



# UNIVERSITAS

## REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 21 – enero 2015 – ISSN 1698-7950

### Sumario

- 3 *La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España*, por Noelia Igareda González.
- 21 *Derecho abstracto y estado jurídico en el pensamiento político hegeliano*, por Miguel Alejandro Herszenbaun.
- 35 *Algunas consideraciones sobre la docencia jurídica en México*, por Rafael Sánchez Vázquez.
- 81 *Revisión de la teoría del conocimiento de John Locke a la luz del planteamiento filosófico de Alasdair Macintyre*, por Isabel Ruiz Gallardón.
- 96 *Los medios de comunicación, la democracia representativa y el espacio público*, por Jose Enrique Candela Talavero.
- 113 *¿Qué es el derecho a la cultura? Buscando una respuesta a través de la Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires*, por Juan Pablo Lionetti de Zorzi.

### Participan en este número

Miguel Alejandro Herszenbaun, Universidad de Buenos Aires, CONICET (Argentina)

Noelia Igareda González, profesora acreditada lectora de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona (España)

Rafael Sánchez Vázquez, profesor-Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México)

Isabel Ruiz Gallardón, profesor contratado doctor con acreditación para titular, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España).

Jose Enrique Candela Talavero, licenciado en Derecho, Grado en Ciencias Políticas, funcionario de la Administración Local con habilitación de carácter estatal.

Juan Pablo Lionetti de Zorzi, abogado, Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación: [universitas@idhbc.es](mailto:universitas@idhbc.es) o [universitas.revista@gmail.com](mailto:universitas.revista@gmail.com)

## Universitas

**Director:** Rafael de Asís  
**Subdirector:** Angel Llamas  
**Secretaria:** María Laura Serra

### Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui | Rafael de Asís | M<sup>a</sup> del Carmen Barranco | Reynaldo Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García Pascual | Ricardo García Manrique | Ana Garriga | José García Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Marina Lalatta | José Antonio López García | Ángel Pelayo | Andrea Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto del Real | Adrián Rentería | Mario Ruiz | Olga Sánchez | M<sup>a</sup> Ángeles Solanes | José Ignacio Solar Cayón.

### Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O. Pérez, S. Ribotta,

### Edita

Instituto de Derechos Humanos  
“Bartolomé de las Casas”

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015

[universitas@idhbc.es](mailto:universitas@idhbc.es)

Al ser *Universitas* una revista semestral, apareciendo en los meses de enero y julio, los autores que deseen publicar en un determinado número deben tener en cuenta las siguientes fechas máximas de recepción de trabajos:

- Para trabajos a publicar en el número de enero: 30 de noviembre.
- Para trabajos a publicar en el número de julio: 31 de mayo

# LA INMUTABILIDAD DEL PRINCIPIO "MATER SEMPRE CERTA EST" Y LOS DEBATES ACTUALES SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

**Noelia Igareda González**

Profesora acreditada lectora Filosofía del Derecho  
Universidad Autónoma de Barcelona  
Noelia.igareda@uab.cat

**RESUMEN:** La gestación por sustitución es objeto de numerosas objeciones éticas, aunque hay diversidad de opciones legales al respecto. El presente artículo analiza los argumentos que se utilizan en estos debates, respecto a la posibilidad de disponer legalmente sobre partes del cuerpo humano, sobre su consideración de algo contra natura, su relación con las normas de filiación, los posibles peligros de explotación de las mujeres gestantes y la protección de los derechos de la persona que fue gestada mediante el recurso a la misma. Muy pocas veces en este debate se discute el significado legal que nuestro ordenamiento jurídico otorga a la maternidad, y tampoco se analizan las razones que hacen tan difícil la modificación de que la maternidad queda determinada por el parto. Nuestros análisis concluyen con la propuesta de que es necesario un debate legal, social y ético donde las mujeres sean sujetos y no objetos de esta discusión pública sobre una hipotética regulación de la gestación por sustitución.

**ABSTRACT:** *Surrogated motherhood is subject to numerous ethical objections, although there are various legal options about it. This article analyzes the arguments used in these discussions regarding the possibility to legally dispose of parts of the human body, about the consideration of this type of technique as something unnatural, its relation to the rules of filiation, the potential dangers of exploitation of pregnant women and the protection of the rights of the person who was gestated using this technique. Very few times in this debate the legal meaning that our legal system gives motherhood is discussed, nor the reasons that make so difficult to change the principle that motherhood is determined by birth. Our analysis concludes with the proposal that it is necessary a legal, social and ethical debate where women are present as subjects and not as objects of this public discussion about a hypothetical regulation of surrogate motherhood.*

**PALABRAS CLAVE:** gestación por sustitución, maternidad por subrogación, maternidad por sustitución, madres de alquiler, derecho a la reproducción, filiación, turismo reproductivo.

**KEY WORDS:** *substitute pregnancy, surrogate motherhood, substitute motherhood, renting mothers, right to reproduction, filiation, reproductive tourism.*

**Fecha de recepción:** 24 de abril de 2014.

**Fecha de aceptación:** 8 de octubre de 2014.

## 1.- INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución<sup>1</sup> no está admitida en nuestro ordenamiento

---

<sup>1</sup> O maternidad por sustitución, maternidad subrogada, gestación por encargo o madres de alquiler. En este artículo se utilizará preferentemente la denominación de gestación por sustitución.

jurídico ya que el art. 10<sup>2</sup> de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) declara nulos los contratos que se establezcan para tal fin<sup>3</sup>. Ya lo disponía de esta forma la ley anterior sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>4</sup>, siguiendo la recomendación del Informe Comisión Especial de Estudio de la Fecundidad in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (Comisión Palacios), 10 abril 1986<sup>5</sup>.

Aun así parte de la doctrina considera que no era necesaria la prohibición expresa por parte de la ley, y que su ilicitud deriva del propio Código Civil: el contrato sería nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto, ya que la capacidad de gestar al igual que el cuerpo humano son indisponibles, intransferibles y personalísimos, y en consecuencia la persona humana no puede ser objeto de comercio o de transacción (artículos 1.271 y 1.285 CC). Además las normas vigentes sobre filiación y estado civil son imperativas y de

---

<sup>2</sup> Artículo 10 Gestación por sustitución.

**1.** *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

**2.** *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

**3.** *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."*

<sup>3</sup> Sólo si la gestación por sustitución se llevara a cabo en España se podría considerar un delito de alteración o modificación del estado civil o del supuesto del parto (PUIGPELAT, F.: "La maternitat per substitució: una via per ampliar els drets reproductius de les dones?" en VVAA: *Las subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 55). Diferentes son los problemas de reconocimiento de filiación de niños/as concebidos mediante contratos de gestación por sustitución llevados a cabo en países donde se admite legalmente, así como los problemas de jerarquía normativa y de orden público internacional que se han analizado a raíz de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y la reciente STS 835/2013 sobre gestación por sustitución. Sobre estos problemas se han pronunciado numerosos civilistas y iusprivatistas, entre otros LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012, pp. 1-49; VELA, A. J.: "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, nº 8162, Sección Doctrina, 3 Octubre 2013; VELA, A. J., "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Diario la Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 11 abril 2011; QUIÑONES, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº3, 2009; CALVO, A.L. y CARRASCOSA, J.: "Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, pp. 294-319; FARNÓS, E.: "Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain", *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72.

<sup>4</sup> La Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

<sup>5</sup> Los argumentos utilizados era la unidad de valor en la maternidad y la distorsión deshumanizadora que la maternidad por sustitución representaría. También que abriría a nuevas formas de manipulación del cuerpo femenino y de explotación de las mujeres (SOUTO, B.: "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución", *Feminismo/s*, diciembre 2006, pp. 181-195)

orden público, por lo que son indisponibles, de forma que ningún contrato podría modificarlas<sup>6</sup>.

Sin embargo, esta prohibición está siendo cuestionada socialmente por el número importante de parejas españolas que viajan a otros países donde esta práctica sí que es legal para poder concebir un hijo/a biológico<sup>7</sup>, con relación genética de los dos o uno de los progenitores cuando existe una imposibilidad de gestar ese hijo/a (porque la mujer no puede por razones médicas, o porque se trata de un matrimonio homosexual de dos hombres)<sup>8</sup>. Tal fenómeno ha causado incluso problemas jurídicos importantes sobre la posterior inscripción en el registro Civil de estos hijos/as, cuestión sobre la que los iusprivatistas se han pronunciado de manera extensa<sup>9</sup>.

También está siendo puesta en tela de juicio por ciertos movimientos sociales que intentan presionar para provocar un cambio legislativo que legalice esta práctica en España<sup>10</sup>, sobre todo por parte de grupos de gays que tienen en la gestación por sustitución la única posibilidad de concebir un hijo/a con lazos genéticos de uno de los padres<sup>11</sup>.

La primera ley española va a coincidir con la polémica producida en Estados Unidos del caso Baby M. que influye profundamente en la prohibición

---

<sup>6</sup> CHELIZ, C.: "La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos", *Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, nº 32, Enero-Junio 2013, pp. 29-36.

<sup>7</sup> Sobre todo en California, donde las parejas llegan a pagar entre 75.000 y 95.000 € y las mujeres gestantes sólo perciben entre un 20-25%, el resto queda en manos de las empresas. También en la India, donde el coste es de aproximadamente 13.000 €, y la mujer obtiene entre 2.000-4.000 € (VALLS-LLOBET, C.: "És necessària la subrogació d'úters?" en VVAA: *Las subrogación uterina: anàlisi de la situació actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010).

<sup>8</sup> La gestación por sustitución puede ser con el óvulo de la madre comitente y semen del padre comitente, o con el óvulos de la gestante y semen del padre comitente, o con óvulo y semen de donantes anónimos diferentes a la gestante y a los padres comitentes. Obviamente las consecuencias legales de cada modalidad son diferentes, sobre todo en relación de las reglas de filiación donde prima la verdad genética, y se permite la reclamación de la paternidad biológica. En el presente artículo nos centraremos en la gestación por sustitución donde al menos uno de los padres comitentes ha aportado material genético para la concepción del embrión. Muchos ordenamientos jurídicos exigen también que no sea la gestante quien aporte el óvulo.

<sup>9</sup> Ver entre otros CALVO, A.L. y CARRASCOSA, J.: "Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), vol. 1, nº 2, pp. 294-319; QUIÑONES, A.: "Doble filiación patera de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, julio, 2009, pp. 1-25.

<sup>10</sup> Ver por ejemplo: <http://www.gestacionsubrogadaenespaña.es/#>

<sup>11</sup> Sobre el debate entre la verdad biológica y la voluntad jurídica en el caso de matrimonios homosexuales, ver el interesante análisis de ROCA I ESCODA, M. et GALLUS, N.: "Ouverture du mariage aux homosexuelles en Espagne et en Belgique: un mise en question du caractère hétérosexué du droit", un PERRIN, C., ROCA I ESCODA, et PARINI, L.: "Genre et homophobie", *Nouvelles Questions féministes*, vol. 31, nº 1, March 2012.

de la gestación por sustitución. La opción de reproducirse mediante la gestación por sustitución se percibe como consecuencia de este caso como una posible fuente de numerosos conflictos. Los medios de comunicación retrataron en aquel momento con gran hostilidad a la mujer gestante, y se creó un estado de alarma social frente a la gestación por sustitución, seguido de las feministas, los grupos religiosos, y los grupos pro-vida. Todo esto va a influir decisivamente a la clase política a la hora de legislar en España sobre técnicas de reproducción asistida<sup>12</sup>.

La gestación por sustitución sigue siendo un tema muy controvertido, y es en parte porque los medios de comunicación suelen hacerse eco tan sólo de los casos más polémicos en los que las cosas han ido mal. En cambio es un método cada vez más utilizado por parejas homosexuales y también heterosexuales, y sólo recientemente ha recibido una cobertura mediática más positiva a través de personas famosas que han accedido a la gestación por sustitución<sup>13</sup>.

El presente artículo analizará cuáles son los argumentos que se esgrimen generalmente en contra de la gestación por sustitución. A continuación se describirán las razones que pueden sustentar abrir un debate legal, social y ético sobre una hipotética admisión de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, para concluir que la realidad social, científica y de género en España debería constituir un marco idóneo para dicho debate.

Durante el presente documento se utiliza el término gestación por sustitución, no sólo porque esta es la denominación que aparece en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006, sino también porque es la que más se corresponde con la opción final de la autora, que defiende la posibilidad de admitir esta práctica y regularla como una cesión altruista del útero de la mujer gestante, y no una maternidad en sentido estricto<sup>14</sup>.

Esta opción terminológica también deriva de que la autora defiende que el ordenamiento jurídico debería reconocer no sólo la maternidad y paternidad

---

<sup>12</sup> ALKORTA, I.: "La regulació jurídica de la maternitat subrogada" en VVAA: *La subrogació uterina: anàlisi de la situació actual*, Barcelona, Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2010, pp. 70-71.

<sup>13</sup> European Parliament: *A Comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Brussels: European Union, 2013, pp. 30.

<sup>14</sup> También hay otras autoras que se hacen eco de todas las formas utilizadas para denominar esta fenómeno: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, etc. Y finalmente también se inclinan por la denominación "gestación por sustitución" por ser más precisa con la realidad, ya que la gestante no quiere ser madre, y sustitución porque está gestando para otros (LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012, pp. 4).



biológica o genética, sino especialmente la maternidad y paternidad social<sup>15</sup>, es decir, dar respaldo jurídico a los progenitores que quieren serlo y que asumen los deberes de cuidado como padres voluntaria y conscientemente<sup>16</sup>.

## 2.- ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Entre quienes consideran la gestación por sustitución una cosificación de la persona, uno de los principales argumentos es que se estaría permitiendo a los hombres contratar sobre partes del cuerpo humano, y esto atenta a la dignidad humana y convertiría al ser humano en un medio y no en un fin en sí mismo. Las partes del cuerpo están fuera del comercio jurídico (res extracomercium) y mucho menos pueden ser objetos de una transacción lucrativa. Así queda también establecida en el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Biomedicina (art. 21) y en la Declaración de UNESCO sobre genoma humano (artículo 4)<sup>17</sup>.

Este argumento está relacionado con la desaprobación moral que suscita el convertir en un objeto de transacción económica la capacidad reproductiva de las mujeres, ya que se entiende que supone una degradación de su condición de mujer y un grave atentado contra sus derechos humanos y su dignidad<sup>18</sup>.

Igualmente la gestación por sustitución implicaría legalizar un hecho antinatural, como es que una mujer que ha gestado a un nuevo ser humano en su vientre (tenga o no relación genética con él) sea capaz en el momento del parto de fríamente entregarlo a otra pareja<sup>19</sup>. Se presupone que esta actuación va en contra del instinto maternal y de los especiales vínculos de apego que se establecen entre la madre y el hijo/a durante todo el embarazo y en los primeros meses de vida del bebé.

La maternidad se entiende como una función tan íntima, e inherente de la condición femenina, que nuestra legislación participa de la opinión que una mujer que se embaraza y da a la luz un niño/a, y es capaz de renunciar a ese

---

<sup>15</sup> Como por ejemplo ya lo hace cuando admite como madre legal, a la mujer que no ha recibido un óvulo de otra mujer para poder ser madre, y que por lo tanto no tiene vínculo genético con su hijo/a, o de la misma forma cuando admite como padre legal al marido de una mujer que ha sido inseminada con semen de un donante, aunque este padre ni tenga relación genética con su hijo/a ni tampoco relación biológica alguna (ya que los hombres no gestan).

<sup>16</sup> Tal y como nuestro ordenamiento jurídico ya hace en los casos de adopción.

<sup>17</sup> RAPOSO, V.L.: "Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 37, 2012, pp. 103.

<sup>18</sup> PATEMAN, C.: *El contrato sexual*, Madrid, Catedra, 1995.

<sup>19</sup> Incluso se considera que las personas que se prestan a ser madres por sustitución tienen un alto grado de psicopatías tal y como señala GUERRA DÍAZ, D.: "Aspectes psicosociològics de la subrogació uterina" en VVAA: *Las subrogació uterina: anàlisi de la situació actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, a pesar de que los escasos estudios que se ha realizado no han podido evidenciar esta creencia, ver por ejemplo VAN DEN AKKER, O.B.A.: "Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy", *Journal Reprod Inf Psychol*, 21, 2003, pp. 145-61.

hijo/a que ha llevado en sus entrañas, es la "antimujer" porque carece de sentimientos e instinto maternal. Esa carencia de sentimientos e instintos maternales no debe ser tolerada jurídicamente, aunque se alegara que se realiza con fines altruistas, para ayudar a otra mujer o a un familiar. Y mucho menos se admite que pueda ser objeto de ningún tipo de contrato o intercambio económico. La maternidad no puede ser objeto de transacciones mercantiles, no puede ser intercambiable en el mercado capitalista, porque se entiende es una mercantilización contra natura, y por lo tanto ilícita.

Aunque socialmente el vínculo matrimonial se entiende disoluble, y los vínculos padre-hijos/as más social que biológicamente contruidos, aun está muy arraigado lo "natural" del vínculo madre-hijo/a. Se rechaza la gestación por sustitución como "antinatural", una mujer que prefiere no cuidar a su hijo/a, y la inseminación mediante donante también es antinatural porque un hombre está dispuesto a criar al hijo/a de otro hombre.

La oposición a la gestación por sustitución cuando median contraprestaciones económicas es similar al rechazo a la prostitución: "el hecho de que se pague a las mujeres por hacer algo que normalmente forma parte del aspecto personal de la vida"<sup>20</sup>. Es un rechazo basado en la creencia de que es inmoral y por lo tanto ilícito, mercantilizar lo que pertenece a la esfera de los afectos (como la maternidad o la sexualidad).

Además legalizar esta forma de tener hijos/as, supondría una alteración de las normas de filiación vigentes en nuestro ordenamiento jurídico desde el nacimiento del derecho, y sobre todo, el principio que establece que la maternidad queda determinada por el parto y "mater sempre certa est".

Afirman Birke, Himmelweit y Vines<sup>21</sup> que la mayoría de las legislaciones nacionales tratan la maternidad como una certidumbre, mientras que la paternidad siempre ha sido una cosa incierta. "la transferencia de embrión de una mujer a otra desafía esta certidumbre". ¿Quién es la madre? ¿La mujer gestante o la mujer que ha producido el óvulo?. La respuesta depende de la propia concepción de la maternidad, si se cree o no en un determinismo genético, de ahí que se llegue a denominar alquiler de útero, o de adopción prenatal.

Un segundo grupo de argumentos contrarios a esta técnica de reproducción asistida, son los que parten de que su admisión supone abrir nuevas formas de explotación de las mujeres<sup>22</sup>. También se considera que la

---

<sup>20</sup> BIRKE, L.; HIMMELWEIT, S.; VINES, G.: *El niño de mañana*, Barcelona, Pomares, 1990, pp. 211.

<sup>21</sup> BIRKE, L.; HIMMELWEIT, S.; VINES, G.: *El niño de mañana*, Barcelona, Pomares, 1990, pp.121.

<sup>22</sup> Ver por ejemplo CORRAL, E.: (2013): "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma humano*, nº 38, 2013, pp.

legalización de esta práctica facilitaría la explotación de un cierto grupo de mujeres que por su situación de desventaja económica, social, cultural o étnica, se someterían a este tipo de contratos por pura necesidad económica y/o médica, para beneficio de parejas con un mayor poder adquisitivo<sup>23</sup>.

Las pensadoras feministas<sup>24</sup> cuando se oponen a la gestación por sustitución lo hacen a veces por razones diferentes a las anteriores. No se trata tanto de que limiten la maternidad al lazo biológico de la madre y el hijo/a, ni tampoco comparten los argumentos esencialistas que identifican madre y mujer. Pero consideran que permitir la posibilidad de contratar libremente sobre la capacidad reproductiva de las mujeres, podría dar lugar a situaciones de explotación y subordinación de la mujer, ya que muchas veces las mujeres pobres cederían su potencial reproductor a cambio de una contraprestación económica, poniendo en peligro su salud física y emocional<sup>25</sup>.

Por último, pero no por ello, menos importante, se esgrimen razones de respeto a la nueva persona que nacerá fruto de estas técnica de reproducción humana asistida, que se considera vería sus derechos y dignidad humana vulnerados por haber sido concebido de esta manera, sin haber podido prestar su consentimiento.

Muchas veces se ha tratado de equiparar a la adopción, que supone también cuidar de un hijo/a que no lo es biológicamente hablando. Pero los argumentos para desmontar esta equiparación entre adopción y gestación por sustitución es que en la gestación por sustitución el niño/a ha sido producido voluntariamente, en cambio en la adopción prima el interés del menor que por desgracia, se encuentra sin familia. En la gestación por sustitución, la madre accede voluntariamente a entregar a su hijo/a, y en cambio en la adopción la madre es obligada a entregar a su hijo/a por las circunstancias adversas (ya sea la pobreza, la falta de salud, la imposibilidad material de cuidar de ese hijo/a, el deseo de procurar un futuro mejor al niño/a, etc.).

Otro de los argumentos en contra de la gestación por sustitución, cuando esta se intenta equiparar a la adopción es que "*la adopción sirve para proteger al niño proporcionándole una familia, mientras que la maternidad de*

---

45-69.

<sup>23</sup> Autores/as críticos con las técnicas de reproducción humana asistida y la explotación de las mujeres que en general suponen: TABOADA, L.: *La maternidad tecnológica. De la inseminación artificial a la fertilización in Vitro*, Barcelona, Icaria, 1986; CAMBRÓN, A. (ed.): *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid, Trotta, 2001; TUBERT, S.: *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología*, Madrid, Siglo XXI, 1991.

<sup>24</sup> Ver por ejemplo PATEMAN, C.: *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995. COREA, G.: *The mother machine: Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, New York, Harper and Row, 1985.

<sup>25</sup> Este es el caso de mujeres pobres de países en desarrollo que alquilan sus úteros para concebir hijos/as de parejas con problemas de fertilidad de países del primer mundo con los que han contratado libremente los aspectos de esta gestación por sustitución.



*sustitución está pensada en interés de los padres"*<sup>26</sup>.

Un tercer grupo de argumentos en contra son aquellos que destacan la cantidad de problemas que pueden derivarse del propio derechos de contratos: por ejemplo los supuestos donde la madre gestante reclama para sí el bebé, los casos de rechazo por ruptura de la pareja comitente antes del que menor nazca, o cuando el menor nace con alguna discapacidad, entre muchos otros problemas derivados de índole ético y legal<sup>27</sup>. También hay autores que empiezan a esbozar posibles casos de responsabilidad derivados de las técnicas de reproducción asistida en general, ya que las técnicas de reproducción asistida son un área de especial interés para la responsabilidad civil por la complejidad de sus técnicas, el especial campo sobre el que actúan (el cuerpo humano y su capacidad reproductiva). La jurisprudencia española reconoce la medicina reproductiva como actividad médica satisfactiva que no medicina curativa. Obviamente los responsables médicos no responden del éxito o no de las técnicas de reproducción asistida, pero la información previa al consentimiento informado debe de contener además de los aspectos económicos, éticos y jurídicos, también los riesgos, tanto para la mujer, incluidos los riesgos de someterse a según que edades a determinadas técnicas de reproducción asistida, así como los posibles riesgos a su descendencia<sup>28</sup>.

### **3. RAZONES QUE OBLIGAN A DEBATIR SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA**

Creemos que el debate aquí es muy similar al de la prostitución donde la mayor parte de los argumentos en contra son de naturaleza moral, porque provoca un rechazo que las mujeres puedan disponer libremente y a través de una contraprestación económica de algo que tradicional e históricamente tienen que hacer por su sexo femenino<sup>29</sup>. La única diferencia en este caso es que esta libre disposición del potencial reproductor tiene consecuencias en la

---

<sup>26</sup> ALKORTA, I.: *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 278.

<sup>27</sup> QUIÑONES, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2008, pp. 18.

<sup>28</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. : "Responsabilidad por daños en la aplicación de técnicas de reproducción asistida: diferencias con la investigación biomédica (A propósito de las SSTs de 23 de octubre de 2008 y 20 de noviembre de 2009)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 32, 2010, pp. 193-218.

<sup>29</sup> La discusión a favor o en contra de la gestación por sustitución, y su paralelismo con el debate entre las feministas a favor o en contra de la prostitución está especialmente claro en el debate que sostienen dos autoras feministas tan importantes como SHALEV, C.: *Birth power. The case of surrogacy*, United Kingdom, Yale University Press, 1989, a favor de la gestación por sustitución como un ejercicio de la libertad contractual de las mujeres y PATEMAN, C.: *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995, en contra, identificándolo como un ejemplo más del aprovechamiento sexual de la mujer en beneficio de los hombres. También en este sentido se posicionan autoras como EKMAN, K.E.: *Being and being brought. Prostitution, surrogacy and the Split self*, Victoria, Spinifex, 2013.

vida de una tercera persona, el hijo/a que gesta<sup>30</sup> (que puede tener o no un vínculo genético con la madre), y que obviamente la posibilidad de contratar sobre la capacidad reproductora puede dar lugar a abusos económicos, de salud y de poder sobre mujeres pobres o de clases sociales desfavorecidas<sup>31</sup>. Pero no encontramos suficientes los argumentos dados por la mayoría de los pensadores para prohibir la gestación por sustitución cuando se realiza con una finalidad realmente altruista, y por ejemplo, incluso entre familiares que además minimizarían el posible impacto emocional de ese hijo/a en un futuro<sup>32</sup>.

Considerar que la gestación por sustitución implica permitir el comercio de partes del cuerpo, y por lo tanto convierte en nulos por el objeto los contratos que así se celebren, no tendría sentido si se permitiera la gestación por sustitución mediante otras figuras jurídicas que no implicaran un lucro económico, como por ejemplo la cesión gratuita y altruista del útero materno<sup>33</sup>. Son situaciones similares a la donación de sangre, de órganos o de gametos.

En el caso de los órganos incluso, si se trata de donación de persona vida, se permite un acto jurídico que tendrá consecuencias en la integridad física del donante, pero se justifica este menoscabo por su carácter altruista y por la finalidad que persigue que es garantizar el derecho a la vida y otros derechos fundamentales de la persona receptora<sup>34</sup>. En el caso que se permitiera la gestación por sustitución, no implicaría ninguna merma en la integridad física de la gestante (no al menos comparable con la donación de un órgano), y también su cesión altruista del útero implicaría la consecución del derecho a la reproducción de los progenitores legales, tal y como sucede también cuando se permite la donación de gametos.

Es más, en la gestación por sustitución la mujer no está tomando decisiones sobre su cuerpo como si éste fuera de su propiedad, sino que está tomando decisiones respecto a los trabajos de su propio cuerpo respecto al embarazo, parto, fecundación in vitro o extracción de óvulos<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Problema que también puede suscitar la inseminación artificial con donante de semen y/o de ovarios, que en cambio sí que está permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>31</sup> Pero estos abusos también se pueden dar en cualquier relación contractual de trabajo en el que mujeres y hombres en situaciones de vulnerabilidad social y económica dispongan su fuerza de trabajo bajo condiciones laborales abusivas.

<sup>32</sup> Por ejemplo el caso de una amiga que gesta de manera altruista un hijo/a para otra amiga/o, o la madre o hermana que gesta un hijo/a para su hija o hermana.

<sup>33</sup> En este sentido también se pronuncia PUIGPELAT, F.: "La maternitat per substitució: una via per ampliar els drets reproductius de les dones?" o ALKORTA, I.: "La regulació jurídica de la maternitat subrogada" en VVAA: *Las subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010 cuando hablan de un especial acuerdo entre la gestante y la madre comitente.

<sup>34</sup> PUYOL, A.: "Hay bioética más allá de la autonomía", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 25, mayo 2012, pp. 45-58.

<sup>35</sup> DICKENSON, D. "Ownership, Property and Women's Bodies" in WIDDOWS, H.; ALKORTA IDIAKEZ, I. and EMALDI CIRIÓN, A.: *Women's reproductive rights*, London, Palgrave.

Permitir la gestación por sustitución implica también la duda sobre si se está legalizando un acto moralmente reprobable, al permitir que una mujer que ha gestado durante nueve meses un bebé, sea capaz de actuar por encima de su instinto maternal e ignorar las especiales relaciones de apego que se han establecido entre la gestante y el bebé. Pero estas dudas morales están asumiendo la existencia de un natural instinto maternal inherente a la propia esencia de la mujer<sup>36</sup>, que explica el deseo universal de las mujeres de ser madres y la inherente inclinación hacia el cuidado del sexo femenino. También está presuponiendo la existencia de un vínculo afectivo entre la madre biológica y el hijo/a, de especial intensidad y naturaleza por el hecho de haber gestado y tener una relación genética, cuando se ha demostrado que las relaciones de apego entre padres e hijos/as se establecen de igual manera e intensidad en los casos de adopción en los que no ha habido gestación ni hay vínculo genético, e independientemente del sexo del progenitor.

La condena de la gestación por sustitución por considerarse un hecho antinatural, también participa de la consideración de "natural" o "normal" de los parámetros de conducta humana que una sociedad determinada quiere elevar a consideración normativa. Todo lo que se desvía de ese parámetro de normalidad, se considera anormal y antinatural (por ejemplo las personas con una orientación sexual diferente a la heterosexual normativa). También aquello se es nuevo o diferente (ciertos avances en materia de técnicas de reproducción humana asistida inicialmente recibieron un fuerte rechazo social porque era diferente<sup>37</sup>, por ejemplo la inseminación artificial con donante de semen<sup>38</sup>).

Además el argumento de lo que es natural aparece con frecuencia cuando se trata de cuestiones relativas a la reproducción de la mujer, por ejemplo para justificar ciertos comportamientos típicamente femeninos y derivados de su naturaleza: el carácter más instintivo, emocional, irracional, vulnerable, dulce, pacífico, etc <sup>39</sup>. O para condenar ciertas actitudes que se consideran antinaturales: la decisión de abortar, la entrega de un hijo/a en

---

Macmillan, 2006.

<sup>36</sup> Toda la obra de Badinter trata de desmontar la creencia en un instinto maternal de tipo animal, demostrando el carácter histórico y por lo tanto cultural, del deseo maternal (BADINTER, E.; *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel (XVIIe - XXe siècle)*, Paris, Flammarion, 1980).

<sup>37</sup> Con la utilización de las técnicas de reproducción asistida, no sólo ya se produce la disociación de sexo y reproducción que ya se había conseguido con la generalización de los métodos anticonceptivos, sino además se rompe, en cierta manera, la división público-privada, y el confinamiento de la reproducción a lo privado. Más allá de la pareja genitora, aparecen terceras personas claves en el nacimiento de ese nuevo ser, como por ejemplo el médico o el donante., LEMA AÑÓN, C. : *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 103.

<sup>38</sup> FRITH, L. : "Gamete donation and anonymity", *Human Reproduction*, vol. 16, No. 5, 2001, pp. 818-824.

<sup>39</sup> Tal y como han criticado el pensamiento feminista, ver por ejemplo BEAUVOIR, S.: *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, (1949, ed. 2001a Vol. I, 2001b Vol. II)

adopción, la ambición profesional por encima del interés en formar una familia, etc.

La objeción que considera que la gestación por sustitución supondría una alteración de las normas de filiación, podrían ser también resueltas con su modificación en la normativa civil aplicable<sup>40</sup>. En el caso de la donación de gametos, la normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida deja claro que estos donantes no tienen ningún derecho a reclamar ningún tipo de maternidad o paternidad legal sobre el hijo/a concebido mediante esta técnica, y con la que si que podrían llegar a tener un vínculo genético. También es el caso de los padres que entregan en adopción a su hijo/a, sobre el cual no podrán ejercer ningún derecho de reclamación de paternidad o maternidad en el futuro. De igual manera se podría establecer que la mujer que consintiera libremente en ceder el uso de su útero para gestar un hijo/a ajeno, podría igualmente regularse legalmente su renuncia a ejercer en el futuro ningún derecho como madre.

Permitir la gestación por sustitución estaría en coherencia con una postura legal cada vez más cercana a la consideración de la maternidad y la paternidad como decisiones voluntarias, buscadas y libremente consentidas de las personas en el ejercicio de su autonomía reproductiva y de su derecho a la reproducción<sup>41</sup>. El hecho que exista o no un vínculo genético entre los progenitores y el hijo/a<sup>42</sup>, o el dato de quien ha sido el cuerpo que ha gestado ese hijo/a debería ser datos meramente biológicos que no deberían impedir el reconocimiento por parte del derecho de esas nuevas formas de paternidad y maternidad, donde prima el respecto a la voluntad de las personas de reproducirse y de garantizar a la nueva vida, un respeto a sus derechos fundamentales y dotarle de una familia en la que crecer feliz y sano/a<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> El principio de "mater Semper certa est" debería cambiarse de sentido por "pater et mater incertus sunt" (LEONSEGUI, A.: "La maternidad portadora, sustituta. Subrogada o de encargo", *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1996, pp. 317-338).

<sup>41</sup> Acerca de la existencia del derecho a la reproducción en el marco del ordenamiento jurídico español GÓMEZ SÁMCHÉZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp.34; DE LORA, P.: "¿Qué hay de malo en tener hijos?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, pp. 45-64; SOUTO, B.: "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación por sustitución", *Feminismo/s*, diciembre 2006, pp. 181-195; IGAREDA, N. "El hipotético derecho a la reproducción", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2011, pp. 252-270, entre otros/as.

<sup>42</sup> Algunos autores aun admitiendo la posibilidad de legalizar la gestación por sustitución, exigen la relación genética de la menos uno de los progenitores para asegurarse que no constituyen situaciones abusivas o explotadoras (PUIGPELAT, F.: "La maternitat per substitució: una via per ampliar els drets reproductius de les dones?" o ALKORTA, I. "La regulació jurídica de la maternitat subrogada" en *VVAA: Las subrogació uterina: anàlisi de la situació actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010).

<sup>43</sup> Como algunos autores/as señalan a veces el énfasis legal (y especialmente judicial) del vínculo genético, sobre todo desde la generalización del test de DNA, crea la ficción de que la verdad genética es siempre lo mejor para el niño/a, incluso por encima de sus deseos y preferencias, y de espaldas a la realidad de relaciones afectivas y vínculos familiares que establece un niño/a que son mucho más complejos que la verdad genética (ver en este sentido SMART, C. : "Law and the regulation of family secrets", *International Journal of Law, Policy and*

Aun así, incluso entre los autores/as<sup>44</sup> que defienden el encaje constitucional de un derecho a la reproducción<sup>45</sup>, hay reticencias en admitir la gestación por sustitución porque consideran que los derechos no son absolutos, y que el derecho a la reproducción encuentra sus límites en el orden público y en los derechos fundamentales de terceros. Aquí aparece con fuerza el argumento de que la libertad de la mujer para disponer de su cuerpo no puede ir en contra de su dignidad y de la dignidad del hijo/a así concebido. Aunque la dignidad se ha configurado como un valor superior del ordenamiento jurídico, es también un concepto jurídico indeterminado. El concepto actual nace del pensamiento ilustrado, y actualmente "la dignidad de toda persona procede de su valor intrínseco como tal, como miembro de la humanidad y como ser autónomo y libre que determina sus propios fines y no es intercambiable por ninguno de sus semejantes (singularidad)"<sup>46</sup>. Quienes consideran la gestación por sustitución una violación a la dignidad de la mujer gestante, están una vez más identificando la capacidad gestacional de la mujer como su seña de identidad como persona, y su atributo de humanidad por excelencia<sup>47</sup>, y no reconocen como elemento inherente de su dignidad la autonomía reproductiva, la capacidad de tomar decisiones libremente sobre sus proyectos y planes de vida (al igual que sucede en el debate sobre el aborto).

Igualmente se esgrime en contra de la admisión de la gestación por sustitución, el hecho de que la legalización y generalización de esta práctica contribuiría a la explotación de mujeres en situaciones de desventaja social y económica, tal y como se evidencia en algunos de los países en los que se permite. También existen muchas otras prácticas en nuestra sociedad, que pueden ser constitutivas de formas de explotación de las mujeres, en las que se atenta contra su dignidad, y a veces contra algunos de sus derechos humanos, y no por esto no constituye un argumento de peso para su prohibición legal (por ejemplo algunos tipos de trabajos, o la prostitución). Además si la gestación por sustitución se realizara mediante una figura jurídica que asegurase su gratuidad y carácter altruista<sup>48</sup>, no debería por tanto

---

*the Family* 24 (3), 2010, pp. 397-413.

<sup>44</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

<sup>45</sup> Derecho a la reproducción que en cambio sí que está reconocido de manera explícita en las Constituciones de Grecia y Sudáfrica, que permite en consecuencia una regulación de la gestación por sustitución (EUROPEAN UNION: *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Parliament, 2013 disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>).

<sup>46</sup> BOLADERAS, M.: "Vida, vida humana, vida digna", *LOGOS, Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 40 (2007), pp. 108.

<sup>47</sup> Ver en este sentido ADORNO, R.: *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Tecnos, 1998; PANTALEÓN, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *RCEC*, 15 (mayo-agosto 1993), pp. 129-160.

<sup>48</sup> Hay autoras que proponen la adopción de una legislación similar a la británica, una filiación judicial posterior similar a la que se realiza en los casos de adopción (ALKORTA, I.: "La regulació jurídica de la maternitat subrogada" en *VVAA: Las subrogació uterina: anàlisi de la*



sospechase más de la gestación por sustitución que de otras prácticas similares donde el derecho las admite sin reservas como en la donación de sangre, órganos o gametos<sup>49</sup>. Tampoco se entenderían los recelos en admitir que la mujer está consintiendo libremente en ceder de manera altruista el uso de su útero, a no ser que dichos recelos se relacionen una vez más en las dificultades en admitir la plena capacidad de obrar de las mujeres cuando tienen que tomar decisiones de gran trascendencia para su vida, y en especial, para cuestiones relacionadas con su reproducción<sup>50</sup>.

A veces se alude a la necesidad de proteger la dignidad y los derechos fundamentales de esta nueva vida que se está creando, que podrá verse perjudicada si se permite la gestación por sustitución, y además que no tendrá capacidad para dar su consentimiento en ser de esta forma concebido/a. Pero lo mismo sucede con otras formas de técnicas de reproducción humana asistida (mediante fertilización in vitro, mediante donación de gametos masculinos o femeninos) o en la adopción, y no se considera que su dignidad está siendo menoscabada. Es más, a veces incluso se permiten ciertas prácticas donde esa nueva persona ni siquiera tiene el derecho a saber cómo fue concebido/a, y/o saber cuáles son sus orígenes biológicos, por ejemplo cuando se permite por ejemplo la donación anónima de gametos<sup>51</sup>.

---

*situación actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010) o mediante un especial acuerdo de cooperación entre la mujer gestante y la madre comitente (PUIGPELAT, F.: "La maternitat per substitució: una via per ampliar els drets reproductius de les dones?" en VVAA: *Las subrogació uterina: anàlisi de la situació actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010 ).

<sup>49</sup> Obviamente no es lo mismo la donación de sangre, gametos u órganos. Su consideración de partes o no del cuerpo humano, tienen consecuencias jurídicas en que puedan ser objeto de transacciones o no entre los hombres. Pero además, no es lo mismo la donación de sangre, que no tiene consecuencias para la integridad física del donante, que de gametos, que en el caso de las mujeres tiene ciertos riesgos para la integridad física de las donantes, además de que los gametos implican una potencialidad de vida humana diferente a la sangre (ver en este sentido por ejemplo ROMEO, C.M; PASLACK, R.; SIMON, J.W.: "Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European Countries", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 38, 2013, pp. 15-42). La donación de los órganos es incluso más compleja, porque obviamente suponen un menoscabo en la integridad física de las personas, pero aun así está permitida su donación en nuestro ordenamiento jurídico, siempre sometido a estrictos requisitos y fuertemente supervisado por las instituciones pertinentes. La cesión del útero en los casos de gestación por sustitución supone un acto de donación de diferente naturaleza, más cercano a la donación de gametos, que a la de órganos.

<sup>50</sup> Por ejemplo la necesidad de que transcurran tres días desde la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo hasta la realización del aborto, en el actual artículo 14.b de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. También objeciones parecidas en LACADENA, J.R.: "La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: consideraciones científicas y éticas", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 24, 2006, pp. 157-184.

<sup>51</sup> En investigaciones sobre la actitud de los padres en desvelar a sus hijos/as como han sido concebidos y en los países en los que la maternidad por sustitución es legal, la mayoría de los casos de maternidad por sustitución los hijos/as han sido informados por sus padres cómo han sido concebidos (ver por ejemplo READINGS, J.; BLAKE, L.; CASEY, P.; JADVA, V.; GOLOMBOK, S. "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", *Reproductive BioMedicine Online*, 22,

Esto en cambio resulta una cuestión sumamente controvertida ya que en numerosos países europeos la donación de gametos está permitida, pero siempre que el menor pueda conocer sus orígenes genéticos si quiere al alcanzar la mayoría de edad, para poder así garantizar el derecho a conocer los orígenes biológicos contenidos en la Convención Europea de los Derechos del Niño (1989). España ha ratificado la Convención el 6 de diciembre de 1990, y ha entrado en vigor el 5 de enero de 1991, y aun así, se interpreta compatible con el mantenimiento del anonimato de donantes de gametos, y en contradicción con la legislación sobre adopción en el que en cambio sí que se reconocer ese derecho a conocer<sup>52</sup>. Por lo tanto, resulta al menos, discutible que se utilice en contra de la gestación por sustitución este argumento, cuando no resulta problemático en otras formas de técnicas de reproducción humana asistida legalmente admitidas y vigentes en el ordenamiento jurídico español.

#### 4. UNA PROPUESTA DE DEBATE A MODO DE CONCLUSIÓN

Consideramos que los cambios sociales<sup>53</sup>, científicos<sup>54</sup> y de género<sup>55</sup>, obligan a que nuestra sociedad se replantee y discuta de nuevo, las razones por las que la gestación por sustitución fue excluida de las técnicas de reproducción humana asistida admisibles en España desde la primera ley de 1988. A pesar de que el momento político actual no parece ser el más adecuado, ya que la cuestión más inmediata e importante sobre reproducción humana en la agenda política es la reforma de la vigente legislación sobre interrupción voluntaria del embarazo<sup>56</sup>, el Derecho no puede obviar la realidad

---

2011, pp. 485-495.

<sup>52</sup> Ver sobre este aspecto VILLAGRASA, C.; RAVETLLAT, I. (coord.): *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Barcelona, Bosch, 2006 o LEMA AÑÓN, C.: *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, Trotta, 1999).

<sup>53</sup> La cada vez mayor generalización de las técnicas de reproducción humana asistida, la cada vez mayor aceptación de la maternidad y paternidad social, sin necesidad de que exista un vínculo biológico entre los progenitores y los hijos/as como ocurre en la adopción o en otras formas de técnicas de reproducción asistida con donantes de gametos; la aparición de nuevas formas de familia que cuentan con reconocimiento legal y social (como es el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo).

<sup>54</sup> La gestación por sustitución es posible científicamente desde la década de los 80, y su generalización, así como otras formas de reproducción asistida, avanzan de manera mucho más rápida, que las modificaciones del derecho para adaptarse a estas nuevas realidades sociales.

<sup>55</sup> La sociedad española presente importantes avances en los principales indicadores de igualdad de género, y socialmente está más aceptado que el rol de las mujeres no queda limitado únicamente a la maternidad y a su papel de esposas y cuidadoras. Aun así, y tal como muchas veces el derecho refleja, pervive en nuestra sociedad esa identificación de la identidad de la mujer con su función maternal que ayuda a entender los argumentos morales contra las mujeres gestantes que consienten libremente en gestar un bebé para otras personas (ver por ejemplo IGAREDA, N. *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, Saarbrücken: Editorial académica española, 2012).

<sup>56</sup> De ahí el actual anteproyecto de Ley Orgánica sobre la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada.

cada vez más creciente de parejas españolas (especialmente homosexuales) que viajan a otros países donde la gestación por sustitución está permitida.

El debate legal y social en España y su hipotética admisión, supondría un elemento disuasorio del turismo reproductivo<sup>57</sup>, una realidad cada vez más creciente<sup>58</sup>, tal y como lo demuestra esta número cada vez más numeroso de personas que viajan a otros países para acceder a la gestación por sustitución cuando en España no está permitida<sup>59</sup>. Las razones que se esgrimen en contra del turismo reproductivo son que supone una discriminación por clase social, dificulta el control sobre la calidad médica que se ofrece en las técnicas de reproducción humana asistida, puede suponer una fuente de explotación para mujeres en países del tercer mundo y además de que la industria reproductiva se convierte en una actividad comercial más. Igualmente se señalan algunos problemas que presentan el turismo reproductivo en los casos de gestación por sustitución cuando se producen en países como India, Rusia o Ucrania, donde conforme a sus leyes los niños no obtienen la nacionalidad del territorio donde han nacido, sino la nacionalidad de sus progenitores<sup>60</sup>. Así que si quieren sacar a los niños del país, necesitan la autorización consular de sus países, que pueden ser denegados, y por lo tanto los niños quedarían apátridas y con una filiación incierta, además de quedarse atrapados en los países donde nacieron pero de los que no son nacionales<sup>61</sup>.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre gestación por sustitución, ha visibilizado esta realidad social. En este caso, el Tribunal Supremo ha cerrado la vía a una legalización "de facto" que se venía produciendo de contratos de gestación por sustitución realizados en países donde era legalmente admisible por parte de parejas españolas, que luego inscribían a sus hijos/as en el registro Civil español, gracias a la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados (DGRN) de 18 de febrero de 2009 y la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El Tribunal Supremo ha señalado que no se puede contradecir por vía reglamentaria, lo

---

<sup>57</sup> Se denomina turismo reproductivo, cuando nacionales de un país viajan a otros para acceder a técnicas de reproducción asistida que en su país de origen no son legales. La European Society of Human Reproduction and Emryology ha criticado la utilización del término turismo reproductivo porque banaliza las razones por las que las personas acceden a las TRA, y prefiere la utilización del concepto "cross-border reproductive care" (LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012, pp. 22).

<sup>58</sup> Que preocupa especialmente a las autoridades comunitarias, dada la libre circulación de personas, bienes y servicios dentro del espacio europeo, a pesar de que la Unión Europea no tiene competencias para legislar sobre estas cuestiones (ver por ejemplo ROMEO, C.M.; PASLACK, R.; SIMON, J.W.: "Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European Countries", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 38, 2013, pp. 34.)

<sup>59</sup> A pesar de la ausencia de datos sobre este fenómeno, ni siquiera en aquellos países donde la gestación por sustitución está legalizada, como en el Reino Unido.

<sup>60</sup> A diferencia de los niños/as nacidos en Estados Unidos, que obtienen la nacionalidad estadounidense por haber nacido en el país.

<sup>61</sup> LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2012, pp. 22-23.

que con rango de ley ordinaria no está permitido, y en todo caso, apunta, que el cambio de la ley es competencia del poder legislativo, y no del poder judicial, y que por tanto, el cambio de regulación sobre la gestación por sustitución en España no puede realizarse por la vía jurisprudencial<sup>62</sup>.

Igualmente se está señalando por parte de un sector de la doctrina<sup>63</sup>, que también con la aprobación de la nueva Ley de Registro Civil, mediante la ley 20/2011 de 21 de julio, que entrará en vigor el 22 de julio de 2014, se ha desaprovechado una oportunidad de modificar el principio de "mater sempre certa est", y de la regla de filiación materna por el parto. No sólo porque los nuevos artículos 98 y 96 de la nueva Ley de Registro Civil no permitirán la inscripción de la filiación que haya tenido su origen en contratos de gestación por sustitución, y por lo tanto, se considere que esos certificados o sentencias judiciales extranjeras no pueden reconocerse porque son incompatibles con el orden público español, siempre que permanezca el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida del 2006. Sino que en esta nueva Ley de Registro Civil no ha sido objeto de discusión la necesidad de adecuar las reglas de filiación existentes, ni si era pertinente revisar las consecuencias legales que se otorgan a las diferentes formas de ser madres, o que incluso podría distinguirse las consecuencias jurídicas en materia de filiación a una mujer gestante, de una madre en sentido biológico (que gesta y además tiene vínculo genético con el hijo/a<sup>64</sup>) o madre en un sentido social, que ni gesta<sup>65</sup>, y puede o no, tener un vínculo genético con su hijo<sup>66</sup>).

Además su discusión política, legal, social y sobre todo ética, obligaría a repensar las reticencias a modificar el principio de "mater sempre certa est", y sería deseable, que en el debate público sobre el significado y consecuencias legales que como sociedad otorgamos a la maternidad biológica<sup>67</sup>, genética<sup>68</sup> y

---

<sup>62</sup> Sobre esta anomalía legal ya se había pronunciado un importante sector de la doctrina, haciendo muy previsible el pronunciamiento final del Tribunal Supremo al respecto. Ver en este sentido VELA, A. j. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *Diario La Ley*, nº 7815, Sección Doctrina, 9 marzo 2012; DE BARRÓN, M. "La posibilidad de inscribir en el registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 31, 200, pp. 29-41.

<sup>63</sup> Ver por ejemplo SÁEZ-SARTUNTÚN, M. "La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014", *Diario La Ley*, nº 8293, Sección Tribuna, 15 Abril 2014.

<sup>64</sup> Por ejemplo, el caso "normal" de maternidad biológica sin intervención o con la ayuda de alguna técnica de reproducción asistida, pero donde la madre es quien gesta y también aporta su óvulo.

<sup>65</sup> Por ejemplo el caso de una madre comitente en una gestación por sustitución, que ha aportado su óvulo.

<sup>66</sup> Por ejemplo el caso de una madre comitente en una gestación por sustitución, que tampoco aporta su óvulo.

<sup>67</sup> Por maternidad biológica entendemos aquella maternidad determinada por el parto, independientemente si existe o no vínculo genético entre la gestante y el bebé. Es esta la maternidad que prima en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>68</sup> Por maternidad genética entendemos aquella maternidad determinada por el vínculo

social<sup>69</sup>, las mujeres estuvieran presentes no como objetos, sino como sujetos de derechos y ciudadanas que deliberan<sup>70</sup>.

La hipotética regulación de la gestación por sustitución daría pues una respuesta a una creciente demanda social, supondría un obstáculo al turismo reproductivo, constituiría un instrumento para garantizar el derecho a la reproducción de cierta parte de la población, ofrecería seguridad jurídica a las partes, y permitiría un control legal de las condiciones para no incurrir en situaciones de explotación o de falta de ética.

Asimismo representaría una oportunidad para decidir como sociedad si el reconocimiento jurídico a las relaciones de parentesco, en este caso, el reconocimiento de la condición de progenitores, se hace atendiendo a un criterio de maternidad y paternidad social, basado en la voluntad de esas personas de ser padres y asumir en consecuencia las obligaciones de cuidado de esa nueva vida<sup>71</sup>. O si por el contrario, se continúa dando prioridad sobre todo en el caso de la maternidad<sup>72</sup>, a las relaciones puramente biológicas como la gestación, como un episodio de la vida de una mujer que la convierte automáticamente en madre, en aras de un determinismo biológico, obviamente obsoleto a la luz de los cambios sociales y científicos descritos.

---

genético entre la madre y el bebé, independientemente de si la madre ha sido o no quien ha dado a luz a la criatura. Esta maternidad podría ser la que se reconoce en los países donde se permite la gestación por sustitución y se reconoce como madre comitente aquella que ha aportado su óvulo.

<sup>69</sup> Por maternidad social entendemos la maternidad reconocida legalmente, sea biológica, genética o adoptiva, y en la que no se exige un vínculo genético de la madre con el hijo/a, sino que se otorga un reconocimiento jurídico a la voluntad de ser madre y la asunción de los deberes y obligaciones como progenitor respecto a esa criatura.

<sup>70</sup> IGAREDA, N. "Las mujeres como objeto y no como sujeto de las técnicas de reproducción humana asistida" en Boladeras, M. (editado): *Bioética, género y diversidad cultural*, Cánoves i Samoles: Proteus, 2012, pp. 447-490.

<sup>71</sup> SMART, C. "Law and the Regulation of Family Secrets." *International Journal of Law, Policy and the Family* 24, no. 3, 2010, pp. 397-413

<sup>72</sup> Con la excepción de la adopción.



## DERECHO ABSTRACTO Y ESTADO JURÍDICO EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO HEGELIANO

Miguel Alejandro Herszenbaun

CONICET / UBA / CIF / GEK

J. D. Perón 2120 4 B CABA, Argentina

(0054) 11 4 953-2667

herszen@hotmail.com

**RESUMEN:** Nuestro trabajo analiza la concepción hegeliana del Derecho en la Filosofía del Derecho y en la Fenomenología del espíritu. Sostendremos que a través del "Derecho abstracto" y el "estado jurídico" de dichas obras Hegel expone las notas distintivas del Derecho positivo y la concepción de lo político presupuesta en él. Esta caracterización conducirá a la conclusión de que la concepción de lo político bajo estas formas conceptuales es insuficiente y necesita complementarse con figuras más complejas, pues suponen una estructura normativa vacía de contenido conducente a la destrucción de las propias libertades que pretenden defender.

**ABSTRACT:** *This paper analyses how Hegel understands the Law in his Philosophy of Right and in his Phenomenology of Spirit. I claim that the analysis presented in "Abstract Right" and in "Legal Status" of these books let us understand how Hegel sees the positive Law and, specially, the conception of politics that is assumed in the positive Law. This description of the Law will reveal its deficiencies and its need to be completed with more complex conceptual structures. It will be proved that the abstract Law and the Legal Status are insufficient figures for the understanding of the politics, in that they suppose a normative structure without any content and that leads to the destruction of the same liberties which they pretended to defend.*

**PALABRAS CLAVE:** derecho positivo, derecho abstracto, atomismo político, filosofía del derecho, fenomenología del espíritu

**KEY WORDS:** *positive Law, abstract right, political atomism, philosophy of right, phenomenology of spirit.*

**Fecha de recepción:** 28 de octubre de 2014.

**Fecha de aceptación:** 4 de noviembre de 2014.

### 1.- INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, pretendemos abordar la caracterización hegeliana del "Derecho abstracto" tal como ésta se presenta en su *Filosofía del Derecho* y el "Rechtszustand" o estado jurídico descrito en la *Fenomenología del espíritu*. El sentido de este tratamiento conjunto consiste en poder analizar la concepción de lo político que estaría a las bases de aquellas descripciones de lo jurídico que hoy en día llamaríamos "Derecho positivo". Sostendremos la tesis según la cual la concepción de lo político presupuesta bajo el Derecho positivo (Derecho abstracto y estado jurídico) conduce a la destrucción de las propias libertades que estas figuras pretenden constituir. Así, el objetivo de nuestro trabajo exige comenzar por un esclarecimiento de las notas distintivas del Derecho positivo tal como Hegel lo ve, para luego poder pasar a comprender las insuficiencias que Hegel encuentra en su concepción presupuesta de lo político.

Así nuestro trabajo consistirá, entonces, en un primer apartado en el que abordaremos el "Derecho abstracto" como se presenta en la *Filosofía del Derecho*; un segundo apartado en que estudiaremos el estado jurídico presente en la *Fenomenología del espíritu*; y finalmente, las conclusiones donde recapitularemos sobre el sentido que tendría para Hegel esta descripción del Derecho.

## 2.- EL DERECHO ABSTRACTO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

La primera sección de la *Filosofía del Derecho* se llama "el Derecho abstracto" y se ocupa de un ordenamiento jurídico positivo basado en la noción de persona y de derechos subjetivos<sup>1</sup>. La misma elección de Hegel de llamarlo "abstracto" nos revela que para el autor esta concepción del Derecho tendrá algo de insuficiente, de carente de contenido. Y si vemos los contenidos de esta sección (Propiedad, Contrato, Injusticia –violencia y delito–) tampoco dudaremos en reconocer en él a nuestro Derecho Público y Privado. Es menester señalar que Hegel no estará criticando al Derecho Privado o al Derecho Público en sí mismos<sup>2</sup>, sino que entendiendo que la *Filosofía del Derecho* no es un tratado de Derecho, sino un texto de filosofía política, lo que se pretende en él es llevar a cabo un análisis de los elementos lógico-conceptuales fundamentales a través de los cuales se piensa lo político y lo social. Con lo cual, en el tratamiento del "Derecho abstracto" Hegel analiza los elementos conceptuales que están a la base de toda relación jurídica (podríamos decir social o política) de acuerdo con el Derecho tal como lo entendemos contemporáneamente: esto es, como una relación fundada en los conceptos de "persona" y derechos subjetivos<sup>3</sup>.

La descripción hegeliana de nuestro Derecho positivo es compleja. Veamos los puntos fundamentales de esta caracterización. Hegel comienza señalando algunos de los conceptos fundamentales del Derecho abstracto. Entre ellas, se destaca la noción de personalidad.

---

<sup>1</sup> Cfr. HEGEL, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004, pp. 57-59, 60. Allen Wood señala que el Derecho abstracto se refiere a los derechos subjetivos, particularmente a lo que en la tradición iusfilosófica se ha llamado derechos naturales. También lo identifica con el Derecho a la libertad y a la propiedad, cfr. WOOD, A. W., *Hegel's ethical thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 22.

<sup>2</sup> Joachim Ritter señala la relación del Derecho abstracto, con el Derecho Romano y particularmente con el Derecho positivo. Cfr. RITTER, J., "Person and Property in Hegel's Philosophy of Right", en PIPPIN, R., *Hegel on Ethics and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 103-106. Vale aclarar aquí que Hegel no usa la terminología que habitualmente utilizamos como Derecho Público, Derecho Privado o Derecho positivo. En todo caso, lo que Hegel critica bajo la figura del Derecho abstracto es la concepción de lo jurídico, lo social y lo político que se presupone en las instituciones tradicionales del Derecho Privado.

<sup>3</sup> Sobre el carácter abstracto de la personalidad puede verse WOOD, A. W., *Hegel's ethical thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p.134.

“La personalidad contiene la capacidad jurídica y constituye el concepto y el fundamento –él también abstracto- del Derecho abstracto y por ello *formal*. El precepto del Derecho es, por lo tanto: *sé una persona y respeta a los demás como persona*”<sup>4</sup>.

En este sentido vemos que el Derecho abstracto se caracteriza por el lugar ocupado por la persona, tiene el fundamento en la personalidad, en la capacidad jurídica del individuo, en su ser sujeto de derechos. El Derecho así presentado concibe una realidad compuesta por átomos jurídicos, individuos aislados<sup>5</sup>, figura análoga a la presentada por Locke en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*<sup>6</sup>. Locke presenta en dicha obra una sociedad conformada por átomos políticos, esto es, individuos particulares con derechos subjetivos que interactúan en el libre ejercicio de los mismos. El Estado encuentra su fundamento en los derechos subjetivos de estos particulares, en tanto estos le dan su origen para que opere como garante del libre ejercicio de dichos derechos

Ahora bien, Hegel afirma que

“respecto de la acción concreta y de la situación moral y ética, el Derecho abstracto es sólo una posibilidad frente a un contenido ulterior, por el cual la determinación jurídica es sólo un permiso o una autorización. A causa de su misma abstracción, la necesidad de este Derecho se limita a algo negativo: no lesionar la personalidad y lo que de ella se sigue. Sólo hay por lo tanto prohibiciones jurídicas, y la forma positiva de los preceptos jurídicos, según su contenido, tiene como fundamento, en última instancia, la prohibición”<sup>7</sup>.

En esta caracterización del Derecho abstracto, podemos encontrar dos puntos fundamentales que se encuentran fuertemente entrelazados. Por un lado, la descripción del Derecho abstracto como separado de cierto supuesto “contenido ulterior”. Por el otro, una descripción de las obligaciones fundamentales del Derecho como el mero deber de “no lesionar la personalidad” de otros, principio que, por otra parte, es concordante con el anteriormente descrito “respeta a los demás como persona”. De acuerdo con este último punto, el contenido del Derecho abstracto está dado exclusivamente en una forma negativa, en la prohibición de dañar al otro, mientras que todo su contenido positivo se limita a ser una mera posibilidad, el

---

<sup>4</sup> HEGEL, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p. 36.

<sup>5</sup> D. Knowles señala tanto el carácter vacío de esta “personalidad” como también su carácter autónomo. Cfr. KNOWLES, D., *Hegel and the Philosophy of Right*, Routledge, London, 2002, p. 88.

<sup>6</sup> Cfr. LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1981, §§ 21, 87, 95, 99.

<sup>7</sup> HEGEL, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p. 38.

ejercicio libre de los derechos sin afección a terceros.

Ahora bien, debemos ahondar en esta mentada falta de contenido del Derecho abstracto, concordante con su caracterización como una determinación jurídica limitada a meros principios formales y negativos. La concepción de lo jurídico tal como está plasmada en la figura del Derecho abstracto presupone una comprensión de lo social como una sumatoria de individuos aislados con derechos subjetivos, esto es personas autónomas unas de otras, que se rigen exclusivamente por el libre ejercicio de sus derechos y por el principio negativo de no dañar. Esta figura de la razón entiende la instauración de la sociedad según la comprendía Locke. La abstracción que supone la descripción de lo político a manos de la figura "Derecho abstracto" implica pensar a una comunidad a través de un entramado conceptual incapaz de captar sus particularidades culturales, históricas, religiosas, éticas y morales. Esta descripción de lo político, aparentemente aséptica y ahistórica, y por tanto universalmente válida y aplicable a toda sociedad, se corresponde exclusivamente con la concepción de lo político propia de la moderna sociedad burguesa. La falta de contenido propia del Derecho abstracto a través del cual se piensan meros átomos políticos homogéneos, esencialmente propietarios, no es una descripción universal del componente mínimo de lo político y fundante de la sociedad, sino que es una figura particular del desarrollo de la razón, en un momento histórico, y que hace ciertos aportes a dicho desarrollo, aunque padezca de carencias e insuficiencias<sup>8</sup>.

El Derecho abstracto sólo puede dar un entramado básico para el libre desarrollo en sociedad, pero no puede ofrecer nada más. El mero principio negativo y el mero reconocimiento de derechos no determina qué es lo justo, qué debe hacerse, cómo conformar las instituciones necesarias para la supervivencia de la sociedad ni cómo conducirnos. Por este motivo, Hegel caracteriza al Derecho como *abstracto* frente a "la acción concreta y la situación moral y ética".

Hegel se refiere con *moral* y *ética* a dos momentos posteriores del desarrollo de la razón en este plano político<sup>9</sup>. En dichos momentos, nos

---

<sup>8</sup> Michael Quante presenta a la personalidad como un principio doble que opera, por un lado, como un principio general de la *Filosofía del Derecho* y, por el otro, como un principio particular del Derecho abstracto. Cfr. QUANTE, M., "Die Persönlichkeit des Willens" als Prinzip des abstrakten Rechts. Eine Analyse der Begriffslogischen Struktur der §§ 34-40 von Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts*" en SIEP, L., (ed.), *Klassiker Auslegen G.W.F Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Akademie Verlag, 1997, pp. 74-75. De esta manera, el principio particular del Derecho abstracto hace un aporte a la comprensión de lo político que excede a su propio momento. Por su parte, K. Westphal señala la relación del Derecho abstracto con las teorías políticas liberales y, especialmente, con el Derecho de propiedad. Cfr. WESTPHAL, K., "The basic context and structure of Hegel's Philosophy of Right", en BEISER, F., *The Cambridge Companion to Hegel*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 247.

<sup>9</sup> "Respecto del Derecho formal se dijo que sólo contenía prohibiciones, que la acción estrictamente jurídica tenía por lo tanto únicamente una determinación negativa respecto de la

encontramos con un sujeto ya introducido en contextos sociales concretos, en instituciones sociales que determinan un cierto contenido axiológico o normativo<sup>10</sup>. En la esfera ética, por ejemplo, encontramos al individuo al interior de la familia, lo que implica encontrarlo atravesado por una cierta normatividad que excede al mero Derecho abstracto y no se reduce al mero ejercicio de derechos subjetivos y al respeto del principio de no dañar. Esto no quiere decir que en este ámbito no rija el Derecho abstracto, sino, antes bien, que el Derecho abstracto opera como una primera matriz político-axiológica-normativa, sobre la cual se estructuran instituciones concretas de mayor complejidad<sup>11</sup>. Ahora bien, ni el Derecho abstracto ni la concepción de lo político que él presupone pueden explicar por sí mismos estos otros niveles de normatividad<sup>12</sup>. En eso consta, precisamente, su carácter abstracto y su insuficiencia.

Como se puede ver, el Derecho abstracto establece el reconocimiento de derechos personales y el deber de no dañar; pero estos contenidos son formales, abstractos y vacíos: no indican ningún otro contenido axiológico positivo<sup>13</sup>. Podríamos decir que imponen principios formales o una cierta

---

voluntad de los demás. En lo moral, por el contrario, la determinación de mi voluntad respecto de los demás es positiva [...]. Se presenta aquí una producción o una alteración de la existencia que está en relación con la voluntad de los demás. El concepto de la moralidad es el interno relacionarse consigo de la voluntad. Pero aquí no hay sólo una voluntad, sino que su objetivación tiene al mismo tiempo la determinación de que en ella se elimina la voluntad individual, por lo cual, al desaparecer la determinación de la unilateralidad, resultan puestas dos voluntades y una relación positiva de una a la otra. En el Derecho no importa si la voluntad de los demás quiere algo en relación con mi voluntad, que se da su existencia en la propiedad. En lo moral se trata, por el contrario, también del bienestar de los otros; esta relación positiva sólo puede aparecer en este lugar”, HEGEL, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p. 117. “La eticidad es la idea de la libertad como bien viviente que tiene en la autoconciencia su saber, su querer y, por medio de su actuar, su realidad, actuar que tiene a su vez en el ser ético su fundamento en y por sí y su fin motor. Es el concepto de la libertad que ha devenido mundo existente y naturaleza de la autoconciencia”, Ob. Cit., p. 157. Wood (*Hegel's ethical thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 127 y ss.) presenta el desarrollo completa de la noción hegeliana de moralidad en la *Filosofía del Derecho*. Según Wood la diferencia entre moralidad y eticidad está dada por el punto de vista desde el cual se describe y comprende la vida ética: La moralidad supone una comprensión abstracta, esto es, desde el punto de vista del particular, del rol llevado a cabo por él (Ob. cit., p. 132). La eticidad supone, por otra parte, por un lado una cierta estructuración social con la cual, asimismo, el individuo se siente armoniosamente identificado (Ob. cit., p. 196).

<sup>10</sup> “De este modo lo ético tiene un contenido fijo que es por sí mismo necesario y una existencia que se eleva por encima de la opinión subjetiva y del capricho: las *instituciones y leyes existentes en y por sí*”, HEGEL, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p. 157.

<sup>11</sup> Ricoeur sugiere que en Hegel las instituciones colectivas son hipostasiadas, lo que llevaría a una peligrosa reducción de la responsabilidad de los agentes actuantes en ellas. Cfr. RICOEUR, P., “Hegel y Husserl sobre la intersubjetividad” en *Del texto a la acción*, México, FCE, 2000, pp. 277-278.

<sup>12</sup> H. Tristram Engelhardt Jr. describe distintos niveles de normatividad en la *Filosofía del Derecho* cfr. ENGELHARDT, Jr. H. T., PINKARD, T., *Hegel reconsidered beyond metaphysics and the authoritarian state*, Springer Science+Business Media, Dordrecht, 1994, p. 214.

<sup>13</sup> H. Tristram Engelhardt Jr. hace referencia a esta falta de contenido de la normatividad



normatividad de carácter mínimo. Y supone una concepción de lo político y jurídico desde la cual todo otro deber impuesto es visto como una limitación o acotamiento de los derechos de los particulares<sup>14</sup>. El Derecho abstracto *por sí mismo* resulta ineficaz y carece de realidad, entendiéndose por ella la efectiva realización de la conciencia o la voluntad en el ser, en el plano objetivo. El Derecho así entendido aporta elementos que posibilitan el reconocimiento del individuo, pero permanece en un nivel de abstracción insuficiente para describir y explicar adecuadamente la vida en sociedad. Las instancias superiores y de mayor complejidad de lo social y lo político no pueden ser explicadas a través del mero Derecho abstracto. En consecuencia, la *Filosofía del Derecho* deberá extender su concepción de lo jurídico a fin de abarcar otras formas de normatividad. Estas otras formas de normatividad plasmadas en las figuras correspondientes a la *moral* y la *ética* aportarán un contenido concreto que excede al mero mandato de no dañar del Derecho abstracto. En lo siguiente, veremos que la insuficiencia del Derecho abstracto conduce, incluso, a contradicciones que exigen la superación de esta concepción de lo político. La figura resultante de la concepción de lo político correspondiente al Derecho abstracto conduce a una visión de la sociedad como un terreno de enfrentamiento perpetuo analogable a la guerra de todos contra todos descrita por Hobbes en *Leviatán*<sup>15</sup>.

### **3.- EL ESTADO JURÍDICO O RECHTSZUSTAND EN LA FENOMENOLOGÍA DEL ESPÍRITU**

La *Fenomenología del espíritu* es una obra de enorme complejidad con un programa excesivamente amplio y elaborado: con sólo revisar su índice alcanza para advertir que la compleja obra de Hegel abarca cuestiones estrictamente epistemológicas que suponen nociones tales como percepción, entendimiento, autoconciencia, como también abarca temáticas propias de la filosofía práctica como la Ilustración, la religión, el arte y períodos históricos como el mundo griego. Por este motivo, resultará necesario contextualizar brevemente el apartado "Rechtzustand" que nos interesa especialmente.

La *Fenomenología* no sólo aborda una multiplicidad de temas, sino que lo hace desde una diversidad de perspectivas. La obra se encuentra dividida en tres secciones principales. La primera de ellas, "Conciencia", aborda problemas

---

establecida por el Derecho abstracto cfr. Loc. Cit.

<sup>14</sup> "El deber que obliga sólo puede aparecer como una limitación frente a la subjetividad indeterminada o libertad abstracta, y frente a la voluntad natural o a la voluntad moral que determina a su arbitrio su indeterminado bien. El individuo tiene por el contrario en el deber su liberación, por una parte de la dependencia en que está en el impulso meramente natural y de la opresión que sufre en cuanto particularidad subjetiva en las reflexiones morales del deber ser y del poder ser, por otra parte, de la subjetividad indeterminada que no alcanza la existencia y la determinación objetiva del actuar y permanece en sí misma carente de realidad. En el deber el individuo se libera y alcanza la libertad sustancial", HEGEL, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p. 159.

<sup>15</sup> Cfr. HOBBS, T., *Leviatán*, Losada, Buenos Aires, 2003, pp. 128-130.

propriadamente gnoseológicos y metafísicos desde la perspectiva de una conciencia singular y en un nivel lógico, esto es, atemporal. La sección segunda, "Autoconciencia", continúa con un tratamiento de problemas epistemológicos y metafísicos, pero introduce problemas propios de filosofía práctica, además de ofrecer un tratamiento en el que se pone en juego una multiplicidad de conciencias. Por otra parte, Hegel parece dejar aquí de lado el análisis meramente lógico o de momentos lógicos, para tomar en consideración aspectos históricos, lo que se advierte por ejemplo en la mención del estoicismo. De modo tal que a partir de este capítulo la *Fenomenología* pasa a incorporar temáticas íntimamente vinculadas con la filosofía práctica. En la tercera sección, "Razón", nos encontramos con instancias intersubjetivas, esto es, múltiples autoconciencias que interactúan. Aquí nos encontramos con elementos culturales sumamente desarrollados como la moral, la religión, el arte, la política y la filosofía. En este elevado nivel de desarrollo de la razón encontramos el tratamiento hegeliano del "Rechtszustand" o "estado de Derecho"<sup>16</sup>.

Sin embargo, Hegel no está hablando aquí estrictamente de lo que nosotros entendemos por "Estado de Derecho". El estado de Derecho o jurídico consiste en un momento particular en el desarrollo de la razón y de la cultura, el cual se caracteriza por encontrar el fundamento político de la sociedad en el Derecho positivo, en el reconocimiento de la personalidad jurídica y sus derechos subjetivos. Este momento es homologado al momento histórico del Imperio Romano, aunque se suele decir que Hegel está describiendo la Alemania de su época, en la que bajo la autoridad política incuestionable del Káiser surge la burguesía nacional.

En todo caso, lo que nos interesará es presentar esta caracterización del estadio jurídico, ver qué aportes fundamentales hace al desarrollo de la cultura y ver cuáles son sus deficiencias y carencias. Veremos cómo se integran la figura del estadio jurídico con el Derecho abstracto presentado en la *Filosofía del Derecho* para presentar una crítica de esta concepción de lo político y social. Ahora bien, para comprender el aporte concreto de la sección "Rechtszustand" será necesario tomar en consideración la sección inmediatamente anterior.

El "estado de Derecho" es la sección (c) de una sección mayor llamada

---

<sup>16</sup> Wenceslao Roces traduce "estado de Derecho" en su clásica edición de la *Fenomenología del espíritu*, México D.F., FCE, 1973, p. 283. Antonio Gómez Ramos traduce "estado jurídico" en su excelente edición bilingüe de la *Fenomenología del espíritu*, Madrid, UAM, 2010, p. 567. Aunque *Zustand* debe ser traducido por "estado" o "situación", en la medida en que el término "estado" en español puede parecer referir a "Estado", proponemos traducir "estadio o situación de Derecho/jurídica". El término "estadio" también remite a un estado de cosas, agregando el sentido de ser una etapa o fase de un proceso, lo cual no es contrario al sentido que tienen las distintas figuras en la obra de Hegel. En todo caso, debe ser claro que aquí "estado" equivale siempre a "estado de cosas" y nunca a "Estado". El término para "Estado de Derecho" sería "Rechtstaat".

“El espíritu verdadero, la eticidad”. Las secciones (a) y (b)<sup>17</sup> corresponden al mundo griego. Allí juega un papel fundamental la figura de Antígona. El mundo griego, el mundo de la polis, según Hegel, se caracteriza por el mandato del gobernante, por el deber de obedecer al gobernante que representa a la totalidad de la comunidad<sup>18</sup>. Así, los individuos están sujetos a la voluntad de la totalidad representada en la figura de la ley<sup>19</sup>.

El drama de Antígona es esencialmente de naturaleza político y revela la insuficiencia de la figura griega para comprender lo político. Allí el soberano prohíbe el entierro y los sacramentos religiosos para el cadáver del hermano de Antígona, Polinices, culpable de traición a la patria. Con esto, el gobernante pone a la totalidad por sobre todo Derecho individual, o lo que Hegel contrapone como ley humana y ley divina. La ley humana es aquella que rige la vida de la polis, la ley divina es la que manda los ritos religiosos y funda la individualidad espiritual de la persona del difunto. Antígona no desconoce estar obligada por la ley humana. Pero también ve en esta disposición un acto tiránico y cruel. Por su parte, Creonte sólo ve en la desobediencia de Antígona un capricho infundado. Ninguno de los personajes contrapuestos puede ver el factor legitimante del actuar del otro y, por tanto, sólo pueden ver la legitimidad de la normativa que rige a cada uno<sup>20</sup>.

La prohibición de Creonte y la desobediencia de Antígona llevan a la destrucción de Antígona, pero también a la destrucción de la figura ético-política aquí presentada, esto es, a la destrucción del gobernante y su correspondiente concepción del deber jurídico. De esta manera, el drama de Antígona es un drama político que pone en evidencia la contradicción y oposición entre el individuo particular y la comunidad, correspondiente a la concepción política griega. La desobediencia de Antígona detona un conflicto interno a la concepción griega de lo político. Creonte y la concepción griega de lo político caen por una contradicción interna y no como producto final de un conflicto político causal o circunstancial. La lógica interna de lo político en el mundo griego contiene sus propios límites, sus insuficiencias y contradicciones, y cae por el propio peso de éstas.

---

<sup>17</sup> “a. El mundo ético, la ley divina y la ley humana, el hombre y la mujer” HEGEL, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, edición bilingüe de Antonio Gómez Ramos, Madrid, UAM, 2010, p. 527 y “b. La acción ética, el saber humano y el saber divino, la culpa y el destino” Ob. cit., p. 547.

<sup>18</sup> Cfr. Ob. cit., p. 565. También cfr. Ob. cit., p. 537 “La cosa pública, ley superior y manifiesta bajo el sol, tiene su vitalidad efectiva en el gobierno. [...] En ella tiene el espíritu su realidad o su existencia [...]. Pero el espíritu es, a la vez, la fuerza del todo, que vuelve a abrazar juntas esas partes en lo Uno negativo, les da el sentimiento de su falta de autonomía y las conserva en la conciencia de tener su vida solamente en el todo”.

<sup>19</sup> El mundo griego se caracteriza por la armonía e inmediatez. Según Pinkard, el gobernante tiene como principal función garantizar el equilibrio y armonía de la comunidad (PINKARD, T., *Hegel's Phenomenology: The sociality of reason*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 138-139).

<sup>20</sup> Cfr. HEGEL, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, edición bilingüe de Antonio Gómez Ramos, Madrid, UAM, 2010, p. 551.

Hegel ofrece una compleja descripción del proceso que conduce a la caída del mundo griego. De acuerdo con la descripción que Hegel hace del mundo griego, la ley humana que brilla y rige bajo el sol, encuentra su fundamento en el mundo subterráneo de la ley divina. Estas palabras metafóricas de Hegel señalan que mientras el poder político humano aglutina en una unidad a las diversas familias, el fundamento de la unidad de cada una de las familias y el principio de su identidad está basado en la ley divina, especialmente en los principios religiosos vinculados al entierro y respeto de los antepasados y dioses familiares. El principio jurídico de acuerdo con el cual el soberano representa a la totalidad que se impone sobre la particularidad encuentra su contrapartida en la ley divina, el Derecho individual de cada particular a ser enterrado de acuerdo con el rito y por medio del cual se procede a la conservación de su identidad individual más allá de la materialidad de la vida. Ahora bien, esta contraparte opera, en verdad, como fundamento desconocido de la ley humana: sin la ley divina que da unidad a las familias que componen la polis, la polis misma se disgregaría y el poder político perdería todo fundamento. De esta manera, la prevalencia absoluta de uno de los lados de la concepción griega de lo político lleva a su propia destrucción. La desobediencia de la ley divina y la consecuente falta de reconocimiento al individuo erosionan la legitimidad de la ley humana.

En este contexto, Hegel pasa a la figura llamada "estado de Derecho", atribuida históricamente al Imperio Romano. En ella, el principio rector es precisamente la figura del individuo, la personalidad jurídica. En esta figura se reconoce la personalidad jurídica del individuo particular, su ser sujeto de derechos. En esta figura se concibe a toda la sociedad como una sumatoria de átomos aislados<sup>21</sup> y concuerda en parte con la caracterización del Derecho abstracto realizada en la *Filosofía del Derecho*.

Al igual que en ella, el factor constituyente de lo social está puesto en las personas. Las personas, como sujetos de derechos, son antes que nada propietarios y las relaciones que se establecen entre ellos son externas y motivadas por su deseo personal<sup>22</sup>. No vemos en esta figura la integración de los individuos en un entramado social, sino vemos la mera yuxtaposición e interacción externa entre átomos autónomos, interacción análoga al comercio o al intercambio entre actores independientes. Pero en esta interacción externa o en la que los sujetos privados se encuentran sólo yuxtapuestos, el principio rector de la acción es el deseo personal y privado. Así la sociedad es caracterizada como el mero terreno en el que se dan los choques aleatorios de estos átomos guiados exclusivamente por un principio de movimiento interno y privado.

---

<sup>21</sup> "[Los individuos] valen ahora como esencias autónomas y substancias. Disgregado lo universal en los átomos de una multiplicidad absoluta de individuos, este espíritu muerto es una igualdad en la que todos valen en cuanto cada uno, en cuanto personas", Ob. cit., p. 567.

<sup>22</sup> Cfr. Ob. cit., p. 571.

Habiendo caído la figura griega, la sociedad se rige de acuerdo con la personalidad como factor determinante primordial. La personalidad es ahora el principio fundante de lo político. Con este cambio de fundamento se dan ciertos cambios políticos. El gobernante griego era representante de la voluntad general, la ley, la voluntad de la polis. El gobernante romano, en cambio, se vuelve un particular y al mismo tiempo un tirano<sup>23</sup>.

En tanto todo lo que forma parte de la sociedad debe poder ser explicado y conceptualizado a través de la figura lógica de la persona y sus derechos, la figura del gobernante se convierte también en un átomo político (propietario). Así, el gobernante reconoce el Derecho de los particulares a la propiedad, al libre ejercicio de sus derechos y al comercio, pero se concibe a sí mismo y es concebido por los demás como una persona más entre otras, esto es, como un átomo jurídico-político más entre otros, un actor más del Derecho abstracto. Con la diferencia particular que el gobernante es el administrador de la cosa pública. En este sentido, el gobernante se convierte en el *primus inter pares*, es decir, en la primera persona de Derecho por sobre todas las restantes. El gobernante ha dejado de ser la instancia de lo universal, la representación de lo colectivo para convertirse en un particular. Y como particular, ya no es el representante de la totalidad que administra los bienes del Estado para el bien común, sino un átomo político con un poder desmedido movido por deseos igualmente desmedidos, que dispone de lo colectivo como capital privado.

La comprensión que podemos tener de la sociedad a través de la figura del estado del Derecho o del Derecho abstracto conduce, entonces, a la siguiente contradicción: la defensa de la libertad individual paradójicamente conduce a la instauración de una mónada absolutista que puede suprimir las libertades individuales. Así como el átomo político se ve movido por sus deseos particulares y subjetivos, el gobernante –como átomo político él también– se encuentra sujeto al desenfreno de sus pasiones desmedidas. Por su parte, la sociedad misma entendida bajo esta figura lógica ha dejado de ser un organismo viviente y bien articulado, para convertirse en un campo de batalla equivalente a la guerra de todos contra todos descrita por Hobbes<sup>24</sup>. Así, la sociedad se vuelve el mero terreno en el que chocan guiados por sus deseos particulares unos contra otros los átomos políticos autónomos, sin posible mediación y articulación de sus deseos particulares con las necesidades sociales en instituciones o entidades colectivas.

Así, en esta crítica al Derecho abstracto o al estado jurídico, Hegel no critica la existencia de un ordenamiento jurídico basado en la persona y sus derechos, sino la insuficiencia de esta figura conceptual para comprender la totalidad de la sociedad. La obra de Hegel es de naturaleza política y entiende al Derecho en estos términos, en el lugar que ocupa dentro de una filosofía

---

<sup>23</sup> “[E]se señor del mundo es la autoconciencia monstruosa que se sabe como el dios realmente efectivo; [...] su movimiento y su disfrute de sí es una lujuria igualmente monstruosa”, Ob. cit., p. 571.

<sup>24</sup> Cfr. HOBBS, T., *Leviatán*, Losada, Buenos Aires, 2003, pp. 128-130.



política. La figura del Derecho abstracto permite pensar una estructura conceptual como un entramado mínimo para concebir las relaciones entre las personas. Pero se demuestra insuficiente: no sólo no puede ofrecer un contenido moral, ético o histórico concreto, sino que, paradójicamente, conduce a la eliminación de todos los derechos subjetivos que pretende establecer. De esta forma, necesita integrarse con otras figuras, particularmente con instancias supraindividuales que articulen los deseos particulares con las necesidades sociales.

#### 4.- CONCLUSIONES

Como hemos podido ver, según la *Filosofía del Derecho* el Derecho abstracto se caracterizaba por una normatividad de muy bajo nivel, según la cual sólo se imponían meros mandatos de carácter negativo. El estado jurídico, concordante en parte con el Derecho abstracto, presentado en la *Fenomenología del espíritu* era el producto emergente de la insuficiencia de la figura jurídico-política griega. Habiendo anulado todo reconocimiento al individuo la figura griega caía y dejaba su lugar al mundo romano, cuyo ordenamiento jurídico se sostenía en los conceptos de persona y derechos subjetivos.

Ambas figuras, Derecho abstracto y estado jurídico, en las que se concibe lo jurídico y lo político sobre el fundamento de la persona y sus derechos, se mostraban insuficientes por varias razones. La primera de ellas, tenía que ver con el carácter formal y abstracto del Derecho. Su consistencia en meras normas negativas. La segunda implicaba que los principios jurídicos negativos no conducían a la formación de una sociedad articulada, sino la entendían como el mero campo de batalla en el que chocan entre sí los átomos guiados por sus deseos personales. La tercera crítica apuntaba al hecho de que la postulación de un ordenamiento jurídico basado sólo en la noción de persona y sus derechos, en la pretensión de enaltecer las libertades individuales, conducía paradójicamente a su eliminación, al instaurarse un soberano que ocupaba el lugar de un particular.

En este conjunto de críticas al "Derecho abstracto" o al "estado jurídico", Hegel no pretende objetar la existencia de un ordenamiento jurídico basado en las nociones de persona y sus derechos, sino señalar la insuficiencia de esta figura conceptual para comprender lo político en su verdadera complejidad. Esta crítica puede entenderse en su verdadero sentido si la analizamos teniendo en mente el carácter dialéctico que caracteriza al pensamiento hegeliano. El despliegue de la razón en Hegel es dialéctico<sup>25</sup>, lo que significa que las figuras que el pensamiento alcanza para pensar la realidad, en este

---

<sup>25</sup> Aspectos generales sobre la concepción hegeliana de la racionalidad están expuestos, por ejemplo, en el "Prólogo" e "Introducción" a la *Fenomenología del espíritu* y a *Principios de la filosofía del Derecho*. Lo mismo ocurre con los "Prefacios" e "Introducción" a la *Ciencia de la lógica*.

caso lo político, llegan a producir contradicciones en tanto a través de ellas como figuras parciales pretende pensarse la totalidad. A través de estas contradicciones revelan la necesidad de ser integradas con otros elementos lógico-conceptuales conformando así una estructura lógica más compleja capaz de superar dicha contradicción y pensar más íntegramente la totalidad o lo absoluto<sup>26</sup>. Ahora bien, las figuras superadas no son falsas, sino que contienen una cierta parte de verdad de la totalidad<sup>27</sup>. Las nuevas figuras conservan la parte de verdad que las figuras precedentes contendrían. La crítica al “Derecho abstracto” o “estado jurídico” se encuentra regida por esta misma lógica, por lo que el Derecho abstracto cae por su insuficiencia. El Derecho abstracto aporta al desarrollo de la cultura la noción de una persona jurídica con derechos subjetivos y Hegel no pretende dejar de lado este aporte. La insuficiencia de la figura del Derecho abstracto implica la necesidad de integrarla –conservando su parte de verdad– en figuras más complejas y elaboradas, donde los individuos tengan derechos subjetivos pero sean insertados en instituciones superiores y atravesados por otros cuerpos normativos que medien en el ejercicio de dichos derechos. Así, con estas otras figuras sociales mediadoras, el actuar de los particulares gana contenido, determinación histórica y sus derechos realidad efectiva. Sin esta integración en instituciones, el Derecho abstracto parece ser nada más que un primer nivel normativo de la vida social que se aleja muy poco de la guerra de todos contra todos, sólo ahora traducida al mero enfrentamiento de derechos contra derechos.

---

<sup>26</sup> Allen Wood presenta brevemente este método y la dinámica dialéctica por medio de la cual se despliega la razón. Cfr. WOOD, A. W., *Hegel's ethical thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 2 y ss. También cfr. FORSTER, M., “Hegel's dialectical method”, en BEISER, F., *The Cambridge Companion to Hegel*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 132 y ss, “In the Logic, the dialectic is essentially a method of expounding our fundamental categories (understood in a broad sense to include not only our fundamental concepts but also our forms of judgment and forms of syllogism). It is a method of exposition in which each category in turn is shown to be implicitly self-contradictory and to develop necessarily into the next (thus forming a continuously connected hierarchical series culminating in an all-embracing category that Hegel calls the Absolute Idea)”.

<sup>27</sup> Una forma de comprender este despliegue dialéctico de la razón sería tener en cuenta el proceso que sufre la conciencia en la *Fenomenología del espíritu*. Las figuras por las que la conciencia debe ir pasando pretenden constituir un objeto que sea plenamente caracterizable como producto del pensamiento, pero siempre encuentra en dicho objeto un resto que excede a tal pensamiento y se presenta como en sí o autónomo al pensar. El avance de la conciencia consiste en superar sucesivamente estos escollos y poder conceptualizar plenamente al objeto, lo que no significa sino avanzar a nuevas figuras de conciencia donde se conciba al saber y al objeto de forma tal de que éste se corresponda con aquél. “[L]a conciencia alcanzará un punto en el que se desprenda de su apariencia de arrastrar consigo algo extraño, que sólo es para ella y lo es en cuanto otro, o un punto donde la aparición, el fenómeno, se haga igual a la esencia, donde su exposición, por ende, coincida con este punto justo de la ciencia propiamente dicha del espíritu y, finalmente, al atrapar ella misma esta su esencia, designará la naturaleza del saber absoluto mismo” HEGEL, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, edición bilingüe de Antonio Gómez Ramos, Madrid, UAM, 2010, p. 161. El fin de este proceso está en la meta perseguida por la *Fenomenología*, “está allí donde el saber ya no tenga necesidad de ir más allá de sí mismo, donde se encuentre a sí mismo, y el concepto corresponda al objeto, y el objeto al concepto”, Ob. cit., p. 151.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BEISER, F., 1999, *The Cambridge Companion to Hegel*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ENGELHARDT, Jr. H. T., PINKARD, T., 1994, *Hegel reconsidered beyond metaphysics and the authoritarian state*, Springer Science+Business Media, Dordrecht.
- FORSTER, M., 1999, "Hegel's dialectical method", en BEISER, F., *The Cambridge Companion to Hegel*, Cambridge University Press, Cambridge. 130-170.
- HEGEL, G.W.F., 2010, *Fenomenología del espíritu*, edición bilingüe de Antonio Gómez Ramos, Madrid, UAM.
- HEGEL, G.W.F., 2004, *Principios de la Filosofía del Derecho*, Sudamericana, Buenos Aires.
- HOBBS, T., 2003, *Leviatán*, Losada, Buenos Aires.
- KANT, I. 2007, *Crítica de la razón pura*, Colihue, Buenos Aires.
- KNOWLES, D., 2002, *Hegel and the Philosophy of Right*, Routledge, London.
- LOCKE, J., 1981, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid.
- PINKARD, T., 1994, *Hegel's Phenomenology: The sociality of reason*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PIPPIN, R. B., 2004, *Hegel on Ethics and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge.
- QUANTE, M., 1997, "„Die Persönlichkeit des Willens“ als Prinzip des abstrakten Rechts. Eine Analyse der Begriffslogischen Struktur der §§ 34-40 von Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts*" en SIEP, L., (ed.), *Klassiker Auslegen G.W.F Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Akademie Verlag, pp. 73-94.
- RICOEUR, P., 2000, "Hegel y Husserl sobre la intersubjetividad" en *Del texto a la acción*, México, FCE.
- RITTER, J., 2004, "Person and Property in Hegel's Philosophy of Right", en PIPPIN, R., *Hegel on Ethics and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 101-123.

SIEP, L. (ed.), 1997, *Klassiker Auslegen G.W.F Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, Akademie Verlag.

WESTHPHAL, K., 1999, "The basic context and structure of Hegel's Philosophy of Right", en BEISER, F., *The Cambridge Companion to Hegel*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 234-269.

WOOD, A. W., 1990, *Hegel's ethical thought*, Cambridge, Cambridge University Press.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCENCIA JURÍDICA EN MÉXICO

**Rafael Sánchez Vázquez**

Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México)  
rsva7@hotmail.com

**RESUMEN:** La enseñanza tradicional del Derecho, gira en torno a la concepción positivista decimonónica del Derecho vía la exégesis, que surge y desarrolla su auge y decadencia en el siglo XIX. Lamentablemente, en México se conserva y perpetúa la exégesis. De ahí que se establezcan y apliquen en la docencia, relaciones autoritarias, informativas hasta llegar al extremo de un monólogo pasivo, receptivo, memorista, descriptivo, domesticante y acrítico. Consecuentemente, en nuestro país podemos decir que hay demasiados abogados. Empero, muchos de éstos sin vocación ni formación adecuada para el desarrollo de la investigación jurídica. Así, para combatir dichos males es necesario que la docencia jurídica se aleje del modelo de la enseñanza tradicional del derecho, toda vez que es un obstáculo para la transformación social, así como para el desarrollo de la cultura y el conocimiento jurídico. Por lo tanto, proponemos una alternativa al paradigma de la docencia jurídica.

**ABSTRACT:** *Traditional legal education focuses on nineteenth-century positivist conception of law via exegesis, which arises and develops its peak and decline in the nineteenth century. Unfortunately, Mexico is preserved and perpetuated exegesis. Hence are set and applied in teaching, authoritarian relationships, information up to the end of a passive, receptive, memoirist, descriptive and uncritical domesticante monologue. Consequently, in our country we can say that there are too many lawyers. However, many of them without adequate training or vocation for the development of legal research. So, to combat these evils is necessary that the legal teaching moves away from the traditional model of legal education, since it is an obstacle to social transformation and development of culture and legal knowledge. Therefore, we propose an alternative paradigm of legal teaching.*

**PALABRAS CLAVE:** Enseñanza tradicional, exégesis, metodología activa, población, población escolar.

**KEY WORDS:** *Traditional teaching, exegesis, active methodology, population, population school.*

**Fecha de recepción:** 25 de agosto de 2014.

**Fecha de aceptación:** 12 de noviembre de 2014.

“El Modelo de la docencia tradicional del Derecho descansa en el paradigma del materialismo mecanicista del conocimiento, en donde, el alumno o sujeto cognoscente tiene una conducta pasiva, receptiva, acrítica, contemplativa y repetitiva, ya que, reproduce la información que le proporciona el profesor de manera memorizada e irreflexiva. De ahí que el docente establece una relación autoritaria, vertical, domesticante, a través de un monólogo estéril y alienante, hasta llegar al extremo de ser un dictador de apuntamientos. No existe dialogo, ni discusión, y menos debate académico, entre el profesor y los alumnos, toda vez, que ni el educador, ni el educando investigan. Consecuentemente, no existe la generación del conocimiento, razón por la cual, ambos reproducen incondicionalmente la concepción decimonónica del Derecho, que surge y se desarrolla tanto su auge como su decadencia en el siglo XIX... Lamentablemente, dicha problemática existe y persiste en



más de 1,000 instituciones de educación superior que ofertan sus estudios de Derecho en la República Mexicana. Además, de las que se han establecido allende fronteras en Iberoamérica". Rafael Sánchez Vázquez

## 1.- PRESENTACIÓN.

Una de las profesiones de mayor arraigo y tradición académica en nuestro país es la de licenciado, maestro y doctor en derecho (en los siglos XVI, XVII, XVIII, se identificaba de leyes), con más de 455 años, teniendo como primer antecedente a la Facultad de Leyes de la Real y Pontificia Universidad de México, en donde se ofertaban los grados de licenciado y doctor en leyes.

Como se sabe, a mediados del siglo XX se inicia una mayor difusión de los estudios de licenciatura en derecho, en todos y cada uno de los Estados de la República Mexicana. Empero, es en la década de los 80's, cuando se incrementan las ofertas académicas de los estudios tanto de licenciatura como del postgrado de derecho por las instituciones privadas, entre otras razones, por la imposición de las políticas económicas Neoliberales.

Cabe resaltar que, la deficiencia de la docencia jurídica nacional en la disciplina del derecho obedece a varios factores y son, a saber:

1. Persiste la docencia tradicional en el proceso de enseñanza aprendizaje en el mayor número de las instituciones de educación superior que ofertan los estudios de Derecho, tanto de la licenciatura como del postgrado.
2. Improvisación docente y carencia de la profesionalización docente.
3. Prevalece la concepción decimonónica del derecho vía la exégesis que no permite espacios para la pluralidad metodológica y la complejidad epistemológica del Derecho.
4. Presencia del dictado de apuntes como expresión de la enseñanza tradicional del Derecho.
5. En nuestro país, las instituciones que ofertan los estudios de Derecho tanto de nivel licenciatura como de postgrado, con dificultad forman abogados postulantes, y por excepción, forman a los estudiosos de la cultura y ciencia jurídica.
6. La sobrepoblación escolar en la licenciatura en Derecho actual.

Habida cuenta lo antes manifestado se generan los siguientes cuestionamientos que problematizan la presente investigación: el modelo de universidad napoleónica en México, ¿Cómo obstaculiza la generación del conocimiento? ¿Por qué motivos se siguen conservando y aplicando en el presente, métodos y técnicas obsoletas en la enseñanza del Derecho? ¿Por qué motivo en las instituciones que ofertan los estudios de derecho se informan contenidos desfasados de la realidad histórica concreta que actualmente vivimos? ¿Por qué en la actualidad hay demasiados abogados en nuestro país,

pero con serias limitaciones en sus conocimientos, habilidades y competencias para ejercer de manera eficiente su profesión y sobre todo son escasos los científicos del Derecho? ¿En qué forma la concepción decimonónica del positivismo Jurídico a través de la exégesis obstaculiza la generación del conocimiento Jurídico? ¿Qué tipo de profesionistas hemos generado con la docencia jurídica tradicional? ¿En qué forma la enseñanza tradicional del Derecho obstaculiza la construcción y desarrollo de una sociedad mexicana más abierta, plural, participativa (menos apática y conformista), tolerante? ¿Por qué motivos no hemos establecido y desarrollado en términos generales prácticas docentes de naturaleza multidisciplinaria e interdisciplinaria? ¿Cómo integrar a los estudiosos del Derecho (estudiantes, docentes e investigadores) a la dinámica social, económica y política que se presentan en los nuevos escenarios que se dan a partir del tercer milenio? ¿Qué tanto y con qué frecuencia participamos los estudiantes, docentes e investigadores de las Ciencias Jurídicas en la generación de alternativas para la solución de los problemas sociales; económicos, políticos e ideológicos que se presentan en el diario acontecer: regional, nacional e internacional? ¿Qué formamos en las instituciones que ofertan los estudios de Derecho, acaso solamente profesionistas liberales y prácticos que tienen como fin el conservar el Statu Quo, o líderes sociales para lograr una sociedad mexicana tolerante, plural y menos asimétrica? ¿En qué porcentaje los currículos tanto de las licenciaturas como del postgrado de Derecho en nuestro país, se encuentran acordes a la realidad de los nuevos derroteros que nos establecen los procesos de integración económica internacional? ¿Con qué frecuencia participan los estudiosos del Derecho: estudiantes, abogados, postulantes, docentes, investigadores y demás profesionistas que se dedican a la procuración y administración de la justicia para el efecto de hacer una sociedad más plural, abierta, tolerante y sobre todo corregir las asimetrías de una sociedad que padece grandes problemas en la desigualdad de los ingresos y de la distribución de la riqueza? ¿Con qué frecuencia se cuestiona la eficacia y eficiencia de las normas Jurídicas que se encuentran en nuestra Carta Magna, y demás disposiciones legales, Jurisprudencia, por parte de la comunidad de los estudiosos del Derecho en México? ¿Qué tanto hemos hecho los estudiosos del Derecho en México, para salir del paradigma positivista decimonónico del Derecho? ¿Qué hacemos los estudiosos del Derecho en México para hacer realidad las cuestiones axiológicas y teleológicas del Derecho: V. gr. Justicia, equidad, igualdad, libertad, etc.?

Consecuentemente, estimo que estamos obligados en edificar, conservar y desarrollar un modelo de universidad estrechamente vinculada con las necesidades reales de la sociedad regional, nacional e internacional. A fin de generar las alternativas que permitan dar respuesta a los problemas que mortifican a la colectividad, entre otros, salud, vivienda, seguridad social. Además, desarrollar sensibilidad dentro de la comunidad para limitar las asimetrías, con el propósito de dar término a la creciente deshumanización que caracteriza a los profesionistas liberales que sólo aspiran en conservar el *statu quo* y el ascenso social.

A este respecto Jorge Witker comenta: "La Universidad comprometida fue la respuesta de quienes asumieron el compromiso de luchar por un nuevo orden social favorable al desarrollo de las potencialidades nacionales y a la realización de un proyecto político democrático y popular de esta suerte la Universidad comprometida será tanto más revolucionaria cuando mejor desarrolle sus tareas de docencia, investigación y extensión".<sup>1</sup>

Por su parte, Novoa Monreal, destaca lo siguiente: "Los planes de estudio deben incorporar enseñanza sobre tópicos de la investigación. Toda vez, que la tarea de la universidad es dar al estudiante una base formativa e impulsarlo luego a que prosiga sus estudios e investigaciones por su cuenta, para lo cual necesita de aquellos instrumentos".<sup>2</sup>

## 2.- GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN MÉXICO.

Hablar del Derecho es referirnos a un legado cultural amplio y complejo que se ha construido a lo largo de más de 4000 años. De ahí que es prudente citar las siguientes expresiones latinas "Ubi Ius, ibi societas - donde hay derecho, hay sociedad".<sup>3</sup> "Omne ius personarum causa constitutum est - Todo el Derecho ha sido establecido por causas de los hombres".<sup>4</sup>

Al tratar el tema de la educación jurídica en México resulta ilustrativo detenerse por algunos instantes en el pasado milenario de las raíces autóctonas de Mesoamérica\* hasta antes del año de 1521 de n.e., en donde,

---

<sup>1</sup> Witker V., Jorge, *Universidad y Dependencia Científica y Tecnológica en América Latina*, 2ª ed. UNAM, México, 1976, pp. 57-59.

<sup>2</sup> Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho, Política y Democracia*, Temis, Bogotá, Colombia, 1982, p. 68.

<sup>3</sup> Gernaert Willmar, Lucio R. R., *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires - Argentina, s.f. p. 128.

<sup>4</sup> -Digesto. Lib. I. Tit. U. Ley 2ª. Cit., por Schroeder Cordero, Francisco Arturo, *El abogado mexicano, historia e imagen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1972, p. 13.

\* En Mesoamérica se establecieron y desarrollaron culturas que alcanzaron un amplio desarrollo social, económico, político y cultural, v. gr: Olmecas, Mayas, Toltecas, Aztecas, por lo que respecta, a la cultura jurídica de estos pueblos, cabe hacer mención de lo subsecuente: resaltar sobre todo el desarrollo de los pueblos del altiplano, que alcanzaron un sistema jurídico consuetudinario, enérgico y riguroso, toda vez, que hasta para la cuestión de carácter civil se establecían penas extremadamente severas. Además, cabe destacar que la pena de muerte, se decretaba para la mayor parte de los delitos. De esta manera lograron sostener aquellas sociedades en un estado de relativo orden y moralidad en sus relaciones jurídicas. Ahora bien, para describir el derecho precolonial, contamos fundamentalmente con tres fuentes: los códigos que son fuentes escritas originales, v. gr. El Código Mendocino presta valiosa ayuda en la materia de la administración de justicia, el Código Florentino se refiere a la procuración de justicia. Los sitios arqueológicos y las crónicas que de esta etapa se escribieron durante los primeros años de la dominación española, llevadas a cabo tanto por españoles como por indígenas. En el idioma azteca "justicia" se dice tlamelahuacachinaliztli, palabra derivada de tlamelaua, pasar de largo, ir derecho, vía recta a alguna parte, declarar algo, de

existía la preocupación por educar tanto a los niños como a los jóvenes de manera austera y disciplinada. Además, cabe resaltar que ellos recibían una educación de acuerdo a su posición socioeconómica y política. Es decir, por un lado, existía un lugar (escuelas) que llamaban el Tepochcalli que se establecían en los Calpulli o barrios que era el centro educativo de los sectores populares (macehuales), a través de técnicas nemotécnicas, se memorizaban las tradiciones, los cantos, los códigos, los conocimientos calendáricos, la historia, la religión, la moral, etc. Y, por el otro, las escuelas llamadas Calmecac, lugar donde educaban a los pipiltin o nobles para instruirse como sacerdotes, filósofos, guerreros; recibían éstos, una educación más profunda para aprehender a escribir, interpretar los códigos, la astrología, la teología, etc.

Por lo que concierne, a los estudios jurídicos que se desarrollaron en Mesoamérica, cabe hacer mención, que el derecho prehispánico se

---

donde también tlamaclualiztli, acto de enderezar lo torcido, desfacer entuertos, como se diría en castellano antiguo.

Hay, pues, una notable diferencia entre la etimología de la palabra Tlamelaua que designa la función de los jueces decidiendo las controversias entre partes o imponiendo castigos, y el término romano justicia que viene de la palabra juveo, mandar, decretar o legislar.

En Roma, de donde procede nuestra tradición de derecho, los magistrados tenían que decidir ajustándose a preceptos promulgados por competente autoridad; cuando, por el contacto con otros pueblos, fue necesario crear un magistrado que juzgara de las disputas en que se interesaban extranjeros, no sujetos a las leyes de la ciudad, el pretor formulaba un edicto o colección de reglas o preceptos a los que había de sujetarse. La justicia era así la aplicación de una ley preexistente, que ligaba tanto a las partes como al magistrado.

La idea expresada por la palabra azteca es otra; no indica la obligación del juez de someterse a una ley o mandato; sólo la de buscar la línea recta, es decir, usar su propio criterio. Cada caso tenía su ley. Claro está que el criterio del juez estaba influenciado por las costumbres y el ambiente social. (ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, t. I, 2ª ed. Porrúa, México, 1984, p. 186.)

A este respecto, cabe destacar que la actuación judicial que se desarrolló en el Derecho Precolombino, incuestionablemente se acerca a la concepción del realismo jurídico, en donde, la actividad de los Jueces se vuelve en un quehacer más creativo, trascendente y problematizador del Derecho, ya que éstos, dejan de ser considerados como simples portavoces del legislador y del ejecutivo. (Cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, RAFAEL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 8ª ed. Porrúa, México, 2008, p. 251.)

Por otra parte, es importante considerar el alto sentido que los mexicas depositaban y su confianza y credibilidad en la procuración y administración de la justicia, al respecto cabe citar lo siguiente: "Los mexicas tenían confianza y credibilidad en la administración de la justicia que se aplicaba en el teccalli o teccalco. De ahí que los jueces procuraban de hacer su oficio con mucha prudencia y sagacidad, y presto los despachaban con apegos a criterios de imparcialidad. De ahí que elegían como jueces a personas que no fuesen borrachos ni amigos de tomar dádivas, ni fuesen aceptadores de personas, ni apasionados; encargábales muchos el señor que hiciesen justicia en todo lo que a sus amos viniese. Los mayores jueces se les llamaban tecutlatoque. Empero, los jueces que incurrían en cohecho, parcialidad en sus decisiones, se hacían éstos, acreedores a penas de prisión en jaulas grandes. Hasta que fuesen sentenciados a muerte". (Cfr. De Sahagún, Bernardino. F., *Historia General de las cosas de las Nueva España*, (Fundada en la documentación en lengua mexica recogida por los mismos naturales); Obra que inicio en 1547 y terminó en 1582. La dispuso para la prensa en esta nueva edición, con numeración, anotaciones y apéndice de Ángel María Garibay K.; 1ª ed. "Biblioteca Porrúa" 1956, 1ª ed. En la colección "Sepan Cuantos" 1975, 8ª ed. Porrúa, Colecc. "Sepan Cuantos...", México, 1992, pp. 466, 470, 471.)

caracterizaba por ser eminentemente consuetudinario y riguroso, ya que establecían la pena de muerte tanto para las cuestiones penales como de aquellas que tenían vinculación con las cuestiones de carácter familiar y civil. En cuanto a la impartición de justicia, se apegaban a los criterios de imparcialidad. Encargábales mucho el señor que hiciesen justicia en todo lo que a sus amos viniese.<sup>5</sup>

A partir del año de 1492, se da el encuentro de dos cosmovisiones diametralmente opuestas, por una parte, los autóctonos de Mesoamérica, y por la otra, la de los hispanos. Incuestionablemente, al llegar los españoles al territorio Mesoamericano, se inicia un proceso de dominación y sojuzgamiento que se impone a los habitantes de las culturas prehispánicas. Así es como se gesta el proceso de la aculturación durante los 300 años de vida colonial en México.

Ahora bien, la población prehispánica asentada en Mesoamérica, era liderada en el siglo XV de n.e., por los aztecas. Sin embargo, con la caída del imperio azteca y de sus aliados, éstos son sometidos por los españoles en su calidad de vencedores. Empero, cabe resaltar que la invasión hispana fue a todas luces ilegal, ilegítima e injusta. En donde, la explotación se torna inicua para la integridad física y moral de los vencidos, ya que ésta es tal que afecta a la dignidad humana, que en forma reiterada es ultrajada. A este respecto, Juan Ricardo Jiménez Gómez, expresa: "Los naturales se ajustaban a formas de organización política y económica, religión, etcétera, que los hacían imitar a los españoles, no obstante la persistencia de algunas prácticas precortesianas que fueron permitidas, dada su ausencia de contradicción con los valores europeos. Los vestigios culturales de los indios fueron arrasados por una transculturación integral. Contra la opinión común, en lo referente a las instituciones políticas y particularmente las judiciales, no hay indicios de mestizaje".<sup>6</sup>

Habida cuenta a lo antes expresado, cabe resaltar que desde el punto de vista del autor antes mencionado, el Derecho y sus instituciones novohispanas son de una cultura que no fue adoptada progresivamente, vía evolutiva, sino que fue impuesta de golpe por los españoles. Por ello, de manera muy clara se puede percibir que el sistema jurídico español se extendió territorialmente de la península a los nuevos dominios con iguales características en ambas latitudes. Claro está que hubo una vastísima producción de normas jurídicas para el fenómeno americano-indiano, pero ello se debió a la necesidad de resolver cuestiones nuevas, básicamente aspectos administrativos. No obstante, el gran marco jurídico siguió siendo el Derecho castellano. Esto resulta explicable debido a las características que Antonio Dougnac reconoce en el corpus jurídico indiano, las cuales son: evangelizador, protector del

---

<sup>5</sup> Cfr. De Sahagún, Bernardino. F., *op. cit.*, pp. 466, 470, 471.

<sup>6</sup> Jiménez Gómez, Juan Ricardo, *El sistema judicial en Querétaro 1531-1872*, Miguel Ángel Porrúa, Gobierno del Estado de Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Universidad Autónoma de Querétaro, México, 1999, pp. 19 y 20.



indígena, casuístico, predominio del Derecho público sobre el privado, diferenciador según la condición social de las personas, falta de sistemática, siguió como modelo el Derecho castellano, y su vinculación con la moral cristiana y el Derecho natural.<sup>7</sup>

Muchas de las disposiciones legales que se contienen en las referidas instituciones jurídicas que permearon en el México Colonial formalmente tienen un sentido favorable para los autóctonos. Sin embargo, quedó en letra muerta cuando éstas, no se aplicaban a favor de los destinatarios (indígenas). De ahí, la presencia de la expresión tan arraigada hasta nuestros días de: "Obedézcase pero no se cumpla".

Ahora bien, cabe señalar que el concepto de universidad no ha permanecido estático: se ha transformado al correr de los años, en conexión con los avances de las ciencias y de las técnicas dentro de un marco económico social-político y cultural cada vez más complejo.

Con el tiempo, el término *studium generale* se utilizó para nombrar el conjunto de las ciencias, el estudio general o universal del saber, sobre todo cuando el Papa y el Emperador confirieron a los estudiantes de estos planteles ciertos privilegios, entre los cuales, el más importante era el derecho de enseñar como maestro en todas partes (*facultas ubique docendi*).

Sólo más tarde, hacia fines del siglo XIV, el término *studium generale* fue reemplazado por el de *universitas*. De parecida manera que la expresión *studium generale*, la palabra *universidad* adquirió el sentido de institución docente y de investigación, dedicada, con libertad de maestros y alumnos, a todas las ramas del saber (*universitas litterarum*). Tal vez, la primera universidad que congregó a profesores y discípulos organizados por secciones en las cuatro grandes ramas del Conocimiento de aquel entonces (teología, derecho, medicina y filosofía), fue la de Nápoles, fundada en 1224.<sup>8</sup>

Las universidades se distinguían, por la autoridad que las crea y reconoce. Tal autorización fue de esencial importancia, como quiera que los títulos y grados recibidos por los estudiantes fueran reconocidos por doquier. Ahora bien, los dos grandes poderes del tiempo eran el Papa y el Emperador; el primero, por su autoridad en todos los países cristianos; el segundo, por su hegemonía política. Consecuentemente, la universidad que se identificaba como Real era por contar con la Cedula Real y era Pontificia por tener Bula emitida por el Papa.

El Papa o el Emperador, o ambos a la vez podían reconocer universidades ya formadas de hecho, o fundar nuevas. De ahí que se las dividiera teniendo en cuenta el origen de su reconocimiento o fundación, en cuatro grupos.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Larroyo, Francisco, *Historia de la pedagogía*, 14ª ed. Porrúa, México, 1977, p. 285.

<sup>9</sup> Cfr. Denifle, *Las Universidades Medievales*, Berlín, 1885. Cit. por Larroyo, Francisco, *op. cit.*, p. 287.

Hasta principios del siglo XV, de las universidades fundadas, 16 tenían privilegio papal, 9 carta de doble fundación y 10 autorización imperial.<sup>10</sup>

Las universidades estaban organizadas académicamente a base de facultades. La palabra "facultad", en su sentido de cuerpo de profesores y estudiantes consagrados a la enseñanza de una rama de los conocimientos humanos fue originariamente el derecho (facultas) que poseía el graduado universitario de enseñar (*en cambio, actualmente se habla de Facultad a la Unidad Académica que oferta los estudios de Postgrado: Maestría y Doctorado*). La universidad comprendía cuatro facultades plenamente integradas: teología, derecho, medicina y artes. Un jefe común, elegido periódicamente, llevaba el título de rector. Le asistían dos cancilleres, encargados de la administración de la universidad y de otorgar los grados académicos. Por su parte, cada facultad se hallaba representada por un decano.<sup>11</sup>

La terminación de los diversos ciclos de estudios en la universidad daba derecho a recibir grados académicos. El primero de éstos era el bachillerato; después se otorgaba la licenciatura, que permitía ya aspirar en la facultad al cargo de magister. El doctorado era el tercero y último grado. La dignidad magistral y doctoral exigía una promoción solemne: el birrete, la toga, el anillo, y el libro.

Este sistema de grados supone un régimen de exámenes. A decir verdad, la antigüedad clásica no conoció los exámenes.<sup>12</sup> Como medio para estimar el aprovechamiento, así como recurso instructivo, existía la disputatio. Se verificaba semanalmente; concurrían a ella los profesores y alumnos de la facultad. Un magister pronunciaba una conferencia. Los demás profesores apoyaban y objetaban los puntos de la ponencia (tesis). La disputatio era a modo de una parada o desfile, en que la facultad exhibía su arte y su clientela; a ella eran también invitados los doctores forasteros. En fin, la disputatio era un expediente magnífico para desarrollar la destreza dialéctica, pero no pocas veces fomentó el formalismo de sutilezas insustanciales.

El aprendizaje de la jurisprudencia se documentaba en dos grandes obras: para el derecho profano (temporal), en el Corpus Iuris (la colección de derecho romano redactada por orden de Justiniano); para el derecho eclesiástico, en el Corpus Iuris Canonici (la compilación de las actas de los concilios y las decretales pontificias).<sup>13</sup>

*En un principio, la enseñanza universitaria fue gratuita. La razón de ello era obvia: dado que las universidades nacieron de escuelas catedrales y monacales, las enseñanzas en ellas conservaron el carácter de gratuidad. Los*

---

<sup>10</sup> *Ibidem.*

<sup>11</sup> *Idem*, p. 288.

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> *Ídem*, p. 289.

*profesores gozaban de beneficios por parte del clero.*<sup>14</sup> Esta situación, no pudo prolongarse por mucho tiempo, sobre todo cuando las universidades crecieron, y hubo necesidad de aumentar el profesorado.

Al transcurrir el tiempo, las universidades mexicanas en el siglo XIX son influenciadas tanto en el aspecto administrativo como en lo académico por el esquema de la universidad napoleónica. La cual, tiene como misión la de generar profesionistas con serias limitaciones en el campo de la investigación científica.<sup>15</sup> En cambio, sucede lo contrario en aquellas universidades que han retomado el de la universidad humboldtiana.<sup>16</sup>

En síntesis, los esquemas más conformados de la docencia jurídica los ubicamos a partir del siglo XV de nuestra era, en donde se difunde la cultura romano-canónica-germánica, a través del *Digestum*, del *Corpus Iuris*. Al respecto, el docente aplicaba el método escolástico ya que generalmente descansaba en la reproducción de la información y se sometía a los alumnos a la memorización de lo dado por el *magister dixit*. Dicha práctica docente se siguió conservando en los siglos posteriores.

Consecuentemente, la enseñanza tradicional no logra establecer una vinculación con la información y la práctica. De ahí las grandes deficiencias en el desempeño profesional de la abogacía y por lo tanto queda como una aspiración muy lejana para quienes se han formado en la enseñanza tradicional del derecho el emprender la actividad creativa y problematizadora del conocimiento jurídico a través de la investigación jurídica de práctica científica.

## **2.1.- La Universidad de Bolonia y la Ciencia del Derecho.**

Bolonia —como sabemos— fue fundada por Matilde, duquesa de Toscana; ella invitó a Irnerio a enseñar derecho romano.

Desde el principio lo que se enseñaba en Bolonia era el derecho romano tal y como aparece compilado por los juristas de justiniano en el siglo VI. El manuscrito comprendía el Digesto (*Digestorum seu pandestorum*), el Codex, las novelas (*Novellae*) y las Instituciones. El derecho romano era ahora accesible en su "totalidad".<sup>17</sup>

La ciencia de la jurisprudencia no tomaría paso firme sino hasta el advenimiento de la escuela de Bolonia. La escuela nace a finales del siglo XI por obra de un simple maestro de artes liberales: Irnerio (1055-c1130). El

---

<sup>14</sup> Cfr. Denifle, *Las Universidades Medievales*, Berlín, 1885. Cit. por Larroyo, Francisco, *op. cit.*, p. 290.

<sup>15</sup> Madrazo, Jorge, *op. cit.*, pp. 113, 114 y 116.

<sup>16</sup> Véase el artículo de MACGINN, NOEL, "Autonomía, Dependencia y Misión de la Universidad", en *Foro Universitario*, UNAM, Núm. 4, México, 1981, pp. 18 a 28.

<sup>17</sup> Cfr. Berman, Harold J. Cit. por Tamayo y Salmorán, Rolando, *La Ciencia del Derecho y la Formación del Ideal Político*, IJ-UNAM, México, 1989, p. 66.

genio de Irnerio se revela por una triple intuición: 1) dar al estudio del derecho un carácter autónomo, que la enciclopedia del saber medieval no le reconocía; 2) estudiar el "derecho de justiniano" en los textos genuinos, haciendo a un lado los extractos y los epítomes; y 3) "establecer" el significado "verdadero" de la compilación justiniana y llevar a la práctica un "ordenado" y "completo" Corpus iuris.<sup>18</sup>

## 2.2.- La Universidad de Salamanca.

Dentro del panorama europeo, Salamanca se fundó con posterioridad a otras universidades destacadas como Bolonia, París, Montpellier u Oxford. Es, sin embargo, la más antigua de las universidades peninsulares hoy existentes, dada la efímera aparición de la de Palencia alrededor de los años 1175-1180 (para otros 1208-1214). La de Salamanca fue fundada por Alfonso IX de León, posiblemente hacia fines del año 1218, con categoría de "Estudio General" de su reino. Debemos advertir que el término "universidad" con la significación que hoy se le otorga no aparece en los documentos salmantinos hasta el s. XV, y que durante el XIII esta palabra poseía una significación corporativa.<sup>19</sup>

Es, por lo tanto, el título de "Estudio General" el que manifiesta la diversidad de sus enseñanzas, su característica no privada (abierto a todos) y la validez de sus graduaciones. La institución recibió en 1254 unos importantes

---

<sup>18</sup> *Ídem.*, pp. 63 y 64.

Nota: La consecuencia de esta triple tarea constituyó el principal objetivo de la escuela boloñesa de los glosadores. A esta escuela pertenecieron los cuatro doctores:

Bulgarus (? - c 1166), Martinus (? - c 1166), Hugo (? - c 1170) y Jacobus (? - c 1178), a los que sumaron: Johanes (c 1175-1245), Bassianus, Azo (c 1150-1230), Placentinus (?-1192), Pillius, Hugolinus (? - c 1233), Roffredus (?- 1242), Acursio (c 1182-1260), etcétera. Estos hombres habrían de sentar las bases de la moderna ciencia del derecho.

(Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, p. 64). Es bastante sabido cómo se enseñaba el derecho romano en el medievo. La lectura de los textos era seguida por la glossa o glossae del profesor. Las glossae eran copiadas por los estudiantes entre las líneas del texto y, si no -por razones de extensión-, al margen. Poco a poco en esas glossae se acumulaba la doctrina. Las glossae habrían de alcanzar tanta autoridad como el texto mismo, algunas veces superarían al texto (e.g., la Glosa ordinaria de Acursio).

La lectura de los textos y su glossa suponía un "análisis" meticuloso de dichos textos. El gran instrumento de análisis lo constituía, entonces, el procedimiento dialéctico, mediante el cual se "analizan" lógicamente conceptos y se construyen deducciones. La reformulación de los insuficientes y fragmentarios textos clásicos, y su impregnación con una lógica aplastante, fue un logro magistral de los juristas. Los juristas ejercitaban su acumen dialéctico en un material digno de tal nombre: el Corpus iuris, la fuente de autoridad de la cual debe partir toda deducción.

Los procedimientos comúnmente empleados por los juristas para proporcionar una concepción sistemática de las distintas partes del complicado material eran la *distinctio* y la *quaestio*. Por la *distinctio* un concepto era sucesivamente "dividido" en varias especies subordinadas, y éstas en otras; así, hasta llegar al último detalle. Las *quaestiones* servían para someter a prueba las doctrinas contenidas en las glosas. (Cfr. Vinogradoff, PauI, *Roman Law in Medieval Europe*, cit., pp. 56-67. Cit. por *Idem*, p. 64.)

<sup>19</sup> Cfr. Basado en: RODRÍGUEZ-SAN PEDRO, LUIS E., "La Universidad de Salamanca, evolución y declive de un modelo clásico", en *Studia Histórica. Historia Moderna IX*, (Salamanca 1991), 9-21. <http://www3.usal.es/alfonsoix/historia.htm>.

estatutos de organización y dotación de rentas, otorgados por el rey Alfonso X, el "Sabio".\*

---

\* TÍTULO XXXI. DE LOS ESTUDIOS, EN QUE SE APRENDEN LOS SABERES, E DE LOS MAESTROS, E DE LOS ESCOLARES. (Fuente de información: Las siete Partidas del Sabio Rey. Glosadas por el Lic. GREGORIO LÓPEZ del Consejo Real de Indias de S.M. Tomo I, que contiene la 1ª y 2ª Partida Impresa en la Oficina de D. León Amarita, con especial permiso de S.M. bajo aprobación de la Impresión General de Instrucción Pública. Madrid, España 1829, pp. 697 a 702.)

De cómo el Rey, e el Pueblo deven amar, e guardar la tierra en que viven, poblandola, e amparandola de los enemigos, diximos affaz complidamente en los títulos ante deste. E porque de los omes sabios, los omes, e las tierras, e los Reynos se aprovechan, e se guardan, e se guian por consejo dellos; porende queremos, a fin desta Partida, fablar de los Estudios, e de los Maestros, e de los Escolares, que se trabajan de amostrar, e daprender los saberes. E diremos primeramente, que cosa es estudio. E quantas, maneras son del: a por cuyo mandado debe ser fecho. E que los maestros deber ser los que tienen las Escuelas en los Estudios: e en que lugar deven aver los Maestros, e los Escolares, que leen, e que aprenden cotidianamente. E despues hablaremos de los Estacionarios que tienen los libros, e de todo los omes, e cosas, que pertenecen al estudio general. (Las Siete Partidas del Sabio Rey, 1758, Partida II; Ed. Suprema Corte de Justicia de la Federación, México, 2004, p. 459.)

LEY I. QUE COSA ES ESTUDIO, E QUANTAS MANERAS SON DEL, E POR CUYO MANDADO DEVE SER FECHO

Estudio, es ayuntamiento de Maestros, e de Escolares, que es fecho en algun lugar, con voluntad, e entendimiento de aprender los saberes. E son dos maneras del. La vna es, a que dizen Estudio general, en que ay Maestros de las Artes, así como de Gramatica, e de la Logica, e de Retorica, e de Arismetica, e de Geometría, e de Astrologia: e otrosi en que ay Maestros de Decretos, e Señores de Leyes. E este Estudio debe ser establecido por mandado del Papa, o de Emperador, o del Rey. La segunda manera es, a que dizen Estudio particular, que quiere tanto decir, como quando algún Maestro muestra en alguna Villa apartadamente a pocos Escolares. E atal cp,p este pueden mandar fazer, Perlado, o Consejo de algun lugar. (Las Siete Partidas del Sabio Rey, 1758, Partida II, *op. cit.*, p. 460.)

LEY II. EN QUE LOGAR DEVE SER ESTABLECIDO EL ESTUDIO, E COMO DEVEN SER SEGUROS LOS MAESTROS, A E LOS ESCOLARES.

De buen ayre, e de fermosas salidas, debe ser la Villa, do quisieren establecer el Estudio, porque los Maestros que muestran los saberes, e los Escolares, que los aprenden, bivan sanos en el; e pueden folgar, e recibir plazer en la tarde, quando se levantaren cansados del estudio. Otrosi deve ser abundada de pan, e vino de buenas posadas, en que pueden morar, e pasar su tiempo sin grand costa. Otrosi dezimos, que los Cibdadanos de aquel lugar, do fuere fecho el Estudio, deven mucho guardar, e honrrar a los Maestros, e a los Escolares, e a todas sus cosas. E los mensajeros que vienen a ellos de sus lugares, e non los debe ninguno prender, nin embargar, por deuda que sus padres debiesen, ni los otros de las tierras donde ellos fuesen naturales. E aun dezimos, que por enemistad, nin por malquerencia, que algun ome oviesse contra los Escolares, a sus padres, no les deven faser deshonrra, nin tuerto, nin fuerza. E porende mandamos, que los Maestros, e los Escolares, e sus mensajeros, e todas sus cosas sean seguras, e atreguadas, en viniendo a las Escuelas, e estando en ellas, e yendo a sus tierras. E esta seguridad les otorgamos, por todos los logares de nuestro Señorío. E qualquier que contra esto fiziere, tomándole por fuerza, o robándole lo suyo, devegelo perchar quatro doblado; e si lo fiere, o deshonrrare, o matare, debe ser escarmentado cruelmente, como ome que quebranta nuestra tregua, e nuestra feguranza. Mas por si fuera ventura de los Judgadores, ante quien fuesse fecha ella querella, fuesen negligentes, en fazerles derecho assi como sobredicho es, de lo suyo deven pechar, e ser echados de los oficios, por enfamados. E si maliciosamente se mouiessen contra los Escolares, non queriendo fazer justicia, de los que los deshorrizen, o firieffen, o matassen, estonce, los Oficiales que esto fizieren, deven ser escarmentados por alvedrio del Rey. (*Ídem*, pp. 460 y 461.)

LEY III. QUANTOS MAESTROS DEVEN SER EN EL ESTUDIO GENERAL, E A QUE PLAZOS DEVEN SER PAGADOS SUS SALARIOS.



---

Para ser el Estudio general cumplido, quantas son las sciencias, tantos deven ser los Maestros, que las muestre, assi que cada una dellas aya un maestro a lo menos. Pero si para todas las ciencias non pudiessen aver Maestro, abonda que aya de Gramatica, e de Logica, e de Retorica, e de Leyes, e Decretos. E los salarios de los Maestros deven ser establecidos por el Rey, señalando ciertamente, quanto aya cada uno, segun la sciencia que mostrare, e segun que fuere sabidor della. E aquel salarios que ouieren de aver cada uno dellos, devengelo pagar en tres vezes. La una parte, les deven dar luego que comenzaren el estudio. La segunda, por la Pascua de Resurrección. La tercera, por la fiesta de Sant Johan Bautista. (*Ídem*, pp. 461 y 462.)

LEY IV. EN QUE MANERA DEVEN LOS MAESTROS MOSTRAR A LOS ESCOLARES LOS SABERES. Bein E lealmente deven los Maestros mostrar sus saberes a los Escolares, leyendo los libros e faziendgelo entender lo mejor que ellos pudieren. E de que comenzaren a leer, deven continuar el estudio todavia, fasta que hayan acabado los libros, que comenzaran. E en quanto fueren sanos, non deven mandar a otros, que lean en logar dellos; fueras ende, si alguno dellos mandasse a otro leer alguna vez, para le honrrar, e non por razon de se escusar el del trabajo del leer. Mas si por ventura alguno de los Maestro enfermase, después que óbviese comenzado el estudio, de manera que la enfermedad fuesse tan grande, e tan luenga, que non pudiese leer en ninguna manera; mandamos que le den el salario, tambien como si leyese. E si acaeciese que muriese de la enfermedad, sus herederos deven aver el salario, tambien como si leyese todo el año. (*Ídem*, pp. 462)

LEY V. EN QUE LOGARES DEVEN SER ORDENAS LAS ESCUELAS DE LOS MAESTROS, O DE LOS ESCOLARES.

Las escuelas del Estudio general deven ser en un logar apartado de la Villa, las unas del cerca de las otras. Porque los Escolares que ouieren saber de aprender, ayna pueden tomar dos liciones, o mas, si quisieren: e en las cosas que dubdaren, pueden preguntar los unos a los otros. Pero deven ser las unas Escuelas tan apartadas de las otras, que los Maestros non se embarguen, oyendo los unos, lo que leen los otros. Otrosi dezimos, que los Escolares deven guardar, que las posadas, o las casas, en que moraren los unos, no las loguen lo otros en quanto en ellas moraren, e ouieren voluntad de morar en ellas. Pero si entendiese un Escolar, que la casa en que morasse otro, non auia voluntad, de fincar mas, de fasta el plazo a que auia alogaa; si el ouiffe sabor de la aver, deuele preguntar al otro, que la tiene, si ha voluntad de fincar en ella del plazo en adelante; e si le dixere que non, entonces puédela logar, e tomar para si, e non de otra guisa. (Las Siete Partidas del Sabio Rey, 1758, Partida II, *op. cit.*, pp. 462 y 463).

LEY IX. COMO DEVEN PROVAV AL ESCOLAR QUE QUIERE SER MAESTRO, ANTE QUE LE OTORGUEN LICENCIA.

Discipulo deve ante ser, el Escolar, que quiere aver honrra de Maestro. E desde que ouiesse bien aprendido, deve venir ante los mayores de los Estudios que han poder de les otorgar la licencia para esto. E deven catar en poridad ante que lo otorguen, si aquel que la demanda es ome de buena fama, o de buenas maneras. Otrosi debe dar algunas liciones, de los libros de aquella sciencia en que quiera comencar. E si ha buen entendimiento del testo, e de la glosa de aquella ciencia, e ha buen manera, e desembargada lengua para mostrarla; e si responde bien alas questiones, e a las preguntas, que le fizieren, devenle después otorgar públicamente honrra, para ser Maestro; tomando jura del, que demuestre bien e lealmente la su sciencia, e que nin dio, nin prometio a dar ninguna cosa, a aquellos que le otorgaron a aquellos la licencia, nin a otro por ellos, porque le otorgasen poder de ser Maestro. (*Ídem*, pp. 466 y 467.)

LEY X. COMO TODOS LOS ESCOLARES DEL ESTUDIO AYAN UN MENSAJERO, A QUE LLAMAN BEDEL, E QUAL ES SU OFICIO.

La universidad de los escolares deve aver su mensajero, a que llaman en latín Bidellus. E su oficio deste atal non es si non andar por las escuelas, pregonando las fiestas, por mandado del Mayoral del Estudio: e si acaeciese que algunos quieren vender libros, o comprar, devénguelo decir. E asi deve el andar, preguntando, e diciendo, que quien quiere tales libros, que vaya a tal estacion, en que son puestos; e de sopiere quien los quiere vender, e quales quieren comprar, dvbe traer la trujamania entre ellos lealmente. E otrosi pregone este Bedel, de cómo los Escolares se ayunten en un lugar, para ver, e ordenar algunas coas de su pro





origen; por un lado, tiene una presencia noble y monárquica proveniente de la Real Cédula del Rey Carlos V, y por el otro, la existencia católica a través de las bulas papales, una por el Papa Paulo IV fechada en 1555 y la otra, por el Papa Clemente VIII de 1595.<sup>21</sup>

Por lo que respecta, a la fecha de fundación de la Real y Pontificia Universidad de México, cabe resaltar que esta se gestó desde el mes de noviembre de 1536, a través de las gestiones realizadas por Fray Juan de Zumárraga, Obispo de México, que le hace saber al Virrey de la Nueva España Antonio de Mendoza, en el año de 1537, mediante comunicado, suplicó al Emperador Carlos V, la necesidad de establecer la Universidad. Dichas gestiones se siguen de manera permanente. Para el año de 1547, la Corona Española considera la pertinencia de fundar una Universidad en México, para lo cual se requiere recursos económicos.

El 21 de septiembre de 1551, se emite la Real Cédula para fundar la Universidad de México, y se inauguran los cursos para el año de 1553, siendo Virrey de la Nueva España Luis de Velasco, por Bula del Papa Clemente VIII, y el 7 de octubre de 1595, se le agregó la denominación de Pontificia. Por eso se le denomina Real y Pontificia Universidad de México.

La Real y Pontificia Universidad de México, fue antecedente inmediato de la Universidad Nacional de México, la cual, al lograr su autonomía, se le identifica como Universidad Nacional Autónoma de México.

Ahora bien, cabe señalar que durante los siglos XIX y XX, la estructura curricular de los estudios de Derecho en nuestro país no permaneció estática, toda vez que se modificó al correr de los años.

Igualmente, cabe destacar que la presencia centralista de la Metrópoli, ha influido en el diseño de los planes de estudios. Dicha tendencia sobrevivió hasta finales de la década de los ochenta del siglo XX. A partir de ese entonces observamos que se han generado cambios curriculares en forma más dinámica en las diferentes instituciones de educación superior en las distintas entidades federativas que ofertaban los estudios de Derecho.

A continuación, se describe un panorama de los diferentes estadios históricos, en que se pueda analizar la evolución de la cultura jurídica en nuestra patria.

En el primero y segundo periodo, se identifican criterios de una concepción jurídica imbuida del Derecho Natural y Canónico principalmente, durante los siglos XVI, XVII, XVIII y principios del siglo XIX. Al respecto, basta

---

<sup>21</sup> Cfr. Sánchez Vázquez, Rafael, "Síntesis sobre la Real y Pontificia Universidad de México", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. XIV, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, pp. 288 y 289.



citar entre otras asignaturas las siguientes: Prima de Cánones, Decreto, Código Sexto Clementinas, Derecho Natural, Derecho Romano, Derecho de Gentes, Derecho Civil; Impregnados de la lengua Latina.

El tercer periodo comprende los años de 1867 a 1907, en esta etapa los planes de estudios de la Carrera de Derecho se amplían y se diversifican las asignaturas del Derecho Privado y Derecho Público, Derecho Mercantil, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Procesal, Derecho Internacional, Sociología, etc,. En términos generales se percibe la concepción positivista del Derecho. Durante esta etapa, la concepción positivista de la exégesis del Derecho, se consolida.

El cuarto periodo, se desarrolla a partir del año de 1907 hasta 1924. En este estadio, los cursos de las asignaturas del Derecho Privado –Derecho Civil y Mercantil– se conservan y se amplían con las asignaturas procesales de cada derecho substantivo. Igualmente, se intensifican las asignaturas del Derecho Público, Constitucional, Penal, Administrativo, Internacional, y otras de naturaleza general, ligadas a las Ciencias Sociales, como son la Sociología, Economía, Política, etc.

El quinto periodo se inicia en los años de 1924 a 1980. En dicha etapa se conservan las asignaturas del Derecho Privado, así como las del Derecho Público. Igualmente, emergen las asignaturas del Derecho Social. El periodo de referencia se caracteriza por establecer los escenarios propicios para el desarrollo de la industrialización del país, y por ende, la consolidación del capitalismo en su fase monopolista, pasando primeramente en un desarrollo estabilizador –gracias a cierta estabilidad económica y repunte de ésta, a partir de la década de los años 50´s y 60´s-. Posteriormente, en la década de los setentas, nuestro país entra en ciertas contradicciones –propias de la aparición y desarrollo en años posteriores– del esquema de la globalización e internacionalización del capital, en donde aparecen los paradigmas de la modernización y de la racionalización eficientista, generando rupturas en las instituciones de corte localista y nacionalista. A partir de ese entonces se cuestionan dramáticamente los conceptos de soberanía nacional. Pasamos de una cultura solidaria y humanista, a una cosmovisión pragmática y utilitarista.

El sexto periodo se inicia en los años de 1980 hasta nuestros días. Así pues, durante esta etapa cerramos el siglo XX, con el espectacular crecimiento de la informática, de la cibernética y de la satelización. Los cambios científicos y tecnológicos chocan con los modelos de nuestra economía cerrada y de nuestros valores nacionalistas, para dar paso a economías más abiertas bajo la égida de la mundialización planetaria, además del impacto que ha causado la biotecnología y el desenvolvimiento del género humano. Los problemas ambientales provocaron la inquietud de los estudiosos del derecho para integrarse a nuevas líneas de investigación, entre otros, cabe hacer mención del Bioderecho, etc.

### 3.- DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA DOCENCIA JURÍDICA TRADICIONAL.

En los Estatutos de la Universidad elaborados por el oidor, Pedro Farfán en 1580, se indicaban las lecturas que en cada una de ellas habría de efectuar el catedrático. La cátedras eran la de Prima de Cánones, en la cual por no haber al presente otra de Decretales mayor ni menor, debería su titular explicar el referido *Liber Decretalium* distribuido en cinco años la-de Decreto, en la que se explicaría la obra de Graciano conforme al Estatuto de la Universidad de Salamanca; la de Código, para dicha compilación justiniana también en cinco años; y la de Instituta, para la obra homónima, en iguales cinco años.<sup>22</sup>

La descripción que hacía de las explicaciones de la clase del doctor Arévalo Sedeño, no era más que un vivo retrato del método escolástico, propio del *mos italicus*, que largo tiempo predominó en la enseñanza jurídica, conforme al cual, el catedrático, tras leer el texto pertinente a su facultad, ponía los casos o dificultades que planteaba, y recurriendo a las glosas y comentarios, los resolvía en una solución magistral.

La forma de impartir las clases en la Real y Pontificia Universidad, fomentaba el uso de manuscritos. Según las constituciones de Farfán, la hora de clase se dividía en dos partes: en una el catedrático dictaba algún texto; en la otra lo explicaba aduciendo argumentos propios y de otros autores. Los estudiantes, por consiguiente, debían de estudiar sobre sus propios apuntes y el maestro de tener por escrito sus comentarios a los textos. Es significativo que en la Nueva España no se imprimen libros destinados a la enseñanza jurídica, sino hasta fines del siglo XVIII, cuando se publican las *Institutiones sive Epitome Iuris civilis, carmine latino, in gracia tyronum, qui jurisprudentiae studio vacant, opus elaboratum* de José Bernárdez de Rivera, México, 1733, y las *Elucidationes* o explicaciones de las Instituciones de Justiniano hechas por el jurista español Sebastián Magro y completadas por Ventura Beleña, México, 1787.<sup>23</sup>

Ahora bien, con el propósito de ahondar más en la forma en qué y cómo se enseñaba en las facultades de Cánones y Leyes, cabe hacer mención de lo siguiente.

El Título 17º es particularmente interesante, pues constituye una breve

---

<sup>22</sup> Estatutos de esta Real Universidad por el doctor Pedro Farfán Tit. V. De lo que han de leer los Catedráticos de Cánones y Leyes, en Jiménez Rueda, Julio: Las constituciones de la Antigua Universidad- Cit. por Barrientos Grandon, Javier, La cultura Jurídica en la Nueva España, UNAM, México, 1993, p. 124.

<sup>23</sup> Adame Goddard, Jorge, "Los manuscritos Jurídicos Latinos de la Biblioteca Nacional", en *Memoria del IV congreso de Historia del Derecho Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie C, Estudios Históricos, Núm. 25, México, 1988, pp. 17 y 19.



didáctica de la Universidad, ya que en él se determina cómo han de leer los lectores y a qué hora y cómo han de oír los oyentes. Conocemos en él, cuál era el horario de las cátedras, como se distribuía el tiempo de la explicación y cómo se exigía de los catedráticos no solo la asistencia durante todo el período lectivo, sino también la puntualidad absoluta, pues se defraudaba a los estudiantes y a la Universidad al dar menos tiempo que el obligado. Explica que la primera mitad de la hora de cátedra debe ser empleada en declarar "la doctrina", y la segunda en escribir las conclusiones. Dice textualmente: "Los catedráticos y los lectores de cánones, leyes y teología sean obligados a gastar la mitad de la hora en dictar y la otra hora en explicar declarando y disputando de viva voz, insistiendo en este tiempo dicho de la media hora solamente en el verdadero entendimiento del texto y dificultad de las glosas..., sacando en limpio la verdadera y común doctrina sin derramarse a materias extrañas e impertinentes y que en el tiempo de explicar no escriba ningún oyente ni el catedrático o lector lo consienta para que pueda leer con grande aplauso y atención y que la otra media hora del tiempo pueda el catedrático recoger la disputa en una breve teoría en la cual resuelva cuál es la verdadera y común opinión y el principal texto y fundamento de ella para que el oyente pueda hacer memoria y cultivar el ingenio y entendimiento y que esto se guarde inviolablemente leyendo siempre en latín si no fuere declarado alguna gran dificultad o poniendo ejemplo o refiriendo alguna ley del Reino, todo lo cual guarden y cumplan y no lo puedan quebrantar so pena de cincuenta pesos por la primera vez y por la segunda doscientos aplicados para gastos de la capilla de la Real Universidad, además de que no puedan hacer suyos los frutos y emolumentos de la cátedra y encargamos la conciencia del Rector y los ejecute con mucha diligencia y rigor" (Folios 35, 36 y 37 del expediente citado.)<sup>24</sup>

Había, sin embargo, un acto cada año, para aquilatar aprovechamientos en el salón general de la Universidad. Se organizaban tres disputas en las que participaban cuatro estudiantes escogidos por sus maestros y algunos doctores en leyes. Los estudiantes exponían puntos y razonamientos previamente preparados por ellos y los doctores les rebatían. "A cada estudiante se le daba una propina de cuatro reales y un peso al doctor que presidía la disputa."<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Fuente Estatutos del Dr. Pedro Farfán- Cit. por Jiménez Rueda, Julio, *Las Constituciones de la Antigua Universidad*, Facultad de Filosofía y Letras-UNAM, México, 1951, pp. 41 y 42.

<sup>25</sup> Jiménez Rueda, Julio, *op. cit.*, p. 43.

Hubo durante la época colonial, en las facultades de Cánones y Leyes, profesores mediocres y otros brillantísimos, como en todas las universidades y en todos los tiempos.

Refiriéndose a los profesores de la Universidad de mediados del siglo XVI, Cervantes de Salazar en su obra ya citada, dice:

MESA: Son empeñosos, versadísimos en todas ciencias. Y hasta te diré, nada vulgares, y como hay pocos en España. De los profesores de Cánones y Decretales opina:

MESA: Para leer Cánones de que es catedrático de Prima, sube a la cátedra el doctor Morones, a quien tanto debe la jurisprudencia. Sus discípulos, que son muchos, le oyen con gusto por su claridad.

GUTIÉRREZ: Muchos le siguen.

MESA: Y con razón, de las diez a las once, y en la misma cátedra, el doctor Arévalo Sedeño explica y declara los Decretos Pontificios con tal exactitud y perfección, que los más doctos en Derecho nada encuentran digno de censura, sino mucho que admirar, como si fuesen palabras

Ahora bien, ¿En qué consiste doctrinariamente la enseñanza tradicional?

A este respecto, Francisco Larroyo, manifiesta el siguiente concepto: "La enseñanza tradicional no es otra cosa que transmitir, por parte del maestro, conocimientos, y el aprender, paralelamente, la recepción, por parte del alumno, de éstos conocimientos."<sup>26</sup>

Así, pues, dentro de este sistema de enseñanza tradicional, el profesor es el único que posee de antemano el conocimiento; saber que transmite a los alumnos, en forma autoritaria, a quienes considera como cosas y no sujetos del conocimiento, de esta manera, los alumnos a través de una conducta pasiva y receptiva, repiten de memoria la información expresada por el profesor.

Dicha problemática es preocupante desde finales del siglo XIX en Italia y España. De ahí que Piero Calamandrei, dedica a los estudiantes de derecho la siguiente obra: *Demasiados abogados*, en donde hace una serie de reflexiones y críticas.

*La explicación oral, en la que el profesor habla para todos y para nadie, en una forma para algunos demasiado elevada y para otros demasiado modesta, impide al docente dirigirse a cada discípulo en el lenguaje más*

---

de un oráculo. Es copioso en los argumentos estériles, conciso en los abundantes, pronto en las citas, sutil en las deducciones. Presenta sofismas y los deshace, nada ignora de cuanto hay más oscuro y elevado en Derecho, y por decirlo de una vez, es el único que puede hacer jurisprudencias a sus discípulos.

Del profesor de Instituta, se expresan en estos términos:

MESA: De las cuatro a las cinco da cátedra de Instituta, con bastante acierto, el doctor Frías, Maestro también de Artes, peritísimo en griego y latín; pero lo más admirable es que aún no ha cumplido treinta y cuatro años. (Cervantes de Salazar, Francisco: México en 1554; Ed. Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma, 1939. pp. 30 y 31. Cit. por Mendieta y Núñez, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho de la UNAM*, 2ª ed. Porrúa, México, 1977, pp. 92 y 93.)

Para constreñir a los profesores a cumplir sus obligaciones docentes, sobre ellos cierta vigilancia y los bedeles tomaban cuenta de sus asistencias. El rector debía visitar las cátedras durante las horas de clase; pero a pesar de esto había catedráticos que faltaban con mucha frecuencia, y otros que enviaban sustitutos en su lugar, cosa ésta que fue prohibida en diferentes claustros, pues la regla era que sólo se podía ser profesor de la Universidad ganando la cátedra en oposición.

En un principio, los profesores de la Universidad fueron nombrados por el virrey, las autoridades de la Universidad y los oidores de la Real Audiencia; pero más tarde el nombramiento se hacía por el Claustro Universitario en favor de quien hubiese obtenido la cátedra en oposición. Sin embargo, algunas veces, los virreyes se abrogaban la facultad de nombrar no sólo catedráticos, sino rectores, pasando sobre los estatutos o constituciones de la Universidad y lo hacían por medio de un simple decreto.

Cuando quedaba vacante alguna cátedra, el rector mandaba fijar la convocatoria a oposiciones en lugar visible del edificio de la Universidad, con plazo de treinta días a partir de la fecha de la publicación.

<sup>26</sup> Larroyo, Francisco, *Didáctica General Contemporánea*, 6ª ed. Porrúa, México, 1979, p. 69.

*apropiado a su madurez intelectual; le Impide fijar su atención en cada individuo para darse cuenta de sus aptitudes y de sus deficiencias. Pero aunque la explicación desde la cátedra no tuviese el defecto irremediable de descontentar a una o a otra parte de la masa estudiantil, merecería ser desterrada de la escuela por la absoluta pasividad intelectual a que condena a los estudiantes, obligados a aceptar, sin posibilidad de crítica ni de refutación, los resultados del pensamiento ajeno. Así la lección, en vez de una saludable gimnasia del espíritu, se ha convertido en una cómoda escuela de holgazanería, y los alumnos, incluso los más estudiosos, después de haber intentado en vano, las primeras veces, reaccionar contra la tiranía de unos métodos que enseñan a pensar con la cabeza de los demás, se dejan poco a poco vencer por la seducción de un sistema tan poco fatigoso para ellos, y si, no obstante, continúan frecuentado materialmente las clases, permanecen espiritualmente ausentes de ellas, sumidos, mientras el profesor habla, en una especie de placidísimo sopor mental que, a menudo, en las tardes calurosas, se convierte en dulce sueño físico.*<sup>27</sup>

A este respecto, el jurista Héctor Fix Zamudio, considera lo siguiente: "Uno de los motivos que se ha señalado como causa de la deficiente preparación de los estudiantes de Derecho, no sólo en nuestro país sino en general, en aquellos que siguen los lineamientos de la llamada tradición continental europea o de origen romanista. Consiste en el predominio de la enseñanza catedrática, que en estricto sentido debe calificarse como discursiva o verbalista. En donde, este tipo de enseñanza se apoya en la oratoria del profesor frente a un alumno totalmente pasivo, que sólo toma apuntes y recibe como un dogma las enseñanzas del mismo profesor".<sup>28</sup>

Rafael de Pina, destaca objetivamente que una lección de cátedra pueda ser buena o mala. Como puede ser bueno o malo un discurso, o un libro. No obstante, aún persiste la lección de cátedra, como medio tradicional de transmitir el conocimiento, al menos en las Facultades de Derecho. Ahora bien, la lección oral, cuando el que la da es un verdadero maestro, y si se encuentra frente a verdaderos discípulos, es uno de los medios más eficaces de transmisión del conocimiento. Empero, se ha abusado, sin duda, de la lección oral, y sobre todo, se ha incurrido en el error de utilizarla como medio exclusivo de la docencia jurídica.<sup>29</sup>

Igualmente, dicha práctica docente no genera motivación alguna para que los estudiantes realicen trabajos de investigación jurídica. Empero, el problema fundamental de la escolástica es llevar al hombre a la inteligencia de las verdades reveladas. La verdad revelada contenida en los libros sacros y las definiciones dogmáticas es la norma de la investigación escolástica. De ahí que

---

<sup>27</sup> Calamandrei, Piero, *Demasiados abogados*, (Trad. de José R. Xirau, Barcelona, 1926), 1ª ed. 1920, reeditada por Ed. Casa Poletti, México, s. f. p. 102.

<sup>28</sup> Fix Zamudio, Héctor, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídica*, 8ª ed. Porrúa, México, 2000, pp. 396-398.

<sup>29</sup> De Pina, Rafael, *Pedagogía Universitaria*, Ediciones Botas, México, 1960, pp. 33-35.

la escolástica no propone formular *ex novo* doctrinas y conceptos. No se trata de encontrar la verdad, dada ya en la revelación, sino sólo de entenderla.<sup>30</sup>

Además, se torna prudente manifestar que: La corriente exegética del derecho ha contribuido en gran parte para fortalecer y arraigar la enseñanza tradicional del Derecho. Así pues, la exégesis, al partir del supuesto de que el legislador es omnisapiente, considera su obra perfecta: lo que el legislador diga, dicho queda y lo que calla, callado está; "tanto lo afirmado como lo omitido es inobjetable; el legislador sabe lo que hace, nunca se equivoca, se dice".<sup>31</sup>

El distinguido jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio considera que: "Se padece en Latinoamérica en mayor o menor grado, de una enseñanza jurídica de carácter tradicional, que se caracteriza por la clase verbalista u oratoria por parte del profesor y de una pasividad absoluta por parte de los estudiantes, y si bien se ha iniciado un movimiento hacia la implantación de nuevas técnicas de acuerdo con los adelantos de la pedagogía moderna, se tropieza con enormes dificultades para su aplicación en la práctica."<sup>32</sup>

Así, podemos identificar las siguientes características como elementos que inciden en la enseñanza tradicional del Derecho y son a saber: autoritaria, informativa, monólogo, inmutable, pasiva, receptiva, memorística, descriptiva, domesticante y acrítica.

Al respecto, considero, que dicho modelo de Docencia tiene como sustento epistemológico al paradigma del conocimiento identificado como Materialismo Mecanicista, toda vez que el alumno en su calidad de sujeto cognoscente sólo percibe al objeto de conocimiento en forma pasiva, receptiva y contemplativa. De ahí que el conocimiento que obtiene, es un reflejo o copia de su profesor, reflejo cuya génesis de conocimiento está en relación con la acción mecánica del objeto sobre el sujeto. Es decir, el profesor y su discurso, se imponen sobre el alumno.<sup>33</sup>

En cambio, podríamos convenir que lo contrario de la enseñanza tradicional vendría dado por el esquema de la Educación Autodidacta, en donde esta se vincula al Modelo Idealista del conocimiento. Dicho de otra manera, a través de su participación activa y dinámica como sujeto cognoscente, se le atribuye el papel de creador de la realidad.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Cfr. Abbagano, N. Y Visalberghi, A, *Historia de la Pedagogía*, (Trad. de Jorge Hernández Campos), 5a. reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pp. 155 y 156.

<sup>31</sup> Vernengo, Roberto José, *La Interpretación Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1977, p. 67.

<sup>32</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídica*, 3ª ed. Porrúa, México, 1988, p. 383.

<sup>33</sup> Cfr. Schaff, Adam, *Historia y verdad – La relación cognoscitiva. El Proceso de Conocimiento. La verdad*, Grijalbo, México, 1974, pp. 83, 84 y 85.

<sup>34</sup> Cfr. *Ídem*, p. 85.

Así pues, en atención a los múltiples dilemas que se viven en el contexto de la enseñanza tradicional del Derecho, es válido hablar de obstáculos epistemológicos de la referida práctica educativa.<sup>35</sup>

A este respecto, es válido citar algunas de las reflexiones vertidas por Thomas S. Kuhn: "Principalmente, me asombré ante el número y el alcance de los desacuerdos patentes entre los científicos sociales, sobre la naturaleza de problemas y métodos científicos aceptados. Tanto la historia como mis conocimientos, me hicieron dudar de que quienes practicaban las ciencias naturales poseyeran respuestas más firmes o permanentes para esas preguntas que sus colegas en las ciencias sociales. Al tratar de descubrir el origen de esta diferencia, llegué a reconocer el papel desempeñado en la investigación científica por lo que, desde entonces, llamo 'paradigmas'. Considero a éstos como realizaciones científicas universalmente reconocidas, que durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica".<sup>36</sup>

Por lo tanto, cabe destacar que cada revolución científica y tecnológica modifica la perspectiva histórica de la comunidad que la experimenta; entonces el cambio de perspectiva deberá afectar la estructura de los libros de texto y las publicaciones de investigaciones posteriores a dicha revolución.<sup>37</sup>

Empero, actualmente, para bien de la humanidad, por medio del avance científico y tecnológico se han logrado sorprendentes desarrollos en los medios de impresión y de comunicación de la información. Consecuentemente, ésta ha dejado de ser patrimonio de unos cuantos. Hoy en día, se difunde el conocimiento de manera más dinámica y ágil.<sup>38</sup> A este respecto, es muy ilustrativo lo expresado en el shock del Futuro de Alvin Toffler cuando expresa que en el Siglo XV, toda Europa producía 1,000 títulos al año. En cambio en la década de los 60 —del siglo XX, se producían 1,000 títulos diarios. Así pues, dicha producción de información al multiplicarla por los 365 días del año, nos arroja aproximadamente a más de 300,000 títulos al año.

Por otra parte, si elegimos al sistema de clasificación de Bibliotecas de Melvin Dewey o clasificación decimal para organizar dicha información nos daríamos cuenta que para Ciencias Sociales habrá 30,000 títulos diferentes. Ahora bien, dentro del sistema decimal las Ciencias Sociales se identifica por el número 300 y al Derecho lo comprende el 340.

Por lo consiguiente, tendremos alrededor de 3000 títulos sobre la

---

<sup>35</sup> Cfr. Schaff, Adam; *op. cit.* p. 86.

<sup>36</sup> Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, 1ª ed. 1971, 7a. reimpr. Ed. FCE, México, 1986, p. 13.

<sup>37</sup> Cfr. Kuhn, Thomas; *op. cit.*, p. 15.

<sup>38</sup> Cfr. Toffler, Alvin, *El Shock del Futuro*, trad. al Español por J. Ferrer Aleu, 9ª ed. Plaza & Janes, Barcelona-España, 1995, p. 38.



información de todas las áreas del Derecho, que al dividirse en diez tendremos v. gr. para el Derecho Civil aproximadamente 300 títulos al año. Sin embargo, el drama del Crecimiento de la información es mayor cuando la exposición de motivos de la Ley para el Fomento de la Lectura en nuestro país del 2000, menciona que aproximadamente se producen 4000 títulos diarios en el mundo, lo que nos lleva a la enorme cantidad de más de 1,200,000 títulos que se producen al año. Lo cual significa que para el caso de las Ciencias Sociales, hoy en día, se cuenta con más de 120,000 títulos y que para Derecho hay más de 12,000 títulos lo que significa un mayor aumento de información para el estudio del Derecho Civil, ya que, hoy día se cuenta con más de 1,200 títulos. En tal virtud seguir con prácticas docentes basadas en el dictado de apuntes y la excesiva memorización nos lleva a degradar la actividad intelectual que tiene como reto, por un lado, la problematización del conocimiento, y por el otro, la construcción del conocimiento Jurídico.

Así mismo, dicha problemática ha llamado la atención de las Facultades, Escuelas e Institutos de derecho en América latina, desde hace más de cincuenta y cuatro años. Toda vez que dentro del periodo comprendido entre los años de 1959 y 2013, se han realizado más de 10 conferencias latinoamericanas.

Ahora bien, en los resolutivos de dichas conferencias aparece como una constante la recomendación de poner en práctica métodos activos del aprendizaje del derecho, entre otros, cabe hacer mención de los subsiguientes: preseminario, seminario, la clínica del derecho, método de casos jurisprudenciales, el método de problemas jurídicos, etcétera.

Por otra parte, cabe resaltar que en Europa, distinguidos juristas de la talla de Cappelletti y Carnelutti, han expresado de manera franca su rechazo al excesivo uso de la enseñanza tradicional del derecho.

Al respecto, Mauro Cappelletti, considera que desde principios del siglo XX, distinguidos profesores italianos señalaron los defectos de la enseñanza universitaria del derecho, por medio del cual, el alumno es un mero receptor de lo que los profesores han ido explicando, con más o menos acierto pero sin que se llegue a formar una conciencia crítica por parte del estudiante.<sup>39</sup>

Por su parte, Francesco Carnelutti, ha manifestado que la enseñanza tradicional del derecho ha contribuido en gran parte al deterioro cualitativo de la formación de juristas, ya que se propone enseñar el derecho en una biblioteca. Además, no se quiere establecer una relación entre los conceptos y las imágenes sacadas de la observación de la realidad.<sup>40</sup>

A este respecto, Jerome Frank expresa abiertamente su inquietud por

---

<sup>39</sup> Cappelletti, Mauro: Enseñanza del Derecho y tirocinio profesional en Alemania e Italia. Cit. por Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 7ª ed. UNAM, México, 1987, p. 13.

<sup>40</sup> Carnelutti, Francesco, *Metodología del Derecho*, 2ª ed. Utea, México, 1962, pp. 36, 56 y 59.



transformar la práctica educativa del derecho, y lo hace de la siguiente manera: "Reformar la educación jurídica acercándola mucho más a las realidades del tribunal y del bufete, principalmente por medio del uso del método de enseñanza por el aprendizaje."<sup>41</sup> Al respecto, considero que es necesario establecer una relación dialéctica.

#### **4.- CARACTERÍSTICAS DE LA METODOLOGÍA ACTIVA DE LA DOCENCIA JURÍDICA.**

A continuación, se mencionan algunas características que nos permiten delimitar la estructura de la metodología activa de la docencia jurídica:

1. El educador se convierte en un facilitador del conocimiento. En donde, su preocupación fundamental radica en el aprendizaje que adquiera el educando.<sup>42</sup>
2. El educando no se preocupa en memorizar de manera mecánica un cúmulo de datos, hechos o normas. Lo que ahora importa es la participación del estudiante, tanto en la preparación de la clase como el desarrollo de ésta. Además, permite y estimula la actitud crítica del alumno.
3. A través de la metodología activa se logra una perspectiva diferente del estudio del Derecho. Principalmente se establece una vinculación mayor con los problemas jurídicos que plantea la vida diaria. Lo cual, no significa un abandono del estudio de principios o instituciones.
4. Además, el educando se integra al proceso de la investigación jurídica mediante un espíritu crítico. A fin de dar solución a los problemas jurídicos planteados dentro y fuera del aula.
5. El educador introduce la información necesaria para que el estudiante obtenga un mínimo de datos, hechos o normas que le permitan construir un conocimiento claro y preciso sobre el tema objeto de estudio. Ahora bien, dicha información debe combinarse tanto en forma oral como escrita (lecturas seleccionadas, etcétera).
6. Con la enseñanza práctica del Derecho, el alumno confronta el estudio abstracto de la norma y su aplicación concreta. Igualmente, da la forma real de actuar en la solución encontrada al problema legal. De esta manera, el alumno adquiere criterio jurídico.

Ahora bien, el Modelo alternativo de la Docencia Jurídica tiene entre otros sustentos epistemológicos los siguientes: por un lado, visualizar al conocimiento como un proceso cognoscitivo teórico-práctico que permita el desarrollo de las diferentes estructuras del conocimiento que transitan en los diversos estadios del proceso cognoscitivo, mediante el método interdisciplinario.

Y por el otro, podemos encontrar en la epistemología genetista de Piaget

---

<sup>41</sup> Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, Fontamara, México, 1991, p. 139.

<sup>42</sup> Cfr. Witker V., Jorge, *Técnicas de la enseñanza del Derecho*, Pac, México, 1985, pp. 132, 133, 145, 148 y 149.

una explicación del ¿por qué? no acabado, sino que a través de la acción permanente del sujeto cognoscente, se va transitando por los diferentes esquemas del conocimiento. Así pues, lo que en un principio genera desequilibrio, pasa a la estructura cognoscitiva de la acomodación, para después seguir en el esquema de la asimilación que permitirá llegar al equilibrio cognoscitivo, y de esa manera llegar a la adaptación cognoscitiva<sup>43</sup>.

Consecuentemente, es importante tener presente dentro de la perspectiva epistemológica de Piaget, que el conocimiento no proviene únicamente ni de la sensación ni de la percepción, sino de la totalidad de la acción. En efecto, lo propio de la inteligencia no es contemplar, sino transformar y su mecanismo es esencialmente operatorio.<sup>44</sup>

Por lo tanto, se torna inaplazable e incuestionable el establecimiento y desarrollo de un proceso de enseñanza-aprendizaje dinámico del Derecho. Esto es, imprimirle a la docencia jurídica un carácter creativo y problematizador.

Al respecto, Jorge Witker, considera: "La concepción dinámica del aprendizaje del Derecho, necesariamente debe ser atendida como una labor creadora de conocimientos impregnada de un carácter problemático. Toda vez, que el Derecho no puede ser propuesto como un saber inmutable. Además, debe vincular los estudios jurídicos a la realidad jurídico social concreta de nuestros países. No puede ser ajeno al estudiante, la gran distancia que separa al derecho vigente con el derecho real. Por lo consiguiente, deberíamos formar al jurista y abogado en una noción dinámica y abierta del Derecho. Remarcar su función social reguladora, su relación con los cambios sociales, el papel de avanzada y renovación que puede jugar la jurisprudencia y la necesidad de que la norma jurídica realice el ideal de justicia, valor histórico concreto de tanta lejanía para el hombre medio latino americano."<sup>45</sup>

## **5.- DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE LA POBLACIÓN ESTUDIANTIL EN EL NIVEL SUPERIOR Y POSGRADO.**

En seguida, se transcriben, por una parte, los datos estadísticos de la población escolar que se encuentra estudiando en las diferentes disciplinas que integran las áreas del conocimiento en Ciencias Sociales y Administrativas, así como Educación y Humanidades, en los programas de Licenciatura y Posgrado (Especialidad, Maestría y Doctorado).

2011

---

<sup>43</sup> Cfr. Piaget, Jean, *Psicología y Epistemología*, 5ª ed. Ariel, México, 1981, pp. 7, 15 y ss.

<sup>44</sup> *Ídem.*, p. 89.

<sup>45</sup> Witker V., Jorge, *Metodología de la enseñanza del Derecho*, 3ª ed. Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), Toluca, México, 1982, pp. 76, 77 y 78.

DISCIPLINA	POBLACIÓN ESCOLAR			
	LICENCIATURA <sup>46</sup>	ESPECIALIDAD	MAESTRÍA	DOCTORADO <sup>47</sup>
<b>CIENCIAS SOCIALES Y ADMINISTRATIVAS</b>				
Administración	239,813	3,181	36,614	1,272
Antropología y Arqueología	5,630	217	298	437
Archivonomía y Biblioteconomía	1,254		148	31
Banca y Finanzas	3,465		65	
Ciencias Políticas y ministración Pública	14,011	97	1,084	384
Ciencias Sociales	26,030	110	2,036	913
Ciencias de la Comunicación	73,513	172	1,385	10
Ciencias del Deporte yercicio	10,062			
Comercio Internacional	56,344	83	783	45
Contaduría	122,958	311	690	13
Cosmetología y Estilismo	396			
Criminología				
Derecho <sup>48</sup>	211,793	4,637	13,809	1,074
Economía y Desarrollo	28,791	239	1,922	611
Estudios Latinoamericanos	578		190	135
Geografía	3,007	20	114	99
Impuestos y Finanzas		1,042	4,769	118
Mercadotecnia y ventas	44,920	444	1,553	
Psicología	113,691	1,110	7,072	668
Relaciones Comerciales	10,928			
Relaciones Industriales	1,777			
Relaciones Públicas	1,023			
Relaciones Internacionales	18,555		86	3
Seguridad Pública	2,009			
Turismo	59,992	38	218	37
Publicidad		310	195	
<b>EDUCACIÓN Y HUMANIDADES</b>				
Arte Dramático	1,356			
Artes	11,459	46		96
Ciencias del Ejercicio			215	
Danza	2,630			
Educación	96,427*	1,443	3,1942	4,141
Educación Militar		40		
Educación Normal		27	4,046	762
Educación y Humanidades			5	
Escenografía				
Filosofía	7,022	16	523	497
Historia	7,905	2	1,203	454
Idiomas	15,423	36	82	
Letras	12,963**	29	374	141
Lingüística	12,963	25	266	71
Semiótica				
Humanidades		240	1,203	470

<sup>46</sup> Fuente de información: ANUIES: Información y servicios/Información estadística de educación superior/Anuario estadístico de educación superior 2011. Fuente de información: <http://www.anui.es.mx/content.php?varSectionID=166>. Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2012.

<sup>47</sup> *Ibidem.*

<sup>48</sup> Nota: en los últimos 10 años la cobertura del SNI, ha crecido. A este respecto, de 84 Investigadores Nacionales de Derecho ha aumentado a 427.

Música	5,664			
Religión	569			
Coreografía	116			

\* Para este rubro la disciplina en licenciatura se denomina: Educación y Docencia.

\*\* Para este rubro la disciplina en licenciatura se denomina: Lenguas, Letras y Literatura.

### POBLACIÓN ESCOLAR DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR TOTAL NACIONAL

2012<sup>49</sup>

NIVEL EDUCATIVO	POBLACIÓN
Técnico Superior	121,641 (3.9%)
Educación Normal	133,770 (4.2%)
Licenciatura	2,676,843 (84.7%)
Posgrado	228,941 (7.2%)
<b>TOTAL</b>	<b>3,161,195</b>

2013<sup>50</sup>

NIVEL EDUCATIVO	POBLACIÓN
Normal Licenciatura	134,420 (4%)
Licenciatura	2,936,034 (89%)
Posgrado	229,894 (7%)
<b>TOTAL</b>	<b>3,300,348</b>

### POBLACIÓN ESCOLAR DE LICENCIATURA POR INSTITUCIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS

2012<sup>51</sup>

Sector	Población
Públicas	2,158,367 (68.3%)
Privadas	1,002,828 (31.7%)
<b>Total Nacional</b>	<b>3,161,195</b>

2013<sup>52</sup>

Sector	Población
Públicas	2,274,311 (68.9%)
<i>Federal</i>	441,326 (13.4%)
<i>Estatad</i>	614,444 (18.6%)
<i>Autónomo</i>	1,218,541 (36.9%)
Privadas	1,026,037 (31.1%)
<b>Total Nacional</b>	<b>3,300,348*</b>

### PARTICIPACIÓN DE LA MUJER EN LAS ÁREAS DE ESTUDIOS DE NIVEL LICENCIATURA, 1990-

<sup>49</sup> ANUIES-Anuario Estadístico de Educación Superior-Anuario digital 2012. <http://www.anuies.mx/content.php?varSectionID=166>. Fecha de consulta: 10 de junio de 2014.

<sup>50</sup> Principales cifras del sistema educativo nacional 2012-2013. [http://fs.planeacion.sep.gob.mx/estadistica\\_e\\_indicadores/principales\\_cifras/principales\\_cifras\\_2012\\_2013\\_bolsillo.pdf](http://fs.planeacion.sep.gob.mx/estadistica_e_indicadores/principales_cifras/principales_cifras_2012_2013_bolsillo.pdf). Fecha de consulta: 10 de junio de 2014.

<sup>51</sup> ANUIES-Anuario Estadístico de Educación Superior-Anuario digital 2012. <http://www.anuies.mx/content.php?varSectionID=166>. Fecha de consulta: 10 de junio de 2014.

<sup>52</sup> Principales cifras del sistema educativo nacional 2012-2013. [http://fs.planeacion.sep.gob.mx/estadistica\\_e\\_indicadores/principales\\_cifras/principales\\_cifras\\_2012\\_2013\\_bolsillo.pdf](http://fs.planeacion.sep.gob.mx/estadistica_e_indicadores/principales_cifras/principales_cifras_2012_2013_bolsillo.pdf). Fecha de consulta: 10 de junio de 2014.

\* Sólo es de la suma de los rubros de Públicas y Privadas.

**1999<sup>53</sup>, 2011<sup>54</sup>, 2012<sup>55</sup> y 2013<sup>56</sup>.**

Año	Población total	Población femenina/Porcentaje
1990	1,078,191	434,803 (40.3%)
1995	1,217,431	549,840 (45.2%)
1999	1,481,999	690,300 (46.6%)
2011	2,530,925	1,236,794 (48.9%)
2012	3,161,195	1,566,442 (49.5%)
2013	3,300,348	1,627,817 (49.3%)

A continuación, se mencionan los datos estadísticos de la población escolar del Postgrado en México, en sus diferentes programas: especialidad, maestría y doctorado dando un total de 208'225 alumnos, inscritos en las diferentes áreas del conocimiento, ciclo escolar 2011\*.

**POBLACIÓN ESCOLAR DE ESPECIALIZACIÓN POR ÁREAS DE ESTUDIO  
TOTAL ESPECIALIZACIÓN<sup>57</sup>**

2011

Área de especialización	Población/Porcentaje
Ciencias Naturales y Exactas	177 (0.4%)
Ciencias Agropecuarias	194 (0.5%)
Educación y Humanidades	1,904 (4.7%)
Ingeniería y Tecnología	2,220 (5.5%)
Ciencias Sociales y Administrativas	12,011 (29.6%)
Ciencias de la Salud	24,054 (59.3%)
<b>Total de población</b>	<b>40,560 (100%)</b>

**POBLACIÓN ESCOLAR DE MAESTRÍA POR ÁREA DE ESTUDIO  
TOTAL DE MAESTRÍA<sup>58</sup>**

2011

Área de especialización	Población/Porcentaje
Ciencias Agropecuarias	2,169 (1.5%)
Ciencias de la Salud	6,077 (4.2%)
Ciencias Naturales y Exactas	5,947 (4.1%)
Ingeniería y Tecnología	17,110 (11.9%)
Educación y Humanidades	40,209 (27.8%)
Ciencias Sociales y Administrativas	73,031 (50.5%)
<b>TOTAL DE POBLACIÓN</b>	<b>144 543 (100%)</b>

**POBLACIÓN ESCOLAR DE DOCTORADO POR ÁREAS DE ESTUDIO  
TOTAL DOCTORADO<sup>59</sup>**

2011

Área de especialización	Población/Porcentaje
Ciencias Agropecuarias	2,878 (1.7%)
Ciencias de la Salud	8,026 (4.8%)

<sup>53</sup> Anuario Estadístico 1999; op. cit., p. 51.

<sup>54</sup> Véase: <http://www.anuies.mx/content.php?varSectionID=166>.

<sup>55</sup> ANUIES-Anuario Estadístico de Educación Superior-Anuario digital 2012. <http://www.anuies.mx/content.php?varSectionID=166>. Fecha de consulta: 10 de junio de 2014.

<sup>56</sup> Principales cifras del sistema educativo nacional 2012-2013. [http://fs.planeacion.sep.gob.mx/estadistica\\_e\\_indicadores/principales\\_cifras/principales\\_cifras\\_2012\\_2013\\_bolsillo.pdf](http://fs.planeacion.sep.gob.mx/estadistica_e_indicadores/principales_cifras/principales_cifras_2012_2013_bolsillo.pdf). Fecha de consulta: 10 de junio de 2014.

\* Nota: Para la siguiente información se utiliza el anuario estadístico 2011 de la ANUIES, debido a que el anuario 2012, no contiene el desglose de los rubros que se especifican.

<sup>57</sup> Véase: <http://www.anuies.mx/content.php?varSectionID=166>.

<sup>58</sup> Véase: <http://www.anuies.mx/content.php?varSectionID=166>.

<sup>59</sup> *Ibidem*.



Ingeniería y Tecnología	21,008 (12.5%)
Naturales y Naturales	46,851 (28%)
Ciencias Sociales y Administrativas	78,881 (47.0%)
Ciencias Naturales y Exactas	10,021 (6%)
<b>Total de población</b>	<b>167 665 (100%)</b>

En seguida se proporcionan los datos estadísticos de la Licenciatura y del Postgrado de Derecho.

La Licenciatura en Derecho en nuestro país, es de las carreras profesionales que tiene mayor población escolar. Actualmente se encuentran inscritos aproximadamente 211,793 alumnos estudiando derecho. A Nivel Nacional esta carrera ocupa el tercer lugar, ya que el primer lugar lo tiene la de Administración con más de 239,813 alumnos; en segundo, la de Educación y Docencia con 224,933 alumnos; en cuarto, la de Computación y Sistemas con 208,456 alumnos; le siguen la de Ingeniería Industrial con 134,955 alumnos; Contaduría con 122,958 alumnos; Ingeniería Mecánica y Eléctrica con 121,170 alumnos; Psicología con 113,691 alumnos; Medicina con 90,956 alumnos; Arquitectura con 86,662 alumnos; y Ciencia de la Comunicación con 73,513 alumnos.<sup>60</sup>

La población escolar del Postgrado de Derecho en todo lo ancho y largo de la República Mexicana, presenta el siguiente panorama: estudiantes inscritos en Especialidades, Maestrías y Doctorado en Derecho.

**POBLACIÓN ESCOLAR DE POSGRADO POR ÁREA DE ESTUDIO, SEGÚN NIVEL<sup>61</sup>**

<b>2011</b>	
Área	Ciencia Sociales y Administrativas
Subárea	Derecho
Especialización	4,637
Maestría	13,809
Doctorado	1,074
Suma total	19,520

En la aurora del tercer milenio, nos enfrentamos a una pulverización de planes y programas de estudio de Derecho, así como de la diversificación de la oferta educativa. Haciendo cada vez más sobrepoblada la demanda de los estudios de Derecho. En nuestro país hay de 800 a 1 000 mil instituciones de educación superior que ofertan los estudios antes mencionados. Cabe hacer mención que la población estudiantil que estudia la Licenciatura en Derecho en nuestro país, rebasa los 217,000 estudiantes. Además, se nota un crecimiento de la privatización de la educación superior.

<sup>60</sup> Véase: <http://www.anuies.mx/content.php?varSectionID=166>.

NOTA: El ANUARIO Estadístico de 1999-ANUIES, registró en la Licenciatura de Derecho-una población escolar de 155,955 alumnos. Para 1999, se incrementó la población escolar en aproximadamente un 13.7% dando un subtotal de 21,472 alumnos. En el 2011, en relación a la eficiencia terminal de los 211,817 es de un total de 29,555 titulados; 14,240 hombres y 15,315 mujeres (aproximadamente un 13.95%). ANUARIO Estadístico 1999, población escolar de Licenciatura; op. cit., p. 53.

<sup>61</sup> Véase: <http://www.anuies.mx/content.php?varSectionID=166>.

Por otra parte, cabe destacar que en el área de Derecho, se tienen identificados más de 425 investigadores nacionales, de un total de 652,000 profesionistas titulados de la Licenciatura en Derecho.<sup>62</sup> Los datos antes mencionados nos permiten tener un marco referencial acerca de la oferta y demanda tan grande que existe en nuestro país de realizar estudios de Derecho, tanto en la Licenciatura como en el Posgrado. Sin embargo, lo preocupante está en la falta de juristas, toda vez que un número muy reducido de Licenciados en Derecho se interesan por la investigación jurídica.

## 6.- REFLEXIONES FINALES.

El tercer milenio establece escenarios de grandes y complejos problemas para la comunidad de los estudiosos del Derecho en México. De ahí la urgente tarea de pensar, repensar, decir y hacer ingeniería social para el efecto de conservar, fortalecer y desarrollar los discursos y las prácticas sociales de un modelo de Estado de Derecho social y democrático que norme y regule la Política Educativa Nacional, con compromiso social, para el efecto de impulsar la educación, ciencia y cultura en México, de preferencia a través de los organismos públicos de educación superior, las cuales no lucran, al contrario de lo que sí hacen las instituciones privadas, además los institutos públicos tienen como objetivos fundamentales la información y formación integral de los educandos a través de una mayor cobertura de la Educación Pública, Gratuita y Laica. Sin embargo, no es casual que en la era de la globalización y mundialización del capital, orientado a través de las políticas económicas neoliberales, se haga a un lado el binomio de la ética y justicia sociales, ya que en la era de la revolución de los ricos, de los narcotraficantes y del crimen organizado, los valores se tornan en verdaderos impedimentos para la conservación y fortalecimiento del modelo neoliberal.

No obstante, en nuestro país es en las Universidades Públicas y no en las instituciones privadas, en donde se encuentra el mayor número de docentes e investigadores de tiempo completo –que por razones de vocación y de servicio, más que por cuestiones económicas dedican sus vidas para el desarrollo integral de México–, con el propósito fundamental de lograr el avance científico, tecnológico y humanista. De esa manera, visualizamos a la educación, ciencia y cultura como una inversión de capital humano y no como gasto o costo mercantilista, ya que los fines de las instituciones públicas descansan en la generación de seres humanos integrales provistos de capacitación para el ejercicio de las profesiones, las ciencias y las artes, pero además, comprometidos socialmente para el efecto de construir sociedades menos asimétricas con profundo sentido ético social. Y de esa forma, pensar

---

<sup>62</sup> Fuente de consulta:  
<http://www.observatoriolaboral.gob.mx/ola/content/common/reporteIntegral/busquedaReporte.jsf?idCarreraParametro=3741&idTipoRegistroParametro=1&idEntidadParametro=33#AnclaGrafica>. Fecha de consulta: 19 de marzo de 2013.

en un mañana más optimista y menos caótico, en donde se cuestionen de manera permanente la convivencia pacífica, y por lo consiguiente, el respeto a la dignidad humana, a los derechos fundamentales de gozar de un mínimo de salud, educación, y bienestar para la gran mayoría de nuestros compatriotas.

Así pues, en relación a las reflexiones sobre la docencia jurídica en México, cabe hacer mención, entre otras consideraciones, a las subsecuentes:

Fortalecer la infraestructura documental y humana de la gran mayoría de las instituciones que ofertan los estudios de Derecho, tanto en la Licenciatura como en el postgrado: Especialidad, Maestría y Doctorado en Derecho, para el efecto de erradicar los vicios y deformaciones que genera la enseñanza tradicional del Derecho, la cual inhibe la capacidad creativa del estudiante y de los egresados de estos programas.

La docencia jurídica en México, en términos generales, adolece de lo siguiente:

- Persiste el modelo de la docencia tradicional de la enseñanza del derecho.
- Improvisación docente, generada porque la gran mayoría son profesores de tiempo parcial, sin arraigo y compromiso académico con las instituciones académicas.

- Carencia de la profesionalización docente, además de estar mal retribuida. Los estudiantes arrastran deficiencia en su información y formación académica. Desde los estudios previos a la licenciatura, lo cual, también se refleja en los estudios de postgrados de Derecho. De ahí que los estudiantes prefieran recibir clases con los profesores menos calificados, ya que estos, exigen generalmente menor responsabilidad y disciplina académica.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Al respecto, Richard Posner, considera que: "La ley de la demanda no aplica sólo a los bienes que tienen precios explícitos. A veces los profesores poco populares tratan de aumentar el número de sus alumnos elevando la calificación media de los estudiantes que se inscriben en sus cursos; esto porque, en igualdad de las demás circunstancias, los profesores rigurosos tienen menos estudiantes que los profesores flexibles. Se dice que el criminal convicto que ha purgado su condena ha pagado "su deuda con la sociedad", y un economista consideraría adecuada la metáfora. El castigo es, por lo menos desde el punto de vista criminal (¿Por qué no desde el punto de vista de la sociedad, a menos que el castigo se imponga bajo la forma de una multa?), el precio que la sociedad cobra por un delito. El economista se siente inclinado a pronosticar que un aumento de la severidad del castigo o de la probabilidad de su imposición elevará el precio del delito y por ende reducirá su incidencia. Se alentarán al criminal para que se dedique a otra actividad. Los economistas llaman "precios de sombra" a los precios que no son pecuniarios." (A. Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, 1ª ed. en inglés, 1992, 1ª ed. en español, Fondo de cultura económica, México, 1998, p. 13.)

"Eso es lo que el economista entiende por el costo de un bien, y sugiere por qué (fuera de ciertas excepciones que no interesan aquí) un vendedor racional no vendería por debajo de su costo. Por ejemplo, el costo de fabricación de una podadora de césped es el precio que debe pagar el fabricante por el capital, la mano de obra, los materiales y otros recursos consumidos al fabricarla. Ese precio debe ser mayor que el precio al que podrían haberse vendido los recursos al siguiente mejor postor, porque si el fabricante no hubiese estado dispuesto a mejorar ese precio no habría sido el mejor postor y no habría obtenido los recursos." (A. Posner, Richard, *op. cit.*, p. 13.)

- Presencia del dictado de apuntes como expresión de la enseñanza tradicional del Derecho.
- La población escolar de la licenciatura en Derecho en el año 2011 asciende a los 211 793 alumnos.
- La población escolar del postgrado de Derecho es de más de 19,520 estudiantes; sus deficiencias se identifican en: estudiantes y profesores de tiempo parcial que se relacionan sólo los fines de semana, deficiencias en la infraestructura documental y humana, así como baja eficiencia terminal que va del 8.5% al 15%.
- Limitada aceptación y credibilidad, tanto a los profesionales del Derecho (abogados postulantes), como a los operadores de la procuración, administración e impartición de la justicia, que engloban un universo poblacional de 652 mil titulados en derecho. Sin embargo, dichos profesionistas de corte liberal que no tienen más compromiso que arraigar el statu quo. Algunos llegan a demeritar a esta noble profesión, hasta el extremo de cometer inmoralidades e indecencias. Dicho cuestionamiento no dista mucho de la época de Piero Calamandrei, quien desde el año de 1920, a través de su libro "Demasiados abogados", proponía y comentaba lo siguiente:

El estado conserva y regula la profesión de abogado porque implica una función de carácter público.<sup>64</sup>

Puesto que las dificultades de juzgar resultarían enormemente acrecentadas, hasta constituir obstáculos en la práctica insuperables si el juez, suprimidos abogados y procuradores, viniera a quedar en contacto directo con la impericia jurídica y con la mala fe de las partes litigantes.<sup>65</sup>

Bien sé que a este propósito es fácil la ironía; pero estoy convencido de que entre todos los remedios escogidos por las legislaciones procesales para defender al juez de la mala fe judicial de los litigantes tergiversadores, temerarios y embusteros, la defensa más eficaz es la existencia de un cuerpo de abogados concienzudos que nieguen inexorablemente su asistencia a los deshonestos que hacen del pleito una especulación y se resistan a sostener ante los tribunales una causa sin tener el convencimiento de que es fundada.<sup>66</sup>

Es indudable que si todos los abogados y procuradores siguiesen fielmente esta norma de honor profesional, la abogacía, en vez de instigadora de la multiplicación de pleitos infundados, sería el más eficaz contraveneno para el mal de la litigiosidad.<sup>67</sup>

Contra nuestra profesión ha tomado siempre el espíritu popular, que ve en el abogado el genio maléfico del mundo judicial; y que todavía hoy, cuando quiere compadecer a alguno que está a punto de arruinarse en pleitos, dice

---

<sup>64</sup> Calamandrei, Piero, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

<sup>65</sup> *Ídem*, p. 19.

<sup>66</sup> *Ídem*, p. 20.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

simplemente que el pobrecito "ha acabado en manos de los abogados" con la misma entonación fúnebre con que hablaría de un náufrago caído prisionero de los antropófagos.<sup>68</sup>

En el abogado el artífice de sofismas, el burlador de jueces, la sanguijuela de los clientes; pero precisamente desde el momento en que representa al abogado como la encarnación de todas las cualidades antitéticas de la honradez, de la sinceridad y del desinterés.<sup>69</sup>

Las protestas contra la parasitaria improductividad de los abogados han llegado a ser un lugar común. Sobre todo en Italia, donde por doquiera, unánimemente, se señala en el abogadismo el obstáculo más formidable que, juntamente con la burocracia, se opone a nuestro rápido renacimiento nacional.<sup>70</sup>

Los teóricos del socialismo han considerado siempre a los abogados y a los jueces como instrumentos improductivos de la economía capitalista, destinados a ser suprimidos el día en que sean abolidas las desigualdades económicas del actual régimen social. "Los abogados, animales parásitos, portavoces de los burgueses, cómplices de todos los delitos y de todas las infamias de la burguesía, fraguadores de leyes que intencionadamente hacen oscuras y retorcidas para poder especular con el equívoco y hacerse indispensables".<sup>71</sup>

Todos dicen que la Revolución Francesa abolió la abogacía; pero, en realidad, si logró suprimir con un decreto los privilegios corporativos, la disciplina, la moda antigua de vestir y el nombre mismo de los abogados, no supo o no quiso desterrar su función de los Tribunales.<sup>72</sup>

Más que una escuela de técnica profesional, la práctica debiera ser, por tanto, una escuela de moral profesional, y aún más que una escuela: una prueba. Porque de este ensayo debiera aprovecharse la Junta de Colegio para descubrir en el joven aspirante la existencia de aquellas cualidades morales sin las que el acceso al ejercicio profesional debería serle rigurosamente negado.

Antes de inscribirlo definitivamente en el Colegio de Abogados sus colegas quieren ver si tiene aquellas cualidades de honradez, de independencia, de formalidad y de amor propio que son tradición de la clase.

Entre nosotros, desgraciadamente, la importancia que la práctica debería tener como escuela de moral profesional, ha sido, a lo que parece, completamente olvidada; en la ley actual los pasantes ino están siquiera

---

<sup>68</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>71</sup> Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 23.

<sup>72</sup> *Idem*, p. 27.



sometidos al poder disciplinario de la Junta del Colegio!”<sup>73</sup>

Por otra parte, en los últimos años del siglo XX y en los primeros años del siglo XXI, Don Héctor Fix Zamudio, de manera reiterada, ha sugerido la necesidad de establecer la colegiación en México, para garantizar la calidad de los profesionistas de la abogacía en México.

Un problema que se ha producido en nuestro país por la ausencia de la afiliación obligatoria de los abogados, ya que contrariamente a lo que ocurre en numerosos ordenamientos contemporáneos, inclusive de Latinoamérica, existe resistencia de los propios abogados mexicanos para esta afiliación y se invoca como un obstáculo la libertad de asociación establecido por el artículo 9º de la Constitución Federal.<sup>74</sup>

El libro de Erik Matamoros Amieva tiene la importancia, de servir de apoyo para revivir el interés por la colegiación obligatoria de los abogados, que es indispensable para establecer las bases para una supervisión y fiscalización, no sólo de la conducta de los abogados mexicanos, sino también de su ética profesional en esta época en la que se han multiplicado las universidades en las cuales se realizan estudios de licenciatura en derecho y el crecimiento de instituciones que también establecen estudios de posgrado, dichas actividades sin una supervisión adecuada, ya que la Secretaría de Educación Pública federal y las de las entidades federativas han autorizado estudios de derecho sin cerciorarse de su seriedad y calidad.<sup>75</sup>

Es la colegiación obligatoria la que puede establecer las condiciones para determinar la preparación académica y práctica de los abogados mexicanos y su conducta profesional, particularmente cuando se han realizado profundas reformas procesales para perfeccionar tanto la procuración como la impartición de la justicia, como la aprobada el 18 de junio de 2008, que pretende establecer un proceso penal acusatorio con audiencias orales, tanto en el ámbito federal como en el de las entidades federativas, las cuales deben extenderse a otras ramas de enjuiciamiento, para lo que se requiere de la participación dinámica de abogados con conocimientos y conducta ética profesional.<sup>76</sup>

Por su parte, Luis Fernando Pérez Hurtado, considera que: en general, los alumnos de derecho cursan obligatoriamente entre 40 y 70 materias durante la licenciatura. Además, cada institución integra al plan de estudios

---

<sup>73</sup> *Ídem*, p. 160.

<sup>74</sup> Fix Zamudio, Héctor, Doctor Honoris Causa, Serie Reconocimiento y Méritos, Cuadernos del Consejo Universitario, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Núm. 33, 5 de septiembre del año 2002, p. 38.

<sup>75</sup> Fix Zamudio, Héctor, “Presentación” del libro: MATAMOROS AMIEVA, ERIK IVÁN, La colegiación obligatoria de abogados en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2012, p. XIX.

<sup>76</sup> Fix Zamudio, Héctor, “Presentación”, *op. cit.*, p. XIX.

materias afines a su identidad o ideología, algunas materias optativas y, si el programa tiene un enfoque específico hacia determinadas ramas del derecho, un mayor número de materias en esas ramas. A pesar de la relativa libertad con la que cuentan las IES para definir sus planes y programas de estudios, no existen grandes diferencias en lo que éstas enseñan a sus alumnos. Esto se debe principalmente a la idea tan arraigada entre los abogados de la existencia de un "núcleo duro" de conocimientos que todo estudiante debe adquirir, a la falta de propuestas adecuadas para promover un cambio, y a los procesos estandarizados que se siguen para autorizar los planes y programas de estudios de la mayoría de las IES privadas. Las diferencias que existen se refieren no al contenido del plan de estudios, sino a su estructura y desarrollo, como puede ser el grado de flexibilidad, división, duración y turno en que se ofrece.<sup>77</sup>

El sistema de educación jurídica en México ha crecido de una forma acelerada. A pesar de que las expectativas laborales para la gran mayoría de los egresados no han sido muy alentadoras, observamos que el crecimiento durante la última década ha sido del 41% en la matrícula, del 156% en el número de IES que ofrecen la licenciatura en derecho y del 208% en los programas de derecho. Es como si durante los últimos 10 años, cada semana se hubiera abierto una IES, ofreciendo uno o dos programas de LED a 134 nuevos estudiantes de derecho. Este crecimiento se debe principalmente a: a) el incremento de la oferta de educación superior en México, en general; b) la facilidad y poca inversión que se requiere para ofrecer la LED, y c) la diversidad de motivos por los que los alumnos deciden estudiar derecho. El mayor crecimiento se presentó en: a) la educación privada, principalmente en IES pequeñas y pertenecientes a un sistema de instituciones; b) regiones del país que contaban con menor oferta educativa, y c) localidades fuera de las zonas urbanas mayores.<sup>78</sup>

Generalmente operan dos motivos por los cuales los egresados de la licenciatura en Derecho desean estudiar el posgrado, una para el efecto de subsanar las deficiencias que afloran en la licenciatura y la otra para lograr una especialización y de esa manera tener una mayor posibilidad de acceso al empleo o les permita competir por mejores trabajos.

La calidad y la pertinencia de los estudios en derecho son actualmente los grandes desafíos de la educación jurídica en México.<sup>79</sup>

La información y los estudios deben referirse no solamente a la educación jurídica, sino también al ejercicio del derecho, especialmente al estado de la profesión y a los conocimientos, habilidades y actitudes que

---

<sup>77</sup> Pérez Hurtado, Luis Fernando, *La futura generación de abogados mexicanos. Estudio de las escuelas y los estudiantes de derecho en México*, IIJ-UNAM-Centro de estudios sobre la enseñanza y el aprendizaje del derecho, México, 2009, pp. 189 y 190.

<sup>78</sup> Pérez Hurtado, Luis Fernando, *op. cit.*, pp. 189 y 190.

<sup>79</sup> Pérez Hurtado, Luis Fernando, *op. cit.*, p. 199.

actualmente se requieren para ejercer exitosamente el derecho.<sup>80</sup>

Se ha incrementado la matrícula de la Licenciatura en Derecho en las instituciones de educación superior privadas. Lo cual no es casual, sino que forma parte del modelo económico Neoliberal.

La mayoría de estas nuevas instituciones son criticadas por la "dudosa calidad" de los estudios que ofrecen. Los esfuerzos de aquellos preocupados por la calidad de la educación jurídica se han concentrado en frenar la proliferación de estas instituciones o en diferenciarse de éstas.<sup>81</sup>

Consecuentemente, en nuestro país podemos decir que hay demasiados abogados. Empero, muchos de éstos sin vocación ni formación adecuada para el desarrollo de la postulación. De ahí que dicha problemática se fortalecen con la corrupción, impunidad, ineficacia, autoritarismo y mentiras; a este respecto, es muy ilustrativa la reflexión del destacado jurista campechano Jorge Carpizo Investigador Nacional Emérito, quien expresa lo siguiente: "La moral pública en México se encuentra enferma, es necesario un cambio de mentalidad, por el bien del país. Empero son vicios muy antiguos y arraigados en nuestra sociedad. Los conoció y sufrió la sociedad colonial durante casi tres siglos. Los mismos perduraron durante los siglos XIX, XX y sigue en los primeros nueve años del siglo XXI. Ahora bien, cuando los servidores públicos son incompetentes, irresponsables, no comprometidos con su labor o corruptos, una combinación de algunos de estos aspectos, y que giran en torno al poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras. Así pues, dichas actitudes ponen en riesgo las mejores instituciones, ya que se encaminan ineluctablemente al fracaso."<sup>82</sup>

Igualmente, cabe resaltar, la reflexión del jurista Juventino V. Castro: "El verdadero mal del siglo XX que fenece, es la corrupción generalizada que preside a la cultura mundial. Así pues, la corrupción no sólo la identificamos en la esfera pública sino también la que se desarrolla en el ámbito privado. Por ello debe entenderse que la estrategia para combatir a la corrupción debe abarcar a todos los sectores sociales, a los sujetos de todas las edades."<sup>83</sup>

Así, para combatir dichos males es necesario que la docencia jurídica se aleje del modelo de la enseñanza tradicional del derecho, toda vez que es un obstáculo para la transformación social, así como para el desarrollo de la cultura y el conocimiento jurídico. Por lo tanto, proponemos al paradigma de la docencia jurídica alternativa.

Para lograr la transformación de la práctica educativa del derecho

---

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ídem*, p. 200.

<sup>82</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, *Moral pública y libertad de expresión*, Jus, México, 2009, pp. 11, 23 y ss.

<sup>83</sup> V. Castro, Juventino, *La mutación estructural del derecho en México*, Porrúa, México, 1998, pp. 60 a 63.



proponemos el Modelo Alternativo de la Docencia Jurídica. El Modelo alternativo de la Docencia Jurídica se comprende a través de las siguientes características: Democrática, informativa-formativa, de diálogo, dinámica, activa, participativa, reflexiva, explicativa, liberadora y crítica.

El modelo alternativo de la docencia jurídica se sustenta en un ambiente democrático en el proceso enseñanza aprendizaje del Derecho, en donde, tanto el educador como el educando son considerados como sujetos activos en la generación del conocimiento y el aprendizaje es dialógico, todos aprendemos de todos, el conocimiento no pertenece a los profesores exclusivamente, sino que, los educadores pueden ser educados por los educandos. Consecuentemente, la educación, el conocimiento y el aprendizaje, se logra a través de un proceso interactivo e integrador.

El Modelo alternativo de la Docencia Jurídica visualiza al conocimiento como un proceso cognoscitivo teórico-práctico que permita el desarrollo de las diferentes estructuras del conocimiento que transitan en los diversos estadios del proceso cognoscitivo, mediante el método interdisciplinario y transdisciplinario.

Y por el otro, podemos encontrar en la epistemología genetista de Piaget una explicación del ¿¿Por qué?, el conocimiento es un proceso no acabado sino que a través de la acción permanente del sujeto cognoscente se va transitando por los diferentes esquemas del conocimiento. Así pues, lo que en un principio genera desequilibrio pasa a la estructura cognoscitiva de la acomodación para después seguir en el esquema de la asimilación que permitirá llegar al equilibrio cognoscitivo y de esa manera llegar a la adaptación cognoscitiva<sup>84</sup>. En ese orden de ideas constructivista, es válido citar, a Lev S. Vygotsky, toda vez, que se aparta de la psicología de la introspección, así como del exacerbado conductismo de Pavlov, él busca una región intermedia que diera cuenta de la influencia del entorno por sus efectos en la conciencia.<sup>85</sup>

Así pues, Vygotsky considera, que el medio social es crucial para el aprendizaje, que pensaba que lo produce la integración de los factores social y personal. El fenómeno de la actividad social ayuda a explicar los cambios en la conciencia y fundamenta una teoría psicológica que unifica el comportamiento y la mente. El entorno social influye en la cognición por medio de sus "instrumentos", es decir, sus objetos culturales (autos, máquinas) y su lenguaje e instituciones sociales (iglesias, escuelas). El cambio cognoscitivo es el resultado de utilizar los instrumentos culturales en las interrelaciones sociales y de internalizadas y transformadas mentalmente. La postura de Vygotsky es un ejemplo de constructivismo dialéctico porque recalca la

---

<sup>84</sup> Cfr. Piaget, Jean, *Psicología y Epistemología*, 5ª ed. Ariel, México, 1981, pp. 7, 15 y siguientes.

<sup>85</sup> H. Schunk, Dale, *Teorías del aprendizaje*, 2ª ed. Prentice-Hall Hispanoamericana, México, 1997, p. 214.

interacción de los individuos y su entorno.<sup>86</sup> De ahí, la importancia de los métodos activos del seminario, del análisis de casa, y del planteamiento de problemas jurídicos, para el desarrollo de una formación integral de los estudios del Derecho, toda vez, que a través de éstos métodos, podrán vincular cotidianamente tanto a la investigación jurídica, como a la práctica profesional que se desarrolló en los tribunales.

Consecuentemente, es importante tener presente dentro de la perspectiva epistemológica de Piaget, que el conocimiento no proviene únicamente ni de la sensación ni de la percepción, sino de la totalidad de la acción. En efecto, lo propio de la inteligencia no es contemplar, sino transformar y su mecanismo es esencialmente operatorio.

El modelo alternativo de la Docencia que proponemos gira en torno a los aprendizajes significativos, a través de estos se lograra un modelo de Docencia Jurídica integral y holista, en donde, se requiere tener una mentalidad abierta y plural para el efecto de aprender a aprender de manera permanente y continua, a fin de no estar desactualizado de los cambios que se generan cotidianamente a través del avance científico, tecnológico y humanista.

Igualmente, se podrá poner en práctica la teoría cuando integremos a nuestro proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho, el aprendizaje significativo consistente en aprender a hacer, para el efecto de aplicar los contenidos informativos-formativos que hemos adquirido para lograr las habilidades y destrezas necesarias que se requieren para desarrollar adecuadamente tanto la actividad profesional así como la Docencia e Investigación Jurídica.

Además, es necesario que el proceso de enseñanza-aprendizaje nos permita adquirir aprendizajes que conlleven al incremento de los valores y fines de la Educación Jurídica, y de esa manera aprender a ser. Otro aprendizaje significativo lo identificamos en el aprender a convivir y a comunicarnos en forma más humana y armónica.

El gran reto de la educación jurídica en México radica en formar egresados de la licenciatura en Derecho que estén a la altura para competir con abogados de universidades extranjeras de gran prestigio mundial. El auténtico abogado, en la opinión de los académicos de Yale, debe ser alguien capaz de:

1. Definir e identificar los intereses del cliente, sea persona física o moral; sea una sociedad mercantil, sindicato o un grupo social y político.
2. Entender cabalmente las áreas económicas e historia social, para comprender los marcos en que operan los intereses de sus clientes.
3. Distinguir y analizar todos los posibles escenarios y consecuencias que podrían darse ante una toma de decisión administrativa y económica, en el

---

<sup>86</sup> Vygotsky. Cit. por H. Schunk, Dale, *op. cit.*, p. 214.



contexto general.

4. Desarrollar y comprender estrategias con precisión y claridad.

5. Leer de un modo crítico e interpretar todos los contenidos implicados y derivados de los textos con los que trabaje.

6. Saber redactar con acierto y discreción los documentos que requiera para ejecutar sus operaciones.<sup>87</sup>

Además, los planes de estudios del derecho, deben considerar las nuevas áreas temáticas, que se han desarrollado en la práctica, como lo pueden ser las que se refieren a las implicaciones entre medicina y derecho, el comercio electrónico, las nuevas amenazas a los derechos fundamentales en las sociedades de la información, las formas emergentes de regulación administrativa, las nuevas figuras jurídicas a través de las cuales se prestan servicios públicos (una mixtura entre sociedades privadas y órganos públicos).

Habida cuenta, lo antes manifestado es necesario que el pensamiento y conocimiento jurídico del siglo XXI, deje de ser visto, desde una perspectiva disciplinaria. Lo que ahora hace falta es la conjugación de las diferentes disciplinas que permitan a través de la multidisciplinariedad, pluridisciplinariedad, interdisciplinariedad, y la transdisciplinariedad, adentrarse a la complejidad del conocimiento a la que estamos convocados los Juristas del presente y del porvenir que no podemos renunciar, si es que pretendemos recobrar la identidad de intelectuales preocupados en la construcción del conocimiento y su vinculación con la dinámica social y del avance científico y tecnológico. A este respecto, es sumamente ilustrativa la novedosa investigación realizada por Reyna Sánchez Sifriano, que intitula: "Perspectivas ético-Jurídicas de la clonación terapéutica".

Consecuentemente, el modelo de la docencia alternativa del Derecho contemporáneo se fortalecerá a través de los métodos activos\* del proceso de

---

<sup>87</sup> Cfr. Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología... op. cit.*, pp. 795 y 796.

\* En su ameno e interesante libro, el premio Nobel P. B. Medawar aconseja a un joven científico y se refiere a esta idea: "desde luego 'enseñar' no significa dar información fáctica; aspecto de importancia relativa, sino, antes bien, guiar el pensamiento a las lecturas, y fomentar la reflexión". (Medawar, P. B., *Consejos a un joven científico*, México, FCE, 2000, p. 13. Cit. por Becerra Ramírez, Manuel, *Posgrado e Investigación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, pp. 47 y 48.) En ese sentido, enseñar significa no sólo transmitir el conocimiento que uno haya adquirido sobre la materia, lo que es necesario, pues sirve de introducción, sino debe ir más allá, fomentar la reflexión con base en lecturas adecuadas y guiar al alumno para que el mismo llegue a conclusiones. Se le debe de enseñar al alumno a investigar, ya que, en mayor o menor medida, es lo que hacen los juzgadores y los abogados.

En clase, el profesor debe recomendar las lecturas adecuadas al curso; pedir críticas sobre ellas; organizar debates a los cuales el alumno previamente se debe preparar, pedirle ensayos sobre temas a discutir, plantear y discutir casos concretos. Esto requiere una preparación -planeación- detallada del curso. En una falsa interpretación de lo que significa abandonar la clase magistral, frecuentemente el profesor, para ocultar que no preparó la clase o simplemente para ocupar el tiempo, pone a los alumnos a discutir o a opinar sin que esta actividad esté previamente contemplada y tenga un objetivo concreto. (Becerra Ramírez,

enseñanza aprendizaje del derecho, entre otros: el preseminario, el seminario, el método del caso\*, el método de planteamiento del problema y de las técnicas activas de la investigación documental y de campo.

Por lo que respecta al seminario, éste no debe confundirse con cátedras meramente expositivas, ni con las de ejercicios prácticos a las que algunos, poco informados, atribuyen el apelativo de "Seminario de práctica profesional".<sup>88</sup>

El Seminario como método activo del proceso de enseñanza aprendizaje del derecho permite:<sup>89</sup>

1. Investigar y ejercer la mejor crítica y autocrítica de los resultados obtenidos;
2. Motiva el aprendizaje a investigar, dentro de la investigación misma y por la investigación;
3. Da práctica viva de comunidad de trabajo, mediante la "cooperación" y ayuda mutua de docentes y alumnos;

---

Manuel, *op. cit.*, p. 48.)

\* En el año de 1748, aparece publicarla en Madrid, la obra de D. Pablo de Mora y Jaraba, con el título de Tratado crítico. Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos. Ahora bien, dicha obra consta de 253 pp. En el capítulo VI, el libro en comento trata acerca de: "LOS ABUSUS Y NUEVO METHODO SOBRE EL ESTUDIO Y PRÁCTICA DEL DERECHO CIVIL." A este respecto, cabe citar textualmente lo siguiente: respecto de la confusión inevitable que un teórico siente para llegar a enterarse de la práctica. Y si los juristas en las universidades han de estudiar solamente las leyes del Reyno sin precisarlas á el estudio del derecho civil; jamás sabrán jurisprudencia con fundamento; por que los elementos de esta ciencia sólo se encuentran en el Derecho Romano.

Asimismo, se deberán desechar aquellas materias y tratados que jamás se oyen en los tribunales como son esclavos, manuscritos, pactos, nudos, estipulaciones, aceptilaciones, testamentos antiguos. Pero el mayor número de textos se ha de formar sobre casos particulares vertidos de las circunstancias de el hecho. Y para este fin se procuran imitar en todo lo posible los casos como suceden y se resuelven en los Tribunales. Con cuyo methodo saldrán de las Universidades los juristas exercitados en la discusión de las dudas prácticas, y no encontraran extrañeza en la de los pleytos verdaderos. Formando este nuevo código theorico práctico.

Methodo fácil y suficiente para precaverse de los errores, y vicios del derecho civil, así por lo que toca a su estudio, como en orden a su uso en los tribunales. Quedando reformados á un tiempo los abusos de unos, y otros profesores, theoricos y prácticos tan sensible y fácil es, que cualquiera sin necesidad de otro maestro puede por sí mismo practicarlo.

Igualmente encontramos como antecedente en el año de 1810, Zephaniah Swift, utilizaba su propio casebook para la enseñanza del Derecho en su bufete en Conecticut, y para el año 1865 John Norrior. Pomeroy se auxiliaba de los casos para enseñanza en la Universidad de Nueva York. No obstante, el método de enseñanza con los casos como instrumento único fue creación de Langdell, quien lo explica en su *Selection of Cases of the law of contracts*, publicado en 1871, si bien en los últimos años del pasado siglo y primeros del presente fue cuando cobró relieve la influencia del nuevo método de enseñanza (véase Badenes Gasset, Ramón, *Metodología del Derecho*, 5ª ed. Bosh, Barcelona-España, 1959, p. 433).

<sup>88</sup> Jiménez De Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*, t. I, 2ª ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1950, p. 70.

<sup>89</sup> Gómez Oyarsun, Galo, "El trabajo de seminario en la enseñanza superior. México, UNAM", Cuadernos Deslinde, No. 13. en *Rvta. Cursos, Seminarios y Talleres*, CISE-UNAM, México, p.

4. Se constituye por docentes y alumnos que investigan o aprenden a investigar dentro de un campo especializado de una rama del saber o de la técnica;
5. Es una figura académica colectiva;
6. Es permanente, por cuanto pervive a través de un tiempo para asegurar la continuidad de las investigaciones y
7. Se vincula a la enseñanza de manera íntima y a los cursos ex-cátedra.

Además, a través de los Seminarios deben lograrse objetivos como los que enseguida se señalan:

- a) Desarrollar capacidades para el libre manejo de las ideas en forma oral y escrita (analizar, sintetizar, criticar, seleccionar, relacionar);
- b) Profundizar la comprensión y conocimiento en un área determinada y en un aspecto específico;
- c) Adquirir y aplicar técnicas, procedimientos e instrumentos de investigación, así como también de formas académicas de presentación de informes y resultados;
- d) Desarrollar la disciplina del trabajo regular, constante, socializado; responsabilizar al individuo y propiciar su iniciativa; y
- e) Habituarse a la realización de discusiones a un nivel alto y aprender a respetar y comprender otras modalidades de pensamiento.<sup>90</sup>

El Seminario logra fortalecer el diálogo, la discusión, el debate académico, y la reflexión.

### **MÉTODO DEL CASO.**

El método del caso como otros métodos activos de enseñanza aprendizaje considera que aprender no es escuchar, sino descubrir. El maestro, ha de suscitar las circunstancias y condiciones para que el alumno descubra por sí mismo lo que ya sabe.<sup>91</sup>

Ahora bien, a través del método del caso comprendemos que la dimensión más importante de la inteligencia es la creatividad, no es adquirir pasivamente los conocimientos, sino la creación. Consecuentemente, lo más importante no es el "saberse" la solución, sino acertar a decidir entre distintas soluciones posibles, cuando sólo encuentro una sola solución no debo decidir.<sup>92</sup>

El método del caso se genera en los Estados Unidos de Norteamérica, surge como una reacción en contra de una metodología docente basada en la cátedra magistral, como parte de una estrategia tendente a "elevar" el estudio del derecho al nivel de las demás ciencias enseñadas en las universidades de

---

<sup>90</sup> Gómez Oyarsun, Galo, *op. cit.*, p. 2.

<sup>91</sup> Llano Cifuentes, Carlos, *La enseñanza de la dirección y el método del caso*, 1ª reimp. de la 1ª ed. Ed. Instituto Panamericano de Alta Dirección de Empresa-IPADE, México, 1998, p. 30.

<sup>92</sup> Llano Cifuentes, Carlos, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

los EUA. El principal responsable de la introducción de este método docente en las escuelas de derecho estadounidenses fue Christopher Columbus Langdell.<sup>93</sup>

Dicha metodología en mucho ayuda al aprendizaje del alumno para desarrollar conocimientos, habilidades y competencias para integrarse a la práctica de los juicios orales –penales, civiles, mercantiles, laborales, etcétera– y de los medios alternativos de solución de controversia –conciliación, mediación y arbitraje–.

### **MÉTODO PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS JURÍDICOS.**

La solución de problemas es un área clave para explotar la operación de los procesos cognoscitivos complejos. Como hemos dicho, existen desacuerdos en torno del grado al que participa en el aprendizaje pero, desde cualquier punto de vista, investigadores y profesionales concuerdan en que es importante que los estudiantes necesitan desarrollar sus habilidades para resolver problemas.<sup>94</sup>

La heurística moderna procura entender el proceso de la solución de problemas, en especial las operaciones mentales que suelen ser útiles en dicho proceso. Tiene varias fuentes de información, ninguna de las cuales puede ser descuidada. El estudio serio de la heurística ha de considerar tanto los antecedentes lógicos y los psicológicos como lo que (...) los escritores más antiguos (...) han mencionado acerca de esta cuestión, pero sobre todo la experiencia desprejuiciada ... La experiencia en la solución de problemas y en la observación de otros mientras lo hacen debe ser la base sobre la que se construya el método heurístico.

En este estudio, es preciso que no pasemos por alto ninguna clase de problema y que encontremos las características comunes en el manejo de todos ellos; tenemos que apuntar a las características generales, cualquiera que sea el asunto del problema. El estudio de la heurística tiene propósitos "prácticos": entender mejor las operaciones mentales que suelen ser útiles para solucionar problemas puede ejercer mucha influencia en el aprendizaje.

Entender el problema requiere plantear preguntas como: "¿Cuál es la incógnita?" "¿Cuáles son los datos?". Suele servir dibujar un diagrama del problema y la información que se tiene. Al trazar un plan, nos esforzamos por hallar una conexión entre los datos y la incógnita. Dividir el problema en submetas es útil, lo mismo que pensar en algún problema parecido y en cómo fue resuelto (es decir, usar analogías). Es posible que haya que replantear el problema. Cuando se pone en práctica el plan es importante verificar cada paso para asegurarse de que lo implantamos del modo correcto. Volver atrás

---

<sup>93</sup> Serna De La Garza, José María, "Apuntes sobre las opciones de cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México", en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, Núm. 111, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, septiembre-diciembre 2004, p. 1050.

<sup>94</sup> H. Schunk, Dale, *op. cit.*, pp. 237 y 238.

significa examinar la solución: ¿Es correcta? ¿Hay otros medios para llegar a ella?

La solución de problemas se vuelve más importante cuando los maestros se alejan de la enseñanza cerrada y muy reglamentada, y favorecen el pensamiento más original y crítico de los estudiantes. Por fortuna, los últimos años han atestiguado un movimiento educativo que alienta a los alumnos a solucionar problemas y, al parecer, esta tendencia continuará. Entre tanto, los estudiantes necesitan aprender estrategias de solución tanto generales como específicas de modo que puedan enfrentar estas nuevas exigencias que les impone el aprendizaje.<sup>95</sup>

Así mismo, Jorge Witker Velázquez, al tratar el impacto que alcanzó la informática jurídica y la vinculación con los programas virtuales considera que: cuando hablamos del proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho, debemos considerar que este proceso es también un proceso de comunicación, en el que intervienen tres actores: alumno (emisor-receptor), docente (receptor-emisor) y contenidos informativos (mensajes, información).<sup>96</sup>

En este sentido, la informática jurídica, a través de los ordenadores (computadoras) e Internet, impacta en tres niveles al proceso de enseñanza-aprendizaje.

- A nivel comunicativo o de transmisión de información, la informática jurídica proporciona al proceso de enseñanza-aprendizaje el insumo de su mensaje, la información sobre diversos temas, a través de las bases de datos y sistemas de búsqueda disponibles a través de Internet, red de redes informativas. Contenidos actualizados, información poco accesible por la distancia geográfica, miles de catálogos pertenecientes a bibliotecas prestigiadas, base de datos de congresos y legislaturas nacionales, leyes, publicaciones electrónicas prestigiadas, estudios y estadísticas de organizaciones internacionales, etc., son material disponible en la red, para que el alumno analice, reflexione, critique, compare y actualice lo visto en clase, con una realidad virtual establecida en los espacios multimedia, con un Derecho en acción.

- A nivel alumno, la informática jurídica contribuye a la formación que el docente orienta dentro del proceso educativo, pues presenta una amplia gama de información que a la luz de la reflexión llevada a cabo por el alumno se convierte en conocimientos significativos, vinculantes de una realidad social, económica, política, cultural, transmitida a través de las redes de comunicación. Además actualiza los contenidos que en ocasiones se establecen en las fuentes documentales por excelencia, los libros.

- A nivel docente, la informática jurídica no se centra tanto en una función

---

<sup>95</sup> H. Schunk, Dale, *op. cit.*, p. 248.

Nota: Para mayor información y formación sobre los métodos y técnicas activos del proceso de la enseñanza-aprendizaje del derecho, véase Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología... op. cit.*, pp. 757-863.

<sup>96</sup> Witker V., Jorge, *Metodología de la Enseñanza... op. cit.*, pp. 222 y 223.



formativa, sino en una de actualización, pues el docente puede acudir a ella para actualizar contenidos de los programas curriculares, así como conocer lo que en otros ámbitos normativos se está llevando a cabo. Además de ser utilizada como un recurso didáctico, de apoyo externo al aula, que enfrente a sus educandos a labores de investigación.<sup>97</sup>

Ahora bien, los riesgos del Internet, es decir, el lado negativo, dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje, incide directamente en la pérdida de reflexión, análisis, lectura del estudiante, pues merma su actividad intelectual, bajo una supervisión inadecuada.<sup>98</sup>

Así dentro de las desventajas del Internet se presentan las siguientes:

- La pérdida del lenguaje y de la capacidad de comprensión de la lectura. Desventaja que afecta directamente una de las capacidades que desea fomentarse en el alumno, por su importancia práctica, traducida, por ejemplo, en la revisión y comprensión de los hechos de un caso.
- La disminución de la perspectiva histórica, también consecuencia del posmodernismo, representada por un mundo de momentos inconexos, que se amontonan sin formar nunca una progresión continua y mucho menos lógica.
- El desvanecimiento de nuestra personalidad e identidad nacional, lo cual resulta peligroso, dado el actual contexto globalizador, que puede provocar en el alumno la falta de compromiso en la defensa de intereses y derechos nacionales.

De lo anterior se desprende que la aplicación, mediante el Internet y las computadoras, de la informática jurídica, al proceso de enseñanza-aprendizaje se traduce en los siguientes términos:<sup>99</sup>

- Proporciona información jurídica que bajo la adecuada orientación del docente se traduce en conocimiento significativo, vinculante con una realidad social.
- Contribuye a la formación del criterio del alumno, bajo una supervisión adecuada, de lo contrario, se presentaría una pérdida en la capacidad de lectura, comprensión, análisis, etcétera.
- Contribuye a la actualización de los contenidos curriculares, así como a la información con la que cuenta el docente.
- Es utilizada como recurso didáctico externo al aula, por lo general.
- Fomenta la investigación virtual en centros jurídicos importantes, como bibliotecas jurídicas, páginas electrónicas de organismos interaccionales, y por tanto la participación activa del alumno, al confrontar lo investigado con lo visto en clase.

---

<sup>97</sup> Witker V., Jorge, *Metodología de la Enseñanza... op. cit.*, p. 223.

<sup>98</sup> "En la actualidad la línea o lectura de principio a fin de un libro, artículo o ensayo, está modificándose por la finalidad de búsqueda, que proporciona un texto electrónico. Para el crítico literario Sven Birkerts, el acto de leer texto electrónicos pronto dejará de llamarse lectura, se acaso se llamará 'navegar' o 'pilotear por las palabras'. Fernández Delgado, Miguel Ángel, "El impacto de la tecnología informática en la práctica y enseñanza de la profesión jurídica", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, 1996, p. 251. Cit. por *Ídem*, p. 224.

<sup>99</sup> Fernández Delgado, Miguel Ángel, "El impacto de la tecnología informática en la práctica y enseñanza de la profesión jurídica"; *op. cit.*, 254-258. Cit. por *Ídem*, p. 225.

- Emerge como una fuente de conocimiento interdisciplinario a través de los servidores en Internet, donde una palabra abre la puerta de un sin número de artículos, documentos, estadísticas, libros, reportes que no sólo se refieren a una disciplina.

Finalmente, la informática jurídica, a través de las computadoras y el Internet, debe todo este impacto en el proceso de enseñanza aprendizaje, a dos razones: a la información que se organiza y presenta al usuario de Internet y a su utilidad como recurso didáctico.<sup>100</sup>

De esta manera se pretende formar al futuro estudioso del derecho, como un exitoso profesional del derecho que logre una información integral que le permita compactar en su campo profesional tanto en el contexto regional, nacional e internacional.

Por lo que respecta a las técnicas alternativas del proceso enseñanza-aprendizaje, son recomendables las que permiten una interacción con el alumno, el docente y el contexto de lo que enseña y aprende. Vgr: la exposición didáctica, el diálogo, la discusión, el debate académico, las técnicas de investigación documental y de campo, el preseminario y el seminario, el panel, el simposium, las mesas redondas, etc.

Otro, punto significativo que debe considerarse en la docencia jurídica es lo referente a los recursos auxiliares didácticos, entre otros, cabe hacer mención de los siguientes:

<b>Diferentes tipos de materiales didácticos<sup>101</sup></b>	
Tipo	Descripción
Impresos o textuales	Utiliza principalmente códigos verbales como sistema simbólico (la palabra, textos) y se reproducen por algún tipo de mecanismo de impresión o electrónico. Ejemplos de material impreso: la guía de estudio, antología, cuaderno de trabajo, etc. Cabe comentar que en educación a distancia este tipo de materiales es el más utilizado.
Auditivos	Emplean códigos como el sonido ambiental, la música, la palabra oral. Ejemplo de este tipo de material sería un casete que contenga alguna conferencia que incluya las instrucciones del asesor o la narración de alguna obra literaria.
Visuales	Utilizan imágenes, ya sean fijas o en movimiento, como diapositivas (diaporama) o una filmina que muestran las etapas de la metamorfosis de una mariposa, etc.
Audiovisuales	Combinan elementos visuales (colores, imágenes fijas y en movimiento), acompañadas de sonido, como una película que presente la vida de algún héroe, una operación quirúrgica grabada en un videocasete, un diapofonograma (serie de diapositivas con audiocasete ) de algún tema, etc.
Informáticos	Requieren de la computadora para poder decodificar la información contenida en esos materiales. Un ejemplo sería un curso en línea o en CD-ROM, una guía de estudio almacenada en archivos

<sup>100</sup>Witker V., Jorge, *Metodología de la Enseñanza ... op. cit.*, p. 225.

<sup>101</sup> Gil Rivera, María Del Carmen, "Modelo de diseño instruccional para programas educativos a distancia", en *Rvta. Perfiles Educativos*, 3ª Época, Vol. XXVI, Núm. 104, Centro de Estudios sobre la Universidad/Universidad Autónoma de México, México, 2004, p. 104.

electrónicos en disquetes o discos duros.
---

<b>Tipos de diálogo o interacción<sup>102</sup></b>		
Medio de comunicación	Diálogo en función de tiempo	Tipo de Diálogo
Correo postal	Asincrónico	Real
Teléfono	Sincrónico	Real
Radio	Sincrónica o asincrónico	Simulado
Televisión	Sincrónico o asincrónico	Simulado
Audioconferencia	Sincrónico	Real
Videoconferencia	Sincrónico	Real
Correo electrónico	Asincrónico	Real
Foro de discusión	Asincrónico	Real
Chat	Sincrónico	Real

Para que el diálogo pueda ser real es necesaria apoyarse en otro medio alternativo, como el teléfono, el correo electrónico o el chat.  
 El correo postal fue el primer medio que se utilizó en la educación a distancia y aún sigue usándose para la distribución de materiales didácticos, retroalimentación, notificaciones de la institución educativa, etc.

Por último, solo resta expresar que el proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho además de ser planificado y programado debe ser evaluado de manera objetiva y racional. Por consiguiente, debe alejarse de ser un instrumento subjetivo, de intimidación, y de medición de información de carácter repetitivo, por lo que proponemos una práctica evaluativa de carácter formativo que permita al educando y al educador generar conocimiento significativo que lo lleve a comprender y a problematizar su existencia de ser pensante, creativo y transformador de sus prácticas sociales. Es decir, que lo hagan transitar en un mejor porvenir para todos con estricto apego a los valores respetuosos de la dignidad humana y fines solidarios. Así como de la legalidad y que mejor si es adalid de la justicia y de la equidad tanto individual como social.

<sup>102</sup> Gil Rivera, María Del Carmen, *op. cit.*, p. 105.

# REVISIÓN DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO DE JOHN LOCKE A LA LUZ DEL PLANTEAMIENTO FILOSÓFICO DE ALASDAIR MACINTYRE

## Isabel Ruiz Gallardón

Profesor contratado doctor con acreditación para titular  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid  
isabel.ruizgallardon@urjc.es

**RESUMEN:** El éxito alcanzado por las teorías relativistas parece haber eliminado cualquier posibilidad de concebir un sistema moral de valores absolutos. Esta pretensión había sido objeto de estudio preferente de John Locke, entre otros autores ilustrados. Ante el fracaso del proyecto de justificación racional de la moral, Alasdair MacIntyre propuso, en *Tras la virtud*, una nueva vía para alcanzar el conocimiento de los valores morales a partir del presupuesto aristotélico del ejercicio de las virtudes. Este artículo plantea un nuevo campo de investigación orientado a tratar de hacer compatibles ambas concepciones con el objetivo de demostrar su complementariedad.

**ABSTRACT:** *The success of theoretical relativism seems to have annihilated any possibility of conceiving a moral system of absolute values. This claim had been the object of study of many enlightened authors like John Locke. Given the failure of the project of rational justification of morality, Alasdair MacIntyre proposed in "After Virtue", a new way to attain knowledge of moral values based on the Aristotelian exercise of virtues. This paper proposes a new field of research aimed at trying to reconcile both views in order to demonstrate its complementarity.*

**PALABRAS CLAVE:** valor moral, conocimiento, relativismo, emotivismo, naturaleza humana.

**KEY WORDS:** *moral values, knowledge, relativism, emotivism, human nature.*

**Fecha de recepción:** 29 de octubre de 2014.

**Fecha de aceptación:** 5 de noviembre de 2014.

## 1.- CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA HUMANA

La naturaleza humana es el fundamento de los valores morales. El concepto de naturaleza humana no es un concepto unívoco. En su consideración con respecto a la motivación de la moral, encontramos por lo menos cuatro modos diferentes de entenderlo.

Un primer concepto de naturaleza humana (que aquí solo enunciaré por no ser necesario en la argumentación de este estudio) parte del conocimiento humano, de su propia estructura. La naturaleza humana se concibe así como la facultad cognoscitiva del hombre.

Un segundo sentido de naturaleza humana pretende fijar el núcleo inalienable e inmutable del hombre. En este sentido la naturaleza humana se presenta como la "realidad que debe darse para que pueda hablarse de hombre, cualquiera que sea el estado histórico y la peculiaridad individual en que se halle de hecho (Böckle, 1971, p. 119). Se trata de la naturaleza metafísica del hombre en la cual se basa el carácter universal e incondicional

de la existencia de lo moral. Lo cierto es que es muy difícil determinar la naturaleza metafísica del hombre. Podría intentarse –de nuevo solo lo apuntaré puesto que no es el objeto de este estudio –a través de un análisis trascendental de la autoconciencia del hombre. Tal sería la línea de estudio de Santo Tomás de Aquino en su afirmación de la existencia de unos primeros principios morales (Böckle, 1971, p. 76). Dichos principios no son algo metafísicamente absoluto sino un modo histórico de ver al hombre, un modo concreto de entender la existencia del hombre como ser social. No obstante lo anterior, la historia del pensamiento ha aportado otras interpretaciones metafísicas de la naturaleza humana. Hoy el hombre ha adquirido tantas y tan variables experiencias acerca de sí mismo que ninguna antropología científica puede presentarse como absoluta. Con todo, tampoco puede negarse que haya límites inmanentes puestos por la estructura del ser y de las cosas; por un lado descubrimos el problema de la historicidad de la moral y de sus valores cuando nos acogemos a una idea concreta que el hombre pueda tener de sí mismo, y por otro, nos vemos incapaces de renunciar a preceptos morales – o por lo menos a elementos irrenunciables y absolutos que deben estar presentes en esos valores- que obligan a todos los hombres, incluso a quienes establecen las normas jurídicas para la convivencia.

El tercer concepto de naturaleza humana apunta directamente a la acción humana. La naturaleza del hombre se entiende como la estructura esencial, inteligible, de la acción humana que se descubre en el obrar humano. La moralidad es, en este sentido, una valoración del obrar humano. Este concepto nos plantea el problema de hasta qué punto una definición de la estructura esencial del acto humano puede prescindir del hombre que actúa en concreto. El ser concreto es siempre el más real.

Por último y sin entrar en su consideración, la naturaleza humana se concibe como la estructura biofisiológica que se da en el hombre para que se pueda hablar de hombre.

Sin profundizar en cada una de estas perspectivas de la naturaleza humana, todas ellas coinciden en una afirmación del carácter moral del hombre como algo que lo diferencia de los animales. Desde esta dimensión moral, una de las preguntas que el hombre siempre se ha planteado -y, quizá, hoy día, lo haga de una manera más dramática y perpleja- es la siguiente: ¿qué es absoluto y qué es relativo o variable en el hombre? Al intentar contestar a esta pregunta vemos que la visión de lo que el hombre es ha cambiado sustancialmente en el último siglo.

En nuestra cultura occidental, hasta la llegada de la Modernidad, se tenía una visión estática del hombre. Esto suponía que ante una situación determinada el hombre podía saber cuál era la mejor opción, la más moral. Hoy tenemos una visión dinámica de la naturaleza humana. La casuística ha perdido importancia y continuamente surgen situaciones nuevas ante las que debemos adoptar una actitud moral. La existencia humana está siendo



continuamente enriquecida. Hoy el hombre modifica el quehacer ético fundamental al que está llamado: de una elección considerada como correcta según unas pautas ya establecidas se pasa a una elección desde la libertad. Según lo anterior, el hombre actual debe esforzarse por eliminar las coacciones éticas. Esto llega a ser más importante que elegir acertadamente en una situación coactiva (salvo que el propio sujeto se haya autoimpuesto, haciendo uso correcto de su libertad, dicha coacción) (Böckle, 1971, p. 77). Esta visión dinámica del hombre no supone una relativización de la ética, pues la libertad solo es tal si se hace uso correcto de ella. En caso contrario tendríamos que hablar de libertinaje o de una falsa libertad debido a desconocimiento o error de alguna faceta de la realidad.

La naturaleza humana se nos presenta no como una naturaleza ya establecida o acabada sino como un quehacer; no como una realidad dada sino como una realidad que se va haciendo a sí misma desde las situaciones concretas que muchas veces son nuevas y no pueden solucionarse desde cánones establecidos y absolutos. De igual forma, los fines de la naturaleza (concebida en su dimensión más amplia como la esencia que hace que una cosa sea tal y no otra) son mucho más ricos de los que la propia naturaleza manifiesta por sí misma. La naturaleza necesita del hombre -que a su vez es un fin de la naturaleza- para descubrirse en todo su esplendor.

Tanto la naturaleza como la naturaleza humana han de considerarse potencialidades dadas. El hombre es el ser que tiene la misión de desarrollar esas potencialidades. Pero ¿en qué dirección debe hacerlo? Esta es una cuestión ética. El hombre no solo puede diferenciar entre lo que es y lo que podría ser. El enlace entre ser-deber ser, tan criticado por los filósofos positivistas, puede no ser de tipo lógico pero la experiencia demuestra que sí se da desde el punto de vista fáctico (Ruiz-Gallardón, 2012, pp. 295-307). El deber ser lo conoce el hombre por el conocimiento que tiene de sí mismo. Sabe que él mismo debe realizarse por lo que será bueno todo aquello que contribuya a la autorrealización y la libertad suya y de sus semejantes. En esto consiste la orientación dinámica de la ética.

El punto de partida ha de ser ese “volver a las cosas mismas, volver a ese mundo anterior al conocimiento pero frente al cual toda definición científica es siempre abstracta, meramente alusiva y dependiente, como lo es la geografía respecto al paisaje del que por primera vez aprendimos lo que era un bosque, una pradera o un río” (Böckle, 1971, p. 111). El verdadero sentido de la moral no consiste, entonces, en la formulación y en la transmisión de preceptos universales, perpetuamente válidos, de los que en cada caso se pueda deducir una conclusión irrevocable. La idea de moral reside, más bien, en la obligación incondicional que tiene el hombre de buscar y actuar en pro de su plena realización y la de los demás hombres, y en la idea de que el motivo de esa obligatoriedad es el sentido de la existencia humana.

En las páginas que siguen comenzaré considerando los procesos de conocimiento del hombre que plantea John Locke en su *Ensayo sobre el entendimiento humano* (Locke, 1986) desde una concepción estática de la naturaleza moral del hombre. Luego me acercaré a la propuesta de Alasdair MacIntyre expuesta en su obra *Tras la virtud* (MacIntyre, 2013), para analizar una justificación de la moral, planteada como superación (aunque no negación) de los presupuestos ilustrados de John Locke, gracias a su visión dinámica de la naturaleza moral del hombre.

## **2.-EL ACCESO AL CONOCIMIENTO MORAL DESDE UNA CONCEPCIÓN ESTÁTICA DE LA NATURALEZA HUMANA. LA PERSPECTIVA ILUSTRADA DE JOHN LOCKE**

En el *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1690) John Locke establece unos sólidos fundamentos acerca de los procesos y las operaciones que están detrás del entendimiento. De esta manera, el conocimiento de lo dispuesto en la ley natural o la moral queda subordinado a la facultad de razonar. Ese conocimiento es el resultado de un proceso en el que la razón realiza un papel activo de iluminación y desvelamiento del significado que aportan los datos que vienen de la experiencia sensible. Locke considera que la razón, por sí sola, no puede ser el fundamento del conocimiento de las cosas ni del contenido de la ley natural. Aislada de cualquier apoyo sensible, la razón no es capaz de nada. Locke sitúa así la facultad de razonar dentro de los presupuestos del empirismo. La razón es una facultad que actúa reobrando sobre las aportaciones de los sentidos y el entendimiento. Solo cuando el entendimiento tiene un repertorio de ideas (simples y complejas), habiéndose superado la situación inicial de ser un "papel en blanco", puede dar comienzo la tarea de conocer (Locke, 1992, p. 43).

A partir de una reflexión sobre la naturaleza y el mundo de los hombres, nace la aprehensión racional del orden y los fines del universo creado. Este proceso apropiativo de la ley natural es una labor individual, aunque Locke piensa que todos los hombres pueden alcanzar los mismos conocimientos morales si emplean de igual modo la facultad de razonar, es decir, si emplean el método epistemológico empirista que propone en el *Ensayo sobre el entendimiento*. Los conocimientos morales no tendrían por qué diferir puesto que el método de reflexión racional acerca de la naturaleza común de la especie humana, así como el objeto del mismo, es idéntico en todos los hombres.

Locke inicia una metodología analítica propia en la que, valiéndose de los mismos términos que la filosofía tradicional, los somete a una mutación semántica. En su lucha contra el escepticismo y la pereza mental del pensamiento tradicional que se apoyaba en la creencia de la existencia de ideas innatas en la mente del hombre el *Ensayo sobre el entendimiento humano* se centra en determinar cuál es el alcance de nuestro conocimiento y

los grados posibles del mismo (Locke, 1986, p. 17).

La doctrina del innatismo había sostenido la presencia en el entendimiento de ciertos principios innatos estampados por Dios en el alma desde el momento de su venida al mundo (Locke, 1986, p. 21). Se trataría de diversos tipos de principios. Algunos serían de orden especulativo, como todos aquellos que se tenían como premisas necesarias a la hora de emitir razonamientos silogísticos (por ejemplo: lo que es, es; algo no puede ser y no ser al mismo tiempo). Otros principios innatos en el ser humano serían de orden práctico, es decir, moral, como la existencia de Dios, la justicia o nociones acerca del vicio y la virtud. Esta crítica de Locke a las ideas innatas de orden práctico supuso el rechazo de gran parte de sus contemporáneos. El innatismo era, en muchos aspectos, el principal argumento que respaldaba la obligatoriedad y vigencia universal de la ley natural (Yolton, 1968, pp. 48-64).

Locke centró su argumentación en contra del innatismo refutando el llamado acuerdo universal, principal argumento que sus defensores esgrimían para defender la presencia de ideas innatas en la mente humana. Locke demuestra que no existe tal acuerdo universal acerca de la veracidad de los principios prácticos. En primer lugar, las concepciones morales y las conductas de los hombres de las sociedades difieren entre sí y sufren transformaciones a lo largo de la historia (Locke, 1986, p. 47). En segundo lugar, si la comprensión inmediata de una proposición tiene lugar tan pronto como son comprendidos los términos que la integran, entonces, esta circunstancia, más que probar su carácter innato –afirmaría Locke- probaría lo contrario ya que si el significado de los términos tiene que ser previamente comprendido, se está enseñando algo que hasta el momento se ignoraba (Locke, 1986, p. 35).

Locke sostenía que la mente humana era una tábula rasa que adquiriría conocimientos por medio de la observación y el raciocinio. El conocimiento lo definía Locke como “la percepción de la conexión y acuerdo, o del desacuerdo y repugnancia entre cualesquiera de nuestras ideas” (Locke, 1986, p. 523). Las características del conocimiento serían, según Locke, la certeza de su percepción y que el soporte de cualquiera de sus clases –conocimiento intuitivo, demostrativo o sensitivo- no puede ir más allá de las ideas almacenadas por la mente.

Locke afirmaba que el conocimiento intuitivo se presenta como una percepción inmediata del acuerdo o el desacuerdo de las ideas que originan el conocimiento; por ejemplo, la mente percibe que las ideas de blanco y negro no son las mismas. Por el contrario, en el conocimiento demostrativo, la mente realiza un trabajoso esfuerzo para llegar a percibir el acuerdo o desacuerdo de las ideas. Así ocurre con los razonamientos matemáticos y morales. El contenido de estos razonamientos son proposiciones integradas por ideas complejas (modos mixtos) que la mente ha elaborado y que, al ser una creación de nuestro entendimiento, pueden ser demostradas con precisión, aunque sin la prontitud y seguridad del conocimiento intuitivo (Locke, 1986,

pp. 565-566). Así, por ejemplo, la mente no conoce inmediatamente que los tres ángulos de un triángulo son igual a dos ángulos rectos, o si son o no ciertas las proposiciones que afirman la existencia de Dios o que no hay injusticia donde no hay propiedad (Locke, 1986, pp. 621-632; Lasalle Ruiz, 2001, p. 93). En estas proposiciones, las ideas que integran el acuerdo o desacuerdo del que surge el conocimiento necesitan de razonamientos previos que deben ser probados progresivamente.

En cuanto al conocimiento sensitivo, se trata de aquella percepción de la mente que, aunque no reviste el grado de certeza del conocimiento intuitivo y del demostrativo, se ocupa de las cosas que integran el mundo físico que percibimos mediante los sentidos. Esto que en sí mismo no sería un conocimiento de acuerdo con la definición de Locke, sino una percepción que la mente experimenta con tal grado de certeza que Locke acaba considerándolo una forma de conocimiento (Locke, 1986, p. 535).

Pero la actividad de la mente no se detiene aquí sino que sigue desarrollando nuevas ideas y elaborando nuevas proposiciones que, sin la certidumbre del conocimiento, aspiran a seguir ensanchando los contenidos del entendimiento humano. Esta actividad intelectual de la mente con la "apariencia de conocimiento" pero que no posee la certeza del conocimiento lo llama Locke opinión.

Como puede observarse, el conocimiento así entendido es un lento y laborioso proceso intelectual. A partir de unos materiales originariamente dados, la mente va elaborando un conocimiento personal de la realidad; un conocimiento que al ser personal no es el mismo para todos los hombres, ya que todos se esfuerzan igual en la tarea de conocer. En definitiva, el conocimiento es "el resultado de una adquisición o conquista subjetiva" (Solar, 1996, p. 245).

Después de abordar el tema de la actividad que desarrolla el entendimiento, el tema de la acción lo trata Locke con referencia a la potencia (Locke, 1986, pp. 214-268). La potencia activa es la capacidad de producir cambio, y la pasiva, de sufrirlo (Locke, 1986, p. 215). Y siendo el pensamiento y el movimiento las únicas ideas de acción que tenemos a nuestro alcance, el entendimiento es, para Locke, la potencia de pensar. Dicha potencia consiste en la acción de entender que nace de la percepción de las ideas en la mente, la percepción del significado de los signos y, finalmente, la percepción del acuerdo o desacuerdo entre cualquiera de nuestras ideas. El propio Locke matiza que, de estas tres clases de actos del entendimiento, tan solo los dos últimos son manifestación de la potencia activa de la mente (Locke, 1986, p. 218). La voluntad, por su parte, es "el poder de la mente para determinar sus pensamientos en la producción, la continuación o la detención de cualquier acción, en cuanto que dependa de nosotros" (Locke, 1986, p. 218). Los motivos que mueven a la mente a determinar el sentido en que la voluntad lleva a cabo una acción determinada son, según Locke, de carácter

completamente hedonista. Todo su *Ensayo sobre el entendimiento humano* está presidido por una visión de la motivación humana en la que el placer y el dolor se conciben como las raíces de toda acción (Harris, 1994, p. 254). De este modo, la delimitación del bien y del mal, de las cosas que son buenas y malas, se hace también depender de su relación con el placer y el dolor que nos producen. Para Locke, el hombre es una criatura que busca por designio de Dios la felicidad, es decir, la obtención del mayor grado de placer que sea posible alcanzar. Por ello, toda la actividad humana que determina la voluntad se orienta hacia ella y evitará todo aquello que produzca dolor o, lo que es lo mismo, desgracia (Colman, 1983, p. 20).

Consecuentemente, la libertad del hombre radica, en último término, en la potencia de suspender la acción de la voluntad a la espera de que la mente enjuicie adecuadamente los deseos y concluya si llevan o no a la consecución de la verdadera felicidad. Del mal uso de la libertad derivan todos los errores en que incurrir los hombres cuando actúan sin examinar adecuadamente sus deseos. La ansiedad por evitar los malestares más inmediatos determina la voluntad. Por ello, concluye Locke, la mayoría de los hombres no son libres ya que la libertad es "pensar y actuar de acuerdo con el juicio reflexivo que nace del entendimiento de uno mismo" (Yolton, 1962, p. 2).

### **3.- LA SUPERACIÓN DE UNA VISIÓN ESTÁTICA DE LA NATURALEZA MORAL DEL HOMBRE EN LA PROPUESTA DE ALASDAIR MACINTYRE : VALORES ENCARNADOS EN VIRTUDES SEGÚN EL MODELO ARISTOTÉLICO**

En 1981 vio la luz la primera edición de *Tras la virtud*, de Alasdair MacIntyre. En ella el autor hace un análisis crítico de la filosofía moderna y postmoderna –de Kant a Rawls, pasando por los autores marxistas, los utilitaristas y los analíticos- y de todos los proyectos de reconstrucción del proyecto ilustrado para dar a la moral una fundamentación objetiva. En el libro expone con claridad la situación cultural en la que nos encontramos: nuestra realidad está determinada por el yo emotivista. Somos incapaces de llegar a un acuerdo con los demás miembros de la sociedad sobre la preeminencia y objetividad de ciertos valores. La propuesta de MacIntyre parte de un relativismo que busca, en el ejercicio de las virtudes que repercuten en el bien del hombre y en el de la sociedad, la prueba última de la existencia de unos valores que pueden ser comunicados (MacIntyre, 2013, pp. 5-8)<sup>1</sup>.

MacIntyre plantea la situación actual como el producto final de un

---

<sup>1</sup> En el prefacio Victoria Camps sostiene que MacIntyre propugna una moral configurada por las especificidades de cada comunidad, renunciando así al carácter universal de algunos valores morales. Si bien es cierto que el autor se pronuncia en este sentido, creo que MacIntyre no renuncia a la universalidad de los valores sino al camino por el que se accede a su conocimiento; un camino que parte de lo fáctico para encontrar pruebas científicas de la universalidad en el ejercicio de las virtudes que derivan de dichos valores.



proceso de cambio histórico. La transformación del yo y su relación con su entorno desde los modos tradicionales de existencia hasta las formas contemporáneas de emotivismo, no hubiera sido posible si, al tiempo, no se hubieran transformado las formas del discurso moral. En la expresión moral contemporánea se producen dos factores centrales: uno, la multiplicidad y la aparente inconmensurabilidad de los conceptos invocados; otro, el uso imperativo de principios últimos para intentar cerrar el debate moral.

A pesar de quienes han intentado combatir el relativismo desde su misma metodología (Ruiz-Gallardón, 2012) su triunfo es evidente. El contenido del mensaje, la revalorización de la forma de transmisión y el grado de convicción que pueda producir han dejado de tener importancia. Los medios de comunicación masivos se han autoproclamado transmisores de la realidad: lo que no aparece por un medio de comunicación masiva simplemente no existe para la sociedad. El relativismo sostiene que los juicios de valor –especialmente los referentes a la ética– son afirmaciones sobre el sentido y no sobre los hechos, sobre lo que debe ser y no sobre lo que es. Con todo, no niegan que la ciencia pueda contribuir a la discusión, clarificando el significado preciso de las posibles interpretaciones y examinando las consecuencias de las acciones basadas en dichas interpretaciones.

Esta tesis, unida al emotivismo que impera en la sociedad actual, ha debilitado al individuo. El emotivismo considera los juicios de valor, y en concreto, los juicios morales, meras expresiones de preferencias, expresiones de actitudes o sentimientos. Desde esta perspectiva se mantiene que cada intento - pasado o presente- de proveer de justificación racional a una moral objetiva ha fracasado de hecho. Lo que la moral fue durante la mayor parte de la historia ha desaparecido en gran medida. El resultado ha sido una amplia pérdida cultural (MacIntyre, 2013, pp. 26-39). El emotivismo ha echado por tierra el gran proyecto ilustrado y sus pretensiones de alcanzar la verdad en el conocimiento de los valores morales. La verdad se plantea como una cuestión de perspectiva o contexto, más que como algo universal. Existe un sentimiento generalizado de que no tenemos acceso a la realidad, a la forma en que son las cosas, sino solamente a lo que nos parece a nosotros (MacIntyre, 2013, p. 26).

Desde diferentes ámbitos del saber ha habido intentos de reconstruir el proyecto ilustrado de carácter especulativo para dar una fundamentación objetiva y absoluta a los valores morales. En este sentido es interesante la propuesta de Jürgen Habermas. Nos interesa, para nuestro análisis, su teoría de la acción comunicativa. El autor pretende establecer un marco dentro del cual pueda retomarse aquel proyecto de estudios interdisciplinarios sobre el tipo selectivo de racionalización que representa la modernización capitalista. Sus aportaciones reivindican que la civilización occidental necesita un proceso urgente de reconstrucción de su identidad tanto colectiva como individual (Habermas, 2003, pp. 563-570).

La postmodernidad reivindica la emergencia del individuo libre, que se

libera de las ataduras sociales y de las jerarquías. Por otra parte, la postmodernidad renuncia a lo que la modernidad tenía por supersticiones de la teleología. Se ha secularizado la moral y se ha puesto en cuestión el estatus de los juicios morales como señales de la ley divina que son susceptibles de ser probados racionalmente como verdaderos o falsos. Al mismo tiempo, se ha renunciado a un acuerdo acerca de cuál sea la naturaleza del hombre y los fines que deben guiar su conducta (MacIntyre, 2013, p. cap. 4).

Al aceptar la imposibilidad de conocer de forma concluyente los valores que se deben perseguir individual y colectivamente, el hombre y la sociedad sufren un proceso de desmoralización que desemboca en la corrupción de ambos. Como consecuencia de la inconsistencia moral de los individuos que ostentan los poderes políticos y fácticos, se rompe el pacto social por el que el poder político se obliga al mantenimiento de unos valores; el dinero y el poder se convierten en fines absolutos. De esta manera, la seguridad jurídica, la administración de la justicia y la redistribución equitativa de los recursos dejan de ser efectivos. Los ciudadanos, considerando que lo anterior deslegitima el poder, comienzan a actuar en consecuencia: se incumplen las leyes, se toma la justicia por cuenta propia y se deja de pagar impuestos. No se trata de negar los logros de la ciencia moderna y de sus métodos. Sin embargo, la ciencia no ha sido capaz de ofrecer al hombre postmoderno medios definitivos para diferenciar el bien del mal, lo correcto de lo incorrecto, la justicia de la injusticia.

En artículos anteriores (Ruiz-Gallardón, 2012; Ruiz-Gallardón, 1998, pp. 217-224) he expuesto el pensamiento de autores como Arnold Brecht que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, intentan explicar y fundamentar la existencia de un vínculo entre el ser y el deber ser que no tiene un carácter lógico pero sí un carácter fáctico; un vínculo que, siendo tan evidente y transmisible intersubjetivamente, hace perder importancia a la doctrina positivista que se basa tan sólo en la separación lógica entre ambos reinos. Bastaría con observar en el suficiente número de casos individuales este vínculo fáctico para extraer inductivamente la conclusión de su presencia universal con la misma seguridad o inseguridad que en cualquier otra conclusión inductiva.

Las afirmaciones mantenidas por el profesor Brecht sobre elementos universales no derivan de definiciones arbitrarias de justicia sino que pueden derivarse de sentimientos necesarios connaturales al ser humano. Investigar si esto se produce es algo accesible a la investigación científica. Y si estos elementos se consideran en su conjunto y se combinan con los dos métodos propuestos por los relativistas – la clarificación del sentido de las interpretaciones propuestas y el análisis de sus implicaciones – los elementos demostrables que se obtienen son de considerable importancia (Brecht, 1941, pp. 817-819).

En línea con las propuestas de Arnold Brecht, Alasdair MacIntyre plantea

la teoría de las virtudes desarrollada por Aristóteles como una puerta para acceder a un conocimiento cierto de los valores y su consecuente posibilidad de ser comunicados en el ámbito del ser. El aristotelismo –afirma MacIntyre – es el más potente de los modos premodernos de pensamiento moral; la única visión premoderna de la ética y de la política que puede convencernos. Por tanto –prosigue MacIntyre– o bien continuamos a través de las aspiraciones y el fracaso de las diversas versiones del proyecto ilustrado hasta recalar en el colapso de toda moral, según el diagnóstico de Nietzsche, o mantenemos que el proyecto ilustrado fue un error y no debió ocurrir (MacIntyre, 2013, p. 152).

En la concepción aristotélica de las virtudes, una virtud es una cualidad humana adquirida cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a ciertas prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el logro de cualquiera de tales bienes (MacIntyre, 2013, p. 239). No es difícil mostrar que hay un conjunto de virtudes humanas clave sin las cuales no tenemos acceso a los bienes internos a las prácticas conllevan (MacIntyre, 2013, p. 237). Por ejemplo, tenemos que aceptar como componentes necesarios de cualquier práctica que contenga bienes internos, las virtudes de la justicia, el valor y la honestidad. Cada práctica, además, exige cierto tipo de relación entre quienes participan en ella. Las virtudes, por tanto, son los bienes por referencia a los cuales definimos nuestra relación con las personas que comparten los propósitos y modelos que informan las prácticas.

Este concepto aristotélico de virtud parte de un concepto del yo cuya unidad reside en la unidad de la narración que enlaza nacimiento, vida y muerte como comienzo, desarrollo y final de la narración de nuestra propia historia. Este concepto ha tenido un papel clave en las culturas que nos han precedido e incluso hoy está presente en muchas de nuestras maneras de pensar y actuar. Así pues, preguntar por lo que es bueno para mí es preguntar sobre cómo podría yo vivir mejor la narración unitaria de mi vida y llevarla a su plenitud. Preguntar qué es bueno para el hombre es preguntar por lo que deban tener en común todas las respuestas a la primera pregunta. Un catálogo de virtudes contendría, por lo tanto, las necesarias para mantener familias y comunidades políticas en las que hombres y mujeres pudieran buscar juntos el bien. En definitiva –sostiene MacIntyre – la vida buena para el hombre es la vida dedicada a buscar la vida buena para hombre, y las virtudes necesarias para la búsqueda son aquellas que nos capacitan para entender más y mejor lo que la vida buena para el hombre es (MacIntyre, 2013, p. 253).

En esta búsqueda, el individuo aislado no es capaz de encontrar el bien o ejercer las virtudes. Necesita a los demás. Nos relacionamos con nuestras circunstancias en tanto que portadores de una identidad social concreta. Heredamos de un pasado de mi familia, mi ciudad, mi tribu o nación, una variedad de deberes y obligaciones. Ellos constituyen mi punto de partida moral. Confieren a mi vida su propia particularidad moral. Porque la historia de mi vida está siempre embebida en la de aquellas comunidades de las que

derivo mi identidad: he nacido con un pasado e intentar desgajarme de ese pasado a la manera individualista es deformar mis relaciones con el presente. En este sentido, la posesión de una identidad histórica y la posesión de una identidad social coinciden.

El hecho de que el yo deba encontrar su identidad moral por medio de comunidades como la familia, el vecindario, la ciudad, la tribu y en su pertenencia a los mismos, no entraña que deba admitir las limitaciones morales particulares de esas formas de comunidad. Sin esas particularidades morales iniciales no habría ningún lugar del que partir. La búsqueda del bien, de lo universal, consiste precisamente en avanzar desde esas particularidades. Intentar escapar de ellas hacia un dominio de máximas enteramente universales que pertenezcan al hombre como tal es una ilusión de consecuencias muchas veces trágicas. La historia está llena de casos en los que la identificación de las causas particulares con principios y valores universales ha tenido terribles consecuencias para la humanidad.

Las virtudes encuentran su fin y su propósito no solo en mantener las relaciones necesarias para que se logre la multiplicidad de bienes internos a las prácticas, y no solo en sostener la forma de vida individual en donde el individuo puede buscar su bien en tanto que bien de la vida entera. Las virtudes tienen la finalidad de mantener aquellas tradiciones que proporcionan, tanto a las prácticas como a las vidas individuales, su contexto histórico necesario. La falta de justicia, de veracidad, de valor, corrompen las tradiciones del mismo modo que corrompen a las instituciones y prácticas que derivan su vida de dichas tradiciones, de las que son encarnaciones contemporáneas. En este sentido me adhiero a la propuesta de MacIntyre de reafirmar la existencia de una virtud adicional: la de un sentido adecuado de las tradiciones a las que uno pertenece y a las que se enfrenta, para poder comprender las posibilidades futuras que el pasado pone a disposición del presente (MacIntyre, 2013, pp. 274-276).

#### **4.-CONCLUSIONES**

La tesis de MacIntyre sobre la imposibilidad de plantear unos valores absolutos, válidos en cualquier lugar y en todo momento, parte de una concepción dinámica de la naturaleza moral del hombre. En este sentido contradice el proyecto ilustrado de fundamentación de la moral a partir de una concepción estática de la naturaleza humana; según la cual, el hombre tiene una naturaleza determinada que podemos conocer con certeza; consecuentemente, podemos conocer los valores morales de forma absoluta.

En mi opinión hay que diferenciar entre el proyecto ilustrado de corte especulativo y el proyecto ilustrado de los autores anglosajones. Planteamientos empiristas como los de John Locke, expuesto con brevedad en este artículo, son útiles para la resolución de algunos de los dilemas morales

que se plantea el hombre actual. No podemos negar el fin de la “falacia naturalista” iniciado por David Hume (1711-1776) y consolidado por los autores positivistas de los siglos XIX y XX, entre quienes cabe destacar a Hans Kelsen (1881-1973). Ciertamente habría que desechar la posibilidad de encontrar un enlace puramente lógico entre lo que debe ser y lo que es. No obstante, como ya he señalado en artículos anteriores (Ruiz-Gallardón, 1998; Ruiz-Gallardón, 2012) acerca de la tesis que plantea Arnold Brecht sobre la posibilidad de encontrar *elementos* universales en los valores morales, puede probarse científicamente que existe un *enlace fáctico* entre el ámbito de los hechos y el de los valores.

Desde esta perspectiva empírica, resulta útil y conveniente retomar la teoría del conocimiento de John Locke. En ella pretende, precisamente, demostrar la lógica con la que funciona la razón y cuáles son los procesos por los que ésta deja de ser un “papel en blanco” para adquirir nuevos conocimientos. Locke mantiene que en esta “ardua tarea” interviene la libertad humana que busca la felicidad. Afirma, como he expuesto, que del mal uso de la libertad derivan todos los errores en los que incurren los hombres cuando actúan sin examinar adecuadamente sus deseos. Locke hace alusión a la felicidad humana refiriéndose a la realidad, a los hechos, y la relaciona con el buen uso de la razón. Razón y realidad muestran su punto de encuentro en las consecuencias que el hombre experimenta –felicidad o infelicidad – fruto de una cierta concordancia entre ambas. En este campo es en el que MacIntyre construye su tesis de las virtudes. Cuando el hombre actúa de manera virtuosa –en el sentido aristotélico de realizar aquello cuya obligatoriedad se deriva no tanto de la autoridad o de la naturaleza de las cosas cuanto de la “humanización” que opera en quien así procede– su comportamiento tiene un valor moral que puede ser absoluto en su comunidad y en el tiempo en el que vive.

Ciertamente no resulta fácil adquirir conocimientos totalmente ciertos sobre el mundo que nos rodea. Pedro Schwartz recoge, en su libro *En busca de Montesquieu*, algunas de las ideas compartidas con Karl Popper sobre nuestras limitaciones para saber cuándo hemos alcanzado una verdad incontrovertible. Schwartz mantiene que las normas o valores básicos de nuestra ética los suponemos válidos de forma “absoluta relativamente absoluta” (Schwartz, 2009, pp. 38-39 y 266)<sup>2</sup>. Es decir, suponemos que, de momento, alguna de ellas es válida universalmente y, pese a nuestra creencia firme en su validez para todo tiempo y lugar, examinamos sus consecuencias, aún a sabiendas de que la relación entre valores y sus consecuencias –afirma– es mucho menos nítida y firme que la conexión entre hipótesis y observaciones (Schwartz,

---

<sup>2</sup> Tal y como afirma el autor la expresión “absolutos relativamente absolutos” aplicada a los valores fue utilizada por Frank Knight en *The Rights of Man and Natural Law* (1944). Schwartz la adopta para explicar cómo tomamos determinados valores como absolutos en la aplicación diaria, a pesar de que en otros momentos, en consideración a sus consecuencias destructivas, nos vemos obligados a examinarlos de forma crítica, a elegir otros valores diferentes o a atenuarlos en su aplicación.



2009, pp. 265-266).

En definitiva, parece que el ser humano, para hacer juicios morales, no puede prescindir del examen de las consecuencias a las que lleva la aplicación de dichos valores; y por otra parte, que para analizar dichos valores debe llevar a cabo una labor racional ardua y laboriosa.

Conocer los hechos es importante para poder realizar juicios de valor. Es imposible realizar un juicio valorativo sobre algo que no conocemos, que conocemos parcialmente o de manera errónea. En esta tarea de conocimiento Locke arroja una luz que el emotivismo de nuestro tiempo ha ocultado en gran medida. Sus hipótesis sobre los procesos de la mente pueden tomarse como premisas para abordar la cuestión planteada por MacIntyre tres siglos después: la posibilidad de reconstruir la moral en base a principios que puedan ser considerados absolutos en un lugar y tiempo determinados. Incluso podríamos ir más lejos: la posibilidad de encontrar elementos valorativos universales que necesariamente y en todo tiempo y lugar deben estar presentes en los valores morales, para que puedan ser considerados tales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Böckle, F., 1971. *El Derecho Natural*. Barcelona: Herder.
- Brecht, A., 1941. *The Myth of Is and Ought*. Harvard Law Review, 54(5).
- Colman, J., 1983. *John Locke's Moral Philosophy*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Habermas, J., 2003. *Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista*. 4ª ed. Santa Fé de Bogotá: Taurus.
- Harris, I., 1994. *The Mind of John Locke. A Study of Political Theory in it's Intellectual Setting*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lasalle Ruiz, J. L., 2001. *Jonh Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*. Madrid: Dykinson.
- Locke, J., 1986. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Locke, J., 1992. *La conducta del entendimiento humano y otros ensayos póstumos*. Madrid: Anthropos.
- MacIntyre, A., 2013. *Tras la virtud*. Barcelona: Austral.
- Ruiz-Gallardón, I., 1998. En torno a la teoría política de Arnold Brecht: absolutismo y relativismo axiológico. *Studia Carande, Revista de ciencias sociales y jurídicas*, 2.
- Ruiz-Gallardón, I., 2012. El relativismo axiológico científico en Arnold Brecht: un punto de partida para abordar la problemática actual. *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Epoca*, 15(2).
- Schwartz, P., 2009. *En busca de Montesquieu. La democracia en peligro*. 2ª ed. Madrid: Ediciones Encuentro.
- Solar, J., 1996. *La teoría de la tolerancia en John Locke*. Madrid: Dykinson.
- Yolton, J. W., 1962. *John Locke: problems and perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Yolton, J. W., 1968. *John Locke and the Way of Ideas*. Oxford: Clarendon Press.

# LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y EL ESPACIO PÚBLICO

Jose Enrique Candela Talavero

Licenciado en Derecho  
Grado en Ciencias Políticas

Funcionario de la Administración Local con habilitación de carácter estatal

[joseenriquecandela@hotmail.com](mailto:joseenriquecandela@hotmail.com)

**RESUMEN:** En el Estado de Derecho la titularidad del derecho a la participación política corresponde a los propios ciudadanos resultando consustancial al mismo la existencia de mecanismos de fiscalización a quien ejerce potestades y es titular de funciones ejecutivas. Además el reconocimiento que el derecho reconoce de derechos como la participación y la información, se enmarca en un mundo globalizado con nuevos medios de comunicación, que plantea el debate del respeto entre ambos derechos en un marco representativo, lo que nos habilita a reconocer la intercambiabilidad de las cláusulas constitucionales. En esta realidad jugarán parte directa los movimientos sociales como actores políticos colectivos, para cuyas pretensiones utilizarán también los medios de comunicación y las redes sociales en la nueva era tecnológica. Realidad que nos adelanta problema de la Democracia por el uso y abuso que algunos medios de comunicación hacen de la ciudadanía creándose una Democracia de audiencia, contrario a la función básica del ejercicio de la Política, crear una realidad ética a favor de la ciudadanía y con ello dar significado al derecho de los ciudadanos a una buena administración y a la vez satisfacer los intereses generales.

**ABSTRACT:** *In the rule of law the ownership of the right to political participation is for the citizens themselves the same resulting inherent existence of control mechanisms to who exercises powers and holds executive functions. Besides the recognition that the law recognizes rights such as participation and information, is part of a globalized world with new media that respect the planet debate between rights in a representative framework, which enables us to recognize the interchangeability constitutional clauses. This fact will play a direct part of social movements as collective political actors, whose claims to also use the media and social networking in the new technological era. Reality forward problem we Democracy through use and abuse that some media make creating a Democracy citizenship hearing, contrary to the basic function of the exercise of policy, create an ethical reality in favor of citizenship and give meaning to this right of citizens to good administration and also meet the general interest.*

**PALABRAS CLAVE:** representación, medios de comunicación, audiencia, participación, cultura política.

**KEY WORDS:** *representation, media, audience participation, political culture.*

**Fecha de recepción:** 17 de julio de 2014.

**Fecha de aceptación:** 27 de noviembre de 2014.

## 1. - INTRODUCCIÓN

La reflexión que se plantea en este trabajo es el papel que desempeñan hoy los medios de comunicación y el uso que, desde la política, se hace de los mismos, así como asentar que el derecho a la información libre y veraz es pilar de cualquier sistema democrático para advertir la necesidad de paliar la posible manipulación de los medios de información mediante la consideración de los

ciudadanos como consumidores de información, confundiendo lo político y lo mediático y haciendo nacer una "democracia mediática o gobierno de audiencia".

Esta realidad supondrá que se genere una crisis del modelo de representación política con sus efectos perjudiciales en el sistema democrático. Representación que sólo es legítima si, además, es representativa, esto es, la voluntad manifestada en sede colegiada resulta de una agregación de voluntades que, mediante sucesivos procesos de reducción de complejidad es capaz de situar como contenido material de la decisión estatal la que resulta congruente con la mayoría de los ciudadanos (Chueca Rodríguez, 2003-2004:82). En esta perspectiva se produce la conexión entre democracia y cultura política (Almond y Verba, 1963) pues uno de los esquemas propuestos para debatir la democracia y las consiguientes instituciones representativas como posibilidad, se articuló sobre la relevancia que tenían los factores culturales al analizar cuáles estaban relacionados con el surgimiento y estabilidad de las democracias y el énfasis que se establecía en este caso sobre el conjunto de valores y actitudes políticas compartidas que conforman el fundamento de la estabilidad democrática y que supone la forma en la que los individuos (Moran,1996:7) se definen como actores políticos, construyen su visión de lo político y se posicionan dentro del mismo dando significación a las situaciones a las que se enfrentan.

## **2.- LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, LA OPINIÓN PÚBLICA Y EL ESPACIO PÚBLICO.**

La atención de los medios de comunicación sobre las políticas públicas está focalizada en la actividad de los políticos en relación al poder, pues los medios de comunicación (prensa, televisión, radio, e Internet) actualmente adoptan la realidad de ser, en ocasiones, instrumentos muy destacados en la realidad política de cualquier sociedad, convirtiendo la libertad de opinión y el acceso a la información en claves para la existencia de los gobiernos representativos. A través de ellos se expresa una realidad en forma de noticias y mensajes periodísticos creando una opinión y un conocimiento mediante el discurso dirigido a la sociedad, una vez conocida, seleccionada y transmitida a sus destinatarios, la noticia objeto de publicidad. Esta realidad hace que exista una interconexión entre el mensaje informativo, la realidad política y la opinión ciudadana que les hace ocupar un lugar destacado en el espacio público como ámbito donde se producen la comunicación y deliberación pública. Hombre como destinatario del mensaje, "homo videns", al que se le hace ver una sola realidad según la imagen que se le transmite.

Este hecho tiene consecuencias principalmente en el plano social y en la dimensión política pues el sistema democrático descansa en la legitimidad del gobierno conseguida tras el ejercicio del sufragio, y de aparecer mecanismos con la intención de crear una opinión teledirigida surgirán problemas en la

verdadera representación. Así para el profesor Vallespín (2000:84) *"en el espacio público, a través de la incesante comunicación de los medios, se va construyendo una "común realidad conocida", que puede presuponerse después implícitamente como trasfondo en todas las interacciones sociales, para ir cristalizando eso que funciona en la comunicación social como "saber" o "conocimiento", tanto de hechos como de opiniones sobre los hechos ; creando una descripción de la realidad ,una construcción del mundo a la que se orienta después la sociedad".* La permanente "irritación" de la realidad provocada por los medios, a la caza de la atención del elector, obliga a una incesante creación de información sobre los acontecimientos. Circunstancia que conduce a que los medios de comunicación influyen en la libertad de opinión de los gobernados como elemento diferenciador del tipo de cada tipo gobierno representativo.

La realidad nos muestra que el desarrollo que en la sociedad actual tienen los medios de información y comunicación, nos empuja a reconsiderar su posición en el espacio público, qué tipo de conexión conforman en nuestras sociedades y cómo influyen en las identidades ciudadanas. Esta realidad de gobierno de los medios denominada "mediocracia", nos hace preguntarnos si los medios son elementos del Gobierno, instrumentos del mismo o cuales sus efectos en el ejercicio del poder.

Los medios de comunicación están invadiendo toda nuestra cultura democrática creando una "sondeocracia" o "tele-democracia" (Becker, 1981), toda vez que la televisión, la radio, Internet ... son hoy la principal y a veces única, fuente de información y opinión. Esta realidad nos presenta una democrática también conocida como "democracia electrónica" desarrollada gracias al uso que de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) se hace por la ciudadanía para materializar su derecho a la participación en todo el mecanismo de toma de decisiones, apareciendo con objetivos el acercamientos de la política al ciudadano (caso del ejercicio del sufragio por Internet), aumento de los medios de conocimiento y control al gobernante, simplificación de trámites burocráticos, favoreciendo la gestión pública y las iniciativas populares.

El papel que actualmente está siendo desempeñado por los medios provoca una serie de consecuencias en el propio sistema representativo, como veremos a continuación, toda vez que la realidad que forman los medios relacionado directamente con la política nos conduce a una suerte de "videopolítica" (Sartori, 1998) por encontrarnos en una sociedad teledirigida que provoca la transformación del "homo sapiens", hombre que reflexiona, en "homo videns", hombre que mira pero que no piensan, por ser la imagen el centro del programa de trabajo de los medios y de los partidos políticos, apareciendo en forma de espectáculos televisivos, principalmente en épocas de campañas electoral y focalizadas en la figura del líder gracias a una personalización de la política, situación que nos hace olvidar el contenido del programa electoral buscándose la conquista del voto por medio de la imagen.



### 3.- LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA: ELEMENTOS Y REALIDAD.

Generalmente podemos considerar (Dahl, 2000) que las formas de gobierno consideradas democráticas tiene su base en sistemas de representación política. Si bien el funcionamiento real de la democracia responde bastante bien a la «poliarquía» de Dahl con la apreciación (Aguilera de Prat, 1990: 98) de que *“las propias «reglas de juego» suponen una cierta limitación no sólo para el conjunto de los ciudadanos y para la «clase política», sino para los propios grupos sociales dominantes”*. Este hecho, relacionado con el papel de los medios de comunicación, llevó a este autor a señalar como factores para lograr la estabilidad del sistema representativo una serie de elementos entre las que destacó: la libertad de expresión y el acceso a fuentes de información alternativa e independiente; el necesario control que sobre las decisiones adoptadas mediante un sistema de elecciones libres, frecuentes, imparciales y transparentes de los gobernantes; asociación libre de los ciudadanos para lograr sus derechos económicos y sociales y cuya realidad se haga efectiva mediante lo que el autor denomina *“ciudadanía inclusiva”* con posibilidad de participación política.

Relacionado con los medios de comunicación como clave en la realidad del sistema democrático, está que los ciudadanos ejercen el derecho a expresarse libremente mediante los medios de comunicación así como que deban estar en condiciones de acceder a las fuentes de información independientes, lo que no será posible si estos medios se encuentran a disposición arbitraria de los gobernantes y controlados por éstos con ánimo de condicionar la opinión y las actitudes del ciudadano.

Junto a esta limitación, desde la perspectiva de los gobernantes señalar el elemento de la responsabilidad política, la cual (Sánchez Aguesta, 1960:38) *“no supone la inculpación por la comisión u omisión punibles y contrarias a Derecho, sino una ponderación de si ese arbitrio que se concede al político gobernante ha sido o no utilizado con acierto y oportunidad”*. Una vez que nos encontramos con la efectividad del mandato para el ejercicio de la representación, no podemos perder de vista que ese mandato no les convierte en sujetos sometidos a las instrucciones inmediatas del electorado. Si no que como puso se manifiesto el profesor Sartori (1999:6) se trata de *“encontrar un equilibrio delicado entre receptividad y responsabilidad, entre rendición de cuentas y comportamiento responsable, entre gobierno de y gobierno sobre los ciudadanos”*, de manera que si se rompe el delicado equilibrio entre la responsabilidad y la receptividad, el principio de la representación peligra, y es ahí donde aparece la correspondencia en el momento de la votación del electorado con la promesa electoral recibida.

Junto a esta realidad el fenómeno de la participación adoptará forma directa en la toma de decisiones políticas o indirecta, mediante la participación

de alguno de los miembros de la comunidad seleccionados por la mayoría. Observándose una participación directa donde no encontramos el principio representativo y la democracia representativa en la que el ciudadano participa eligiendo al representante pero no de manera inmediata y directa en la decisión política.

### **3.1.- Realidades de los sistemas políticos de esencia representativa.**

En una realidad en las que tanto los medios como los partidos políticos interactúan defendiendo cada uno sus intereses y donde el papel que desempeñan los ciudadanos es de una audiencia pasiva su participación adopta forma de encuestas como cauce pacífico de opinión pública. A través pues de la relación y vinculación entre el representante y el representado el profesor Manin (1998) reconoce la existencia de cuatro realidades en los que basar el análisis en un período de la historia de los sistemas políticos de esencia representativa en los que los ciudadanos confían y delegan en los representantes mediante su elección el gobierno de su pueblo. Tales principios están representados por los criterios siguientes: 1/ El juicio mediante una discusión, que supone que la toma de una decisión en perspectiva política debe ser objeto de un previo debate; 2/ El hecho de que los representantes una vez proceden a la toma de decisiones gubernamentales ejerciendo el poder, están legitimados gracias a la existencia de una elección caracterizada por la regularidad temporal de la misma (elección de representante) ;3/ la autonomía de los representantes, por cuanto la adopción de decisiones de aquellos representantes se define por albergar cierta autonomía sobre las pretensiones incluso exigencias del pueblo que les ha elegido y finalmente 4/ la realidad de que los representantes tienen libertad de opinión pública, sin estar intervenidos ni controlados por los sujetos pasivos de la elección representativa. No debemos olvidar que los parlamentarios no son representantes del Estado sino que lo que representan en realidad es de manera legitimada por su elección a los ciudadanos en el Estado y su posición jurídica tras obtener la confianza ciudadana les convierte en mecanismos e instrumentos al servicio de sus fines sin que debiera olvidarse que elegido el partido, el que debe gobernar es ciertamente el pueblo. Se produce este análisis una vez que el profesor Manin (1998) considera que este tipo de sistema político representativo de hoy lleva a una extrapolación del sistema inicial, donde además no se produce grandes modificaciones en las instituciones que lo conforman. Así mismo Bernard Manin presenta la existencia de tres tipos de gobiernos representativos según el papel que en cada uno de ellos juega la libertad de opinión, que será el elemento diferenciador y en los que están presentes los elementos de cada tipo de gobierno: democracia de audiencia; modelo parlamentario conocido como parlamentarismo y el modelo de masas configurado como una democracia de partidos. Democracia representativa que se define por ser indirecta e ilimitada. Indirecta porque el pueblo que vota se conserva al margen del gobierno y limitada pues el hecho de la votación del pueblo es la única actuación con efectos inmediatos en la formación del gobierno representativo, lo que supone

una escasa participación en la vida democrática.

El elemento de la libertad de opinión pública se realiza en una realidad social en que los medios de comunicación, siendo instrumentos de la sociedad pluralista, se encuentran vinculados a los partidos de manera que *"los ciudadanos bien informados, los más interesados en política y los líderes de opinión obtienen sus informaciones de la prensa con opinión política, se construye la estabilidad de las opiniones políticas (Manin.1998:263).*

Por lo que hace a Parlamentarismo, la nota autonomía parcial de los representantes supone que el representante elegido tiene libertad a la hora de ejercer el voto ; en el juicio mediante discusión, la sede parlamentaria es donde nace un criterio tras una discusión tras mecanismos de mayorías, expresándolo Manin con estas palabras: *"Durante la primera mitad del siglo XIX, la creencia dominante en Inglaterra era que los parlamentarios debían votar según las conclusiones a la que hubieran llegado durante el debate parlamentario, no según las decisiones tomadas con antelación fuera del parlamento"* (1998: 252); la libertad de opinión pública que facilita la conexión de los representante con el electorado y habilita cierto control sobre aquellos y en la elección de representantes, nace de la existencia de una confianza de la ciudadanía en el elegido pues: *"Es mediante la individualidad como los candidatos inspiran confianza"*, donde se destacan las relaciones de proximidad y pertenencia local de grandes intereses, vínculos e interacciones sociales (1998: 248) y respecto a la Democracia de audiencia, sus notas son definidas por Manin en la elección de representantes, según la cual tras las elecciones se aprecia que *"los resultados varían significativamente de unas elecciones a otras permaneciendo invariable el trasfondo socioeconómico y cultural de los votantes"* (1998: 267) pues que en el proceso electoral todo se centra en la figura indiscutible del líder , y en cuyo proceso cada partido juega misiones clientelares, de militantes, de publicidad, obtención de recursos ... para su líder convirtiendo los medios a ese líder en *"personajes mediáticos"* a cuyo servicio tendrán una serie de expertos en comunicación (1998: 269), en definitiva *"los políticos alcanzan el poder gracias a sus capacidades mediáticas, no por ser de extracción social similar a la de su electorado ni por estar próximos a él"*. (1998: 237-238).

Lo que nos conduce a la última nota esencial de la democracia de audiencia ,como es que en la votación el ciudadano vota al candidato, se olvida del programa y conocedores de esta realidad los partidos y los medios juegan un papel informativo y de imagen hacia el ciudadano como depositario de la papeleta electoral. En el desarrollo que en el proceso político tienen los medios de comunicación, el profesor Sartori (1998) advertirá que se está transformando las relaciones políticas desde el momento en que el ciudadano adquiere como propia una opinión según el mensaje que recibe de la televisión o internet e impulsa e induce a decidir según esta información. La televisión somete todo el proceso electoral, al provocar el voto del electorado, según las condiciones de cada candidato desde la perspectiva de la personalización de la

política. Esta preeminencia de los medios actuales es la razón que lleva a la política a estar dentro del sistema comunicativo para llegar al votante dándose lugar a la "democracia mediática". El propio Sartori se manifestará escéptico a la hora de cambiar esta situación por tratarse de circunstancias que están en las propias características de los medios alentadas tanto por el sistema de partidos y como por el sistema electoral. Medios que cumplen una función de puente entre el poder y la ciudadanía antes encomendada a los partidos, y que hacen peligrar el sistema democrático cuando se presentan como elementos del sistema ajenos al interés general.

Este influjo de los medios de comunicación en el sistema representativo en forma de "Democracia mediática" fue asimismo analizada por el profesor Giovanni Sartori (1998) para habilitarnos a saber cuál es la razón de la existencia de los medios de comunicación en el sistema democrático y básicamente su intervención en el procesos de la elección, toda vez que brindan al ciudadano la información precisa para dicha elección. Si ya otro autor como Robert Dahl nos advirtió que el sistema democrático presenta un problema desde que existe una *"enorme distancia entre la élites de la política pública y los ciudadanos, nos permitirá saber que los medios de comunicación toman un papel básico en el proceso político"*, la televisión ha hecho variar las relaciones políticas pues se comprueba que la opinión pública estará mediatizadas por los medios, forjando sus opiniones según el mensaje televisivo. Centrando su maquinaria en el candidato propuesto al electorado, en la competencia electoral o en las decisiones del gobierno, la televisión provoca que se haya arrinconado la opinión pública y la singularidad del administrado en su libertad de opinión, cuando en realidad con la televisión, lo que somos es ciudadanos manipulados y manejados, reflejado en estas palabras del profesor Sartori para quien *"actualmente, el pueblo soberano opina en función de cómo la televisión le induce a opinar"*. Con esta situación podremos así diferencia entre "homo sapiens" que utiliza la palabra escrita y el lenguaje y el "homo videns", hombre de la imagen, objetivo de la sociedad teledirigida en la que *"la palabra está destronada por la imagen. Todo acaba siendo visualizado"*. Por tanto observamos cómo el mensaje televisivo emplea tanto la comunicación verbal como la no verbal, cuyo uso puede marcar (Mínguez Vela, 1999:15) la diferencia entre el éxito y el fracaso en la mayoría de los encuentros sociales.

A partir de la relación que fundamentalmente se produce en el siglo XX entre los sistema de democráticos con los medios de comunicación, acrecentándose exponencialmente en el actual siglo, gracias a los sistema de comunicación apoyados en las Tics, Internet y las redes sociales, se presentó por Swanson un análisis de la comunicación política para expresar lo que denominó "Democracia centrada en los medios", al comprobar que la televisión se convierte en el medio de masas, de la audiencia, para la comunicación política, los debates sociales, la creación de imágenes o versiones de los acontecimientos, para los sondeos de opinión ..., canalizados a través de los medios, permitiendo una mayor participación ciudadana en el conocimiento y

en control a los gobernantes como factor favorable frente al perjudicial efecto que supone la información controlada o sesgada que los medios dan a la información al ser el vehículo de comunicación con la ciudadanía.

Una vez que sabemos que los medios provocan un interacción con la ciudadanía y los partidos políticos estamos ante relaciones que se definen por ser de dependencia entre políticos y periodistas, para los que el mecanismo de la comunicación elabora acuerdos o conflictos desde el momento en que los titulares de los medios de comunicación y los políticos se mantienen entre sí con ciertas dosis de desconfianza dando lugar a una "*lucha en continua escalada*" (Swanson:1995,17-18). En última instancia esta situación de democracia mediática creada por los medios, alejando al electorado de la participación y control directo y descontentos con la realidad generada por los medios, incita a una fuerte dosis de desafección política. A esta realidad Swanson añadirá que el efecto de la modernización de la sociedad se conecta con la creación y configuración de la opinión pública mediante los medios así como por ser intermediarios entre el líder político y la ciudadanía por la audiencia masiva que provocan.

### **3.2.- La representación política, las élites y los medios de comunicaciones.**

Respecto a la participación y las élites en la actual sociedad mediática, desde el momento en que como apunta el profesor Robert Dahl (2000) en todas las organizaciones humanas hay claramente variaciones significativas en la participación en las decisiones políticas, cobran un protagonismo notable las élites políticas al ocupar en las instituciones sociales posiciones de poder o influencia. Es importante analizar el poder real que tienen, pues el ostentar cargos como miembros del poder ejecutivo o miembros de las ejecutivas de los principales partidos políticos, les brinda una notable posición en todos los ámbitos de la cultural, la económica y la política. Esta situación, sin embargo, hará que la idea de la representación y la participación de la ciudadanía puedan verse menguada. La poliarquía puede por esto ser criticada en virtud del hecho de encontrarnos en un sistema pluralista competitivo en el que es importante hallar reglas consensuadas de negociación de los intereses de los diferentes grupos que políticamente entren en conflicto y así evitar que los intereses de una élite mermen los intereses generales por ser exigencia democrática la igualdad en el voto, la participación popular en las deliberaciones y la elección y el control efectivo sobre el gobierno y la administración pública.

Para preservar la igualdad y para que la representación sea clave en nuestra democracia, cabe mencionar defectos estructurales de todo modelo democrático pluralista que será preciso controlar severa y eficazmente para evitar su deslizamiento hacia un sistema oligárquico: a) la estabilización de las desigualdades sociales; b) la deformación de la conciencia cívica; c) la distorsión de la agenda pública; y d) la usurpación del control final sobre la



política. Así Dahl hará de la libertad de expresión y el acceso a fuentes de información alternativas elementos para llegar a objetivos democráticos, junto a la participación ciudadana en los juicios colectivos en la comunicación política entre ciudadanos y el sistema político.

El comportamiento del representante y el control al que someterlo permite considerar que el pluralismo democrático proporciona la base ideológica y los mecanismos institucionales para ello siendo los partidos los depositarios del mandato recibido. Este hecho confirma la existencia de límites, manifestando la profesora Pitkin (1985) que debe reconocerse *“restricciones a las ideas de representación desde el momento en que las decisiones del representante no serán confirmados por el representado, pues son decisiones tomadas según el criterio propio del elegido”*. Esta circunstancia nos conduce a que no se trate de sentirse representado en cada decisión tomada sino de matizar las decisiones a través de mecanismo de información y participación ciudadana. Y por eso que deba el representante comportarse en interés de los representados, siendo receptivos a los intereses y demandas de los ciudadanos, pero sin considerarlos simples sujetos pasivos, sino sujetos que toman sus propias decisiones y estando sometidos a la rendición de cuentas y control vía elecciones, referéndum, responsabilidad, transparencia, publicidad normativa...). El proceder del elegido se mantiene libre en el actuar, pero sin estar distante y menos contra las pretensiones de quienes le eligen pues, de lo contrario, sería insostenible decir que éstos están representados a través de su comportamiento o decisiones. Existe no obstante un peligro justificado por el tamaño de nuestras sociedades y es que el elegido deba tener una constante condición de capacidad de respuesta. De ahí la importancia de que la representación se deba centrar en el control de su gestión para promover los intereses de aquellos a quienes se representa y materializar que los políticos elegidos sean los que den efectividad al derecho de estos últimos a participar en los asuntos públicos.

Continúa Pitkin analizando la representación política como un concepto “multidimensional” encontrando distintas variaciones: la representación como autorización; simbólica; descriptiva como autoridad; y la acción en interés de alguien que no puede o no desea actuar personalmente. En definitiva, a pesar de la existencia de autores que desde la perspectiva jurídica niegan la existencia de verdadera representación, o que la misma existe sólo en el ámbito del derecho privado, el profesor Sartori (1999:25) optará porque *“aunque la representación política es una versión debilitada de su concepto originario, persisten aún suficientes analogías. Aunque en el ámbito de la política el representante no tiene un mandato principal concreto y perfectamente identificable, la “representación electiva” trae ciertamente consigo: a) receptividad, los parlamentarios escuchan a su electorado y ceden a sus demandas, b) rendición de cuentas, los parlamentarios han de responder, aunque difusamente, de sus actos, y c) posibilidad de destitución, si bien únicamente en momentos determinados, por ejemplo, mediante un castigo electoral”*.

### **3.3.- La construcción del discurso público por los medios de comunicación y la personalización en la política.**

La democracia mediática enmarcada en una sociedad teledirigida nos lleva a estar inmersos en un ambiente de permanente aplicación del mensaje político a través de los distintos medios de comunicación de una manera sistemática, lo que puede hacer que entre en contradicción con la autonomía de los ciudadanos, cuya realidad hoy es aún más compleja por el hecho de ser los medios de comunicación los protagonistas de la nueva sociedad; así podemos comprobar cómo las redes sociales son actualmente portadoras de inmediatas noticias de la actualidad estando además al alcance de la mayoría de la ciudadanía. Por las funciones que cumplen, los medios están en la elaboración del discurso político pero con el peligro de quedar perturbada la interconexión entre comunicación y política con el electorado al añadirse al discurso político finalidades y peculiaridades ideológicas. Circunstancia que modifica inmediatamente primero la idea de la representación política y a continuación el propio sistema democrático, al convertirse los medios en el factor determinante con su contenido del devenir político.

La realidad actual muestra el uso de las TIC por la ciudadanía no queda al margen de su uso por los representantes de la sociedad desde la tenencia de páginas web personales, cuentas de Twitter ... produciéndose una interrelación entre las funciones a desarrollar y su pertenencia a determinadas instituciones públicas en un ciberespacio que según el profesor Cotarelo (2012:6) hace que *"la interrelación significa que las funciones y roles que individuos e instituciones cumplen en la realidad convencional, se trasladan a la digital pero con un grado de interpenetración de que la otra carece. En principio, el ciberespacio presenta la misma división de la realidad entre el ámbito público (el Estado) y el privado (la sociedad civil)"*.

El papel de los medios es determinante para conformar la opinión del votante. Así, según Manin: *"la forma de gobierno representativo que ahora está emergiendo se caracteriza, por lo tanto, por tener un nuevo protagonista en la discusión pública, el votante flotante, y un nuevo foro, los medios de comunicación"*. Papel de los medios que ha provocado el cambio del gobierno representativo hacia la democracia de audiencia pues es el líder, el elemento fundamental del proceso político en esta democracia de audiencia.

El modelo electoral y la presencia de los medios de comunicación en el sistema representativo permiten analizar la realidad democrática social y política actual impregnada de las nuevas tecnologías de la información, para ver cómo se conducen las políticas públicas mediante el uso inmediato de estas tecnologías, del dominio sobre el poder, de los medios de comunicación al servicio de la política, creándose una democracia de audiencia en la que el electorado aparece cargado de imágenes y mensajes bombardeados por los medios de comunicación y creándose una agenda de la política por los propios

medios. De ahí la existencia de una especie de negociación a la hora de materializar una política pública entre el poder político y los medios de comunicación, grandes corporaciones empresariales, resultando que aquella está lejos de acercarse a la pretensión de la ciudadanía. Democracia de audiencia que hace que se dé una fuerte distancia entre el electorado y el partido político por su falta de identificación con las ideas del partido; menor conexión con su ideario y programa electoral que lleva al votante a decidir su voto en función de otros criterios reconducidos por los medios y centrado en la personalidad del líder, encontrándonos lejos del sistema representativo real y alejado de una auténtica democracia, pues si por una parte el mecanismo de celebración de las elecciones permite que todo el pueblo vote, este ejercicio debe ser libre y objetivo y los medios ser sólo transmisores de informaciones veraces. Información que no se logra cuando existe una trabazón entre los medios de comunicación, los electores y los partidos políticos, que en gran medida se debe a que los actuales medios se constituyen en grandes corporaciones empresariales con intereses interconectados con el de los dirigentes, canalizando cada uno sus dinámicas y programas de actuación interconectada para el logro electoral y utilizando para ello cualquiera mecanismo de actuación mediática para mantener una relación inmediata, gracias actualmente a Internet, con el electorado junto a la pretensión del partido político y presentado al votante con las características personales mediante la televisión y la radio, para erigirse "personajes mediáticos" a lo que contribuirá el trabajo de los expertos en comunicación canalizando sus objetivos hacia el voto a través del elector.

#### **4.- CAMBIOS EN EL SISTEMA POLÍTICO: DEL PARLAMENTARISMO A LA DEMOCRACIA DE AUDIENCIA.**

Aunque los medios de comunicación cumplen un papel esencial en el mantenimiento y realización del sistema democrático mediante la transmisión de la realidad y facilitan la transparencia del ejercicio político, en ocasiones, su mala praxis en el uso de la libertad informativa puede llevar a que los partidos políticos hagan uso inmediato de los medios en la competencia electoral de expresiones del tipo: manifestaciones, peticiones, campañas de prensa, haciendo que los medios, especialmente la prensa y hoy las Tics, estén ligadas ideológicamente a los partidos.

En un modelo de democrático de masas, la hora de elección de los representantes se caracteriza por no existir una inmediatez entre ambas partes, los votantes forman un electorado masificado y quienes dirigen el partido forman una especie de élite, lo que se aprovecha por los partidos para intentar ser instrumento que movilice al electorado e impedir que haya una relación directa entre el votante y su representante, los cuales reciben el voto en cuanto forman parte de un aparato de partido nutrido de sus militantes.

Si el parlamentarismo se define porque la elección de representantes

lleva consigo la confianza en el elegido, están presentes relaciones de cercanía e intereses comunes, otorgando una autonomía al representante pues éste decidirá siguiendo su exclusivo criterio; además en cuanto al juicio mediante discusión es en la sede parlamentaria donde nace la opinión del ciudadano y son adoptados los acuerdos por sistema mayoritario mediante el argumento. Finalmente la libertad de opinión pública se manifiesta fuera del parlamento lo que habilita el contacto entre los representantes y los votantes electores limitando la arbitrariedad en la actuación de los elegidos.

En la Democracia de partidos, las características que encontramos son: En la elección de los representantes no existe una relación directa entre representantes y electores, debido al carácter masivo del electorado, de manera que los partidos tienen por función movilizar a este electorado convirtiéndose en redes de militantes, diferenciándose por clases según distintos intereses sociales a los que pretenden llegar, y resultando ser un nuevo tipo de élites. Además por lo que hace a la autonomía de los representantes, ésta es parcial pues el representante no vota según su criterio personal al existir una estricta disciplina de voto en el parlamento y control de los diputados por el aparato. La libertad de opinión pública que supone que los partidos crearán expresiones de la opinión pública en forma de peticiones, campañas de prensa ... una vez que los medios de comunicación se vinculan al partido. *“Los ciudadanos bien informados, los más interesados en política y los líderes de opinión obtienen sus informaciones de la prensa con opinión política, se construye la estabilidad de las opiniones políticas”* dice Manin, y el juicio mediante discusión que supondrá que el Parlamento no es centro de deliberaciones improvisadas sino que previamente son adoptadas en el seno de los partidos; determinaciones que se expresarán en las sesiones plenarias parlamentarias resultando ser en el partido donde se discute y toma la decisión luego es trasladada a la sesión parlamentaria.

Nace una vez considerada esta realidad, la existencia de una crisis en la idea primaria de la representación en el sistema político, hallándose razones como la elección de los representantes basada en su persona, un sistema de una votación al partido, cuando deberían ser elegidos por la confianza que el representante inspira al representado. Esta realidad presenta problemas, por cuanto los partidos, al no poder hacer efectiva todo lo prometido pierden sus referentes en la ciudadanía y no pueden hacer otra cosa que lograr un sostén más difuso y amplio que dará lugar a los partidos “atrapalotodo”, sin contenido ideológico concreto, que se dirigen a una población sin fidelidad a un partido.

Así finalmente cuando nos encontramos ante un sistema de votación en el que se produce una vinculación a la fidelidad, a una siglas de partido, vinculado por pertenecer a una determinada clase social, la realidad es una democracia de partidos o el modelo de masas, donde la toma de las decisiones políticas cristalizan tras negociaciones entre partidos y que brinda al partido la realidad de una tremenda libertad de actuación gracias a la cobertura de fidelidad al mismo a la hora de su elección, coincidiendo la opinión pública y la

expresión electoral.

Este sistema parlamentario hoy da paso a una democracia de audiencia pues estando en una sociedad impregnada de las nuevas tecnologías de la información, tras comprobarse que las políticas públicas se canalizan y proyectan a la ciudadanía mediante el uso de las tecnologías, empleando los medios de comunicación al servicio de la política y creando una realidad informativa en la que se produce un "bombardeo" comunicativo sobre el electorado, cargándole de imágenes y mensajes.

En esta realidad los políticos son comunicadores que necesitan persuadir a los electores de que son la mejor opción para gobernar centrando en toda su comunicación su actividad política hasta el punto de que como asegura Yanes Mesa (2007:357) *"sin comunicación, no hay acción política válida. De poco sirven los programas electorales y los planteamientos ideológicos si no se es capaz de transmitirlos con credibilidad a la ciudadanía"*. Una realidad mediatizada que nos han llevado a considerar los efectos que los medios de comunicación social actuales están provocando en elementos del sistema representativo, en particular el carácter instrumental de los medios hacia el poder político, el desarrollo del nuevo espacio público, la función y presencia de los partidos políticos y su legitimidad y la relación del Estado y la ciudadanía.

En ese tipo de democracia, si bien los medios de comunicación haciendo realidad el derecho democrático a una información veraz y objetiva del que somos titulares los ciudadanos, deberían mantenerse neutrales, la realidad demuestra que son sus intereses privados los que les lleva a crear "distorsiones y prejuicios" y esto hace que exista grupos mediáticos de carácter partidista que se pueden distinguir fácilmente en cualquier sociedad, lo que no es sino una tergiversación de los derechos a la representación democrática y al de información y con ellos al de participación, pues si bien es cierto que cada ciudadano tiene o debería tener, sus propias opiniones, afirmando el profesor Manin que *"la expresión electoral y no electoral del pueblo sobre las cuestiones del día puede no coincidir"*.

En la Democracia de audiencia en la que abundan los sondeos de opinión por no coincidir la percepción de los asuntos públicos y el mensaje electoral aparece como nuevo foro de discusión el que se produce en los medios pues el debate político no está centralizado en sede parlamentaria; la presencia de la élite política y mediática, busca el voto de la ciudadanía y su opinión de manera teledirigida. Los medios buscan la mayor audiencia empleando mecanismos como: enfatizar un conflicto; delimitar el análisis del mensaje en un caso particular no en ideas abstractas; personalizar las noticias en representación de una institución frente a ideas que son difíciles de visualizar... haciendo noticias más interesantes y atractivas para las audiencias (Swanson, 1995:13-14).



## 5.- CONCLUSIÓN.

Todo sistema representativo descansa en el elemento de la confianza que los electores tienen en ver que las promesas electorales sean respetadas por los gobernantes, pues su ausencia llevará consigo una amenaza hacia la legitimidad por el gobierno elegido (Ayala Sánchez, 2012). Resultando necesario para sustentar la democracia moderna el cuidado de los medios de comunicación en su función informativa velando por el respeto de los derechos y libertades de toda la ciudadanía.

En definitiva asistimos hoy pues a un cambio de la democracia parlamentaria a una democracia de audiencia en las que los sujetos principales, los partidos políticos, centran parte sino toda, su maquinaria en el control de los medios de comunicación, por ser los partidos estructuras jerárquicas cuya clave es la búsqueda del voto, permanente actuación en la dimensión electoral, lo que genera, cada vez con mayor convicción ciudadana, la necesaria presencia en la sociedad de la participación directa en la vida social, cultural y política principalmente en forma de movimientos sociales (Tarrow, 2011).

Este fenómeno de los medios de comunicación junto al espacio público que han conseguido, nos conduce a repensar su papel, cuáles son las relaciones entre representante y representado, cómo se desarrollan en el campo de la política y cual su fiscalización por encontrarnos ante una suerte de metamorfosis de los vínculos de representación.

La era de las nuevas tecnologías aplicadas al ámbito de la participación indirecta permiten garantizar una mayor transparencia de la gestión pública, que tan necesaria es en la actualidad, mediante la formas de una "e-participación". Así, empleando las emisiones por Internet, los gobiernos pueden suministrar a los ciudadanos información más completa acerca de sus actividades y ofrecerles más oportunidades de observar el proceso de toma de decisiones; una mayor transparencia de su gestión, no quedando silenciadas las aspiraciones ciudadanas sino que gracias a las redes social y la interconexión con que hoy se vive en el mundo, en una "sociedad-red" (Castells,2005) se alcancen cotas de libertad e igualdad reales materializando objetivos con la implantación y desarrollo de una administración electrónica que logre la mejora de los servicios públicos modificando e innovando las formas de gestión y ejecutando nuevas habilidades de comunicación.

Por tanto siendo la acción de los medios de comunicación uno de los componentes claves de la acción política, debe destacarse el papel que juegan de conexión, información y comunicación entre electores y partidos políticos. La situación de estos partidos políticos y los ciudadanos en una democracia mediatizada por los medios de comunicación, se tiene que unir con los derechos de participación y de sufragio activo y pasivo pues los representantes

son los que dan efectividad al derecho de estos últimos a participar en los asuntos públicos.

Este hecho se enmarca en la interacción que la sociedad mediática establece entre la política, la comunicación política, el sistema democrático y la libertad de la ciudadanía, realidades que hoy han de convivir y deben integrarse para mantener el sistema democrático y todos los derechos que el mismo reconoce: libertad de información y libertades individuales.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

Aguilera de Prat, Cesáreo (1990): "Problemas de la Democracia y de los Partidos en el Estado Social", Madrid, *Revista de Estudios Políticos*, 67:93-123.

Ayala Sánchez, Alfonso (Comp.). (2012): "Democracia en la era digital". México: Universidad Nacional Autónoma.

Almond Gabriel y Verba Sidney (1963). "The civic culture", Princeton University Press, Princeton.

Becker, Ted (1981): "Teledemocracy. Bringing power back to the people". The Futurist.

Castells Oliván, Manuel (2005): "La era de la información (Vol.I). Economía, Sociedad y Cultura. La Sociedad Red". Madrid: Ed. Alianza.

Cotarelo García, Ramón (2012): "La dialéctica de lo público, lo privado y lo secreto en la ciberpolítica", Madrid, *Mas poder local*, 12:4-12.

Chueca Rodríguez, Ricardo (2003-2004): "Veinticinco años de representación política" Madrid, *Revista de Derecho Político de la UNED*, 58-59:75-93.

Dahl, Robert (2000): "La democracia y sus críticos". Barcelona: Ed. Paidós.

Manin, Bernard (1998): "Los principios del gobierno representativo". Madrid: Ed. Alianza.

Martínez Sospedra, Manuel (2001): "La jaula de Hierro .La posición del parlamentario en el Grupo", Valencia, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 10:161-188.

Mínguez Vela, Andrés (1999): "La otra comunicación. Comunicación no verbal", Madrid: Ed. Esic.

Morán, M<sup>a</sup> Luz (1996): "Sociedad, cultura y política: continuidad y novedad en el análisis cultural", Madrid, *Zona abierta*, 77-78:1-30.

Pitkin, Hanna Fenichel (1985): "El concepto de representación", (trad. Montoro Romero, Ricardo.), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Sartori, Giovanni (1999): "En defensa de la Representación Política", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, 91: 21-34.

Sartori, Giovanni (1998): "Homo videns: La sociedad teledirigida". Madrid: Taurus.

Sánchez Agesta, Luis (1960): "Gobierno y Responsabilidad", *Revista de Estudios Políticos*, 113-114: 35-66.

Swanson, David (1995): "El campo de la comunicación política. La democracia centrada en los medios", en Muñoz-Alonso y Rospir (editores): *Comunicación Política*. Madrid: Editorial Universitas.

Tarrow, Sidney (2011), "El Poder en Movimiento" ,3ª edición, Madrid, Ed. Alianza.

Vallespín, Fernando (2000): "La crisis del espacio público", *Revista Española de Ciencia Política*, 3:77-95.

Yanes Mesa, Rafael (2007): "La comunicación política y los nuevos medios de comunicación personalizada", *Ámbitos*, 16: 355-365.

# ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA CULTURA? BUSCANDO UNA RESPUESTA A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES\*

Juan Pablo Lionetti de Zorzi

Abogado

Departamento de Filosofía del Derecho  
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires  
jp\_ldz@yahoo.com.ar; jlionettidezorzi@derecho.uba.ar

**RESUMEN:** Es común escuchar que la falta de desarrollo económico de los países de Latinoamérica se debe a un problema cultural. Sin embargo, vemos que se la promueve y fomenta. Es entonces que surgen preguntas como: ¿Puede la cultura ser algo contraproducente? ¿Puede haber una cultura errada? ¿Qué es la cultura? En éste trabajo intentaremos dar respuestas a dichas preguntas.

**ABSTRACT:** *We often hear that the lacks of economic development in Latin American countries are due to a cultural problem. However, we see that it promotes and encourages. It is then that questions arise as: Can culture be counterproductive? Can there be a wrong culture? What is culture? This paper attempts to answer these questions.*

**PALABRAS CLAVE:** cultura, arte, derecho, expresión, valores.

**KEY WORDS:** *culture, art, right, expression, values.*

**Fecha de recepción:** 12 de mayo de 2014.

**Fecha de aceptación:** 4 de noviembre de 2014.

## 1. INTRODUCCIÓN

Muchas veces la vorágine de la profesión nos impide tener un minuto para detenernos a pensar acerca de lo que hacemos el día a día. Así por ejemplo, hay postgrados, especializaciones, tratados y fueros enteros abocados al derecho de daños. Sin embargo, no se sabe con exactitud que es. De ese modo el concepto de "daño" puede tener distintas acepciones a saber:

- A.- La violación a la norma que reconoce el derecho subjetivo.
- B.- La lesión a un derecho subjetivo.
- C.- La violación a un interés.
- D.- La acción ofensiva que disminuye un bien o con alcance menoscabo a un bien.
- F.- La lesión a un interés y sus repercusiones.
- G.- El valor a la pérdida sufrida<sup>1</sup>.

---

\* Cabe un especial agradecimiento a: Eliana Santanatoglia por su iniciativa, a Paula Siverino Bavio y a Miguel Ángel Sardegna (h), por disimular y corregir mis errores. Cualquier defecto, omisión o error, es exclusiva responsabilidad del autor.

Lo mismo sucede en otras cuestiones. De ese modo en Argentina hemos escuchado hasta el cansancio que el mayor obstáculo que dificulta su desarrollo económico es su cultura. Sin embargo, vemos que en innumerables textos normativos se la destaca, promueve y se fomenta. Eso nos pone en un difícil dilema toda vez que, si el problema de la población argentina es que tiene una, por llamarla de alguna manera, "cultura poco constructiva" y el Derecho fomenta la cultura entonces estamos en un círculo vicioso. Si el origen del problema del país se debe a que tiene una cultura indeseada y tenemos leyes que la fomenten, entonces a través del sistema jurídico se están incrementando más obstáculos para el desarrollo.

De ahí se origina el siguiente planteo ¿Puede la cultura ser algo contraproducente? De donde surge la pregunta obligada ¿Qué es la cultura?

Hablamos de ella, la valoramos, ponderamos y exaltamos pero rara vez la definimos. En ese ámbito pareciera que la cultura es uno de los tópicos de los que más se habla y menos se estudia.

En ese orden de ideas vemos que los derechos culturales forman parte de lo que se denomina derechos humanos de segunda generación.

Con las Revoluciones del S. XVIII y XIX aparece el reconocimiento de una visión distinta del hombre, la de los derechos civiles y políticos. Aparecen entonces las democracias parlamentarias en Europa y las Primeras Constituciones en América, influenciadas por la corriente liberal característica de aquella época que traía consigo la tradición del Derecho Romano, las Iglesias Cristianas, la Ilustración y el Humanismo Renacentista.

Todo ello sirvió de plataforma para el reconocimiento de una categoría más amplia de derechos de las personas, que dieron sus primeros llamados de atención en las Constituciones de Weimar y de los Estados Unidos Mexicanos. Finalmente en 1948, por medio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, quedaron definitivamente plasmados los nuevos derechos: económicos, sociales y culturales.

A partir de ese momento, y hasta nuestros días, distintos instrumentos internacionales dieron forma a los derechos culturales. Luego de sesenta años de Tratados Internacionales, se puede decir que el derecho a la cultura descansa sobre tres pilares, a saber:

---

<sup>1</sup> Ver ECHEVESTI, C., "El Lenguaje y la Ciencia Jurídica del daño", en *La Responsabilidad, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, pp. 73/86.



- a) Participar de la vida cultural (Declaración Americana, Declaración Universal, Protocolo de San Salvador, Carta Africana).
- b) Gozar de las artes (Declaración Universal, Declaración Americana).
- c) Disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales, científicos y tecnológicos (Declaración Americana, Declaración Universal, Protocolo de San Salvador).

Ahora bien, tras todo lo expuesto ¿Cómo puedo participar de la vida cultural si no sé que es la cultura? O mejor dicho ¿Cómo exigir y hacer valer mi derecho a la cultura si no se qué debo exigir?

Y no solo el ciudadano tiene esa necesidad. El Estado también debe saber qué aspectos de la vida humana debe ponderar bajo el término cultura toda vez que: "Sin objetivos culturales claros y precisos no es, tampoco, posible llevar adelante ningún modelo de calidad total. Porque el crecimiento económico debe impulsarse a partir del crecimiento cultural. Esto no se discute en ninguna parte del mundo"<sup>2</sup>.

Es así que tomamos como referencia el Art. 32 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires toda vez que es la última Carta Magna constituida en la Argentina<sup>3</sup>, lo que nos otorga mayores bancos de información que una alejada en el tiempo.

### **1.1.- Concordancia con la Constitución Nacional Argentina**

A raíz de la reforma de la Constitución Argentina de 1994 algunos Tratados Internacionales poseen actualmente Jerarquía Constitucional. Es en ese plexo normativo, y su análisis, en donde se originó la búsqueda.

En general la doctrina ha sido bastante homogénea en lo concerniente a la concordancia entre el Art. 32 de la CCABA<sup>4</sup> y la C.N.A.<sup>5</sup> a ese nivel y las diferencias al respecto son mínimas.

---

<sup>2</sup> Ver QUIROGA LAVIÉ, H., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, pág. 108.

<sup>3</sup> Al respecto cabe hacer una pequeña explicación. La ciudad de Buenos Aires es la capital de la Nación Argentina. Se encuentra, geográficamente, dentro de la Provincia de Buenos Aires. Tiene una extensión de 200 kilómetros cuadrados y una población cercana a los 3 millones de habitantes. Históricamente la Ciudad se denominaba Capital Federal y su intendente era designado por el Presidente de la Nación como el resto de los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional. En 1996 se llevo a cabo una asamblea constituyente. Se aprobó una constitución y, a partir de allí, paso a ser uno de los ejemplos modernos de lo que los griegos llamaban "Ciudad Estado". Ello se debe a que cuando se llevo a cabo la reforma de la Constitución de la Nación en 1994 se le otorgó a la Ciudad potestades de Provincia. Pasó entonces a tener su propia legislatura, leyes y códigos. Su propia justicia y policía. Paso de llamarse Capital Federal (Cap. Fed.) a llamarse Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A.). Paso de tener un Intendente designado por el presidente a tener un Jefe de Gobierno elegido por voto democrático. Si bien aún no ha concluido el traspaso de competencias de la Nación a la Ciudad, año a año su autonomía va creciendo.

<sup>4</sup> Por CCABA., léase Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Convencional Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires Lubertino, en su discurso referente al artículo citado hace referencia a la concordancia con el art. 75 de la C.N.A., en su inc. 19 y los Tratados citados en el inc. 22<sup>6</sup>. Dicha concepción fue más tarde compartida por López Alfonsín (en lo referente al inc. 22), para quien también tiene concordancia el inc. 17 de ese artículo, y Sabsa y (en lo referente al inc. 19)<sup>7</sup>.

Para López Alfonsín también habría concordancia con el art. 33 de la C.N.A.<sup>8</sup>. Por último la Convencional Lubertino hace referencia al art. 125 de la C.N.A. para la inclusión del art. 32 en la CABA.

Pero a pesar de ello en ningún caso se define el concepto ni se lo analiza.

## 2. ANÁLISIS INDIVIDUAL

Por todo lo expuesto no se vislumbra otra alternativa que analizar punto por punto los conceptos vertidos. En ese sentido el Art. 32 de la C.C.A.B.A. establece:

“Artículo 32: La ciudad distingue y promueve todas las actividades creadoras. Garantiza la democracia cultural; asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura; facilita el acceso a los bienes culturales; fomenta el desarrollo de las industrias culturales del país; propicia el intercambio; ejerce la defensa activa del idioma nacional; crea y preserva espacios; propicia la superación de las barreras comunicacionales; impulsa la formación artística y artesanal; promueve la capacitación profesional de los agentes culturales; procura la calidad y jerarquía de las producciones artísticas e incentiva la actividad de los artistas nacionales; protege y difunde las manifestaciones de la cultura popular; contempla la participación de los creadores y trabajadores y sus entidades, en el diseño y la evaluación de las políticas; protege y difunde su identidad pluralista y multiétnica y sus tradiciones.

Esta Constitución garantiza la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios”.

---

<sup>5</sup> Por C.N.A., léase Constitución de la Nación Argentina.

<sup>6</sup> Del discurso pronunciado por la Sra. Convencional Constituyente Lubertino el día 3/9/96. Ver *Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires. Actas 1*, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de Cap. Fed, Bs. As., 2003, p. 572.

<sup>7</sup> Ver SABSAY, D. A. y ONAINDIA, J. M., *La Constitución de los Porteños*, Ed. Errepar, Bs. As., 1997, p. 94.

<sup>8</sup> Ver LÓPEZ ALFONSIN, M., *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada*, Ed. Estudio, Bs. As., 1997.

Ahora bien, la gran cantidad de conceptos que se ven involucrados obliga arrojar cierta luz a fin de poder determinar el alcance real del texto legal. Para ello iremos parte por parte y comenzaremos por el principio

## 2.1.- Concepto

El significado del término cultura tuvo ciertas modificaciones a lo largo del tiempo. Si bien por un lado se considera que Platón fue el primero en hacer una referencia a la cultura<sup>9</sup> fue Tulio Marco Cicerón quien la nombra expresamente al decir:

*“Cultura autem animi philosophia est; haec extrahit vitia radicitus et praeparat animos ad satus accipiendos eaque mandat eis et, ut ita dicam, serit, quae adulta fructus uberrimos ferant”<sup>10</sup>.*

Como vemos, su origen proviene de la actividad del cultivo agrícola: granos, alimentación del ganado, etc. Con el tiempo, se aplicó al cultivo de la mente y más tarde, también, al del espíritu.

Bestard<sup>11</sup> nos recuerda que la raíz latina de “cultura” proviene de “colere”. Palabra base de “colonus”, que representa habitar, proteger, etc., y del término religioso “culto”.

De ese modo, el modelo latino de cultura se mantuvo indemne hasta el S.XVIII en donde en Francia, considerada la cuna de la cultura en ese momento, comienza a percibirse a la cultura como el estado de la mente cultivada por la instrucción. Esa percepción se expande por toda Europa: Madrid, Lisboa, San Petersburgo, Amsterdam, etc. Todas ciudades cosmopolitas. Lo que provoca la idea de que el progreso nace de la instrucción, es decir de la cultura. Todo ello motivo a que de a poco se asemejara la cultura a la civilización. Hasta que en Alemania se produce el quiebre. La capa intelectual alemana reprocha a los príncipes alemanes su poco interés en las artes y que pasan todo su tiempo ensayando el ceremonial de la corte.

---

<sup>9</sup> A través del personaje Calicles hace un planteo acerca de la diferencia entre lo que es la ley natural y las convenciones humanas, entre la costumbres y la Ley. Ver PLATÓN. *Gorgias*, punto 482d/486d [ref. 27/10/2014] en [http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca\\_digital/libros/P/Platon%20-%20Gorgias.pdf](http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros/P/Platon%20-%20Gorgias.pdf). Al respecto uno de los autores que mantiene la visión de Platón es Eagleton: “... la cultura sugiere una dialéctica entre lo artificial y lo natural, entre lo que hacemos al mundo y lo que el mundo nos hace a nosotros. Ver EAGLETON, T. *La idea de cultura*, (traducido por Ramón José del Castillo), Ed. Paidós, Barcelona, 2001, pp. 13/14.

<sup>10</sup> “...el cultivo del alma es la filosofía; ella extirpa los vicios de raíz, prepara las almas para recibir las semillas, se las confía y, por decirlo así, siembra unas semillas que, cuando se han desarrollado, producen frutos ubérrimos”. Ver CICERÓN, T.M. *Disputas Tusculanas* (traducido por Alberto Medina González), Ed. Gredos, Madrid, 2005, Libro II, punto 13, p. 214.

<sup>11</sup> Ver BESTARD, A. M., “Cultura y Constitución”, *Revista Jurídica Argentina LA LEY*, Thomson Reuters, Tomo 2005 - F, p. 1079.

Llegando así a la conclusión que, la nobleza de la corte, aunque civilizada, carece de cultura<sup>12</sup>. En ese contexto, de a poco se fue aproximando a todo aquello que le brinda identidad a una nación.

Por todo ello, encontramos que se llama cultura a: "... los refinamientos, las formas espiritualizadas de la vida y los resultados de los trabajos internos y externos a ella"<sup>13</sup>, "...los artefactos, bienes, procedimientos técnicos, ideas, hábitos y valores heredados"<sup>14</sup>, "el conjunto de valores, costumbres, creencias y prácticas que constituyen la forma de vida de un grupo específico"<sup>15</sup>, "sistema de símbolos, significados y normas, transmitido históricamente"<sup>16</sup>, "... la suma de aspectos, situaciones y valores, que forman un pensamiento o percepción generalizado de vida, resultado de la experiencia de la convivencia colectiva de una comunidad"<sup>17</sup>, "... aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad"<sup>18</sup>, "...la clase de las cosas y acontecimientos que dependen del simbolizar, en cuanto son consideradas en un contexto extrasomático"<sup>19</sup>.

Ahora bien, tras todo lo expuesto se deducen dos conclusiones. La primera que puede verse cierta ambigüedad con respecto al término. Es decir, que el vocablo puede utilizarse en dos sentidos distintos.

Por ello algunos consideran que, desde el punto de vista colectivo, hablar de cultura presupone dos conceptos: "uno, que reenvía a bienes y valores; otro, que destaca el protagonismo de los grupos como actores sociales"<sup>20</sup>.

---

<sup>12</sup> Ver CUCHE, D. *La noción de cultura en las ciencias sociales* (1º edición en francés. 1966, traducido por Manuel Manríquez Díaz), Ed. Nueva Visión, Bs. As., 2004, pp. 11/18.

<sup>13</sup> Ver SIMMEL, G., *Filosofía del Dinero*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, p. 560. Citado por CIPRIANI, R., *Manual de Sociología de la Religión*. Siglo veintiún editores, Bs. As., 2004, p. 77.

<sup>14</sup> Ver MALINOWSKI, B. K., "La cultura" (1931) en *El concepto de cultura: textos fundamentales* (J.S. Kahn copilador, traducido por Antonio Desmots), Ed. Anagrama, Barcelona, 1975, p. 83.

<sup>15</sup> Ver EAGLETON, T. *La idea de cultura*, cit., p 58.

<sup>16</sup> Ver COLLIER, M. J. *Cultural and intercultural communication competente*. En: *Internacional Journal of Intercultural Relations*, 1989, 13, pág. 295.

<sup>17</sup> Ver MONTENEGRO, Y. A., "Democracia, educación cívica y cultura: una reflexión sobre su interrelación", en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N°18, julio de 2013, p. 51, [02/03/2014] en <http://universitas.idhbc.es/n18/18-2.%20Yamile%20Montenegro%2041-58.pdf>

<sup>18</sup> Ver TYLOR, E.B. "La ciencia de la cultura" 1871 en *El concepto de cultura: textos fundamentales* (J.S. Kahn copilador, traducido por Antonio Desmots), Ed. Anagrama, Barcelona, 1975, p. 29.

<sup>19</sup> Ver WHITE, L.A. "El concepto de cultura" (1959) en *El concepto de cultura: textos fundamentales* (J.S. Kahn copilador, traducido por Manuel Uría), cit., p. 139.

<sup>20</sup> Ver BIDART CAMPOS, G. J., "¿Un federalismo cultural?", *Revista Jurisprudencia Argentina*, Volumen, 2004-III, Ed. Lexis Nexis, Bs. As. 2004, pág. 934.

La segunda conclusión es que, hay consenso en que el concepto de cultura abarca cuestiones como: creencias, valores, normas sociales, etc<sup>21</sup>. Tal como nos señala la UNESCO "Además de las artes y las letras, la cultura engloba los modos de vida, los derechos humanos fundamentales, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias"<sup>22</sup>.

En síntesis, se puede leer una concepción que hace referencia al fuero interno de la persona y otra que hace alusión a un fuero externo del ciudadano<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> "... la creencia religiosa es siempre el meollo de la civilización y la principal fuente de valores morales, se asocia estrechamente con todas las formas de organización, tanto en los más bajos como en los más altos niveles de cultura". Ver MALINOWSKI, B. K., *Magic, Science and Religion and Others Essays*, Free Press, Glencoe, 1948, pp. 230/231. Citado por CIPRIANI, R., *Manual de Sociología de la Religión*, cit., pág. 77.

<sup>22</sup> Ver *Declaración de México sobre las políticas culturales*, Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F. 26 de Julio- 6 de Agosto de 1982, [ref. 1/6/2006], pág. 1 en [http://portal.unesco.org/culture/es/file\\_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011\\_mexico\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011_mexico_sp.pdf).

<sup>23</sup> Al respecto cabe hacer una aclaración. Actualmente hay dos nociones de cultura bien diferenciadas: la normativa y la antropológica. La normativa percibe a la cultura como todo aquello valioso para la humanidad (arte, literatura, ciencias) y que, por lo tanto, se transmiten a lo largo del tiempo de generación en generación principalmente mediante un proceso educativo. La antropológica, en cambio, la asimila a los usos, costumbres y hábitos de cada sociedad. Nosotros, siguiendo con los lineamientos de las ciencias de la educación, distinguimos entre instrucción y educación. Educación es la formación que se recibe en el seno familiar (por favor, gracias, no robar, etc.), mientras que instrucción son los conocimientos que se reciben en los establecimientos educativos (matemática, literatura, geometría, historia, arte, etc.). Por eso, y siguiendo con ese razonamiento, un deporte que enseñe a respetar al rival, a obedecer los fallos del árbitro, a cumplir las reglas del deporte y a auto-superarse educa mucho más que una clase de física. Por lo tanto, y utilizando los mismos parámetros, no adherimos a la clasificación de normativa y antropológica. Así, una persona que terminó el liceo militar no es una persona con cultura militar normativa sino alguien que culminó su instrucción. A nuestro modo de ver una persona que tiene un doctorado en matemática no es una persona culta, como lo diría la noción normativa, sino una persona instruida. Y viceversa. Podemos encontrar una persona culta de muy baja instrucción toda vez que, con el solo hecho de saber leer y escribir le permite a uno ser autodidacta. Así por ejemplo Jorge Luis Borges nunca piso una universidad salvo como docente. Su nivel académico es el de secundario completo. Sin embargo ¿Se animaría alguien a negar que era una persona culta? Por lo tanto, la cultura va por otro carril. Asimismo, tampoco adherimos a la noción antropológica. Si la cultura son los hábitos y costumbres de cada sociedad entonces todas las personas de este planeta tienen cultura toda vez que, todas tenemos usos y costumbres arraigados ¿Se animaría el lector a afirmar que todas las personas de este planeta son cultas? Es por eso que pensamos que esas nociones no se condicen con la cultura. Por ello nuestra visión es por un lado más abierta y, al mismo tiempo, más restringida. Es más amplia porque incluyen intangibles como los valores y demás aspectos que elevan al ser humano a su mejor versión de sí. Pero es más restringida porque todo aquello que no favorezca al ser humano no será cultura. Es decir, la cultura puede estar en todo lo que hace el ser humano (costumbres, arte, etc.) lo que no significa que SIEMPRE lo esté. Una costumbre como respetar a los mayores puede ser una cuestión cultural. Pero no por el mero hecho de ser costumbre sino por otra característica la cual, precisamente, la transforma en cultura, la de elevarnos como seres humanos.



La UNESCO logró amalgamar dichas visiones cuando estableciendo la importancia de la cultura, durante la Conferencia Mundial sobre políticas culturales llevada a cabo en México en el año 1982, manifestó que: "la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden"<sup>24</sup>.

Una vez establecida la idea que engloba el término resta ahora compararlo con el texto normativo.

Con respecto al Art. 32 algunos consideran que: "... la cláusula es excesivamente programática, en una materia en la que podrían haberse incluido regulaciones concretas y directamente operativas..."<sup>25</sup>.

Si bien a primera vista podría vislumbrarse una "fuente espectáculo"<sup>26</sup>, a eso se debe agregar que no se encuentra referencia alguna a cuestiones relacionadas a sistemas de valores, creencias, etc.

Pero entonces: ¿Por qué no fueron plasmados por el constituyente?

Una posible explicación es que se trate de una fuente espectáculo o que se haya querido mantener una política de Estado separada de esas cuestiones. Algo que la doctrina entiende que se han sobrepasado, que no es laicismo lo que se propuso sino laicidad<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Ver *Declaración de México sobre las políticas culturales*, Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F. 26 de Julio- 6 de Agosto de 1982, [ref. 1/6/2006] en [http://portal.unesco.org/culture/es/file\\_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011\\_mexico\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011_mexico_sp.pdf).

<sup>25</sup> Ver SABSAY, D. A. y ONAINDIA, J. M., *La Constitución de los Porteños*, cit., pág. 95.

<sup>26</sup> Es un texto legal destinado a las apariencias, a las portadas de los diarios o los anuncios políticos pero que nunca fue pensado para ser aplicado. Haciendo nuestras las palabras de Chaumet, y buscando las razones, recordamos que: "Los móviles pueden ser múltiples y no se trata aquí de analizar la valoración política que ello supone. A veces los partidos políticos pueden coincidir sobre principios pero no sobre su desenvolvimiento normativo; otras, no se quiere empañar el efecto que para la sociedad, o para algún sector, tiene la invocación de determinados criterios que por diversas razones no se pretende en realidad implementar. Esto último puede obedecer a que no se los comparte, no existe acuerdo para su precisión, o sencillamente no se dispone de tiempo y calma para consagrarse a la labor técnica de la normación". Ver CHAUMET, M. E., *Reflexiones sobre la Implementación de la Decisión Judicial: El Caso de los Intereses Supraindividuales*. [ref. 2/02/2004], p. 15, <[http://www.derechoazul.org.ar/filosofia/documentos/17\\_chaumet.doc](http://www.derechoazul.org.ar/filosofia/documentos/17_chaumet.doc) >

<sup>27</sup> Ver GELLI, M. A., "Espacio público y religión en la Constitución Argentina. Laicismo y laicidad en una sociedad plural", *Revista Jurídica Argentina LA LEY*, Thomson Reuters, Tomo 2005-F-, p. 1397.

De ser esto último se estaría restando importancia a los sistemas valorativos, algo que no se condice con la C.N.A. toda vez que Juan Bautista Alberdi estableciera la importancia de dichas cuestiones a través del Art. 2º<sup>28</sup> de la C.N.A.<sup>29</sup>.

Agregando además que el culto es: "...el principal medio de mejorar la condición moral del pueblo argentino y de corregir el defecto que lo hace incapaz de libertad y de gobierno, a saber: el orgullo, el sentimiento exagerado de suficiencia, la susceptibilidad en sus habitantes, que no les permite admitir y respetar la verdad que desagrada, ya venga del Poder, ya de la libertad, ya la escuche un ciudadano de otro, ya la oiga como encargado del Poder. Esa disposición eterniza los odios políticos, porque el orgullo herido no ha aprendido a olvidar ni a desconfiar de sí"<sup>30</sup>.

Por lo tanto y si tomamos como referencia lo expresado por la UNESCO pareciera ser que hay tres posibilidades a saber:

1. El Art. 32 de la C.C.A.B.A. solo hace referencia a algunos bienes que componen la cultura pero no la cultura en su totalidad, lo que lo transformaría en un texto legal incompleto<sup>31</sup>.
2. Que sea una fuente espectáculo.
3. Que más allá de que en la forma se establece que ese artículo corresponde al capítulo referente a la cultura<sup>32</sup>, en lo sustancial no se está haciendo

---

<sup>28</sup> Juan Bautista Alberdi fue en encargado de redactar la Constitución Argentina de 1853 y en su Art. 2º (el cual se mantiene indemne hasta nuestros días) establece: El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano. Al respecto no se debe olvidar que, como se explico en páginas anteriores, la palabra cultura proviene de la palabra culto.

<sup>29</sup> La Constitución no es el único ámbito: "La cultura pues, es un asunto de autosuperación, pero también de autorrealización. Eleva al yo, pero también lo disciplina, uniendo lo estético y lo ascético. La naturaleza humana no es en absoluto lo mismo que un campo de remolacha, pero necesita ser cultivado como un campo; la palabra «cultura» nos transporta de lo natural a lo espiritual, y en esa medida sugiere una afinidad entre esos dos ámbitos. Somos seres culturales, pero también somos parte de la naturaleza sobre la que ejercemos nuestro trabajo". Ver EAGLETON, T. *La idea de cultura*, cit., p 19.

<sup>30</sup> Ver ALBERDI, J. B., *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Buenos Aires: Escuela de Educación Económica y Filosofía de la Libertad, 1979, p. 344.

<sup>31</sup> Al respecto es importante resaltar que, por excluir del texto legal toda referencia a valores, costumbres y creencias, no dejan de ser cultura. No debe olvidarse que: "La cultura no es una categoría intelectual estricta y está íntimamente ligada a la forma en que la gente hace las cosas. Los modelos culturales no son modelos de realidad sino que también son modelos de actuar en el mundo y de creación de la realidad social". Ver DE KATZ, F. M., "El conflicto y las diferencias culturales en el proceso de negociación", *Revista Jurídica Argentina LA LEY*, Thomson Reuters, Tomo 2000 -B, p. 1319. "Tanto en el campo político como en el religioso, en la empresa o cuando se trata de los inmigrantes, la cultura no se decreta. Ella no se manipula como una vulgar herramienta pues se origina en procesos extremadamente complejos y, con frecuencia, inconscientes". Ver CUCHE, D. *La noción de cultura en las ciencias sociales* (1ª edición en francés, 1966, traducido por Manuel Manríquez Díaz), Ed. Nueva Visión, Bs. As., 2004, p. 8.

<sup>32</sup> El Art. 32 corresponde al *Libro Segundo, Capítulo Sexto* titulado *Cultura*.

referencia a ella. Por tal motivo cabe la posibilidad de que bajo el nombre de "cultura" se esté haciendo referencia a otro derecho.

En ese orden de ideas nos inclinamos por esto último. Pero entonces ¿A qué concepto se está refiriendo realmente el Art. 32?

Podría estar asociada a las actividades artísticas y las actividades creadoras.

## **2.2.- Actividades creadoras: ¿Cultura o Arte?**

En ese orden de ideas, en el art. 32 aparece cinco veces la palabra "cultura" y sus derivados y cuatro, la palabra "arte" y sus derivados<sup>33</sup>.

Así la Licenciada Maronese (quien se desempeñó como Convencional Constituyente de dicha Norma), dijo en su discurso referente al artículo 32: "Vamos a votar un proyecto que sentará las bases para traducir en normas lo que es el rasgo característico y distintivo de la ciudad de Buenos Aires: su desarrollo artístico-cultural, para traducir luego en políticas la incentivación de la producción artística, su difusión, la preservación de su patrimonio histórico cultural, la educación artística..."<sup>34</sup>.

De ser así, de haber querido asemejar la cultura al arte, (y no al de modo de vida), se lo ha hecho desde un punto de vista particular. A modo de ejemplo es importante recordar que, si bien el arte es una actividad creadora no toda actividad creadora es arte, podría ser: kitsch, sensibilidad crítica, producto artístico, tic esnob, esteticismo, producto cultural, bovarismo, estilemas, fetiche, boldinismo, topoi, etc.<sup>35</sup> Esa confusión entre arte y creación probablemente se origine porque, la primera regla para ser considerado arte, es venderse como arte<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Al respecto cabe hacer una aclaración. Parte de la doctrina entiende: "... que el derecho a la cultura se divide en tres tipos generales de derechos culturales: a) el derecho a la creación; b) el derecho a la protección y difusión del patrimonio cultural; y c) el derecho al acceso a los bienes y servicios culturales". Ver DORANTES DÍAZ, F.J., "Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características, alcances y limitaciones" en *Alegatos, Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana*, Tº 85 (Septiembre-Diciembre 2013), Azcapotzalco, p. 857. Desde esa perspectiva podría entenderse que el Art. 32 hace referencia al derecho a la creación. Sin embargo, a nuestro entender esa visión de la cultura traducida en un texto normativo es limitada y estrecha.

<sup>34</sup> Si bien al comienzo de su discurso la Sra. Convencional Constituyente expresaba que "la cultura es todo el quehacer humano", en el resto de su discurso no se hace alusión a los valores. De lo que se deduce entonces, que los valores no forman parte del quehacer humano. Del discurso pronunciado por la Convencional Constituyente Leticia Maronese el día 3/9/96. Ver *Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires*. Actas 1, cit., p. 578.

<sup>35</sup> Recomendamos, para una leve aproximación al tema, ver ECO, H., *Apocalípticos e Integrados*, Ed. Debolsillo, Barcelona, 2004.

<sup>36</sup> Para una explicación más detallada, recomendamos leer el capítulo "Masscult/Midcult" en MACDONALD, D., *Against the American Grain*, Random House, New York, 1962.

De hecho, el adjetivo de artista no surge, ni siquiera por desempeñar una actividad relacionada al arte con gran maestría sino que muchas veces surge de autoproclamación. No obstante hay algo en el inconsciente de las personas que nos indica que no debe entenderse como arte.

Veamos un ejemplo, supongamos que nos encontramos ante dos mujeres. Ambas son actrices de cine. Una desarrolla su actividad como actriz dramática y otra como actriz pornográfica. A pesar que ambas, objetivamente, llevan a cabo la misma actividad la cual consiste en interpretar un papel (representar algo que no son), mediante la trasmisión de sensaciones (la primera aparentar una gran tristeza y la segunda un clímax sexual), por algún motivo una será considerada una artista y la otra no.

Así una actriz de cine puede ganar muchos premios de actuación, por su interpretación como actriz porno, y la verdadera actriz porno sobre la que se baso el papel no.

Todo ello significa que hay, aunque más no sea de manera intuitiva, una percepción generalizada, acerca de lo que es el arte.

Pero entonces ¿Qué es el arte?

Por lo pronto el arte es una traducción. El artista gracias a su talento plasma en su obra un mensaje de la realidad que el observador solo logra decodificarlo de un cuadro, escultura, edificio, etc. mientras que mediante la experiencia directa no nos es posible percibirlo. Al igual que un traductor de idiomas. Si escuchamos un idioma desconocido, por más que lo escuchemos directamente, no comprenderemos su mensaje pero si contamos con un traductor que transforme los sonidos en idioma extranjero en nuestra lengua entenderemos la información transmitida. En este caso y tal como decía Tolstói: "el arte es un órgano de la vida humana por medio del cual la percepción racional se convierte en el hombre en sentimiento".<sup>37</sup> Eso no significa que el artista es más sensible que los demás sino que su talento reside en su capacidad de traducir, en emitir cosas (directa u oblicuamente) que el común de la gente no sabe transmitir. Así por ejemplo un artista de la poesía sería aquel que logra poner en palabras, aquello que hubiéramos querido decir, pero que no encontrábamos la manera de contarlo.

De ello surge que su misión es el de enaltecer las cosas: "El arte tiene por objeto manifestar el carácter capital, alguna cualidad saliente y notable, un punto de vista importante, una manera de ser principal del objeto"<sup>38</sup>. Así un trozo de mármol esculpido por Miguel Ángel Buonarroti puede, sin dejar de ser

---

<sup>37</sup> Ver TOLSTÓI, L., *What is art?* Traducción de Aylmer Maude. World's Classics, Oxford University Press, New York. Citado por READ, H., "Arte y Vida" en "Aventuras de la mente", Libros centenario, Bs. As., 1964, p. 174.

<sup>38</sup> Ver TAINE, H., *Filosofía del Arte*. Joaquin Gil Editor, Bs. As., 1945, p. 40.

un trozo de mármol, transmitir algo más que su propio ser. Las palabras, sin dejar de ser abstracciones, pueden transmitir algo más que solo ideas.

Así, por ejemplo, "Nos sentamos frente a un cuadro para que éste nos haga algo, no para hacer algo nosotros de él. Lo primero que exige cualquier obra de arte es una entrega. Mirar. Escuchar. Recibir. Apartarse uno mismo del camino. No vale preguntarse primero si la obra que se tiene delante merece esa entrega, porque sin haberse entregado es imposible descubrirlo".<sup>39</sup>

A lo que se debe sumar su carácter universal. Muchas veces el arte trasciende su carácter logrando derribar fronteras en lo político, religioso, cultural, social o económico.

Por todo ello, se puede decir que: "la función expresiva del arte es también comunicativa de aquellas verdades, valores y bienes comunes que constituyen el patrimonio de una comunidad"<sup>40</sup>.

Por lo tanto, no es la actividad creadora lo que determina el arte sino su capacidad de trascender. Siguiendo con ese razonamiento el Art. 32° de la C.C.A.B.A. no estaría haciendo referencia ni a la cultura ni al arte porque no habla de obras trascendentes.

En ese sentido bien podría ser que lo que se está refiriendo el Art. 32 es de productos artísticos. Toda vez que se hace una extensa referencia a actividades creadoras pareciera que los productos artísticos son el eje de su centro.

Si tomamos la concepción de Humberto Eco<sup>41</sup> diríamos que un producto artístico es un objeto creado con el único fin de ser aceptado comercialmente. Ejemplo: si escribimos un libro con el objeto de hacer una obra de arte para ganar el premio nobel de literatura podremos lograrlo o fracasar rotundamente. Pero si escribimos un libro con el único objeto de que sea un best seller estaremos atados a ciertas leyes del marketing y del mercado que poco tiene que ver con el arte. En este segundo caso estaremos frente a un producto artístico. Es decir, una actividad creadora pero que carece de trascendencia. En ese sentido Humberto Eco da como ejemplo a la cantante italiana Rita Pavone (aunque bien puede aplicarse el ejemplo a todo grupo de cantantes adolescentes de la actualidad), los discos producidos por dichos cantantes son productos artísticos. Por lo tanto, muchos artistas son actores,

---

<sup>39</sup> Ver LEWIS, C. S., *Crítica literaria, un experimento*, Barcelona, 1982, p. 16.

<sup>40</sup> Ver YEPES STORK, R. y ARANGUEREN ECHEVARRÍA, J., *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, 3ª ed., Pamplona, Eunsa, 1998, p. 255. Citado por CIANCIARDO, J., "La libertad artística y la libertad religiosa en una sentencia muy bien fundada", *Revista de Doctrina y Jurisprudencia EL DERECHO*, Universidad Católica Argentina, Tomo 210, p. 541.

<sup>41</sup> Ver ECO, H., *Apocalípticos e Integrados*, Ed. Debolsillo, Barcelona, 2004.



músicos o escritores pero no todos los actores, músicos o escritores son artistas.

Por último, cabe aclarar que no todo best seller es un producto artístico. Así por ejemplo, J.K. Rowling escribió un libro para su hijo recién nacido que se llamo *Harry Potter y la piedra filosofal*. Fue un éxito de ventas pero eso fue una consecuencia inesperada. Lo mismo se podría decir de J.R.R. Tolkien y *El Señor de los Anillos*. En ambos casos las únicas leyes que se utilizaron fueron las técnicas literarias y las leyes de la gramática. En cambio las películas de ambos libros parecieran haber sido productos artísticos creados con una fuerte influencia del marketing en la confección de las mismas<sup>42</sup>.

Se concluye así que el artículo en estudio no legisla sobre cultura ni arte, sino sobre actividades creadoras. Por tal razón, lo que en la CCABA se denomina cultura es algo que a los ojos de la UNESCO y de lo expuesto con anterioridad no lo es. No obstante, para cierta parte de la doctrina las actividades creadoras son una faceta de los derechos culturales: "... el derecho a la cultura se divide en tres tipos generales de derechos culturales: a) el derecho a la creación; b) el derecho a la protección y difusión del patrimonio cultural; y c) el derecho al acceso a los bienes y servicios culturales"<sup>43</sup>. Por lo tanto, desde esa perspectiva el Art. 32 de la CCABA no deja de ser válida.

### **2.3.- Democracia cultural: Concepto**

Ahora bien, siguiendo con el análisis aparece el concepto de democracia cultural. El texto legal no hace ninguna alusión sino que solamente lo menciona lo que nos obliga a encontrar una respuesta a ¿qué es la democracia cultural?

Si bien la idea que parece haber predominado en la Convención Constituyente, es la de: "... la defensa de la coexistencia de múltiples culturas en una misma sociedad; propicia su propio desarrollo autónomo y las

---

<sup>42</sup> Así por ejemplo otro caso es *El Planeta de los Simios* de Tim Burton. Los productores le hicieron cambiar el final de la película al director porque a su parecer era un final muy oscuro que dificultaría poder vender a la empresa Mc Donald la cajita feliz con el merchandising de la película. A diferencia, por ejemplo de la *Guerra de las Galaxias II y III* que son películas independientes (George Lucas financio las películas con dinero de su propio bolsillo, no pertenece al sindicato de directores de cine y trabaja con técnicos que no pertenecen al sindicato. Ni siquiera vive en Hollywood sino en San Francisco. Escribe el guión, dirige y produce las películas. Es decir, tiene un control total sobre sus películas y ningún ejecutivo de finanzas tiene poder de decisión sobre cuestiones artísticas. Lo único que escapa de su esfera es la distribución de las películas. Es el mejor ejemplo de cine independiente), las cuales si bien fueron hechas para lograr una gran recaudación no se hicieron con ese único propósito.

<sup>43</sup> Ver DORANTES DÍAZ, F.J., "Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características, alcances y limitaciones" en *Alegatos, Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana*, Tº 85 (Septiembre- Diciembre 2013), Azcapotzalco, p. 857. Desde esa perspectiva podría entenderse que el Art. 32 hace referencia al derecho a la creación. Sin embargo, a nuestro entender esa visión de la cultura traducida en un texto normativo es limitada y estrecha.

relaciones igualitarias de participación de cada individuo en cada cultura y de cada cultura respecto de las demás”<sup>44</sup>.

Hay ciertas cuestiones que no debemos olvidar.

Este concepto socio/antropológico surge en Europa a principios de los años setenta, producto de la liberalización de las actitudes y las costumbres, en las experiencias comunitarias de la época (especialmente en el movimiento hippie). “En este contexto emergieron los discursos que volvían a hacer explícitos de manera crítica los vínculos entre la cultura y la política, y también se construyó un nuevo imaginario para las políticas culturales que consistía, por ejemplo, en sustituir la antigua política de democratización de la cultura por una política de democracia cultural”<sup>45</sup>.

En los años ochenta, con la aparición de la crisis económica, se apunta a la obtención de fuentes de financiación que no provengan de los poderes públicos. Surge el marketing cultural, junto con el establecimiento de administradores y gestores culturales.

Comienzan los noventa y cae el muro de Berlín. Resulta difícil definir los nuevos papeles del Estado y de los poderes públicos (especialmente en los países de Europa del Este). Pero también de la sociedad civil, en sociedades cada vez más multiculturales, globalizadas, que experimentan cambios profundos y han perdido la mayoría de sus referentes tradicionales. Problemas de identidades culturales y de minorías nacionales resurgen con fuerza y violencia. Aparece entonces un nuevo concepto de índole socio/semiótico que dará pie a un nuevo paradigma, el de “identidad cultural”<sup>46</sup>.

A raíz de éstos cambios, personas como Raymond Weber<sup>47</sup>, consideran que en el contexto actual, el concepto de democracia cultural ha tomado mayor importancia, y debe entenderse: “no ya sólo en términos de los contenidos (como sucedió en los años 70), sino en términos de procedimientos (véase Jean-Louis Genard, en «Les pouvoirs de la culture», - Los poderes de la cultura -, Ediciones Labor 2001): pensar en el acceso a la cultura no ya simplemente a partir de libertades subjetivas (libertad de creación, de

---

<sup>44</sup> Del discurso pronunciado por la Sra. Convencional Constituyente Lubertino el día 3/9/96. Ver *Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires*. Actas 1, cit., p. 573.

<sup>45</sup> Ver WEBER, R., “Los nuevos desafíos de la cooperación cultural europea”. En: *Revista de Cultura de la Organización de estados Iberoamericanos "Pensar Iberoamérica"*, Número 2, Octubre 2002/Enero 2003, [ref. 2/7/2006] en <http://www.campus-oei.org/pensariberoamerica/ric02a01.htm#1a>.

<sup>46</sup> Para una mejor comprensión de éste concepto para el derecho recomendamos ver ZENDRI, L., “El patrimonio cultural y la identidad cultural”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Ed. Lexis Nexis, Tomo 2001-II, p. 1323.

<sup>47</sup> Ex Director de Cultura y patrimonio cultural y natural del Consejo de Europa. Consejero del “Centre Universitaire de Luxembourg” para la realización del “Institut Développement, droits de l’homme et cultures”. Docente en el Colegio de Europa en Brujas.

expresión, ...) o de derechos de creencias (derecho a la educación, al ocio, al acceso a los bienes culturales, ...) que evidentemente siguen siendo fundamentales, sino a partir de derechos de participación, de lo que podría llamarse la libertad comunicacional, es decir, la posibilidad de acceder a un espacio público y a una libertad de palabra. De este modo, el espacio público se convierte en un espacio de intermediación de saberes y funciones: permite la crítica mutua de los roles, individuos e instituciones, y permite comunicar los saberes complementarios; su función es la de llevar a cabo, mediante el debate permanente, la clarificación y el control de las funciones y de los objetivos"<sup>48</sup>.

Es por eso que, en la actualidad, (principalmente en Europa), se habla de dos tipos de derechos a la cultura, uno activo y uno pasivo. Como lo explica Harvey "Las dos caras (la activa y la pasiva) del derecho a la cultura, tiene que ver, además, con la doble dimensión con la que hoy se encarar las políticas culturales: la de la cultura transmitida o heredada (su concepción patrimonial) y la de la cultura vivida (como actividad cotidiana inherente a la propia condición humana), las que no implican términos contradictorios sino complementarios entre si, como un enfoque dual de la vida en comunidad. Los procesos modernos de la democratización de la cultura y la democracia cultural tienen también que ver con esa doble concepción válida de la cultura"<sup>49</sup>.

Por lo tanto, y más allá de la conceptualización realizada por la constituyente el concepto, técnicamente hablando, no significa la coexistencia de culturas sino la posibilidad real de participar y de comunicarse a través de un espacio público. A lo que hoy en día podríamos comparar con crear radios por internet, acceder a licencias de radio o canales de televisión, etc. Es decir, youtube es el mejor ejemplo de lo que significa la democracia cultural (que permite acceder, compartir y enviar, comunicar el ahora y almacenar para la posteridad). Más allá que el uso que se le da no siempre es el adecuado, utilizado correctamente es una gran herramienta.

## **2.4.- Expresión artística y censura**

Algunos doctrinarios piensan que: "una de las facetas de la actividad artística es su dimensión crítica de las costumbres, de los hábitos, de las ideas arraigadas, de las creencias (mayoritarias o minoritarias) y, en otro nivel, de las situaciones políticas y sociales. En el arte moderno y contemporáneo, su faz crítica o provocadora es uno de los motores para su desarrollo. Y en esa

---

<sup>48</sup> Ver WEBER, R., "Los nuevos desafíos de la cooperación cultural europea", cit.

<sup>49</sup> Ver HARVEY, E. R., *Derechos Culturales*, Fundación Derecho y Cultura, [ref. 5/6/2006] en <http://www.derechoycultura.org.ar/contenido/skins/derechosCulturales/download/Harvey,%20Derechos%20culturales.pdf> , p. 19.

crítica juega también un papel de envergadura la visión polémica que entabla con las creencias religiosas, morales, sociales o políticas”<sup>50</sup>.

Sin embargo, ya hemos explicado con anterioridad que el arte tiene como función la de trascender una cualidad, un aspecto positivo algo sobresaliente y que el artista es un traductor.

Por lo tanto, nunca debiera ser compatible la censura con una expresión de arte toda vez que esta última se avocara a una expresión de carácter positivo y valorado. Al mismo tiempo y toda vez que el artista es un traductor queda de manifiesto que el arte nunca se logra de manera individual.

Así, por ejemplo “... parte del trabajo del poeta el dar a cada hombre su propia visión del mundo: mostrarle lo que ve pero no sabe que ve. El poeta, como el pintor, armoniza lo que a la mirada vegetativa parecen aspectos irreconciliables del mundo, dentro de un gran conjunto, de un gran equilibrio. Muestra la quintaesencia de las cosas vistas. Su imaginación no es una bella fantasía sino la quintaesencia de la realidad”<sup>51</sup>. De ese modo, por ejemplo se puede decir que: “la poesía comunica algo más que emociones; sólo mediante este algo más puede comunicar emociones”.<sup>52</sup>

Para Tolkien: “el arte solitario no es arte”<sup>53</sup>. Y para Lewis, el arte anula la individualidad: “la experiencia literaria cura la herida de la individualidad, sin socavar sus privilegios. Hay emociones colectivas que también curan esa herida, pero destruyen los privilegios. En ellas nuestra identidad personal se funde con la de los demás y retrocedemos al nivel de la subindividualidad. En cambio, cuando leo la gran literatura me convierto en mil personas diferentes sin dejar de ser yo mismo”<sup>54</sup>.

Ahora bien, eso no se logra de cualquier manera sino mediante la armonía, tal como nos lo recuerdan algunos hombres de letras cuando describen a la función del escritor como: “... unir en armonía su sensibilidad y la del lector. Eso significa, en rigor, expresarse libremente”<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Ver GIL DOMÍNGUEZ, A., “El caso “León Ferrari”: Una lección sobre la libertad en un estado constitucional de derecho”. *Revista Jurídica Argentina LA LEY*, Thomson Reuters, Tomo 2005 - C, p. 710.

<sup>51</sup> Ver SITWELL, E., “La visión del poeta” en *“Aventuras de la mente”*, Libros centenario, Bs. As., 1964, p. 122.

<sup>52</sup> Ver LEWIS, C. S., *Studies in words*. Cambridge, 1960, p. 317.

<sup>53</sup> Ver TOLKIEN, J. R. R., *J.R.R.Tolkien, Cartas*. Carta dirigida a Sir Stanley Unwin 31/7/1947. Ed. Minotauro, Barcelona, 1993, p. 147. Otro concepto interesante es: “El mito y el cuento de hadas, como toda forma de arte, deben reflejar y contener en solución elementos de moral y verdad (o error) religiosa, pero no de manera explícita”, (el subrayado es nuestro). Ver TOLKIEN, J. R. R., cit., Carta dirigida a Milton Walkman, p. 172.

<sup>54</sup> Ver LEWIS, C. S., *Critica literaria, un experimento*, Barcelona, 1982, p. 110.

<sup>55</sup> Ver DI MARCO, M. & PENDZIK, N., *Atraverse a corregir. Textos y secretos del texto bien escrito*. Ed. Sudamericana, Bs. As., 2002, p. 50. En cierta circunstancia, el escritor Marcelo Di

Queda claro entonces que, desde la visión artística, esa parte del articulado debiera ser una mera abstracción toda vez que el arte no tiene capacidad de ofensa. Si ofende a una comunidad no es arte.

Asimismo, desde lo jurídico hubo varias opiniones. Así en lo referente a la censura Sagués comenta: "la Constitución-Estatuto, en el mentado Art. 32, prohíbe toda censura, disposición que será difícil compatibilizar con el art. 13 inc. 4, del Pacto de San José de Costa Rica, que justamente la autoriza en materia de espectáculos públicos, para la protección moral de la infancia y de la adolescencia, y que al prohibir toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia (art. 13, inc. 5), habilita también la censura con esos fines"<sup>56</sup>.

Gelli, por su parte comenta: "Acerca de la cultura, la Constitución prohíbe toda forma de censura (art.32), criterio que repite al garantizar la libre emisión de pensamiento (art. 47). Sin embargo, al establecer la policía de seguridad de consumidores y usuarios dispone sancionar los mensajes publicitarios que distorsionan la voluntad de compra de aquellos, mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas y obliga a la Ciudad a dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación (Art.46)"<sup>57</sup>.

Cabe destacar que, por los motivos expuestos, es importante diferenciar entre una expresión de arte y lo que se puede llegar a proclamar (o autoproclamar), como expresión de arte<sup>58</sup>.

La clave, a nuestro modo de ver, no está que no haya ningún tipo de censura<sup>59</sup> sino en el respeto hacia el otro y en no deformar ni redefinir lo que es el arte y la cultura, por eso se dijo que: "el delito de exhibiciones obscenas

---

Marco dijo: "Pienso que la libertad de expresión se debe defender, siempre y cuando la expresión defendida no haya atentado previamente contra nadie", [ref. 02/02/2007] en <http://www.elaleph.com/fin/2004/12/32-ante-la-inminente-reapertura-d.html> .

<sup>56</sup> Ver SAGUÉS, N. P., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ed. Astrea, Bs. As., 1996, p. 51.

<sup>57</sup> Ver GELLI, M. A., "La Constitución Estatuyente de la Ciudad autónoma de Buenos Aires", *Revista Jurídica Argentina LA LEY*, Universidad Católica Argentina, Tomo 1997-B, p. 1029.

<sup>58</sup> Calificar a un mismo suceso de dos maneras distintas de acuerdo quien sea el que lo realice no es nuevo, Alberdi, nos hablaba de aquellos que: "... piden la libertad de la prensa, y asesinan al que la ejercita contra ellos. Hablan del puñal de la mazorca, y ellos desuellan con su pluma de cuchillo la reputación de sus desafectos en vez de criticar. Gritan contra la barbarie, y su arma favorita de discusión es el fango. Claman por garantías, y aplauden frenéticos la degollación violenta de sus adversarios políticos". Ver ALBERDI, J. B., *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, cit., p. 355.

<sup>59</sup> Así por ejemplo, parte de la doctrina entendió que el caso de León Ferrari no hubo censura previa dado que, no hubo restricción previa sino ulterior. Al mismo tiempo, otro tanto entendió que una medida cautelar es un acto de censura previa. Ver GULLCO, H. V., "Libertad artística y censura previa", *Revista Jurisprudencia Argentina*, Tomo 2005-I, Ed. Lexis Nexis, pp. 457/465.



es de peligro. Estamos de acuerdo. Pero de peligro para el arte, la cultura y la libertad de pensamiento”<sup>60</sup>.

En ese sentido algunos sostienen que: “... si los derechos fuesen ilimitados, tras cualquier derecho se escondería un no-derecho, esto es, una pretensión desquiciada de obtener algo que, unilateralmente se considera valioso, con independencia de aquellas cosas que los demás consideran valiosas”<sup>61</sup>.

En resumen, la expresión no debe tener nunca límites, pero la manera de expresarse sí. Podemos hablar de las bondades del judo como arte marcial, o demostrarlo golpeando a otra persona mediante tomas de judo. De una manera la expresión es verbal y de otra corporal. Es la manera de expresarse lo que generalmente trae conflictos más que las ideas en sí.

## 2.5.- Acceso a los bienes culturales

Nos toca ahora desentrañar el concepto de bien cultural. En principio pareciera que el planteo es simplemente el resultado lógico de la finalidad del texto legal. Es decir, el derecho a la cultura en sí, es difícil de verificarse en la realidad. Esto ocurre porque más allá de los muchos bienes materiales que la conforman, la inmensa mayoría de ellos pasa por aspectos inmateriales pasibles de ser interiorizados. Por ello el desarrollo cultural no puede percibirse “... sino en los bienes culturales, en los medios o instrumentos que pueden proporcionarnos algunos conocimientos”<sup>62</sup>.

Por ello, un bien cultural no es un objeto común, su importancia reside en que tienen una: “significación fundamental desde el punto de vista de los valores espirituales y del patrimonio cultural de un pueblo”<sup>63</sup>.

Ahora bien, entonces: ¿qué es un bien cultural?

“Este objeto es una mediación para la creatividad o espiritualidad, que nutren el genio de una comunidad humana, étnica, racial, religiosa o nacional, de la cual aquel constituye una de las expresiones simbólicas determinantes.”<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Ver VÁZQUEZ ROSSI, J. E., *Lo obscuro. Límites de la intervención penal*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1985, pág. 19, citado por CHIAPPINI, J., “Arte” versus Constitución, *Revista de Doctrina y Jurisprudencia EL DERECHO*, Universidad Católica Argentina, Tomo 210, p. 1064.

<sup>61</sup> Ver CIANCIARDO, J., La libertad artística y la libertad religiosa en una sentencia muy bien fundada, cit., p. 541.

<sup>62</sup> Ver TORRES DEL MORAL, A. *Principios de Derecho Constitucional español*, tomo A, Madrid, 1985, T.I. p. 328 citado por HARVEY, E. R., *Derechos Culturales*, cit., apartado 16.

<sup>63</sup> Ver HARVEY, E. R., *Derechos Culturales*, cit., p. 31.

<sup>64</sup> Ver Anexo 4 de la Reunión de la Conferencia General de la UNESCO, Patrimonio cultural de la Humanidad: responsabilidad común, CLT-82/WS/27, París, mayo de 1982, citado por HARVEY, E. R., *Derechos Culturales*, cit., p. 32.

Por eso, es importante destacar que hay más de un aspecto y más de un contexto de donde surgen dichos bienes, así, por ejemplo, tenemos: "... un contexto geológico, como es el caso de un mineral o un fósil, así como en un contexto histórico, en relación con una obra de arte que, inicialmente, más que una expresión de arte era un testimonio de lo sagrado"<sup>65</sup>.

Es importante destacar que en dicho concepto se reitera la referencia a lo valorativo.

## 2.6.- Industrias Culturales

Ahora bien, este punto exige un desarrollo más detallado para su integral comprensión. Se adjudica la aparición del concepto de industria cultural, a un texto de Horkheimer y Adorno publicado en 1947<sup>66</sup>. Los dos pilares que dieron pie a los autores para asemejar la actividad cultural a la industria fueron: la introducción en la cultura de la producción en serie y la relación entre producción de cosas y producción de necesidades. De hecho, comentaban que la fuerza de la industria cultural residía en la unidad con la necesidad producida.

Actualmente hay una hegemonía absoluta con respecto al concepto a nivel general, pero no en cuanto al contenido y los límites. La UNESCO comenta que hoy en día está generalmente aceptado el concepto de industria cultural como referencia a las industrias que combinan la creación, producción y comercialización de productos que son intangibles y de naturaleza cultural. Esos contenidos comúnmente están protegidos por el derecho de autor y pueden tomar forma de bienes y servicios<sup>67</sup>.

Como puede verse la definición es bastante amplia, de hecho más allá del común acuerdo con respecto a la pintura, el cine, la música o el diseño, hay algunos países que consideran incluidas, la arquitectura, el turismo cultural, la fabricación de instrumentos musicales, artes de desempeño visual y hasta incluso los deportes. Más aún, incluso utilizan el concepto de "industria creativa", como sinónimo<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Ver Anexo 4 de la Reunión de la Conferencia General de la UNESCO, Patrimonio cultural de la Humanidad: responsabilidad común, CLT-82/WS/27, París, mayo de 1982 citado por HARVEY, Edwin R. *Derechos Culturales*, cit., p 32.

<sup>66</sup> Ver HORKHEIMER, M. y ADORNO, T.W. *Dialéctica del iluminismo*. Ed. Sur, Bs. As. 1971 comentado en BARBERO, J. M., *De los medios a las mediaciones. Comunicación, cultura y hegemonía*. Ed. Gustavo Gilli, Barcelona, 1987.

<sup>67</sup> "is generally agreed that this term applies to those industries that combine the creation, production and commercialisation of contents which are intangible and cultural in nature. These contents are typically protected by copyright and they can take the form of goods or services". [T. del A.], [ref. 13/11/2006] en [http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL\\_ID=18668&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=18668&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

<sup>68</sup> Ver [ref. 13/11/2006] en [http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL\\_ID=18668&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=18668&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) .

Por eso, para comprender de manera acaba que formaba parte y que componen hoy en día la industria cultural, seguiremos el desarrollo hecho por Edwin Harvey<sup>69</sup> quien distingue cinco etapas:

A) La primera es la que se desarrolla entre fines del S. XIX y mediados del siglo XX. A modo de ejemplo podemos considerar como del fonógrafo se pasa a formatos cada vez más sofisticados y de mejor calidad de grabación y reproducción, convirtiendo a la música una industria. Ello se debió a que la radiodifusión, llenaba los momentos de ocio y (en algunos casos) de trabajo de las personas. Esa irrupción del sonido transmitido a distancia cumplió una función muy importante de difusión musical. La fotografía a su vez evoluciona de manera tal que de apoco se va convirtiendo en cine (mudo en sus comienzos). La unión de esas dos técnicas, permitieron la fijación de imágenes en movimiento visual y acompañamiento sonoro a la vez generaron la expansión del cine.

Esta etapa concluye con la aparición de la televisión por aire. Con ella no solo se transmiten distintos tipos de expresiones culturales sino también informativos y comunicacionales.

B) Luego de la segunda guerra mundial se da otra etapa, aparece la televisión por cable, surgen los satélites y junto a ellos las señales a nivel mundial, portadoras de los programas que transmitían desde cualquier lugar del globo, e incluso desde el espacio (tal como lo demostró la llegada del hombre a la luna).

Se masifica la cultura, se puede llegar a cualquier rincón y adquirir cultura de lugares mas distantes. Surge el sonido estéreo, el video, la fotografía color se termina de perfeccionar.

C) La tercera etapa esta íntimamente conectada con el equipamiento familiar, es decir, como producto de la masificación de la cultura aparecen más consumidores. Pero lo que más mueve a esta etapa es la creación casera. Surge la fotocopiadora y con ella se dispara la difusión de documentos y textos de todo tipo, científicos, literarios, culturales, etc. Aparecen las maquinas grabadoras caseras, tanto de sonidos, como de imágenes en movimiento acompañadas de sonidos. Todos estos nuevos aparatos pasan a ser indispensables para el uso familiar, sin importar edades o nivel intelectual.

D) En la cuarta etapa las computadoras comienzan a cambiar la realidad mediante la tecnología digital. Reemplazan las máquinas de escribir, de hecho las presentaciones literarias se hacen en formato magnético. Mediante la aparición del scanner de a poco comienza a digitalizarse la fotografía, para

---

<sup>69</sup> Ver HARVEY, E. R., *Los nuevos soportes de la cultura, la propiedad intelectual y los derechos de autor*, Fundación Derecho y Cultura, [ref. 5/6/2006] en <http://www.derechoycultura.org.ar/contenido/skins/derechosCulturales/download/Harvey,%20Los%20nuevos%20soportes%20de%20la%20cultura.pdf> .

luego pasar al vídeo, las artes plásticas y la cinematografía. Aparecen entonces nuevos tratamientos a lo visual.

E) En la quinta, aparecen las redes, "...una inmensa sala de conciertos, una inmensa imprenta, una inmensa sala de exhibiciones audiovisuales, una inmensa biblioteca universal, conectadas por medio de un lenguaje de redes inmateriales de distribución digital..."<sup>70</sup>. Es decir, la materialización virtual y la comunicación interactiva a nivel masivo, a raíz de esta revolución tecnológica, todos pasamos a ser consumidores de mensajes y de medios de expresión.

Como corolario podemos sintetizar que, de acuerdo al nivel tecnológico del país, el concepto se tenderá más hacia un sentido u otro. De ese modo no debe sorprendernos que en Europa personas como R. Weber comente: "Actualmente se consideran «industrias culturales» aquellas relacionadas con los medios de comunicación, las tecnologías de la información y la comunicación"<sup>71</sup>, Mientras que en la Argentina se habla de: "...las industrias culturales – el mercado del arte, el turismo cultural, el espectáculo en vivo, las industrias editorial, cinematográfica y fonográfica..."<sup>72</sup>. Es decir, a medida que se vaya alcanzando mayor desarrollo tecnológico, y mayor nivel y calidad de consumo en lo concerniente a las telecomunicaciones, es muy probable que la concepción de lo que consideramos industria cultural se modifique.

Más allá de las distintas concepciones, nadie discute que: "... en el mundo moderno la cultura y toda actividad que se genera en torno a ella es un factor de rentabilidad social, cultural y fundamentalmente económica, que a su vez genera empleos, muchas veces calificados, y recursos, contribuyendo de manera cada vez más creciente el desarrollo sostenido de los Estados y de los pueblos"<sup>73</sup>.

Por lo tanto, es importante resaltar que las industrias culturales no son expresiones artísticas sino que están más vinculados con los productos artísticos. Al mismo tiempo, recordar que su contenido se reactualiza constantemente.

## **2.7.- Intercambio cultural e identidad pluralista**

Ambos tópicos, los cuales están mencionados pero no explicados, no pueden considerarse de manera aislada en vista a que, hoy en día, la identidad se mantiene mediante el intercambio y, el intercambio, es la base de la cultura.

---

<sup>70</sup> Ver HARVEY, E. R., *Los nuevos soportes de la cultura, la propiedad intelectual y los derechos de autor*, cit., p. 7.

<sup>71</sup> Ver WEBER, R. "Los nuevos desafíos de la cooperación cultural europea", cit.

<sup>72</sup> Ver LOPÉRFIDO, D. E. y CAPATO, A. F., *Derechos, gestión y legislación cultural en la ciudad de Buenos Aires*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, p. 27.

<sup>73</sup> Ver LOPÉRFIDO, D. E. y CAPATO, A. F., cit., p. 27.

La UNESCO nos recuerda en el punto 29 de la Declaración de México que "... la identidad cultural de un pueblo se renueva y enriquece en contacto con las tradiciones y valores de los demás. La cultura es diálogo, intercambio de ideas y experiencias, apreciación de otros valores y tradiciones, se agota y muere en el aislamiento"<sup>74</sup>.

Por eso el intercambio no es una cuestión de enriquecimiento sino de sobrevivencia. En esta nueva mezcla es donde se encuentra la identidad propia, es decir, cada mezcla tiene sus propias connotaciones con distintos grados de mezclas y de características que esas mezclas producen. Por eso, "Identidad cultural y diversidad cultural son indisociables"<sup>75</sup>.

Es decir, una cultura pluralista no pierde su identidad, sino que adquiere una de acuerdo a los distintos niveles de intercambio.

Como nos explica R. Weber<sup>76</sup>:

i. La cultura es intercultural: Hoy en día la gran mayoría de las sociedades son multiculturales. Ese intercambio es lo que les da vida, las hace crecer y cambiar. Al mismo tiempo le brinda más identidad. Por lo tanto, y en base a su desarrollo permanente, la dinámica de cambios es una realidad dado que es en la diferencia, y el diálogo con el otro, que llegamos a conocernos y a ser conscientes de nuestras identidades y culturas. Más que un lugar de comunicación entre el yo y el otro, los espacios de contacto son campos interactivos donde producen su identidad.

ii. La cultura es un vínculo social: tanto de la persona a nivel individual como de la sociedad en su conjunto. El sujeto a su vez se adentra en la sociedad que posee a la cultura como un elemento esencial. Por eso es en ella se recompone la figura de uno mismo y del otro, de lo parecido y de lo distinto, es decir, se reconstruye una unidad a partir de lo que en la cultura crea vínculos.

iii. La cultura es comunicación: de hecho es el núcleo central de la cultura. Sin embargo, las nuevas tecnologías de la información, y de la comunicación, pueden estar cambiando la manera de relacionarse con el entorno. Un ejemplo es la aparición del ciberespacio un contexto de desintermediación en donde cada uno puede, de manera personal y al mismo

---

<sup>74</sup> Ver *Declaración de México sobre las políticas culturales*, Opus Citatum, [ref. 1/6/2006] en [http://portal.unesco.org/culture/es/file\\_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011mexico\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011mexico_sp.pdf)

<sup>75</sup> Ver punto 5 de la *Declaración de México sobre las políticas culturales*, Opus Citatum, [ref. 1/6/2006] en [http://portal.unesco.org/culture/es/file\\_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011mexico\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011mexico_sp.pdf)

<sup>76</sup> Ver WEBER, R., cit.



tiempo anónima, aumentar el flujo de intercambio entre productores y consumidores. Hoy en día la civilización se basa y se conforma en el intercambio de diferencias.

Esta realidad de culturas pluralistas ha dado lugar a lo que en el ámbito académico se denomina conciencia intercultural, definida como: "...actitud de los interlocutores que se encuentran en una situación comunicativa intercultural se exprese a través de un talante abierto y manifiesta curiosidad, una apertura de miras y la disposición a suspender los prejuicios sobre el otro interlocutor. En otras palabras, la necesidad de que una persona sea capaz de "cambiar de punto de vista"<sup>77</sup>. Es decir, la capacidad de descentrarse para, de ese modo, lograr una comunicación más efectiva con personas de identidades culturales distintas<sup>78</sup>.

En síntesis, un ámbito multicultural no es donde muchas culturas conviven manteniendo sus diferencias, sino donde muchas culturas diferentes intentan abrirse y nutrirse unas de las otras. Esto último no pareció ser reconocido por ciertos ámbitos legislativos que insisten en políticas de discriminación inversa en lo referente al ámbito cultural. Algo que contradice todo lo expuesto con anterioridad.

## **2.8.- Formación y Capacitación cultural**

En los años ochenta surgió lo que se dio a conocer el marketing cultural, resultado de la necesidad de obtener fuentes de capitales. Aparecen los administradores culturales y con ellos, una especialización.

Pero son dos los tipos de formación a los que el Art. 32 de la C.C.A.B.A. hace referencia. La formación cultural de la población y la del funcionario público. Sin embargo, más allá de las diferencias de cada una, el funcionario público será el que deba decidir sobre ambas.

Así, con respecto al primero la UNESCO nos comenta:

---

<sup>77</sup> Ver VAN HOOFT, A., KORZILIUS, H. & PLANKEN, B., "El aprendizaje de segundas lenguas (L2) y la adquisición de conciencia intercultural II. Un estudio longitudinal", en *Revista de Investigaciones y estudios hispánicos aplicados IDEAS*, N°1, año 2005 [ref. 2/2/2006], p. 6, en [www.ideas-heilbronn.org/elements/artic/A\\_van\\_Hooft\\_ideas.pdf](http://www.ideas-heilbronn.org/elements/artic/A_van_Hooft_ideas.pdf) .

<sup>78</sup> A modo de ejemplo, puede citarse el estudio que está llevando a cabo el Departamento de Ciencias de la Comunicación Empresarial de la Facultad de Arte de la Radboud Universiteit Nijmegen, (Holanda). Dicha investigación, hasta el momento, pareciera dar como pauta que el aprendizaje de idiomas facilita la apertura mental necesaria para un mejor desenvolvimiento en la comunicación al debilitar la conciencia del yo y, de ese modo, esforzarme para que me comprendan. Especialmente en ámbitos en donde una lengua en común no significa una cultura en común. Es decir cuantos más idiomas se hablen, más fácil será interpretar a los demás ya no desde el punto de vista literal sino también del humano.

“El desarrollo y la promoción de la educación artística comprende no solo la elaboración de programas específicos que despierten la sensibilidad artística y apoyen a grupos e instituciones de creación y difusión, sino también el fomento de actividades que estimulen la conciencia pública sobre la importancia social del arte y de la creación intelectual.”<sup>79</sup>

De ese modo se guía a los legisladores y funcionarios acerca de cuales son las directrices a tomar para plasmar en actos lo que se manifiesta en el cuerpo legal.

De una manera específica la Convencional Maronese hacía referencia a: “... la educación artística, el aprendizaje de técnicas tradicionales, artesanales o manuales, que recuperen las habilidades de las viejas generaciones”<sup>80</sup>.

En cuanto a lo segundo lo que la Convención Constituyente le indica, al legislador y al poder Ejecutivo, es que: “El Estado debe racionalizar y jerarquizar su acción a través de la formación de administradores culturales. Debe evitar la superposición de tareas, integrar la estructura ya existente”<sup>81</sup>.

Es decir se busca una utilización racional, conjunta y coordinada de los recursos, para que la política cultural se desenvuelva de la manera más productiva. En una palabra se busca efectividad.

Por eso en diversos países forma parte del vocabulario político el concepto de buen gobierno cultural, entendido como sistema de regulaciones que buscan interacciones. Ya no se habla de gobernantes y gobernados sino de interacción entre actores individuales e instituciones. No se buscan regulaciones centradas sino una regulación de sistemas<sup>82</sup>. Algo que en el Art. 32 en análisis no aparece del todo claro.

## **2.9.- Patrimonio cultural**

Una vez más, la UNESCO, nos facilita la labor conceptual al comentarnos que: “El patrimonio cultural de un pueblo comprende las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas, surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan un sentido a la vida. Es decir, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad

---

<sup>79</sup> Ver punto 29 de la *Declaración de México sobre las políticas culturales*, Opus Citatum, [ref. 1/6/2006] en [http://portal.unesco.org/culture/es/file\\_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011\\_mexico\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/7c6c2286b8b8a52b40c641590225c011_mexico_sp.pdf).

<sup>80</sup> Del discurso pronunciado por la Convencional Constituyente Leticia Maronese el día 3/9/96, cit., p. 578.

<sup>81</sup> Del discurso pronunciado por la Convencional Constituyente Leticia Maronese el día 3/9/96, cit., p. 579.

<sup>82</sup> Ver WEBER, R., cit.

de ese pueblo: las lenguas, los ritos, las creencias, los lugares y monumentos históricos, la literatura, las obras de arte y los archivos y bibliotecas”<sup>83</sup>.

El Convencional Constituyente Brailovsky remarcó con efusividad su importancia al decir: “... lo que se conserva y lo que se demuele, expresa la concepción que esa sociedad tiene sobre su pasado y sobre la manera de conservar las huellas de él. Es la expresión material de una política sobre la identidad cultural de un pueblo...”<sup>84</sup>.

Cabe destacar que, en este ámbito, también se ven distintas cuestiones. Nuevamente la identidad cultural se entremezcla con otro aspecto de la cultura como, es en este caso, el patrimonio cultural.

La relación entre ambas es tan íntima y esencial que se deben mutuamente la existencia. Es decir, “... la identidad se manifiesta a través del patrimonio cultural, que constituye la expresión histórica de cada pueblo, asumiéndolo de manera crítica y con sentido prospectivo...”<sup>85</sup>.

En conclusión, podríamos decir que es el conjunto de bienes materiales e inmateriales que cristalizan la identidad de las naciones. Es un trabajo sobre la memoria que intenta mediar entre lo adquirido y lo que vendrá a enriquecerlo.

Por eso, el Constituyente nos dice: “Hoy nos interesa conservar las huellas del pasado como símbolo, pero además como testimonio”<sup>86</sup>.

La importancia de esto reside en que “un adecuada calidad de vida requiere integrar el pasado al futuro”<sup>87</sup>.

### **3.- ALGUNAS DEFINICIONES A CONSIDERAR**

Algunos textos legales dan forma y cuerpo a los lineamientos plasmados en el Art. 32 de la Constitución de la C.A.B.A., algunos de esos ejemplos son:

LEY 1227 de la C.A.B.A.:

En el art. 2º de dicho cuerpo normativo, plasma la definición de “Patrimonio Cultural de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” como: “el conjunto de bienes muebles e inmuebles, ubicados en el territorio de la Ciudad

---

<sup>83</sup> Ver punto 23 de la *Declaración de México sobre las políticas culturales*, Opus Citatum.

<sup>84</sup> Del discurso pronunciado por el Convencional Constituyente Brailovsky el día 3/9/96, Opus Citatum, p. 576.

<sup>85</sup> Ver HARVEY, Edwin R. *Derechos Culturales*, cit., p. 29.

<sup>86</sup> Del discurso pronunciado por el Convencional Constituyente Brailovsky el día 3/9/96, cit., p. 576.

<sup>87</sup> Ver ZENDRI, L., “El patrimonio cultural y la identidad cultural”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Volumen 2001-II, Ed. Lexis Nexis, p. 1324.

Autónoma de Buenos Aires, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, que en sus aspectos tangibles e intangibles, materiales y simbólicos, y que por su significación intrínseca y/o convencionalmente atribuida, definen la identidad y la memoria colectiva de sus habitantes". A su vez en su art. 4º se los divide en categorías a saber: Monumentos, Conjunto o Grupo de Construcciones, Sitios o Lugares Históricos, Jardines Históricos, Espacios Públicos, Zonas Arqueológicas, etc.

En el art. 5 aparece la definición de "Patrimonio Cultural Viviente", denominando así: "aquellas personas ó grupos sociales que por su aporte a las tradiciones, en las diversas manifestaciones de la cultura popular, ameriten ser consideradas como integrantes del PCCABA". En su art. 14 se estipula una preferencia de compra respecto de los bienes del dominio privado integrantes del PCCABA que se ofrezcan en venta.

LEY Nº 738 de la C.A.B.A.:

En su art. 2º, define a las "Obras de Arte" a: "... los monumentos conmemorativos o votivos, obras pictóricas murales, etc. esculturas artísticas o decorativas y fuentes ornamentales, que modifiquen el espacio público".

Dentro del mismo cuerpo legal aparece una característica a tomar en cuenta. Los criterios, es decir, el concepto de la armonía al evaluar algo en base a todos los parámetros posibles. Así, quedó establecido en su art. 6º, que las opiniones y evaluaciones deben llevarse a cabo mediante:

1. Criterio Estético: se refiere a las cualidades plásticas, de estilo, temáticas, de composición, coherencia tipológica y toda otra cualidad formal relevante.

2. Criterio Histórico-Cultural: se refiere a los méritos testimoniales de la obra en relación con aspectos de la vida social presente o pasada, y / o que constituya un referente para la memoria histórica colectiva.

3. Criterio Urbanístico: se refiere a la coherencia de su emplazamiento con su entorno en su uso cotidiano y la no afectación de normas de seguridad en la vía pública, tanto para las personas como para las propiedades públicas o privadas.

#### **4.- JURISPRUDENCIA**

Si bien no fueron muchos los casos que tuvieron al art. 32 de la C.C.A.B.A. como protagonista, fueron de gran trascendencia. A pesar de su importancia, solo haremos hincapié en la interpretación judicial de dicho artículo.

Zipris, Gloria R. c/. Ciudad de Buenos Aires.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (SalaII).

A fin de estimular la difusión de las artes, la Municipalidad de la Ciudad, otorgó premios a los autores de obras literarias, teatrales, plásticas, musicales, bocetos escultóricos, tapices -por un lado- y a vocalistas, actores, instrumentistas y bailarines -por el otro-. Posteriormente, y mediante las ordenanzas números 32.428, 33.340 y 37.849, se entregó un subsidio mensual y vitalicio a los autores premiados, con exclusión de los intérpretes. Luego, las ordenanzas números 44.370 y 47.396 extendieron el beneficio a los actores y bailarines, sin incluir a los instrumentistas ni cantantes.

La actora, en calidad de intérprete premiada, impugno estas últimas, por entender que esa distinción lesionó el principio de igualdad. En primera instancia se hizo lugar a la demanda. En segunda instancia se revocó el pronunciamiento.

El argumento base de la Cámara, por medio del cual se revoca la sentencia de primera instancia, se encuentra en el considerando N°12. En él se estipula, que la discrecionalidad del legislador de la Ciudad de Buenos Aires al fomentar determinadas actividades artísticas por medio de subsidios -arts. 32 y 80, inc. 2º, Constitución local; no implica necesariamente arbitrariedad o irrazonabilidad que torne inconstitucional la norma en cuestión, pues el legislador puede válidamente privilegiar determinadas actividades dentro del arte por considerarlas de mayor utilidad o importancia.

Asociación Cristo Sacerdote y otros c/. Ciudad de Buenos Aires.  
Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (Sala I).

Al llevarse a cabo una exhibición pública de algunos de los objetos de la muestra "León Ferrari. Retrospectiva. Obras 1954-2004" en el Centro Cultural Recoleta, a solo 15 metros de distancia de la Basílica del Pilar. Una asociación católica interpuso una acción de amparo con el objeto de que, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se abstenga de exhibir las obras, por considerar que éstas afectaban los sentimientos religiosos de la comunidad católica.

La Cámara interpretó en el considerando XXVIII que el art. 32 de la Constitución de la CABA "...plasma la voluntad del constituyente local de valorar en forma positiva la actividad artística y creadora. No se trata sólo de una actividad lícita, que pueden realizar los habitantes, sino de una labor que la Ciudad "distingue y promueve". Para la concepción moderna de la democracia que sustenta a la Constitución local es un aspecto esencial la promoción artística. De ahí la importancia que tiene en el ámbito porteño la política cultural, con su red de museos, bibliotecas, centros culturales y órganos administrativos de fomento y promoción. En la realización de dicha política constitucional debe actuar de forma pluralista, acogiendo la diversidad



estética y sin incurrir en discriminación. De tal forma, el art. 32, CCBA, articula un sistema de política cultural que está basado en la prohibición de la censura, en el respeto de la libertad creadora y en la diversidad estética”.

Sánchez Sorondo, José A. c/. Ciudad de Buenos Aires. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (contencioso administrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires), (SalaII).

Se apela la resolución de primera instancia, en la cual rechazó la acción de amparo. A fin de suspender la exposición de León Ferrari que, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires llevaba a cabo en un centro cultural público. Por implicar una violación a la libertad religiosa.

En el considerando VII, la Cámara interpreta que: “...la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantiza el derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información libremente y expresar sus opiniones e ideas, por cualquier medio y sin ningún tipo de censura (artículo 12, inciso 2) y, en igual sentido, el artículo 32 dispone que la Ciudad ‘asegura la libre expresión artística y prohíbe toda censura”.

Ahora bien, la mayor virtud que desempeñan las relaciones interculturales es fomentar la tolerancia para aprender a escucharnos. Ayudar a vernos como iguales entre los iguales y distintos entre distintos. La función del estado, lejos de promover discordia debe ser el de mediador entre los distintos sectores. En ese sentido en el caso León Ferrari<sup>88</sup>... ¿No hubiera sido preferible?: “...dejar el espacio público de una sociedad confortablemente habitable, sin demasiado conflicto, por los principales elementos incompatibles que no es probable que vayan a desaparecer”<sup>89</sup>.

## 5.- CONCLUSIÓN

Queda claro que la cultura no es un derecho cualquiera. Tanto en lo económico como en lo social puede ser una herramienta de crecimiento y desarrollo dado que favorece una faceta de maduración integral de la persona. Por lo tanto, y volviendo a la pregunta que originó este trabajo, la cultura es un valor y como tal no puede ser algo contraproducente y mucho menos un

---

<sup>88</sup> Dicha muestra en donde (por ejemplo) aparecía la Virgen María tapada de excremento, a solo quince metros de un templo católico, trajo consigo disturbio. Tanto por el lado de los defensores como los detractores de la muestra, que incluyeron amenazas y quemas de Biblias.

<sup>89</sup> Ver NAGEL, T., *Encubrimiento y Revelación*, 5.16. Citado por COHEN, J., “Privacidad, Pluralismo y Democracia”. Traducción de M. Groisman, corregida por F. Wilensky. *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*. Volumen 6, N°1 Noviembre de 2004, [ref. 4/6/2006], p. 14 en [http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/pdf/RJ\\_vol61b.pdf](http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/pdf/RJ_vol61b.pdf) .

obstáculo para el desarrollo. Por el contrario, lo que retrasa el desarrollo económico argentino es la FALTA de cultura en gran parte de sus líderes, técnicos, empresarios, intelectuales, políticos y habitantes. Ese es el verdadero obstáculo. Tan grande es la falta de cultura que no se la sabe reconocer y, por tal motivo, se fomenta bajo el nombre de cultura cosas que no lo son. Y ese es el origen de la confusión.