cual las relaciones de poder dan lugar a un saber posible, y el saber se prolonga y refuerza los efectos del poder [...] sobre ella se han edificado técnicas y discursos científicos; a partir de ella, se ha dado validez a las reivindicaciones morales del humanismo”, *ib.*, p. 36.

<sup>29</sup> V. Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, Trad. y estudio Alfredo Gallego Anabitarte, 2<sup>o</sup> ed. Barcelona, Ariel, 1976; Manuel Aragón, “La constitución...”, *op. cit.*; Gustavo Zagrebelsky, “La Constitución y sus normas”, En *Teoría de la Constitución. Ensayos...*, de Miguel Carbonell, *op. cit.*; y Francisco Balaguer Callejón, “Constitución y ordenamiento jurídico”, *id.*, 2005.

duda, la concepción del espacio jurisdiccional como un espacio de contrapoder,<sup>30</sup> de corrección,<sup>31</sup> como un espacio predominante cognoscitivo —cuyo carácter cognoscitivo disminuiría el ejercicio del poder, en una visión invertida del saber-poder foucaultiano—,<sup>32</sup> lleva a la teoría jurídica tradicional a afirmar que el control jurídico —propriadamente el jurisdiccional— es un control racional, objetivo y objetivado.<sup>33</sup> Con lo anterior, lo que intenta la teoría tradicional es excluir al discurso de los derechos humanos de la lucha política, intenta colocarlo —y con él, colocar también al discurso jurisdiccional— en un plano de verdad y de corrección moral, en un plano en el cual, sería posible, a través de ambos discursos, develar una naturaleza y una verdad moral humana.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, *op. cit.*

<sup>31</sup> Robert Alexy, “Justicia como corrección”, trad. Ana Inés Haquín, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 26, Universidad de Alicante, 2003.

<sup>32</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, *op. cit.*

<sup>33</sup> “Pero en el control jurídico, precisamente por ser control objetivado, la limitación no resulta, como en el control político, de un choque de voluntades, sino de una norma abstracta, y el órgano de control no es un órgano limitante, sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado...”, Manuel Aragón, *Constitución, democracia...*, *op. cit.*, p. 132. “La primera diferencia, antes ya apuntada, consiste en el carácter ‘objetivado’ del control jurídico, frente al carácter ‘subjetivo’ del control político. Ese carácter objetivado significa que el parámetro o canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico. En cambio, el carácter ‘subjetivo’ del control político significa todo lo contrario: que no existe canon fijo y determinado de valoración, ya que ésta descansa en la libre apreciación por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible. La segunda diferencia, consecuencia de la anterior, es que el juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado, en el primer caso, en razones jurídicas (sometidas a reglas de verificación) y, en el segundo, en razones políticas (de oportunidad)”, *ib.*, p. 136. “La última diferencia relevante que queda por destacar es la que se refiere al carácter de los órganos que ejercen uno u otro tipo de control. El control jurídico es realizado por órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender cuestiones de derecho: en esencia, los órganos judiciales; mientras que el control político está a cargo precisamente de sujetos u órganos políticos.”, *ib.*, p. 137. “Interpretar es ‘concretizar’, para lo que es preciso ‘comprender’ (Hesse), es decir, comprender la norma dentro de un sistema no sólo normativo, sino también en categorías teóricas que le dan significado, que le prestan coherencia. No es posible concretizar, no es posible interpretar la norma constitucional (norma abierta, en muchas ocasiones, y que expresa también en otras, valores sustantivos) sin una previa teoría de la Constitución (Hesse, Dworkin). El intérprete, necesariamente, ha de contar con un bagaje teórico que le facilite la tarea de extraer del precepto jurídico su significado ‘constitucionalmente adecuado’ o de convertir en principios jurídicos los valores enunciados por la norma o de establecer las conexiones pertinentes entre unos y otros principios que concurren en el caso concreto de aplicación. Y esa teoría de la Constitución, tan relevante para la interpretación, no puede ser otra que la que descansa en un concepto de Constitución auténtica, esto es, de Constitución democrática, concepto que no puede ser invalidado por el fácil expediente de tacharlo como ‘político’. En el marco de esta teoría encuentra su ‘objetivación’ la tarea interpretadora, justamente porque ahí se encuentran las categorías ‘contrastables’ para su ejercicio y los límites jurídicos que impiden la libertad política de ‘valoración’, *ib.*, pp. 163 y 164.

<sup>34</sup> “[...] si hay algo que pueda establecer la universalidad de los derechos humanos, es el razonamiento que los sustenta [...] la teoría del discurso se centra en la noción de razonamiento [...] [por tanto] puede contribuir a la fundamentación de los derechos humanos. La aproximación teórico-discursiva puede catalogarse como ‘explicativa’, ya que trata de fundamentar los derechos humanos haciendo explícito lo que está necesariamente implícito en la práctica humana. Explicitar lo que necesariamente está implícito en una práctica supone seguir la línea de la filosofía trascendental de Kant”, Robert Alexy, *op. cit.*, *Teoría del discurso...* 2007, p. 57. “[...] el grado de discursividad depende de las decisiones relativas a la aceptación de nuestra naturaleza discursiva [...] la aceptación de nosotros mismos”, *ib.*, p. 59.

En estas condiciones, la tarea de un análisis crítico, como el que se propone en este ensayo, consistiría, en un primer término, en describir y explicar la manera en que a través del discurso jurídico se construye un espacio discursivo asimétrico y marginalizante, a través de cuyo desplazamiento se ejerce un poder más discreto, pero también más efectivo y más continuo, el cual permite la subjetivación y la dominación de los individuos. La tarea sería observar el discurso jurisdiccional sobre los derechos humanos desde la perspectiva de los mecanismos de poder, que conforma a los sujetos que pueden participar en dicho discurso, estableciendo a la vez el valor —siempre asimétrico— que tendrán los enunciados producidos, valoración, la mayoría de las veces, ligada a la calidad y la jerarquía del sujeto productor del enunciado y las técnicas de interpretación que el discurso jurídico pone a su disposición.

El objetivo sería ver la argumentación jurídica no como el espacio en el cual se califican los diferentes argumentos con base a parámetros objetivos fundados en la naturaleza humana y en la verdad, sino como un espacio en el cual se desplazan mecanismos de poder y de normalización fundados en formas de subjetivación y en principios de autoridad y de jerarquización fuertemente arraigados. Un ejemplo claro de esta forma de dominación y ejercicio del poder lo podemos observar en la manera en que la teoría jurídica tradicional trata el tema del pluralismo jurídico, intentando reconducir las prácticas normativas alternativas a esquemas ya establecidos por el discurso jurídico y el discurso del Derecho contemporáneos.<sup>35</sup> El efecto de la inclusión de las prácticas normativas alternativas dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos estatales es, precisamente, la negación de las diferencias y la normalización de los esquemas epistemológicos en que dichas prácticas se encuentran ancladas.<sup>36</sup> De tal manera, que el concepto moderno de ciudadanía no sería visto como un espacio de igualdad y de formación de identidades fuera del ejercicio del poder, sino, precisamente, como el ejercicio de los mecanismos de poder característicos de la dominación moderna a través del derecho.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Por ejemplo, Julio Seoane Pinilla, “Comunitarismo, multiculturalismo. Un comentario” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. U de A. No. 20. Alicante, 1997; y José Antonio Aguilar Rivera, “El sonido y la furia: Crítica de la persuasión multicultural”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM/Fontamara, No. 12, abril, 2000.

<sup>36</sup> Remarquemos lo que afirma Óscar Correas, para quien las diferencias entre los sistemas jurídicos modernos o capitalistas y los sistemas jurídicos indígenas debe buscarse primero en la diferencia entre ambas sociedades. En todo caso, deben buscar las diferencias, también, en la manera en que ambas sociedades estructuran el concepto de individuo, Óscar Correas, *Derecho indígena mexicano*, Vol. I. México, UNAM-CIICH/CONACYT/Ediciones Coyoacán, 2007. En cambio, para la teoría tradicional y dominante, el individuo solamente es posible partiendo de la concepción del sujeto moral autónomo, por lo cual cualquier otra forma de estructurar al individuo (por ejemplo, en las comunidades indígenas) será considerada no como diferente, sino como inferior, antidemocrática y atrasada, Paolo Comanducci, “Derechos humanos y minorías: Un acercamiento analítico neoilustrado”. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. ITAM/Fontamara. No. 5. México, octubre 1995.

<sup>37</sup> El uso, aunque con algunas diferencias, del caso límite como portador, por decirlo de alguna manera, de la dinámica del derecho moderno, lo he tomado de Giorgio Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Trad. y notas Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia [España], Pre-Textos, 2006. También me parece apropiado transcribir la siguiente definición del concepto de hegemonía de R. Williams, citado en Mariano Cardelli, “Del discurso de la seguridad nacional al discurso de la seguridad ciudadana, *op.*

Otro ejemplo de este ejercicio de mecanismos de poder discretos pero más continuos puede ser observado en el fenómeno de la criminalización de la protesta social, en cuyas instancias se pone de manifiesto cómo los jueces, gracias a la legitimación basada en la verdad de su discurso, pueden validar, en un plano de verdad procesal, actuaciones de las corporaciones policiales, transfiriendo, por consiguiente, la calidad de sujeto productor de la verdad del juez al policía. Lo interesante del fenómeno de la criminalización de la protesta social no es el explicarla como simples casos de mala argumentación judicial y como graves desvíos de la lógica del derecho contemporáneo —igualitaria y garantista—, sino como un caso límite del funcionamiento del derecho contemporáneo, posible, precisamente, porque sigue su misma dinámica: producción del discurso de derecho válido y verdadero de acuerdo con esquemas asimétricos fundados en la distinción entre el sujeto especializado (el funcionario, sea el juez o el policía) y un sujeto no especializado (el no funcionario). Precisamente, es esta asimetría en la producción de verdad la que caracteriza al derecho contemporáneo y la que permite el fenómeno de la criminalización de la protesta social.

Para concluir esta sección, propongo —tomando prestado un término que Baratta tomó a su vez de Galtung—<sup>38</sup> denominar como violencia estructural a estas formas de ejercer el poder y la violencia a través de un discurso jurídico y del Derecho supuestamente igualitario;<sup>39</sup> otro término que puede servir para caracterizar estas circunstancias sería el de “dar muerte” propuesto por Foucault.<sup>40</sup> Lo más importante es resaltar dos cosas: que el Derecho contemporáneo, lejos de ser igualitario, es marginalizante y que estas técnicas de marginación constituyen también formas de violencia; formas de violencia que no solamente no son opuestas a la coacción física estatal, sino que, por el contrario, son su fundamento, pues permiten la distinción entre lo que es normal y lo que debe ser normalizado y forzosamente incluido.<sup>41</sup>

---

*cit.*, pp. 133 y 134. “La hegemonía constituye un proceso productivo de imágenes y de formas de ver el mundo que se producen y reproducen en las prácticas cotidianas de los actores. La misma es expresión de una determinada correlación de fuerza [...] existentes en cada uno de los campos de la realidad social y de determinadas condiciones materiales de su producción”. Además es importante no olvidar el uso que del concepto de hegemonía hace Óscar Correas, *Teoría del...*, *op. cit.*, cuando habla del uso ideológico de la norma fundante, el cual posibilita la formación de una conciencia del dominado.

<sup>38</sup> Alessandro Baratta, *Criminalología y...*, *op. cit.*

<sup>39</sup> Ambos usaron el concepto de violencia estructural para denominar la injusticia social (negación de la satisfacción posible de necesidades materiales) a través del funcionamiento asimétrico del estado. En cuanto concepto amplio de la violencia, la violencia estructural constituye el contexto general, en el que, directa o indirectamente, tienen su fuente la mayoría de las demás formas de violencia, Alessandro Baratta, *Criminalología y...*, *op. cit.*

<sup>40</sup> “Desde luego, cuando hablo de dar muerte no me refiero simplemente al asesinato directo, sino también a todo lo que puede ser asesinato indirecto: el hecho de exponer a la muerte, multiplicar el riesgo de muerte de algunos o, sencillamente, la muerte política, la expulsión, el rechazo [...]”. V. Michel Foucault, *Defender la...*, *op. cit.*, p. 231.

<sup>41</sup> Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 2005.

### III. Derecho, moral y ciencia

En este apartado apuntaré algunos temas introductorios para el análisis de dos puntos esenciales para la legitimación del derecho contemporáneo: el primero, su relación con el discurso moral ideal, y con ello con un origen extrajurídico y universal de los contenidos del Derecho; y, el segundo, su relación con la ciencia jurídica y, por consiguiente, con un plano de verdad en la producción del derecho.<sup>42</sup> Creo que el análisis crítico de la manera en que los fundamentos del derecho contemporáneo son establecidos por la teoría jurídica contemporánea constituye un punto de partida básico para cualquier enfoque crítico del derecho contemporáneo.

En cuanto a la relación entre derecho y moral, tal cual ésta es establecida a través de la teoría jurídica contemporánea, podemos decir que en un primer momento se coloca al discurso moral ideal como el fundamento último de los contenidos del Derecho; considerando a dicho discurso como inherente a la naturaleza humana y, por tanto, colocándolo fuera de los mecanismos de poder.<sup>43</sup> De tal manera que, en una primera instancia, el derecho estaría, por decirlo de alguna manera tal vez un poco tosca, subordinado al discurso moral ideal.

Sin embargo, en un segundo momento, cuando se intenta justificar la función del derecho en la realización de este discurso moral ideal, la teoría jurídica tradicional procede a una especie de inversión en la relación entre el discurso del Derecho y el discurso moral ideal. De acuerdo con lo anterior, con base en una concepción de analogía entre la moral procedimental del discurso ideal y los procedimientos jurídicamente regimentados del derecho creado jurisdiccionalmente, se coloca al discurso del Derecho como un medio necesario, y el mejor posible hasta ahora, para la realización, en cualquier grado, del discurso moral ideal.<sup>44</sup>

Por un lado, con esta inversión se logra caracterizar y colocar a los procedimientos judiciales y a la argumentación judicial en un plano de descubrimiento, y no de determinación, de los contenidos que sería posible derivar de las reglas del discurso moral, las cuales se considera como íntimamente identificadas con ciertos rasgos que la teoría jurídica dominante predica de los procedimientos jurídicamente regimentados. De tal manera que dichos procedimientos compartirían con aquellos del discurso moral ideal las características de desarrollarse en un plano de igualdad y de racionalidad.<sup>45</sup>

Precisamente a partir de esta concepción de los procedimientos jurídicamente regimentados, es posible para la teoría jurídica contemporáneo acordar un valor

---

<sup>42</sup> Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...* op. cit., 2008.

<sup>43</sup> Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales...* op. cit., 2007.

<sup>44</sup> *Idem*; Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, U de A., Núm. 24, Alicante, 2001.

<sup>45</sup> Robert Alexy, *Teoría de la...* op. cit., 2008; y Juan José Moreso, "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, U de A., No. 23, Alicante, 2000.

moral positivo al carácter institucional del Derecho, es decir, su carácter coactivo. Es precisamente este carácter coactivo y vinculante del discurso del Derecho y sus reglas procedimentales de lo cual se hace derivar la necesidad de este discurso en la realización del discurso moral ideal. De tal manera que, después de la inversión que se menciona, el discurso del Derecho, más precisamente su carácter institucional y vinculante, adquieren un valor moral positivo, desde el cual cualquier crítica que se realice sobre él tendrá que consistir solamente en una crítica de los contenidos del Derecho y no una crítica de la manera en que a través de la propia estructura institucional del Derecho se ejerce la violencia y la marginación.<sup>46</sup>

Lo que intentaré en posteriores trabajos será analizar la manera en que la teoría jurídica establece las relaciones entre el Derecho y la Moral, relación que no se debe concebir como algo establecido fuera de la teoría jurídica, sino como algo que se establece precisamente por ésta, con lo cual se estaría diciendo que es el discurso jurídico el que establece las características del discurso moral ideal y a partir de ahí establecerá una relación con el discurso del Derecho. De tal forma que ni el discurso moral ideal, ni el discurso del Derecho, encontrarían su origen en una moral humana natural que se forma antes y fuera del Derecho, sino que, por el contrario, los contenidos de ésta y los lugares en que se produce son aquellos mismos espacios discursivos asimétricos conformados a través del discurso jurídico.

Además, uno de los puntos fundamentales para proceder a una crítica como la que se propone de la relación entre el Derecho y el discurso moral ideal, tendría que centrarse en la figura de los derechos de libertad y del sujeto moral autónomo, ambos, pilares en el establecimiento de las características del discurso del Derecho y del discurso moral ideal y sus relaciones recíprocas.<sup>47</sup> Lo que se afirmaría son dos cosas: la primera, ni los derechos de libertad, ni el sujeto autónomo moral existen fuera del espacio del discurso del derecho moderno, por el contrario, para que ambos puedan aparecer, tienen que hacerlo a través de las reglas que identifican al Derecho como una formación discursiva. Por otro lado, lo que ocurre a través del desplazamiento de ambas figuras no es el progreso de la especie humana hacia un espacio cada vez más libre del poder y de la opresión, sino, muy al contrario, el ocultamiento

---

<sup>46</sup> “[...] el discurso moral ordinario está abierto a todas las razones relevantes, no está sujeto a plazos y la solución de las controversias no depende en él de órgano autoritativo alguno, sino del consenso unánime [...] siempre revisable [...] precisamente por estas características [...] es necesariamente deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos. Podríamos decir que el carácter institucional del discurso jurídico —en el sentido de “regimentado”— es condición necesaria de la superación de los déficits operativos del discurso moral”, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “La dimensión institucional del derecho...”, *op. cit.*, 2001, p. 129. “[...] si consideramos que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su ‘maquinaria’ es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cuidado de la eficiencia de su maquinaria [...] aún si tales cuidados implican exigencias que traen consigo una tensión con las exigencias sustantivas que el propio Derecho contiene”, *ib.*, pp. 129 y 130.

<sup>47</sup> Por ejemplo, para Ferrajoli los derechos de libertad son fundamentales para la formación de cualquier identidad del sujeto, no así los derechos sociales, negándose, en buena medida, la existencia de sujetos colectivos Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, *op. cit.*

de las formas de subjetivación y sujeción que se transmiten a través del Derecho, sobre todo, la manera asimétrica de participación de los diferentes sujetos en la determinación del discurso del Derecho válido. Así, una de las tareas sería mostrar la manera en que a través del discurso jurídico contemporáneo se oscurece el ejercicio del poder y de la violencia a través del discurso del Derecho, lo que dificulta la crítica al Derecho contemporáneo y facilita el desenvolvimiento de mecanismos de inclusión forzada de prácticas normativas alternas.

El otro sector fundamental para posteriores análisis críticos del Derecho contemporáneo sería la relación entre la producción del Derecho y la ciencia jurídica. Esta nueva relación, en la cual la ciencia jurídica presupone la moralidad del Derecho moderno, adoptando un papel prescriptivo y no solamente descriptivo de los sistemas jurídicos. Con lo cual termina presuponiendo y validando los fundamentos últimos del derecho moderno, por ejemplo, de la Constitución y su interpretación auténtica en torno a los derechos humanos constitucionalizados.<sup>48</sup>

Por un lado, se diferencian las características de las instancias de producción de normas jurídicas válidas, distinguiendo la instancia judicial, caracterizada como una instancia donde la argumentación jurídica se desarrolla en condiciones tendentes a la igualdad y la imparcialidad. Razón por la cual el espacio judicial es considerado como ajeno al poder y colocado en el plano de la verdad y el conocimiento. Lo anterior tiene como una de sus consecuencias el que otras instancias de producción normativa, como por ejemplo la instancia legislativa, sean concebidas como instancias en las cuales se decide con base en intereses políticos y de oportunidad, y no basadas en razones jurídicas y objetivas.<sup>49</sup>

Esta caracterización de las instancias de producción de normas jurídicas tiene dos efectos importantes: por un lado, la despolitización de las instancias judiciales de producción de normas jurídicas, con lo cual la teoría jurídica contemporánea dominante intenta colocar al proceso judicial en el plano de la objetividad; en segundo lugar, tiene el efecto de excluir de la argumentación jurídica en instancias judiciales ciertos tipos de argumentos; por ejemplo, el principio de mayoría, y en general, cualquier tipo de interpretación que no se tenga por una interpretación jurídicamente especializada (por ejemplo, la interpretación popular), lo cual tiene como consecuencia que solamente los argumentos e interpretaciones que hayan pasado por una traducción jurídica, y más específicamente judicial, puedan ser considerados como argumentos posibles de ser sometidos a prueba.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, Intr., Juan José Moreso y Pablo E. Navarro. México, Fontamara, 2004; y Norberto Bobbio, "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje". Trad. Alfonso Ruiz Miguel. En Adrián Rentería Díaz (comp.), *Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia*. Puebla [México], Cajica, 2005.

<sup>49</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, *op. cit.*

<sup>50</sup> En un principio, toda la teoría constitucional contemporánea dominante hace tremendo hincapié en que, dentro del estado constitucional, ninguna visión del mundo se encuentra excluida, en que todos los individuos tienen el derecho a participar en el debate jurisdiccional acerca de la constitucionalidad de los diversos actos de la autoridad (en Alexy sería la regla de inmisión), al mismo tiempo, también hacen

Todo lo anterior tiene como resultado no solamente el establecimiento de las instancias judiciales como la fuente paradigmática de las normas jurídicas, sino, sobre todo, su consolidación como la instancia de mayor racionalidad y objetividad en la producción de normas jurídicas, ante la cual todas las demás —que, en comparación con la instancia judicial, son tenidas por menos racionales e incluso irracionales— deben subordinarse.<sup>51</sup> Sin duda que con esto se presenta un doble efecto: se coloca a la instancia de la verdad como uno de los parámetros principales para la evaluación del Derecho, mientras que, al mismo tiempo, se coloca a la figura del juez como la instancia de producción de verdad dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por tanto, se genera una subjetivación en acto y se permite que, a través de la producción de verdad (realizada conjuntamente por la ciencia jurídica y los jueces), se ejerza la dominación y la violencia estructural dentro del Derecho contemporáneo.

El resultado de lo anterior, de acuerdo con mi hipótesis de trabajo y sus postulados básicos, sería que tanto la ciencia adquiere un carácter práctico cada vez mayor, permitiendo que la teoría jurídica afirme que los procesos de producción del Dere-

---

un gran esfuerzo por dejar bien claro que, en principio, ninguna de estas visiones del mundo y de sí cuenta con algún privilegio especial, de tal forma que todas deben ser evaluadas bajo el fuego imparcial de los argumentos (regla de imparcialidad argumentativa de Alexy); el problema y la exclusión —por otro lado inclusiva, en cuanto normalizante— de las visiones pluralistas se presenta al momento de ver qué argumentos pueden resultar aceptables y persuasibles —en el sentido de corrección de Alexy y de persuasión racional, no retórica, de Atienza—, y qué diferencias pueden ser toleradas en un estado constitucional. Estos serían los argumentos que pueden ser puestos a prueba, el problema sería precisamente bajo cuáles criterios los diferentes argumentos podrán ser objetivamente evaluados y, he aquí, el punto de la exclusión, el criterio predominante y el punto de partida común para todos los argumentos serían los contenidos constitucionales —contenidos cuya construcción concreta se encuentra en manos de los jueces constitucionales, como intérpretes últimos del texto constitucional—; y, por otro lado, toda la idea de racionalidad de los argumentos, por ejemplo, en los trabajos liberales acerca del pluralismo jurídico, se encuentra completamente atravesada por las exigencias del agente moral autónomo, el agente moral autónomo frente a la irracionalidad de las comunidades no liberales. Así se cierra la exclusión y el esfuerzo de persuasión racional que determina que lo que no puede ser pensando desde la autonomía del sujeto moral y las pautas de la legitimación racional, no autoritaria se nos dice, del derecho en el estado constitucional debe ser excluido, o mejor dicho, forzosamente incluido y normalizado. De aquí también el replanteamiento de la democracia argumentativa o participativa, en la cual los procedimientos jurisdiccionales tendrán un gran valor democrático, Robert Alexy, *Justicia como...* *op. cit.*, 2003 y *Teoría del discurso...* *op. cit.*, 2007; Luis Prieto Sanchís, “Notas sobre...”, *op. cit.* Como forma de clarificar lo dicho transcribo las siguientes citas: “De esta forma, mi propia constitución supone un grupo y exigir que se me reconozca es exigir que se reconozca al grupo que me vale para construirme. No es sólo que preciso de imágenes y modelos comunitarios con referencia a los cuales tomar significados; es, sobre todo, qué imágenes y modelos han de ser defendidos y protegidos —reconocidos— como necesarios para mi propia construcción como individuo. Ésta es la esencia del multiculturalismo”, Julio Seoane Pinilla, “Comunitarismo...”, *op. cit.*, p. 386. “Más que de multiculturalismo deberíamos hablar del hecho de que formamos mundos individuales aparte y que estamos, al tiempo, dentro de una valoración, de unas imágenes, de estilos de vida que constituyen la comunidad interpretativa desde la que nos damos sentido y se lo damos a nuestro mundo. Una comunidad interpretativa que se reúne en torno a ciertas imágenes contingentes, sin fundamento firme y seguro, pero capaces de aglutinar en torno a una cierta coherencia los modelos en referencia a los que los individuos configuran su actividad”, *ib.*, p. 388.

<sup>51</sup> Explícitamente ningún teórico acepta esta aseveración; sin embargo, de la caracterización de mayor racionalidad de las instancias judiciales frente a las demás, podemos concluir la existencia de cierta subordinación de las fuentes no judiciales frente a las judiciales, v., por ejemplo, Luigi Ferrajoli, “Pasado y...”, *op. cit.*

cho son cada vez más racionales o al menos más razonables;<sup>52</sup> así como también permite acordar a las instancias discursivas autorizadas para producir Derecho válido una presuposición de racionalidad.<sup>53</sup> Ambas cosas, resultan en la convergencia de la fundamentación del Derecho contemporáneo con su valoración moral positiva y generan una concepción de su racionalidad que se coloca en medio de la moralidad y la verdad, y que se obtiene solamente a través del desplazamiento de los sujetos, las estrategias y las formas de enunciación jurídicamente especializadas.

## IV. Conclusiones y puntos a profundizar

Ni la ciencia, ni la moral, ni el concepto de dignidad humana o el de derechos humanos, son ideas neutrales y surgidas de un progreso racional, tienen, por el contrario, un origen en mecanismos de poder y dominación. Por otro lado, la jurisdicción constitucional y su interpretación de las normas constitucionales tampoco constituyen un proceso colocado fuera del ejercicio del poder, sino que tienen como uno de sus efectos prolongar la dominación ejercida a través del Derecho moderno.

Una crítica profunda al Derecho moderno, cuyos principios intenté adelantar en el presente trabajo, debe cuestionar sus fundamentos, creo que uno de los mejores caminos para hacerlo es concebir al Derecho como una formación discursiva, haciendo hincapié en la división entre los sujetos especializados, productores de normas jurídicas válidas, y los sujetos no especializados. Este tipo de análisis tiene como objetivo, y como ventaja, sacar a la luz la manera en que el Derecho moderno ejerce una violencia simbólica (precisamente la asimetría especialista/no especialista), oscurecida por las pretensiones de neutralidad y de universalidad del Derecho, tras de las cuales se justifica una dominación y un ejercicio de la violencia física a través del Estado, y la exclusión de discursos jurídicos de los sectores marginados y subalternos.

---

<sup>52</sup> Solamente basta observar las características que los teóricos jurídicos le acuerdan a los procedimientos judiciales y, por consiguiente, también al juez.

<sup>53</sup> Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la fundamentación que Raz hace de la existencia de las normas, así como también de las normas como esquemas ahorradores de tiempo, Joseph Raz, *Practical reasoning and norms*, Oxford University Press, 1999. También, en relación con la visión de Raz, léanse la siguiente transcripción: “[...] mi discrepancia con Raz: a mi entender un agente racional, no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes [...] Creo que Raz admitiría la tesis [...] [de que] si la deliberación práctica se desarrollara siempre en condiciones ideales, en las que el agente maneja información perfecta, dispone de un tiempo ilimitado para deliberar y no se ve envuelto en problemas de acción colectiva. Pero, naturalmente, la realidad no es así. Y lo que Raz nos sugiere es que el papel distintivo de las reglas en la deliberación práctica de un agente racional consiste en operar con mecanismos de toma de decisiones, ciertamente subóptimo en relación con condiciones de deliberación ideales, pero posiblemente óptimos en circunstancias reales de deliberación”, Juan Carlos Bayón, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, U de A. No. 19, Alicante, 1996, p. 145.

## Bibliografía

- Agamben, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Trad. y notas Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia [España], Pre-Textos, 2006.
- Aguilar Rivera, José Antonio. “El sonido y la furia: Crítica de la persuasión multicultural”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. ITAM/Fontamara. No. 12, México, abril 2000.
- \_\_\_\_\_. “Justicia como corrección”. Trad. Ana Inés Haquín. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. Universidad de Alicante. No. 26, Alicante [España], 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Cátedra Ernesto Garzón Valdéz 2004. México, Fontamara, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Alexy, Robert. “Justicia como corrección”. Trad. Ana Inés Haquín, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 26, Universidad de Alicante, Alicante 2003.
- \_\_\_\_\_. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”. Trad. Pablo Larrañaga, en Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales* (Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2008), Fontamara, México, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Teoría de la Argumentación Jurídica”. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Aragón, Manuel. *Constitución, democracia y control*. Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- \_\_\_\_\_. “La constitución como paradigma”. En Miguel Carbonell (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. 3ª ed. México, Porrúa/UNAM, 2005.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. U de A. Núm. 24, Alicante, 2001.
- Balaguer Callejón, Francisco. “Constitución y ordenamiento jurídico”. En Miguel Carbonell (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. 3ª ed. México, Porrúa/UNAM, 2005.
- Baratta, Alessandro. *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires, B de F, 2004.
- Bayón, Juan Carlos. “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. U de A. No. 19. Alicante, 1996.
- Bobbio, Norberto. “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje”. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. En Adrián Rentería Díaz (comp.). *Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia*. Puebla [México], Cajica, 2005.
- Bourdieu, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Intr. Andrés García Inda. Bilbao [España], Desclée de Brouwer, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. 4ª ed. Trad. Thomas Kauf. Barcelona [España], Anagrama, 2007.
- Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid [España], Trotta, 2005.

- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. 3ª ed. México, Porrúa/UNAM, 2005.
- Cardelli, Mariano. “Del discurso de la seguridad nacional al discurso de la seguridad ciudadana. Un análisis de los discursos legitimadores del funcionamiento del campo jurídico penal en Argentina”. En H.I.J.O.S. (La Plata). *Criminalización de la protesta social*. 2ª ed. La Plata [Argentina], H. I. J. O. S. Ediciones Grupo La Grieta, 2003.
- Comanducci, Paolo. “Derechos humanos y minorías: Un acercamiento analítico neoilustrado”. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. ITAM/Fontamara. No. 5. México, octubre 1995.
- \_\_\_\_\_. “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 21, Universidad de Alicante, Alicante, 1998.
- Correas, Óscar. “La teoría general del derecho frente a la historia del derecho”. *Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*. Universidad de Zaragoza/Institución Fernando el Católico. Vol. 3-4. Zaragoza [España], 1996.
- \_\_\_\_\_. “Fetichismo, alienación y teoría del Estado”. *Revista Crítica Jurídica*. UNIBRASIL/UNAM. No. 17. Curitiba y México, agosto 2000.
- \_\_\_\_\_. *Teoría del derecho*. México, Fontamara, 2004.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *Derecho indígena mexicano. Volumen I*. México, UNAM-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades/Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología/Ediciones Coyoacán, 2007.
- Deleuze, Gilles. *Derrames. Entre el capitalismo y la esquizofrenia*. Trad. Equipo Editorial Cactus. Buenos Aires, Cactus, 2006.
- Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México, UNAM, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. Intr. Juan José Moreso y Pablo E. Navarro. México, Fontamara, 2004.
- \_\_\_\_\_. “Pasado y futuro del Estado de derecho”. En Miguel Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 4ª ed. Pról. Norberto Bobbio, tr. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Bustos, Rocío Contreras Bandrés. Madrid, Trotta, 2006.
- Fitzpatrick, Peter. *Modernism and the grounds of law*. Cambridge [Reino Unido], Cambridge University Press, 2001.
- Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad-1. La voluntad de saber*. Tr. Ulises Guñazú. México, Siglo XXI Editores, 1977.
- \_\_\_\_\_. *La arqueología del saber*. 15ª ed. Trad. Aurelio Garzón del Camino. México, Siglo XXI Editores, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. 31ª ed. Trad. Aurelio Garzón del Camino. México, Siglo XXI Editores, 2001.
- \_\_\_\_\_. *La verdad y las formas jurídicas*. Trad. Enrique Lynch. Barcelona, Gedisa, 2005.

## Sección Doctrina

- \_\_\_\_\_. *Defender la Sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. 2ª ed. François Esward, Alessandro Fontana, Mauro Bertani (eds.). Trad. Horacio Pons. México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3ª ed. Madrid, Civitas Editores, 2001.
- H.I.J.O.S., La Plata. *La criminalización de la protesta social*. 2ª ed. La Plata, H.I.J.O.S. (La Plata)/Ediciones Grupo La Grieta, 2003.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. y estudio Alfredo Gallego Anabitar-te. 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1976.
- Mora-Donatto, Cecilia. *El valor de la Constitución normativa*. México, UNAM-IIIJ, 2002.
- Moreso, Juan José. “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. U de A. No. 23. Alicante, 2000.
- Nikken, Pedro. “El concepto de derechos humanos”. En VVAA. *Estudios básicos de derechos humanos. T. I*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.
- Pacheco, Máximo. “Los derechos fundamentales de la persona”. En VVAA. *Estudios básicos de derechos humanos. T. II*. San José, Costa Rica, IIDH, 1995.
- Prieto Sanchís, Luis. “Notas sobre la interpretación constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales. No. 9. Madrid, may-ago. 1991.
- Raz, Joseph. *Practical reasoning and norms*. Oxford [Reino Unido], Oxford University Press, 1999.
- Rodríguez, Esteban. “Un puño sin brazo. ¿(in)seguridad ciudadana o criminalización de la multitud?”. H. I. J. O. S., La Plata, “La criminalización de la protesta social”, 2ª ed., La Plata, H. I. J. O. S. (La Plata)/ediciones Grupo La Grieta, 2003.
- Rolla, Giancarlo. *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia social*. Est. introd. Miguel Carbonell. México, UNAM-IIIJ, 2002.
- Seoane Pinilla, Julio. “Comunitarismo, multiculturalismo. Un comentario”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. U de A. No. 20. Alicante, 1997.
- Zagrebelsky, Gustavo. “La Constitución y sus normas”. En Miguel Carbonell (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. 3ª ed. México, Porrúa/UNAM, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: Parte general*. 6ª ed. Buenos Aires, EDIAR, 1991.
- \_\_\_\_\_. Alejandro Alagra y Alejandro Slokar. *Derecho penal: Parte general*. 2ª ed. México, Porrúa, 2005.