



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

---

---

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ARAGÓN**

**UNA RAZÓN DE IMPROCEDENCIA EN EL JUICIO DE AMPARO PENAL  
MEXICANO: EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL**

**TESIS**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
MAESTRO EN DERECHO**

**SUSTENTA:**

**ANTONIO SANTAMARÍA BRAVO**

**ASESOR:**

**MTRO. FRANCISCO JAVIER BURGOA PEREA**

**SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO; A 12 DE JUNIO DEL  
AÑO 2011.**





Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## DEDICATORIA

A Dios

A Jesucristo

A la Naturaleza

A mi hija Kenia Susana

A mi madre, Hipólita

A mi padre, † Claudio

A Claudia, fuente de sentimientos rosas

A Gabriel, brillante historiador

A todos mis queridos familiares y amigos, vivos y acaecidos

A l magistrado español Baltasar Garzón Real

A Andrés Manuel López Obrador, mexicano con principios, dignidad, conciencia, valor y decisión, que como yo, siempre ha combatido por una realidad justa y verdadera, solo que él desde una sede diversa a la del Derecho que es entre otras la Política

## AGRADECIMIENTOS

Ésta tesis de grado no hubiese podido concluirlo sino es por el inquebrantable apoyo, amor y confianza que mi madre Hipólita Bravo Vallecillo me brindó incondicionalmente. ¡Gracias mamá!

Quiero agradecer las opiniones y críticas que me expresaron familiares y amigos, pues sin ellas; ésta investigación jamás comunicaría de modo íntegro sus principales razones. A todos ellos mi más sincero reconocimiento.

Agradezco el apoyo, las estimulantes y calificadas opiniones externadas por mi asesor, Maestro en Derecho Francisco Javier Burgoa Perea, así como aquellas expuestas por los Doctores en Derecho Pedro Ugalde Segundo, Pedro Miguel Ángel Garita Alonso, Rubén López Rico y Bernabé Luna Ramos, distinguidos letrados. Pues sin ellas, este trabajo estaría incompleto.

Ítem, agradezco todo el apoyo brindado por el equipo de Posgrado en Derecho de mi Facultad.

También, de modo especial; agradezco las opiniones expuestas sobre el tema de la Licenciada en Derecho Claudia Sánchez Jaramillo ¡Gracias por creer en mí!

Finalmente, agradezco a Dios la fuerza que me da para transitar por los caminos del conocimiento jurídico y la reflexión.

Sé que en algún lugar del mundo, existe una rosa única,  
distinta de todas las demás rosas,  
una cuya delicadeza, candor e inocencia,  
harán despertar de su letargo a mi alma,  
mi corazón y mis riñones.

A esa rosa, donde quiera que esté, dedico este trabajo,  
con la esperanza de hallarla algún día,  
o dejarme hallar por ella.

Existe... rodeada de amapolas multicolores,  
filtrando todo lo bello a través de sus ojos aperlados,  
cristalinos y absolutamente hermosos..

El Principito  
de Antoine de Saint-Exupéry

## CONTENIDO.

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

EPÍGRAFE

*Págs.*

EXORDIO

CAPÍTULO 1

VUELTA AL PASADO

1.1 Dos conflictos mundiales armados en la historia moderna de la humanidad: La Primera Guerra Mundial y la Segunda Guerra Mundial .....	8
1.2 Breves razones que motivaron la Primera Guerra Mundial.....	11
1.3 Algunas pseudo razones que propiciaron la Segunda Guerra Mundial.....	20
1.3.1 La inferencia más relevante en el Segundo Conflicto Mundial Armado: el proceso de Núremberg ante el Tribunal Internacional Militar (1945-1946).....	40

CAPÍTULO 2

PARADIGMAS METODOLÓGICOS QUE INTERACTÚAN EN ESTA INVESTIGACIÓN

2.1 Del iusnaturalismo.....	58
2.2 Del iuspositivismo.....	59
2.3 Del iusrealismo.....	60
2.4 Del iusmarxismo.....	61
2.5 Comentario crítico in cursus.....	62

**CAPÍTULO 3**  
**CRITERIOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS ENCAMINADOS**  
**OMNICOMPRESIVAMENTE HACIA UNA RENOVADA IDEA**  
**DE LA JUSTICIA Y EL DERECHO**

3.1 Algunos criterios filosóficos-jurídicos sobre la relación entre moral y Derecho encaminados como solución a su dicotomía.....	78
3.2 Que es teoría y praxis.....	103
3.3 Breve perspectiva de la teoría y la praxis dentro de la civilización científica.....	106
3.4 Ciencia y racionalidad en el positivismo clásico: su inconsistencia.....	109
3.5 Ciencia y racionalidad hoy.....	115
3.6 Dos principios opuestos: el de movimiento y el de identidad-no contradicción.....	122
3.7 El principio de falibilidad en la Ciencia como garante del principio de movimiento.....	126
3.8 La teoría de la Retórica en la Ética Analítica: el discurso práctico en la ética analítica.....	128
3.9 El emotivismo.....	129
3.10 La teoría de Ch. L. Stevenson.....	130
3.11 El análisis de Ch. L. Stevenson de los juicios morales y de la argumentación moral.....	131
3.12 Las falacias no formales en la argumentación jurídica.....	137
3.13 Breve crítica al argumento emotivista kelseniano de la justicia.....	140

**CAPÍTULO 4**  
**PROTECCIÓN PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y**  
**SISTEMA INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

4.1 Los derechos humanos hoy.....	158
4.2 Los derechos humanos vistos como principios de un orden jurídico general socio-estatal.....	172
4.3 La hermenéutica del mundo de la vida como fundamento de la conciencia sobre los derechos humanos.....	177
4.4 La justicia internacional.....	191
4.5 Tribunales penales internacionales.....	205

4.6 La inmunidad en sus tres aspectos no es sinónimo de impunidad.....	217
4.7 Principales crímenes internacionales contra la humanidad.....	228
4.8 La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales de genocidio y contra la humanidad.....	232
4.9 Cosa juzgada.....	233
4.10 Breve reflexión sobre el debate actual que gira en torno a la extradición internacional.....	240
4.11 Quien debe ejercer el principio de jurisdicción internacional.....	252

## **CAPÍTULO 5**

### **GIRO EVALUATIVO DEL PROBLEMA**

5.1 El principio de jurisdicción internacional.....	255
5.2 El caso Cavallo o amparo en revisión 140/2002.....	259
5.3 Conflictos normativos de interpretación y aplicación entre el Derecho penal internacional y nacional: el principio de jurisdicción internacional y la ley de amparo.....	314
5.4 México frente a los compromisos internacionales en materia de jurisdicción internacional.....	318

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>321</b>
--------------------------	------------

<b>FUENTES DE INVESTIGACIÓN SELECTAS.....</b>	<b>330</b>
---	------------

<b>HEMEROGRAFÍA.....</b>	<b>345</b>
--------------------------	------------

<b>LEGISGRAFÍA.....</b>	<b>346</b>
-------------------------	------------

<b>FUENTES ELECTRÓNICAS.....</b>	<b>346</b>
----------------------------------	------------





## EXORDIO

Abordar e investigar los grandes temas que, hoy por hoy; siguen inquietando a la humanidad como es el caso de la justicia, el Derecho, la moral, la ética, entre otros; resulta una tarea compleja, difícil de resolver, sobre todo cuando la envergadura de esos tópicos requieren de una seria habilidad razonada para satisfacerlos adecuadamente *i.e.* encontrar razones plausibles que llenen los vacíos generados por la ausencia de un tratamiento serio respecto de ellos y de los problemas cosificados imperantes en nuestra realidad que transgreden los ideales más bellos que el ser humano a lo largo de los tiempos se ha propuesto alcanzar como la paz, la justicia y la verdad. Sin embargo, nos hemos propuesto desarrollar un poco más el tema de la justicia, ya no en su aspecto abstracto; sino en aquel que se vincula con los acontecimientos reales y con su materialización vía proceso, puesto que nuestra intención es ejercer en este trabajo *razón crítica*, ya no sobre la torre de marfil; aunque no está de más decir que éste giro lingüístico hacia lo que se presenta en la realidad no es autárquico, sino cabría decir, ecléctico; debido a que la incesante e infatigable búsqueda de razones implica caminar de la mano con la reflexión, cualidad intrínseca y circunscrita a nuestra capacidad de entendimiento y comunicación, o como dirían los lógicos; a nuestras facultades cognoscitivas.

Hablar en sentido práctico de justicia y otras esferas normativas, no es un juego comunicativo romántico, contrariamente a ello, resulta una empresa delicadísima que exige una conducción adecuada, sobre todo por el hecho de que en el mundo de la vida coexisten múltiples niveles de discurso, diversas lógicas que enarbolan lo que se creen de suyo como verdad. Empero, el auditorio podrá tener la opción -si así lo cree conveniente- de hacer coincidir sus opiniones con los puntos nodales que identifiqué comunes dentro de esta argumentación, o bien, de estimarlos como absurdos e inatendibles. Lo importante sería que se apreciaran como razones susceptibles de consenso dejando la puerta entreabierta a la reflexión respecto de los posibles disensos, pues creemos que de tal forma no caerían nuestros argumentos sobre el tema de la justicia y su diferencia específica en dogmatismos,



más aún; en sofismas de estrechos horizontes que obstruyan la claridad de *la razón decidida* construida en la presente investigación.

Así, entrando en materia, nuestro tema de indagación denominado *Una razón de improcedencia en el juicio de amparo penal mexicano: el principio de jurisdicción universal*, resulta ser una tema de actualidad manifestado sobre ámbitos de la realidad de nuestro país *i.e.* el académico, judicial (federal y local), así como el social, en los que se han esbozado múltiples opiniones sobre el mismo, muchas veces contradictorias, pero que aunado a ello, coincidentes en la idea de mejorar la calidad de nuestro conocimiento jurídico nacional, de las instituciones, herramientas o mecanismos de solución de conflictos (juicio de amparo) y de la conciencia moral de la sociedad, con el firme propósito de alcanzar permanentemente una realidad crítica, justa, y razonable en tales ámbitos.

Con el amparo en revisión 140/2002, el principio de jurisdicción universal cobra actualidad pues el caso de referencia planteó, entre otras, una problemática jurídica relativa a la forma correcta de entender y utilizar el juicio de amparo en casos en los que se alegue la comisión de crímenes internacionales como el genocidio y la tortura, ó violación a los derechos humanos, dicho de otro modo, si el juicio de amparo penal debe necesariamente -con independencia de su naturaleza y finalidad- utilizarse como un mecanismo jurídico a través del cual se logre amparar a criminales internacionales frente a la acción de la justicia global. ¿que tan ético resulta lo anterior? Pensamos que tal problemática tiene soluciones razonables entre las que destaca la implementación del principio de universalidad en nuestra Ley de Amparo, entre otros ordenamientos, pues de prosperar dicha idea, creemos que así es como éticamente se evita que el juicio de amparo penal sea utilizado contrario a su naturaleza como mero instrumento de impunidad.

Aunado a lo anterior, este proyecto de investigación ha nacido por una inquietud que partió en un momento en el que -dentro de las sesiones de licenciatura- pude ser testigo ocular sobre un acontecimiento de carácter político-jurídico manifestado a la luz pública y resuelto jurisdiccionalmente en 2003 (caso de



Cavallo). La razón siguió su curso, más por el hecho de recibir cátedra universitaria del juicio de amparo por parte de la defensa de SÉRPICO. A partir de ahí y en la medida en que fue construyéndose nuestro pensamiento, comenzamos por cuestionar, por evaluar y por investigar por qué se manifestaron las cosas de tal modo en el proceso judicial del que fue objeto R. M. Cavallo. (causas y consecuencias).

Es por ello que a través de éste documento académico pretendemos transformar nuestras reglas del pensar en reglas del saber, parafraseando a J. Witker. El tema de la justicia en general me interesó desde que estuve en la carrera de licenciatura, logrando provisionalmente su materialización, esto es; abordando el problema de la relación entre moral y ciencia jurídica, y explicando porque la idea de justicia tuvo una mala recepción e interpretación en México (años 50) en lo concerniente a la enseñanza del Derecho patrio; por medio de la adopción de la argumentación en general y de la argumentación jurídica en particular.

Así pues, la justicia universal es una temática que tiene mucho que ver con nuestra primer investigación, por ser un tema con una orientación más práctica que teórica, en el mejor de los casos, ecléctica o funcional. La justicia, la moral, la ética, el Derecho y la ley son esferas normativas susceptibles de ser transgredidas, por ello se tratará en la medida de nuestras posibilidades, obtener argumentos razonables tendentes a evitar que la impunidad e inmunidad estatal sigan corrosivamente lastimando nuestra historia.

Nuestro interés inmarcesible es que se obtenga un beneficio orientado al progreso social y cultural, una contribución al conocimiento universitario. De ahí que nuestra sociedad sea la que ostensiblemente se beneficie y disponga del conocimiento de carácter público. Estamos conscientes de que ésta investigación es solo una contribución para enfocar posibles soluciones a determinados problemas sociales. Nuestra honestidad intelectual depende de nuestra forma de vida de ahí que como bien afirma Recaséns Siches: <La vida que tiene que hacerse tiene que hacérsela el yo que cada uno de nosotros es>. En fin, no solucionaríamos



plenamente el problema de la impunidad internacional; pero vale la pena intentarlo, sobre todo para que la Universidad Nacional Autónoma de México muestre a la Nación mexicana y a la crítica mundial que en su comunidad universitaria existe compromiso social en todo lo referente a sus tareas sustantivas como órgano creador de conocimiento humano en sus diversos espacios.

Ahora bien, de acuerdo a la idea de implementación de la justicia universal en nuestro Derecho interno ¿pueden actualizarse las causales de improcedencia del juicio de amparo en general según el acontecimiento material, esto es, según el acontecimiento social determinado... según la circunstancia eventual? ¿puede un sistema jurídico regional esclarecido (Estado-nación) y comprometido con la justicia dirigirse hacia la internacionalización (Estado-supranacional) del mismo? ¿puede considerarse como una razón convincente la necesidad de internacionalizar un sistema jurídico regional frente a las exigencias móviles sociales? ¿puede la humanidad alcanzar la paz y justicia universal? ¿puede el principio justicia internacional según el caso concreto (impunidad) ser una razón de improcedencia del juicio de amparo penal mexicano? ¿por qué la Suprema Corte de Justicia de la Nación -en el caso Cavallo- no estimó destacar el criterio de justicia kelseniano en su decisión histórica al resolver el caso Cavallo? Estas *cuestiones centrales* buscan dar respuesta al problema de *la impunidad* derivada de interpretaciones y aplicaciones ergotistas de la ley o norma jurídica. No obstante, creemos que para evitar dichos excesos es posible la recepción del principio de justicia y/o jurisdicción universal en nuestro sistema jurídico (Constitución, Ley de Amparo y normas secundarias) y que partiendo de esa recepción, México pueda desempeñar una función dialéctica y abierta en temas de Derecho internacional, esto es, como Estado que participa en la posmodernidad del Derecho en el entendido de anhelar verdaderamente la concreción y satisfacción del sublime ideal de la humanidad: la justicia y la bondad.

Cabe mencionar que para la elaboración del presente trabajo académico nos apoyamos principalmente en la *técnica de investigación documental*. Luego, los principales *objetivos* que se plantean en esta investigación consisten en que: a)



mediante el análisis reflexivo del caso Cavallo se pueden obtener razones que contribuyan al conocimiento jurídico nacional respecto de la temática de la justicia penal internacional (universalización de la justicia/jurisdicción global) y derechos humanos, lo que puede lograrse si dicho análisis se sustenta metodológicamente en contenidos epistémicos para facilitar la fluidez del nivel taxonómico de ésta indagación y así lograr una perspectiva general del tema; *b)* considerar dentro de dicho análisis nuestra crítica externa al argumento emotivista kelseniano sobre la justicia a fin de mostrar que el valor justicia no constituye *a fortiori* una simple abstracción, sino que su explicación exige ir más allá de los intentos infructuosos de conceptualizarla; *c)* descubrir, por un lado, planteamientos razonables que sirvan de sustento para redeterminar la interpretación del artículo 73 de la Ley de Amparo (ampliar los criterios de interpretación de la norma jurídica regional de cara a los compromisos internacionales asumidos) en aquellos casos como el caso Cavallo en los que la impunidad se presente con mayor fuerza, por el otro, hacer entender que el juicio de amparo penal no es bajo ningún concepto un instrumento de impunidad, mucho menos un mecanismo jurídico por el que se pueda evadir la acción de la justicia universal; *d)* reflexionar sobre los distintos elementos y límites identificados dentro de las decisiones jurídicas expuestas en el asunto Cavallo por los órganos jurisdiccionales que conocieron del mismo; *e)* que el sistema de impartición de justicia mexicano apoyado en las exigencias jurídicas posmodernas obtenga reconocimiento internacional, en especial, por aquellas comunidades que han sido objeto de crímenes internacionales perpetrados contra la humanidad, amén de consolidar la idea de justicia internacional y a sus órganos de aplicación; y, *f)* reflexionar sobre el papel que juega México dentro de la posmodernidad jurídica en el ámbito global, entre otros.

Estructuralmente, esta investigación se constituye de *cinco capítulos*: en el *primero* se muestra a través de la evocación de las dos guerras mundiales y del Derecho de Núremberg como fue desarrollándose paulatinamente la jurisdicción internacional, el derecho penal internacional y de los derechos humanos; en el *segundo* se plantean diversas concepciones del Derecho de acuerdo a los



pensamientos jurídicos más importantes con todo y su metodología; en el *tercero* a través de la crítica al emotivismo kelseniano, se muestra tanto la superación de la *simulación política* que utilizaba a la ciencia para justificar las decisiones del régimen nacionalsocialista, como la *simulación jurídica* sustentada en la idea de neutralidad axiológica del Derecho; en el *cuarto* se describe el fortalecimiento tanto del Derecho penal internacional entre otras esferas normativas, como de la justicia cristalizada a través del Derecho procesal penal internacional reflejado en la justicia universal (Derecho consuetudinario) y en la jurisdicción complementaria universal ejercida por la Corte Penal Internacional (Derecho estatutario); y en el *quinto* se reflexiona críticamente sobre la implementación del principio de universalidad en la legislación interna de nuestro país (Constitución y Ley de Amparo), partiendo del análisis del amparo en revisión 140/2002 (caso Cavallo). Y finalmente, se exponen las conclusiones de la presente investigación académica.

De lo anteriormente expuesto, al culminar este trabajo de investigación no hacemos sino honrar la inagotable paciencia y confianza depositada a nuestra capacidad de investigación por la Universidad Nacional Autónoma de México y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Indudablemente, ésta investigación constituye una forma más de interpretación de la realidad que nos ha tocado vivir, de tal suerte que como conocimiento humano, es auténticamente falible.



## **CAPITULO 1**

### **VUELTA AL PASADO**



## 1.1 Dos conflictos mundiales armados en la historia moderna de la humanidad: la Primera Guerra Mundial y la Segunda Guerra Mundial

**P**or qué decidimos evocar estos dos acontecimientos cruciales en la historia de la humanidad. Responder a esta pregunta es quizá un poco difícil, sobre todo por el hecho de que como investigador que fija su vista frente a estos temas, apenas ella hace un enfoque a los mismos a manera de pequeños balbuceos primerizos. Empero, la operación filosófica fundamental que se haga de ellos tratara de mostrar razones y pseudo razones por las cuales se propiciaron y habilitaron dichos acontecimientos que han marcado la historia de la humanidad. Ahora bien, si hemos seleccionado este primer capítulo para mostrar lo que la pregunta planteada nos exige responder, es porque desde la historia<sup>1</sup> podemos comunicar, quizá con libertad narrativa; los hechos del pasado de los que los hombres y sus acciones han construido en un determinado sentido o dirección. También, porque la historia nos enseña que los hombres y sus sociedades o comunidades por diversos intereses cuando se ven enfrentados o enfrentadas por obtener el mismo objetivo u objetivos llega un momento en el que se escinden<sup>2</sup>, y; desde luego, se llega hasta los extremos de la confrontación, o porque no decirlo; llegan más allá de la disputa,

---

<sup>1</sup> Véase, López Obrador, Andrés Manuel; *La mafia nos robo la presidencia*, Ed. Grijalbo, México, 2007. Sec. Andrés Manuel López Obrador, "No puede forjarse un buen dirigente si no conoce la historia, que es la maestra de la vida: la historia es forjadora, fundamental", pp.18, 265. Por nuestra parte, creemos al igual que el tabasqueño originario de Tepetitán, Tabasco, que el buen investigador ha de conocer la historia, pues ella es el espacio donde se desarrolla la vida de la humanidad y por antonomasia, la manifestación de los fenómenos sociales. A later, véase, García Huidobro, Joaquín; *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002. Sec. Joaquín García Huidobro "[...] la realidad exige, también, una preocupación por la historia y la cultura como lugares en los que se despliegan las posibilidades de la naturaleza". p.137.

<sup>2</sup> P. ej. En sus pequeños escritos políticos X integrados en su obra escrita *El occidente escindido*, trad. de José Luis López de Lizaga, Ed. Trotta, Madrid, 2006. Jürgen Habermas, muestra vía lúcidas reflexiones que actualmente; "Occidente está escindido, aunque se pensaba unido. Sin embargo, no es el peligro del terrorismo internacional lo que ha causado este proceso, sino una política del gobierno de Estados Unidos que ignora el derecho internacional, margina a las Naciones Unidas y parece dispuesta a asumir el coste de una ruptura con Europa. Pero la escisión recorre también la propia Europa y los Estados Unidos". pref. p.9.





dejando marcas imborrables a las sociedades o comunidades según el tiempo en el que se desarrollan los conflictos<sup>3</sup>.

Ahora bien, no pretendemos hacer un tratado de historia o de historiografía, ni mucho menos de historia universal sobre las dos guerras mundiales, sino más bien, nuestra pretensión se cierne en explorar estos dos acontecimientos históricos y en la medida de lo posible, sensibilizar al lector para que la comprensión que realice sobre ésta investigación se vea integrada con lo que se esgrima en los capítulos que precedan a éste, y evalúe en una justa dimensión el problema de la impunidad<sup>4</sup> y su consecuencias<sup>5</sup>. De esta manera creemos que se puede alcanzar un consenso racionalmente motivado ya no universal -parafraseando a Jürgen Habermas- sobre la Justicia y el Derecho en los distintos niveles del discurso en los que se presenta para su tratamiento.

Es llamativo, que los conflictos armados más importantes del siglo XX se hayan originado *grosso modo* merced de la disputa por el control del poder hegemónico político y económico, entre las potencias más fuertes del mundo. Más *a prima facie* en el caso de la guerra de las guerras o la gran guerra se suscitó por la rivalidad que existía entre las potencias imperialistas *in illo tempore*, como el Imperio Austro-Húngaro, el Imperio Alemán, Rusia, Serbia y Japón. En tanto que la más grande y sangrienta de las guerras, se propició por las invasiones, los ataques, las agresiones y afanes de extensión y dominio entre las potencias militares más fuertes de su época, tales como la Alemania nazi, la Italia fascista y el país del Sol naciente, además de Polonia, China, Estados Unidos, la URSS, la Francia, la Gran Bretaña y aliados.

---

<sup>3</sup> De índole económica, religiosa, racial, cultural, política, social, jurídica, etc.

<sup>4</sup> N. b. Sobre este gangrenoso fenómeno que incide en las sociedades humanas, véase el protocolo de ésta investigación en 1.2 Delimitación del problema. En dicho lugar, rozo algunas apreciaciones sobre el tema.

<sup>5</sup> [Sic] el auditorio podrá ubicar que a partir de estos importantísimos acontecimientos que marcaron nuestra historia, el positivismo jurídico de frente a la comunidad internacional, reconoció su derrota y como dogma ideológico aceptó su sentencia capital.



Resulta claro que con estos acontecimientos de carácter bélico tras su evaluación, la idea que tanto defendió el filósofo de Königsberg<sup>6</sup>, respecto de la paz perpetua y la sociedad cosmopolita probablemente constituya solo algo etéreo, y no porque sea inalcanzable o irrealizable, sino porque el hombre no ha querido renunciar a ser lobo del hombre, ni tampoco ha querido creer en la bondad, aquella bondad con la que nacemos, la que nos hace buenos por naturaleza<sup>7</sup>. Sin embargo, de lo anterior, somos consientes desde luego que no solo se trata de decir de modo simplista, esto es bueno o esto es malo, o esto ha de ser así; pues es de explorada historia que el tema de la guerra ha sido instrumentado y/o reglamentado para su prosecución en el mundo fáctico, una realidad donde con frecuencia la guerra, o las guerrillas; son vías de hecho, pero; lo importante sería a nuestro juicio que la paz sea perpetua, y la sociedad o comunidad mundial cosmopolitas.

Ahora bien, los dos conflictos mundiales armados como fenómenos de una realidad cosificada, provocaron que las naciones transitaran con sentido racional o irracional por diversos senderos, y asumieran giros lingüísticos hacia distintos horizontes, determinados cambios estratégicos en su actuar en el espacio global. De ellos *i. e.* de los racionales, puede mencionarse la creación de instrumentos internacionales como los tratados internacionales, las declaraciones universales de los derechos humanos, la creación de mecanismos de defensa y de valía de los derechos universales, nuevas políticas mundiales en el comercio, en la política, en lo social, en la justicia, en el Derecho, en la economía, y en el orden mundial; en tanto que de los giros *i. e.* los irracionales, se pueden mencionar las dictaduras, los regímenes fascistas y totalitarios, así como los despóticos y demagogos.

Es de indudable sinceridad que de estos fenómenos sociales, existen bastas argumentaciones que explican de forma adecuada el sentido de los mismos, tales como las vertidas por historiadores, filósofos, juristas, politólogos, periodistas, y un sin fin de interlocutores que exponen sus agudas y reflexionadas apreciaciones sobre

---

<sup>6</sup> I. Kant.

<sup>7</sup> Pensamos, inclusive que dicha bondad la poseemos desde que somos nasciturus y ya posteriormente, cuando somos seres viables y sociables.



las repercusiones de estos devastadores y desoladores hechos de guerra. Y, precisamente; de lo anterior nos auxiliaremos con el fin de darle a nuestra exposición autoridad, en la inteligencia de que la presente indagación sea objetiva. Pretender exponer o encorsetar en este tópico las razones de cada una de las guerras mundiales, rebasaría la intención trazada en el mismo que es: enunciar a manera de “primera llamada” lo que se dibujará de modo concreto en los subpuntos específicos destinados para dicha tarea. Finalmente, cabría decir que en estos dos acontecimientos<sup>8</sup> principalmente el de la Segunda Guerra Mundial, la idea del hombre sucumbió ante la ideología radical de la época, pues se vio estigmatizada sin ninguna esperanza de ser rediviva... se desechó en el basurero de la historia que es Auschwitz, lugar que no se puede borrar de la memoria de la conciencia colectiva, pues ahí encarnó el mal en la tierra, pues como bien apunta Ricardo Artola Menéndez: *“Aún hoy, más de sesenta años después de conocer toda la magnitud de la tragedia, produce escalofríos recorrer los barracones vacíos de ese lugar que nunca debió existir. La sombra del mal se ha quedado pegada en sus muros”*<sup>9</sup>.

## 1.2 Breves razones que motivaron la Primera Guerra Mundial

**A**nalizando ahora brevemente algunas de las razones que motivaron *el primer conflicto armado global*, de ellas mencionaremos -para efectos de este subtema- las de mayor importancia, razones que tienen que ver con el origen del conflicto, lo que lo detonó, la guerra y sus frentes, el cambio de curso de la guerra, el fin de la misma, las consecuencias y los Tratados de paz. Ahora bien, utilizando las luces que presta la historiografía, *la Primera Guerra Mundial* fue un conflicto armado a escala mundial desarrollado entre 1914 y 1918. Originado en Europa, por la rivalidad que existía entre las potencias imperialistas, se transformó en la primera reyerta en aglutinar a más de la mitad de los países del planeta. Fue en su

---

<sup>8</sup> De modo especial, a partir de la Segunda Guerra Mundial, la idea del hombre, es una idea interfecta, sobre todo a partir del Holocausto de Auschwitz (versión alemana del nombre polaco Oswiecim, que es; para la historia, un pueblo del sur de Polonia, cercano a la encantadora Cracovia).

<sup>9</sup> Artola Menéndez, Ricardo; *La Segunda Guerra Mundial de Varsovia a Berlín*; Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2005, p.157.



momento el conflicto más sangriento de la historia. Antes de la Segunda Guerra Mundial, a esta primera guerra solía llamársele la Guerra de Guerras.

Así pues, por hacer referencia a los principales actores de este acontecimiento brutal, a fines del siglo XIX, Inglaterra fue una nación que dominó el mundo tecnológico, financiero, económico y sobre todo político. Los otros actores como Alemania y Estados Unidos le disputaban el predominio industrial y comercial. Ahora bien, se dice que durante la segunda mitad del siglo XIX y los inicios del siglo XX se produjo la repartición de África (a excepción de Liberia y Etiopía) y Asia meridional, así también se manifestó el gradual aumento de la presencia europea en China que en esa época era tan solo un país en franca decadencia.

Paralelo a lo anterior, Estados Unidos y, en menor medida; el Imperio Ruso controlaban con eficacia sus vastos territorios que se unían por largas líneas férreas (ferrocarril Atlántico-Pacífico y Transiberiano, al respecto). En tanto que los otros dos actores (Inglaterra y Francia, las dos potencias coloniales principales), se enfrentaron en 1898 y 1899 en el llamado incidente de Faschoda, en Sudán; pero el rápido ascenso del imperio alemán hizo que los dos países (Inglaterra y Francia) se unieran a través de la *Entente Cordiale*. Por otra parte Alemania, que solamente poseía colonias en Camerún, Namibia, África Oriental, algunas islas del Pacífico (Islas Salomón) y enclaves comerciales en China, empezó a acrecentar sus pretensiones expansivas a medida que aumentaba su poderío militar y económico, posterior a su unificación de 1871. Empero, se dice que una desacertada diplomacia fue aislando al Reich, que sólo podía contar con la alianza incondicional de Austria-Hungría.

Así pues, Francia deseaba la revancha de la derrota sufrida frente a Prusia en la Guerra franco-prusiana de 1870-1871. No obstante lo anterior, la historiografía muestra que mientras París estaba asediada, los príncipes alemanes habían proclamado el Imperio -el llamado Segundo Reich- en el Palacio de Versalles, lo que significó una ofensa para los franceses. Por lo anterior, en este nuevo estado de cosas; la tercera República francesa perdió Alsacia y Lorena, que pasaron a ser parte del nuevo *Reich* germánico. Se cuenta que las generaciones francesas de



finales del siglo XIX, -sobre todo el ejército-, crecieron con la idea de vengar la afrenta recuperando esos territorios. En 1914 sólo hubo un 1% de desertores en el ejército francés, en comparación con el 30% de 1870.

Por otro lado, mientras tanto; los países de los Balcanes liberados del Imperio Otomano, fueron objeto de rivalidad entre las grandes potencias. Turquía, que se hundía lentamente, no poseía en Europa -hacia 1914- más que Estambul, la antigua Constantinopla. Todos los jóvenes países nacidos de su descomposición (Grecia, Bulgaria, Rumania, Serbia, Montenegro y Albania), buscaron expandirse a costa de los de alado, lo que llevó a dos conflictos entre 1910 y 1913, conocidos como Guerras Balcánicas.

Impulsados por esta situación, los dos enemigos seculares del Imperio Otomano continuaron su política tradicional de avanzar hacia Estambul y los Estrechos. El Imperio Austro-húngaro deseaba proseguir su expansión en el valle del Danubio hasta el mar Negro, sometiendo a los pueblos eslavos. Sin embargo, el Imperio Ruso, que estaba ligado histórica y culturalmente con los eslavos de los Balcanes, de confesión ortodoxa los consideraba aliados naturales en su política de acceder a puertos de aguas calientes. Evidentemente, estas políticas opuestas entre una potencia católica y otra ortodoxa provocaron enfrentamientos. Como resultado de estas tensiones, se crearon vastos sistemas de alianzas a partir de 1882 a saber: a) de una parte, Francia, el Imperio británico y el Imperio ruso (*Triple Entente*) y b) el Imperio alemán, el Imperio Austro-húngaro e Italia (*Triple Alianza*). A este período se le conoce como paz armada, pues Europa estaba destinando sumadas cantidades de capital al armamento y, sin embargo, no había guerra, aunque se sabía que ésta era inminente.

De todo lo anteriormente escrito líneas arriba, la guerra comenzó como un enfrentamiento entre Austria-Hungría y Serbia, pero la Rusia se unió al conflicto, por el hecho de que se consideraba protectora de los países eslavos. Empero, tras la declaración de guerra Austro-húngara a Rusia el 1 de agosto de 1914, el conflicto se transformó en un enfrentamiento militar a escala europea. Alemania respondió a



Rusia con la guerra, y Francia se movilizó para apoyar a su aliada. Las hostilidades involucraron a 32 países, 28 de ellos denominados aliados, entre ellos se cuenta a Francia, a los Imperios Británico y Ruso, Canadá, Estados Unidos (desde 1917), Portugal, Japón, así como Italia que había abandonado la Triple Alianza. Este grupo - los de la Triple Entente- se enfrentó a la coalición de las Potencias Centrales (Triple Alianza), integrada por los Imperios Austro-húngaro, Alemán y Turco, acompañados por Bulgaria.

Ahora bien, ¿qué fue lo que detonó el primer conflicto armado mundial? Sin duda, el evento que detonó la Primera Guerra Mundial fue *el asesinato del archiduque Francisco Fernando*, heredero del trono del *Imperio Austro-húngaro*, y de su esposa, *Sofía Chotek*, en Sarajevo el 28 de junio de 1914 a manos del joven estudiante nacionalista serbio Gavrilo Princip. A raíz de ese hecho, el Imperio Austro-húngaro exigió -con el apoyo del Imperio alemán- investigar en territorio serbio, ya que consideraba que la organización paneslavista Mano Negra tenía conexión con los servicios secretos de ese país. El Imperio Austro-húngaro dio un ultimátum el 28 de julio de ese año a Serbia, la cual no aceptó todas las condiciones impuestas. A partir de esto, el ataque austro-húngaro se hizo presente, activando las disposiciones previstas por el sistema de alianzas. Creemos que hasta aquí, lo más interesante sobre lo que originó y detonó esta primer conflicto armado, toca ahora mostrar algunas cuestiones sobre la guerra y sus frentes.

Al respecto, se dice que en esta guerra se desplegaron dos frentes: el occidental y el oriental. En el primero de ellos, Rusia se movió declarando la guerra al Imperio Austro-húngaro para ayudar a los serbios, Alemania por tanto le declaró la guerra a Rusia, y después a Francia. Así, el ejército alemán inició la invasión a Francia violando el territorio neutral de Bélgica; este hecho entrañó la declaración de guerra que emitió el Imperio británico contra el Imperio alemán, pues el Imperio Británico era garante de la soberanía Belga. Después de esto, vino el sistema de alianzas que con posterioridad generalizó el conflicto, o sea que un hecho aislado



desencadenó la ruptura del equilibrio que se había mantenido por años a partir del sistema de alianzas militares defensivas.

Entre los países europeos sólo España, Suiza, Dinamarca, Países Bajos, Noruega y Suecia -e Italia provisionalmente- permanecían neutrales. Los dos campos estaban bastante equilibrados: las potencias centrales y los Aliados poseían un número semejante de soldados. Los alemanes tenían la ventaja de su superior artillería pesada y excelente adiestramiento de sus tropas, pero eso se compensaba por la supremacía de los británicos en el mar y la mayor extensión de las colonias de la Entente. Otra ventaja considerable de las potencias centrales era que conformaban un bloque territorial compacto, mientras Rusia estaba aislada de sus aliados.

En 1914, los europeos pensaban que la guerra sería corta. Pero los generales, que habían estudiado las guerras napoleónicas, estaban equivocados en su enfoque inicial del enfrentamiento. Respondiendo a la enorme eficacia de las armas -fusiles, armas automáticas y artillería pesada- producto de la Revolución Industrial, las fortificaciones fueron reforzadas. La caballería sería inútil como medio para romper el frente. Así, al comienzo de la guerra; los dos bandos trataron de obtener una victoria rápida mediante ofensivas fulminantes. Los franceses agruparon sus tropas en la frontera con Alemania, entre Nancy y Belfort, divididas en cinco ejércitos. Previendo un ataque frontal en Lorena, organizaron el *plan XVII*. Por otra parte, los alemanes tenían un plan mucho más ambicioso, pues contaban con la rapidez de un movimiento de contorno por Bélgica para sorprender a las tropas francesas y marchar hacia el este de París (Plan Schlieffen de 1905) y luego enfrentarse a las fuerzas enemigas y empujarlas hacia el Jura y Suiza. Tan sólo ubicaron 2/7 de sus tropas sobre la frontera para resistir el ataque frontal en Alsacia-Lorena.

En ese tenor, el comienzo de lo planeado transcurrió perfectamente para el Reich; sus tropas derrotaron al ejército francés en la batalla de Charleroi. Los franceses lanzaron simultáneamente el *Plan XVII*, pero resultó una catástrofe debido a las armas automáticas que frenaron cualquier asalto y a un repliegue prematuro de



las tropas hacia sus líneas. Por el contrario, los alemanes invadieron Bélgica, provocando la intervención de los ingleses; semanas después estaban ya ubicados en el río Marne, donde chocaron con la guarnición de París y las tropas de reserva francesas en la Primera Batalla del Marne: su derrota marcó el abandono definitivo de los planes anteriores a la guerra. En ese momento comenzó <el maratón hacia el mar>: los dos Ejércitos marcharon hacia el Mar del Norte; ataques y contraataques se presentaron. La contienda se desarrollaría en territorio francés: Flandes. Las tropas británicas no tardaron en intervenir en mayor número (*British Expeditionary Force*, BEF o Fuerza Expedicionaria Británica), junto a los restos del ejército belga. Mientras tanto, Austria-Hungría fracasó en su intento de tomar Belgrado; Rusia invadió Prusia Oriental, pero los oficiales prusianos Hindenburg y Ludendorff los batieron contundentemente en Tannenberg.

Ahora, por lo que toca al segundo frente, la estrategia de guerra alemana funcionó contra Rusia. Los ejércitos rusos fueron enormes (ocho millones de hombres en 1914), pero la verdad era nefasta: el ejército zarista estaba compuesto principalmente por campesinos sin ninguna formación militar, mal armados y equipados; es decir, no estaban preparados para enfrentarse a los disciplinados germanos. El mando ruso era también mediocre. Los dos ejércitos se enfrentaron en la Batalla de Tannenberg (Prusia Oriental) del 26 al 30 de agosto de 1914, y después en la batalla de los lagos Masurianos del 6 al 15 de septiembre de 1914. Los rusos sufrieron flagrantes derrotas en los dos casos y fueron obligados a replegarse. Allí nació la leyenda del dúo formado por Paul von Hindenburg y Erich Ludendorff, los comandantes germanos de aquella exitosa campaña defensiva. Polonia fue invadida. Austria-Hungría, en cambio; no pudo repeler la invasión de Galizia. Así, el año de 1914 terminó con el ejército ruso aún en pie, a pesar de haber sido rechazado militarmente de Prusia Oriental. En el curso de 1915, dos nuevos países entraron en la guerra: Italia al lado de los Aliados y Bulgaria al lado de las potencias centrales, que con este apoyo derrotaron y ocuparon a Serbia. En los años siguientes, los alemanes avanzaron sobre Rusia y conquistaron el Golfo de Riga, destruyendo y tomando prisioneros a buena parte de los contingentes rusos. El frente oriental





estuvo en constante movimiento, no conoció el drama de las trincheras. La caballería jugó aún cierto papel en esta guerra de movimientos. Dicho de otra forma, esta guerra se atrincheró, consideró otras maniobras ofensivas a fin de obtener -según lo planeado por cada frente- la victoria completa.

Sin embargo, hubo un momento en que la guerra cambió su curso, pues en el año de 1917; el Estado Mayor alemán tomó una decisión: aguantar a los Aliados en el Oeste y hundir de una vez por todas las desalentadas tropas zaristas. En este año, desaparecieron las fortalezas aliadas de Ham y de Coucy (27 de marzo 1917). Los franceses, tras sufrir un motín de sus tropas, no fueron capaces de lanzar ninguna ofensiva, limitándose a resistir. Por su parte, los británicos sin embargo, no consiguieron romper el frente. El conflicto se aletargó y el desaliento cundió en la retaguardia. La población civil padeció restricciones, sobre todo en Alemania, bloqueada por los Aliados. La historiografía señala que el año 1917 fue clave por la entrada en la guerra de los Estados Unidos, lo que le dio a la contienda el carácter mundial. El torpedeo por parte de un submarino de la flota alemana del RMS Lusitania, donde viajaban 123 estadounidenses, provocó una viva reacción de Estados Unidos, que se preparó para entrar oficialmente en guerra al lado de los aliados. Pero debía sortear primero un gran problema: casi no tenía ejército.

Más tarde, las dos Revoluciones rusas de febrero y octubre de 1917 permitieron a los alemanes avanzar considerablemente en Rusia. El Zar Nicolás II fue depuesto y asesinado con toda su familia. Los bolcheviques tomaron el control total y firmaron el armisticio<sup>10</sup> con los imperios centrales en el mes de diciembre,

---

<sup>10</sup> N. b. Por armisticio se comprende la suspensión temporal de las hostilidades pactadas entre ejércitos beligerantes. Puede ser general o local. El general suspende las operaciones de guerra en todo el territorio en que se lleva a cabo, el local solamente entre ciertas fracciones de fuerzas y en un radio determinado. El armisticio debe ser notificado oficialmente y en tiempo útil a las autoridades competentes y a las tropas, de ahí que las hostilidades deben ser suspendidas inmediatamente después de la notificación, de no establecerse un plazo fijo. véase, De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael; *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, trigésima edición, México, 2001, p.100. Como corolario, a lado de este mecanismo de



después de la paz de Brest-Litovsky (negociada por León Trotsky) en marzo de 1918. Para obtener esta paz consintieron enormes sacrificios económicos y territoriales. Además, Alemania ocupó Polonia, Ucrania, Finlandia, los países bálticos y una parte de Bielorrusia. El Reich aprovechó esta victoria para enviar casi todo su ejército oriental al frente occidental e intentar obtener una victoria rápida antes de la llegada masiva de los estadounidenses.

Expuesto lo anterior, el fin de la guerra se anunció; tras una disputa que puso a todos los imperios participantes en circunstancias auténticamente devastadoras. No obstante, se dice que en este momento terminal reforzados por las tropas provenientes del frente del este, los alemanes esparcieron todas sus fuerzas en su última ofensiva, a partir de marzo de 1918, sobre el río Somme, en Flandes y en Champagne. Después de tres años de trincheras, consiguieron romper el frente. Parece que la victoria se alcanzaba, que los Aliados se vencían... pero, mal alimentadas y cansadas, las tropas alemanas no pudieron resistir la contraofensiva de Foch y fallaron frente al objetivo final: París. El General Foch comandó sus tropas francesas y americanas hacia la victoria (segunda batalla del Marne); los primeros tanques británicos entraron en Liza y la superioridad aérea aliada fue evidente.

Fue el inicio del fin para los Imperios Centrales. Las tropas francesas atacaron las líneas búlgaras en Macedonia. Después de pocos días de combate, Bulgaria comprendió que no podía hacerles frente a los franceses e invocó el armisticio. Esta derrota comprometió a Constantinopla. Turquía estaba al límite de sus fuerzas y no pudo contener a los británicos que tomaron Jerusalén y Bagdad, avanzando hacia Anatolia. Así, franceses y británicos ocuparon el Oriente Próximo, provocando que Irak y el Imperio Otomano se rindieran. En forma paralela, el duelo entre italianos y austriacos también se resolvió, puesto que el General Diaz obedeció la insistencia de su gobierno, pues Italia necesitó de una victoria en el frente alpino para poder negociar. Los italianos derrotaron a Austria-Hungría en Vittorio-Veneto. Este hecho

---

solución de conflictos armados se cuenta también desde el Derecho internacional con la amnistía.



marcó el descalabro del ejército imperial provocando que la monarquía de los Habsburgo se fuera a pique, incapaz de oponer ofensivas, siquiera defensas; al avance aliado por los Balcanes.

El Reich se encontraba en una situación desesperada, pues se quedó sin aliados, su población civil sufrió draconianas restricciones, su ejército al límite, sin reservas y desmoralizado. Ludendorff y Hindenburg fueron partidarios de la capitulación inmediata, pues creyeron que el frente se derrumbaría en cualquier momento. En efecto, tropas americanas de refuerzo no pararon de desembarcar e incluso Italia se preparó para enviar un contingente a Francia. El 8 de agosto un ataque aliado cerca de Amiens tuvo éxito, rompiendo el frente germano. Los aliados ingresaron a Bélgica. El Alto Mando pidió al brazo político iniciar inmediatamente negociaciones de paz, pues cundió la convicción de que la guerra estaba perdida. Por su parte, Wilson proclamó que Estados Unidos sólo negociarían con un gobierno alemán democrático. Los Hohenzollern tenían los días contados. Tras una revolución obrera en Berlín, el Káiser Guillermo II de Hohenzollern ex emperador de Alemania huyó a Holanda. El gobierno de la nueva República alemana firmó el armisticio de Reahondes el 11 de noviembre de 1918. La guerra terminó con la victoria de los Aliados. Por otro lado, para finalizar este subpunto diremos que *las consecuencias* de esta Primera Guerra Mundial, fueron de distinta índole. En cuanto a *pérdidas humanas* se calcula que este acontecimiento arrojó ocho millones de muertos y seis millones de lisiados. Francia fue el país más afectado, proporcionalmente: 1,4 millones de muertos y desaparecidos, equivalentes a un 10% de la población activa masculina, acompañado por un déficit de nacimientos. El estancamiento demográfico francés se prolongó, con un envejecimiento de la población que sólo logró crecer con la inmigración. El norte francés estaba en ruinas: casas, puentes, vías férreas, fábricas, etc.

En el *ámbito político*, cuatro imperios autoritarios se derrumbaron, lo que transformó profundamente el mapa de Europa, rediseñado por los Tratados de paz de 1919 tales como el de Versalles, Saint-Germain-en-Laye, Sévres y Trianon. Así, el



Imperio del Zar se transformo en la Rusia comunista (más tarde la URSS); por su parte, el Imperio Otomano se redujo a Turquía (península de Anatolia y Constantinopla), el Imperio Austro-húngaro fue desmantelado, surgiendo las minúsculas Austria, Hungría, Checoslovaquia y Yugoslavia, como nuevos países independientes. El Imperio alemán llegó a su fin siendo reemplazado por la República de Weimar, mermada territorial y económicamente por el pago de las reparaciones de guerra. En fin, se dio un *nuevo equilibrio político mundial*, la sociedad se transformó, la tecnología también se desarrolló, hubo presiones políticas dirigidas a los países vencidos, igualmente consecuencias económicas como la gran depresión, deuda pública e inflación por gastos militares, la destrucción del sistema de pago internacional conocido como patrón oro, el advenimiento de la mano de obra femenina en el mundo laboral y con ella, el auge del movimiento feminista además de la gran pérdida de soldados de guerra, avances técnicos, la reestructuración de fronteras y mercados, y las indemnizaciones exigidas por los potencias vencedoras por gastos de guerra a las vencidas. Empero, estas circunstancias propiciaron el ascenso de los regímenes totalitarios que tomaron forma en el acontecimiento mundial más encarnizado que la humanidad haya vivido: La Segunda Guerra Mundial.

### 1.3 Algunas pseudo razones que propiciaron la Segunda Guerra Mundial

**T**oca ahora muy brevemente asomar la nariz a uno de los acontecimientos que más han impactado a la conciencia colectiva y a la historia de la humanidad: *la Segunda Guerra Mundial*<sup>11</sup>. Al parecer, y a raíz del primer conflicto armado global, no cicatrizaron totalmente las heridas infringidas a las potencias vencidas. La *vindicta privada* que en cada una de ellas fue creciendo con el transcurso del tiempo tomó

---

<sup>11</sup> *Ex professo* del tiempo en que se manifestó éste acontecimiento inolvidable para la historia se ha dicho en palabras de Ramón Xirau: Los años de la década de los treinta quedan sellados por una serie de hechos que nadie puede olvidar... el comunismo en la URSS, el fascismo en Italia y en Alemania, las guerras de conquista y expansión en Abisinia y en Albania, el principio real de la Segunda Guerra Mundial, y antes de ésta, la guerra de España. Véase, Xirau, Ramón; *Introducción a la historia de la filosofía*, Ed. Coordinación de Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005. p.499.



una nueva forma, al parecer, altamente compleja. Dicha forma, se fue constituyendo con sutileza, con cálculo y frialdad. Esto quizá se deba a que después de lapsos prolongados, los países vencidos fueron edificando y desarrollando nuevos argumentos justificatorios para materializar su revancha frente a sus adversarios<sup>12</sup>.

Sobre ellos, podemos mencionar en lo *político* a las nuevas ideologías fundadas sobre mitologías autóctonas o misticismos (como el nacionalsocialismo alemán); en lo *jurídico*, se encuentran los mecanismos e instrumentos que muy probablemente legitimaron y justificaron la toma de decisiones políticas bajo el amparo de la pureza de los métodos y técnicas científicas (fiscalismo/normativismo jurídico) que tenían por objeto las ciencias sociales y humanidades, al grado de compararlas con las ciencias exactas. Todo esto, como puede observarse, se fundó sobre la base de subterfugios y propaganda, sobre una constelación de ficciones persuasivas que tenían el poder de manipular la conciencia de las masas, obligándolas a proceder sin algún resquicio moral o ético. Por ejemplo: parte de la comunidad científica social que estudió al Derecho en los años 30 y 40, basó sus estudios sobre un dogma que les sugería que para que sus investigaciones fuesen científicas habría que desacreditar todo aquello relacionado con razones ontológicas<sup>13</sup>. Otro ejemplo: tenemos a una determinada elite política que pugna por constituir un imperio en donde sus súbditos han de ser de una sola especie, con el fin de conservar por mil años su pureza.

---

<sup>12</sup> N. b. Con esto no pretendemos dar a entender que haya frentes malos y buenos, puesto que estos calificativos son ambiguos y vagos; sino que en materia de guerra, se gana o se pierde. La idea de *homo homini lupus* contraria a *homo hominis sanctus*, es una máxima que se materializa en la guerra. Pues alcanzar la victoria es cuestión de tiempo. ¿Cuánto? No se sabe. Pero esto es precisamente lo que ha llevado y sigue llevando al enfrentamiento entre países: el hambre de dominio total.

<sup>13</sup> V.gr. véase, Ferrajoli, Luigi; *Epistemología jurídica y garantismo*, Ed. Fontamara, México, 2004, seg. pte. pp.167-299. De modo especial, pp.194-203. En este lugar, el distinguido tratadista italiano, expone magistralmente una de las conocidas etapas evolutivas del paradigma del Derecho, y como fue revistiendo diverso contenido comunicativo según el proceso histórico y el dogma imperante en turno.



Esto muestra que, la mayor parte de las pseudo razones que se construyen por motivos presuntamente fundados, surgen merced de nuevos dogmas que niegan la posibilidad de reflexión, por el simple hecho de que el dogma y sus intérpretes se creen con el derecho para someter a cualesquiera a su dogma o razón pura, positiva y legítimamente implantada. Lo anterior, ayuda a ubicar algunos puntos nodales que son a nuestro entender el trasfondo de las pseudo razones que provocaron el segundo enfrentamiento mundial armado, sin echar a escaño, naturalmente; la percepción de que influyeron otras pseudo razones de distinto matiz en éste importante acontecimiento de la historia. Ahora bien, resulta instructivo preguntarse ¿qué fue la Segunda Guerra Mundial? Sin duda, la respuesta a esta cuestión resulta difícil de pergeñar, sobre todo por el hecho de la complejidad que reviste el fenómeno histórico aquí anunciado, y más aún, por la razón de que existen en el mundo de la literatura y de la cultura militar innumerables obras escritas que tratan el tema de la guerra a profundidad y con conocimiento de causa<sup>14</sup>. Empero, para los efectos del presente tópico, resulta instructivo adherirse a lo que aduce Ricardo Artola sobre la Segunda Guerra Mundial:

*La Segunda Guerra Mundial es uno de esos hechos históricos que sirve para marcar la frontera entre dos épocas, dos mundos, dos formas de pensar y de actuar. Fue el mayor acontecimiento del siglo XX y uno de los mayores de la Historia. Gran parte de esa centuria fue influida por la guerra y viceversa. Esta no se entendería sin la Primera Guerra Mundial, la crisis económica de los años 30 o la revolución rusa y a su vez provocó un auténtico vuelco de las relaciones internacionales y de poder en el mundo. En aquellos seis años terribles se produjo el choque a muerte de las grandes ideologías políticas contemporáneas (comunismo, fascismo, nazismo, liberalismo). También, surgieron fenómenos como el concepto de guerra total, la resistencia y el colaboracionismo, el Holocausto y su legado, las mujeres y su liberación, la descolonización, la división y el declive de Europa, la guerra fría, la creación y el uso de la bomba atómica, la invención de los misiles o el <<fenómeno Hitler>>. La Segunda Guerra Mundial supuso el culmen de la conformación bélica entre los seres humanos, todas sus magnitudes son escalofriantes y aún hoy sirven de referencia de cualquier contienda militar.*

---

<sup>14</sup> P. ej. véase, la Enciclopedia Americana, *Breve historia de la primera guerra mundial. Breve historia de la II guerra mundial*, ambas obras escritas bajo la dirección y asesoramiento de Esposito, Vicent J. General de brigada de los Estados Unidos (retirado), Ed. Diana, México, 1966, ts. I y II.



*Además de todo esto la guerra [...] marco un hito de la crueldad humana. El Holocausto del pueblo judío, junto a importantes minorías de gitanos, homosexuales, comunistas, y otros, la renuncia a considerar a la población civil como no beligerantes, la degradación de los valores éticos hasta extremos que hasta entonces y desde entonces parecen inconcebibles. Todo ello solo levemente compensado por los actos de heroísmo, generosidad y sacrificio de muchos. El legado moral de la guerra es tan terrible que todavía no nos hemos recuperado de él completamente. Como resultado de todo ello [...] la Segunda Guerra Mundial ha despertado desde su finalización misma un interés que parece inagotable. Probablemente sea el periodo histórico que más tinta, celuloide y hasta videojuegos ha hecho correr. Habría que dedicar una vida entera a absorber toda la información que genera la guerra, desde historias generales hasta biografías, desde exhaustivas obras de referencia a parafernalia de uniformes, desde armas y tácticas hasta detallados estudios de batallas<sup>15</sup>.*

Es indudable pues, que el argumento anterior posee un ineludible aire de superioridad por las razones que Ricardo Artola aduce al respecto, pues creemos que dicho razonamiento se acoge a los estándares de una auténtica reflexión especializada en el tema. Así pues, siguiendo de forma diáfana y sin ser recalcitrante en lo estudiado por R. Artola, a la Segunda Guerra Mundial se le puede estudiar en diversas etapas, como por ejemplo: *El camino hacia la guerra, la guerra en Europa, en África y el Atlántico, la Operación Barbarroja, la Guerra Mundial, la Europa de Hitler, la Victoria Aliada y las consecuencias de la guerra*. En cada etapa puede observarse y valorarse aciertos y desaciertos que le dieron un determinado sentido a éste segundo conflicto mundial.

Empero, a nuestro juicio, lo más relevante de éstas etapas son *la Europa de Hitler, la Victoria Aliada y las consecuencias de la guerra*, porque en todo caso; cada una de éstas fases de la Segunda Guerra Mundial poseen un significado elemental para el objetivo de nuestra investigación que es de modo muy genérico, mostrar cual es el antecedente de la impunidad como fenómeno gangrenoso y, también; mostrar como una ideología dogmatizada cae por su base cuando se enfrenta a los límites o paradojas de la propia lógica<sup>16</sup>, más aún, de la realidad y la complejidad,

<sup>15</sup> Artola Menéndez, Ricardo; *op. cit.*, nota 9, introd. pp.11 y 12.

<sup>16</sup> N. b. La historia y el Derecho posmoderno enseñan que los juicios de Núremberg durante la inmediata posguerra, constituyen la crítica definitiva a una ideología dogmatizada, a una ficción institucionalizada, como lo fue





parafraseando a Edgar Morin. Dicho en otras palabras, comunicar cuándo la conducta humana dogmatizada comienza a aniquilar, y cuándo ésta conducta dogmatizada cesa frente a los cambios de paradigma, parafraseando a T. S. Kuhn que trae consigo nuevas consecuencias. Es decir que, cuando el principio supremo de *identidad no contradicción* no opera; es porque el principio antípodo a él, o sea, el de *movimiento* está en marcha y/o ejerciendo su campo de atracción<sup>17</sup>.

Ahora bien, examinando más de cerca otras pseudo razones que provocaron la Segunda Guerra Mundial pero desde diferente enfoque; la *Teoría Política* enseña que en el trasfondo de éste acontecimiento lamentable, flirtea una suerte de irracionalismo político, con tendencia antiintelectualista, pragmática y de predominio de lo instintivo del hombre, ensalzando lo irracional, lo mítico, lo sindical y lo totalitario; de ahí su profunda influencia en la *psicología de masas*. Lo anterior significa que lo más destacado en un análisis político es que en la Segunda Guerra Mundial surgieron términos atribuibles al irracionalismo político que manejaban las potencias militares más fuertes de la Europa del siglo XX: Alemania e Italia. Tales conceptos son *el nacionalsocialismo alemán o nazismo*, y *el fascismo italiano*, de ahí que como bien aduce Héctor González Uribe: “En el lenguaje corriente el término fascismo se emplea de un modo genérico para calificar no solo el régimen político de la Italia de Mussolini sino también el de la Alemania de Hitler y aun el de otros Estados de realizaciones autoritarias. Pero estrictamente hablando es preferible reservar el término fascismo para la Italia de Mussolini y emplear el de nacional-socialismo al tratar de la Alemania de Hitler”<sup>18</sup>.

Para efectos de lo anterior, la *Teoría Política* muestra que dichos términos tienen rasgos comunes *i.e.* que como primado de la acción, *el fascismo* no es una doctrina; menos aún *el nacionalsocialismo* o *nazismo* alemán, pues en el año de 1919 Mussolini declaró <*nuestra doctrina es el hecho*>, frase de la que válidamente se deduce que la acción es antes que la palabra, que *el fascismo* no necesita un

---

el nazismo alemán y el fascismo italiano... moradas legítimamente cerradas por candados técnicos deducidos de un positivismo científico imperante en la época.

<sup>17</sup> N. b. Esto lo explicaremos con más detenimiento discursivo, *infra*. cap.3 subtemas 3.1 a 3.7, de este estudio.

<sup>18</sup> Cfr. González Uribe, Héctor; *Teoría Política*, Ed. Porrúa, 12<sup>a</sup> ed, México, 1999, p.654.





dogma, sino una disciplina. Empero, hacia 1929-1930 sentirá Mussolini la necesidad de otorgar *al fascismo* una doctrina, doctrina que ante los ojos de los estudiosos del Estado es bastante imprecisa y oportunista. En cuanto al *nazismo*, tampoco ha de estimarse como una doctrina, puesto que en el año 1933 Hitler se niega durante toda la campaña electoral a presentar un programa. De allí, la aseveración de Hitler <*Todos los programas son inútiles, lo que importa es la voluntad humana, Mi lucha (1925-1927) es una autobiografía apasionada y un llamado a la acción, mucho más que una obra doctrinal*>.

Ahora bien, otro rasgo común entre estos términos es que proceden de un *nacionalismo de vencidos i. e.* que ambos términos nacieron de la guerra, fueron una reacción de humillación nacional ante la derrota, expresando la desorientación de los antiguos combatientes, en quienes la guerra dejó una profunda cicatriz. *A later*, dichos términos nacieron de la miseria, crisis, paro y hambre, apareciendo desde su origen como movimientos de desesperanza y de rebeldía contra *el liberalismo* y los viejos mitos de la maquina y del progreso. Bajo estos términos, se decía que la salvación solo podía venir de una nueva forma de *socialismo*, que no fuere internacional como el marxista, sino cabría decir nacional, en el que todas las clases colaboren, sin embargo, esto no paso de ser una mera táctica verbal. De hecho, estos términos protegían a la oligarquía y al gran capital, mostrando su verdadero rostro: una dictadura conservadora y de linaje.

Otro rasgo común entrabos términos es su filosofía política transpersonalista, o sea que se inspiraban de modo radical en la filosofía hegeliana del Estado: el Estado lo es todo, el individuo no cuenta, de ahí su sentido objetivo. Dicho en otras líneas, estos términos inducían la exaltación del Estado, instrumento de los fuertes y garantía de los débiles, de ahí que en dicha exaltación radicó la omnipotencia estatal, la subordinación, la unidad, el todo para el Estado. Pues en vano para Mussolini el Estado fue una realidad superior y anterior a la nación, pues es quien crea la nación permitiéndole florecer, en tanto que para Hitler, el Estado fue solo un instrumento del pueblo alemán.



Como corolario, se dice que Mussolini tuvo que forjar el Estado italiano, Hitler no tuvo que hacerlo, sino utilizarlo; dándole una mística para excitar a las multitudes y hacerlas vibrar en un mismo arrebató. Por último, otro rasgo característico de sendos términos es que enarbolaban la exaltación del jefe carismático, pues en el caso alemán, Hitler representaba una mitología autóctona... más aún, un estilo que decoraba a la multitud de grandes símbolos, pues, en efecto; como aduce Héctor González Uribe: “Mussolini pone al régimen fascista bajo el signo de la antigua Roma. Hitler invoca los poderosos mitos del romanticismo alemán y de la vieja mitología germánica. De esta forma se establece entre el pueblo y su jefe una estrecha comunicación personal, vital, de naturaleza casi física, que adopta las formas de una histeria colectiva”<sup>19</sup>. Creemos que al final, todo esto se redujo a una intentona de consolidar una nueva cultura hegemónica, un nuevo imperio que -donde de consolidarse la oligarquía- se tendría el control absoluto del Estado-Imperio en su dos sentidos y características: el objetivo y el subjetivo, así como Oriente y Occidente.

Ahora bien, sin más preámbulo, abordemos brevemente el tema de las etapas o fases de la Segunda Guerra mundial, que a nuestro juicio son las más significativas para quitar el velo del engaño a que induce *la impunidad estatal* bajo el argumento de que se actúa dentro de los límites del sistema positivo constituido legítima y eficazmente. Hablábamos de *la Europa de Hitler, la Victoria aliada y las consecuencias de la guerra*, sin denostar al resto de las demás fases, puesto que todas son importantes y merecen un estudio en conjunto y su tratamiento detenido en otro espacio más oportuno. Comencemos por analizar con brevedad, las pseudo razones de *la primera fase*, las razones de *la segunda*, así como las pseudo razones de *la tercera etapa*. No podríamos dejar el hilo conductor que nos presta Ricardo Artola<sup>20</sup> sobre el tema de la Segunda Guerra Mundial, y en efecto; sobre *la Europa de Hitler* podemos decir que durante cuatro años la Alemania nazi ocupó gran parte

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.655.

<sup>20</sup> N. b. Si insistimos enfáticamente haciendo referencia a este autor en específico, es porque su obra escrita resulta de una edición recientemente actualizada, además de que en sus argumentos hay claridad, precisión y concreción, amén de que cuenta con abundante información en pocas páginas. Resulta a nuestro entender, una obra de consulta imprescindible para este primer capítulo de nuestra indagación.



de Europa de una manera que no tiene precedentes. Los principios que rigieron la ocupación alemana sobre Europa eran raciales, respondiendo a un término llamado <Nuevo Orden> consistente en la revisión de los límites territoriales del continente y en el establecimiento sistémico de Estados, naturalmente que con Alemania como poder imperial dominante. En principio, Europa estaría conformada por pueblos nórdicos unidos entre sí frente a las hordas de eslavos racialmente inferiores, cuyas heredades serían explotadas por los colonos germánicos.

Alemania en ese tenor, sería hegemónica en lo político, en la industria pesada y de armamentos, en tanto que el resto de los países se convertirían en provincias suministradoras de haberes elementales como los productos alimenticios y materias primas. Este escenario, se completaría con el exterminio de pueblos enteros considerados indeseables, fundamentalmente judíos, gitanos y parte de los eslavos. Haciendo un íterin, pensamos que el sueño de Hitler en esencia consistió en construir una nueva versión del Imperio Romano<sup>21</sup>, solo que con rasgos característicos particulares de origen alemán, y esto no es de extrañarse, puesto que los antiguos pueblos germanos siempre estuvieron en disputa con el Imperio Romano, al grado de que para los romanos, los germanos eran bárbaros que sólo tenían como actividad la caza y la domesticación de ganado, esto obedecía al hecho de que sus tierras eran infértiles, y, lo que le interesaba al Imperio Romano era; sostener el modo de producción que radicaba en la agricultura de sus provincias avasalladas y en el esclavismo, de ahí que los tratadistas afirmen que lo que propició la caída del Imperio Romano se debió al agotamiento de su modo de producción, a la crisis y corrupción de su gobierno, sin soslayar obviamente, el saqueo de los godos y bárbaros en el año 410 d. C, no tanto al advenimiento del cristianismo<sup>22</sup>. Así, la emulación que hace A. Hitler sobre la antigua Roma resulta obvia.

---

<sup>21</sup> N. b. Su acción se dirigía a unificar el imperio de Oriente y el imperio de Occidente.

<sup>22</sup> N. b. A nuestro juicio, el sueño de Hitler incurrió en el singular error - aunque de modo distinto, puesto que Roma si dominó el mundo antiguo- del Imperio romano que fue: asumir posturas omnímodas y dogmáticas, posturas que no aceptaban otra realidad que el poder coactivo y violento de los



Ahora, volviendo al tema, esta visión apocalíptica no se llegó a aplicar totalmente, pero sí sirvió de sustento para sindicalizar racial y vitalmente a los países ocupados, pues como bien aduce R. Artola Menéndez:

*Administrativamente la situación del continente era la siguiente: en el centro se situaba la Gran Alemania, formada por la Alemania resultado del tratado de Versalles, más Austria y los Sudetes (ambos anexionados antes de la guerra), así como la parte occidental de Polonia, Luxemburgo y Alsacia-Lorena, todos ellos ocupados durante el primer año de la contienda. Otros tres territorios estaban formalmente separados de Alemania pero subordinados a ella: el protectorado de Bohemia y Moravia, con cierta autonomía administrativa, el gobierno General de Polonia, cuyo gobernador era jefe de gobierno, pero no de Estado, y los Estados bálticos junto a parte de Rusia, cuyo estatus era similar al del Gobierno General. El resto de la Europa ocupada estaba dirigida por gobernadores militares o civiles según su valor estratégico (Bélgica, Grecia, y Yugoslavia tenían un gobernador militar). El panorama se completaba con los aliados o satélites de Alemania (Italia, Eslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria y Finlandia), y los países neutrales: España, Turquía, Irlanda, Suiza y Suecia. Francia era un caso aparte: el norte y oeste del país (Francia ocupada) era dirigido por un gobernador militar, mientras que el sur formaba la llamada Francia de Vichy, con su propio gobierno (hasta su ocupación en noviembre de 1942)<sup>23</sup>.*

La ocupación alemana del continente generó dos fenómenos: el *colaboracionismo* y la *resistencia*<sup>24</sup>. Así el colaboracionismo *grosso modo* consistió en -amen de los espectaculares éxitos militares alemanes- que ciertos sectores de la población simpatizaron con la nueva situación, ya fuese por ideología, oportunismo o

---

Cesares y su grandeza además de la función absorbente y funcionalista de Roma, echando por tierra la creencia, costumbres o convenciones propias de cada pueblo subyugado a su poderío. El desprecio a la cosmovisión de las diversas provincias llevó a Roma a asumir una perspectiva amorfa de la realidad, postura que fue eclipsando los principios en los que se edificó, o sea; la enseñanza y cultura griega, es decir; el humanismo que ensalza la razón de que el hombre está constituido de espíritu y materia. Esto mismo le pasó a Hitler, al despreciar los idearios de otras culturas. La consecuencia fue la derrota teórica y práctica... teórica porque la lógica trabaja con axiomas antípodas como la de identidad y no contradicción, tercero excluso y la de movimiento, práctica porque la realidad fue y es compleja, no es mera simplicidad.

<sup>23</sup> Artola Menéndez, Ricardo; *op. cit.*, nota 15, p.128.

<sup>24</sup> Al respecto véase Artola, Ricardo; *La Segunda Guerra Mundial. de Varsovia a Berlín*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp.129 y 130. En este espacio de su obra escrita, R. Artola explica con lujo de crónica lo que atañe a esos tipos de fenómenos.



venalidad<sup>25</sup>. Por lo que toca a la resistencia, en ella primaba la oposición a la represión<sup>26</sup> (persecución y deportación de los judíos, trabajo obligatorio en Alemania, una suerte de esclavismo moderno). No obstante lo anterior, ítem la visión racial alemana produjo dos modelos de ocupación, uno en Europa occidental y el otro en la Europa oriental o del este. Ambos extremos, tenían en común la seguridad militar, la dominación racial y la explotación económica de los países ocupados, convertidos en suministradores de materias primas, mano de obra y capital.

Se dice que en Europa occidental, la ocupación fue benévola, puesto que la reacción de la población civil fue pasiva y conformista ante la nueva situación. Esto propició el colaboracionismo por un lado, y por el otro, no fue total, puesto que la resistencia fue importante para determinados sectores de la población de los países ocupados, pues ésta (la resistencia) obligó al ocupante a dedicar recursos militares para el mantenimiento del orden público en los países ocupados. Además, sirvió como factor de cohesión nacional frente a la humillación de la derrota y la ocupación. Por su parte, la ocupación de la Europa del este (los restos de la antigua Polonia, la URSS, Yugoslavia y Albania) fue igualmente eficaz so pretexto de las teorías raciales, pero consecuentemente a ello, la resistencia optó por la acción directa desde un principio de la ocupación.

En esta ocupación de Europa del este, Polonia fue el territorio más azotado por Alemania y fue así por el falso pretexto de un ataque polaco simulado en un puesto fronterizo alemán, de ahí lo expresado por los nazis: *"La existencia de Polonia es intolerable e incompatible con las condiciones esenciales de la vida alemana. Polonia debe irse y se irá..."*<sup>27</sup>. Además de su desaparición como país, se intentó el exterminio biológico de sus habitantes, incluyendo a su elite intelectual, política, y religiosa. Esto hizo que no se desarrollara

---

<sup>25</sup> N. b. Sin temor a equivocarnos, podemos señalar que cierto sector de la Europa ocupada por Hitler veía con buenos ojos el advenimiento transcultural propuesto vía ocupación por la Alemania nazi.

<sup>26</sup> N. b. En este sentido y en contraposición al colaboracionismo, otros sectores de la Europa de Hitler se oponían -como era de esperarse- a la transculturación que Hitler pretendía imponer vía ocupación militar.

<sup>27</sup> Fuente electrónica: [http://es.wikipedia.org/wiki/Segunda Guerra Mundial](http://es.wikipedia.org/wiki/Segunda_Guerra_Mundial). Consulta:14 de noviembre de 2007.



el colaboracionismo en esta parte ocupada de Europa. En cuanto a la resistencia, los polacos lucharon en dos frentes: contra los alemanes pero también contra los rusos, que habían ocupado parte de Polonia al principio de la guerra. Varsovia fue el escenario del primer zafarrancho urbano en la Europa de Hitler, el alzamiento en el gueto judío de abril de 1943, y otro levantamiento en julio-agosto de 1944. Ambos fueron aplacados brutalmente por el Ejército de ocupación; en el segundo caso, la orden de Hitler de arrasar la ciudad fue escrupulosamente cumplida. Por otro lado, la resistencia polaca organizó importantes grupos de partisanos que sabotearon los transportes que abastecían el frente del Este.

En fin, los planes alemanes para la URSS se circunscribían a convertirla en un territorio libre de eslavos y colonizados por arios. También en esta parte geográfica se manifestó el fenómeno del colaboracionismo y la resistencia. Por ejemplo, en lugares como los Estados bálticos y Ucrania, los ocupantes fueron inicialmente bien recibidos con la esperanza de lograr más autonomía. No aconteció lo mismo, con la resistencia soviética que se caracterizó por la guerra partisana, de ahí que sea curioso que en una fase posterior los partisanos recibieran ayuda y coordinación del Ejército Rojo, al cual, a su vez, ayudaron en sus ataques. Conviene resaltar que Alemania se escudó en que la Unión Soviética no había firmado la Convención de Ginebra sobre prisioneros de guerra para aplicarles un tratamiento severo.

Ahora bien, examinando un poco más de cerca las pseudo razones que motivaron -en especial de ésta fase- la Segunda Guerra Mundial, salta a la vista una pseudo razón que muestra el nivel de crueldad que el hombre es capaz de mostrar sin cortapisas... una crueldad, una impunidad que se justifica por los medios que utiliza para llegar a ella. A esta pseudo razón se le conoce como: *el Holocausto*. Este doloroso recuerdo atosigador de la conciencia moral, y enemigo de *la razón crítica* pertenece como habíamos dicho, a la fase de la Europa de Hitler... a la Europa ocupada por la Alemania nazi, de ahí que merezca mención aparte.

Y en efecto, *el Holocausto*, o sea, el intento sistemático de exterminio de los judíos europeos, y en menor grado de los gitanos; es uno de los recuerdos más



cruentos y aciagos de la historia de la humanidad. En efecto, el exterminio de los judíos fue el objetivo fundamental de la política de Adolf Hitler, que tenía como propósito final la supremacía mundial de la raza aria. Así pues, podemos decir que desde el ascenso de Hitler al poder hasta el final de la guerra; se puede esbozar tres fases en la progresiva radicalización de la política antisemita del nazismo alemán, por ejemplo: *a)* en la primera etapa (de 1933 hasta el comienzo de la batalla), se producen una serie de discriminaciones jurídicas<sup>28</sup>, despojos económicos y amenazas físicas, primero en Alemania y a la postre en territorios ocupados por ésta antes de la contienda. En este periodo el régimen nacional-socialista o nazi, fomentó la emigración de los judíos alemanes, obligándolos a renunciar a todas sus posesiones; *b)* en la segunda fase (desde finales de 1939 hasta principios de 1942) se puede hablar de la búsqueda de un antídoto eficaz territorial, o sea; de un intento de encontrar un espacio geográfico extra europeo para concentrar a todos los judíos del continente en ese espacio, de hecho la idea no es disímbola de aquella que se materializó cuando los colonos ingleses llegaron al norte de la América, confinando a los habitantes autóctonos y fauna a reservas, al grado de exterminarlos casi por completo. Empero, a esta fase corresponde la creación de guetos en Europa del Este donde se reunía a los semitas y eran sometidos a degradantes condiciones de vida; *c)* la tercera y última fase (desde enero de 1942 hasta el final de la reyerta mundial) prevé la ejecución del antídoto final físico del pueblo judío, perseguido desde un decenio antes.

Así pues, las miles de víctimas que provocó el traslado masivo en condiciones infrahumanas de los judíos de Europa hacia el Este del continente y las matanzas genéricas ya eran una realidad desde 1941 con la invasión de la URSS. Así, tras el ejército invasor, comenzaron a operar grupos especiales de la *policía de seguridad alemana* con órdenes de exterminio en los territorios ocupados. Estos grupos asesinaron a un millón de judíos, la mayor parte durante los nueve meses posteriores

---

<sup>28</sup> N. b. ¿Puede pensarse que dichas discriminaciones jurídicas estaban legitimadas -amen de su legalidad- por el sistema jurídico regional establecido, o sea; por su sistema legal autopoiético normativo?





a la invasión. Empero, se puede estimar que la Conferencia de Wannsee (enero de 1942), marcó el comienzo del antídoto final físico de “*el problema judío*”. En esa Conferencia infernal se reunieron representantes de la Cancillería del Reich, el partido nazi y los ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia e Interior, o sea; todas las ramas importantes del gobierno convocadas por el asunto a tratar. En esta diabólica reunión se decidieron los detalles del plan de exterminio de los judíos europeos. Se dice, que el principal instrumento para llevar a cabo la abominable acción fue el establecimiento de *campos de exterminio*. Ya con anterioridad, los nazis habían creado *campos de concentración* para encerrar alemanes mercenarios hostiles al régimen y prisioneros de guerra<sup>29</sup>.

No obstante, partiendo del año de 1942 se presentó un *cambio elemental*: se crearon nuevos campos donde se instalaron cámaras de gas con apariencia de baños colectivos (conocidas también como duchas); como complemento, se edificaron crematorios para quemar los cadáveres, además de los experimentos científicos practicados en seres humanos infantiles. Luego entonces, el siguiente paso consistió en buscar, agrupar y enviar a los judíos a aquellos lugares de exterminio vaciando los guetos<sup>30</sup>. Todos los campos de exterminio se establecieron en Polonia; se trata de Auschwitz (lugar que ya existía como campo de concentración), Chelmno, Treblinka. Sobibor, Belzec y Majdanek. En estos lugares fueron *asesinados* sin piedad

---

<sup>29</sup> N. b. En el escrito titulado *El occidente escindido*, el representante más destacado de la segunda generación de filósofos alemanes de Fráncfort: Jürgen Habermas, sostiene -merced de la entrevista realizada por Anna Rubinowicz-Gründler en diciembre de 2003, así como la que formuló Eduardo Mendieta en noviembre de 2003- algunas de sus impresiones con respecto a este acontecimiento y sus repercusiones, sin prescindir de aquellas sobre la guerra y la paz. véase, por ejemplo el punto 5 de la pte. II, asimismo lo expresado en el punto 7 de la pte. III, de dicha obra. (Habermas, Jürgen; *El occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, trad. de José Luis López de Lizaga, Ed. Trotta, 2006).

<sup>30</sup> Sec. con Ricardo Artola Menéndez, hay que mencionar el heroico levantamiento del gueto de Varsovia de abril y mayo de 1943. Este levantamiento judío se convirtió en la primera revuelta urbana importante en la Europa de Hitler. Y, empero, el gueto fue arrasado... reprimido brutalmente por los alemanes nazis. Sobre esto, hay una fotografía llamada *Los héroes de Varsovia* que talentosamente incorporó R. Artola en su obra escrita *La Segunda Guerra Mundial*. Esa imagen es insoportable, pues sintetiza visualmente la maldad humana. (p.149. de dicha obra referida).





aproximadamente, unos *cuatro* millones de judíos, amén de gitanos, homosexuales, etc. Sin embargo, añadiendo otro método de exterminio masivo como el fusilamiento y los traslados forzosos aplicados fuera de los campos, el número total de muertos asciende a *seis* millones de seres humanos aniquilados. Cabe mencionar que Polonia tuvo la peor parte en *el Holocausto*, pues alrededor del 50 % de sus víctimas procedían de aquel país.

Queda así de relieve que *el Holocausto* representa un crimen sin precedentes en la historia de la humanidad, no solo por el número de víctimas y el breve lapso de tiempo en que se llevo a cabo su ejecución. Se trata pues del intento de aniquilamiento de todo un pueblo, de forma dogmática, burocrática e impersonal, y llevado a cabo con métodos científicos<sup>31</sup>. Amén de los ejecutores del exterminio y de los responsables directos del mismo, resulta oportuno mencionar que el Ejército alemán toleró y colaboró en la ejecución del plan. No obstante lo anterior, aunque ya durante la guerra se conocieron detalles del genocidio que se estaba cometiendo, no fue sino hasta después de la misma cuando se adquirió conciencia plena de lo que estaba sucediendo en el viejo continente. El hecho es que, tanto los Aliados como el Papado tenían informaciones de primera mano, y su actitud durante el zafarrancho ha planteado resquicios sobre si se hubiera podido entrar a escena de otra forma. En el caso de los Aliados, habrían podido bombardear los campos de exterminio, hecho que hubiera provocado la muerte de los internos al proceder de esa forma, pero quizá se habría salvado otras muchas vidas. Por antonomasia, la Gran Bretaña que en aquel tiempo administraba Palestina, mantuvo una política restrictiva frente a la emigración judía a aquel país. Sobre el Papado, es manifiesta la ausencia de cualquier condena formal y pública de lo que estaba acaeciendo. En Europa, empero; tras la guerra y a instancias de Estados Unidos, los vencedores tomaron la

---

<sup>31</sup> *N. b.* Resulta oportuno mirar nuevamente lo planteado al inicio de este subtema respecto de los principales motivos que propiciaron este segundo conflicto mundial armado y sobre todo, la serie de operaciones dirigidas hacia un objetivo principal: el exterminio de grupos de seres humanos, entre otros intereses.



iniciativa de *juzgar a los principales criminales de la guerra alemanes ante un tribunal internacional*.

Ahora bien, hablar aquí de todo lo que representó *la segunda y tercera fases* llamada *Victoria aliada y consecuencias de la guerra*, referidas líneas arriba, rebasaría los límites fijados para el esbozo de éste conflicto. No obstante, concretamente diremos con respecto a *la segunda fase* que todo comenzó cuando los vencedores avanzaron por el sur de Italia en el año de 1943-1945, naturalmente en ésta fase se logran percibir múltiples aspectos estratégicos que provocaron por ejemplo, de un lado -con respecto a las fuerzas de asalto nazis- su expulsión, empujes, retrocesos, retiradas y derrotas de los espacios ocupados; del otro -o sea, de los aliados- los avances, repliegues, cercos militares, ataques a los flancos abiertos de los adversarios, los desembarcos llevados a cabo para reforzar las acciones de operación de los frentes ofensivos, entre otros aspectos<sup>32</sup>. Resulta notable que en ésta segunda fase, las fuerzas aliadas también crearon un segundo frente: de Normandía a Berlín; *ítem* combatieron la Gran Guerra Patria: de Kursk a Berlín, aquí; prácticamente los aliados desarrollaron sus estrategias militares en once ofensivas, sin olvidar las ejecutadas por los nazis; y luego obligaron la derrota de Japón: que comenzó a manifestarse de Guadalcanal a Nagasaki; de allí que respecto de este escenario se conozca el proceso y forma de rendición de Japón *i. e.*

---

<sup>32</sup> N. b. De todo esto puede decirse que en el proceso de esta guerra, y en especial, en los combates ejecutados de entrambos bandos, se manifestó un socavamiento de fuerzas, solo que de un lado las fuerzas militares comenzaron a enervarse más que del otro bando que al transcurrir del tiempo su fuerza militar fue vertebrándose con mayor resol merced del escenario que fue dibujándose contrafácticamente, pues como bien apunta Edgar Morin al hablar de la complejidad y la acción, de la maquina no trivial, y de lo inesperado. En efecto, en el caso de lo inesperado -que yo llamo contrafáctico- por ejemplo las guerras, las ocupaciones bélicas, son inesperadas, debido a que toda acción, acontecimiento, pretensión es contrafáctico... porque cierto es que dentro y en el transcurso de la realidad, surgen las incertidumbres, las crisis, de ahí que para contrarrestarlas se necesite de estrategias, pues solo ellas redefinen, renuevan, redeterminan, recritican, replantean nuevas acciones y/o posibilidades que fluirán en la realidad, por lo tanto se sigue que desde la complejidad podamos hablar de la lógica de lo esperado y de la lógica de lo inesperado, máxime cuando la realidad entra en crisis como en los casos de guerra.



vía nuclear, previa ocupación de las islas vecinas, como las Filipinas, Nueva Guinea por mencionar algunas, así como la declaración de guerra soviética a la isla cercada militarmente. Así las cosas con respecto a éstas importantes fases terminales de este segundo acontecimiento bélico mundial.

A reserva de mayores explicaciones, por lo que toca a *las consecuencias de la guerra* que se manifestaron a raíz de éste segunda guerra armada europea que acabó por ecuménizarse y que de modo alguno ha marcado con cierta ironía la historia de la humanidad entera, diremos a ojo desnudo que ellas se sintetizan principalmente en las pérdidas humanas que produjo el conflicto, que haciende a 40 y 60 millones de muertos según las distintas fuentes, aunque no sobra decir que sobre este tema la discusión lleva cincuenta años y que a la fecha no hay unanimidad con respecto al mismo. Lo más sensato es aludir a aproximaciones dada la naturaleza de los disensos. Esta segunda guerra europea que se convirtió en mundial, ha sido la mayor que la historia puede contar. Esto se logra por el hecho de que este acontecimiento provocó un número total de muertos que oscila -como ya lo habíamos manifestado- entre 40 y 60 millones de acaecimientos humanos.

Es notable observar -como lo hace R. Artola- que de tal acontecimiento existen datos que desglosan reveladoramente la situación de los principales actores de este conflicto, por ejemplo: tenemos que el ejército soviético padeció 20 millones de bajas, es decir, casi la mitad del total de sus efectivos disponibles; con respecto al ejército alemán sus bajas oscilan entre cinco y siete millones; en tanto Polonia seis millones de pérdidas; con respecto a las bajas japonesas se dice que el número entre dos y tres millones de caídos; en torno a Yugoslavia de uno a cinco millones de interfectos; en cuanto al resto de los contendientes sufrieron pérdidas humanas muy inferiores, en el caso de Francia 600.000, Gran Bretaña 400.000, Italia 400.000 y Estados Unidos 300.000, China merece mención aparte, pues sus acaecidos varían mínimamente de tres y máximamente de trece millones.

No obstante, el principal referente de muerte de la guerra fue el zafarrancho suscitado entre el ejército Alemán y el ejército Rojo, reyerta que ocasionó más de 11



millones de soldados aniquilados y 25 millones de heridos. En este tenor, los soviéticos al desplegar su ofensiva para capturar Berlín sufrieron más bajas que Estados Unidos durante toda la guerra europea ecuménizada. Con respecto a Polonia, apoyados en el sentir de R. Artola se expresa:

*[...] en términos relativos, La más afectada fue Polonia (perdió el 22% de su población de antes de la guerra), seguida por la URSS y Yugoslavia (más del 10 % en ambos casos). La característica de guerra total del conflicto queda brutalmente confirmada por el hecho de que el número de bajas civiles fuera superior al de las militares; lo que se explica a grandes rasgos por los siguientes factores. Los movimientos de resistencia de la población civil, que provocaban muertes directas e inducidas a través de las represalias del ocupante (no es casual que los países con más muertos civiles fuesen la URSS, Polonia, y Yugoslavia); los bombardeos sistemáticos sobre Alemania y Japón, y en menor medida sobre Gran Bretaña, así como el exterminio de pueblos enteros, especialmente el judío<sup>33</sup>.*

Ahora, de modo paralelo a esta principal consecuencia, tenemos presente que durante la guerra y la posguerra se produjeron desplazamientos de población sin precedentes, sin olvidar, claro está, las deportaciones de judíos para su exterminio y de los millones de trabajadores y cautivos enviados a Alemania en beneficio de la economía del Tercer Reich; así mismo, tuvo lugar expulsiones masivas de polacos y reubicaciones de germano hablantes en los espacios geográficos que aquellos se habían visto obligados a abandonar. La URSS deportó a millones de ciudadanos (germano hablantes y musulmanes) al igual que a polacos residentes en la Polonia ocupada por la Unión Soviética en 1939. En la última fase de la guerra y consecuentemente en la posguerra, se manifestó la huida de unos diez millones de alemanes ante el avance soviético. A la par, varios millones de polacos -al acabar el conflicto- se desplazaron desde la parte oriental de Polonia a los nuevos espacios geográficos adquiridos por ella a expensas de Alemania. Finalmente, se dice que siete millones de japoneses fueron repatriados desde su antiguo imperio a las islas que a partir de entonces conformaban Japón, pues como bien aduce R. Artola: *Del mismo modo que las causas de la Segunda Guerra Mundial se pueden rastrear hasta 1918, sus consecuencias ha sido*

---

<sup>33</sup> Cfr. Artola Menéndez, Ricardo; *La II Guerra Mundial. De Varsovia a Berlín*, Ed. Alianza, Madrid, 2005. p.204.



*evidentes al menos hasta 1989, cuando comenzó el derrumbe de los países del Este de Europa y la posterior desaparición de la URSS. Hasta 1989, el marco de las relaciones internacionales respondió al modelo creado por los vencedores en las conferencias aliadas de Yalta y Postdam<sup>34</sup>.*

Por si no fuese suficiente, consideramos sin dar altos vuelos que el advenimiento de las consecuencias de la guerra y la posguerra no solo se circunscriben a lo referido con antelación, sino que podemos aducir sin temor a equivocación que dada la complejidad de los acontecimientos, a esta última fase de la Segunda Guerra Mundial se siguen inúmeras consecuencias, tales como la conferencia de Yalta y Postdam, los fenómenos de las relaciones internacionales como el surgimiento de dos superpotencias antagónicas (URSS y Estados Unidos), la bipolarización del mundo, el declive militar y político de Europa, el triunfo de la revolución comunista en China y su mutación en gran potencia, y no podría dejar de mencionarse otro fenómeno importante de la segunda mitad del siglo XX: la descolonización. Pero sin lugar a duda estimamos -sin minusvalorar las anteriores premisas- que una de las más importantes *consecuencias positivas* para el Derecho internacional y, en consecuencia, para el Derecho regional de cada país radica en la creación de un organismo internacional para la prevención de los conflictos armados, de ahí que lo expresado por R. Artola sea importante:

*Aunque no se trataba de una idea original, puesto que tras la Primera Guerra Mundial ya se había ensayado con el nombre de Sociedad de Naciones, el fracaso de ésta y la supervivencia de la ONU aumentan la importancia de su creación. Su fundación se remonta al 26 de junio de 1945, cuando en la Conferencia de San Francisco se adoptó la Carta de las Naciones Unidas que definía al nuevo organismo como institución pacífica al servicio de la armonía entre los pueblos, partidaria de la mediación política en la resolución de los conflictos de las naciones<sup>35</sup>.*

Además, podemos agregar que junto a lo anterior se *revolucionó el sistema de Derecho internacional* y su estudio, se confrontó tanto metodológica como epistemológicamente el modelo del iusnaturalismo frente al iuspositivismo, prevaleciendo el primero; de igual modo desde el género se reafirmo la Declaración

<sup>34</sup> *Ibidem*, p.205.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp.207 y 208.



Universal de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 con la instrumentalización, universalización, y por ende, la propalación a escala global de los derechos humanos en la especie; también se crearon mecanismos de Derecho tales como los tribunales con jurisdicción internacional -con apoyo de la ONU y teniendo como referente al Tribunal militar internacional erigido en la posguerra- para interpretar, juzgar, sancionar, y castigar delitos del orden internacional y crímenes de guerra y lesa humanidad. Se celebraron tratados y convenios internacionales para cubrir los vacíos de Derecho generados por este segundo enfrentamiento armado entre países de Europa, pues como sostiene R. Artola: *En definitiva, la Segunda Guerra Mundial [...] no solo cambió las fronteras, sino el conjunto de las relaciones internacionales, la economía, las mentalidades, la ciencia, etc., y sobre todo sirvió como sangrienta advertencia de que otra guerra mundial sería la última*<sup>36</sup>. Con todo, denotamos -sin prescindir de toda la complejidad que abarca por entero todo este hecho de la historia- que la consecuencia más interesante sustraída de la Segunda Guerra Mundial en razón de la herramienta del Derecho es, sin lugar a duda, *el proceso de Núremberg*.

Consideramos que esto se debe a que la esencia de nuestra investigación radica en mostrar discursivamente cómo un sistema normativo cerrado al momento de su confrontación con otro sistema normativo naturalmente abierto<sup>37</sup>, se entrega a una suerte de obnubilación merced del cuestionamiento crítico y decidido a sus fundamentos ideológicos, metodológicos y epistemológicos tendentes a justificar sus alcances en el ámbito de la realidad para la que han sido creados. Y es precisamente esto, lo que desde la historia presenta el proceso de Núremberg como

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p.208.

<sup>37</sup> P. ej. De estos sistemas normativos se hablará en el cap.2 de ésta investigación, solo que en ese espacio argumentativo se les denomina paradigmas metodológicos. Al primero, o sea, al sistema cerrado, se le conoce en dicho apartado como: iuspositivismo; en tanto que al sistema abierto se le conoce de igual forma en ese segundo apartado como: iusnaturalismo. Estos paradigmas, sin menospreciar los restantes que interactúan en el segundo apartado de ésta indagación, son los que han proyectado las razones de ser de la actual discusión en torno al Derecho. Razones que se analizaran y sintetizaran para efecto de ajustar nuestras razones como investigador de un tema tan trascendente como es el caso de la internacionalización del Derecho regional de una República, entre otras razones.



acontecimiento crucial inmediato de la posguerra, acontecimiento que nos ayuda a mostrar como *un dogma ideológico simplista* explica claramente parcializado el mundo de la vida, sin importar las mutilaciones que de tal explicación se provoquen al mismo y a las ideas de lo humano, amor, verdad, solidaridad, justicia, Derecho, política, sociedad, Estado y ciencia. En fin, sobrarían actos de habla para seguir comunicando sobre la atrocidad más reprochable del siglo pasado que la humanidad ha atestiguado, empero; cuan claro es el diálogo sostenido entre E. Mendieta y J. Habermas respecto de un diálogo sobre Dios y el mundo vertido en *Tiempo de transiciones* del filósofo francfortiano:

*E.M.: Si al final de éste siglo volvemos atrás y pretendemos dar cuenta de lo ocurrido no podemos sino estar de acuerdo con Habsbawn: ha sido el siglo de los extremos. Y más de uno querría añadir: ha sido el siglo del mal radical. En lo que ha ocurrido en el siglo XX hay algo profundamente imperdonable algo que no podemos tragar. ¿Qué podemos aprender de este <mal radical>, si es que hay algo que se pueda aprender de él?*

*J.H.: Hasta el momento en que se produjo, el Holocausto fue inimaginable, de modo que el mal radical posee también un índice histórico. Quiero decir con esto que existe una curiosa asimetría en el conocimiento del bien y del mal. Sabemos lo que no debemos hacer, sabemos lo que en ningún caso podemos hacer, si es que queremos mirarnos a la cara sin ruborizarnos. Pero no sabemos de qué son capaces los hombres. Y cuanto más crece la maldad, más fuerte se vuelve evidentemente la necesidad de reprimir y de olvidar las culpas contraídas. Ésta es la deprimente experiencia que he hecho yo en el curso de mi vida política adulta en la República Federal de Alemania. Pero he tenido también la suerte de hacer otra experiencia diferente, que al menos me da la esperanza de que Richard Rorty no esté del todo equivocado cuando dice como americano lo que quizá yo no me atrevería a expresar con tanta seguridad: <Nothing a nation has done should make it impossible for (citizens of) a constitutional democracy to regain selfrespect> [Nada de lo hecho por una nación debería hacer imposible que (los ciudadanos de) una democracia constitucional recupere (n) el respeto por sí mismos]<sup>38</sup>.*

---

<sup>38</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Tiempo de transiciones*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Ed. Trotta, Madrid, 2004. pp.209-210.





### 1.3.1 La inferencia más relevante en el Segundo Conflicto Mundial Armado: el proceso de Núremberg ante el Tribunal Militar Internacional (1945-1946)<sup>39</sup>

Cuáles son los límites de la soberanía de un Estado 2. ¿puede un Estado ser un simple fenómeno de fuerza? 3. ¿puede la pura legalidad formal del Estado encontrar su justificación *ultra vires* de los valores éticos y jurídicos? 4. ¿podrá ser realizable la propuesta respecto a que la teoría del derecho puede basarse en una práctica razonada de la justicia? 5. ¿puede ser contestada la pregunta formulada de A. Vedross a H. González Uribe sobre porqué H. Kelsen fue mal entendido en la América Latina? 6. En todo caso ¿el Derecho es amoral?

Todas estas preguntas merecen ser tratadas de la manera más correcta posible. En efecto, como bien apunta H. González Uribe:

*Sabemos, desde luego, que el Estado es algo "humano", algo que corresponde al hombre que vive en sociedad con sus semejantes, algo que le toca muy de cerca en su vida de relación con otros seres humanos. El Estado es una agrupación de hombres que viven de un modo estable y permanente en un territorio determinado y que*

---

<sup>39</sup> *In memoriam* iconográfica, casi *in fine* de su obra escrita, R. Artola esboza en el punto 18 denominado "los verdugos en el banquillo" que: los juicios de Núremberg tuvieron lugar durante la inmediata posguerra en esa ciudad alemana que había sido la sede de las fantasmagóricas y teatrales reuniones del partido nazi. Aunque hubo varios procesos que llegaron a durar hasta la primavera de 1949, el más importante de todos ellos tuvo lugar entre noviembre de 1945 y octubre del año siguiente y en él se juzgó a los principales criminales de guerra nazis supervivientes [...] el Tribunal militar internacional, establecido por Estados Unidos, la Unión Soviética, Gran Bretaña y Francia, los juzgó en virtud de cuatro categorías de delitos (todos ellos eran acusados de al menos dos de ellas): conspirar para comenzar una guerra, cometer crímenes contra la paz, cometer crímenes de guerra y cometer crímenes contra la humanidad. La sentencia condenó a la horca a once de ellos, a cadena perpetua a tres, a penas entre 10 y 20 años a cuatro y fueron absueltos tres más. Aunque no cabe duda de la responsabilidad de todos ellos (y otros muchos) en provocar la mayor guerra de la historia, llena de crímenes inhumanos, no es menos cierto que la legitimidad de los acusadores para juzgar esos delitos es dudosa. Y de todos ellos, el menos cualificado para erigirse en juez era la Unión Soviética, que había conspirado con Alemania para invadir Polonia y, como mínimo, había exterminado a gran parte de la oficialidad del ejército polaco en la masacre de las fosas de Katyn. Los juicios de Núremberg son el antecedente de cualquier intento de la comunidad internacional por juzgar crímenes que superan lo considerado razonable en una guerra. A este respecto véase, Artola Menéndez, Ricardo; *La II Guerra Mundial, <los íconos de la guerra>* apartado VI, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2005. pp.172-173.





*están ligados entre sí mediante múltiples vínculos de solidaridad: morales, culturales, religiosos, económicos y raciales. Esos vínculos se expresan en leyes, reglamentos, ordenaciones que dan a la vida social un cauce ordenado y pacífico y permiten resolver sin violencia los conflictos que surgen. Hay un poder público que unifica, armoniza, coordina, dirige e impulsa los trabajos e iniciativas de los miembros de esa agrupación hacia una meta común. Esa autoridad de normas, presta servicios, protege y ayuda, castiga a los transgresores de las leyes. Y hay, como coronamiento, una voluntad constante de buscar en común un fin superior al de cada uno de los hombres en particular. Un fin que mejore a los hombres y les permita alcanzar con mayor facilidad su propio destino. Todo esto sabemos acerca del Estado. Más aún, lo sentimos, en carne propia, como parte de nuestra experiencia vivida. El Estado es una actividad permanente. Un quehacer humano incesantemente renovado<sup>40</sup>.*

Ahora bien, de las preguntas que más controversia han suscitado es la formulada por A. Vedross a H. González Uribe; en aquel tiempo en el que dicho teórico mexicano realizaba sus estudios en Alemania, sobre porque H. Kelsen fue mal entendido en la América Latina. Desde luego que hasta antes de 1919 imperaban en México los antiguos estudios de Derecho público y constitucional de corte francés, es decir; a la manera de la “*exégesis francesa*” (acontecimiento que establecía una determinada visión del Derecho). No fue sino hasta 1919 cuando la academia cedió el paso a la Teoría General del Estado de inspiración alemana. Dicha materia formó parte desde entonces, de los planes de estudio de la carrera de Derecho; pues frente a tal señalamiento dice H. González Uribe: “*Autores alemanes de gran nota fueron influyendo, progresivamente, en los cursos académicos. Primero fue Jellinek con su monumental obra Teoría General del Estado, de la cual se hizo un resumen para uso de los estudiantes; después fue Hans Kelsen, quien con su escuela de la pureza metódica y su tesis de la identificación del Derecho y el Estado causó un gran impacto en las mentalidades de los estudiosos y llegó a ser una verdadera moda intelectual; más tarde fue Hermann Heller el que adquirió la primacía*”<sup>41</sup>.

Como puede verse, durante ese periodo; dentro de la Universidad, se realizaron estancias académicas en el extranjero, de las cuales tenemos el más claro ejemplo: los estudios realizados por Eduardo García Máynez en Alemania, el cual logró por su talento intelectual; recibir cátedra del mismo jefe de la escuela de Viena, hecho determinante que vino a influir decisivamente en el campo de la enseñanza

<sup>40</sup> Cfr. González Uribe, Héctor, *Teoría Política*, p.15.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.47.



del Derecho en México. No pretendemos con lo que precede, fincar señalamientos indebidos o que se preste a tales; pues es obvio que como flamante graduado (E. García Máynez) en sus estudios doctorales hizo suyo el emotivismo kelseniano.

Desde luego que a la llegada de los maestros del exilio español como el propio Luis Recaséns Siches a la facultad de Derecho de la UNAM y en otras por igual, fue como se posibilitó el respiro de un nuevo aire descargado de formalismo puro. La disputa dio origen al intento de reestructuración del Derecho como campo de conocimiento de las ciencias sociales y humanidades y que hoy por hoy, sigue latente.

En cuanto a las preguntas 1, 2, 3, 4 y 6 se intentaran contestar implícitamente en el momento en el que se comience a dibujar el proceso de Núremberg, más aun; se trataran de responder de modo general (*infra*, capítulos 3-5 de éste estudio). Así pues, el esbozo del proceso antes citado; se expondrá exclusivamente para reforzar nuestra crítica de la ideología positivista que se empleará dentro de los capítulos 3-5 de ésta investigación, con el objeto de mostrar los motivos por los cuales la *Teoría pura del Derecho* -o de la interpretación normativa- sirve para justificar en cierta medida los actos de un Estado que no admite -debido a contingencias propias- y tolera, la complementariedad de las usanzas de otros pueblos; pues como bien ha dicho K. Jaspers en su momento, y que en este lugar parafraseemos: *“nuestros semejantes son... nuestros compañeros de destino, aunque no existan lazos de sangre, o que nos una un determinado territorio... nuestra historia es una sola, en la que actuamos como seres humanos dotados de la palabra y pensamiento... zoón logon echon”*.

Porque en todo caso, si imperara de modo eterno el principio de inmovilidad ¿habría acaso evolución? Creemos no obstante que por ese tipo de supuesto inamovible *“de que el Derecho solo es ciencia y racionalidad”* haciendo a un lado la cuestión axiológica u ontológica, estableciendo como única base del Derecho a *“la lógica formal y fisicalista”*... al Derecho mismo se le niega el carácter de auténtica ciencia. De ahí que al Derecho se le acepte y tenga no como ciencia -actualmente-,



sino como simple ficción-convención; o usando la terminología aristotélica: como un objeto que *“puede ser causa de destrucción no natural que participa de la natural”*, lo que significa que tanto convención-ficción, sea una misma causa que explica provisionalmente la realidad como fenómeno.

Por ello es imprescindible replantear el modelo epistemológico y metodológico del Derecho, pues es necesario encontrar medios por los cuales se hará tal reconstrucción, ya que si bien es cierto; desde que comienza la historia de la que tenemos constancia por documentos, los seres humanos de las diferentes culturas no han podido encontrar la respuesta fundamental a la oscuridad que nos asfixia.

Desde la época moderna hasta la nuestra (Postmodernidad), han existido posturas que manejan postulados reducidos a su mínima expresión sobre bases lógicas y físicas a ultranza; otros en tanto, continúan en la lucha y búsqueda de criterios que puedan ser correctamente justificados amén de no aceptar la postura formalista anti-ontológica; sobre todo, en el campo del conocimiento del Derecho. La antinomia es clara y latente. Sin embargo creemos oportuno advertir que necesariamente debiera establecerse de modo omnicomprensivo, nuevos elementos epistemológicos que restablezcan la creencia en la cosa pública (República) y en el Derecho; o dicho de otro modo, que se logre la anhelada coexistencia entre norma y hecho, entre ciencia y racionalidad, entre Derecho y moral.

Expongamos pues brevemente el proceso de Núremberg ante el Tribunal Militar Internacional (1945-1946). Los antecedentes del proceso de Núremberg se iniciaron tras la Primera Guerra Mundial, cuando las fuerzas aliadas exigieron la entrega de unos 900 responsables para ser juzgados por crímenes de guerra. Al frente de la lista de sujetos de extradición se encontraban el *Káiser* Guillermo II de Hohenzollern , el canciller Von Bethmann Hollweg; el gran almirante Von Tirpitz, el almirante Scheer; el mariscal Von Hindenburg y el general Luden Dorff. Estas personalidades debían demostrar su inocencia en un proceso criminal internacional. El Tratado de Paz de Versalles firmado por el gobierno de Weimar estatuyó estas exigencias en los artículos 227-230.



Solo con enérgicas protestas consiguió el gobierno alemán retrasar la entrega que en definitiva se contrajo a 45 nombres. Ciertamente es que, en los Países Bajos rechazaron la extradición del *Káiser*; y más tarde los aliados aceptaron llevar a cabo los procesos ante el *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del Reich) con sede en Leipzig. Estos procesos iniciaron el 23 de mayo de 1921 concluyendo el 16 de julio del mismo año. Algunos oficiales de submarino fueron condenados por el hundimiento de los barcos hospitales británicos *Llandoverly Castle* y *Dover Castle*. Se dictaron penas de cárcel por malos tratos a prisioneros de guerra aliados. Las potencias vencedoras se quejaron de que no se impusiera *ninguna sentencia de muerte* y de que algunos de los acusados fueran absueltos.

Sin embargo, de Leipzig crearon relevantísimo precedente; según el cual, soldados que durante una guerra cometieran delitos podrían ser juzgados por sus actos una vez finalizada; circunstancia que venía a confirmar que ya no se daba por supuesto una *amnistía general*, como tras la guerra de los Treinta Años en Münster y Osnabrück. También quedaba superado el artículo 3º de la Cuarta Convención de la Haya de 1907, según el cual sólo los estados eran responsables de los delitos de sus soldados. Parecía estatuido el axioma de la *responsabilidad personal*.

Veinte años después, cuando la Segunda Guerra Mundial desolaba Europa cobró de nuevo actualidad la cuestión de las responsabilidades por delitos de guerra. Ya en la declaración de Saint James del 13 de enero de 1942 los aliados establecieron “*como uno de sus principales objetivos de guerra el castigo de los responsables de los crímenes, y ya en sensu iure; si los afectados eran únicos culpables o corresponsables de esos crímenes, si habían actuado por orden o por su propia responsabilidad; si habían participado solos en ellos*”.

En octubre de 1943 diecisiete países que sostenían la guerra contra Alemania formaron la Comisión de Naciones Unidas por crímenes de guerra (*United Nations War Crimes Commission*). Según la declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943 “*relativa a la responsabilidad de los partidarios de A. Hitler por los abominables hechos cometidos*”, en la que las grandes potencias no dejaron ninguna duda de que



se celebrarían procesos criminales. Las concepciones jurídicas soviéticas y anglosajonas en modo alguno coincidían completamente.

Durante la conferencia de Teheran (28 de noviembre al 1 de diciembre de 1943) Stalin exigió el fusilamiento sumario de 50.000 militares, políticos y simpatizantes alemanes. Esa idea fue enérgicamente rechazada por Churchill<sup>42</sup>. Frente a la exigencia de que se debía “*fusilar a todos los culpables*”, para los aliados occidentales era preferible cualquier procedimiento jurídico. Pocas semanas después la Unión Soviética, sin la colaboración de otros aliados; inauguró el llamado proceso de Járkov, primer proceso público por crímenes de guerra contra alemanes.

Se acusó a tres soldados alemanes apresados en Stalingrado, imputándoles el haber cometido asesinatos entre la población rusa utilizando celulares para gasear. El proceso empezó el 16 de diciembre de 1943 y terminó el 18 del mismo mes y año con sentencias de muerte ejecutadas en la horca al día siguiente en una plaza pública de Járkov. Según radio Moscú 40.000 asistieron a la ejecución.

No obstante, los Estados Unidos tomaron la iniciativa de constituir un tribunal conjunto de las potencias vencedoras<sup>43</sup>. El 2 de mayo de 1945 el flamante presidente

---

<sup>42</sup> Cfr. Churchill, *The Second World War “La Segunda Guerra Mundial”*; vol., V, *Closing the Ring “Cerrando el anillo”*, p.374. N. b. Hay traducción castellana: *La Segunda Guerra Mundial*; Ed. Orbis, Barcelona, 1985.

<sup>43</sup> Cfr. Renau, Joseph; *The American Way of Life*, Fotomontajes: 1952-1966, Colección Punto y Línea, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1977. En este opúsculo se puede observar como éste artista, muestra por medio de fotomontajes el *modus vivendi* norteamericano; basado en una política de upper-cut y ocupación sobre las repúblicas desgarradas de la América Central y de la América del sur y por supuesto, del Caribe. Prácticamente ya desde el siglo XIX, Estados Unidos comenzó a desplegar su política basada en la vieja teoría de la *ocupatio romana*. Así mismo, el siglo XX y el XXI sigue la misma secuencia decimonónica adoptada por los E. U. El precedente obedece a la necesidad de mostrar que ésta potencia militar en la mayoría de los acontecimientos, violenta los principios políticos reconocidos universalmente por la comunidad internacional de los que saca jugosas ganancias para su beneficio y en detrimento de terceros físicos y morales. Digamos que el hoy conocido *sheriff* del mundo es el principal comercializador de la violencia manifestada a su máxima expresión, así como aquel que evade al *ius cogens* internacional. En fin, el lado negativo estadounidense se puede ver al amanecer y al atardecer del día; como aquella otra forma de justicia político-militar muy a la yanqui.



de los Estados Unidos, Harry Truman, nombró al juez del tribunal federal Robert Jackson como representante del Estado norteamericano (plenipotenciario) para las negociaciones con las otras grandes potencias y fiscal jefe.

En el informe al presidente de 6 de junio de 1945, Jackson presentó el plan para el primer proceso de Núremberg y desarrolló los puntos de la acusación y los problemas jurídicos básicos. En el apartado 7 del protocolo de Postdam las potencias vencedoras ratificaban su intención “*de conducir a los criminales alemanes ante una jurisdicción rápida y segura*”, esperando que las negociaciones de Londres conduzcan a un rápido acuerdo; que sirva a éste fin, considerando además como asunto de máxima importancia que empiece cuanto antes el proceso contra estos grandes criminales.

En lo sucesivo, Jackson posibilitó la conclusión del Convenio de Londres del 8 de agosto de 1945; escogió Núremberg como el lugar de la actuación pública para el primer proceso y, como jefe de la autoridad acusadora internacional; hizo los preparativos técnicos. Al Convenio de Londres se adhirieron 19 gobiernos. Solo faltaron dos estados entre los enemigos de guerra de Alemania, Canadá y Suráfrica.

El proceso debía celebrarse simbólicamente en el lugar de la más ostentosa manifestación nacionalsocialista -los días del partido nazi en Núremberg-. En la ciudad destruida, con su antes bella fisonomía medieval en plena Alemania; había quedado intocable el palacio de justicia.

El 18 de octubre de 1945 a las 10:30 am, se celebró en Berlín en la gran sala de sesiones del edificio del Consejo de Control aliado (allierter kontrollrat)<sup>44</sup>. En la *Postdamerstrasse*, la sesión inaugural del Tribunal Militar Internacional. Poco faltó para que Berlín fuera el lugar de reunión del tribunal, de acuerdo con el deseo del juez soviético; pero un mes más tarde -martes 20 de noviembre de 1945 a las 10 am-

---

<sup>44</sup> N. b. Institución creada en 1945 para el gobierno de Alemania, en funcionamiento hasta 1948.



empezarían no en Berlín sino en Núremberg, el proceso criminal más célebre de la historia.

Los Estados Unidos de Norteamérica, la República francesa, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas *versus* Hermann Wilhelm Göring y otros 21 personajes de la Alemania derrotada. En ese tenor ha de señalarse que más amplio y prolongado que el proceso de Núremberg fue, el proceso de Tokio ante el *International Military Tribunal for the Far East*.

El 1 de octubre de 1946, tras más de diez meses de sesiones; se pronunció sentencia en el multicitado proceso. A primeras horas de la mañana del 16 de octubre de 1946 se ejecutaron diez de las sentencias de muerte *in absentia*, pues de facto Göring se sustrajo a la pena con su suicidio la noche antes de la ejecución. Martín Bormann -comparsa de Göring- jefe de la oficina del partido y secretario del Fühier... solo fue condenado a muerte *in absentia*, pues resultó desaparecido. Probablemente pereció el 1 o 2 de mayo de 1945 en el intento de abandonar el Berlín ocupado. Robert Ley, dirigente del frente del trabajo alemán probablemente habría sido condenado a muerte, pero se suicidó el 25 de octubre de 1945; antes del proceso, en su celda en Núremberg. En el curso de la guerra las potencias vencedoras expresaron su intención de juzgar a Hitler, Mussolini, Himmler, Goebbels y otros. Sin embargo en el verano de 1945 ya no vivían ¿a quién debía acusarse?

Se acusó a Karl Dönitz (jefe supremo de la marina de guerra y sucesor de Hitler en la jefatura del Estado. Su pena fue de 10 años de prisión), Hans Frank (gobernador general de Polonia); Wilhelm Frick (ministro del interior), Hans Fritzsche (comentarista jefe de la radiodifusión); Walther Funk (ministro de economía y presidente del Reich bank), Rudolf Hesse (lugarteniente de Hitler en la presidencia del partido); Alfred Joel (jefe del Estado mayor de las fuerzas armadas).

Y así podríamos continuar con la lista de los 21 sentenciados en aquel célebre proceso. Los que sufrieron la pena de muerte fueron: Frank, Frick, Jodl,





Kaltenbrunner, Keitel, Ribbentrop, Rosenberg, Sauckel, Seyss-Inquart y Streicher. Hess, Funk y Reader fueron condenados a cadena perpetua; Reader en 1955 y Funk en 1957 pudieron abandonar la cárcel de Spandau por razones de salud. Schirach y Speer fueron condenados a 20 años de cárcel, Von Neurath a 15 años, Dönitz a 10 años. Fritzsche, Von Papen y Schacht fueron absueltos.

En ese estado de cosas, no sólo se acusó a personas individuales (físicas) sino también a grupos y organizaciones (morales): el gobierno del Reich, es decir; el consejo de ministros, el cuerpo de dirigentes del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, las brigadas de defensa del partido nazi incluido el servicio de seguridad. La policía secreta (Gestapo), las secciones de asalto del partido nazi, así como el estado mayor y el alto mando de las fuerzas armadas. Tras la sentencia, las brigadas de defensa y el servicio de seguridad, la Gestapo y el cuerpo de dirigentes del partido obrero alemán; fueron declarados organizaciones criminales, pero no el consejo de ministros, las secciones de asalto y el alto mando de las fuerzas armadas.

En el caso de las brigadas de defensa y la Gestapo otra decisión habría resultado sorprendente *pues los aliados las habían declarado criminales ya en las resoluciones de Moscú y Yalta*. Ahora bien, regresando al contenido de Londres; dentro de éste se añadió un estatuto para el Tribunal con las principales normas jurídicas, el cual establecía y definía no únicamente las competencias del Tribunal; sino también la ley en la que iban a juzgarse los delitos, pues mediante ese procedimiento debía evitarse que los acusados invocaran el *derecho de gentes* con el objeto de envolver la acusación en un interminable debate sobre la interpretación del derecho penal internacional<sup>45</sup>.

Sobre el *derecho de gentes* hacen el siguiente señalamiento los antiguos profesores Rafael de Pina y de Pina Vara: *“El ius gentium es un conjunto de principios de carácter*

---

<sup>45</sup> N. b. El hecho de que los acusados apelaran a este tipo de derecho monista de carácter internacional general encuentra aclaración desde la explicación que realiza H. Kelsen en el apartado VII denominado <Del Estado y Derecho Internacional> pp.323-348, de su obra *Teoría pura del derecho*.





*normativo universalmente aceptados por las naciones y, de manera principal, destinados a presidir las relaciones de carácter internacional [...] ha sido considerado tradicionalmente como un derecho intermedio entre el natural y el positivo, afirmándose que tiene una cierta afinidad con ambos. Algunos tratadistas lo asimilan al Derecho Internacional Público*<sup>46</sup>. En ese orden de ideas, es obvio que los acusados pretendieran invocarlo.

Según el artículo 2 del estatuto, el Tribunal se componía de cuatro jueces nombrados por las cuatro grandes potencias. Tres de ellos eran jueces civiles. Solo el miembro soviético pertenecía al ejército. Como presidente se eligió al miembro británico, el lord Justice<sup>47</sup> Geoffrey Lawrence. Los otros miembros eran el ministro de justicia Francis Biddle por los Estados Unidos; el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de París H. Donnedieu de Vabres, por Francia; y el general de división I. T. Nikitchenko, por la Unión Soviética.

Aunque el tribunal se entendía como Tribunal de Derecho internacional, era en realidad *un Tribunal de ocupación interaliado*; puesto que Alemania no había autorizado la configuración de un órgano supraestatal. Por tanto el Tribunal era una institución única en su género sobre la base de un acuerdo en perjuicio de terceros. Su competencia se basaba en la capitulación (convenio de redención de un ejército-rendirse ante el enemigo) sin condiciones del ejército del Tercer Reich, es decir; en la ocupación del gobierno de Alemania por los aliados con base en la declaración de Berlín del 5 de junio de 1945.

Los fiscales principales eran: Robert Jackson por los Estados Unidos, sir Hartley Shawcross por Gran Bretaña; Francois de Mentón por Francia y -de nuevo un militar- el general Roman Rudenko por la Unión Soviética conocido por su actividad como fiscal con motivo de las Purgas de Stalin en los años treinta. Según el artículo 4, párrafo cuarto del estatuto; el Tribunal tomaba las decisiones por mayoría, en tanto que el artículo 6 definía los delitos cuyo encauzamiento era competencia del órgano

---

<sup>46</sup> De Pina y De Pina Vara, Rafael; *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 2001, p.322.

<sup>47</sup> N. b. El *lord justice* es un título que acredita ser miembro de la cámara de apelación del Tribunal Supremo Británico.



de jurisdicción referido. Pues bien, con base en dicho artículo del estatuto añadido al Convenio de Londres se muestra de modo genérico las acusaciones entabladas en el proceso de Núremberg:

*1º Crímenes contra la paz* (legislación *ex post facto*-*nulla crimen sine lege, nulla poena sine lege* contradecía un principio constitucional liberal)

*2º Crímenes de guerra* (principio de responsabilidad penal- principio *tu quoque* [tu también], igualdad de armas, crímenes de organizaciones)

*3º Guerra de agresión* (agresión del Reich *versus* 12 estados)

Así pues y de modo especial creemos que, tanto los crímenes contra la paz como los crímenes de guerra; encierran datos muy importantes que merecen una atención mayor, por lo que no es el objeto de éste primer capítulo mostrarlos. De todo lo anterior, el proceso de Núremberg se vio bifurcado en sucesivos procesos; de ahí que en los años 1946 a 1949 los E. U. llevara a cabo en Núremberg otros 12 procesos contra 199 acusados bajo su propia competencia y con forme a la ley del Consejo de Control (*Kontrollrat*) N° 10, del 20 de diciembre de 1945. Hubo 36 sentencias de muerte, 23 cadenas perpetuas, 102 penas de privación de libertad por un determinado plazo y 38 absoluciones.

En consecuencia, es indudable que la ideología nazi encontró un argumento bastante cargado de la antigua mitología alemana para poder justificar su extremo nacionalismo a ultranza, pues como ya bien lo ha apuntado el juez español Baltasar Garzón Real en su esbozo "*Cuento de Navidad. Es posible un mundo diferente*" el cual al estudiar el conflicto suscitado entre palestinos y judíos, concluye con que la indebida interpretación de una cosa; encausa a un *extremismo y fundamentalismo radical*, lo que en términos postmodernos conocemos como "xenofobia".

En efecto, el proceso de Núremberg es un acontecimiento relevantísimo pues es conocido que a raíz de su vista se cuenta con *los principios nurembergianos*, los que se reconocieron el día 11 de diciembre de 1946 por la Asamblea General de las



Naciones Unidas en su resolución 95 (I) la sentencia de Núremberg como Derecho internacional admitido. De modo que ésta encargó a la comisión de Derecho internacional de la ONU desarrollar algunos principios de la sentencia y formularlos para su futuro. La Comisión aprobó en julio de 1950 los denominados 7 (VII) principios de Núremberg, entregando el texto a los estados miembros de las Naciones Unidas los cuales son:

*1º. El principio de responsabilidad personal*

*2º. La prioridad del derecho internacional frente al derecho nacional*

*3º. Inexistencia de inmunidad en razón de la teoría de los actos de soberanía*

*4º. Inexistencia de inmunidad en razón de orden superior*

*5º. El derecho a un procedimiento justo*

*6º. Definición del crimen contra la paz, el crimen de guerra; y el crimen contra la humanidad*

*7º. También la complicidad es un crimen contra el derecho internacional.*

Definitivamente no compartimos aquella postura de Bodino respecto a que *la Soberanía es una potestad suprema no sometida a la ley*. De esta manera, ratificamos la opinión de H. González Uribe respecto a que *el Estado le debe sumisión al Derecho*. Pues la soberanía de un Estado no significa arbitrariedad, ni voluntarismo puro. Por el contrario, la soberanía es *la manera de ser del Estado*, es una *calidad intrínseca y esencial del mismo* y por ello depende de su naturaleza y de sus fines ¿pero quién le señala sus límites? El bien público temporal. Límites objetivos, naturales que no dependen de la voluntad de los gobernantes. Al legislador no le toca sino dar forma normativa obligatoria a esos grandes principios que limitan la soberanía desde dentro, institucionalmente (p. ej. el principio de jurisdicción internacional, véase, caps. 4, 5 de esta investigación).



Por ello, no puede admitirse que el Estado se auto limite tal como lo señaló en su oportunidad Ihering, Jellinek y Carré de Malberg. Pues de aceptarse dicha auto limitación provendría de la propia voluntad del Estado... ya está intrínsecamente limitado por su propia esencia y por su finalidad. De aquí que *no pueda* desligarse nunca la soberanía del fin del Estado, porque en el fondo Estado y poder configuran al hecho histórico, en tanto que el Derecho configura al deber ser... de ahí que *hecho y norma*, o dicho de otro modo, Estado y Derecho sea el binomio que contenga valores de justicia, de bien, de moral y normatividad para que la soberanía-fin sea algo totalmente indisoluble.

Porque en todo caso so pena de convertir a la soberanía de un Estado en un poder omnímodo y arbitrario, se estaría poniendo por encima de la soberanía-fin, a un *escueto y estéril formalismo jurídico* como el kelseniano; ratificándose pues, actos ilimitados de un determinado Estado (v.gr. crímenes internacionales). Afortunadamente hubo en la historia un equilibrio entre poder y Derecho, caso ejemplar los procesos de Núremberg.

Finalmente compartimos la idea del jurista belga Jean Dabin: *“Hay límites racionales y objetivos de la soberanía que están contenidos en la regla del bien público temporal y forman el derecho al que el Estado está naturalmente sometido y fuera del cual deja de ser Estado para pasar a la categoría de una instancia abusiva de fuerza”*<sup>48</sup>... como lo fue en su momento el imperio romano, más recientemente, la Alemania nazi de Hitler y la Italia fascista de Mussolini. En fin, es cuestión de enfoque determinar si el estado de Derecho es -como lo sostienen los pocos seguidores de la teoría normativa kelseniana-, amoral. Ahora bien, hagamos una última reflexión. Sobre los epinicios irrefutables de lo justo en los grandes procesos ¿quién es vencedor y quien es vencido en la historia? Definitivamente, ésta pregunta es enteramente compleja y la respuesta a ella puede establecerse según la verdad del acontecimiento. Pues bien, el problema histórico entre el Derecho y poder se ha

---

<sup>48</sup> Dabin, Jean; *Doctrina General del Estado*, Ed. JUS, México, 2ª ed. 1955, p.51.



venido manifestando ya desde tiempos muy antiguos; incluso el poder es mas antiquísimo que la propia invención de la pólvora. El poder posee la habilidad de operar *ultra vires*, en tanto que el Derecho; dentro del ámbito jurídico. Para no dejar duda de lo que se ha dicho sobre éste subtema, diremos que el poder siempre se ha de ver apoyado por dos supuestos antropológicos. En primer lugar, tenemos el hecho de que los hombres viven en grupos; en segundo lugar, el hecho de que estén dotados de fuerza corporal y dotes espirituales; porque de lo contrario, si no fuéramos *zoón politikon*; seríamos unos Robinson Crusoe viviendo en un lugar donde el poder y el Derecho carecerían de objeto, más aún; seríamos como bien señaló en su oportunidad santo Tomás de Aquino <unos idiotas o unos solitarios contemplativos>. Nuestro lazo con la comunidad es innegable. En pocas palabras, dentro de una comunidad de hombres; el poder pertenece a la esfera de lo fáctico, en tanto que el Derecho; a la esfera normativa.

Por otro lado, el Derecho viene siendo el medio por el cual se regulan las acciones interhumanas... fuerza y forma reguladora del poder del individuo y comunidad. Asimismo, cuenta con la doble intención de hacer la vida soportable y mantener en paz a la comunidad. Triboniano definía en las *Instituciones* a los *iuris precepta* de una triple manera: “*vivir decentemente*” (*honeste vivere*), “*no perjudicar a nadie*” (*alterum non laedere*), “*dar a cada uno lo suyo*” (*suum cuique tribuere*). En efecto, si se comprende el sentido de tal sentencia; podemos determinar que el Derecho pone límites a la voluntad de hacer, basándose en un carácter prescriptivo. En pocas palabras, el Derecho pertenece a la esfera del deber ser; es decir, es aquello que me es permitido y prohibido. Pero con todo ¿qué función tiene el Derecho frente al poder? Pensamos que su función estriba en la de querer y poder atenuar la arbitrariedad, de ahí que hoy día gracias a hombres comprometidos con la justicia; contamos con magnificas instituciones como el *juicio de amparo* o el *habeas corpus internacional*.

Pues bien, es claro el panorama que se nos presenta a la vista y a diario. El poder y el Derecho es un binomio inestable, más cuando se le da una connotación



inexacta en cuanto a su propio significado convirtiéndolo en inoperante. En *stricto sensu* el Derecho es el medio por el cual el poder no ha de desbordarse de su cauce, aunque tristemente en ocasiones el poder desempeña la función de un *<hoyo negro en el universo>* absorbiéndolo todo. No debería ser así, no debiera haber conflicto. El Derecho no es como lo pensó Gorgias *<simple invención de los débiles frente al fuerte>* o como lo reflexionó C. Marx un *<mero instrumento al servicio de las clase dominante>*. Y es aquí cuando en los grandes procesos se cuestiona quién es el actor que desempeña el papel del más fuerte y el del más débil ¿verdaderamente el más fuerte es el más fuerte? y ¿el débil es el más débil? En el proceso de Sócrates vemos ya la idea del contrato del Estado con el individuo (Platón, *Critias*, 51d ss.). Es decir, la idea de la ficción normativa; ello en la inteligencia de desear afirmar nuestros derechos frente al poder del Estado. Poder y Derecho es un binomio inapelable ¿esto qué significa? Significa que aunque tiene el poder, tiene también el deber moral de deponer razonablemente a lo racional. En el proceso de Sócrates, el Estado tuvo todo el tiempo el derecho de encausar un proceso político a voluntad, pero no tuvo el poder de concluirlo a voluntad; porque para ello, existe un horizonte más amplio e idóneo de análisis; para ubicar a cada persona en donde le es debido, de ahí que el sacrificio material e intelectual de un ser humano muchas veces no es en vano. Pues en los grandes procesos se aprecia esa victoria alada e irrefutable de los ¿vencedores? o ¿vencidos? Aunque de manera tardía, su victoria es inobjetable por decreto de nuestra historia. No obstante, la insuficiencia del proceso de Sócrates; o sea, la fase probatoria, pues Sócrates se atuvo al mandato de Apolo “*de probar a sus conciudadanos*”; los atenienses más tarde reconocieron y comprendieron que el fin último del legado del escéptico Sócrates fue *la educación moral del hombre... la conciencia moral del hombre*.

Ahora, respecto a los procesos de Núremberg diremos que como procesos políticos de la Edad Contemporánea; se dirigieron contra partidarios de ideologías totalitarias en estados burgueses, o mejor dicho; en ambientes burgueses. La pregunta es ¿hasta dónde puede un totalitario utilizar al Derecho para saldar cuentas con sus enemigos? En el siglo XIX y XX, y ya visto como antecedente en nuestro



siglo XXI, la Alemania nazi se mostró como enemiga de la paz. Pero como toda consecuencia tiene una causa, diremos que los procesos de Núremberg encontraron su fundamento en una vieja teoría romana, la teoría del *bellum iustum*. Núremberg la presupuso en 1939 contra Hitler y sus partidarios. Las naciones interaliadas sabían bien bajo el amparo de esa teoría que, un Estado no tiene derecho a hacer uso de su poder a voluntad. Queda así de relieve, que el epinicio insoslayable fue que tal idea se incorporó en la declaración de las Naciones Unidas; la cual se basó en el juicio de los vencedores contra los agresores vencidos. De manera paralela los procesos de Núremberg tenían carácter político los cuales enjuiciaron sólo los hechos de los vencidos según principios basados en el Derecho natural. En efecto, estos procesos mostraron el carácter público de un procedimiento; la responsabilidad de las potencias aliadas y la apuesta por una cultura jurídica vigorosa y diferenciada de las famosas Purgas de Stalin de 1943.

Finalmente, diremos que el triunfo más consolidado de éste acontecimiento fue que *el arte de interpretar el carácter del Derecho* (lo imperativo, lo imputativo) se trasladó a los terrenos de la política exterior, pues como dijo J. Habermas en 1984: *<la evolución pasa del escandaloso estado de naturaleza entre los estados al estado universal en donde la libertad de acción de los estados individuales se circunscribe a favor de los derechos vitales de la humanidad. La proposición sería un Tribunal internacional>*... órgano jurisdiccional *fundado por un instrumento internacional* que a juicio de lo que H. Kelsen entendió desde *el Derecho internacional escalonado* (tradicional), se constituye por excepción a la regla pero que, hoy por hoy, reviste una necesidad insoslayable que se puede satisfacer desde los planteamientos esgrimidos por el Derecho internacional posmoderno, incluido claro está, el Derecho penal internacional y sus nuevas tendencias.

Y en efecto, finalizadas la Primera y Segunda Guerra Mundiales, la idea de un Tribunal no nacional ha venido planteándose insistentemente con el objetivo de poder instrumentalizarse y ponerse en práctica; *primero*, para obligar inmediatamente por medio de la sanción a seres humanos individuales como sujetos de Derecho



internacional a llevar a cabo la conducta ordenada por el Derecho internacional, así como a señalarles lo que les es permitido y lo que deben omitir; *segundo*, para someter a juicio a cualquier individuo u organización que quebrante el Derecho de los pueblos o Naciones Unidas a vivir en paz, entre otras razones, perpetrando en su contra crímenes como el genocidio, el de lesa humanidad, de guerra y de agresión. Es indudable que el órgano jurisdiccional apto para realizar tan trascendente misión sea pues la Corte Penal Internacional<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> N. b. Sobre ella haremos más extensiva su referencia véase, *infra*. caps. 4-5 de ésta investigación. No obstante a esto, es llamativo lo planteado en uno de los estudios en homenaje al profesor alemán Claus Roxin denominados *Nuevas formulaciones en las ciencias penales* por Luis María Bonetto respecto de la Corte Penal Internacional. En dicho trabajo puede encontrarse información sumaria sobre el mencionado órgano jurisdiccional y su campo de acción. *cfr.* pp.683-720 de dichos estudios. También lo que argumenta Geoffrey Robertson en su obra *crímenes contra la humanidad*, cap. 10, pp.401-446.





## **CAPÍTULO 2**

# **PARADIGMAS METODOLÓGICOS QUE INTERACTÚAN EN ESTA INVESTIGACIÓN**



## 2.1 Del iusnaturalismo

**E**l iusnaturalismo constituye al Derecho como un conjunto de normas vigentes que aspiran a realizar supremos valores de justicia, los cuales están insertados en un Derecho natural eterno e inmutable. Ciertamente, este Derecho se basa en principios naturales y abstractos destinados a los actos individuales del ser humano. Ahora bien, es llamativo que para autores como Rafael De Pina y De Pina Vara sea:

*Un conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado. El concepto de Derecho natural carece de una visión única. Principalmente se destacan la concepción cristiana del Derecho natural y la concepción racionalista v.gr: Rodolfo Stammler concibe el Derecho natural como una idea, como el pensamiento de una armonía permanente y absoluta del querer social, en todas las posibilidades habidas y por haber, entendiéndola pues, como una noción abstracta, que excede a toda experiencia, algo que no es, que no tiene realidad empírica, pero que sirve de norte y de guía para nuestros conocimientos de la realidad<sup>50</sup>.*

De lo anterior, basta unos minutos para reflexionar que a la retórica de las teorías iusnaturalistas se le encuentran -por donde se le vea- ciertas dificultades en cuanto a su recepción y adopción. Dicho de otro modo, es dificultoso aceptar la existencia de un Derecho natural y la validez con efectos *erga omnes* de alguna teoría iusnaturalista. Dentro de tales manifestaciones tomamos sólo algunas de las quince razones (del porqué de lo dificultoso en el Derecho iusnatural) que esgrime J. García-Huidobro:

*1) La primera dificultad es de índole generacional. Nuestros alumnos han sido educados en el relativismo, el subjetivismo y el emotivismo. Son también muchos los colegas nuestros que están en la misma situación. Pero no se trata tan sólo de que estas filosofías estén muy difundidas: sucede que ellas han pasado a constituir una especie de sentido moral con el que se comienzan los estudios universitarios y a partir del cual se realiza después la actividad académica. Cabe pensar que el sentido común, en muchos de nuestros contemporáneos, ha cambiado y que hoy la tradición es la del relativismo 2) No faltan los autores que aceptan la existencia de, al menos, un principio de justicia suprapositivo, pero se niegan a ser calificados de iusnaturalistas por razones que más*

---

<sup>50</sup> De Pina y De Pina Vara, Rafael; *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, trigésima edición, México, 2001, p.236 y s.



*tienen que ver con la política académica o la aceptación social que con la filosofía y 3) en el campo del Derecho, se piensa que la adopción de una teoría iusnaturalista dificulta o hace imposible la construcción de una ciencia jurídica dotada de rigor metodológico<sup>51</sup>.*

Empero, para finalizar este tópico diremos que al iusnaturalismo se le puede apreciar desde dos aspectos: el aquinatense, conocido también como el escolástico, y el racional, esto es, el que se funda directamente en el ser humano. Así mismo se le puede entender desde tres criterios: el aristotélico-tomista; el contractualismo inglés y el *appetitus societatis* <instinto de sociabilidad> <la necesidad innata de los hombres en vivir en sociedad> de Hugo Grocio (escuela clásica del Derecho natural). Palabras más, palabras menos: lo anterior implica la actitud del filósofo del Derecho.

## 2.2 Del iuspositivismo

**E**l iuspositivismo estima que el Derecho es, sencillamente, el ordenamiento jurídico vigente en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente y que su calificación es independiente de su posible justicia o injusticia. En otras palabras, el iuspositivismo circunscribe al Derecho como un conjunto de normas vigentes que excluyen de su campo de conocimiento cualquier valoración social o ética de las leyes. En la teoría kelseniana se trata de separar al Derecho de la filosofía, con el objetivo de edificar una teoría normativa del Derecho positivo libre de especulaciones valorativas.

Los antiguos profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM De Pina y De Pina Vara apuntan que el Derecho positivo es: *“El conjunto de las normas jurídicas que integran la legalidad establecida por el legislador, así como el de aquellas que en un tiempo estuvieron vigentes y que quedaron abrogadas, pasando a construir el derecho histórico de una nación [...] Pero, el derecho positivo para nosotros, en realidad, es el derecho que en un momento histórico determinado y en relación con un pueblo determinado, según el criterio del legislador, no sólo es, sino que también es el que debe ser”<sup>52</sup>*. Técnicamente, con el llamado

<sup>51</sup> García-Huidobro, Joaquín; *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp.114-115 y 118.

<sup>52</sup> De Pina y De Pina Vara, Rafael; *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, trigésima edición, México, 2001, p.238 y s.



anterior, podemos observar que el Derecho para estos profesores es aquel en donde participan... coexisten en armonía el Derecho natural y el positivo, es decir, ya pensaban en un Derecho omnicompreensivo. En ese estado de cosas, cuánta razón tiene K. Jaspers al señalar que ni el positivismo ni el idealismo ostentan la verdad respecto y sobre sus presupuestos. De ahí que -parafraseando a dicho filósofo- <sigamos moviéndonos en el terreno de las opiniones>.

Finalmente, a nuestro juicio, el iuspositivismo no es otra cosa que *el conjunto de normas jurídicas que el individuo en sociedad debe acatar, porque su carácter de ley vigente las hace obligatorias*. Lo anterior, dicho sea de paso: propio de la actitud del técnico positivista legal.

### 2.3 Del iusrealismo

**A** modo de dibujo -y antes de pergeñar su significado- el iusrealismo europeo que se desarrolla en los países escandinavos posee un fuerte vínculo con el realismo jurídico norteamericano en cuanto a la concepción de Derecho la que de modo alguno lo identifica con los comportamientos de los jueces. De los precursores del primer realismo antes mencionado tenemos a Högerström, Illum u Olivecrona; del segundo tenemos a Holmes y Gray. Pero sin duda el iusrealismo de la modernidad surge a manos de A. Ross.

Siguiendo a Ross y a su modelo de ciencia jurídica, el iusrealismo descansa en su concepto de *Derecho vigente* con el que trata de dar una síntesis del realismo norteamericano conductista y el realismo escandinavo psicológico. Así pues, Ross de la combinación de esas posturas define el Derecho como las emociones psicológicas de los jueces que determinan su comportamiento futuro. En ese tenor aduce M. Atienza:

*Situándonos en un plano metacientífico, la ciencia jurídica en sentido estricto elaborada según el modelo de Ross se caracterizaría por ser: 1) normativa, 2) empírica, 3) predictiva, y 4) crítica [...] la ciencia del Derecho de Ross consiste en la descripción del Derecho vigente, pero su teoría de la ciencia jurídica tiene un carácter fuertemente prescriptivo: no se limita a describir lo que hacen los científicos del Derecho, sino que pretende*



*prescribirles un determinado modelo de ciencia [...] que Ross considere que el Derecho vigente es un conjunto de directrices dirigidas a los jueces y, por tanto, que el destinatario de las normas jurídicas sean los jueces y no los ciudadanos, puede ser una consecuencia de su concepto verificacionista y predictivo de ciencia [...] el modelo de ciencia de Ross pre popperiano hoy es ya un modelo desfasado. El empirismo de Ross resulta en exceso crudo, y su aversión hacia la metafísica es probablemente exagerada. Como hemos visto, en la teoría de la ciencia contemporánea existe un cierto consenso en aceptar que toda ciencia descansa en ciertos presupuestos muy generales que no son científicos sino, cabría decir, ontológicos (mejor que metafísicos)<sup>53</sup>.*

No obstante lo anterior, podemos señalar que el iusrealismo es *un conjunto de directivas que tentativamente los juzgadores consideraran al momento de fundamentar sus pronunciamientos*. Máxime cuando se aprecia desde la perspectiva del sociólogo jurista.

## 2.4 Del iusmarxismo

**P**ara completar éste apartado, en lo que toca al iusmarxismo diremos que dicho modelo genéricamente se entiende como una corriente ideológica que ostenta que el Derecho es la voluntad de la clase dominante. Naturalmente, para C. Marx el Derecho no puede separarse de la configuración económica y desarrollo cultural de la sociedad que lo cierne sobre sí misma. Tácitamente el Derecho burgués es un Derecho igual que resulta desigual en la praxis por la desigualdad del trabajo desarrollado (división del trabajo), de tal suerte que cada clase dominante crea su propio Derecho al catalogar sus condiciones de dominación sobre el resto de la sociedad.

De esta forma, la estructura clasista (y sus parámetros de orden) impiden que el Derecho tenga un fundamento de ética y justicia, permitiendo sólo un Derecho parcial derivado de intereses<sup>54</sup>. De hecho, para el materialismo histórico el Derecho

<sup>53</sup> Atienza, Manuel; *Introducción al Derecho*, Ed. Fontamara, 2ª ed, México, 2000. pp.218-219 y 221.

<sup>54</sup> N. b. El interés o intereses pasan al centro del debate excluyendo a la moral del mismo, de ahí que el iusmarxismo no pueda resolver su problema óntico y gnoseológico, es decir, el problema fluye entre la producción material y la lógica dialéctica.



es un fenómeno social secundario. No es una racionalidad que se oponga a las circunstancias, ni mucho menos una sistematización de las relaciones sociales concretas, de ahí que al igual que J. Habermas, no compartamos esta postura, pues esta óptica resulta propia del deconstructor del Derecho.

## 2.5 Comentario crítico in cursus

Una vez establecidas genéricamente las razones que particularizan a cada uno de los modelos metodológicos planteados al inicio del presente capítulo respecto de lo que ha de entenderse por el saber Derecho, es necesario ante todo señalar que en este subpunto priva estudiar el alcance y los límites de un conocimiento. Tal criticismo parte de la postura tradicional asumida por el jurista mexicano E. García Máynez respecto de dos modelos metodológicos que han contribuido a la discusión sobre el concepto Derecho, o si se quiere, dicho sea de paso: se evaluará críticamente la discusión que se suscita entre los modelos iusnaturalismo y iuspositivismo, partiendo concretamente del sentir del jurista mexicano referido, y en consecuencia, mostraremos el fundamento de tal sentir. En ese orden de preferencia nuestro comentario crítico en curso se ve fortalecido al retomar algunas ideas elaboradas por el constitucionalista Luis Prieto Sanchís. Dichas ideas son importantes y merecen ser comentadas porque *grosso modo* muestran uno de los múltiples giros lingüísticos que ha dado el saber Derecho en el mundo de la cultura jurídica posmoderna... vuelta que apunta con actitud razonable hacia la razón práctica, y otros saberes y métodos adecuados para la realidad compleja que muestra el mundo de la vida. Así pues, sin óbice alguno, comenzamos nuestro comentario crítico del siguiente modo.

Pues bien, de todo lo expresado *i. e.* de las cuatro concepciones esbozadas de modo muy genérico, podemos señalar que dichas ideas han mostrado la sintética consistencia y caracterización metodológica<sup>55</sup> que conforma a cada una,

---

<sup>55</sup> *Sec.* con Ramón Xirau la voz "metodología" tiene su raíz del griego *méthodos*, que significa caminos, de ahí que se comprenda que la voz "metodología" sea el camino de un conocimiento determinado. Dicho sea de



comunicando desde su posición particular, naturalmente; razones plausibles que han contribuido al debate respecto del concepto del Derecho. Empero, de modo alguno sobra decir que las concepciones seleccionadas han recibido diversos tratamientos - según la actitud sostenida de los doctrinarios y comentaristas al estudiarlas- de los cuales han surgido por su naturaleza nuevas denominaciones, y ello se debe merced de los giros evolutivos que ha dado la milenaria cultura jurídica en el transcurso de la historia. Vale subrayar que nuestro criticismo en curso se enfoca particularmente y sin denostar a los demás, a dos de los cuatro paradigmas metodológicos antes rozados que son, palabras más, palabras menos: el del iusnaturalismo y iuspositivismo. Ello se debe a que estos modelos metodológicos son los que han mostrado el nivel de disenso dado dentro del discurso sobre el concepto Derecho, el cual tomamos como punto de partida para ir aclarando y justificando nuestras pretensiones investigativas en razón de la justicia y el Derecho, de la racionalidad y de la ciencia. En otras letras, a estas concepciones nosotros las hemos identificado con el *nomen* de paradigmas metodológicos ¿porqué ha sido así? Consideramos que dicho término explica y sustenta de manera prudente, por un lado el sentido específico y la justificación que revisten las razones expuestas por cada paradigma pertinente a lo que se debe entender por Derecho, por el otro; busca tras la disyuntiva entre ellos, encontrar -si acaso existieran- puntos nodales de coincidencia que pueden ser tratados interdisciplinariamente<sup>56</sup> para contribuir a los consensos que se obtengan de ello, sin perder de vista, claro está; lo dificultoso que resulta la empresa, merced de las ideologías insanas, fetichismos, cosificaciones germinadas que han enraizado sobre estos temas (seudodisensos).

---

paso: *"es la vía o modo de razonamiento para alcanzar un fin y, en especial, modos empleados para alcanzar la verdad"*. Esto aplicado al saber del Derecho no es más que el modo de razonar sobre el Derecho para alcanzar una determinada verdad, ya sea científica, empírica, filosófica, racional, hermenéutica, histórica, ecléctica, etc.

<sup>56</sup> N. b. Al hacer referencia a la idea de interdisciplina, sostenemos que para fines metodológicos el objeto de estudio determinado, puede ser abordado no desde un solo método de investigación, sino más bien; desde diversos métodos, enfoques o perspectivas que ayudan a abarcarlo todo, mas no el saberlo todo, de ahí la idea del método complejo de Edgar Morín. Solo así, podemos racionalizar a la razón "científica" o "dogmática", según el sano juicio de la crítica decidida.



Decíamos pues que desde la historia, la cultura jurídica ha dado giros lingüísticos a favor o en contra de determinada idea que ha de explicar lo que sea Derecho. Pongamos un ejemplo -de los múltiples que existen- que se inclina por la idea de *positividad* del Derecho. De ello tenemos lo que esbozó E. García Máynez en su ensayo sobre *el positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, que él mismo denominó: *perspectivismo jurídico*<sup>57</sup>. Como es sabido, ésta denominación se originó tras el hecho de que E. García Máynez caracterizó y analizó en su ensayo los modelos más representativos respecto del concepto del Derecho aplicando a tal actividad intelectual la teoría de los tres círculos dibujada desde 1940 por dicho autor. No obstante para materializarlo, E. García Máynez deduce la estructura central de su argumento del siguiente modo: *niego* las razones del iusnaturalismo teórico y en consecuencia el práctico, *afirmo* las “razones” del iuspositivismo teórico y en consecuencia el práctico ¿por qué lo hace así?... Como es sabido, y tal como ya lo planteamos en nuestra investigación de tesis de licenciatura, particularmente en la *introducción* de la misma al pronunciarnos sobre la abdicación que hace la ciencia tradicional respecto de los valores y por ende de la necesidad de negarle coexistencia armónica a los mismos: “[...] *ha de señalarse que la abdicación constituida por el relativismo axiológico; no ha de entenderse como la <no negación absoluta> de esa coexistencia entre ambas áreas de conocimiento, es decir; como si fuera inabordable... como si afirmáramos: “No niego que exista tal relación, pero, no la acepto”, y con ello disfrazar al “no aceptar” con el “no negar”, aspecto que identifica al relativismo kelseniano*”<sup>58</sup>. En efecto, es más sencillo negar afirmando, que aceptando negando, *i. e.* provocar actitudes, influir psicológicamente, refractar y persuadir caprichosamente al auditorio buscando encontrar desde su particular nivel de discurso, primero, todo lo que convenga y permita seguir sosteniendo su emotivismo jurídico, y segundo, los puntos coincidentes de lo contrargumentado por el iusnaturalismo, para de ahí absorberlo e

<sup>57</sup> Cfr. García Máynez, Eduardo; *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*; Ed. Fontamara, México, 1993. p.7.

<sup>58</sup> Cfr. Santamaría Bravo, Antonio; *Sobre la relación entre moral y ciencia jurídica: razones para una técnica omnicomprendiva del derecho basada en la praxis razonada de la justicia*, Facultad de Estudios Superiores Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006. p.3.





incorporarlo en sus seudorazones, siendo no otra cosa más que emotivismo confundido con subjetivismo.

De forma más extensiva, E. García Máynez al hablar sobre el iuspositivismo parte de las tesis planteadas por tratadistas italianos como N. Bobbio y Uberto Scarpelli respecto del positivismo jurídico. El primero *grosso modo* plantea las distinciones que pueden realizarse del positivismo jurídico, es decir, puede ser una forma especial de abocarse a su estudio, puede partirse de un juicio específico del mismo y puede partir también de una ideología única en su género de la justicia; el segundo plantea la unificación conceptual del mismo (monismo conceptual), es decir; busca unificar las bifurcaciones hechas por algunos tratadistas entre ellos N. Bobbio, Cattaneo y Hart. Empero, realmente lo que sucede en el fondo de dicho acto de habla -o sea, la interpretación que hace E. García Máynez del iuspositivismo- es que en él existe una entera adhesión a lo enseñado por el normativista (positivista) H. Kelsen respecto de que el Derecho para que sea positivo y revista carácter científico tiene que tener por origen justificatorio, por un lado, la estatalidad que legitima su positividad derivada del reconocimiento y creación que hacen del mismo los órganos del poder público, así como negarle tajantemente importancia y tratamiento a lo planteado por el iusnaturalismo; por el otro, partir de la idea de formalidad objetiva, pura en cuanto a su conocimiento, exacta, categórica y causal fisicalista, -no de materialidad, ni esencia, mucho menos de axiología- planteada por la idea de ciencia tradicional... Dicho sea de paso: la formalidad del Derecho se funda en la validez extrínsecamente formal, no en la validez intrínsecamente material, palabras más palabras menos, tal juicio es el auténticamente jurídico-positivo vigente, derecho puesto y creado por el hombre, no por Dios o por la naturaleza porque de lo contrario, se partiría de falacias, de argumentaciones ajenas a toda suerte de auténtica científicidad jurídico-positiva. De esta manera es como emprende el análisis sobre el iuspositivismo: supraordinando la autosuficiencia del Derecho en sentido jurídico-positivo frente a cualquier esfera o saber que no tenga por referente a la ciencia positiva.



Ahora, por lo que hace al modelo del iusnaturalismo, E. García Máynez dibuja en cuatro incisos algunas posturas que se han formulado sobre éste modelo en particular. Dicho esbozo toma color merced de lo planteado por H. Welzel, E. Wolf, algunos sofistas y filósofos de la Grecia clásica como Calicles, Platón, Aristóteles, y Crisipo; por Werner Mahiofer y por Arthur Kaufmann, aunque hay que aclarar que lo expresado por estos pensadores es utilizado a conveniencia para favorecer razones dogmáticas de lo que ha de ser Derecho positivo, *v.gr.* se aprecia del análisis que se hace del iusnaturalismo que, para justificar las llamadas incongruencias en que incurren los partidarios de este modelo se toma como punto de partida solo algunos extractos del pensamiento de dichos autores sin aclarar previamente que para hacer comprensible lo invocado se ha de hacer la advertencia de que el esquema y las estrategias de determinado pensamiento resulta complejo dado el hecho de que en él confluye múltiples niveles de pensamiento que lleva a la exigencia de conocer en serio y con profundidad la génesis del pensamiento empleado lo que lleva a pensar que si falta esto, o sea, no se conoce las evoluciones de tal pensamiento se incurre en falacia de accidente inverso, es decir, se hacen generalizaciones apresuradas sin estimar previamente lo que de tal pensamiento ha de comprenderse. Esto provoca evidentemente la asunción de actitudes que parten únicamente de verdades a medias portadas por determinados heraldos que hacen de las mismas una suerte de logomaquias dogmáticas. En concreto, se tiene que buscar la minuciosidad del contenido de las referencias para evitar engaños ataviados de verdad... engaños que se explican en dos palabras: embozados sofismas.

Resulta claro que lo que se aprecia realmente en el análisis hecho por el autor en comento, es una exacerbada estulticia de evidenciar sobremanera de catálogo de reproches, los desacuerdos y la convergencia a que han llegado los defensores del iusnaturalismo, y que a su juicio se dan por mera terminología, ítem por falta de justificación y fundamentación en razón de lo que sostiene la ciencia tradicional positivista, falta de identidad-no contradicción y tercero excluso, falta de énfasis en la forma, y no podía faltar la coincidencia en razón de la crítica, entre otros desairados



reproches. O dicho de otro modo, el análisis seguido sobre el iusnaturalismo insiste en enervar vía emotivismo jurídico las ideas más fuertes a las que se ha enfrentado actualmente el positivismo jurídico a decir de la dialéctica, hermenéutica y funcionalidad, y que de algún modo, sustentan los nuevos giros que ha dado el iusnaturalismo, vueltas que han venido pergeñando nuevas razones en la discusión de lo que ha de ser Derecho. Basta unos minutos de reflexión, para demostrar que efectivamente detrás del análisis poco imparcial realizado por el autor multicitado respecto del iusnaturalismo, se asoma por enésima vez el emotivismo<sup>59</sup> porque de acuerdo con los modelos de trabajo (working models de Ch. L. Stevenson) que se expondrán en el capítulo siguiente, se observa que el emotivismo jurídico profesado por el autor comentado provoca actitudes, o como ha quedado precisado en nuestras conclusiones de investigación de licenciatura: “[...] SEGUNDA. La argumentación kelseniana sobre la Justicia se sustenta en un discurso que jamás da el paso a verdades concluyentes -es decir, un discurso metaético altamente orientado por el poder persuasivo- no así al cambio de opiniones que sin lugar a duda, no son susceptibles de verdad y de validez<sup>60</sup>. Ejemplo de tal emotivismo tenemos las voces “No puede<sup>61</sup>, “ni<sup>62</sup>, “es evidente que [...] peca contra el principio de unidad<sup>63</sup>, “tampoco pueden admitir que<sup>64</sup>, “simplemente deberá interpretarse<sup>65</sup>, “solo queda una posibilidad<sup>66</sup>, “Lo único que cabe sostener es<sup>67</sup>, “no pueden dar [...] ni sacrificar el<sup>68</sup>. Siendo sinceros y teniendo *in mente* las claves de la argumentación, denotamos que tras echar mano de las técnicas de lectura como el resumen y la síntesis, el análisis efectuado por el autor comentado respecto del modelo del iusnaturalismo, *in fine*, busca dejar en claro que lo importante es velar por la validez y/o eficacia del orden legal y que su fuerza obligatoria no depende ni de broma de los juicios estimativos que realicen los particulares, y por si no fuera suficiente, corona su emotivismo jurídico con una pregunta compleja que mina las conciencias tímidas de

<sup>59</sup> *Infra véase*, cap.3, subpunto 3.9 de esta investigación.

<sup>60</sup> Santamaría Bravo, Antonio, *op. cit.* nota.58, p.156.

<sup>61</sup> García Máynez, Eduardo, *op. cit.* nota.57, p.158.

<sup>62</sup> *Idem.*

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> *Ibidem*, p.159.

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> *Ibidem*, p.160.



sus interlocutores-receptores una vez convencidos de sus presupuestos debido a que ella no puede contestarse categóricamente *v. gr.* al hablar de la estructura ontológica del Derecho y de su exigencia de enlace con el elemento esencial y el existencial o bien de la combinación de iusnaturalidad y positividad, pregunta “¿quién es el llamado a establecer el primero de esos dos elementos, el de la iusnaturalidad?”<sup>69</sup>. Por supuesto que de la respuesta a esta pregunta no podría esperarse claridad ni mucho menos fuerza en sus premisas debido a que encierra varias respuestas, y que a falta de claridad obtiene persuasión así como justificación que beneficia su ergotismo jurídico o positivismo jurídico a ultranza de corte legalista que incrementa su fuerza por la adhesión a él y por la actitud que adopte el auditorio convencido de sus presupuestos. En fin, es poca la profundidad con la que se analiza el modelo del iusnaturalismo, en el ensayo de E. García Máynez.

Ahora bien, siguiendo con la idea expuesta líneas arriba respecto de que en la historia, la cultura jurídica da giros lingüísticos que superan o convalidan juicios respecto de lo que ha de entenderse por el saber Derecho, se tiene de frente el ejemplo planteado por L. Prieto Sanchís. Para éste constitucionalista lo importante es ya no la idea unívoca de un Derecho del Estado... de un Derecho excesivamente autosuficiente, anclado en el modelo del Estado liberal decimonónico alejado de otros saberes importantes como la filosofía moral, la sociología y la política, sino aquella que muestra el actual Estado constitucional de Derecho, o yendo más allá, en el posmoderno Estado democrático constitucional de Derecho propuesto por J. Habermas. En tal tenor, L. Prieto Sanchís en su ensayo *Constitucionalismo y Positivismo*, muestra como el constitucionalismo es el nuevo desafío del positivismo entre otras cosas, pero a manera de aclaraciones conceptuales, aborda dos tópicos relativos a las tesis fundamentales del positivismo y a los rasgos del Estado constitucional contemporáneo.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, p.158.



En el primer tópico, L. Prieto Sanchís comenta que la expresión positivismo no es única debido a que son varios los significados que de ella se obtiene en el argot de los juristas que se reputan positivistas, así como en aquellos que no lo son. Así pues, sugiere que para hacer una aproximación a la misma, tiene que llevarse a cabo *ad cautelam*, porque a su juicio, las críticas que se vierten sobre ella con frecuencia se ciernen solo a un aspecto en particular casi imaginado por los propios críticos, de tal forma que lo aceptable en su sentir es que ha de criticarse la expresión positivismo partiendo de un significado amplio y convencional, de ahí que el esquema propuesto por N. Bobbio parece ser el que cumple con tal generalidad. En ese orden de ideas, L. Prieto Sanchís explica el significado de la expresión positivismo desde la perspectiva planteada por el jurista italiano a saber: positivismo jurídico expresado desde la metodología *i. e.* como forma de aproximarse al Derecho; positivismo jurídico expresado desde la teoría *i. e.* como modo de entender al Derecho; positivismo jurídico expresado desde la ideología *i. e.* proyección de perspectivas acerca de la justicia del Derecho, también de la obligación moral de obediencia al mismo, siendo pues incompatible con la primera forma de expresión que se formula respecto y sobre el Derecho.

Las anteriores aclaraciones tienen como objetivo evitar lo que L. Prieto Sanchís afirma sobre la problemática que ha enfrentado la expresión positivismo, y que en sus propias líneas denota que: *“Lamentablemente, algunos positivistas han incurrido en una cierta confusión entre los conceptos de existencia y obligatoriedad de las normas, o no han sabido distinguir bien entre obligación jurídica y moral”*<sup>70</sup>. Ahora bien, sobre el primer aspecto expresivo que reviste el positivismo jurídico destaca, entre otros aspectos, la neutralidad metodológica propuesta por la idea del método científico tradicional pergeñado por H. Kelsen, lo que significa que el método positivista jurídico es avalorativo porque al Derecho se le tiene que proyectar como un hecho no como un valor. También se destaca la idea de que la validez de la norma no depende del contenido material, porque éste no es objeto de conocimiento científico. Realmente, esta primera expresión advierte en

---

<sup>70</sup> Prieto Sanchís, Luis; *Constitucionalismo y Positivismo*, Ed. Fontamara, México, 2005. p.13.



consecuencia que una norma y el sistema en conjunto pueden ser injustos, pero no dejan de ser jurídicos, que la moralidad de un estándar de comportamiento no es razón suficiente como para estimarlo como parte del Derecho, que la definición del Derecho no dice nada acerca de los motivos que fundamentan una obligación moral de obediencia y si existe tal obligación será un problema a esclarecer en sede de teoría moral y no de teoría del Derecho. De todo lo anterior, puede señalarse que esta primer expresión subraya la separación entre Derecho y moral, porque el Derecho se define en función de un elemento específico que es la organización del uso de la fuerza, o dicho de otro modo, el Derecho no tiene porqué expresar el dictamen de la moral por la simple razón de que es un producto de una convención o acto de voluntad. Palabras más, palabras menos: la expresión positivismo jurídico desde la metodología se explica en dos actos de habla a saber, la existencia de las normas no depende de que se satisfaga algún valor moral individualizado y, es siempre obra de decisiones humanas de origen social, no de origen religioso.

Por lo que atañe a la segunda expresión, sobre ella se viene señalando que dentro de la misma se reúnen una serie de tesis independientes entre sí respecto de lo que suele llamarse “naturaleza” del Derecho<sup>71</sup>. Mucho se ha dicho y criticado respecto de ellas, sobre todo se han interpretado y defendido de diversas formas, otras veces casi en su mayoría han sido abandonadas por los positivistas y no positivistas, *v.gr.* la que ve al Derecho como sistema, tesis que hoy por hoy, según el autor citado no es asumida por ningún positivista, salvo por un no positivista como R. Dworkin. Y es que realmente el abandono referido en el ejemplo rozado se debe a que el positivismo defiende el andamio de la discrecionalidad judicial, que es una

---

<sup>71</sup> N. b. Sobre dichas tesis resulta bastante clara la clasificación que sobre ellas formula L. Prieto Sanchís. P. ej. Destacan la idea de vinculación del Derecho con la fuerza, la idea rigurosamente estatalista del Derecho que atribuye a la ley el cuasi-monopolio de la producción jurídica relegando a cualquier otra fuente a una función residual, la idea de una teoría imperativista de la norma jurídica, la idea del Derecho como sistema, y por último la de una teoría mecanicista de la interpretación. Si bien, cabe reconocer que el autor referido hace un poco más extensivo los *definiens* que atañen a cada tesis, de tal suerte que no resulta descabellado asomar la nariz en el pasaje destinado a explicarlas aunque solo sea en clave westoniana. véase, Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.* nota.70, p.13 y s.



actividad que se sujeta no *in extenso* a las normas, o dicho en forma amplia, más o menos se sujeta a ellas. Empero, L. Prieto Sanchís no hace énfasis sobre dichas tesis, solo aduce vía crítica a la tesis que observa al Derecho como sistema para señalar que al menos en su contrastación con la teoría de la discrecionalidad judicial, el positivismo jurídico desde dicha óptica, proyecta sus alcances desde el momento en que el órgano jurisdiccional se convierte en órgano peculiar de creación jurídica distinto del órgano legislativo, porque asume en parte la responsabilidad creadora por la decisión que adopta. Siendo esto lo más sobresaliente.

En lo que toca a la tercera expresión, o sea, aquella que sostiene que el positivismo jurídico se expresa desde la ideología, se puede decir que se manifiesta en dos versiones, es decir, una radical y una más moderada. Por un lado, la radical dice que el Derecho siempre representa el criterio de lo justo (orden) y de lo injusto (prohibición), y que por lo tanto de ello se deduce una *obligatio* moral incondicional de obediencia al Derecho; por el otro, la postura más moderada sostiene que el Derecho como orden que regula la convivencia humana resguarda valores morales como la paz, la seguridad, la certeza, etc., y en la inteligencia de que estos valores estén garantizados mínimamente se da pues una obligación de obediencia al Derecho.

Establecidas pues las tres formas en que puede expresarse el positivismo jurídico se despeja, naturalmente, el panorama sobre cómo se ha entendido dentro de la evolución de la cultura jurídica al modelo del iuspositivismo, y más aún; sobre como los positivistas y no positivistas lo comprenden. Esto lo comentamos porque en efecto, del razonamiento planteado por E. García Máynez sobre el iuspositivismo, se desprende que su análisis en principio, retoma el modelo planteado por el profesor italiano N. Bobbio sobre las formas de apreciar al positivismo jurídico. Nosotros estimamos con sinceridad que el motivo principal que llevo al jurista mexicano a partir de los postulados de N. Bobbio, tras explicar el modelo del iuspositivismo es, dicho sea de paso: la herencia doctrinalmente tradicional del normativismo kelseniano que se traduce, teórica, metodológica y prácticamente en la actividad



legalista que se desarrolla en las curias altas y bajas que interpretan y aplican la norma jurídica en la vía del proceso judicial. Aunque cabe decir que en el foro federal se estudia con más detenimiento forma y fondo, o sea, se pondera la aplicación, entre otras actividades, privilegiando la constitucionalidad que guía a la legalidad; eso sí, a excepción de la regla porque estaríamos incurriendo en una falacia de claridad como lo es el accidente inverso; en tanto que en el foro común, se da prioridad a la interpretación y aplicación de la norma jurídica vía subsunción propio de un legalismo liso y llano, o como nosotros en un principio denominamos, ergotismo jurídico. En fin, en una de las tres expresiones respecto del positivismo jurídico se ubica el pensamiento del jurista mexicano, porque como bien adujo H. González Uribe y que aquí parafraseamos: E. García Máynez fue discípulo directo del mayor jurista más importante del siglo XX, el profesor H. Kelsen.

Exponiendo ahora brevemente el segundo tópico que conforma las aclaraciones conceptuales indicadas por L. Prieto Sanchís, se tiene que dentro de los rasgos del Estado constitucional contemporáneo, el constitucionalismo no ha de apreciarse únicamente como un sistema político dotado de una Ley Fundamental que diseña o establece un cierto régimen o forma de gobierno, un equilibrio de fuerzas y un garantismo de las libertades públicas. A contra pelo, la idea contemporánea que se tiene sobre el constitucionalismo descansa en la razón que supera la idea decimonónica del Estado de Derecho legislativo, pero no solo en tal sentido sino que se reafirma en la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes, de limitación y control del poder. Pero ¿por qué sucede esto? porque el problema al que se ha enfrentado el constitucionalismo antiguo y moderno es el de la relación entre derecho y fuerza, o sea que el poder para que se justifique tiene que partir del Derecho, no de la fuerza y que muchas veces el poder se justifica vía fuerza. Al respecto, L. Prieto Sanchís menciona el ejemplo clarísimo sobre dicha problemática al referirse a la Constitución norteamericana y las Constituciones europeas de la posguerra por ser los marcos paradigmáticos incompatibles con el positivismo, y es que -permítasenos hacer un





ínterin- ello es así porque como ya ha quedado establecido en el contenido del primer capítulo de ésta investigación, la consecuencia directa que incide en tal incompatibilidad radica en que el iusnaturalismo venció al iuspositivismo, y tal derrota se muestra con nitidez en los juicios de Núremberg<sup>72</sup>. En dicho sentir, nos comenta el autor referido que en opinión de R. Alexy los rasgos esenciales de tal incompatibilidad son pues el hecho de que en dichas Constituciones no se desdeñan los valores o principios, así como la propia ponderación, la omnipresencia de la Constitución, la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, entre otros aspectos.

De esta manera, el constitucionalismo<sup>73</sup> de la posguerra fue interpretando al mismo tiempo que corrigiendo la separación metodológica del Derecho respecto de la moral y otros saberes igualmente relevantes. Lo anterior no significa que la ley perece en el instante en que se afirma la superioridad constitucional, no es así porque lo determinante no es solo la constitucionalidad, sino la sustancialización de la ley a la manera de la idea consolidada de la jurisprudencia alemana, o dicho en otras líneas, la Constitución encarna una unidad material que es en algunos casos previa al orden jurídico positivo, de ahí que L. Prieto Sanchís señale: *"Dicha*

---

<sup>72</sup> N. b. Cabe decir reflexiva y sinceramente que dicho triunfo -al menos desde el más ordinario pragmatismo de decisión- se debió concretamente más a razones políticas o de poder que ha razones estrictamente jurídicas. Definitivamente resulta problemático diferenciar quien ha de tener la razón respecto de su acción, si el más fuerte o el más débil. Más aún: saber con precisión qué tipo de intereses protege esa razón esgrimida según desde la perspectiva de quien la ostente. Al final, lo que se busca es justificar la acción del poder mediante un fundamento determinado... cubrir a la madre de las falacias y sofismas con el hermoso palio de la verdad. En otras palabras: el utilitarismo sin tacto opera desde la sede del idealismo, siendo así la única forma de no mostrar su grotesco y asqueroso rostro, esto es; el rostro canalla. Lo anterior se explica con más claridad desde la forma de ver habermasiana, en cuanto que cualquier persona individual o corporación puede manipular invocando a su manera el contenido del discurso de los derechos humanos y más sencillamente el contenido de aquel discurso que tenga por tema causas supremas y universales. La verdad y la razón siempre están en juego, y de ello parten las consecuencias que se derivan del mismo.

<sup>73</sup> N. b. No solo este instituto, sino cabría decir otros campos del conocimiento humano, como la economía, la política, la cultura, etc., fueron objeto de transformaciones acorde a los nuevos planteamientos y giros de la política mundial.



*rematerialización [...] supone que la Constitución ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales que condicionan la validez de las normas inferiores*<sup>74</sup>. Paralelo a ello, a juicio de R. Alexy sucede que lo material, es decir, los valores o principios constitucionales, en cuanto a la forma se aplican jurídicamente, pero en cuanto al fondo su aplicación es siempre moral, siendo esto la forma como se puede atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, al momento de aplicar la ley por parte del decisor. Dicho sea de paso: se da prioridad a la *jurisprudencia* ya no a la *scientia iuris*. Así las cosas en cuanto a las aclaraciones conceptuales vertidas por el sentir de Luis Prieto Sanchís.

Para finalizar nuestro comentario crítico en curso diremos, por un lado, que el sentido del legalismo estatalista, está hoy por hoy en dificultades. En *primer lugar*, por tener de frente el embate de la interpretación de la Constitución y de la cesión externa de soberanía como por ejemplo en el caso del principio de jurisdicción universal donde los Estados que forman parte de convenios en materia de justicia penal internacional ceden externamente frente a otros Estados miembros de la comunidad internacional parte de su soberanía en razón de la cooperación y jurisdicción internacional; *segundo*, porque hacia el interior del legalismo su fuerza vinculante se ha relajado merced de la observación que debe hacerse a la Constitución; *en tercer lugar*, algunas normas constitucionales quizá las más relevantes no se dan a la técnica de la subsunción a la que el viejo Estado de Derecho había circunscrito la función del decisor; *en cuarto lugar* se muestra que el constitucionalismo ha tenido una enorme incidencia bastante amplia en las ideas jurídicas forjadas desde el modelo del Estado de Derecho decimonónico y, *por último*, como dice L. Prieto Sanchís:

*Los aspectos señalados son los más decisivos para valorar en qué medida están en juego los distintos postulados atribuidos al positivismo, sobre todo al positivismo como teoría del Derecho. En resumen, tales aspectos son los siguientes: el legislador ha dejado de ser el dueño absoluto del Derecho; el juez ha salido de la alternativa entre*

---

<sup>74</sup> Prieto Sanchís, Luis; *op. cit.* nota 70, p.17.



*“boca muda” o “juez legislador”; y la moral ya no penetra en el Derecho exclusivamente a través de las decisiones legales, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación<sup>75</sup>.*

Por el otro, el saber Derecho no solo ha de escribir el contenido de su lógica exclusivamente desde el mundo de la interpretación puramente normativa, neutra y científica; sino desde otros mundos interconectados razonable y conjuntamente entre sí, tales como el de la argumentación jurídica, ética y moral, política, sociología, hermenéutica, etc., ello en el entendido de poder salirle al paso -con la necesaria inteligencia y cautela- a la injusticia que busca proteger a costa de lo que sea la voluntad y el poder, impidiendo la inevitable instauración de la razón y de la verdad. Por último, adhiriéndonos al sentir crítico de M. Atienza denotamos que la cuestión fundamental de cuál ha de ser el sentido que verdaderamente caracterice al Derecho encuentra sustancialidad en el momento en que se encausa tal sentido por dos caminos distintos en sí, pero paralelos *i. e.* el camino que explica el sentido del Derecho como fenómeno explicable, como un mundo de la vida; y aquel que explica el sentido del Derecho como una realidad valiosa que justifica la existencia del mismo. Empero, ambos sentidos son enteramente discutibles porque en efecto, no obstante la preinterpretación que han hecho otros hombres sobre lo que ha de ser Derecho, podemos con toda libertad reflexiva reformular el sentido del Derecho y proyectarlo; todo con la incuestionable finalidad de alcanzar verdaderamente un mundo de la vida iluminado por la justicia y la felicidad entre otros tantos valores que integran dicho mundo. De ahí lo expresado por M. Atienza:

*La fe en el Derecho parece haber aumentado mucho en los últimos tiempos: no deja por ejemplo de resultar curioso que hoy sea sobre todo el pensamiento de izquierda el más empeñado en “la lucha por el Derecho”: para condenar los pensamientos genocidas (como el caso Pinochet) o la guerra en contra de normas de Derecho internacional (como en la intervención de la OTAN en Kosovo); para equiparar los derechos de los nacionales y de los extranjeros (crítica a las leyes de extranjería); para instaurar un tribunal penal internacional; y, en general, para desarrollar las instituciones jurídicas y políticas -hasta llegar a un Derecho cosmopolita- con el fin*

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p.22 y 23.



*de enfrenar la amenaza que para los valores tradicionales de la izquierda (la igualdad y la solidaridad) supone el fenómeno de la mundialización económica y financiera. Esta lucha a favor del respeto del Derecho y de la extensión de los derechos supone sin duda el reconocimiento de que el Derecho es algo valioso en sí mismo: vivir bajo un estado de Derecho supone, para los que estamos en esa situación, un bien incontestable. Sin embargo, el Derecho no es sólo esto. El Derecho -también el de los Estados democráticos- presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el Derecho, no de infringirlo. La división entre lo lícito y lo ilícito desde el punto de vista jurídico no coincide ni mucho menos con la ilicitud y la ilicitud moral. Pues bien, esta ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene en realidad, nada de paradójico. En cierto modo, no es más que una consecuencia de que el Derecho sea -como decía Savigny- la totalidad de la vida tomada desde un específico punto de vista. Y dado que vivimos en sociedades signadas por la desigualdad y la injusticia, sería extraño que el Derecho (un subsistema de todo el sistema social) no reflejara de alguna forma esa circunstancia. Como fenómeno individual, la vida se nos aparece como un proceso abierto, como una empresa a la que se logra o no dar un sentido dependiendo de circunstancias de tipo objetivo y subjetivo, de lo que nos viene dado y de lo que nosotros construimos. En el Derecho, en la vida social, pueden también distinguirse estos dos aspectos, pero es importante darse cuenta de que lo que nos viene dado es, en general, algo construido por otros hombres y que podríamos modificar. Estamos hechos -o hemos llegado a estarlo- de manera que no podemos dejar de vivir en sociedades organizadas jurídicamente; pero no estamos por ello condenados a vivir bajo formas de organización injustas. Lo que da sentido al Derecho -y a ocuparse profesionalmente del Derecho- no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia, o para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia<sup>76</sup>.*

---

<sup>76</sup> Atienza, Manuel; *El sentido del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, 2ª ed. rev. España, 2003. pp.311-312.



**CAPÍTULO 3**

**CRITERIOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS ENCAMINADOS  
OMNICOMPENSIVAMENTE HACIA UNA RENOVADA IDEA DE LA JUSTICIA Y  
DEL DERECHO**



### 3.1 Algunos criterios filosófico-jurídicos sobre la relación entre moral y Derecho encaminados como solución a su dicotomía

**E**n este apartado continuamos del siguiente modo. Hemos llegado a un lugar clave de ésta investigación sin ninguna obnubilación en cuanto a nuestra objetividad trazada al comienzo. No obstante, podría pensarse que la oración precedente apunta hacia un *decideratum* en la Teoría del Derecho. Y en efecto, éste espacio está tentativamente destinado -por decirlo de algún modo- a describir y/o prescribir -sin caer en *contradictio in adjectio*- la complementariedad entre Derecho y moral. A juicio propio, la disgregación perentoria formulada por el ramplón positivismo jurídico es; a decir verdad, *ad absurdum* por varias razones que aquí se mostraran quizá superfluamente, pero que, en modo alguno cierra la puerta a posibles extensiones sobre aquellas.

Comenzar a esbozar razones sobre presupuestos ya expuestos y discutidos con anterioridad en los foros del siglo XVIII, XIX, XX y XXI, no minimiza la autenticidad de ésta investigación. Ciertamente, casi todos los problemas que versan sobre el campo del Derecho tienen que ver con su *legitimación* o; en el mejor de los escenarios, sobre su fundamentación. El Derecho como simple esfera normativa, ha sido duramente criticado por las mentes más tenaces de la Alemania postconvencional; v. gr: tenemos a la tradición marxista la cual asegura que el Derecho -globalmente- es una mera instancia de control social y, en definitiva; es un simple instrumento al servicio de la clase dominante (*iusmarxismo*).

Sin duda, hablar del Derecho significa hacer referencia al *poder político*. El poder como tal, es por decirlo de alguna forma; <el atuendo del Derecho> de ahí que el Derecho jamás este *in puribus* (desnudo); o dicho de otro modo, el poder es la carne del esqueleto del Derecho. Sobre lo anteriormente pronunciado, existen criterios especializados que estiman que el poder es más viejo que el Derecho; de los cuales sin uno y sin otro, no se encuentra la realización plena de un Estado democrático de Derecho.



Así pues, el Derecho encuentra su acompañamiento con el poder político. De igual forma el primero encuentra su coherencia con la moral, pues basta con abrir el documento escrito de nuestra Constitución para mostrar que la moral es una esfera normativa que da sustento a la esfera formal del sistema jurídico<sup>77</sup>. En ese estado de cosas, tanto el Derecho, la moral y el poder político; cumplen con un funcionamiento sincrónicamente probado en la vida de la República. En contra posición a lo anterior, existe la forma weberiana de entender éstas esferas de dominación “*legal-racional*”, que es la correspondiente a nuestras actuales formaciones sociales: <el poder está sujeto a la ley y regulado según procedimientos formales>. La creencia en la legitimidad de un poder racional se reduce a la creencia en la legalidad. La legalidad de un ordenamiento normativo se refiere únicamente a la corrección formal de los procedimientos de creación y aplicación de la norma... *basta con invocar el orden legal de acuerdo con el cual se adoptó una decisión*.

J. Habermas, en cambio, estima que la relación entre Derecho y poder ha de concebirse de una manera más bidireccional: “*El derecho no sólo legitima el poder político, sino que el poder puede servirse del derecho como medio de organización [...] el derecho impone disciplina al poder político sometiendo su ejercicio a normas y reglas (o sea, hacer valer, el imperio de la ley), y al mismo tiempo también lo legitima [...] por su parte, el poder político instrumentaliza al derecho para sus propios objetivos*”<sup>78</sup>.

Haciendo uso de un íterin sobre el tema, sostenemos que para poder construir y obtener razones que se dirijan omnicomprendivamente hacia una renovada idea de la justicia y del Derecho; hemos de comenzar por tener bien trazado un marco teórico del cual se haga partícipe un estudio sistematizado de teorías referentes -en primer lugar- a lo que fue y es la ciencia hoy por hoy, tanto en la historia del conocimiento, la razón y la ilustración; como en el Derecho y la moral, para de ahí poder innovar principios de los cuales encuentren su realización en la praxis; o lo que es lo mismo, por medio de la racionalización del argumento.

---

<sup>77</sup> Cfr. La norma constitucional núm. 94, pfo. IV de la aludida Carta Federal Mexicana.

<sup>78</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Facticidad y validez*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pp.200-218.



Casi todos los grandes pensadores se remiten -ya como miembros de la sociedad postconvencional- a los presupuestos rousseauianos y kantianos para obtener bases epistemológicas y metodológicas con el objeto de echar andar sus teorías<sup>79</sup>, no sin antes hacer uso de la lógica de la historia para dar orden a sus ideas y con base en ello acorazarse... contar con un buen margen de resquicios positivos que hagan frente a los escollos de la realidad cosificada. En pocas letras, poder criticar. Sobre tal circunstancia, reconocemos la compleja empresa de constituir una teoría; pues en principio, casi todos los teóricos y filósofos debaten, reinterpretan, juzgan, contravienen los posicionamientos de otros interlocutores especializados; dejando sólo al descubierto ese gran juego del cual se tiene que obtener como resultado esperado a la verdad. En todo caso ¿qué es la verdad? Esta pregunta por compleja que parezca ha llevado a hombres sesudos a sostener que la verdad es simplemente *la actitud sostenida*. Precisamente por ello... por dicha respuesta, han pronunciado otros gigantes pensadores más realistas que dentro de la sociedad flotante en el mundo de la vida; seguimos moviéndonos en el terreno de las opiniones, otros más antiguos como Epicteto sostuvieron que, si el hombre partiese de prenociones generales aceptadas por todos -o sea por consenso- se llegaría a un resultado tangible: en tales parámetros el flirteo de la verdad resulta incierto. Y esto ha sido el azote del conocimiento humano... no ha podido conseguir un consenso general. Por ello, genios como el maestro Juan Jacobo Rousseau han sido calificados históricamente, como hombres de paradojas... pues no es para menos, frente a tan magna empresa. En fin, creo que lo anterior es tema que merece mejor tratamiento y que en éste espacio lo diferiremos para un mejor y adecuado momento.

La decisión tomada para comenzar a mostrar algunos criterios filosófico-jurídicos obedece en principio, al pensamiento postmoderno habermasiano. Dicho pensamiento esgrime un problema fundamental del Derecho: *su antinomia y su fundamentación*. El hecho de hacer referencia a tal pensamiento significa que, efectivamente; existen razones para establecer ideas que pueden ser sistematizadas

---

<sup>79</sup> Cfr. La opus mágnum de John Rawls, de Jürgen Habermas, de Immanuel Kant, y et. al.





por medio de la ciencia... una ciencia bien entendida, bien discutida y bien manejada; porque en caso contrario, seguiríamos pisando el terreno movedizo de la *opinio vulgaris*.

Estos criterios se ciernen en su origen, a las esclarecedoras ideas del *heredero de la ilustración*: J. Habermas. Para éste pensador, el problema del Derecho no es inexpugnable, no es irremediable. Sólo es cuestión de comprender y reflexionar sobre el mismo, sobre su estructura y funcionamiento. Dijimos en un primer momento que la tradición marxista estima al Derecho como un instrumento de explotación. Al respecto, los primeros maestros de la escuela de Fráncfort como Th. W. Adorno por ejemplo; sostienen que el Derecho es un fenómeno arquetípico de una racionalidad irracional... es el que hace del principio formal de equivalencia la norma camuflaje de la desigualdad de lo igual para que no se vean las diferencias.

No obstante lo anterior tentativamente puede dar a entender que la ilustración fue una etapa en donde se consolidó el Estado democrático liberal burgués y aparejado a él, su institucionalización. Dicho en otras palabras, ya un régimen, ya una forma de gobierno (trionfante) desplaza a otro (a) para que al inicio del día comience dominando. Al mismo tiempo, puede pensarse que el Derecho y el poder político son fenómenos que se van matizando o -en los casos difíciles- metamorfoseando a través de la historia para así encontrar su configuración... una configuración temporal que encuentra su sentido en esa metamorfosis.

Otros maestros como Franz Neumann y Otto Kirchheimer se libran de dicho juicio, pero; efectivamente en ellos se manifiesta un tipo de utopismo anarquizante. Sobre ese tenor, Juan Carlos Velasco Arroyo afirma: *“Resulta bastante sorprendente, casi escandaloso, que una teoría crítica de la sociedad no prestase la atención merecida al análisis de las instituciones jurídicas propias del mundo moderno. Apenas sirve de excusa para ello reparar en la situación de aislamiento mutuo en la que la teoría política y la teoría del derecho han estado a lo largo de casi todo el siglo XX”*<sup>80</sup>. Al margen de lo anterior, J. Habermas no participó; ni hizo suya la postura adoptada de sus maestros

---

<sup>80</sup> Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p.68.



con referencia al Derecho. Se dice que en 1962 realizó uno de sus primeros escritos <Derecho Natural y Revolución> yendo más allá, criticando el intento de C. Marx de reducir la filosofía del Derecho hegeliana a una filosofía materialista de la historia<sup>81</sup>.

La deficiencia fue clara. Empero, J. Habermas se propuso remediarla considerando que el estudio del Derecho ocupa un lugar sobresaliente en cualquier planteamiento serio de la filosofía práctica. Dicha aproximación al Derecho, no le apartó en absoluto de su proyecto global de filosofía social. Ahora bien, ¿por qué hacemos referencia a los criterios habermasianos y no a otros? Porque definitivamente el filósofo de Fráncfort nos aporta razones suficientes para mostrar que es alcanzable y realizable la idea de comenzar a construir una sociedad con instituciones justas y legítimas que busquen siempre un fin común... que logren la paz, la convivencia racionalizada entre todos los interlocutores miembros de la comunidad.

Resulta claro, que las etapas evolutivas del pensamiento de J. Habermas rastrearon su atención por el significado de los problemas de legitimación no sólo en clave político-moral, sino también; en la jurídica. Por un lado, ya desde finales de los años setenta y principios de los ochenta; el filósofo alemán había estudiado detenidamente el fenómeno de la juridificación<sup>82</sup>. Por otro lado, sus posicionamientos tomados sobre temas como: el sentido de la desobediencia civil, la relación entre Derecho y moral; la soberanía popular, todas ellas, se encausaron a un ritmo que daba pauta para estimar que se estaba operando un *giro jurídico* en la teoría habermasiana de la sociedad... provocado por el descubrimiento del Derecho como un factor decisivo de modernización.

Expuesto lo anterior, podemos subrayar que <Facticidad y Validez> es la obra que constituye su teoría discursiva del Derecho y del Estado. Dígalo a su manera J.

---

<sup>81</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría y Praxis*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp.113 y ss.

<sup>82</sup> N. b. Por juridificación se entiende la manifestación sintomática del más amplio proceso de colonización del mundo de la vida por parte de los imperativos funcionales del sistema.



C. Velasco Arroyo: “*La publicación de Facticidad y Validez fue saludada en medios académicos como la ruptura de un silencio que había durado décadas: por fin, la teoría crítica se había adentrado en el terreno de la filosofía del Derecho y del Estado; por fin, aparecía dispuesta a poner pie en el duro suelo de la realidad, en vez de criticarla desde la torre de marfil de la teoría. Incluso se señaló que se había operado una <<conversión de la teoría crítica>>*”<sup>83</sup>.

Es indudable que, *la integración social* fue siempre la preocupación del filósofo de Fráncfort; de ahí sus reflexiones sobre si el sistema jurídico podría compensar los espacios vacantes por las religiones en las plurales y complejas sociedades de nuestros días, o como diría J. Habermas: <*las sociedades postconvencionales*>. En pocas palabras, la integración social sufrió modificaciones de las cuales se encuentra la configuración de la pérdida de la fe en la religión y la metafísica que fueron en un momento dado el hilo conductor de las sociedades preconvencionales y convencionales; debido a la nueva configuración de una fe en el Derecho, en la ética de la intención, así como en la de la responsabilidad (véase. *infra*, El esquema del teórico social Klaus Eder utilizado por J. Habermas, <Etapas de la evolución del Derecho y la moral> pp. 93 y 94 de éste apartado).

En ese tenor, el discurso sobre Dios en una sociedad secularizada casi en su totalidad; se reputaría como un discurso ambiguo y vago, de tal suerte que varios interlocutores proponen a contra corriente que el discurso sobre Dios tendría más recepción si dicho argumento se refiriese de manera diversa; o sea, que se hiciera referencia a la palabra <orden de la Naturaleza... o un orden cósmico<sup>84</sup>>. Esto es de perspectivas<sup>85</sup>. Sea como fuere, para J. Habermas es un dato inobjetable que en el mundo moderno los fundamentos de la cultura se han secularizado; de tal modo que

---

<sup>83</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, pp.68 y 69.

<sup>84</sup> Cfr. García-Huidobro, Joaquín; *Filosofía y Retórica del iusnaturalismo*, UNAM-IIIJ, México, 2002. pp.61 y ss.

<sup>85</sup> N. b. En nuestra opinión, sostenemos que aún conviviendo dentro de una sociedad postconvencional siempre está presente en la psique del ser humano un símbolo supremo; pues está mostrado que en el momento en el que un miembro de la comunidad o una comunidad entera, pierde su fe o creencia en un símbolo; comienzan a manifestarse conductas autómatas, que contribuyen a la pérdida del ethos o del sentido de la vida.



la fe en la legitimidad del orden social de dominación en algún sentido habrá de poder apoyarse en la racionalidad del Derecho<sup>86</sup>.

Ahora bien, resulta valioso hacer la siguiente advertencia en cuanto al pensamiento habermasiano antes de seguir esbozando sus reflexiones en lo tocante al Derecho y la moral. El pensamiento de J. Habermas tiene diversos periodos de formación y evolución, precisamente porque éste filósofo siempre ha estado en constante diálogo con sus detractores y críticos. El desarrollo de su pensamiento no ha sido lineal, pues ha sufrido fisuras y rectificaciones -pues como lo aseguran los especialistas- <es una construcción permanente>. De ahí que J. C. Velasco Arroyo apunte:

*En efecto, a lo largo de su trayectoria ha emprendido diversas expediciones y rastreos, una larga marcha que comprendería varias etapas: en sus primeros escritos elaboró una filosofía de la historia de carácter práctico, un intento que se plasmaría sobre todo en su libro Teoría y praxis; luego se internó en la vía de los intereses rectores del conocimiento en su obra Conocimiento e interés; y, una vez que tomó conciencia de que este camino no resultaba del todo practicable, se propuso a lo largo de los años setenta y ochenta la ingente tarea de construir una teoría de la racionalidad humana por medio del análisis de las condiciones universales de la comunicación, un intento que daría como resultado su opus magnum, titulado <la teoría de la acción comunicativa>. Al disponer a partir de esta obra de un potente aparato conceptual, ha tratado de trasladar sistemáticamente sus resultados a otras esferas: primero al ámbito ético, en Conciencia moral y acción comunicativa, y luego al mundo jurídico-político en Facticidad y validez. A finales de los años noventa volvió a tratar en, Verdad y justificación, cuestiones sustantivas de la teoría del conocimiento, revisando especialmente sus anteriores posiciones sobre la concepción de la verdad<sup>87</sup>.*

Podemos decir que sus escritos previos a <Facticidad y validez> fueron decisivos en la gestación de dicha obra de recopilación de opúsculos sobre temas jurídicos. De esta manera, en dicho libro se recapitulan los resultados alcanzados en su *opus magnum* (La teoría de la acción comunicativa) pero ahora con la mira puesta en cómo determinar con detalle y claramente las condiciones para la aplicación de

<sup>86</sup> Cfr. pref. de la tesis doctoral de Robert Alexy; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp.17 y s.

<sup>87</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, pp.13 y s.



esas conclusiones en las sociedades postconvencionales. En ese sentido subraya J. C. Velasco Arroyo: *“Es ahí donde adquieren sentido los análisis de los fundamentos de la institución jurídica y de la política democrática de carácter participativo y deliberativo. Además esta obra cubre una necesidad de orden intrasistémico: la articulación de una teoría discursiva del Derecho y del Estado [...] que cierre finalmente el triángulo de la racionalidad práctica configurado por la ética, el derecho y la política. Se elabora así, una teoría del derecho que, asociada con la ética discursiva, culminaría en una teoría normativa de la democracia<sup>88</sup>”*.

Lo que se pretende mostrar es que el Derecho viene a desempeñar el papel de árbitro entre los hechos de la política, la economía y la pretensión de eficacia normativa de la moral. Con éste enfoque, J. Habermas supera aquella visión descalificadora del Derecho moderno que había hecho suya en *<La teoría de la acción comunicativa>*... al Derecho le reputa -mediante un nuevo análisis *<Facticidad y validez>*- la importante función de bisagra ante el mundo de la vida integrado simbólicamente y normativamente (postmetafísico) y una esfera sistemática regida por el poder y el dinero (sistema)<sup>89</sup>. En ese sentido expresa J. C. Velasco Arroyo:

*La mediación institucional, de la que el sistema jurídico representa el instrumento más típico, resulta insoslayable para garantizar el mantenimiento y reproducción de los procesos comunicativos y para velar por la integración normativa de la sociedad. Jürgen Habermas entiende ahora el derecho como una institución de estructura reflexiva sometida a la lógica del discurso. De este modo, el derecho cobra autonomía como discurso práctico institucionalizado, aunque ello no significa que no esté sometido a las demandas de justificación implícitas en todo discurso de naturaleza práctica<sup>90</sup>”*.

Es indudable que la reflexión habermasiana sobre el Derecho y la moral se caracteriza dentro de dos coordenadas teóricas *alejada* de cualquier planteamiento *iusnaturalista*<sup>91</sup>: por un lado J. Habermas parte del carácter *positivo* fundamental del

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp.70 y s.

<sup>89</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Facticidad y validez*, Ed. Trotta, Madrid, 1998.

<sup>90</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, p.71.

<sup>91</sup> N. b. Por ello fuimos claros en el capítulo precedente al abordar las características del iusnaturalismo y del iuspositivismo, ello en la inteligencia de dejar el camino libre a la reflexión habermasiana sobre la relación entre Derecho y moral. A decir verdad, el segundo apartado de ésta



Derecho moderno, es decir; que el sistema jurídico se basa en decisiones explícitas de un agente soberano (individual o colectivo) que pueden ser cambiadas o refutadas por nuevas decisiones, por el otro lado; el Derecho moderno se enmarca en un contexto cultural concebido bajo el fenómeno del *pluralismo de valores* y de *visiones del mundo*, y por tanto; del rechazo de la posibilidad de un orden axiológico totalizador y coherente compartido por todos los miembros de la sociedad<sup>92</sup>.

Consecuentemente, a J. Habermas le interesa dos aspectos: 1°. La dimensión de legitimidad interna del Derecho y 2°. La aportación de legitimidad al conjunto del sistema político del cual forma parte articulada. Así, sostiene por el momento que las condiciones que otorgan legitimidad a un orden coactivo son las mismas que caracterizan a un orden democrático. Ya en *<La necesidad de revisión de la izquierda>* viene sosteniendo que la dimensión normativa de su validez sigue ligando al Derecho en conjunto a un reconocimiento incoactivo-intersubjetivo de quienes quedan sujetos al sistema jurídico<sup>93</sup>.

En ese estado de cosas, es el problema de la validez del Derecho lo que le interesa primordialmente a J. Habermas (apegado a su interés por la integración social) al adentrarse al mundo jurídico. Tal cuestión es el planteamiento de un problema normativo. Los problemas del Derecho son múltiples, de ahí que la noción de validez jurídica no sea más que una forma abreviada de referirse a los mismos. En ese tenor, si se toma en cuenta que el concepto de Derecho incluye tres elementos (*legalidad conforme al ordenamiento, eficacia social y corrección material*) el uso de la noción de validez en el Derecho posee según el renombrado discípulo de J. Habermas -Robert Alexy- tres acepciones bien diferenciadas: 1° el concepto *jurídico* de validez, que hace referencia a la juridicidad de las normas (o sea que han

---

investigación es considerado como una herramienta metodológica para criticar al positivismo en su aspecto interno.

<sup>92</sup> N. b. A pesar de lo anterior, la teoría habermasiana del Derecho no puede caracterizarse ni como descriptiva ni como analítica, y mucho menos como sistematizadora. Más bien lo contrario... como claramente normativa. véase, p. ej. la segunda norma constitucional de la Carta Federal Mexicana.

<sup>93</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *La necesidad de revisión de la izquierda*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p.91.



sido dictadas conforme a lo previsto por el propio ordenamiento y que, por tanto, pertenecen a él); 2° el concepto *sociológico* de validez, entendido como eficacia social de las normas, o grado de aceptación o seguimiento a éstas; y 3° el concepto *ético de validez*, es decir, la justificación moral de las normas entendida como corrección de sus contenido o como rectitud material.

Sobre esto afirma J. C. Velasco Arroyo: *“Las dos primeras acepciones del concepto de validez en el derecho son, en sentido amplio, tratamientos descriptivos de la cuestión que requieren ser comprobados empíricamente en cada caso. Sólo en su último sentido la noción de validez implica propiamente una cuestión prescriptiva, sujeta a argumentación práctica”*<sup>94</sup>.

Sobre el precedente, resulta más claro el carácter eminentemente normativo de la teoría habermasiana del Derecho; de ahí que nuestro multicitado autor español afirme:

*No obstante, cuando se afirma que la teoría discursiva del Derecho es una <teoría normativa> no se alude tan sólo a la obviedad de que su objeto consiste en normas, sino que se hace también referencia a otros dos sentidos, a saber: a que su punto de vista normativo cumple una función que podría llamarse prescriptiva, puesto que no se limita a describir o sistematizar las normas vigentes, sino que sugiere criterios para la resolución de problemas referentes a la legitimación del Derecho. Esta afirmación no debe dar pie, empero, a sostener que el discurso que Habermas entabla sobre el derecho (o sobre la política) sea un discurso moralista o moralizante. Aunque ciertamente es de índole normativa, no puede ni siquiera inscribirse como un discurso moral. Trata de atender al ethos concreto encarnado en las instituciones político-jurídicas*<sup>95</sup>.

Así pues, la teoría discursiva del Derecho propone agrandar perspectivas básicas para afrontar con una *intencionalidad práctica* las cuestiones relevantes de la teoría del Derecho y del Estado. *Post scriptum*, pero sin perder la conexidad del argumento; encontramos otros criterios filosófico-jurídicos implícitos en las siguientes cuestiones: ¿cómo solucionar la antinomia del Derecho? ¿cómo se temple la tensión estructural del Derecho? En efecto, entre *<Facticidad y validez>* J. Habermas

<sup>94</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, p.72.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p.73.



propone analizar el papel que desempeña el Derecho en las sociedades coetáneas; así como las expectativas que despierta entre quienes están sujetos a él.

Se dice que el problema de la legitimidad se torna insoslayable cuando surge la necesidad de examinar con detalle las fuentes últimas de cualquier sistema jurídico, es más; dicha exploración se da en momentos históricos concretos, de ahí que su resultado se convierta en una necesidad práctica apremiante. Ciertamente en la génesis de cualquier sistema de Derecho se percibe una tensión estructural motivada por el acontecimiento de que simultáneamente sus normas se impongan de modo coercitivo, en cuanto normas legales y se *presenten como válidas* en el sentido en que se presupone la legitimidad de dicha legalidad.

Esto es: el Derecho incorpora consecuentemente leyes coactivas y leyes de libertad. Ahora bien, en ese sentido; es clara la opinión de J. C. Velasco Arroyo:

*La contraposición entre facticidad (el que existan o puedan existir ciertas normas que pueden ser impuestas) y validez (el que puedan o no resultar aceptables) carecería, empero, de sentido si no estuviera precedida por una distinción elemental: por un lado, el nivel de la acción referido a las prácticas e instituciones concretas y materiales en donde se desarrolla la vida social; y por el otro, el nivel del discurso o la articulación de un momento reflexivo que valora y contrasta esas prácticas e instituciones. Esta distinción es la que se encuentra en la base de la teoría de la acción comunicativa y del discurso práctico elaborado por Habermas. Sobre este distanciamiento crítico con respecto a la acción que expresa la idea del discurso pivota precisamente toda su teoría jurídica, concebida como teoría discursiva del Derecho<sup>96</sup>.*

Ahora bien, las contingencias siempre se manifiestan. Por ello, los detractores de éste pensador afirman que la teoría discursiva del Derecho sustituye la diferencia entre hechos y normas por el binomio conceptual *facticidad y validez*. En cualquier caso, el filósofo de Fráncfort no se ocupa simplemente en la distinción entre lo fáctico y lo normativo<sup>97</sup>, entre los enunciados de hecho y los de derecho. Se ocupa en el mejor de los casos, en la tensión interna del propio sistema jurídico en cuanto sistema normativo. Dicho en otros términos, *la validez de una norma jurídica*

<sup>96</sup> *Ibidem*, p.75.

<sup>97</sup> N. b. De manera unívoca, Hans Kelsen sí lo hace.





*manifiesta una voluntad compartida que se remite a un interés general distinguible reflexivamente, algo que no es pronunciado de toda norma fácticamente implantada.*

Sobre dicho tenor, certeramente podemos afirmar que *una teoría simplemente descriptiva del Derecho; puede mostrar la jerarquía normativa<sup>98</sup>, las incongruencias o las lagunas del sistema jurídico, pero al mismo tiempo; le pasarán factura de no poder distinguir en rigor, la vigencia de la validez de las normas; o sea, no podrá determinar aquellas normas que si bien rigen de facto (pues están vigentes) no son válidas en sentido estricto<sup>99</sup>. En estos casos, el punto de vista de J. C. Velasco Arroyo resulta interesante:*

*No es difícil extraer de los escritos habermasianos, una doctrina de la validez jurídica que proporcione criterios normativos con los que poder distinguir el derecho válido y merecedor de obediencia de aquel otro que representa tan sólo el mero ejercicio de la fuerza sin ningún respaldo moral ni racional. En el centro de dicha teoría se encontraría la tesis de que un sistema jurídico es tanto más válido cuanto mejor logre institucionalizar las condiciones procedimentales del discurso práctico<sup>100</sup>. Y agrega Habermas: "Su legitimidad se debe al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho<sup>101</sup>. No obstante dicho contenido ha de ser reconocido de modo intersubjetivo y explícito, ya que: "La dimensión normativa de su validez sigue ligando al derecho en su conjunto a un reconocimiento no coactivamente intersubjetivo de quienes quedan sujetos al sistema jurídico<sup>102</sup>.*

En ese estado de cosas, no está de más anexar la siguiente afirmación de J. C. Velasco Arroyo: *"Habermas entiende que la tensión entre Facticidad y validez revela la doble cara del sistema jurídico :por un lado, el derecho se presenta como un mecanismo encargado de velar por la efectividad de la aplicación y seguimiento de las normas mediante la amenaza y la ejecución de sanciones; y, por otro lado; se ofrece como el medio adecuado para plasmar las exigencias de legitimación del sistema social y servir como mecanismo de integración social"<sup>103</sup>.*

<sup>98</sup> Cfr. p. ej. a Kelsen, Hans; *¿Qué es la teoría pura del Derecho?* Ed, Fontamara, México, 1991.

<sup>99</sup> P. ej. El Código de Comercio. Dicho Código participa de problemas de ésta índole, por razones obvias.

<sup>100</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, p.76.

<sup>101</sup> Habermas, Jürgen; *Facticidad y validez*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p.555.

<sup>102</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *La necesidad de revisión de la izquierda*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991. p.91.

<sup>103</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, p.77.



Ya en su Teoría de la acción comunicativa, J. Habermas afirma lo siguiente: *“El derecho se caracteriza por la combinación de los postulados de positivación y fundamentación”*<sup>104</sup>. Expuesto lo anterior, diremos que el postulado de positivación se aplica a las normas concretas del ordenamiento jurídico vigente en un momento dado; y que en caso de duda, tiene que demostrar su legalidad; es decir, su formación de acuerdo con procedimientos correctos.

Así pues, el postulado de fundamentación; por el contrario, es externo al propio Derecho y; que en principio, no se aplica a cada norma concreta; sino más bien, a la totalidad del sistema jurídico... a las bases del sistema jurídico, el cual tiene que mostrar su legitimidad; es decir, que cuente con buenas razones internas para apiñar un reconocimiento generalizado; de ahí que el heredero de la ilustración sostenga: *“La positivación del derecho moderno permite desplazar la ineludible problemática de su fundamentación durante unos largos tramos, pero en modo alguno supone su eliminación, pues el derecho positivo también ha de ser legítimo”*<sup>105</sup>.

Poniendo a punto de claridad lo que con anterioridad se ha argumentado, afirmamos que el empleo del pensamiento habermasiano en éste apartado; ha obedecido a razones suficientemente diáfanas *v.gr*: la exposición del iusnaturalismo y del iuspositivismo marca claramente la inobjetable razón de que sus posiciones esgrimidas por interlocutores de uno y otro, consiguen sólo matizar la añeja discusión entre ambas; de tal suerte que a estas alturas del argumento, no puede ratificarse la supremacía que tanto alegan unos y otros. Tal acontecimiento sólo puede ser superado mediante el *ejercicio meditabundo* para encontrar soluciones al problema de legitimidad del sistema jurídico; hecho que se materializa mediante el empleo de la razón práctica, que es -si entendimos bien a J. Habermas- la que encuentra su significado correctivo por medio de dos aspectos: 1º del discurso racional, 2º la integración social en el mundo de la vida. Dicho en otros términos, *la esfera*

<sup>104</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría de la acción comunicativa*, Ed. Taurus, Madrid, 1987, t. II, p.447.

<sup>105</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Facticidad y validez*, p.94.



*normativa de la moral y la esfera normativa del Derecho por medio de la razón práctica busca soluciones a los problemas de legitimidad del sistema jurídico.*

Expuesto lo anterior, abrimos un espacio móvil a la exigencia de la acción que busca evitar las disyuntivas -que es insoslayable su manifestación en el consenso- entre el Derecho y la moral en la razón práctica. Dicha acción, encuentra su expresión en el *principio reflexivo*<sup>106</sup>. Pero ¿qué es el principio reflexivo? Es un criterio válido para el conjunto de cuestiones prácticas tanto en la esfera moral como en la jurídica. Mencionamos que siempre en un discurso o diálogo existen contingencias, y en efecto; éste primer principio manifiesta ciertas peculiaridades en cada uno de los discursos (de la moral y del Derecho) aunque si bien encuentra su especificación en dos principios, *el moral y el democrático*. El primero de éstos, surge de la consideración por igual de los intereses de todos los individuos adoptando la forma de *principio de universalización*; el cual se conduce o debe conducir, como un actor que desempeña un papel reglamentadamente argumentativo que opera dentro de la estructura interna de una determinada práctica argumentativa. El segundo de aquellos (el democrático) opera con aquellas normas de acción que se manifiestan en forma de Derecho, justificándose con ayuda de razones pragmáticas ético-políticas y morales.

Bien, en ese estado de cosas; dichos principios para ser coercitivos necesitan tomar *forma jurídica*. La forma jurídica es la base que hace que mandatos simplemente morales (intersubjetivos) ó decisiones políticas, alcancen una enorme fuerza operativa. Esta base no se fundamenta ni en términos normativos ni en términos epistemológicos, más bien *se funda en <una perspectiva funcional>*; es decir, desde una asimilación sociológica de sus efectos empíricos. Dígalo J. Habermas claramente: *“La forma jurídica hace que el derecho se erija en <correa de transmisión> que vehicula las opiniones que han obtenido reconocimiento en los espacios públicos informales y las traduce en decisiones políticas*

---

<sup>106</sup> N. b. Durante el siglo XX, ya el filósofo alemán de Oldemburgo; Karl Jaspers lo venía anunciando. *Sec. con Karl Jaspers la operación filosófica fundamental es aquella que estructura la claridad de nuestra conciencia... la conciencia de nosotros mismos.*



*vinculantes hasta el punto de constituir por si mismas motivos suficientes para proceder a la acción colectiva. La forma jurídica obtiene esta fuerza operativa de la abstracción del componente interno de la acción: ni la voluntad de los destinatarios ni los motivos que éstos poseen para actuar conforme a la norma impuesta resultan relevantes para el derecho*<sup>107</sup>. Si se comprende lo aducido, J. Habermas no desliga completamente moral y Derecho<sup>108</sup> pues congruentemente ambos se inscriben en el terreno de la razón práctica bajo *ninguna* supeditación ontológica, ni bajo ningún logicismo positivista.

Moral y Derecho comparten el ámbito de la acción humana racional por el clarísimo hecho de que ni una ni otra, poseen ningún tipo de supremacía epistemológica o normativa; pues ambas beben de fuentes comunes. De ahí que nuestro filósofo exhorte a que *desaparezca la dicotomía entre moral interna y Derecho externo*, o dicho en términos tradicionales; que *desaparezca la bifurcación entre aspecto subjetivo y aspecto objetivo*. Pero ¿cómo lograrlo? Esto se alcanza *relativizando la oposición entre los campos regulados por el Derecho y que la validez (eficacia) de todas las normas dependa de la formación reflexiva de la voluntad de los interlocutores potenciales*<sup>109</sup>. De ahí que acertadamente afirme J. C. Velasco Arroyo: “*La estrategia teórica habermasiana se dirige no tanto a señalar las diferencias entre normas jurídicas y las morales -cosa que da por supuesto de antemano- como a plantearse de qué modo se relacionan ambos universos normativos en una sociedad moderna con una configuración postmetafísica y postconvencional*”<sup>110</sup>.

Posiblemente, J. Habermas puede parecer partidario de diferenciar analíticamente dichas esferas normativas; ello en la inteligencia de tener en cuenta que no es posible una tajante bifurcación práctica entre ambas. Ese estrecho vínculo, sí se puede construir porque no es posible aceptar la autonomía total del sistema jurídico<sup>111</sup>. Tal negativa (la de J. Habermas) lo aleja de los terrenos del positivismo jurídico clásico (postura tradicional positivista), así como de la sociología jurídica

<sup>107</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Facticidad y validez*, p.177.

<sup>108</sup> N. b. Esta razón contraviene la disociación kantiana, o sea; la no asociación entre esfera jurídica objetiva y esfera moral no objetivada.

<sup>109</sup> N. b. Esto nos hace recordar la *voluntad general* de J. J. Rousseau, así como la *posición original* de J. Rawls.

<sup>110</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, p.79.

<sup>111</sup> P. ej. Hermann Heller en su Teoría General del Estado ya lo había previsto.



positivista<sup>112</sup>. Por ello, el pensamiento habermasiano no deja de afirmar que el Derecho *no es un sistema cerrado sobre sí mismo...* que puede controlar sus propias exigencias de legitimidad. No lo es. (Véase *supra in extenso* tópico 2.5, cap. 2, de ésta investigación).

De cierta manera ésta investigación encuentra mayor proyección y claridad si se expone históricamente la evolución del Derecho y la moral. Esto se hará tomando el esquema del teórico social Klaus Eder (que líneas abajo se mostrará), manejado por J. Habermas; en donde el lector podrá subsanar cualquier malentendido sobre nuestra intención general en éstos campos del saber. Bien, éste teórico apiña ideas weberianas con otras propias de la psicología moral evolutiva, manifestando un paralelismo entre ambas esferas normativas. Ciertamente, la homologación se observa tanto en el seno de las sociedades arcaicas, en el de las sociedades tradicionales y en el de las modernas.

Dicho en otros términos, en *la primera sociedad* no aparece una idea de norma objetivada; más bien se da una revelación carismática de reglas y preceptos; en *la segunda* se da una simultaneidad entre ética de la ley y el Derecho tradicional; y en *la tercera* se dan éticas de la intención, de la responsabilidad, así como el Derecho formal, elaborable y revisable (codificación del Derecho).

**Etapas de la evolución del Derecho y la moral** (*J. Habermas, Teoría de la acción comunicativa, t. II, pág. 247*).

---

<sup>112</sup> P. ej. la de Niklas Luhmann.



NIVELES DE CONCIENCIA MORAL	CATEGORÍAS RELATIVAS AL LADO COGNITIVO DE LA INTERACCIÓN	ÉTICAS	TIPOS DE DERECHO
Preconvencional	Expectativas particularistas de comportamiento	Ética mágica	Derecho revelado
Convencional	Normas	Ética de la ley	Derecho tradicional
Postconvencional	Principios	Ética de la intención y ética de la responsabilidad	Derecho formal

Estas etapas evolutivas, son procesos de aprendizaje colectivo que enmarca un cierto incremento de *racionalidad*<sup>113</sup>. Sobre esto asegura J. Habermas:

*Así sucede con un importante evento en la historia del derecho: la sistematización de los preceptos jurídicos realizada mediante la codificación y con ayuda de la dogmática parece tener como condición previa [...] el paso a una etapa postradicional de una conciencia moral, etapa que resulta posible merced a la racionalización ética de las imágenes del mundo [...] el desarrollo de las estructuras normativas del individuo y el desarrollo de las instituciones sociales no pueden andar por separado, sino unidos en una relación de mutua dependencia [...] no sólo el aprendizaje moral, sino también el surgimiento de ideas morales, tales como el concepto de autonomía o el principio de universalización, tienen un sustrato social e institucional [...] el universalismo moral surgió de hecho por obra de Rousseau y Kant en el contexto de una sociedad que ofrece rasgos concordes con el mismo*<sup>114</sup>.

Y agrega oportunamente J. C. Velasco Arroyo:

*Habermas va aún más allá y sostiene con Eder que si bien el derecho y la moral evolucionan complementariamente a través de la historia, dicha coexistencia se reafirma en la Edad Moderna, pues es entonces cuando junto a la interiorización de la moral se produce una simbiosis del derecho en un poder*

<sup>113</sup> N. b. Para tener una idea más explícita sobre ésta evolución, cfr. Habermas, Jürgen; *Conciencia moral y acción comunicativa*, cap. IV "la fundamentación lógico-evolutiva de las etapas morales", Ed. Península, 5ª ed, Barcelona, 1985, pp.186-199.

<sup>114</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Aclaraciones a la ética del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 2000. p.29.



*impuesto desde fuera basado en la autoridad del Estado y respaldado por las sanciones del aparato estatal [...] las estrechas relaciones entre el derecho postmetafísico y la moral de principios resultan patentes si se considera que desde el punto de vista de la lógica evolutiva, la forma del derecho moderno se puede entender como una incorporación de estructuras de conciencia posconvencional<sup>115</sup>.*

Con lo hasta aquí expuesto, no cabe duda que todo interlocutor especializado toma en consideración la enseñanza kantiana de que para poder construir una teoría se debe establecer los principios que han de dar sentido a la operación en el discurso. Ciertamente, los principios simplifican la dimensionalidad del problema; pero quedan en deuda con respecto a la solución del mismo, pues no es absurdo lo que afirma J. C. Velasco Arroyo: *“Será, empero, la integración de principios universalistas propios de esta última etapa lo que forzará el establecimiento de una estricta diferenciación entre derecho y moral [...] la disociación kantiana entre una esfera jurídica sin contenido moral y reducida a exterioridad (foro externo) y una esfera moral desinstitucionalizada y reducida a interioridad (foro interno) es,- dentro del parecer habermasiano-, injerarquizable”<sup>116</sup>.*

En ese tenor, la tesis de la existencia de una interconexión entre moral, Derecho y política encuentra su defensa desde los argumentos habermasianos; pues históricamente en la moral postconvencional, el Derecho formal y el Estado democrático se concibe un estrecho vínculo que se convalida precisamente en el periodo de formación del moderno Derecho positivo. O lo que es lo mismo, *el entrecruzamiento entre Derecho exteriorizado en términos convencionales y una moral interiorizada*. En ese sentido, es clara la contribución del iusnaturalismo racionalista para con el positivismo jurídico en conseguir su autonomía en los albores de la modernidad<sup>117</sup>, aunque no está de más afirmar que no hay un divorcio entre dicha dimensión; pues, definitivamente el Derecho no prescinde en rigor de sus internas relaciones con aquella instancia. Así, asegura J. Habermas: *“No puede hablarse ni*

<sup>115</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, p.81.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp.81 y s.

<sup>117</sup> Cfr. la crítica de H. Kelsen dirigida al derecho tradicional decimonónico.



*de una contraposición radical entre los campos regulados por la moral y los campos regulados por el derecho*<sup>118</sup>[...] “ni de que éstos sean ámbitos indistinguibles”<sup>119</sup>.

Si lo anterior es congruente, entonces la relación entre Derecho y moral se define desde la perspectiva habermasiana como: *un entrecruzamiento complementario*. No existe indicio de subordinación jerárquica del Derecho respecto de la moral. Más bien, existe una común participación en la razón práctica. El *principio discursivo* es la sustancia vital del tronco común (razón práctica), pues en él; dichos sistemas normativos desarrollan juicios y argumentos prácticos. La relación no es de supeditación, es de una *complementariedad* que se disocia de la tesis iusnaturalista; entre otros motivos porque según J. Habermas; la moral ya no flota sobre el Derecho (como aún sigue la construcción del Derecho natural) como un conjunto suprapositivo de normas. *La moral emigra al interior del Derecho, pero sin agotarse en Derecho positivo*<sup>120</sup>.

Examinemos más de cerca. Las esferas de la moral y el Derecho no sólo se pueden observar paralelamente entre las sociedades postmodernas, sino que su precisión se encuentra en una *complementariedad mutua* que cubre el espacio dejado por la disolución de la eticidad tradicional en la vida cotidiana. En realidad la pretensión del pensamiento habermasiano consiste en aportar una *explicación funcional* a la necesidad de complementación de la moral por conducto del Derecho y, una *explicación normativa* a la necesidad de complementar el Derecho por medio de la moral. En ese estado de cosas, la *explicación funcional* se manifiesta en el terreno de la razón práctica; *la explicación normativa* al momento de justificar una norma o determinar su validez.

O sea que, desde el *aspecto funcional* será preciso introducir procedimientos institucionales que compensen las limitaciones del discurso moral; en tanto que

<sup>118</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1975, p.109.

<sup>119</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *op. cit.* nota 114, p.31.

<sup>120</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Facticidad y validez*, p.559.





desde el *aspecto normativo* (atendiendo a las categorías de una cultura universalista) se *exige* que la validez de todas las normas *dependa* de la formación meditada de la voluntad de todos los posibles interlocutores interesados o, de los potencialmente afectados.

Tenemos presente, que la *deficiencia normativa* afecta al Derecho, y que la *deficiencia funcional* constituye un problema de la moral, pues como afirma J. Habermas: “*Esto no impide, empero; que la complementación de la moral por un derecho coercitivo pueda justificarse también en términos morales*”<sup>121</sup>. En ese tenor, para la justificación del sistema político-jurídico se suele apelar a unos principios que apenas se frote algo en su naturaleza; revela una estructura moral... tal como es perceptible en no pocos de los que han sido incorporados a los textos constitucionales modernos<sup>122</sup>. Pues como acertadamente sostiene J. C. Velasco Arroyo:

*La simbiosis entre derecho y moral, encuentra su plasmación en el Estado democrático de derecho [...] el sistema jurídico propio de esta forma de organización política podría presentarse como la institucionalización de una moral pública de cuño universalista [...] dicha relación responde a razones pragmáticas en la medida en que la implementación de cualquier concepción ética requiere un marco institucional sólido, entre otros motivos, porque para que los sujetos puedan desarrollar plenamente su capacidad moral se precisa un entorno socializador adecuado que facilite el aprendizaje e interiorización de los principios normativos generales [...] pero, por otra parte, no es fácil imaginar cómo justificar instituciones públicas de carácter coactivo -como el derecho- sin contar con unos presupuestos éticos compartidos (preconiciones generales) [...] no se trata ya sólo de un problema de eficacia, sino a un problema relativo a razones de naturaleza política*<sup>123</sup>.

Y agrega J. Habermas:

*El sistema jurídico precisa en conjunto un anclaje de instituciones básicas capaces de animarlo. En el estado constitucional burgués éstas son, principalmente los derechos fundamentales y el principio de soberanía popular, en ellas se encarnan estructuras postconvencionales de la conciencia moral. Son ellas, las que; junto con los fundamentos prácticos morales del derecho civil y penal, constituyen los puentes entre una esfera*

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp.557 y s.

<sup>122</sup> *Cfr.* La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.

<sup>123</sup> *Cfr.* Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, p.4.



*jurídica amoralizada y reducida a exterioridad, por un lado, y una moral desinstitucionalizada y reducida a interioridad, por el otro*<sup>124</sup>.

En fin, creemos por un lado que tanto el Derecho y la moral dentro de una sociedad postconvencional, cumplen ciertos cometidos similares, pues comparten funciones de regulación consensual de conflictos de acción y tareas de integración social; y por el otro, como asegura J. Habermas:

*La moral y el derecho tienen la función de encauzar de tal suerte los conflictos abiertos que no sufra quebranto el fundamento de la acción orientada al entendimiento, y con ello la integración social del mundo de la vida. Garantiza un ulterior nivel de consenso, al que se puede recurrir cuando el mecanismo del entendimiento ha fracasado en el ámbito de la regulación normativa de la comunicación cotidiana, cuando en consecuencia, la coordinación de las acciones prevista para el caso normal no se produce y se torna actual la alternativa de un enfrentamiento violento*<sup>125</sup>.

*Sabemos desde luego, que apenas se han mostrado sólo algunos rasgos sobre la relación entre moral y Derecho. Se mencionó que para vislumbrar la relación entre dichas esferas normativas se necesita de una explicación tanto funcional como normativa. Si tal explicación contribuye a resolver los problemas antinómicos del Derecho, entonces necesariamente subrayaremos que la moral y el Derecho dentro del discurso práctico; sirven como parámetro de medición de la legitimidad del sistema jurídico en un Estado democrático de Derecho.*

También se mostró que en la teoría discursiva del Derecho, participan ciertos principios que le dan sentido a la misma. Pero, ha de advertirse que se realizó de un modo incompleto ¿por qué sucedió así? Pues porque de tal forma el auditorio podrá evaluar reflexivamente... en su justa dimensión y tras el análisis de todo el pensamiento habermasiano -de modo especial las razones esgrimidas en dicha teoría habermasiana-: la teoría discursiva del Derecho. Para ello, tendremos que abrirle el paso a la filosofía política; dado que en ella se encuentra un principio

<sup>124</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, p.252.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p.245.



importantísimo: *el de fundamentación o legitimidad*, que sin él, pierde su sentido el principio de positivación. Estos principios de algún modo vienen a atizar las preguntas más interesantes que se han formado los pensadores y filósofos coetáneos ¿cuándo un sistema jurídico es legítimo? ¿cuáles son los requisitos que debe reunir un sistema jurídico para que sea eficaz? De hecho, uno de los problemas que recorre toda la filosofía política coetánea es la cuestión de la *legitimidad política*; es decir, la cuestión referente a que es lo que en definitiva justifica el poder coercitivo del Estado sobre la colectividad y sus miembros. O dicho de otro modo, como construir un grado de consenso tan mayoritario que asegure la obediencia al Derecho sin que recurra -salvo en casos aislados- a la desobediencia civil, o a la fuerza bruta y desnuda en el peor de los casos.

Esto ya se venía planteando desde la época de la ilustración, lográndose una toma de conciencia colectiva; de que *somos nosotros los que hemos de decidir*, a la luz de principios controvertibles, las normas -“y reglas” parafraseando a la filósofa de Budapest Hungría, Ágnes Heller- que han de regular nuestra convivencia. No en vano escribió I. Kant en 1784: “*¡Ten valor de servirte de tu propia razón! He aquí el lema de la ilustración*”<sup>126</sup>. Sobre ese tenor, estriba el núcleo de la convicción democrática. Pues en efecto, en las democracias contemporáneas se *fenomeniza* el discurso práctico; es decir que, de alguna forma se hace tangible en aquellas instituciones que están impulsadas por las exigencias comunicativas de la racionalidad práctica. Pues asegura J. Habermas: “*Esta razón comunicativa fue la que se hizo valer en los movimientos burgueses de emancipación, en las luchas por la soberanía popular y los derechos fundamentales. Se sedimentó en las instituciones del Estado democrático de derecho y en las instituciones de la opinión pública burguesa*”<sup>127</sup>. Lo que en ese sentido, cabe señalar que la *ratio* no sólo en su modalidad instrumental se hizo y se hace patente en la historia y en el Estado.

<sup>126</sup> Cfr. Kant, Immanuel; *¿Qué es la ilustración?* En Eugenio Ímaz (trad) *Filosofía de la historia*, el Colegio de México, México, 1941, p.25.

<sup>127</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Necesidad de revisión de la izquierda*, p.122.



Bien, resulta evidente que en el fondo de éste criterio filosófico-jurídico se perciben los principios *de legitimidad y el de legalidad*. El principio de legitimidad o fundamentación, constituye en cualquier acontecimiento una noción política provista de connotaciones morales porque en el argot público se enuncia el término *<legitimidad de los gobiernos>*, de *<los regímenes>* o *<sistemas políticos>*, así como en cualquier forma de dominación. Legítimas -o ilegítimas- serían por antonomasia, las leyes como manifestación del poder establecido y; en ese sentido, la discusión de la legitimidad es una porción del problema de la justificación racional en las oraciones normativas. O como diría J. C. Velasco Arroyo: *“En ese contexto se plantea el problema de saber en qué se asientan esas normas básicas de convivencia y con qué criterio podemos juzgarlas. Por eso, preguntar por la legitimidad de un orden político es examinar las condiciones que permiten considerar aceptable su marco institucional y normativo, de tal modo que dicha consideración sirva para fundamentar la obligación de respetarlo”*<sup>128</sup>.

Resulta claro que la discusión coetánea referente a la cuestión de la legitimidad, se cierne insoslayablemente en la tradición sociológica que parte de Max Weber. El hecho de identificar la legitimidad con la legalidad a la weberiana, corresponde ciertamente con el tipo predominante de legitimidad en las sociedades modernas en donde la pretensión cotidiana no suele ir más allá de exigir que el poder sea ejercido bajo formas legales. A dicha postura, en el mundo académico se le reconoce como: *postura decisionista*, la cual; fue elaborada en sus inicios por Carl Schmitt (que fundaba y motivaba la legitimidad de un marco normativo exclusivamente en su legalidad) y rediviva por Niklas Luhmann, el cual acepta que en el Estado moderno las decisiones generadas legalmente se aceptan sin buscar justificaciones, ni tampoco razones morales.

Pero nosotros vamos *a later* de J. Habermas más allá, pues preferimos abordar la legitimidad de los sistemas jurídico-políticos como un todo<sup>129</sup>. Somos conscientes de que el sistema jurídico es parte de un orden político con el que naufragaría si éste último no pudiese reclamar legitimidad para sí. Dado que el

<sup>128</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, p.88.

<sup>129</sup> N. b. Así lo hacemos para ser congruentes con lo enseñado por Aristóteles.



problema de la legitimidad encierra consideraciones práctico-morales más extensas que las derivadas de su simple equivalencia con el problema de la legitimidad vigente. Por su parte, J. Habermas enseña su propia versión de legitimidad: *“Legitimidad significa la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo, no está desprovista de buenos argumentos, un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político. Lo que a esta definición se destaca es que la legitimidad constituye una pretensión de validez discutible de cuyo reconocimiento (cuanto menos) fáctico, depende (también) la estabilidad de un orden de dominación”*<sup>130</sup>.

De este concepto se destacan tres aspectos característicos: 1° que su ámbito de aplicación es el orden político, 2° que la legitimidad de ese orden político estriba en el hecho del merecimiento de reconocimiento y, 3° que de dicho reconocimiento depende la estabilidad de un orden de dominación. Pero, ¿por qué sucede así? pues porque la esencia del poder no estriba en el Derecho, *sino en la voluntad general nacida de una comunicación orientada al entendimiento*; la cual se sintetiza en *<fuerza para hacer>*.

El *<poder hacer>* no es el uso legítimo de la fuerza, sino la *capacidad de ponerse de acuerdo en una comunicación sin coacciones sobre una acción en común*; esto es, *la capacidad humana para actuar pactadamente*; de ahí que el poder sólo persiste mientras los hombres actúan en común. Con lo anterior, no se apela únicamente al principio de legalidad, sino también al *principio democrático* y, en especial, al *principio de decisión por mayoría como criterio de legitimación*. En ese tenor, resulta clara la estrategia de J. Habermas al tratar de combinar el ejercicio de la soberanía popular con la defensa de los derechos humanos.

Ya de forma paralela, la ilustración -y con ella la tradición demoliberal- respalda la idea de que *el consenso básico para el mantenimiento del sistema social de dominación se obtiene -princiando- por conducto de la garantía de los contenidos universalistas incorporados en los derechos humanos...* de ahí que el

---

<sup>130</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *La reconstrucción del materialismo histórico*, Ed. Taurus, Madrid, 1981, pp.243 y s.



poder político que fomente su protección, recibe como recompensa *legitimidad*. Es más, en los sistemas jurídicos modernos ha proliferado una rama completa especializada en las tareas de legitimación: *el Derecho político*<sup>131</sup>. En fin, estos criterios filosófico-jurídicos entendidos como un todo encuentran su máxima expresión en la siguiente reflexión habermasiana:

*Sólo cuando el derecho satisface tanto el principio de positivación como el de fundamentación se puede afirmar que se encuentra racionalmente asentado [...] la validez del derecho se basa, tanto en la legalidad como en la legitimidad<sup>132</sup> [...] el carácter obligatorio del derecho positivo no radica sólo en las propiedades formales que lo caracterizan, sino en la incorporación de propiedades morales [...] el principio de fundamentación se atiene a razones de índole moral y, en particular, resulta esencial la asunción de un punto de vista general y desinteresado, al que suele denominarse precisamente, punto de vista moral, desde el cual pueden enjuiciarse con imparcialidad las diversas cuestiones prácticas [...] desde esta perspectiva resulta posible examinar la compatibilidad de nuestras máximas con la de los demás<sup>133</sup>.*

Y añade J. C. Velasco Arroyo:

*Este punto de vista reflexivo, ejemplificado por el procedimiento discursivo, es precisamente el que disuelve la fusión (o, quizás, confusión) entre validez normativa, validez formal y vigencia social. El sistema jurídico vigente (del que se presume validez formal en el sentido positivista) debe superar el examen de la imparcialidad para considerarse válido también normativamente. Si esto resulta verdadero, entonces la tajante separación entre derecho y moral no es tal, pues la autonomización del derecho sólo es tangible en el nivel de las normas concretas, las cuales una por una quizás no requieran fundamentación, pero no en referencia al derecho en su conjunto, que debe acreditar coherencia con una moral postradicional y postmetafísica[...] cabe recordar que la conciencia moral postconvencional se caracteriza precisamente por una actitud reflexiva ante las condiciones de posibilidad de la validez normativa<sup>134</sup>.*

<sup>131</sup> N. b. Nosotros <ad cautelam> podemos reconocer que también la Teoría Política, del Estado y la Ciencia Política forman parte de esa rama.

<sup>132</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Necesidad de revisión de la izquierda*, p.177.

<sup>133</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Aclaraciones a la ética del discurso*, pp.115-117.

<sup>134</sup> Cfr. Velasco Arroyo, Juan Carlos; *Para leer a Habermas*, p.93.



### 3.2 Qué es teoría y praxis

Uno de los pensadores más importantes de la época de la ilustración tal como lo es I. Kant, ingeniosamente se dio cuenta de que su *Crítica de la razón pura* negaba categóricamente el desarrollo de los valores...de los principios racionalizados. En esa situación, el filósofo de Königsberg en su *Crítica de la razón práctica* partió de los hechos de la vida moral; para ver cuáles son los fundamentos metafísicos de la conducta. Esto es, la razón que aplicó al conocimiento la aplicó a la acción, a la conciencia moral y a los principios de la misma. Y es precisamente esa razón explotada en la ilustración la que el pensamiento habermasiano proyecta como racionalidad. J. Habermas enseña a todas luces que sólo en la razón práctica el Derecho, la moral y la política encuentran un sentido universalista; sólo ahí es donde puede legitimarse el sistema jurídico de un Estado democrático de Derecho.

En ese tenor, decidimos dejar en claro qué es la teoría y qué es la práctica. Naturalmente tal explicación se efectuara en forma austera más no parca; con el objetivo de seguir dando fuerza a nuestra investigación, es decir; en qué medida es necesario entender a la teoría y a la práctica en el mundo de la vida, y más aún; hasta qué punto se puede tratar la teoría y la práctica, ya que en principio -I. Kant- lo mencionó desde el siglo XIX <los límites de la razón pura, son el comienzo de la razón práctica>.

Principiemos respondiendo a la cuestión ¿qué es teoría? Para poder responder es necesario partir del discurso de la misma, es decir; desde el conocimiento en sí. Resulta pues un hecho irrevocable que el hombre sea un ser que conoce y sueña en conocerlo todo. Es un ser que se inquieta ante lo desconocido, busca la razón íntima de las cosas por debajo y más allá de su simple apariencia fenoménica. Y es por ello sobre lo que se diferencia (al menos así lo creemos de forma tentativa) de todos los demás seres que le rodean. No se conforma con obedecer únicamente la obligación biológica que le impone la naturaleza, sino que



trata de conocer y transformar esa realidad circundante; es decir, el mundo de la vida.

En ese mismo espacio, el ser humano ha tratado de describir el proceso cognoscitivo de buscar su origen, su esencia, sus límites, su verdad y justificación<sup>135</sup>. Y así ha nacido en el campo de la reflexión filosófica una rama especial que se denomina *teoría del conocimiento*. Por eso mencionamos que la teoría para ser entendida necesariamente tendría que hacerse referencia a la teoría del conocimiento, de ahí la opinión del filósofo mexicano Oswaldo Robles: *“La expresión teoría del conocimiento en rigor debe ser considerada como un prolegómeno a la metafísica general [...] como una disciplina filosófica de tipo especulativo, como una filosofía fundamental que tiene por objeto la elucidación del conjunto problemático suscitado por la relación “sujeto-objeto”, es decir; sobre el origen, esencia, validez y límites del conocimiento”*<sup>136</sup>.

Ahora bien, hacer una investigación exhaustiva sobre la teoría como tal; no cumpliría con el propósito de esta investigación, por ello; recomendamos al lector consultar algunos datos esclarecedores sobre este tópico en el libro de H. González Uribe, para entender que es la teoría<sup>137</sup>. Ciertamente, la palabra teoría se configura como sinónimo de especulación o meditación<sup>138</sup>, pues en rigor; teoría en esencia, es una visión atenta y concentrada de las cosas.

Ahora bien, para entender mejor lo que es la teoría, resulta conveniente saber que es la especulación; y especulación en opinión de H. González Uribe es:

---

<sup>135</sup> N. b. Como ejemplo de ello tenemos dentro de la sociedad moderna a J. Locke, J. J. Rousseau, y M. Kant; dentro de las postmodernas tenemos a Habermas y et. al.

<sup>136</sup> Robles, Oswaldo; *Propedéutica filosófica*, Ed. Porrúa, México, 5ª ed, 1967, p.92.

<sup>137</sup> Cfr. González Uribe, Héctor; *Teoría política*, Porrúa, México, 1999, pp.8-17,48-50.

<sup>138</sup> N. b. La palabra meditación se deriva del conocimiento discursivo, o sea, aquel en que se llega a la aprehensión de un objeto mediante la intervención de un conocimiento previamente adquirido, ya en un raciocinio lógico o teorema matemático.





*Un pensar creador que no recibe en forma exclusivamente pasiva los datos de la experiencia, sino que penetra activamente con el poder de la mente hasta sus últimos fundamentos [...] rebasa no sólo la experiencia, sino también la mera explicación fenomenológica de lo dado, aun cuando no deja de tener sus raíces en lo experimentado ya que sólo ahí encuentra su punto de partida [...] el concepto de especulación corresponde claramente con el de teoría, y así se desprende del pensamiento de Aristóteles expresado en su *Metafísica* [...] en la actualidad el campo de la teoría se ha ampliado hasta abarcar no sólo la penetración especulativa, sino también la fundamentación fenomenológica del ser y de los entes<sup>139</sup>.*

En palabras sencillas, *teoría es aquella visión profunda y atenta del mundo de la vida; con un sentido de abstracción generalizada... es un intento sostenido de objetividad y de conexión sistémica y coherente de los acontecimientos y de las actitudes.* Dichas características la diferencian de la *acción moral*, propia de la razón práctica.

De lo anterior, queda por contestar ahora ¿qué es la praxis? Antes de contestar a ella, debemos decir que existe una simetría de la misma con la teoría de la verdad como acción; o sea, como pragmatismo (gr. pragma = cosas realizadas). El pragmatismo<sup>140</sup> en resumidas cuentas es una teoría de la verdad que define a ésta por su utilidad. Si es congruente dicha simetría, entonces la praxis<sup>141</sup> encuentra su fundamento y sentido en la aplicación de un valor práctico<sup>142</sup> como criterio verdadero en la realidad. O sea que, desde la torre de marfil de la teoría; resulta en ocasiones difícil la materialización de la acción<sup>143</sup>. Se necesita pues el terreno práctico que exige el mundo de la vida para obtener resultados válidos y legítimos. Paralelamente a lo sostenido asegura J. Habermas: *“La teoría incluye una doble relación entre teoría y praxis:*

<sup>139</sup> Cfr. González Uribe, Héctor; *Teoría política*, pp.50.

<sup>140</sup> Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. El significado de ésta palabra es: empirismo agnóstico que define el valor práctico como criterio de la verdad.

<sup>141</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis, estudios de filosofía social*, Ed. Rei-México, 1993, pp.13-48. N. b. Por antonomasia, la oposición de lo especulativo frente a lo pragmático; es dificultosa, más no irrealizable.

<sup>142</sup> P. ej. La moral, la política y el Derecho son fenómenos valorados en la práctica... pues es ahí donde obtienen resultados inmediatos.

<sup>143</sup> N. b. J. Habermas sostiene en *Teoría y praxis* que, en dicha obra no se desarrollan sistemáticamente la mediación entre una y otra; más bien muestra una conexión con una problemática histórica para la que la distinción aristotélica entre praxis y técnica se ve como hilo conductor.



*investiga por una parte, el contexto histórico de construcción de una situación de intereses a la que aun pertenece la teoría, por así decirlo, a través del acto del conocimiento; y, por otra parte, investiga el contexto histórico de acción sobre el que la teoría puede ejercer una influencia que orienta la acción*<sup>144</sup>. En fin, a grandes rasgos queda entendido que es la teoría y la práctica.

### 3.3 Breve perspectiva de la teoría y praxis dentro de la civilización científica

**P**or razón de sencillez, decidimos mostrar una perspectiva general sobre éstos campos de conocimiento que en cierta forma disponen de una conexión directa con la idea central de esta investigación. Reconocemos que dicha perspectiva participa en el fondo de una orientación especializada: la habermasiana. Bien, pretender establecer un estudio exhaustivo de éstos campos del saber resultaría innecesario para éste apartado que roza algunas razones (de toda esa constelación de razones que existen) que tienen que ver con lo que sucede actualmente en el mundo de las ciencias sociales y del Derecho<sup>145</sup>.

De acuerdo con J. Habermas, en la tradición de la gran filosofía; la relación entre teoría y praxis hacía siempre referencia a lo bueno y justo, a la vida y a la convivencia auténtica de los individuos como ciudadanos. En el siglo XVIII ésta dimensión de una práctica dirigida por la teoría se vio ampliada en el terreno de la filosofía de la historia, de ahí que J. Habermas sostenga: *“Fue en primer lugar la filosofía de la historia, que surge del pensamiento del siglo XVIII, la que debió acudir en ayuda del normativismo propio del derecho natural [...] no se puede infravalorar la función crítica de las ideas basadas en la razón de una comunidad política justa o de una sociedad correctamente ordenada [...] a la luz de estas ideas se puede denunciar la injusticia existente, y se puede reclamar condiciones políticas más justas”*<sup>146</sup>.

Desde entonces, la teoría dirigida a la praxis (dependiente al mismo tiempo de ella) se ocupó de un nexo objetivo de desarrollo de una especie humana que se

<sup>144</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis*, pp.13 y s.

<sup>145</sup> N. b. Para una indagación más profusa sobre la posición de la teoría y la práctica, así como de la ciencia y la racionalidad. véase, Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis*, Ed. Rei-México, México, 1993, y McCarthy, Thomas, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

<sup>146</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Verdad y justificación*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p.310.



producía así misma; destinada solamente a la realización de su esencia: la humanidad. En ese sentido, afirma J. Habermas:

*Permanece la pretensión de una orientación en la acción justa, pero la materialización de la vida buena, feliz y racional, se expande en la vertical de la historia universal, y la práctica se despliega a través de grados de emancipación. Pues de igual modo que la práctica racional se interpreta como liberación de un yugo impuesto desde afuera, se concibe también como Ilustración la teoría guiada por el interés en dicha liberación. Ese interés que guía el conocimiento es declarado crítico [...] presupone una experiencia específica a través de la inteligencia, de las relaciones de dominio [...] la razón crítica logra un poder analítico sobre la constricción dogmática<sup>147</sup>.*

Ciertamente, en la controversia entre crítica y dogmatismo; la razón gana posiciones alcanzando una nueva victoria con cada nuevo nivel de liberación. Una razón práctica de tal magnitud coincide con un progreso en la autonomía de los individuos, con la eliminación del sufrimiento y con el fomento de la felicidad concreta. La razón crítica en lucha con el dogmatismo, decididamente ha juntado en sí dicho interés; sin dejar fuera el momento de la decisión. De ahí que J. Habermas sostenga: *“Las decisiones de los individuos se evalúan racionalmente a tenor de esa única decisión objetiva que viene exigida por el interés de la razón misma. La razón no ha renunciado aún a la voluntad de racionalidad”<sup>148</sup>.*

No obstante, dicha forma de entender a la razón y decisión ha variado; transformándose de manera profusa desde el siglo XVIII, haciéndolo en la misma medida en que las ciencias positivas se han convertido en fuerzas productivas del desarrollo social<sup>149</sup>; pues la dimensión que en otro lapso de tiempo se orientaba a la praxis, se ha visto estrangulada con la progresiva penetración de la ciencia en nuestra civilización<sup>150</sup>. Ciertamente que la era técnica exige una sociedad industrialmente

<sup>147</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis*, p.287.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p.289.

<sup>149</sup> N. b. Para una reseña de dicha transformación véase, Xirau, Ramón; *Introducción a la historia de la filosofía*, Ed. Coordinación de Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp.285-289.

<sup>150</sup> N. b. De manera abusiva el dogmatismo hizo suyo el prestigio de la ciencia, dando como resultado un positivismo grotesco; transformado ahora como ideología. Dicho aspecto a través del tiempo se ha podido apreciar



avanzada que se ubique -si quiere sobrevivir- en la escala de un dominio técnico ampliado sobre la naturaleza y sobre una administración de los hombres y sus interacciones mutuas cada vez más sofisticadas en el terreno de la organización social. En tal terreno fusionado por la idea circular que se cierne en la ciencia, la técnica, la industria y la administración; la relación entre teoría y praxis no conserva otra validez que la utilización instrumental de técnicas garantizadas por la ciencia empírica, pues como señala J. Habermas:

*La potencia social de las ciencias queda reducida al poder de disposición técnica, ya no son tenidas en cuenta en su potencialidad de acción ilustrada [...] las ciencias empírico-analíticas generan recomendaciones técnicas, pero no dan ya respuesta a cuestiones prácticas [...] la pretensión con la que una vez la teoría se vinculó a la praxis se ha tornado apócrifa [...] la dificultad específica de la relación entre teoría y praxis no surge ciertamente de esta nueva función técnica de la ciencia, convertida en poder técnico, sino del hecho de que ya no podemos distinguir entre poder técnico y poder práctico<sup>151</sup>.*

Con lo anterior, podría decirse que -antes de tal simbiosis- la teoría vinculada a la práctica en ese sentido genuino; concebía la sociedad como un contexto de acción de hombres dotados de lenguaje, que integran el intercambio social en el marco de la comunicación consciente y que en él han de hacer de sí mismos un sujeto capaz de acción. De lo contrario pasaría lo que J. Habermas asegura: *“Una teoría que confunde la acción con el poder de disposición no es ya capaz de una perspectiva semejante. Dicha teoría concibe la sociedad como un entramado de formas de conducta, en el que la racionalidad se haya mediada únicamente por el espíritu del control tecnológico-social, pero no por una conciencia colectiva coherente, ni siquiera por aquella razón*

---

como un error, una falsa conciencia de una época cuyos cimientos se hundan en las instituciones de una sociedad defectuosa que contribuye a la consolidación de los intereses dominantes... al error debemos casi todas las desgracias que nos ha hecho pasar, al error le debemos la tozudez de muchos chamanes que vierten hechizos parcos sobre la conciencia moral y sobre una realidad compleja... en definitiva, dichos chamanes pretenden simplificar la realidad por medio de una tabla formalista y logicista... a la manera analíticamente fisicalista del Circulo de Viena... que es en última instancia, incapaz de orientarse sobre la acción. Lo anterior, no es intolerancia, es simplemente un resultado, una rectificación deducida del ensayo. Aún en el peor de los casos, el error aunque es imperdonable, es al mismo tiempo, el catalizador del ensayo. El error es un indicador de la limitación humana, de la finitud de la misma.

<sup>151</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis*, p.289.



*interesada que sólo puede alcanzar influencia práctica a través de las cabezas de ciudadanos políticamente esclarecidos*<sup>152</sup>.

A partir de entonces, la tergiversación manipulada de la razón comenzó a asomar la nariz. Pensamos que desde Galileo, la humanidad creyó tener el control total de los fenómenos físicos y sociales. Craso error, pues Aristóteles mencionó que hay cosas susceptibles de investigaciones físicas; pero, también otras tantas susceptibles de ser investigadas por otros campos del conocimiento. Así pues, ese abuso sistematizado y heredado lejos de solucionar problemas; los expande. Crea conciencias cosificadas y cerradas a la reflexión. Así, en medio de la teoría y la praxis; *la razón* desempeña un papel susceptible de ser apócrifo... la razón está en juego... entre ingenieros sociales y moradores de instituciones cerradas.

### 3.4 Ciencia y racionalidad en el positivismo clásico: su inconsistencia

**D**ecíamos que la razón está en juego. Y en efecto, ya pasado el siglo XVIII y con él, la relación entre teoría y práctica; puede observarse un comienzo: el desarrollo de la era técnica y el de una razón dogmática y diversificada por un interés... el dogmatizar a la ciencia. En ese tenor, J. Habermas asegura junto con J. T. Fichte: *“El propio dogmatismo ha ganado en poder e impenetrabilidad, se torna penetrante y universal, porque la confusión dogmática no viene ya establecida ante todo en forma de un prejuicio institucionalizado por tiranos y sacerdotes; por el contrario, dogmática es ya aquella conciencia que se concibe a si misma como producto de las cosas que nos rodean como producto de la naturaleza: el principio de los dogmáticos es la fe en las cosas por las cosas mismas, o sea, la fe mediata en su propio yo disperso y sostenido sólo por los objetos”*<sup>153</sup>.

Dicha metamorfosis -manipulada la razón como medio crítico y autocrítico-, ha sido utilizada para justificar postulados al servicio de intereses... intereses malintencionados por las propias opiniones dogmáticas parcializadas. Ahora bien, frente a esto la razón como crítica alcanza poder sobre el dogmatismo materializado, porque ha tomado como bandera la voluntad de la razón. La razón es pues, la crítica

<sup>152</sup> *Ibidem*, p.290.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p.292.



dirigida a una conciencia cosificada. El sistema desplegado por la razón, como bien dice Juan Teófilo Fichte: *“O bien queda necesariamente como obra artística, como juego intelectual... o bien, ha de alcanzar realidad, no mediante una facultad teórica, sino práctica, no cognitiva, sino productiva, formadora, no mediante el saber, sino mediante la acción”*<sup>154</sup>.

J. Habermas añade que C. Marx muestra frente a J. T. Fichte: *“Que la conciencia cosificada ha de ser criticada prácticamente, a través de las cosas, por decirlo, en lugar de hacerlo mediante una mera teoría del conocimiento, mediante un retorno a la espontaneidad activa del sujeto a través de la renuncia al realismo del sano entendimiento humano”*<sup>155</sup>.

Si entendemos bien lo aducido, entonces; *la falta de conciencia política y moral es la causa del debilitamiento del Estado*. En efecto, si la razón es utilizada para fines insanos; entonces lo único que se consigue es el afianzamiento del dogmatismo. En ese margen, el dogmatismo siendo un prejuicio institucionalizado; reviste ahora la forma de ideología, la cual; bajo el argumento monopolista de ser la única asistida de manera privilegiada por una razón -según los dogmáticos- desinfectada de la voluntad ilustrada, rechaza todo tipo de racionalidad que no sea más que la de su ciencia protectora.

Lo anterior es sólo el comienzo de una ideología que a través de dicha simbiosis multiplica la incapacidad para orientar la acción a la praxis. De esta manera, el monopolio de un dogmatismo cientifizante comenzó una vez que las ciencias empíricas en su forma moderna (triumfante desde Galileo) alcanzan la conciencia de sí mismas en el positivismo y pragmatismo; y una vez que ésta auto-asimilación en forma de teoría de la ciencia es clarificada formalmente con la máxima exactitud en la filosofía analítica inspirada tanto por el círculo de Viena como por Pierce, Dewey y, sobre todo, en el trabajo de Carnap, Popper y Morris, quedando claramente separadas dos funciones del conocimiento: *la afirmativa y la crítica*.

---

<sup>154</sup> Cfr. Fichte, John Gottl; *Werke*, Versión inglesa, Ed. Medicus, Darmstadt, 1962, vol. III, p.17.

<sup>155</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis*, p.295.



Desde luego que no hayamos mejor referencia sobre ello que la efectuada por J. Habermas:

*La función afirmativa de las ciencias modernas consiste en proposiciones en torno a uniformidades empíricas. Las hipótesis legaliformes, obtenidas a partir de un nexo deductivo de enunciados y sometidas a prueba mediante experiencias controladas, se refieren a covariaciones regulares de magnitudes empíricas en todos los campos accesibles a la experiencia intersubjetiva. La explicación se sirve de leyes universales de este tipo, bajo determinadas condiciones iniciales particulares. Los mismos enunciados teóricos que permiten explicar causalmente determinados efectos posibilitan igualmente la predicción de los mismos en presencia de causas determinadas. Esta utilización predictiva de las teorías de las ciencias empíricas revela el interés que guía el conocimiento de las ciencias generalizadoras. Así como en otro tiempo los artesanos se dejaban guiar, en la elaboración de sus materiales, por reglas empíricas acreditadas por la tradición, así también en la actualidad los técnicos de todas las ramas de la producción pueden apoyarse, para la elección de sus medios, instrumentos y operaciones, en tales pronósticos científicamente experimentados<sup>156</sup>.*

Tal parece que la inconsistencia y aislamiento positivista de la razón y decisión no termina ahí, pues J. Habermas magistralmente asegura:

*De esta función afirmativa del conocimiento reducido a ciencia empírica se deriva también la otra función, su aportación crítica. Pues si ese tipo de ciencia posee el monopolio de la dirección de la conducta racional, han de rechazarse todas las demás instancias que compiten por el derecho a la orientación científica de la acción. Esta tarea queda reservada a una crítica de la ideología cortada según patrones positivistas, dirigida contra un dogmatismo de nuevo cuño. Ahora ha de aparecer como dogmática toda teoría referida a la praxis de una manera que no sea la potenciación y perfeccionamiento de las posibilidades de acción instrumental. Puesto que en la metodología de las ciencias empíricas se fundamenta, tácita pero confiadamente, un interés técnico de conocimiento que excluye todos los demás intereses, cualquier otro nexo con la praxis vital puede ser reducido al silencio bajo el título de la libertad axiológica. En realidad se trata, empero, de la formalización de una sola referencia de la vida, a saber, la experiencia de los controles de resultados incorporados en los sistemas de trabajo social y practicado ya en todo acto elemental de trabajo<sup>157</sup>.*

Dicho de otro modo, bajo los principios de una teoría analítica de la ciencia; aquellas cuestiones empíricas que no puedan plantearse y resolverse en forma de

---

<sup>156</sup> *Ibidem*, p.297.

<sup>157</sup> *Idem*.



tareas técnicas no les asiste el derecho a esperar de la teoría ninguna respuesta. Luego entonces, todas las preguntas prácticas (justicia, moral, ética) que no puedan responderse de forma suficiente mediante recomendaciones técnicas; sobrepasan desde el principio, el interés de conocimiento investido de ciencia empírica. Sobre tal tenor, J. Habermas aduce: *“El único tipo de ciencia admitido por el positivismo no es dueño de considerar racionalmente tales cuestiones. Aquellas teorías que, a pesar de todo, ofrecen soluciones, pueden, según estos patrones, ser acusadas de dogmatismo”*<sup>158</sup>.

La inclinación del positivismo de reducir la razón a racionalidad científica, ha sido sucesiva. En principio, el positivista es antimetafísico -le provoca espasmos la metafísica-; es un sujeto que cree que las ciencias factuales descubren la verdad mediante el recurso de la experiencia, también cree haber superado definitivamente el pensamiento metafísico porque se atiene al verdadero método de la ciencia que produce el conocimiento. En ese contexto, igualmente tiende a ratificar la identificación de la razón humana con la razón científica. Los positivistas rezan que todo aquello que no sea susceptible de ser sometido al método de la ciencia debe sin lugar a duda, considerarse acientífico; carente de valor cognoscitivo por ser una ilusión metafísica. De ahí que la ciencia positivista sea una ciencia sin supuestos metafísicos.

En forma paralela, lo que ningún positivista pudo prever fue que su concepción de la ciencia no era la única concepción posible de la ciencia, y que su concepción de racionalidad no era la definitiva. En otras palabras, no tiene una recepción generalizada y aceptada unívocamente en la comunidad de investigadores. En efecto, el positivista parte del presupuesto de que su ciencia y razón son <la razón y la ciencia>. Cree que su saber científico es el genuino conocimiento... un conocimiento inmutable y absoluto que informa detalladamente de la realidad.

Esta idea conduce peligrosamente a una postura sumamente rígida de la ciencia y la racionalidad, aunque ciertamente; esa idea encierre una forma de hacer

---

<sup>158</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis*, p.298.





ciencia, pero que ante los ojos de los guardianes públicos del progreso no es la única forma posible de hacer ciencia. Cuánta razón tiene J. Habermas al considerar que:

*La razón crítica logra un poder analítico sobre la constricción dogmática<sup>159</sup> [...] la transformación sólo puede proceder de un cambio en la situación de la conciencia misma, es decir, del influjo práctico de una teoría que no trate ya de manipular mejor las cosas y procesos cosificados, sino que, a través de los conceptos penetrantes de una crítica tenaz, impulse el interés de la razón en la independencia y la madurez, en la autonomía de la acción y liberación del dogmatismo<sup>160</sup> [...] la razón es identificada sin vacilaciones con la aptitud para la autonomía y con la sensibilidad hacia los males de este mundo. Ha tomado partido desde el comienzo por el interés en la justicia, el bienestar y la paz; al dogmatismo se enfrenta una razón decidida<sup>161</sup> [...] el concepto de una razón que actúa como crítica de la ideología los momentos del conocimiento y de la decisión se comportan dialécticamente: por un lado, la dogmática de la sociedad coagulada sólo puede penetrarse en la medida en que el conocimiento se deje guiar decididamente por la anticipación de una sociedad emancipada y de la autonomía realizada de todos los hombres; pero al mismo tiempo éste interés exige ya, a la inversa, la comprensión plena de los procesos del desarrollo social, porque sólo en ellos se constituye como interés objetivo. En la fase de la autorreflexión histórica de una ciencia con propósito crítico, Marx identifica por última vez la razón con la decisión por la racionalidad en el choque contra el dogmatismo<sup>162</sup>.*

Permítasenos realizar por enésima ocasión un íterin que no está del todo fuera de lugar. No pudimos encontrar mejores opiniones para el desarrollo de éste subtema que las de un experto: J. Habermas. Haciendo referencia nuevamente a la simbiosis de la razón ya pergeñada, diremos que indudablemente es la que influenció al más destacado jurista del siglo XX: Hans Kelsen. A decir verdad, su teoría del Derecho logró obtener -particularmente- una amplísima recepción e influencia en México y en la América Latina -no tanto en los Estados Unidos-.

Las tesis de H. Kelsen tradicionalmente siguen inmersas en el momento de instruir la enseñanza del Derecho. Una instrucción basada en la exégesis de la ley codificada; en una lectura tautológica de la misma. Adviértase que no estamos infravalorando la instrucción teórica del Derecho en sí, sólo estamos manifestando

<sup>159</sup> *Ibidem*, p.288.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p.290.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p.292.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p.295 y s.



una vivencia que se fue constituyendo y reduciendo a una sola posibilidad de enseñanza y recepción del estudio del Derecho patrio. Definitivamente tenemos presente que el Derecho y la ley son cosas diferentes: la ley es la que se encuentra estatuida en una tabla numérica de preceptos, en tanto que el Derecho es una disciplina que estudia el sistema normativo en una sociedad comunicativa y compleja.

Así pues, muy en el fondo las técnicas de instrucción tradicionales no se apartan de la teoría que dilucida mediante la interpretación el sentido de la ley humana... una teoría que por sus bases constitutivas monopolizantes desdeña la función intersubjetiva de los valores en una sociedad compleja y multicultural. Pensamos que por ello, la instrucción del Derecho en México -a nivel licenciatura- es notoriamente cerrada... es dogmatismo puro y detractor, sustentado en una racionalidad irracional empírico-normativista... una irracionalidad debida a aquellos que han sido persuadidos por el emotivismo jurídico kelseniano.

Ahora bien, escuchando el llamado del objetivo principal de esta investigación diremos que hoy en día la racionalidad como tal, se observa limitada precisamente por el progreso no reflexivo de dicha ciencia empírico-dogmática; que sólo incrementa el nivel de irracionalidad en el campo de la praxis<sup>163</sup> en la que participan los operadores en Derecho y sus diversas categorías. Así pues de forma sostenida, *observamos que la racionalidad es más amplia que el dogmatismo ¿por qué? porque no excluye a la razón que patentan los dogmáticos. No se agota sólo en dicha razón científica, pues ciertamente se alimenta de ella.*

Ahora, el ejemplo siguiente logra mostrar simplificada el problema planteado: basta iniciar un diálogo con un flamante operador del Derecho (de licenciatura) sobre la cuestión de la justicia y la ética, para saber que su respuesta ejercitada por su intelección es la misma abstracción formulista pregonada por el jefe

---

<sup>163</sup> N. b. Las cuestiones prácticas, eliminadas del conocimiento reducido a ciencia empírica, escapan así por completo al alcance de la discusión racional.



de la escuela de Viena. Según dice el aludido operador: *<el derecho es coacción merced de la clase dominante, es la voluntad del legislador que todo lo ve y lo resuelve... la Moral es una esfera extraña y ajena, la cual; no tiene nada que ver con el Derecho... el Derecho tiene la presunción de ser justo>*. A juicio propio, es una respuesta que raya en la ambigüedad y vaguedad. Más aun, a contrapelo, no inútilmente aseguró Cicerón en tiempos de la República romana: tener a bien una ley sólo porque está en vigor, es el colmo de la estupidez.

De tal magnitud es el problema que atañe discutir y solucionar -aunque sea provisionalmente- a todos los interlocutores del Derecho y del público en general. En fin, a J. Habermas le asiste la razón al afirmar: *“El positivismo es incapaz de distinguir los dos conceptos de racionalidad (el afirmativo y el crítico), como en general de adquirir conciencia de que él mismo acepta implícitamente lo que combate de puertas afuera: la razón decidida”*<sup>164</sup>.

### 3.5 Ciencia y racionalidad hoy

**C**onviene tener una idea sobre la concepción predominante de la ciencia y racionalidad en nuestros días<sup>165</sup>, asegura Manuel Atienza junto con Chalmers. Definitivamente la concepción de ciencia y racionalidad que hoy en la actualidad se tiene, está totalmente renovada de aquella que se tenía en tiempos del positivismo clásico. Nosotros consideramos que dicha simbiosis se cierne y obedece a una tradición que deviene desde tiempos clásicos. En dicha tradición se pueden observar dos principios que fueron ampliamente discutidos en los foros antiguos y que hoy por hoy se siguen discutiendo en los actuales.

Tal discusión pone en tensión el *estado* de dichos principios, dado que la realidad se torna cada vez más compleja conforme se va edificando nuestra historia. Principiemos, a éstos principios la tradición los identifica como: *el principio de movimiento y el de identidad-no contradicción*<sup>166</sup>. La simbiosis se justifica: el principio

<sup>164</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis*, p.301.

<sup>165</sup> Cfr. Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Ed. Fontamara, 2ª ed, 2000, p.193.

<sup>166</sup> N. b. Estos principios se abordarán *infra*, en 3.6 de éste apartado.



de movilidad sigue latente en la evolución del conocimiento que el ser humano construye, porque es el que provisionalmente responde a las cuestiones de ¿cómo debe darse el progreso? ¿cómo mejorar la realidad?

Pues bien, consideramos que el fondo de la concepción de ciencia y racionalidad en el positivismo clásico se encuentra instrumentado por el principio de identidad y no contradicción; que es como un paradigma aceptado sin discusión por la comunidad positivista. Así por el contrario, en el fondo de la renovada concepción de ciencia y racionalidad postmoderna; impera un tipo de instrumentación guiado por el principio de movilidad. Pero ¿por qué hacemos éste tipo de consideración? La razón crítica es fácil de percibir... ésta se encuentra en la simbiosis que hemos tratado desde el subtema 3.3 de éste apartado.

Veamos más de cerca ésta evolución, de tal suerte que quede claro de una vez por todas la concepción de ciencia y racionalidad -instrumentada por H. Kelsen- incompatible con la noción actual de las mismas; así como también, efectuar la justificación de nuestro objetivo en común: el progreso de la Teoría general del Derecho en México y, desmitificar una cierta concepción de lo científico: la kelseniana por supuesto.

La noción renovada de ciencia y racionalidad que fluye hoy en día, se diferencia en principio de la teoría del conocimiento en general. En los últimos años, se ha producido una fuerte reacción frente a la concepción positivista de la ciencia, de ahí que M. Atienza señale: *“Lo que se ha llamado la <revuelta contra el formalismo> es un movimiento que surge tanto en Alemania como en Francia y en Estados Unidos a partir de las dos últimas décadas del siglo XIX y con matices propios en cada uno de estos países. En Alemania la revuelta se dirige contra el formalismo de la jurisprudencia conceptual, en Inglaterra y en los Estados Unidos contra el formalismo jurisprudencial y finalmente en Francia contra el formalismo legal, contra la escuela de la exégesis”*<sup>167</sup>.

La reacción se manifiesta desde la perspectiva de la historia de la ciencia, filosofía o sociología de la ciencia, así como desde la teoría de la ciencia. Por

---

<sup>167</sup> Cfr. Atienza, Manuel; *Introducción al Derecho*, pp.184-188.



consiguiente, éstas disciplinas filosóficas son relativamente recientes; pues su objeto de estudio es la ciencia moderna... una creación cultural que tiene una historia de solo cuatro o cinco siglos. Ahora bien, la reflexión sobre la ciencia y racionalidad no da lugar solamente a una filosofía de la ciencia, sino también a disciplinas que son en sí mismas científicas, como la historia o la sociología de la ciencia, pues en ese estado de cosas M. Atienza afirma: *“Todas estas distinciones pueden trasladarse con algunas precisiones al mundo del Derecho, donde cabría distinguir niveles: el nivel del Derecho positivo en cuanto conjunto de normas, instituciones, etc.; el nivel de la ciencia o ciencias del Derecho; el nivel de la teoría de la ciencia jurídica, o sea, descripción y propuesta de modelos de la (s) ciencia (s) jurídica (s)”*<sup>168</sup>.

Lo anterior, puede estimarse como la muerte anunciada del positivismo. Empero, aún subsiste una profusa influencia de sus presupuestos en la formación de los científicos sociales y en las actitudes de éstos, de ahí que M. Atienza advierta:

*Son muy pocos los autores que han dejado de ver en la ciencia el principal paradigma disponible de conocimiento racional [...] la ciencia y lo científico siguen gozando en nuestras sociedades de un prestigio muy considerable, pues el prestigio no se mide únicamente por el nivel de ingresos económicos, y ello explica el interés y empeño que suele ponerse en calificar de <científicas> actividades intelectuales que son demasiado heterogéneas entre sí como para merecer un mismo nombre. Esta es una seria dificultad de la que hay que ser consciente al tratar del concepto de <ciencia>*<sup>169</sup>.

Ahora bien, hasta este momento pensamos que hemos sido lo suficientemente explícitos respecto a lo que se ha reputado como lo más controvertido en la esfera de la ciencia y racionalidad antes y después. Bien, para no poner en peligro la perspectiva obtenida; es conveniente exponer las ideas de dos autores que han ayudado a comprender más la situación en la que se encuentra la discusión en ésta materia: H. Skolimowski y T. S. Kuhn. En nuestra opinión, los presupuestos manejados por el primero se vierten en la estela habermasiana; en tanto que el

---

<sup>168</sup> *Ibidem*, pp.198 y s.

<sup>169</sup> *Ibidem*, pp.199 y s.



segundo, no del todo lo hace; pero ello no es óbice para exponer algunas de sus ideas no tan descabelladas en cuanto a la idea de ciencia<sup>170</sup>.

H. Skolimowski en su obra *“Racionalidad evolutiva”*<sup>171</sup> analiza las características fundamentales de la actitud positivista y, entre las cuales; ha advertido que para el positivista: *“Todo lo que es conocido puede ser reducido a leyes físicas, y todos los fenómenos existentes tienen un fundamento físico [...] para el positivista, todo conocimiento auténtico debe ser adquirido por el método científico, el cual tiene su paradigma en la física [...] y las verdades de la Ciencia son las únicas verdades [...] las últimas verdades después de las cuales no hay ningún recurso apelativo”*<sup>172</sup>. Tras el análisis efectuado por éste tratadista, se determina que la racionalidad científica positivista es una forma de racionalidad; pero no es la única forma de racionalidad. Para H. Skolimowski el campo de la racionalidad es más extenso que el de la razón científica, de ahí que señale que los métodos de la ciencia física son insuficientes para el estudio de los fenómenos de la vida a un elevado nivel de complejidad. Las verdades de la ciencia son verdades por convención, pues hay otras clases y fuentes de verdad sobre las cuales las verdades científicas no tienen autoridad... la idea de progreso material es insuficiente para explicar la búsqueda del conocimiento.

H. Skolimowski estima que la evolución de nuestra comprensión ha quedado congelada al nivel del modelo estático de la Física tradicional. Contamos con conceptos físicos, químicos, electromagnéticos que damos por válidos, pero a ciencia cierta; no poseemos conceptos que intenten captar y describir los más altos niveles de la complejidad de la materia: *“De la materia dotada de autoconciencia y espiritualidad”*<sup>173</sup>.

Este autor, propone un sistema de comprensión más amplio que el heredado del positivismo; que permita conocer mejor y que no estorbe las posibilidades del

---

<sup>170</sup> N. b. Thomas McCarthy es un tratadista que critica las ideas popperianas y kuhnianas, y a la vez; refrenda las ideas habermasianas por no ser del todo descabelladas y ser un tanto más congruentes con la idea de la Ciencia y Filosofía trascendental transformada.

<sup>171</sup> Cfr. Skolimowski, H; *Racionalidad evolutiva*, Cuadernos Teorema (Universidad de Valencia) 1977.

<sup>172</sup> *Op. cit.* pp.41 y 35.

<sup>173</sup> *Idem.*



acceso racional a los problemas más relevantes. A esa racionalidad la denomina <racionalidad evolutiva> que comprendería la racionalidad positivista pero sería más amplia que ésta. La crítica skolimowskiana se dirige fundamentalmente a la reducción de la racionalidad a la racionalidad científica sostenida por la actitud positivista y que, desde la perspectiva coetánea de la filosofía de la ciencia aparece como paralizador de la investigación y el conocimiento.

Otra razón de la crítica al positivismo es su *interés* de superar toda metafísica; así como su concepción de la ciencia como saber absoluto e inmutable. En su mayoría, los filósofos de la ciencia estiman actualmente que ésta es un saber provisional y falible<sup>174</sup>. De hecho, el progreso de la ciencia se produce no sólo por los descubrimientos; sino también por la rectificación de los errores y por algunas alteraciones que de cuando en cuando son inexplicables desde unos presupuestos determinados por un paradigma convencional.

Ahora bien, en lo tocante a T. S. Kuhn diremos que el aspecto central de su teoría de la ciencia es, precisamente el progreso científico. Este autor, desde perspectivas de historia y sociología de la ciencia pone en claro no sólo el cómo se producen los cambios en la ciencia; sino también el carácter convencional de ésta, es decir; niega que exista un progreso acumulativo de ella<sup>175</sup>. T. S. Kuhn señala que el paradigma de desarrollo de la ciencia madura es usualmente de paradigma en paradigma y estima que un paradigma es un logro científico fundamental que incluye acompasadamente una teoría y algunas aplicaciones ejemplares a los resultados del experimento y la observación... es una realización que deja por hacer toda suerte de investigaciones, de ahí que los receptores no intenten rivalizar con ella. Dígalo M.

---

<sup>174</sup> Cfr. p. ej. Bunge, M; *La Investigación científica, su estrategia y su filosofía*, Ed. Siglo XXI, México, 2000, cap. I; así como Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, cap. IV, pp.311 y 313.

<sup>175</sup> N. b. De lo que se habla es de una sucesión de teorías referentes a un mismo objeto, a unos mismos hechos; de los cuales van proporcionando explicaciones y predicciones cada vez más potentes y exactas.



Atienza de manera sintética: *“Lo que diferencia a la ciencia normal, a la ciencia madura, de la preciencia es que la ciencia normal se rige por un solo paradigma”*<sup>176</sup>.

Luego entonces, la actividad científica viene determinada por el acuerdo acerca del paradigma. El científico, en principio; toma el paradigma como un axioma y no lo pone a discusión, sólo en el caso de que surjan anomalías se intentará crear un nuevo paradigma o criticar -por insuficiente- el que está vigente. En ese estado de cosas, T. S. Kuhn defiende la concepción no absolutista de la ciencia; o dicho en otros términos, prefiere una concepción relativista; colocando el fundamento de la ciencia en el acuerdo de los científicos.

¿En qué sentido se puede hablar de progreso científico con lo antes aducido? Según T. S. Kuhn, en el desarrollo de la ciencia cabe diferenciar dos tipos de situaciones distintas. En los periodos de desarrollo que denomina ciencia normal, la aceptación por la comunidad de los científicos de un mismo paradigma hace que se pueda hablar también de un mismo lenguaje perceptible y; en consecuencia, que se puedan comparar entre sí teorías alternativas y elegir la más progresiva; la que mejor se adecua a los hechos (interpretados a través del paradigma). Empero, en los periodos de ciencia extraordinaria en los que existe un paradigma en trance de ser sustituido por otro; no hay manera de resolver la pregunta de qué teoría es preferible, por más progresiva que fuere; pues al faltar un acuerdo perceptible común, las teorías no pueden cotejarse; lo único que cabe señalar aquí, son razones de tipo psicológico, sociológico, etc. Cuánta razón tiene M. Atienza al señalar: *“Una característica que se suele postular del conocimiento científico es que se trata de un conocimiento neutral, desinteresado y completamente ajeno a lo que puedan ser los juicios de valor o la ideología que los científicos sustentan en el terreno de lo político, de las creencias religiosas, etc.”*<sup>177</sup>. Todo lo aducido por T. S. Kuhn apunta a la crítica del monismo metodológico y a la reafirmación de su contrario, el pluralismo metodológico.

---

<sup>176</sup> Cfr. Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, p.196.

<sup>177</sup> *Ibidem*, pp.196 y s.





La ausencia de metafísica en la ciencia es una quimera, de ahí que J. Habermas insista:

*La creencia en el racionalismo comprometerá más bien a la sociedad a una conducta correcta desde el punto de vista técnico social en virtud de la conciencia ilustrada de sus ciudadanos [...] los sistemas de valores deben someterse a una prueba racional para su acreditación con el mismo rigor que las teorías científicas, aunque de manera distinta. Los criterios para dicha acreditación se deciden metodológicamente, como sucede también en las ciencias [...] tan pronto como en el nivel metodológico y en los llamados metateórico y metaética se argumenta en general con razones, se ha traspasado ya el umbral hacia la dimensión de una racionalidad ampliada [...] los ilustrados positivistas que conocen a su racionalismo sólo el crédito de una profesión de fe, no pueden reflexionar sobre aquellos que presuponen en tanto que razón, en tanto que algo idéntico al interés de la razón, puesto que no advierten con claridad el dogmatismo de los tecnólogos, por más que estén sencillamente infectados de él [...] sólo una razón consciente de que en toda discusión racional opera de manera indestructible el interés en el progreso de la reflexión hacia la madurez conseguirá, a partir de la conciencia de su propia incardinación materialista, la fuerza necesaria para trascenderla [...] sólo ella podrá negarse a sacrificar una racionalidad dialéctica del lenguaje, ya lograda a las normas, en el fondo irracionales, de una racionalidad del trabajo tecnológicamente restringida [...] sólo ella podrá incidir seriamente en el nexo forzoso de la historia, que seguirá siendo dialéctica mientras no se haga accesible al diálogo de hombres ya no tutelados<sup>178</sup>.*

En fin, las disciplinas que postulan la renovada concepción de ciencia y racionalidad han manifestado contundentemente que las ideas positivistas tradicionales acerca de la ciencia son en extremo reduccionistas; pues sólo aceptan como científico aquello que se complementa con su específica concepción de la ciencia. De hecho, a través de la Historia han existido diversas concepciones de la ciencia y racionalidad; y *la concepción positivista es una forma de entender la ciencia, pero no la concepción científica de la ciencia*; de ahí que en nuestra opinión, no hay una sola concepción de la ciencia; sino múltiples, con un fundamento en el acuerdo (convención) que los mismos científicos establecen.

---

<sup>178</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis*, pp.312 y s.



### 3.6 Dos principios opuestos que se complementan: El de movimiento y el de identidad-no contradicción

Con el objetivo de comprender de manera más clara lo aludido al comienzo del punto precedente, decidimos ampliarlo un poco más en éste lugar; debido a que estos puntos están estrechamente vinculados, de ahí que el uno sin el otro; encontrarían sólo una digresión incompleta en ésta indagación. Mencionábamos que la simbiosis multicitada anteriormente, obedecía a una tradición que deviene de tiempos clásicos. Pues bien, la tradición se basa en dos escuelas: la de Heráclito de Éfeso y la de Parménides de Elea. La primera propugna el principio de movilidad, en tanto que la otra lo hace al amparo del principio de identidad y no contradicción. ¿cuál escuela se enfila hacia el progreso? Si entendimos bien lo aludido por T. S. Kuhn, el paradigma normal sería aquel que se consigue mediante convención (acuerdo) sujeto a ensayo y error; ya no tanto el extraordinario. Si esto es congruente, entonces las enseñanzas de la escuela de Heráclito siguen vigentes en éstos tiempos posconvencionales. La movilidad entendida como un polo de atracción, tiende al progreso.

Veamos brevemente y quizá de forma metafórica cuales son los criterios caldeados en la disputa entre estas escuelas. Se dice que desde el momento en que se desarrolló el pensamiento racional, no tardó en aparecer entre los primeros filósofos de Grecia una clara oposición al pensamiento de los poetas. La discusión giró en torno de la ciencia politeísta religiosa. Se comenzó a cuestionar si la religión debía ser politeísta o, por el contrario, monoteísta.

Durante el siglo V a. C. se aprecia cómo los filósofos se bifurcaron en dos grupos en cuanto al origen de las cosas. Buscaron y trataron de encontrar una solución unitaria a los problemas del conocimiento, del universo y del hombre. Permítasenos advertir lo siguiente: creemos que lo correcto al momento de abordar los presupuestos de éstas dos escuelas es, sintetizar lo más posible; el carácter un tanto metafórico de estas escuelas, ya que a simple vista; pudiese parecer complicado entender dichos presupuestos.



En la primera escuela, según Heráclito; existen dos formas de conocer, una verdadera y una falsa. La primera obedece al *logos*, a la razón (mas tarde en latín *verbum* significará la palabra); la segunda se apoya en los sentidos o en un mal entendimiento de ellos, de ahí la alusión de Heráclito: "*Sabio es escuchar, no a mí, sino a la razón*"<sup>179</sup>. En ese tenor, Heráclito puede decir a un siglo de distancia de Sócrates *<me he consultado a mi mismo>*; pues de éste conocimiento de si mismo se puede encontrar en la razón el origen de las cosas y el sentido de la vida.

Al momento de contemplar el mundo que le circunda, ya el de los hombres y el de las cosas, éste filósofo se dio cuenta de que todo estaba en movimiento y afirmaba: "*No puedes entrar dos veces por el mismo río, pues otras aguas fluyen hacia ti*"<sup>180</sup>. En efecto, si se vive en el tiempo; si el tiempo transcurre en todas las cosas, nada es repetible. Heráclito pretendió encontrar la explicación de los orígenes del movimiento, más aún; quiso ir más allá del movimiento, buscando su sentido y su ley. Ramón Xirau explica ambos casos de una forma especializada.

En el primer caso asegura el filósofo del exilio español:

*La idea que clarifica la primera metáfora <si estamos y no estamos en las mismas aguas del río es porque somos y no somos> el hecho es que si por un lado podemos pensar que somos, por otra, al ver nuestro pasado que ya no es, al pensar nuestro futuro que toda vía no es, al pensar que en el instante en que vivimos, esta frase que leemos deja de ser en el mismo momento en que la leemos, en verdad somos una mezcla de ser y no ser, de ausencia y de presencia, de pasado, presente y futuro. Y en los extremos de nuestra vida se encuentran los opuestos: vivir significa estar en el tiempo entre el momento en que nacemos y el momento en que morimos. <Lo contrario es lo conveniente> porque de hecho estamos viviendo siempre entre estados opuestos. Y esto, que nos sucede a nosotros, sucede también con los objetos del mundo. El mundo es movimiento y el movimiento solamente es posible si existen la desigualdad, el contraste y la oposición*<sup>181</sup>.

En el segundo caso, concluye:

<sup>179</sup> Cfr. Heráclito; *Fragmentos*, trad. de José Gaos, Ed. Alcanía, México, 1939, pp.1-2.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pp.41-42.

<sup>181</sup> Cfr. Xirau, Ramón; *Introducción a la historia de la filosofía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp.32 y ss.



*En algunas frases de sus fragmentos, afirma la final armonía de los contrarios, la unidad de los opuestos <bien y mal son una cosa> <el camino hacia arriba y hacia abajo es uno y el mismo> <los hombres no saben que el mundo divergiendo conviene consigo mismo>. La idea de la unidad de los opuestos se explica también y con mayor claridad cuando Heráclito afirma la ley del eterno retorno. Esta ley viene a decirnos que debe concebirse el mundo como una constante sucesión dentro de un ciclo constante. Siguiendo este ciclo, y dentro de un ciclo dado, todas las cosas cambian constantemente<sup>182</sup>.*

En síntesis, el principio de movimiento es una unidad... la unidad de la razón con la lógica... una unidad mutable; cambiante a través de los tiempos.

Bien, en lo que toca a la segunda escuela (de Parménides coetáneo de Heráclito) se percibe una noción del mundo opuesta dialécticamente a la que sostenía la primera. La escuela Parmeniana se preguntaba cual era el origen de todas las cosas. La respuesta a dicha pregunta se ciño en todo momento bajo el principio lógico: el de identidad. Este principio afirma que *lo que es, es*. Así como a su lado negativo de dicho principio: el de no contradicción, o sea, *lo que es, no puede, no ser*. O dicho en otros términos, *una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo*. v.gr. *una manzana no puede ser manzana y pera al mismo tiempo; o es manzana o es pera*. Este principio se basa en un razonamiento matemático por el absurdo (pues Parménides fue discípulo de los pitagóricos). Dicha forma indirecta de demostrar, estima provisionalmente como verdadero; aquello que se quiere negar. Por ejemplo: *si decimos que <el Derecho es amoral>, la hipótesis contraria (es decir una segunda hipótesis) <el Derecho se complementa con la moral>, se estima como verdadera (provisionalmente). Se demuestra al instante que la primer hipótesis es falsa (el Derecho es amoral) y resulta así que lo verdadero es lo contrario (o sea, la segunda hipótesis) a la primer hipótesis supuesta (o sea, el Derecho es amoral)*.

En pocas palabras, el Derecho no puede ser amoral y moral al mismo tiempo; o es amoral, o es moral; de ahí la inmovilidad, lo estático de uno o de otro. Este principio se impacta totalmente con el principio de movilidad. Por consiguiente, al ratificar la hipótesis verdadera: que el Derecho se complementa con la moral, se da a

---

<sup>182</sup> *Ibidem*, p.33.



entender que el Derecho moralizado no puede entenderse como Derecho amoralizado.

En fin, el gran debate entre éstos dos principios (el de movilidad y el de inmovilidad) propugnados por dichas escuelas giran en torno a saber cuál de los dos es más cuerdo. Tanto uno como otro, tienen un significado que no debe ser considerado descabellado, si se parten de ellos mismos. La cuestión es saber cuál de los dos es el más progresivo, dado que ambos tienen un grado de importancia. Por el momento y de modo provisional, estimamos que el principio de movilidad en ejercicio de su campo de atracción es el que más se acerca a la unidad renovada por la Teoría de la Ciencia y sus diversas disciplinas. Cuánta razón tiene R. Xirau al subrayar:

*Queda, empero, Parménides, defensor de la inmovilidad, como polo opuesto a aquel Heráclito que afirmaba que todas las cosas están en perpetuo estado de cambio [...] su filosofía precisada tendrá tanta importancia como la de Heráclito, para el futuro del pensamiento en Grecia. El pensamiento de los grandes filósofos de Grecia tratará siempre de combinar lo móvil y lo inmóvil, lo múltiple y lo uno, la variedad de la experiencia que nos dan los sentidos y la unidad que nos sugiere la razón. Platón, y aún Aristóteles tendrán presente el pensamiento de estos dos filósofos griegos, los más decisivamente importantes de esta primera época en la cual el pensamiento filosófico estaba principalmente dirigido a indagar los misterios del mundo<sup>183</sup>.*

Queda así de relieve, que la influencia de Heráclito y de Parménides ha sido decisiva en Occidente<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> *Ibidem*, p.37.

<sup>184</sup> *Idem*.



### 3.7 El principio de falibilidad en la Ciencia como garante del principio de movimiento

**E**l principio de falibilidad en la ciencia moderna despliega una acción dirigida al reforzamiento del principio de movimiento. ¿por qué sucede esto? porque ya una vez manifestada la simbiosis histórica de la concepción de ciencia y racionalidad positivista a la renovada concepción de ciencia y racionalidad defendida desde la teoría de la ciencia postmoderna y sus diversas disciplinas, se puede decir que el principio de movilidad ha concebido un auténtico principio garante del mismo: *el principio de falibilidad en la ciencia*. Sólo así se puede conseguir e instrumentar el progreso permanente. Esto es, obteniendo las rectificaciones de presupuestos teóricos con el fin de que en la praxis, aquellos no se aparten de las opiniones de una crítica de la ideología acorde con las necesidades que deben satisfacerse en una sociedad compleja. *Así pues, el principio de falibilidad en la ciencia es aquel en que reside la posibilidad de equivocación; una posibilidad susceptible de acuerdo y perfeccionamiento... mediante ensayo y error.*

Es notable que dicho principio justifique y refuerce de principio a fin lo argumentado en los espacios en que la razón crítica se ha manifestado en el transcurso de ésta investigación. El principio de falibilidad en la ciencia también juzga la vieja concepción de ciencia y racionalidad que reinó en la psiquis de la teoría de Hans Kelsen (de un modo especial, su ensayo sobre lo que es la justicia). Ahora bien, si se hace una buena apreciación, su escuela neokantiana tomó parte de las enseñanzas del círculo de Viena; es decir que, H. Kelsen utilizó en la elaboración de todo su argumento de ciencia y racionalidad; presupuestos establecidos por la filosofía analítica de dicho círculo.

En ese estado de cosas, un criterio que se ha vuelto indefectible hoy en día es que, ya no es posible continuar con ese paradigma gestado, convenido y desarrollado a lo largo del siglo XIX y XX, porque no permite el progreso, ya no técnico, sino trascendental de la realidad. Ya explícitamente en los dos subtemas que preceden se hizo el señalamiento de que para la actual filosofía de la ciencia, el



*saber es provisional y falible. Así, resulta claro que el relativismo ó subjetividad en el campo de la ciencia no es irracional; porque el saber científico se basa no en una racionalidad intrínseca de los supuestos fundamentales de la ciencia que no pueden demostrarse, sino más bien; en una convención (en un acuerdo), que cambia con el transcurso del tiempo; de ahí su progreso*<sup>185</sup>.

En pocas palabras, para que se dé el progreso permanente que tantas veces hemos enunciado en ésta investigación; se necesita trabajar sobre esa nueva convención propuesta por la filosofía de la ciencia y sus diversas disciplinas, de tal suerte que logremos desplazar y reubicar el rígido monismo metodológico; además de dejar de estimar que todo aquello que no acompañase con la añeja convención kelseniana, es irracional. En ese tenor, así y sólo así lograremos realmente relativizar los saberes; lograremos en todo caso, interpretar el mundo de la vida que se desea conocer.

Ahora bien, teniendo muy en cuenta la exigencia crítica del auditorio respecto a la calidad de la presente indagación; de frente a ella y en sintonía con la congruencia manejada en éste subtema, el especialista J. Habermas siempre tiene algo que opinar: *“La conciencia falibilista de las ciencias, penetró en la filosofía (paradigma), purificando su pensamiento histórico de restos metafísicos. En los cambios de estructuras (paradigmas) y en los destinos anónimos de la historia no se manifiestan ya ocultas intenciones [...] la filosofía que quiera mantener un pie dentro del sistema de la Ciencia y no sustraerse de este modo a la conciencia falibilista de las ciencias, debe renunciar al papel clave de todo y, de forma menos trágica, procurar orientación al mundo de la vida”*<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> N. b. Una de las características elementales de la idea actual de la ciencia es su falibilidad. La ciencia no ofrece verdades inequívocas y definitivas, tal como creían los positivistas del siglo XIX y XX; más ofrece verdades provisionales. La prueba de ello, es el mismo progreso de la ciencia y lo complicado de localizar teorías decimonónicas que en modo alguno se hayan modificado en algún sentido. véase, Bunge, Mario; *La investigación científica, su estrategia y su filosofía*, Ed. Siglo XXI, México, 2000, cap. I.

<sup>186</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; *Verdad y justificación*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, pp.311 y 313.



En fin, aquí sólo se roza a grandes rasgos lo que viene a significar de forma implícita éste principio en nuestra época postmoderna susceptible de grandes transformaciones.

### **3.8 La teoría de la Retórica en la Ética Analítica: el discurso práctico en la ética analítica**

De manera obsecuente, para el desarrollo de éste tópico seguiremos el pensamiento de R. Alexy; por considerarlo el más importante para tal efecto. Una teoría del lenguaje normativo -en especial del lenguaje de la moral- aduciría de modo explicativo qué es un enunciado, proposición y oración<sup>187</sup> normativa; para de ahí determinar cómo pueden ser fundamentados los enunciados normativos. Se ha dicho que el análisis de dicho lenguaje, ha sido objeto -en los últimos decenios- de múltiples indagaciones en el marco de la filosofía analítica<sup>188</sup>; formándose pues, una disciplina propia; denominada <metaética>. Por ello, resulta nítido que *la teoría del lenguaje moral* constituye el cimiento de la teoría de la fundamentación de los enunciados normativos.

Expuesto lo anterior, podemos aducir que existen teorías metaéticas pero que en éste lugar sólo se aducirá aisladamente una: <*el emotivismo*>, por ser la más apropiada y rica en contenido. Esta teoría se ha de entender -provisionalmente- como la más compatible con nuestra crítica de la ideología kelseniana sustentada en la teoría del discurso racional. No obstante, advertimos que no todas las teorías metaéticas coinciden con la teoría del discurso racional. Ahora bien, los especialistas aducen que el modelo más simple de un *discurso práctico* estriba en un debate entre dos interlocutores sobre *si el Derecho debe tener relación con la moral ó viceversa; sobre si la justicia debe ser el fundamento último del Derecho; de que si el Derecho*

---

<sup>187</sup> N. b. Un enunciado es una singular secuencia de signos, p. ej. lo escrito en una oración (s), pfo(s), ya sonoros o escritos, etc., una oración es el uso de un enunciado en una determinada situación; y una proposición es lo que se dice en un enunciado, su significado. Cfr. La opinión de Robert Alexy, p. 51 de su tesis doctoral.

<sup>188</sup> Cfr. Como una tesis casera sobre estos temas a Salmerón, Fernando; *Ética analítica y Derecho*, Ed. Fontamara, México, 2000.





como ciencia sólo se ocupa de normas y no de valoraciones estimativas. La (s) posibilidad (es) de consenso se constituye (n) irreductiblemente en dos posibilidades: *la primera* estriba en que uno de los interlocutores, justifique, demuestre, fundamente ante el otro interlocutor, que su afirmación es verdadera<sup>189</sup>. En tanto que la segunda consiste en conseguir la aprobación del otro interlocutor de alguna u otra forma<sup>190</sup>. En efecto, existe toda una pléyade de métodos psíquicos de persuasión o propagandísticos. De esta manera, en el primer caso se trata de una justificación<sup>191</sup> de una convicción moral<sup>192</sup>. Luego, en el segundo caso; ésta puede ser explicada psicológicamente.

### 3.9 El emotivismo

**P**or un lado, ya manifestamos que existen diversas teorías metaéticas de entre las cuales destaca el emotivismo. Bien, por el otro lado ha de observarse que *la función de las expresiones utilizadas en oraciones normativas no se limita a designar algo, sino más bien, realiza una función totalmente diferente a la de designar ó, junto a la función de designar, despliega otra función*. Por ello, -según las diversas teorías del emotivismo; aducen que dicha función estriba en *expresar y/o provocar sentimientos y/o actitudes*, dígalo R. Alexy en sus propias líneas: “*El*

---

<sup>189</sup> P. ej. En la obra *¿Que es la justicia?* de H. Kelsen, se estiman enunciados normativos donde en los cuales, *no se niega* la existencia de lo subjetivo -de ahí su relativismo ético-; pero, sí se persuade sobre la ambigüedad y vaguedad de las diferentes concepciones de justicia que se han dibujado a lo largo de la historia del pensamiento humano. H. Kelsen no hace justicia a su pretensión de fundamentar en el campo de la Moral la posibilidad de su verdad moral, que no es otra cosa que su *no negar y no aceptar*, fieles a su relativismo axiológico.

<sup>190</sup> Cfr. Kelsen, Hans; *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Ed. Fontamara, México, pp.42-56. Lugar donde se justifica la *no aceptación* de lo subjetivo, por el hecho de estar fuera del alcance de la ciencia y de ser comprobado por la misma.

<sup>191</sup> N. b. Se habla de justificación cuando se ofrecen razones frente a una duda u objeción, y que a nuestro modo de ver H. Kelsen lo hace en su ensayo *¿Qué es la justicia?*

<sup>192</sup> N. b. H. Kelsen sostiene en las pp.84 y 85 de su obra *¿Qué es la justicia?* su *convicción emotivista hacia lo que él considera o entiende por <ciencia y otros valores>*.



*emotivismo representa una nueva concepción del lenguaje de la moral contrapuesta al naturalismo y al intuicionismo*<sup>193</sup>.

Así, resulta claro que el emotivismo es *una corriente de pensamiento enriquecida con elementos subjetivistas*<sup>194</sup> *y descriptivos; que es estudiada y evaluada exaltadamente por Ch. L. Stevenson.* Según este pensador, el uso esencial de los juicios morales no consiste en referirse a hechos sino a *influir en alguien*; esto es, en lugar de describir meramente los intereses de la gente ellos los cambian (los emotivistas), los intensifican... las expresiones morales -dice Ch. L. Stevenson- son instrumentos de influencia psíquica... tienen junto a su función cognitiva (conocida/entendida) una función emotiva (emocionada/conmovedora). Por ello opina R. Alexy con base en el estudio de *la historia del emotivismo* de J. O. Urmson: *“Con esta tesis dada a conocer en 1937, Stevenson propuso ante todo -al igual que Urmson-, un programa de ética que, por un lado, es no cognoscitivo; y por otro lado, tomó en serio la ética como disciplina independiente”*<sup>195</sup>.

### 3.10 La teoría de Ch. L. Stevenson

**E**sta teoría nos interesa en grado superlativo, pues es una materia que se basa en el estudio de los argumentos o proposiciones establecidos por una tesis de modo deductivo; ya que por enésima ocasión -particularmente- ésta teoría nos brinda herramientas para minar los argumentos emotivistas kelsenianos, pues estos viene representando una concepción del lenguaje de la moral contrapuesta al *naturalismo* y al *intuicionismo*<sup>196</sup>, pues como señala Ch. L. Stevenson en su obra *El significado emotivo y términos éticos <en factores y valores>*: El uso esencial de los juicios morales no consiste en referirse a hechos sino en influir en alguien <En lugar de describir meramente los intereses de la gente, ellos los cambian o los

<sup>193</sup> Alexy, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*, p.56.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p.57. N. b. Como bien apunta Robert Alexy: el subjetivismo debe ser diferenciado del emotivismo. Según el subjetivismo, las oraciones normativas *no sirven* para la expresión o la provocación de los sentimientos o actitudes del hablante, sino para su descripción. Así el subjetivismo, es un caso especial de naturalismo.

<sup>195</sup> *Idem*.

<sup>196</sup> N. b. Estas son teorías metaéticas. El naturalismo señala lo que es (el ser), y contribuye a su vez; a la añeja discusión entre lo que debe ser.



intensifican>. Las expresiones morales son instrumentos de influencia psíquica, tienen frente a su función cognitiva; una función emotiva. Todo esto -para nosotros- se reduce en la intención esgrimida por el jefe de la escuela de Viena, porque al final de su obra ¿qué es la justicia? dentro de los argumentos empleados por él; *no describe* a la justicia, únicamente afirma la *no negación* de la moral -o iusnaturalismo- pero esa *no negación* es el manto que cubre a la *no aceptación*. O sea que Hans Kelsen disfraza al *no aceptar* con el *no negar* aspecto que -según nosotros- identifica al emotivismo kelseniano.

Por consiguiente, tal emotivismo debe ser diferenciado de una vez por todas del *subjetivismo*<sup>197</sup>, ya que éste último sirve y se emplea para describir<sup>198</sup>. En ese estado de cosas, esto apenas muestra algunos indicios sobre el emotivismo... indicios que dan a notar cómo funcionan los juicios normativos o morales. Lo anterior, exige una explicación más conexa, la cual se desarrollará en el análisis que realicemos de los juicios kelsenianos sobre la justicia (*infra*, 3.13 de de ésta indagación).

### 3.11 El análisis de Ch. L. Stevenson de los juicios morales y de la argumentación moral

**A**quí sólo se mencionará brevemente algunos trazos teóricos stevensonianos sobre el emotivismo. Entre los cuales tenemos, en principio; los modelos de análisis y de trabajo, que exponemos en éste lugar para mayor merecimiento de una explicación profunda y sistemática... pero que sin duda, encontrara su mayor dimensionalidad y aplicación en el subtema 3.13 de este apartado, cuando aclaremos los argumentos emotivistas kelsenianos. Por lo pronto, esto nos servirá como herramienta para fundamentar y justificar nuestro propio análisis aducido en el citado subtema del capítulo correspondiente a nuestra crítica dirigida hacia el emotivismo kelseniano.

<sup>197</sup> Cfr. Alexy, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*, p.57.

<sup>198</sup> Cfr. García-Huidobro, Joaquín; *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*, cap. III, IIJ UNAM México, 2002, p.33.



Pues bien, el análisis de Ch. L. Stevenson se basa para su exposición; en los siguientes modelos:

1. “*Esto es malo*” significa, Desapruebo esto, Desapruébalo tú también.
2. “*Debo hacer esto*” significa, Desapruebo que deje esto sin hacer, Desapruébalo tú también.
3. “*Esto es bueno*” significa, Apruebo esto, Apruébalo tú también.

En cada una de estas tres definiciones, la definición tiene dos partes. *La primera parte*, una oración sobre la actitud del interlocutor hablante; la cual expresa el significado descriptivo del término analizado, *la segunda parte* un imperativo<sup>199</sup>, expresa el significado emotivo<sup>200</sup>. Por consiguiente, los imperativos contenidos en las definiciones representan sólo incompletamente éste significado emotivo; pues los juicios éticos condicionan actitudes, aunque no lo hacen apelando a la fuerza (*ad baculum*) de ciertos estados de ánimo (como sucede en el caso de los imperativos en la segunda parte de la oración); sino al mecanismo mucho más dúctil de la *sugestión* (o sea, la insinuación). Los términos emotivos iluminan tenue o brillantemente a los sujetos de los que se predica, de tal suerte que mueven a las personas a cambiar sus actitudes. La influencia psíquica producida por las expresiones morales no es algo de lo que el oyente sea consciente (al menos por regla general).

En forma paralela también el análisis según *el segundo modelo* emplea la diferenciación entre significado descriptivo y valorativo. Su base es el siguiente esquema de función:

1. “*Esto es bueno*” significa, esto tiene las cualidades o relaciones x, y, z; con la salvedad de que “*bueno*” posee también un significado emotivo elogioso que

---

<sup>199</sup> N. b. Gramaticalmente se considera como el modo y tiempo del verbo que expresa la orden, la exhortación, el mandato o la súplica de algo.

<sup>200</sup> N. b. Por significado emotivo entiende Ch. L. Stevenson <la aptitud que la palabra posee para promover o expresar actitudes como algo distinto de describirlas o designarlas>.



permite expresar la aprobación del interlocutor que enuncia el juicio correspondiente y que se inclina a obtener la aprobación de la persona a la que dicho interlocutor se dirige, es decir; el interlocutor-receptor. Ahora bien, pensamos que en el primer esquema -siguiendo el estudio de R. Alexy-; el significado descriptivo es constante, en tanto que en el segundo esquema; varía caprichosamente... precisamente ésta hojarasca abre la puerta a las definiciones persuasivas, las cuales sirven para influir en las opiniones mediante el cambio de la significación descriptiva manteniendo a flote a la emotiva<sup>201</sup>. La palabra *justicia* tiene por ejemplo un significado emotivo positivo, dicho significado puede unirse con las ideas políticas más diversas y ser utilizada de esta manera para influir.

En ese estado de cosas, Ch. L. Stevenson estima que dichos modelos se complementan uno al otro; pues la elección que se haga de ellos no influye de modo especial sobre la cuestión de la fundamentación de las expresiones morales estudiadas con base a estos modelos. Expuesto lo anterior, R. Alexy afirma: *“Una parte considerable de las investigaciones de Stevenson están dedicadas a esta cuestión [...] Stevenson desarrolla así una teoría de la argumentación moral que es, quizá, el aspecto más interesante de su obra”*<sup>202</sup>.

En fin, podríamos agotar todos los presupuestos stevensonianos en éste apartado; pero, lo conveniente sería agotarlo en los subtemas 3.12 y 3.13 del presente capítulo, para alcanzar nuestro fin, que es; minar los argumentos kelsenianos y a partir de ese momento abrir espacios que encuentren forma en la epistemología para comenzar a establecer la relación entre moral y Derecho. Lo cierto es que la lógica utilizada por H. Kelsen en su ensayo -que será combatido *infra*, 3.13 de este capítulo, siguiendo a Ch. L. Stevenson- no conserva relación lógica propiamente dicha (ni deductiva ni inductivamente)... conserva, más bien; *una relación psíquica entre sus razones fisicalistas, aducidas en contra de las proposiciones normativas de carácter iusnaturalistas y a favor de su cientificismo*

---

<sup>201</sup> Cfr. Stevenson, Ch. L; *Definiciones persuasivas* (1938), versión inglesa, pp.336 y s.

<sup>202</sup> Alexy, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*, p.59.



*doctrinal*. De ahí que Ch. L. Stevenson afirme: “Cualquier enunciado referente a cualquier clase de hechos que cualquier persona considera adecuado para alterar actitudes puede ser aducido como una razón a favor o en contra de un juicio ético. Que esto último dé resultado en la práctica dependerá de que la persona que escucha crea lo que el enunciado afirma y que, si lo cree, cambie sus actitudes”<sup>203</sup>.

Esto ayuda a comprender que Ch. L. Stevenson extrajo la argumentación moral del campo de la lógica. De ahí que el relativismo kelseniano es a nuestro modo de ver, incongruente con sus propios presupuestos. Pues la idea de una moral relativa se ciñe sólo al análisis de la moral como tal y no a la lógica como creyó H. Kelsen... ello en la inteligencia de ser aceptados (o asumidos) los criterios stevensonianos.

Hay que distinguir en todo caso que, Ch. L. Stevenson; no contento con haber sustraído la argumentación moral del campo de la lógica, *edifico* la distinción entre *métodos de fundamentación racionales y no racionales*. Una fundamentación es *racional* si pueden presentarse como razones, sucesos; es *no racional* o persuasiva si se acude a otros medios adecuados para influir. No obstante lo anterior, Ch. L. Stevenson sin pretensión de exhaustividad distingue dentro de ambos métodos *un catalogo de formas de argumentos y de estructuras de argumentación*<sup>204</sup>.

Para poder hacer más asequible dicho análisis stevensoniano debemos contestar a la pregunta ¿qué es el argumento y cuál es su estructura? Por argumento se entiende *el razonamiento que demuestra, confirma, convalida, da cuenta, advierte*; de una oración. En tanto que su estructura consiste normalmente de dos partes claras, esto es; la primera parte viene siendo una *advertencia*, una *comprobación*, una *convalidación*; luego, la segunda parte parece ser el *resultado* que saca el investigador a partir de la primera.

<sup>203</sup> Stevenson, Ch. L; *Ethics and Language*, version inglesa, pp.89, 209 y 227.

<sup>204</sup> N. b. La expresión <forma de argumento> se refiere a la estructura de las oraciones usadas por un interlocutor; la expresión <estructura de la argumentación> a la estructura de las oraciones de varios interlocutores.



Ahora bien, ya expuesto el significado y estructura general del argumento; es posible entender la exposición que utiliza Ch. L. Stevenson en sus diálogos ficticios. En efecto, los interlocutores partícipes en esos diálogos pueden ser denominados <interlocutor proponente> e <interlocutor oponente>. En un primer tenor, Ch. L. Stevenson analiza los métodos de fundamentación racional en donde un grupo selecto lo conforman acontecimientos en los que existen vínculos lógicos entre las oraciones presentadas v.gr: el caso en que el *interlocutor proponente* advierte primero n y luego -n, (o sea, no n)<sup>205</sup>. El *interlocutor oponente* puede mostrar esto como razonamiento contundente contra el *interlocutor proponente*... de ahí el juicio de R. Alexy: “Las leyes de la lógica reinan también el territorio del discurso práctico”<sup>206</sup>.

Así pues, cabe destacar que más relevantes son los casos en que las oraciones alegadas como razones no se contradicen; pero por otro lado, tampoco significa n<sup>207</sup>. Aquí puede hablarse de fundamentaciones no lógicas, entre razón y conclusión ética; o sea, de relaciones psíquicas entre las razones alegadas a favor o en contra de una oración normativa y ésta oración n (es decir, el Derecho es amoral). Pongamos un caso: Si el *interlocutor oponente* argumenta al *interlocutor proponente* sobre contingencias del objeto analizado (el Derecho) que hay que tomar en cuenta y valorarlas, sobre consecuencias de una conducta o de una máxima; sobre las intenciones de quien despliega la conducta, sobre los resultados (+ ó -) de la generalización de una conducta, sobre autoridades y sobre el hecho de que el mismo

---

<sup>205</sup> N: El Derecho es amoral; -N: El Derecho tiene su último fundamento en lo metajurídico.

<sup>206</sup> Alexy, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*, p.60.

<sup>207</sup> O sea, que el Derecho es amoral; de ahí que la verdad está desfasada en tanto no se llegue a un resultado congruente y aceptado por los interlocutores partícipes en el diálogo... y es que de cierta forma, esto para nosotros no es nuevo, pues Epicteto ya lo había razonado siglos atrás empleando su raciocinio. Él sostuvo que para que los hombres llegaran a un acuerdo en un diálogo, necesariamente se tiene que partir de prenociones generales que tienen que ser aceptadas de modo universal. Este criterio permite entender que seguimos moviéndonos en el terreno de las opiniones sobre estos temas sometidos a la razón... y esto sucede también en el diálogo sobre la justicia, sobre la política, sobre el amor, sobre el orden cósmico, y entre otros grandes temas que siguen naufragando con nosotros como pasajeros.



*interlocutor proponente* no cumple con las exigencias de su afirmación normativa. La posibilidad de cambiar -según Ch. L. Stevenson- una opinión mediante la descripción de su formación resulta interesante. Para Stevenson sólo complicadamente se puede localizar una explicación psicológica para el proceso de cambio de una opinión mediante la reproducción de su formación. Sin embargo, Ch. L. Stevenson indica como una razón; el reconocimiento de la abrogación de las circunstancias que justifican una regla o norma moral.

Así pues, frente a ello, R. Alexy estima que: *“El debate sobre la formación de las concepciones morales ha sido desarrollado por la escuela de Erlangen, hasta constituir un procedimiento selecto del argumentar práctico”*<sup>208</sup>. Sobre ese mismo tenor, Ch. L. Stevenson llama racional a una argumentación, si los *interlocutores partícipes* en el diálogo alegan hechos como argumentos; tal como se ejemplificó en el caso expuesto. En todos los demás casos la argumentación es persuasiva. En consecuencia, como ejemplos de argumentaciones persuasivas Ch. L. Stevenson indica el empleo de definiciones persuasivas; la transmisión de expresiones emotivas, el hablar mediante metáforas y el relato didáctico<sup>209</sup>; de tal suerte que es relevante apuntar que, el elemento persuasivo está unido con el racional en la mayoría de las argumentaciones prácticas.

Dentro de toda esta constelación de juicios, Stevenson se plantea una pregunta ¿la relación entre razones y conclusión ética no será más que de naturaleza psíquica? Sin duda la respuesta más calificada la externa R. Alexy: *“Es posible que las reglas usuales para la conclusión demostrativa deban ser complementadas con reglas selectas para consecuencias suficientes, para permitir afirmar genéricamente que una consecuencia es válida”*<sup>210</sup>. Y en ese nuevo estado de cosas, R. Alexy se cuestiona ¿hay reglas que permiten diferenciar las fundamentaciones válidas de proposiciones normativas, de las inválidas? La respuesta a dicha cuestión es negativa -según Ch. L. Stevenson-. En *Ética y*

---

<sup>208</sup> Cfr. p. ej. la obra de Habermas, Jürgen; *Teoría y Praxis*, Estudios de filosofía social, Ed. Rei-México, 1993.

<sup>209</sup> Tal es el caso del argumento kelseniano sobre la justicia.

<sup>210</sup> Alexy, Robert; *Teoría de la argumentación jurídica*, p.61.





*Lenguaje* alega como fundamentación para ello el que el *uso de <válido>* sólo es acorde si el resultado de la fundamentación se puede denominar *<verdadero>*.

Ahora bien, para finalizar añadiremos que dentro del primer modelo de análisis, los juicios morales sólo son susceptibles de verdad en la medida en que comuniquen sobre las posturas (o posiciones) del *interlocutor hablante* quedando claro que lo verdadero o falso de tal comunicación “*sobre las*”... no es el objeto de la discusión en diálogo. El objeto de la discusión en diálogo es *el cambio de opiniones* y las opiniones *no son susceptibles de verdad*, de ahí que para Ch. L. Stevenson no se pueda hablar de la validez del paso de razones a conclusiones éticas<sup>211</sup>. En fin -para Ch. L. Stevenson- en modo alguno sería adecuado una preferencia del método racional respecto al persuasivo, ya que prescindiendo del hecho de que ambos tienen su justificación; la elección de los métodos *depende a su vez de una estimación* y por tanto de una *actitud*, o sea, de una cuestión moral. Así las cosas.

### 3.12 Las falacias no formales en la argumentación jurídica

**A**ntes de comenzar con la breve crítica de la ideología del argumento kelseniano sobre la justicia, resulta oportuno mostrar a grandes rasgos algunos aspectos concernientes a las falacias *no formales* dentro de la argumentación jurídica. Se dice que una falacia es un tipo de argumentación incorrecta, paralelo a ello; el error también se manifiesta en el razonamiento. Empero, otro aspecto en común de las falacias estriba en su poder de persuasión. A este respecto, se dice que las falacias no formales, son errores de razonamientos en los que se cae por tres

---

<sup>211</sup> N. b. En *<Ética y Lenguaje>* ratifica Ch. L. Stevenson que en el lenguaje ordinario las expresiones normativas pueden perfectamente ser calificadas de *<verdaderas>* también cuando no se trata de una información sobre la postura del interlocutor. Pero en estos casos *<verdadera>* es sólo la expresión de un acuerdo emotivo. Este uso atípico de *<verdadero>* no justifica el designar los juicios morales como *<válidos>* pp.196 y ss. En *<comentarios retrospectivos>* se une Ch. L. Stevenson a las teorías de la verdad según las cuales *<es verdadero>*, incluso en relación con proposiciones empíricas... de ahí que sirva sólo para la expresión o confirmación de convicciones p.219. La tesis de Ch. L. Stevenson podría también fundamentarse directamente alegando que las disputas morales tratan sólo de actitudes.



aspectos: 1° por descuido, 2° por falta de atención al tema y, 3° por alguna confusión en el lenguaje empleado. En ese tenor, las falacias no formales se bifurcan en: 1° falacias de atinencia y, 2° falacias de ambigüedad, conocidas también como de <claridad>. Por consiguiente, las primeras tienen como aspecto común que sus razonamientos cometen falacias de acertar (a excepción de la *petitio principii*); sus premisas carecen de atinencia lógica con respecto a sus conclusiones y, por antonomasia; son incapaces de establecer la verdad. Entonces ¿si son ilógicos porque persuaden? Porque en algunos casos *su función expresiva está destinada a provocar actitudes que inclinan a la aceptación en lugar de dar razones para la verdad de sus conclusiones*.

Por lo que toca a las falacias de ambigüedad se manifiestan en razonamientos cuya constitución contiene palabras ambiguas, es decir que; sus significados varían en el razonamiento y lo hacen falaz, por consecuencia. Su fuerza de convicción reside en la oscuridad y en la confusión. De esta manera, lo anteriormente dicho cumple sólo una función introductoria y aclaratoria en el espacio destinado a comprender -desde dichos aspectos de la argumentación- la breve crítica dirigida al argumento kelseniano de la justicia; dándose con una finalidad: reforzar nuestra breve crítica de la ideología del argumento kelseniano sobre la justicia basada en la aplicación de éstos aspectos de la argumentación, así también por el empleo del paradigma de Ch. L. Stevenson para evidenciar el emotivismo argumentativo kelseniano<sup>212</sup>.

En fin, no mostraremos toda la clasificación y definición de éste modelo esgrimido por la argumentación jurídica; más bien, mostraremos sólo algunos de los

---

<sup>212</sup> N. b. Para que se encuentre el sentido a nuestra crítica, antes se habrá de tener ya una primera impresión del ensayo ¿qué es la justicia? de Hans Kelsen, para que de ahí, se pueda identificar y comprender el problema que venimos combatiendo de manera más profunda en éste apartado: *la idea positivista del Derecho*. En ese tenor, los modelos de Ch. L. Stevenson podrán ser aplicados a los juicios normativos inscritos dentro del ensayo kelseniano: su emotivismo. Sólo así tendrá sentido nuestra breve crítica dirigida a su ensayo. De lo contrario ¿de qué serviría transcribir todo el ensayo kelseniano? De nada. Por ello es preciso tomar en consideración dicha advertencia.



aspectos de dicho modelo. Ahora bien, para el fundamento de nuestra crítica de la ideología a dicho argumento; estableceremos en primer término las siguientes falacias de atinencia que son las más utilizadas por H. Kelsen en su ensayo sobre la justicia para persuadir; y así ubicar la pretendida justificación de su ideología.

<b>CLASIFICACIÓN Y DEFINICIÓN DE FALACIAS NO FORMALES UTILIZADAS POR EL ARGUMENTO KELSENIANO DE LA JUSTICIA</b>
---

<i>Ad baculum</i> : apela a la fuerza para provocar la aceptación de una conclusión (ofensivo).
---

<i>Ad hominem</i> : significa contra el hombre. Busca minar la autoridad moral del adversario en su argumentación. Su descalificación le da fuerza al argumento atacante (circunstancial).
--

<i>Ad hominem</i> : en virtud de una circunstancia subjetiva se pretende que el adversario acepte, para que caiga en una presunta contradicción.
--

<i>Ad ignorantiam</i> : se afirma o se niega algo a partir de la carencia, la ausencia de demostración de una o de otra hipótesis.
--

<i>Pregunta compleja</i> : se formula una interrogación que no puede contestarse de forma categórica, con sí o con no. La pregunta encierra varias respuestas.
--

No pretendemos emplear mal el apretado tiempo otorgado a ésta investigación, por lo que sin más; damos inicio a nuestra crítica de la ideología de la ciencia y racionalidad positivista defendida -por el jefe de la escuela de Viena- y esgrimida en su ensayo ¿qué es la justicia?



### 3.13 Breve crítica al argumento emotivista kelseniano de la justicia

Siguiendo las luces de la razón crítica, llegamos a un espacio en donde fluirá nuestro juicio alimentado por las reglas del pensar establecidas desde el comienzo de ésta investigación. Estas mismas reglas, ciertamente; han sido sometidas a métodos rigurosos en donde reina una pretensión bien intencionada: desembocarlas al mundo de las reglas del saber, es decir; a un conocimiento bien establecido y bien meditado, susceptible de ser ampliado; o en el mejor de los casos, enriquecido. En nuestra opinión, la argumentación como herramienta de comunicación; puede ser considerada -desde una perspectiva neutral- como un medio de afanes susceptibles a intereses determinados. En otras palabras, la argumentación como disciplina sistémica del lenguaje es sometida al cumplimiento de un rol propuesto dentro del discurso en general. En ese tenor, puede apreciarse que dicho rol es susceptible de manipulación por parte de interlocutores con una determinada formación normativa establecida en su psiquis; de ahí que ellos interactúan en el discurso bajo actitudes ya formadas o, como diría Ch. L. Stevenson; *<Un interlocutor conoce la forma de argumentar, varios interlocutores conocen la estructura de la argumentación>*<sup>213</sup>.

Ahora bien, antes de entrar a nuestra crítica de la ideología kelseniana de la justicia; conviene hacer unas observaciones. En primer lugar, para que quede justificado lo aducido (*supra*, 3.1 y 3.2 de éste capítulo); hasta lo que escribamos en éste espacio, nuestra razón crítica se concentrará básicamente en aquellos capítulos kelsenianos que muestren mayor énfasis respecto al positivismo. O sea, que el capítulo seleccionado (de una lista de VII apartados) será sometido a una crítica general de la ideología. En cierta forma, los apartados sometidos a crítica son; a decir verdad, los que muestran la esencia de la psique de H. Kelsen: o sea, *el contenido ideológico de la ciencia y racionalidad dogmática*.

---

<sup>213</sup> *Cfr.* El subpunto 3.11, nota. 204, p.134 de éste capítulo.



Bien, en segundo lugar; para que nuestra crítica resista a la duda, habrá que tener bien presente lo que es el argumento; lo que son las falacias no formales y el paradigma de Ch. L. Stevenson. Así pues en tercer lugar, dicha crítica se desplegará de un modo muy general sobre lo más evidente del capítulo seleccionado; o sea, aquello que ratifique la ideología positivista de H. Kelsen y; que en último término, venga a comprobar lo que tanto hemos combatido: *que la idea positivista de ciencia y racionalidad sobre la que descansa el Derecho, no es de aceptación única, sino sólo una forma de entender al Derecho.*

En cuarto lugar, aquellos enunciados de determinado apartado seleccionado que critiquemos; serán sometidos a la inspección del paradigma de Ch. L. Stevenson, para que de ahí al finalizar nuestra breve crítica; de forma sintetizada, cada enunciado se vea equiparado en lo que es; conclusivamente: el emotivismo kelseniano. Dicho en otras palabras, los modelos de Stevenson ayudarán a determinar concluyentemente y de manera sintetizada el sentido emotivista de los juicios normativos kelsenianos sobre la justicia. Y por último, se insiste en ratificar el señalamiento de que nuestra crítica encaminada a los enunciados seleccionados y obtenidos de la relectura de determinado capítulo escogido del ensayo kelseniano, será breve, pero no menos valiosa.

Principiemos, Hans Kelsen en su ensayo ¿qué es la justicia? pretende llegar a un consenso que demuestre que la imposibilidad de definición universalmente válida de lo que es justo, es una verdad inapelable. Aceptado esto, comienza la formulación de actitudes de aquellos interlocutores que han sido persuadidos por sus juicios normativos. Junto a ello, también comienza la aceptación y aprobación de lo aducido por el interlocutor proponente.

Bien, la función de la expresión *<imposible definir válida y universalmente a la justicia>* empleada en dicha oración normativa; provoca sentimientos y actitudes dirigidos al convencimiento de la irracionalidad de los valores. Los juicios morales de H. Kelsen formulados en su ensayo, no describen intereses anhelados por la



humanidad <conseguir una realidad sometida a la justicia>; más bien, cambia ese interés general por otro; -el que él cree conveniente-. Al interés general, lo atrofia mediante argumentos presuntamente lógicos que influyen psíquicamente; es decir que tienen junto a la función conocida, una función conmovedora. En efecto, H. Kelsen se basa utilizando una carencia conocida (la falta de justicia) para obtener la aceptación de dicha carencia implementada por un fatalismo legitimador de su propio interés: *justificar su Teoría pura del Derecho*.

Ciertamente, H. Kelsen en su ensayo más que definir lo que es la justicia; trata a todas luces de convencer a los interlocutores receptores -ya no a los oponentes- de que todo lo subjetivo -o sea, lo que hay particularmente dentro de cada persona- es irracional; por su carencia de objetividad. Ha de observarse que, tras el análisis de su ensayo; surge una pregunta que inquieta en grado superlativo ¿por qué lo subjetivo es y debe ser irracional? Esta pregunta, hoy por hoy; puede ser contestada. H. Kelsen siempre confundió en todo momento *naturalismo con subjetivismo*, pues ambos cumplen funciones diversas; el primero señala lo que es el ser, contribuyendo a lo que debe ser<sup>214</sup>; en tanto que el segundo sólo cumple una función descriptiva<sup>215</sup>.

Podemos decir a grandes rasgos, que todo el ensayo kelseniano participa de dicha confusión; además de las falacias de atinencia, dado que a simple vista se percibe su falta de capacidad de establecer la definición de justicia. Esta incapacidad, también se valió de la fortaleza que poseen los valores -como la democracia, la ciencia y la racionalidad- para proteger su persuasión. En otros términos, manipuló la función expresiva de esos valores para provocar actitudes que rindieran culto, honores y pleitesía a su argumento persuasivo sobre la justicia.

---

<sup>214</sup> Cfr. El nivel de estudio de la *metaética*... pues ésta tiene por objeto a la moral, empero; si se partiera de que el nivel de estudio tiene por objeto al Derecho hablaríamos entonces de la *Teoría general del Derecho*. véase, al respecto, Atienza, Manuel; *Introducción al Derecho*, cap.4, La ciencia del Derecho <subtema 4.4. La teoría de la ciencia jurídica de Kelsen, p.211.

<sup>215</sup> Cfr. El subpunto 3.9 de éste apartado.



Habría que reconocer que su ensayo sólo aporta un incremento del nivel de la discusión sobre la posibilidad o imposibilidad de la complementariedad de los valores con el Derecho objetivo; pues jamás dio razones para la verdad de sus conclusiones, sólo en el mejor de los casos se aprovechó de esas ideas que en cierto modo siguen empujando a la humanidad a continuar con la búsqueda y realización de las mismas. En pocas palabras, el argumento kelseniano queda varado en el emotivismo.

Ahora bien, dentro del argumento kelseniano sobre la justicia se puede identificar que además de la persuasión; H. Kelsen siempre tuvo *in mente* justificar su obra *la Teoría pura del Derecho* ¿cómo lo consiguió? *Aumentando la persuasión*, es decir que; no contento con criticar al subjetivismo confundido con el naturalismo, apeló a la fuerza de los valores de la ciencia, de la libertad y democracia para que el interlocutor-receptor, aceptara sus conclusiones y, al mismo tiempo; le otorgara el pase de entrada a su teoría normativa del Derecho.

También minó la autoridad de antiguos filósofos griegos, así como de pensadores más recientes; para dar fuerza a su argumento. Utilizó su criterio positivista de ciencia y racionalidad para condenar al éxodo al subjetivismo. Igualmente, minó la idea de justicia existente en cada esfera privada. Apeló a la falta de universalización de la justicia, para que dichas esferas privadas dudaran de las ideas formuladas por ellos y por los más grandes pensadores y así; hacerlos caer en contradicciones.

Afirmó que los valores carecen de demostración por su irracionalidad y porque caían fuera del campo de su idea de ciencia y racionalidad que eran el binomio por excelencia, de la lógica analítica del círculo de Viena que él supo muy bien utilizar para el desarrollo de su teoría normativa del Derecho. Y de modo obsecuente, minó las conciencias de sus interlocutores-receptores una vez convencidos de sus presupuestos; con una pregunta que no puede contestarse categóricamente: ¿qué es la justicia?



Ahora bien, durante el desarrollo del subtema 3.11 de éste capítulo; se comentó que en éste espacio se realizaría la conexión entre la teoría y análisis de los juicios y argumentaciones morales y, nuestra crítica encaminada a los juicios morales kelsenianos. Bien, para ser consecuentes con dicha advertencia; es más que oportuno comenzar nuestra crítica esbozando los modelos de análisis y de trabajo (working models) stevensonianos.

En ese tenor, nuestra crítica los empleará indistintamente para mostrar el contenido emotivista de los juicios morales kelsenianos sobre los valores. Veámoslo a través de las siguientes tablas simplificadas:

	<b>La primera parte condiciona actitudes = a apelar al mecanismo de la persuasión</b>		<b>La segunda parte es un imperativo que apela a la fuerza y representa incompletamente el significado emotivo</b>
<b>1er. Modelo de trabajo, donde los significados descriptivos son constantes</b>	1. "Esto es malo"	Significa	Desapruebo esto, Desaprúebalo tú también.
	2. "Debo hacer esto"	Significa	Desapruebo que dejemos esto sin hacer, Desaprúebalo tú también.
	3. "Esto es bueno"	Significa	Apruebo esto, Apruébalo tú también.

Hemos de señalar que éste primer modelo de análisis de los juicios morales, sólo es susceptible de verdades en la medida en que comuniquen sobre las posiciones del interlocutor hablante; quedando claro que la falsedad o verdad de tal comunicación "sobre determinado juicio moral" no es el objetivo de la discusión en





diálogo. El objeto de la discusión en diálogo es “*el cambio de opiniones*”, las cuales no son susceptibles de verdad; de ahí que para Ch. L. Stevenson no se pueda hablar de la validez del paso de razones a conclusiones éticas<sup>216</sup>. El método elegido depende de una estimación y, por antonomasia; de una actitud, es decir; de una cuestión moral.

	<p><b>La primera parte condiciona actitudes = a apelar al mecanismo de la persuasión</b></p>		<p><b>La segunda parte es un imperativo que apela a la fuerza y representa incompletamente el significado emotivo</b></p>
<p><b><i>2do. .Modelo de trabajo donde el significado varía caprichosamente, abriendo la puerta a las definiciones persuasivas</i></b></p>	<p>1. “Esto es bueno”</p>	<p>Significa</p>	<p>“Esto tiene las cualidades o relaciones X, Y, Z, con la salvedad de que “bueno” posee un significado emotivo elogioso que permite expresar la aprobación del interlocutor hablante, además de inclinarse a obtener la aprobación del interlocutor-receptor al que se dirige.</p>

Así pues, la complementariedad de estos dos modelos es mutua. La elección de uno u otro, no repercute sobre la cuestión de la fundamentación de las expresiones morales. Ahora bien, el auditorio no ha de olvidarse de los señalamientos que se han venido esbozando al comienzo de éste subtema; porque de lo contrario, se formaría una idea totalmente desfasada de lo que se plantea respecto al emotivismo kelseniano.

<sup>216</sup> Cfr. *supra*, subpunto 3.11, pp.131-137, de éste capítulo.



Como es de suponer, H. Kelsen en el <capítulo I> de su ensayo sobre la justicia; comienza su argumento persuasivo, basándose en una metáfora bíblica<sup>217</sup> referente al proceso de Jesús. Pensamos que H. Kelsen, decidió hacerlo así por una razón <la Biblia es un instrumento universal que ostenta una influencia psicológica inhóspita>, logrando así; un primer propósito: *influir psicológicamente sobre su interlocutor-receptor*. Con esto, queda claro que H. Kelsen utiliza opiniones morales susceptibles a cambios que no pueden dar el paso a conclusiones éticas; porque sencillamente *no son susceptibles de verdad*, es decir que, las cuestiones morales dependen de una actitud. Y como es de esperar, la actitud de H. Kelsen es la marcada por la idea de ciencia positivista.

Ahora bien, para mostrar la eficacia de los modelos stevensonianos mostraremos una evidencia prevista en su propio ensayo que H. Kelsen nos proporciona: *“La justicia es ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social”*<sup>218</sup>. Si a este juicio moral lo sometemos inmediatamente a la supervisión del 2do. Modelo de trabajo stevensoniano, tópico 1, se comprueba el emotivismo kelseniano. En otras palabras, la primera parte de la oración que condiciona actitudes: *“el ser justo es un objetivo alcanzable”*, en tanto que la segunda parte de la oración; deja ver el imperativo que apela a la fuerza, es decir: *“el ser justo no es necesario en un orden social”*.

Ciertamente, a la oración normativa que precede; cabe oponer algunas objeciones *v. gr.*: ¿cual orden social? ¿acaso el pergeñado en su Teoría pura del Derecho? La respuesta la externa el propio H. Kelsen: *“Cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad”*<sup>219</sup>. En ésta respuesta, puede observarse nuevamente la persuasión que despliega con el objetivo de ir justificando su teoría normativa. Bien, así podríamos continuar sometiendo sus enunciados -de H. Kelsen- párrafo sobre párrafo; a la inspección stevensoniana, pero; como ya lo

<sup>217</sup> Cfr. Kelsen, Hans; *¿Qué es la justicia?*, Ed. Fontamara, México, 1991, pp.7 y s.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p.9.

<sup>219</sup> *Idem*.



habíamos afirmado: sólo se realizará sobre los enunciados seleccionados de cada capítulo.

Luego, tras el desarrollo de su ensayo; lo que hace H. Kelsen ante su falta de conceptualización de la justicia es, aplazarlo preguntando ¿qué es la felicidad? Naturalmente, la felicidad para H. Kelsen no es aquella que raya en la subjetividad individual<sup>220</sup>; incluso maneja algunos ejemplos en donde se puede apreciar que la justicia individual es subjetiva y por tanto alejada de la felicidad colectiva. En ese tenor, existe una oración normativa que de manera mediata sometemos a la inspección stevensoniana. Así, H. Kelsen argumenta: *“Si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad individual”*<sup>221</sup>. Bien, sobre ésta oración normativa; cabe aplicar el 1er. Modelo, tópico 1, para quedar de la siguiente forma: *en la primera parte de la oración “si la justicia es la felicidad”, se condicionan actitudes; es decir que si la justicia es felicidad subjetiva, “sería imposible que existiera un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad individual”; naturalmente en la segunda parte de la oración se apela a la fuerza, es decir que; no puede haber un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad; o sea que, un orden social justo jamás será justo, si descansa en un valor o, valores relativos individuales.*

Ahora bien, en otra oración normativa; advierte H. Kelsen: *“la idea de felicidad debe sufrir un cambio radical de significación, para que la felicidad de la justicia pueda llegar a ser un principio social”*<sup>222</sup>. Esta oración normativa *ipso facto* encuadra en el 1er. Modelo de Ch. L. Stevenson tópico 2, para quedar así: *la primera parte condiciona actitudes, o sea; el operador deóntico <deber sufrir> ya determina que, no dejemos de hacer tal cambio; y de ahí la desaprobación de tal intransformación.* En ese estado de cosas, seguimos pensando que la pretensión del jurista vienés es convencer psicológicamente. O sea que, para la justificación de su teoría normativa propone que los valores deben sufrir

<sup>220</sup> *Ibidem*, punto 2, p.10.

<sup>221</sup> *Ibidem*, punto 3, p.13.

<sup>222</sup> *Ibidem*, punto 4, p.14.



un cambio externo en su significación para que se conviertan en principios sociales realizables; pero, ¿por qué debe suceder esto? porque el ideal es más complejo y menos manipulable, en tanto que la categoría; es más dúctil.

En pocas letras, la metamorfosis no es más que aquel orden social estructurado con el objetivo de satisfacer intereses valiosos y dignos de protección. Pero H. Kelsen consciente de dicho cambio se pregunta: “¿Qué intereses humanos tienen ese valor y cuál es la jerarquía de esos valores?”<sup>223</sup>. En efecto, H. Kelsen no puede responder concretamente a dicha cuestión; pero sí justifica lo siguiente: “Tal es el problema que surge cuando se plantea conflictos de intereses. Solamente donde existen esos conflictos, aparece la justicia como problema”<sup>224</sup>.

Bien, para concluir la crítica a éste primer capítulo, encontramos cuatro oraciones normativas que permiten ver la oscuridad que se cierne en la psique del jurista vienes respecto de lo relativo: {1. “El problema de los valores es ante todo, un problema de conflicto de valores”; 2. “Este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional”; 3. “la respuesta al problema, es siempre un juicio que está determinado por factores emocionales y por consiguiente, tiene una característica eminentemente subjetiva”; 4. “Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio y en este sentido es relativo”}<sup>225</sup>. Naturalmente, los modelos de Ch. L. Stevenson entran en acción: la primera oración encuadra en el tópico 1 del 1er. Modelo, la segunda oración encuadra igualmente en el tópico 1 del 1er. Modelo; la tercera oración encuadra en el tópico 1 del 2do. Modelo y, la cuarta oración, encuadra igualmente en el tópico 1 del 2do. Modelo.

De todo lo anterior, el <capítulo II> enmarca una serie de ejemplos que muestran con álgida acucia lo que -a juicio de H. Kelsen- es el relativismo axiológico<sup>226</sup>. En ese tenor, de los cuatro ejemplos que muestra; el quinto es la síntesis de los cuatro, siendo además el que plantea que la jerarquía de los valores (vida y libertad, libertad e igualdad, libertad y seguridad, verdad y justicia, verdad y

<sup>223</sup> *Ibidem*, p.16.

<sup>224</sup> *Idem*.

<sup>225</sup> *Cfr.* Kelsen, Hans; *¿Que es la justicia?*, pp.16 y s.

<sup>226</sup> *Ibidem*, cap. II, pp.19-26.



compasión, individuo y nación) se constituirá según sea planteada a determinada persona que participe de cierta ideología; es decir que, el valor supremo para un liberal es la libertad; en tanto que para un republicano sería la cosa pública, etc. Consideramos que éste capítulo se destina por enésima vez, a reforzar tanto su idea de ciencia y racionalidad como su teoría normativa, además de persuadir sobre un riesgo: el contenido desorbitado del subjetivismo.

Así pues, viendo con rigor el juicio normativo kelseniano: *“La respuesta tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo y por lo tanto relativo”*<sup>227</sup>, prácticamente encuadra en el 1er. Modelo de trabajo stevensoniano, tópico 1: *Es decir que la primera parte de la oración “es complicado que la respuesta tenga rasgos subjetivos” influye psicológicamente determinando que es malo, en tanto que la segunda parte de la oración; lo subjetivo lleva a lo relativo, significa desapruébo esto, desapruébalo tú también.*

Ahora bien, en cuanto al <capítulo III> podemos señalar que es un espacio en donde H. Kelsen matiza cada vez más su idea de ciencia y racionalidad. También consideramos que en tal esbozo, plantea hipotéticamente que la idea del Derecho racionalizado no siempre alcanza un grado perfecto en su pretensión de cientifización; pero sí plantea la posibilidad de que el Derecho como medio de las ciencias sociales se enfrenta con el problema de resolver con precisión los fenómenos sociales, por el hecho de no saber y no tener un conocimiento exacto de ciertos fenómenos que se manifiestan en la realidad.

Dicho en otras palabras, el problema al que se enfrenta el Derecho racionalizado es, el fin supremo... es su justificación. Una justificación que en todo momento se ve articulada por la <“conciencia”>. Después H. Kelsen asegura: *“otros fines exigen otros medios”*<sup>228</sup>. Como puede apreciarse, H. Kelsen con ésta oración, sólo desplaza la discusión en diálogo sobre la justicia. En efecto, su análisis crítico

---

<sup>227</sup> *Idem.*

<sup>228</sup> *Cfr. Kelsen, Hans; ¿Qué es la justicia?, cap. III, p.34.*



dirigido al Derecho natural ya enuncia que el fin para él; no es el mundo de los valores, sino más bien, un Derecho al alcance de los hombres; lo que significa que el medio para su fin no es ya el planteado por el Derecho racionalizado, sino por su teoría normativa del Derecho.

En ese estado de cosas, la oración normativa: *“El que varios individuos coincidan en un juicio de valor, no prueba en ningún caso que éste juicio sea verdadero, o sea que tenga validez en sentido objetivo”*<sup>229</sup>. A de observarse que, antes de someter ésta oración bajo la inspección stevensoniana; vale la pena hacer una apreciación sobre ella: *reflexionando un poco, se entiende pues que; a través de un grupo reducido, sólo se concibe de forma individual; es decir, se observa parcialmente su legitimidad. Pero también y frente a ello se necesita por el contrario, que la colectividad coincida con esos juicios de valor, los cuales deben ser necesariamente aceptados para que alcancen la anhelada legitimación universal y así; las conductas sujetas a aquellos juicios de valor se materialicen por conducto de la decisión tomada y razonada, además de su práctica constante. Luego entonces, la conciencia de ese grupo humano es la única que varía según la naturaleza de la sociedad en la que aparece. Ahora bien, en ese tenor surge una pregunta ¿cuál es la naturaleza actual de la sociedad humana? ¿cuál es la naturaleza de la colectividad mexicana? En la medida en que se contesten estas cuestiones se podrá determinar con exactitud, el contenido de la conciencia del grupo humano, al que se analiza.*

Bien, encausando ahora la oración reflexionada hacia el 2do. Modelo stevensoniano, tópico 1 queda así: *en la primera parte de la oración “el que varios individuos coincidan en un juicio de valor”, significa que es aceptable; en tanto que la segunda parte de la oración “no prueba en ningún caso que éste juicio sea verdadero”, se establece una cualidad condicionada <la validez objetiva del juicio acordado>.*

---

<sup>229</sup> *Ibidem*, p.28.



Bien, por último; en el punto 17 de éste apartado criticado, H. Kelsen lo destina a mostrar la fementida en la que incurren los partidarios del Derecho racionalizado; acusándolos de que su intentona en conseguir una justificación absoluta es más férrea que toda estimación científica. Reconoce que, mediante esa intentona, es posible justificar cualquier orden social. Naturalmente, ésta crítica kelseniana pretende influir psicológicamente sobre sus interlocutores-receptores; y al mismo tiempo, muestra al desnudo su emotivismo, sin dejar pasar -claro está- que el Derecho racional es -según Kelsen- mucho más dogmático que el propio positivismo científico.

Expuesto lo anterior, cabe efectuar una crítica mediatubunda al <capítulo V>. Técnicamente, en éste capítulo; H. Kelsen enjuicia inquisitorialmente a las más renombradas fórmulas de la justicia que se han dibujado a lo largo de los tiempos. Son herejías que el Tribunal científico condena por antonomasia. Por si fuera poco, asegura que cada fórmula de la justicia hasta hoy formulada se constituye como un criterio utilitario de determinado orden social establecido. Ahora bien, frente a lo que precede; estimamos que H. Kelsen a lo largo de éste apartado, sigue manipulando el hecho de que la justicia no está definida; de ahí que cualquier orden jurídico puede ser justificado bajo cualquier principio que contemple intereses insanos. También le imputa a la falta de definición, el impedimento de no saber si un orden jurídico coactivo es justo.

Así pues, esto se presta para pensar que -por falta de definición de la justicia- la actividad de un órgano jurisdiccional al momento de aplicar el castigo; es todo, menos consecuente. Porque en todo caso, la justificación de la pena (o sea, que pruebe el sentido del castigo); no se manifiesta precisamente por dicha ausencia de definición. No obstante, no tiene porque tomarse en serio dicho criterio; porque en modo alguno, resuelve el problema de la definición de lo que es la justicia.

Ahora ¿qué pasaría si se encontrara la definición de la justicia? Pensamos que automáticamente el problema ya no versaría sobre el concepto justicia, sino más



bien; del órgano jurisdiccional al momento de aplicar la pena. En ese sentido, pasaría a ser el guardián de la justicia. De lo contrario, en cualquier decisión tomada de forma indebida al momento de pronunciar la solución del caso concreto; perdería credibilidad como guardián de la justicia. Pero surge una cuestión ¿dicho órgano seguirá estimándose como herramienta eficaz de la justicia? obviamente la respuesta merece una mayor reflexión, producto de meditaciones profundas que; por estar apretados de tiempo, omitiremos; pero no así su presencia.

En cuanto a los <capítulos VI y VII>, H. Kelsen encamina su análisis hacia los grandes pensadores que ha dado la humanidad: I. Kant y Aristóteles. Al primero le critica el sentido de su imperativo categórico, al segundo su *dictum*; es decir, su idea de justicia como virtud suprema. En ese tenor, al imperativo categórico lo infravalora desde la consigna: “*Sirve de justificación a cualquier orden social en general y cualquier disposición general en particular*”<sup>230</sup>. A la fórmula del mesotes la trata de minimizar mediante la consigna: “*Fortalece el orden social existente establecido por la moral positiva y el derecho positivo*”<sup>231</sup>. Y concluye: “*Estas fórmulas son y serán también en el futuro aceptadas como solución satisfactoria del problema de la justicia*”<sup>232</sup>. En fin, pensamos que los juicios kelsenianos dirigidos a éstas fórmulas se dio a medias ¿por qué? porque se dio cuenta que la moral positiva y el Derecho positivo encuentran su complementariedad también en <determinado> sistema político positivo. Además, también conscientemente se percato de que dichas fórmulas son principios políticos con candado bien ceñido. Sus oraciones normativas son y serán emotivistas.

Bien, nos encontramos ahora frente al <capítulo VIII> del ensayo kelseniano sobre la justicia. A primera vista, se percibe un enfático lirismo hostil con el que se conduce H. Kelsen con respecto a la filosofía jurídica racionalista y metafísica. También consideramos que éste capítulo criticado, es el que más arroja elementos que prueban el emotivismo kelseniano; o sea que es el que con más certeza muestra

<sup>230</sup> Cfr. Kelsen, Hans; *¿Qué es la justicia?*, cap. VI, p.61.

<sup>231</sup> *Ibidem*, cap. VII, p.67.

<sup>232</sup> Cfr. cap. VI, p.61.





el sentido de su argumentación que es: *el cambio de modelo sobre el que se construye el Derecho, es decir, implantar su catártico modelo de Derecho que es el racional positivista.*

Ahora bien, ¿por qué H. Kelsen asume una postura cerrada y estulta con respecto al Derecho? Porque se ha de tomar en cuenta que la esencia del pensamiento kelseniano se sustentaba en la añeja disputa entre Estado e Iglesia. Naturalmente H. Kelsen fue partidario de la autonomía del Estado, de ahí su teoría secularizada del Derecho. En ese tenor, H. Kelsen siempre combatió la poderosa influencia que la Iglesia ejercía sobre el Estado. Por tal razón, el positivismo jurídico niega toda posibilidad de poder aceptar y <tolerar> el ideario manipulable del Derecho natural. De lo contrario se justificarían los postulados normativos del Derecho racionalizado, restando así autonomía a las decisiones de Estado; además de permitir que la Iglesia asome la nariz en las decisiones de Estado<sup>233</sup>.

Luego entonces, H. Kelsen logró su objetivo científico; trasladando sus postulados a los terrenos de la ciencia y de la física... y utilizando los presupuestos esgrimidos por el Círculo de Viena de los cuales tomó prestado *<el principio de imputación>* para fincarle sentido científico a su teoría pura del Derecho<sup>234</sup>.

Lo curioso es que H. Kelsen -en éste capítulo criticado- invoca el principio moral fundamental que sustenta a su teoría relativa de los valores: *<el principio de tolerancia>*. Se sabe que esto lo realizó en la inteligencia de que sus detractores, midieran la distancia que se debe marcar entre una crítica sana y la insana. En pocas letras, H. Kelsen utilizó este principio para que se le respetara su libertad de pensamiento. Pero, ¿cómo es posible que un criterio con formación científica apele a un principio subjetivo, extraño, relativo, para salvaguardar sus postulados de carácter positivista? indudablemente los criterios aquí mostrados participan de un contenido emotivista.

---

<sup>233</sup> Cfr. Kelsen, Hans; *¿Que es la justicia?*, cap. VIII, pp.81 y s. Aquí H. Kelsen crítica algunas decisiones de la Iglesia.

<sup>234</sup> Cfr. Lo esbozado en el cap. VIII, pp.69-72.



Técnicamente, en éste capítulo, H. Kelsen expone algunas ideas que invitan al interlocutor-receptor a dudar sobre lo metafísico y a que acepte sus postulados, v. gr: *con respecto a las normas de la razón humana escribe: “Normas que prescriban la conducta humana pueden tener origen únicamente en la voluntad y ésta voluntad puede ser sólo humana si se excluye la especulación metafísica”*<sup>235</sup>.

Ahora bien, la oración normativa; *“Tanto el tipo metafísico de la filosofía jurídica como el racionalista están representados en las escuelas del Derecho natural que dominó durante los siglos 17 y 18, fue abandonada casi por completo en el siglo 19 y en nuestros días vuelve a tener influencia”*<sup>236</sup> encuadra en el 1er. Modelo stevensoniano, tópico 1, para quedar así: *la primera parte de la oración como es sabido, condiciona actitudes; es decir, es malo que se haya dado un abandono parcial de dichas escuelas, debió ser total y definitivo; en tanto que en la segunda parte de la oración; el imperativo <“vuelve a tener influencia”> invita a los lectores a que se desaproebe la renovada influencia.*

En ese mismo tenor, la oración normativa; *“Con un método fundado en un sofisma, como lo es el de la teoría del Derecho natural, se puede demostrar todo o, lo que es lo mismo, no es posible demostrar nada”*<sup>237</sup> encuadra también en el 1er. Modelo de trabajo, tópico 1, para quedar así: *obviamente la primera parte de la oración invita a pensar que es malo que el Derecho natural utilice como método un sofisma, porque así puede demostrar su justificación sin ningún problema; en tanto que la segunda parte de la oración invita a desaprobare tal justificación, porque no existe demostración alguna al amparo de un sofisma.*

Así pues, resulta claro pensar que H. Kelsen al concluir su ensayo sobre la justicia, exacerbadamente utilice en las últimas líneas de su argumento a las falacias no formales <ad baculum y ad hominem> con el objetivo bien trazado de que toda su persuasión llegue a buen puerto; o sea, al convencimiento incondicional de sus

---

<sup>235</sup> *Ibidem*, p.71.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p.69.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p.73.



lectores<sup>238</sup>. Pero, ciertamente; nosotros estamos advertidos de que Hans Kelsen no hace justicia a su pretenciosa postura científica, por dos razones: *el apela a la tolerancia sosteniendo: "Ninguna doctrina puede ser eliminada en nombre de la Ciencia, pues el alma de la Ciencia es la tolerancia"*<sup>239</sup>.

Y, en lo sucesivo; se percibe su *contradictio in adjectio* al sostener de manera implícita *que para llegar al conocimiento de la verdad -y así mismo científizar un área de conocimiento- se tiene que realizar un razonamiento exento de todo elemento ideológico que de modo alguno justifique cualquier pretensión personal subjetiva, o lo que es lo mismo, por encontrar rasgos metafísicos "incognoscibles" no verificables científicamente*. ¿dónde queda pues la tolerancia?...<sup>240</sup>

De este modo, su emotivismo es ahora más evidente. Dicho en otros términos, sus oraciones normativas no son susceptibles de verdad; de ahí que sus razones éticas no puedan dar el paso (o sea, que no son válidas), hacia sus pretensiones fisicalistas y científicistas del Derecho. *Con todo, nuestra crítica de la ideología dirigida al positivismo kelseniano; no ha de ser reputada como la detractora del ensayo combatido, por una razón suficiente <ella sigue los pasos de la razón crítica que es -en nuestra opinión- la que permite la evolución del conocimiento>. Se daría por bien satisfecha, si se ubicara como aquella que ofrece razones para la interpretación omnicomprendiva del Derecho y la justicia. Como aquella que muestra razones congruentes para entender que efectivamente el Derecho y la moral (valores universales) se complementan... que siempre ha existido la dosis de la moral en el Derecho.*

---

<sup>238</sup> *Ibidem*, pp.81-85.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p.84.

<sup>240</sup> *Ex professo* de aquella que invoca a lo largo del punto 34 de su ensayo sobre ¿Qué es la justicia?, enfatizando a la tolerancia como el alma de la ciencia con el objetivo de que los interlocutores consideren el tolerar no eliminando -*si es que se busca ser justo, libre y democrático*- pensamientos doctrinales, como el que Hans Kelsen plantea en su teoría normativista (dogmática, ideológica) formalista.



Siendo así las cosas, concluimos ésta breve crítica al argumento de Hans Kelsen sobre ¿qué es la justicia? sometiendo una oración generalizada del emotivismo kelseniano al 1er. Modelo de trabajo que ingeniosamente Ch. L. Stevenson edificó:

1. “No niego que el subjetivismo exista”, pero *no lo acepto*; porque es imposible que la ciencia y racionalidad resuelvan sus contradicciones y cuestionamientos (entendiendo que la ciencia y racionalidad del Siglo XIX fue lo más importante para H. Kelsen, con un alto grado de contenido ergótico y formulista) Y por ello “Desaprúebalo tú también”. Esta oración obviamente se dirige a un foro quizá determinado, lo cual si no sabe sobre argumentación jurídica; fácilmente será devorado por la kelseniana persuasión emotivista esgrimida.
2. “Debemos ser partidarios de una teoría pura del Derecho”, significa Desapruebo que dejemos de ser y que dejemos esto sin hacer; “Desaprúebalo tú también”.
3. “Lo mejor es construir una teoría pura exenta de elementos extraños y subjetivos”, significa Apruebo esto, “Apruébalo tú también”.

Como vemos, esto y todo el ensayo sobre la justicia del jefe de la escuela de Viena no es más que *emotivismo confundido con el subjetivismo, temas propios de la metaética que tiene por objeto a la moral*. Así las cosas.



**CAPÍTULO 4**

**PROTECCIÓN PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y SISTEMA INTERNACIONAL  
DE JUSTICIA**



#### 4.1 Los derechos humanos hoy

La idea que se ha esgrimido en la actualidad sobre los derechos humanos está estrechamente ligada a otras ideas no muy recientes pero importantes que se han desarrollado durante los diversos procesos evolutivos que modifican los contextos sociales dibujados desde la historia *v.gr*: se tiene que el Derecho y la ética se han contextualizado en diversas etapas como la preconvencional, convencional y posconvencional, lo que consecuentemente lleva a entender que dichos saberes han tenido límites contextuales. Otro caso se tiene con respecto al debate sobre la transición que ha tenido la época clásica a la modernidad, de ésta a la posmodernidad y sucesivamente de ésta a la hipermodernidad, como actualmente se le llama a la transición que propicia crítica a la posmodernidad. No obstante, lo que buscamos decir es que la idea que hoy se tiene o comienza a tenerse sobre los derechos humanos no dista para su justificación de ideas como la justicia, libertad, igualdad y seguridad. Así sucede que junto a los derechos humanos se han intentado clasificar para efecto de encontrar principios generales que sustenten, motiven o fundamenten a los mismos. Para entender un poco más lo anterior, es claro que las ideas -por decir la igualdad, la fraternidad, etc.- entre los sujetos de una época, determinan el contenido y forma del contexto social al que pertenecen.

Las ideas, así como los valores, cambian, merced de la necesidad de redeterminar el contexto mismo, particularmente el acontecimiento concreto que marca el contenido y modificación del contexto social. Esto es, las ideas y los valores cambian de acuerdo a los diferentes hechos que se dan en una determinada etapa de la cultura e historia de las sociedades, singularmente, las occidentales. Por ejemplo, tenemos al Estado liberal y al Estado social. En el primero, se establecieron los derechos de primera generación como el de libertad, en el segundo se esgrimieron los derechos de la segunda generación como el de la igualdad, y ya en términos de movimientos sociales se tiene a la vista las revoluciones sociales, como la francesa que defendió la idea de igualdad, la americana que luchó por la idea de libertad, y la mexicana por supuesto en donde se combatió por la justicia social,



todas ellas en nombre del género humano. Ahora bien, estos aspectos del mundo de la vida encuentran una explicación *teórica y práctica* al reflexionar sobre lo que el distinguido filósofo de Fráncfort, Jürgen Habermas esboza sobre *Derecho natural y revolución*, tópico destinado a explicar cómo los acontecimientos más trascendentes que ha presenciado la humanidad (las revoluciones) son fundamentados desde la filosofía, más aún, el construir la realidad a partir de ella. A grandes rasgos, se tiene que el derecho natural dio origen a los derechos humanos, constituyendo a la vez, el punto nodal de la idea y exigencia de justicia merced de la plasticidad de otra idea importante como la de *naturaleza* y la fuerte emotividad deducida del movimiento burgués de liberarse de la aristocracia hablando, naturalmente, de la revolución burguesa.

Resulta notable, que a la idea generalizada -a partir de la positivación del Derecho natural- que se tiene sobre los derechos humanos, mucho se le ha objetado en cuanto a su origen y falta de objetividad para su logro<sup>241</sup>. Se tiene, pues, las objeciones que se han formulado desde espacios como la política, la publicidad y la ciencia, por mencionar algunas. Del mal uso de estas actividades intelectuales, a los derechos humanos -como consecuencia del Derecho natural y revolución descrito por J. Habermas, y rozados por M. Atienza en su obra *El sentido del Derecho*- los han convertido en blanco idóneo para -merced de los ataques en su contra- mantener intereses taimados que tienen por objetivo fines que bien podemos calificar de insanos y mezquinos. A veces y es de reconocer que dichos ataques parten de ideologías, doctrinas y dogmas que entienden la realidad a modo sin estimar el *complexus* de ella. *Por ejemplo*: a los derechos fundamentales se le ha reprochado su carácter metafísico, puramente ideal, relativos respecto de su moral, su falta de aceptación universal, ametódicos, etc. Lo anterior quizá sea cierto, pero aceptar

---

<sup>241</sup> Sec. con el profesor J. Habermas, una de las refutaciones u objeciones hechas a la revolución francesa es la elaborada por G. W. F. Hegel. También se tiene la realizada en contra de la idea de justicia liberal vista desde la perspectiva de los derechos humanos por C. Marx y su historicismo, o como la recientemente dirigida desde el comunitarismo propuesto por A. McIntyre.



enteramente como verdad infranqueable tales objeciones, se estaría pues consintiendo, de un lado, que cualquier hecho social carece de estímulos, del otro, que todos los saberes sociales y humanísticos que tienen por objeto de estudio lo no físico o empírico, llevan a un conocimiento todo menos científico, y entonces por enésima vez se pisaría de nuevo sede dogmática, explicando la realidad a partir de una lógica incompleta que tildaría a todo saber social de mala metafísica. Pero, precisamente para evitar esto, pensamos que si se objeta por ejemplo desde la política -al menos social- se tendría pues que entender, fundamentar y hacer valer a los derechos humanos desde una combinación entre idealismo y pragmatismo ó en términos sencillos, en una *abstracción real*, o bien hablando desde la lógica de los juristas: derechos humanos formal y prácticamente efectivos partiendo siempre de la realidad y considerando la complejidad atribuida a la misma.

No obstante lo anterior, el discurso de los derechos humanos encuentra un sustento realmente serio desde los planteamientos al respecto que se dan de ellos por parte de el profesor español M. Atienza, así como por el gran profesor alemán J. Habermas, lo que nos obliga a tratar y reflexionar en la medida de nuestras posibilidades, lo que dichos tratadistas entienden por la fundamentación y otras razones que se esgrimen respecto de los derechos humanos denominados también fundamentales. Así pues, sobre los derechos fundamentales del hombre -conocidos recientemente como derechos humanos- el iusfilósofo M. Atienza en su obra *El sentido del Derecho*, abre un espacio para el tratamiento de los mismos entre otros tantos criterios vinculados con dicho discurso<sup>242</sup>. Así, el referido profesor español parte de la idea de que de tal discurso existe un consenso *filosófico* y otro *jurídico* reciente sobre los derechos básicos. Por lo que toca al *consenso filosófico*, dicho calificativo apunta hacia la idea de que los derechos humanos, hoy por hoy, se han convertido en un banco de pruebas para una teoría de la justicia ¿por qué es así?

---

<sup>242</sup> N. b. Para una explicación más extensa y precisa sobre los derechos humanos puede verse *in extenso* cap.3 de la obra *Introducción al Derecho*, del profesor M. Atienza, de modo especial el tópico 3.11 denominado <*Derechos Humanos. Estado de Derecho y Democracia*> pp.149-161 de la obra indicada.





Porque a la justicia se le identifica con los derechos humanos, o sea que, se pretende que se dé una simbiosis en ambos discursos *i. e.* el de la justicia y el de los derechos humanos, aunque cabe decir además que tales discursos deben ser pensados como derechos protegidos eficazmente por un ordenamiento jurídico, y así pueda éste, ser calificado como un ordenamiento jurídico justo, protector de los derechos fundamentales de los individuos, de ahí que como bien señala M. Atienza: “Por eso, juzgamos la validez de una determinada concepción de la justicia examinando que tipos de derechos se pueden extraer de sus principios y como aparecen fundamentados esos derechos”<sup>243</sup>.

A *later* de lo anterior, la ideología de los derechos humanos desempeña hoy, al parecer, un papel análogo al del cristianismo en la Europa medieval, marcando límites permisivos de movimiento a la operación filosófica fundamental de la ética y la política. *Por poner un ejemplo real*, en la América Latina, específicamente en la Argentina y en México, existe una obra conocida -en la academia de ambos países- como *Teoría general de los derechos humanos*. Su elaboración fue encomendada al distinguido iusfilósofo †Germán J. Bidart Campos que se caracterizó por poseer un calibre intelectual altamente agudo, máxime que el tema de los derechos humanos exige para su tratamiento reflexión filosófica y jurídica, atributos que el académico latinoamericano cubría a la perfección. La ideología de éste pensador se fundaba en el cristianismo, conduciéndose siempre en los diferentes espacios en los que nos toco conocerle, con la fraternidad y fe que caracteriza al buen cristiano. Es por ello que efectivamente y quizá por pura coincidencia, el tema de los derechos humanos desde este ejemplo sí tiene por analogía vínculo con el cristianismo, independientemente de la evolución que ha dado como forma de pensamiento desde el siglo I al XIV de nuestra era, e independientemente también del tipo de pensador que los trate, pero el caso es que el discurso de los derechos humanos -al menos como ideología- sí encuentra puntos de coincidencia con la ideología cristiana porque ambos modos de pensamiento coinciden en esencia con principios universales elaborados por la teoría del *Derecho natural*, aunque cabe decir que

---

<sup>243</sup> Atienza, Manuel; *El sentido del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, 2ª ed. rev, España, 2003.



difieren en cuanto a la forma de contextualizar la idea de *racional*, porque es evidente que para la época de la *antigüedad*, el cristianismo planteo una forma racionalmente mística de explicar el contexto de esa época, en tanto que en el *renacimiento* como una de las principales y múltiples manifestaciones de la época moderna, ha establecido un modo determinado de comprender que el *Derecho natural* para justificar un hecho social y lograr su positivación, tiene que ser entendido racionalmente, es decir, que la *naturaleza* se explica a partir de la observación y comprensión que hace el hombre partiendo de sí mismo y de su razón humana, no por razones teológicas o divinas.

De lo anterior, podemos interpretar que la analogía de estas formas muy parecidas de pensar aunque apreciadas desde diferente contexto de la historia obedece a la idea de la lógica del discurso práctico: *la moralidad*. Esfera normativa en donde la razón y el criticismo se conjugan para resolver problemas prácticos que presenta la realidad del mundo de la vida. Esto es así por una razón, la que enseña que los hechos del mundo de la vida están cargados de significación difusa, de lo que da sentido al *ethos* de la vida, a las causas supremas de la propia vida, prueba de ello son las grandes *summaes* de la historia, que en el caso de la época moderna se tiene a la Segunda Guerra Mundial, hecho cargado de significación que fracturó una forma de pensar (nazismo) que negaba existencia -por afán de objetividad- a otras formas de entender la realidad, a través de la fuerza, la violencia y el despotismo. Empero, la conciencia intelectual que fluye en nosotros comprende que el discurso de los derechos humanos puede ser -sino es que ya lo es- susceptible de manipulación ejercida por ciertos grupos sociales y/o políticos con el fin de justificar la necesidad que se exige satisfacer (en relación con los derechos de cada grupo), por ejemplo: la comprensión de la ética y la política realizadas por liberales no es la misma que la efectuada por los socialistas, o la de los de derecha respecto de la de los de izquierda. No queremos dar a entender que forzosamente se tenga que dar manipulación al discurso de los derechos humanos, solo queremos decir que sí puede presentarse el caso de que tal discurso -merced de extrainterpretaciones-



puede ser visto como falaz y sofístico, provocando que se le juzgue por exaltar algún problema de vaguedad o ambigüedad y consecuentemente se le vea como la madre de las mentiras, como es el caso del comunitarismo y del materialismo, etc. Empero, lo anterior no es otra cosa más que una contradicción dirigida hacia un buen argumento sobre los derechos humanos *i. e.* que aún las ideologías enraizadas en un determinado contexto social pueden ser incongruentes con respecto a una buena fundamentación que se tenga de los derechos humanos. Por último, el consenso *jurídico* propiciado en razón de los derechos humanos lo encontramos en *la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de la Naciones Unidas*, así como en aquellas Constituciones pertenecientes a los sistemas jurídicos contemporáneos, o como señala M. Atienza:

*[...] el consenso actual en torno a los derechos humanos, que se plasma en la existencia de textos universalmente aceptados (la Declaración Universal de Derechos de la ONU y sus desarrollos posteriores) y de listas de derechos fundamentales (sustancialmente coincidentes entre sí) que constituyen el núcleo de las Constituciones de los sistemas jurídicos contemporáneos, no significa, naturalmente, que en nuestra época hayan desaparecido ya las discrepancias en materia de ética. Significa más bien que las diferencias se han trasladado a un plano distinto y ahora conciernen a las distintas maneras de entender y de fundamentar los derechos humanos que, por lo demás, no son exactamente los mismos para todos. En contra de lo que pudiera parecer a primera vista, no es tan fácil ponerse de acuerdo sobre que son los derechos humanos y sobre cómo pueden fundamentarse. Ambas cuestiones, por lo demás, están estrechamente ligadas y la forma de contestarlas tiene consecuencias prácticas importantes<sup>244</sup>.*

Examinando más de cerca, los derechos humanos dada la relatividad de su significado así como su fuerte carga emotiva de signo prescriptivo carecen de un significado descriptivo. Ello se debe a que el discurso de los derechos humanos es utilizado, por lo general, como un recurso retórico que justifica críticamente cierta práctica de la acción que se ejerce por un determinado grupo social o político marcado con cierta carga ideológica. Así, para evitar la doctrinalización e ideologización de los derechos humanos se necesita de un serio análisis de la idea

---

<sup>244</sup> *Ibidem*, p.208.



de los derechos humanos en sus diversos aspectos *i. e.* el jurídico, el moral, o el que interviene entre estos aspectos, es decir, el de política exterior (internacional). Esto lleva a la necesidad de establecer un consenso real no taimado sobre lo que ha de entenderse por derechos humanos para evitar su explotación por cualquier grupo que pueda usarlo como medio político para fines que pongan en riesgo la estabilidad social, porque es cierto lo que aduce el iusfilósofo M. Atienza:

*Una dificultad para aclarar ese concepto surge del hecho de que la expresión “derechos humanos” es ambigua en varios sentidos. El contexto de uso parece requerir siempre la referencia a un sistema normativo, pero puede tratarse de un sistema de Derecho positivo, de un sistema moral, o de un ordenamiento como el Derecho internacional [...] en consecuencia, los derechos humanos son en ocasiones auténticos derechos jurídicos, otras veces exigencias morales, y otras suponen un tipo de pretensión que se sitúa a mitad de camino entre el Derecho y la moral, como ocurre cuando un texto internacional reconoce un derecho, pero sin habilitar ningún mecanismo que se pueda considerar jurídico para su protección<sup>245</sup>.*

Entonces para evitar toda la problemática de ambigüedad respecto de los derechos humanos, con frecuencia -quizá aún no por consenso- se utiliza la expresión derechos fundamentales, derechos básicos, derechos constitucionales para referirse a los derechos humanos reconocidos por un determinado Derecho positivo fundamentado en una norma suprema o Constitución. Lo que sucede en el fondo es que los derechos humanos independientemente de su conceptualización no pueden ser entendidos unívocamente desde el punto de vista normativista, porque cierto es que de ellos se construyen y protegen valores sin los cuales carecerían de sentido, diríamos de unidad entre lo teórico y lo práctico, entre lo objetivo y subjetivo, pues esto es lo que hoy día representa reconocimiento de validez al Derecho en general, y en lo particular, a los derechos humanos. O dicho de otro modo: puede contemplarse a los derechos humanos no solo en términos normativos sino cabría decir valorativos, porque ello supone reconocer razones para actuar de cierta forma (guías para la conducta) y justificar cierta acción (lo que es conforme con esos valores) y para criticar otra.

---

<sup>245</sup> *Ibidem*, p.209.



Los derechos humanos (los reconocidos en las Constituciones) tienen operatividad en el contexto del Estado democrático constitucional de Derecho y tal operatividad es el indicador último de validez del sistema jurídico de cada país que los reconozca e incorpore al mismo. A ello se le llama regla de reconocimiento porque forma parte de la Constitución, de ahí como bien aduce M. Atienza:

*[...] al formar parte de la Constitución, es obvio que las normas dictadas en contra de los derechos fundamentales ahí reconocidos no serían Derecho válido. Pero además, los derechos humanos juegan un papel clave en la aceptación (moral) de la regla de reconocimiento: la razón quizás decisiva que un sujeto puede tener para aceptar la regla de reconocimiento [...] es que ve en ese Derecho un medio razonablemente adecuado para la satisfacción de los derechos humanos de los individuos sometidos al mismo<sup>246</sup>.*

Ahora bien, para que podamos definir qué son los derechos humanos tenemos que entender en principio los problemas de vaguedad y ambigüedad al igual que los problemas de la intención y la extensión. De alguna manera, el concepto de derechos humanos es vago extensionalmente, aunque hay casos claros de aplicación del mismo concepto, pero la zona de penumbra es estimable y viene a coincidir con lo que constituye el debate ético contemporáneo. Empero, si hay vaguedad extensional, es decir, si existen dudas sobre el campo de aplicación del concepto derechos humanos es porque las notas que lo caracterizan no parecen encontrarse definidas a la perfección. El problema de la intención y extensión del concepto derechos humanos solo se resuelve a partir de una determinada teoría e interpretación que presente una fundamentación de los mismos, es decir, que los haga derivar de ciertos valores morales. En pocas palabras, el concepto y fundamentación de los derechos humanos van de la mano porque el uno sin el otro no se alcanzaría a entender. Empero, para que lo antes dicho se realice, se tiene que exponer razones últimas que muestren que los derechos humanos son los que integran el criterio básico de legitimidad de un Derecho positivo, de ahí que la fundamentación es pues, y no más, de índole moral *i. e.* las razones últimas que puede esgrimir un sujeto para conducirse en determinada forma, son las razones

<sup>246</sup> *Ibidem*, pp.213-214.



morales, no políticas, porque de ser así, los derechos humanos solo se esgrimirían como medios o instrumentos para fines de oscura y dudosa índole. Así, la fundamentación de los derechos humanos presupone, primero, que el concepto de ellos sea universalista y no escéptico de lo moral; segundo, que esos derechos se proyecten desde un Estado democrático supranacional que los proteja con eficacia. También se necesitan razones que justifiquen su protección teniendo conocimiento de las diversas ideas que se tienen de ellos, estableciéndose pues principios generales (y/o constitucionales) de los que se deduzcan derechos básicos de todo sujeto por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, aunque para lograrlo como ya bien lo mencionamos líneas arriba se necesite de una teoría que justifique y motive su proyección. En fin, por fortuna actualmente los derechos humanos - formalmente- se reconocen dentro de los Estados democráticos, pero además de eso, ellos constituyen razones que permiten identificar y justificar lo que ha de ser un auténtico Estado democrático constitucional de Derecho.

Dando un giro breve a esta primera postura y sin extraviar el hilo conductor del tema aquí expuesto, resulta oportuno fijar nuestra mirada sobre lo que explica el profesor alemán Jürgen Habermas en su obra *Teoría y praxis*, particularmente lo desarrollado en el tópico Derecho *natural y revolución* respecto de lo que da origen a los derechos humanos. Al respecto, resulta que la filosofía fue el saber humano que dio los primeros estímulos a los grandes movimientos revolucionarios del siglo XIX como es el caso de la *revolución burguesa*. En ese tenor, la filosofía trasladó la revolución de los libros a la realidad. Esto se demuestra en el momento en que la filosofía, es decir, los principios fundamentales del Derecho natural racional, logra incorporarse dentro de los principales documentos político-jurídicos como las Constituciones, las Declaraciones y los principios constitucionales. Tal logro, tuvo sentido en el momento en que los hombres que lucharon por el cambio de contexto social se ajustaron, primero, a los pensamientos filosóficos de la época *v. gr.*: el idealismo alemán; segundo, construyeron a partir de ellos la realidad política y posteriormente la social. Así, la *filosofía racional (y la de sentido común)* sostuvo una



relación íntima con la revolución burguesa aunque cierto es que dicha relación es cuestionada en razón de su legitimidad, empero, la relación entre ellos descansó en la idea de evolución de los principios fundamentales del Derecho natural racional.

Lo que sucede en este caso es que los principios fundamentales del Derecho natural clásico fueron socavados por las nuevas ideas que se elaboraron sobre lo que debía ser racional (y común), de tal suerte que con la revolución entendida como movimiento social libertario del dominio del poder establecido (absolutismo) *v.gr: el Ancien Régime francés, ó la Corona imperial británica*; se logró combatir el poder no desde dentro tal como lo proponían los doctrinarios del Derecho natural clásico, sino cabe decir, desde fuera del dogma. Esto ocurrió así porque como bien ha apuntado el profesor J. Habermas: *“Según los fundamentos del derecho natural clásico, la oposición violenta contra el poder establecido sólo es lícita a partir de la continuidad con el derecho antiguo y al mismo tiempo eterno, precisamente como si las restauraciones, regeneraciones o reformas legitimaran una tradición jurídica tan solo interrumpida”*<sup>247</sup>.

Así pues, cuando eclosiona un hecho social -llamémosle revolucionario o independentista- que sustituye a otro ya anacrónico, el apelar al orden establecido no es ya propiamente un acto revolucionario, ya que dicho calificativo lo adquiere el hecho social en el momento en que la apelación social se sustenta desde la nueva filosofía que busca modificar y desquebrajar el hecho anacrónico, o sea que la revolución no se justifica apelando a principios fundamentales clásicos, más bien se presenta cuando los motivos parten de principios modernos. Lo anterior significa claramente que desde el Derecho natural racional deviene por vez primera la idea de transformación del Derecho estatalizado, en el entendido de haberse propiciado la introducción de la idea de revolución en la conciencia de la clase que se conduce revolucionariamente... conciencia dirigida por todos los miembros pertenecientes a la misma, no por una conciencia singular, sino por pluralidad de conciencias que disfruten de poder político visto como contrapeso al establecido. A este suceso en términos habermasianos se le conoce como: *positivación del Derecho natural racional*.

---

<sup>247</sup> Habermas, Jürgen; *Teoría y praxis*, p.88.



No obstante, el profesor J. Habermas se ocupa de la conexión inseparable entre el Derecho natural moderno y la revolución burguesa. Así pues, para el Derecho natural clásico, las normas de conducta conforme a la esfera normativa de la moral y del Derecho se ven orientadas por igual en razón del contenido de la vida virtuosa del ciudadano. Por el contrario, el Derecho formal moderno no se ve vinculado con el catálogo de virtudes de un orden vital material como el de la moral o el de la ética, sea éste profesado en una ciudad o en un contexto social determinado. Lo que sucede es que éste Derecho formal autoriza a hacer cosas según deseos personales muy privados de cada ciudadano tal como sucede con los derechos de primera generación como el de libertad, propiedad privada, etc. Empero, aún con todo el Derecho formal válido sanciona mediante un poder físicamente eficaz al deber interiorizado fundado por el derecho de libertad, lo que significa que la libertad individual tiene que limitarse para beneficio de todos siendo ahí donde la legalidad se separa de la moralidad individual, o sea que como bien apunta Isidro Montiel y Duarte en su *Estudio sobre garantías individuales: la libertad civil* (el poder hacer legal) se separa de la libertad moral (el poder hacer filosófico). Entonces, el acto de positivación del Derecho natural en razón de lo dicho líneas arriba, se dificulta y tensa porque la validez positiva del Derecho coercitivo requiere de un poder de fuerza que garantice su respeto, y porque idealmente la positivación del Derecho natural solo se percibe legítimamente por la autonomía de los ciudadanos aislados y por su comprensión del vínculo racional de las normas del Derecho natural. Sin embargo, el acto de positivación, *v.gr*: el suscitado en América y en Europa, se materializó formalmente en las *Declaraciones de derechos fundamentales* para esos dos continentes, de ahí como bien aduce el profesor J. Habermas: “Según la autocomprensión revolucionaria, esta declaración debía manifestar sobre todo la comprensión y la voluntad, la comprensión de la conexión racional de las normas fundamentales y la voluntad de proporcionarles validez por medio de un poder de sanción obligado en sí mismo con estas normas”<sup>248</sup>.

---

<sup>248</sup> *Ibidem*, p.90.





En ese tenor, podemos señalar que la revolución francesa y la independencia americana necesitaron para su realización de conciencias morales que sirviesen de contrapeso al poder establecido y constituyeran un poder político mediante el cual se lograra el cambio de forma de gobierno, dinastía, transición del poder que al mismo tiempo se sustentase en una teoría de los derechos de la humanidad y en principios de justicia basados en un Derecho natural moderno, igualitario, justo y libre, justificándose pues la idea de revolución, así como su incorporación a la nueva forma de gobierno. Ahora bien, los derechos fundamentales incorporados en las Declaraciones y en las Constituciones reconocidos en ellas, tienen como finalidad dar sentido de legitimidad a un Estado de Derecho que si quiere gozar de ella tiene que poner en vigor un nuevo sistema legal y constitucional que reconozca a los derechos fundamentales, de ahí la validez formal y material de dicho sistema, sistema dotado de sentido esclarecido por la opinión pública o conciencia civil que es en última instancia la que no permite que se menosprecie, olvide, desconozca a los derechos básicos del hombre, porque de lo contrario solo se propiciaría desgracia pública, perversidad de los gobiernos, olvido y, sobre todo, impunidad.

Examinando un poco más de cerca los giros evolutivos que a través del tiempo ha dado la idea de los derechos humanos, llegó un momento en tal evolución en el que a la Declaración de los derechos humanos -al menos la francesa- se le trató de identificar con el *Contrato Social* de Juan Jacobo Rousseau, por que se pensó que ella era sinónimo de la constitución de la *voluntad general* formada por todos y ante sus leyes todos se califican de iguales, pues como discursivamente señala J. Habermas:

*Después de que el 17 de agosto Mirabeau emitiera un informe para el Comité de los Cinco, que estaba encargado del examen de los proyectos presentados para una Declaración de Derechos Humanos, antes del plenario de la Asamblea Nacional, el diputado Crenier, uno de los partidarios más destacados de Rousseau, junto con Biauzat y el conde Antraigues, abrió la discusión. La Declaración [...] no debía tener la forma de una sucesión de principios, pues un derecho es el efecto de un contrato y no un principio fundamental del que*



*puédieran deducirse enunciados verdaderos. Ya en sesiones anteriores, Crenier, había querido identificar la declaración de derechos humanos con el acto del contrato social<sup>249</sup>.*

A pesar de lo antes referido, tal sinonimia no prosperó por el hecho de que los fisiócratas encontraron desde su forma de ver un fundamento más sólido para la Declaración de los Derechos Humanos que la voluntad general propuesta por el diputado Crenier y otros tantos que defendieron los postulados creados por el ciudadano de Ginebra. A pesar de las diferencias entre teorías, los fisiócratas coincidían con J. J. Rousseau respecto del hecho de que los derechos humanos sólo podían darse como derechos civiles en tanto que la libertad e igualdad política en el Estado social. Lo que pasó realmente fue que para los fisiócratas el fundamento de los derechos naturales elementales radicaba en el aspecto o interés económico, a diferencia de lo propuesto por J. J. Rousseau y defendido por Crenier que se sustentó en el criterio de la virtud... de la moral. Por último, afirmamos -una vez hecho el recorrido que antecede- que los derechos humanos son la consecuencia directa de la emancipación jurídica de los civiles que buscaron por medio de las revoluciones sociales, reconocimiento claro de su autodeterminación frente al Estado. Es más, hoy en día las controvertidas interpretaciones de ellos exigen ser realmente aclaradas para evitar su relativización y manipuleos negativos, de ahí como bien apunta J. Habermas:

*Una comunidad de pueblos que cada vez se encuentra más estrechamente interrelacionada no está, hoy día, solamente necesitada de las reglamentaciones del comercio internacional, sino que más allá de esto se perfila también la necesidad de transformar el derecho internacional en un derecho cosmopolita al que las personas puedan apelar también en los contactos que desarrollan entre sí en el interior de sus Estados e, incluso, contra sus propios Gobiernos. Los derechos humanos que han sido codificados en diferentes declaraciones ofrecen una buena base para este derecho cosmopolita. En el contexto que representa una política de derechos humanos más activa por parte de las Naciones Unidas, sobre todo a partir de 1989, y también bajo el efecto que han tenido*

---

<sup>249</sup> *Ibidem*, p.101.



*las iniciativas a escala mundial de las organizaciones no gubernamentales, se ha agudizado la disputa acerca de la adecuada interpretación de los derechos humanos<sup>250</sup>.*

La relativización que se hace de los derechos humanos deriva del hecho de que una parte de los interlocutores que los discuten se posicionan en puntos individualistas posesivos, la otra parte en puntos colectivistas, situación que no permite obtener logros relevantes sobre el multireferido tema sometido a discusión. Así, de este ofuscamiento solo se desprenden malas interpretaciones de los derechos humanos que socavan la posibilidad de llegar a un entendimiento claro sobre ellos, siendo esto así porque, efectivamente, no se logra dar el paso a un consenso sobre lo que han de ser tales derechos fundamentales debido a la refracción a propósito de los mismos. Pues como bien señala el nacido en Düsseldorf:

*[...] se podría sacar a la luz el doble malentendido que subyace a la disputa entre individualistas y colectivistas. El individualismo posesivo de raíz occidental desconoce que los derechos subjetivos sólo pueden ser derivados a partir de las normas previas y precisamente por ello intersubjetivamente reconocidas de una comunidad jurídica. Es cierto que los derechos subjetivos son patrimonio de las personas jurídicas individuales; pero el estatus de personas jurídicas como portadoras de derechos subjetivos sólo pueden constituirse como tal en el contexto de una comunidad basada en relaciones de recíproco reconocimiento. Al descartar la falsa tesis de un individuo con derechos innatos que anteceda a toda socialización, descartamos también su antítesis, según la cual los derechos de la comunidad jurídica tienen primacía sobre los derechos individuales. La alternativa a estas dos estrategias teóricas quedan sin razón de ser si se interpreta, a partir del sistema conceptual de un planteamiento intersubjetivo, la recíproca unidad de los procesos de individualización y socialización: las personas, de forma general, se individualizan solo mediante la socialización<sup>251</sup>. Así las cosas.*

---

<sup>250</sup> Habermas, Jürgen; *Verdad y justificación*, trads. de Pere Fabra y Luis Díez, Ed. Trotta, Madrid, 2002. pp.318-319.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p.320.



## 4.2 Los derechos humanos vistos como principios de un orden jurídico general socio-estatal

Una vez trazada la idea que hoy en día se tiene sobre los derechos humanos y sobre su evolución, en este lugar queremos comunicar -haciendo referencia a los predecesores de los derechos básicos- que los derechos del hombre y del ciudadano *i. e.* los derechos naturales y civiles, actualmente, no han encontrado una conexión entre sí merced de algunos momentos ambivalentes que han ensombrecido dicha conexión. El profesor J. Habermas enumera explícitamente dichos momentos en la exposición que da sobre *Derecho natural y revolución*, nosotros una vez realizado la reflexión sobre lo que argumenta el profesor de Fráncfort decidimos exponer lo que a nuestro entender logra expresar el auténtico sentir del profesor alemán respecto de los derechos fundamentales observados como principios de un orden jurídico general socio-estatal.

Se ha argumentado que en las democracias de masas socio-estatales de una sociedad burguesa con altos vuelos industrializados y organizados burocráticamente, los derechos humanos y civiles en vigor se ubican en una posición radicalmente opuesta. Esto se debe a la exaltación unívoca de valorarlos, generalmente álgida, pero, si se quiere, frágil; dada la complejidad de la realidad. Decíamos que el profesor francfortiano describe magistralmente las <razones> que a su juicio son las causantes de empantanar una razonable y auténtica comprensión de los derechos humanos. Sin embargo, para que exista una sociedad basada en un orden en el que se tiene que legitimar el ejercicio de la autoridad, la ejecución del poder y el equilibrio de fuerza, ha de tener esta por fundamento a las garantías jurídicas básicas, porque si bien es cierto, una sociedad en la que su sistema jurídico no cuente con los límites dados por las garantías individuales, bien puede ser calificada de involucionada, de estar subsumida en un Estado policiaco, jamás constitucional en virtud del cual los gobernantes, las leyes y el poder de castigo no encuentren más límite que el dado por una Constitución garantista y democrática. En ese tenor, el Derecho natural ha de estar obligado a justificarse filosóficamente en la realidad, si acaso se quiere



alcanzar el objetivo trazado en razón de que los derechos fundamentales deben de ser materializados con eficacia.

Sumado a lo anterior, académica y profesionalmente, los profesores de Derecho (maestros e investigadores) y los que lo ejercen (técnicos), al momento de recurrir a tradiciones iusnaturalistas ya sea la cristiana o la racional han de evitar controversias al momento de alegar sobre dichos sistemas debido al pluralismo de fundamentaciones que de ellas se muestran, aunque si bien es cierto no solo se trata de persuadir dicha problemática, sino que para estar a la altura de la discusión se tiene que tener un nivel -por encima del medio- bastante más amplio de conocimiento de filosofía contemporánea, pues como apunta el profesor francfortiano: *Así por ejemplo, la ética axiológica material de Scheler y de Hartmann en modo alguno pertenece al correspondiente <<acervo filosófico>>, si es que se puede hablar, en general, de ello*<sup>252</sup>.

Luego entonces, la interpretación que se realice sobre los derechos fundamentales no ha de sustraerse del referente social y también porque no decirlo, del filosófico y el jurídico. A la par, debe de reconsiderarse para una adecuada fundamentación, la separación clásica entre derechos del hombre y del ciudadano, así como la estricta diferenciación del derecho privado frente al público. Pero ahí no termina, ya que los actores políticos y sociales han de preparar sus decisiones que evidentemente arrojaran consecuencias, no únicamente por medio de los análisis científicos de los hechos sociales, sino por medios hermenéuticos, aunque no es sobrado decir que la limitación de las actividades de actores políticos y sociales desempeña un papel importante en el desarrollo de la teoría de los derechos humanos debido a que dicha limitación lleva a cuestiones prácticas como por ejemplo el recurrir a la comprensión jurídica de la cosa. Lo que se quiere decir es que la cosa llámese derechos humanos no ha de comprenderse imprescindiblemente por medio de instrucciones técnico-sociales, porque la razón práctica no ha de partir de explicaciones únicamente científicas o analíticas, sino una vez más, de postulados hermenéuticos. Esto ha de ser así porque lo que se pretende evitar es, pues, contar

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, p.116.



solo con recomendaciones técnicas para construir e interpretar derechos básicos, ello con el fin de subrayar las ilustraciones sobre su necesidad práctica, logrando metas vía utilización de normas. Con lo anterior, se obtendría pues, en razón de los derechos humanos, orientación práctica porque solo ella conecta el fundamento y modo del actuar de los actores políticos y sociales para su materialización. Es pues, evitar con sentido crítico la dogmatización de los derechos humanos, de lo contrario solo se propiciaría conductismo de la visión del mundo.

Ahora bien, si acaso se asume con auténtica seriedad lo antes referido, lo que se obtendría como resultado serían razones para un análisis abierto de los derechos humanos bajo relaciones actuales. A primera vista, bien podría decirse que los derechos del hombre pueden interpretarse como *derechos políticos*, en tanto que los derechos del ciudadano pueden interpretarse como *civiles*. En suma, los derechos fundamentales derivan su sentido concreto a partir de la conexión de los principios de un orden jurídico general que abarque al Estado y a la sociedad, pues estamos de acuerdo con la siguiente afirmación del profesor francfortiano:

*El grupo de derechos fundamentales que, junto con la garantía institucional de la propiedad como su núcleo, sancionan las libertades fundamentales del derecho privado y que también garantizan la libre elección de profesión, de puesto de trabajo y de educación, adoptan en parte el carácter de derechos de participación y en parte son limitados por otras garantías socio-estatales. Aquel otro grupo de derechos fundamentales que garantizan una opinión pública políticamente actuante, también se transforma funcionalmente en una garantía positiva de participación y se complementa por medio de principios jurídicos para la organización de los medios de comunicación de masas, de los partidos y de los consorcios públicos. Incluso los derechos fundamentales que garantizan la integridad de la intimidad familiar y el status de libertad personal, pierden, en conexión con un derecho materialmente interpretado sobre el libre desarrollo de la personalidad, aquel carácter meramente negativo, del cual representaban el prototipo en el tránsito de los más antiguos derechos de libertad corporativos a los burgueses<sup>253</sup>.*

Expuesto lo anterior, cabe precisar dos aspectos realmente trascendentes respecto de los derechos humanos. A los derechos humanos si acaso pretendiera

---

<sup>253</sup> *Ibidem*, pp.119-120.



tratárseles teórica y prácticamente en serio, se les tiene que vincular directamente con la sociedad a partir de aspiraciones ideales-valorativas que no sean susceptibles de descrédito por parte de posturas nihilistas o abstencionistas respecto de tales aspiraciones, es decir que no han de ser entendidos como pura ideología, como mera doctrina precisamente porque lo que se pretende es evitar la dogmatización de ellas, porque de no ser así se estarían legitimando intereses apartados de los valores como la justicia, la bondad; principios y deberes morales como la virtud o rectitud. Se tiene pues que impedir que las aspiraciones ideales-valorativas que dan sustento a los derechos humanos pierdan su sentido y con tal pérdida se justifique solamente el poder y la fuerza de grupos humanos que imponen sobre otras agrupaciones determinados intereses que bien pueden estar alejados de la exigencia de justicia universal.

No obstante lo antes enunciado, recordando nuevamente la idea de una construcción abierta (sistemática) de derechos humanos, precisamente para dar un primer adelantamiento, bien podemos recurrir a la construcción iusnaturalista que impulsó a la revolución francesa -inspirada por Rousseau y los fisiócratas- en la inteligencia de que en ella los derechos fundamentales<sup>254</sup> se concibieron como principios de Constitución política que junto con el Estado abarcó también a la sociedad, siendo esto un referente para reivindicar la idea de naturalidad del orden jurídico y de sus principios, y así con ello poder combatir la depravación y corrupción de la sociedad y del gobierno. Es más, dicho adelantamiento no puede desestimar en principio que los derechos humanos para que justifiquen su intención de realizar relaciones sociales no han de apartarse rasamente de la abstracción filosófica. Ciertamente, el hecho de que se dé un paso importante para el afianzamiento de tales derechos, han de contemplarse como la base de la instrumentalización jurídica que se derive de los mismos como es el caso de las Declaraciones, Convenciones, Tratados, etc. Entonces con ello los instrumentos jurídicos que protegen a los

---

<sup>254</sup> Entendidos estos como la preconcepción de los que hoy día conocemos como derechos humanos.



derechos básicos del ser humano dan por hecho que un orden jurídico general y formal se convierte *ipso facto* en un organismo que organiza relaciones sociales.

Lo que se busca decir nítidamente es que los derechos humanos siempre han funcionado generalmente en torno a dos subsistemas: *el del Derecho formal* el cual juega consigo mismo, con la política y la sociedad. Siendo el caso con referencia al Derecho, los derechos humanos operan desde la norma fundamental que sería la Constitución, así también desde los principios generales del Derecho y desde la ley. Ahora, respecto del otro subsistema, se tienen que los derechos humanos siempre se han maniobrado desde sede de la *Economía política y mercantilista*, la cual permite que desde el tráfico del mercado los derechos humanos reafirmen razonablemente su sentido. Empero, razonando desde la esfera normativa del Derecho, sin desechar claro está la advertencia del profesor J. Habermas, los derechos humanos encuentran razón de ser desde la propia Constitución, los principios para un orden jurídico (constitucionales) y en la norma jurídica. En todo caso, para que se practiquen políticamente, se tiene que partir de la razón de que ellos son normas jurídicas imperativas... normas constitucionales; que tales derechos instruyen cualquier actividad humana que tenga que ver con el respeto y observancia de los mismos. Así para la práctica jurídica, los derechos básicos del ser humano tienen que estar orientados por una Constitución que los regule, en la medida en que los ingenieros sociales informen sobre su funcionamiento. Por último, insistimos que hoy por hoy, los derechos humanos no son solo abstracción filosófica que justifica meras ideologías; siempre desde su origen han estado relacionados con la economía, el Derecho, la filosofía, el poder político y con la sociedad. Los derechos humanos son hablando en general, idealismo y pragmatismo *i. e.* idea y acción orientadas por la razón crítica y práctica, al igual que por el sentido común.





#### 4.3 La hermenéutica del mundo de la vida como fundamento de la conciencia sobre los derechos humanos

**E**n este espacio nos damos a la tarea de realizar una aproximación genérica a la hermenéutica habermasiana del mundo de la vida<sup>255</sup> para efecto de contribuir a la construcción de un fundamento -o si se quiere, de un referente- que sustente la exigencia de una conciencia discursiva sobre los derechos humanos. Para lograrlo, partimos de lo que el filósofo francfortiano J. Habermas enseña sobre *hermenéutica del mundo de la vida*, también de lo que a su paso la *historia* ha demostrado respecto de ciertos acontecimientos determinados no únicamente por contenidos inteligibles sino que además por contenidos sustanciales, por ejemplo los hechos de exterminio de la Segunda Guerra Mundial, y por antonomasia, de lo que *in extenso* propone J. Habermas en cuestiones de *moralidad, eticidad discursiva*, así como otras tantas relacionadas con la *razón práctica*<sup>256</sup> y el *Derecho*. De esta forma se busca contribuir a la aclaración del debate sobre lo que ha de constituir el fundamento de la conciencia sobre los derechos humanos, con independencia de los inconvenientes que se presentan en la realidad del mundo de la vida, pues si bien es cierto, la constitución en serio de una conciencia sobre un tópico tan importante como son los derechos básicos busca en cierta medida no ahondar con insistencia en las contingencias que distorsionan la realidad del mundo de la vida (falacias abstractivas o ideologías), logrando con ello impedir la manifestación de desbocados

---

<sup>255</sup> N. b. Entiéndase por mundo de la vida, experiencias y vivencias que dotan de sentido a todo cuanto se dice. En terminología de G. W. F. Hegel se le conoce también como eticidad. véase, p. ej. la introd. a los *Escritos sobre moralidad y eticidad*, de Jürgen Habermas hecha por Miguel Jiménez Redondo profesor de filosofía de la Universidad de Valencia.

<sup>256</sup> Sec. con la lógica más elemental, el desarrollo e ilación de ese tópico se sustenta para su adecuado entendimiento en el Árbol de Porfirio, siendo éste un esquema que ilustra con claridad la ley de la extensión y la comprensión, a partir del concepto de hombre (nosotros sustituimos dicho concepto por el de derechos humanos), se ejecutan varias abstracciones para llegar al concepto de sustancia (a la existencia por sí misma de los derechos humanos, a naturaleza real de tales derechos). Con esto se logra evitar que a los derechos humanos se le imputen de accidentes, de abstracciones que parten solo de abstracciones, no de sustancialidades. Dicho sea de paso: se busca ampliar el horizonte de búsqueda del fundamento real de los derechos humanos.



disensos que solo obstaculizan un consumado entendimiento razonable y común sobre lo que tienen que ser los derechos humanos... una adecuada conciencia sobre ellos que deba prevalecer permanentemente en el pensamiento de todo ser humano, esto es, de toda la especie humana.

Estamos conscientes que el objetivo de conseguir una comprensión general sobre el punto aducido líneas arriba puede carecer por el momento de sistematicidad, dada la envergadura del problema que significa unificar criterios sobre lo que realmente debe fundar la conciencia de los derechos humanos, conciencia que en efecto ha de existir en todos nosotros, razón que permitiría evitar escarnios proferidos a la especie humana como los mostrados en el capítulo 1 de esta investigación, además de que tendríamos que contar ya con un programa de investigación sobre el particular. Empero, consideramos que lo que si se logra es presentar con claridad una de las múltiples formas existentes de contribuir a la aclaración de la discusión respecto de la conciencia que sostenga -a modo de plataforma- sobre los derechos humanos. Es más, se logra con seguridad dar un paso para poder hacer de *la justicia universal* una realidad, un medio realmente eficaz y efectivo por el que se hagan valer y respetar tanto a los derechos básicos de la humanidad como las normas de Derecho internacional contemporáneo, quitando de tiempo en tiempo, los velos que cubren su inevitable trato y reflexión.

Ahora bien, ¿qué se entiende por hermenéutica del mundo de la vida? ¿por qué lo que se derive de ella ha de ser el fundamento de la conciencia sobre los derechos humanos? Principiemos, por hermenéutica del mundo de la vida entendemos la interpretación que los hombres hacen de sus vivencias, hechos y valores suscitados en la realidad que siempre está en movimiento, pero la interpretación que se derive de dichos aspectos tiene que ser lo suficientemente razonada -tratándose del tema de los derechos humanos- y criticada por todos los hombres pertenecientes a determinado mundo de la vida para no caer en excesos e intolerancias sobre la idea que coexista y se tenga sobre ellos en el referido mundo de la vida. Dicho sea de paso: la interpretación que se dé sobre un mundo de la vida,



inclusive sobre los derechos humanos, necesariamente no ha de ser arbitraria o dogmática, sino lo suficientemente prudente para evitar la vieja apelación al recurso de la relatividad, al de la neutralidad axiológica o al de escepticismo. Si logramos determinar el sentido real, es decir, interpretar adecuadamente la idea reflexionada *i. e.* la de los derechos humanos que fluye en el mundo de la vida, se podrá entonces establecer los puntos nodales que forjen el fundamento de la conciencia que dote de sentido a los derechos básicos de la humanidad. Así pues, J. Habermas al hablar del mundo de la vida (o los mundos de la vida que lo constituyen), sostiene que dicho mundo es un espacio (s) en donde todo ser humano trata de construir su realidad partiendo de la realidad misma, esto es que el mundo de la vida se forma por hechos, valores, vivencias, producto de la interacción entre los seres humanos en la realidad. Los mundos de la vida son sedes en donde todo ser humano comparte con otros semejantes innúmeros aspectos de su existencia.

Muchas veces, en esa interacción se manifiesta una multiplicidad de formas de tratamiento, entendimiento, pensamiento, de criterios pues que hacen que la comunicación creada entre seres humanos sobre algún aspecto de lo que acontece en la realidad se torne extensiva al grado de perderse en una complejidad abstrusa perdiendo toda suerte de posibilidad de materializar el ejercicio razonable de las facultades cognoscitivas atribuibles a todo ser humano. Lo anterior, no significa que el mundo de la vida tenga que carecer de trato razonable, pues en él, existe la posibilidad fundamental de ser interpretado merced de lo que ya se ha dicho de él por otros seres humanos pertenecientes a generaciones pasadas que lo han reflexionado e interpretado con anterioridad.

Para ser precisos, J. Habermas nos muestra que existen tres mundos de la vida: *el mundo de la naturaleza, el de la sociedad y el del sujeto*. En tal tenor, cuando los seres humanos pertenecientes a una generación posterior a otra, llegan al mundo de la vida por decir el de hoy por hoy, sucede que los tres mundos antes señalados ya fueron interpretados por la generación pasada y así retroactivamente. Esto quiere decir que *el mundo de la naturaleza* ha sido interpretado anteriormente por conducto



de los hechos suscitados, *el mundo social* se ha interpretado vía valores pactados y, *el mundo del sujeto* ha sido interpretado con anterioridad por conducto de las vivencias de lo acontecido. No obstante, no seríamos claros al respecto sino comunicáramos que desde la prosa espesa pero digerible del profesor francfortiano, lo señalado puede sumársele las características de que para el primer mundo existe una interpretación *constatativa*, para el segundo una interpretación *normativa* y, para el tercero una interpretación *emotiva*, de ahí que el mundo de la vida en el que vivimos este formado como ya se ha comentado, por hechos, valores y vivencias; consecuencias de la interacción entre los seres humanos.

De esta manera, lo que se quiere decir es que el mundo de la vida de hoy, ya fue interpretado ayer por nuestros antepasados, pero ello no obsta para reinterpretarlo o redeterminarlo y mejorar constructivamente la realidad que nos está tocando vivir. Palabras más, palabras menos: los mundos heredados e interpretados no son los únicos posibles, pues la libertad en su ejercicio crítico los cambia, los puede proyectar de distinta forma, ejercicio que no sería otra cosa más que hermenéutica y dialéctica. Por el contrario, si no contáramos con esa libertad de juzgar los mundos heredados con todo y sus verdades o falsedades ya interpretadas, la reflexión interpretativamente crítica que pueda ejercer la especie humana estaría supeditada a una suerte de ejercicio intelectual simiesco frente a las proposiciones dogmáticas, y entonces los hechos naturales se impondrían sobre nuestros sentidos, los dogmatismos sociales se convertirían en grilletes sociales colocados a la libertad de juzgar atribuible a todo ser humano, y las vivencias nos encadenarían sin posibilidad de movernos a lo que es lisa y llanamente, a la vivencia tal cual.

Es indudable que el juzgar el mundo que nos circunda o la realidad que prevalece, significa que puede cambiarse, dársele otro giro de entendimiento, actividad nada sencilla de llevarse a cabo porque el mundo de la vida es susceptible de enfermarse de supersticiones, malas morigeraciones, adoctrinamientos radicales, reificaciones o cosificaciones, excesos y complejos colectivos que en nada benefician a solucionar los problemas planteados por la realidad humana.



Suponiendo como sigue siendo razonable, el mundo de la vida -especialmente el social y el perteneciente al sujeto- puede cambiarse por todos los seres humanos, por toda la humanidad. Así, con lo aducido anteriormente, llama nuestra atención que la idea de mundo de la vida permite aceptar la existencia de otras diversas experiencias y vivencias pertenecientes a otros seres humanos con pertenencia a otros contextos sociales y culturales, dado que como especie, no explicamos nuestra existencia sólo desde la naturaleza, la sociedad o esfera individualizada de cada uno, sino de otras fuentes que explican nuestra presencia en el mundo. Aunque no es sobrado decir que todos los mundos de la vida poseen ventajas y desventajas (consensos y disensos) ninguno de ellos es absolutamente verdadero. Empero, lo que sí es cierto es que el mundo de la vida entendido como herramienta invita a la especie humana a ser tolerantes con otras manifestaciones intelectivas, sensitivas y valorativas de los demás, pues efectivamente, procedemos de distintos mundos de vida. Dicho sea de paso: lo que realmente vale, es, no imponer a los demás, ni que se nos imponga, experiencias y vivencias que no nos toco construir sino solo heredar, de tal suerte que los dogmas impuestos se derrumben por su base porque la realidad está en constante movimiento como ya lo había dicho Eráclito de Éfeso... se ajusta, se modifica, se cierne sobre la capacidad intelectual de los seres humanos.

Ahora bien, para no extraviarnos en devaneos que nos impidan continuar hilando nuestra intención esbozada en este subtema, es preciso establecer -para ser realistas y no solo idealistas- que los mundos de la vida con facilidad se convierten en blancos de ataque de ciertas patologías que parten de operaciones mentales abstractivamente formales que buscan a toda costa gangrenar al multicitado mundo para de ahí empezar a obtener obscuras interpretaciones (falacias abstractivas) que justifiquen con precisión (con eficacia, mas no efectividad) aquellos postulados conservadores derivados de las enfermedades del mundo de la vida. No obstante lo dicho, para evitar patologías que intenten emerger y llevar a cabo su cometido, es necesario no dejar pasar por alto que, en principio, el mundo de la vida tiene valores específicos que lo hacen ser estimado como una sede en donde no solo existe



formalidad sino también racionalidad practicable que en modo alguno trata de ser totalizadora con los mismos mundos de la vida, intentando someterlos en conjunto - en aras de esa totalización- a unívocos puntos de vista, juicios morales con pretensiones de validez absoluta, contrarios a *una ética discursiva* en menoscabo de la autonomía de lo practicable en la realidad de los propios mundos de la vida.

Dicho en otros términos, la forma de vida dada en la naturaleza, o bien, en la sociedad, o inclusive en la del sujeto para que pueda ser calificada de lograda, liberada de reificaciones (emancipada), no tiene que contestar cuestiones únicamente de carácter absoluto como por ejemplo la idea de que las pretensiones de validez universal de los derechos humanos dependan únicamente de un fundamento ético, *i. e.* la bondad o la felicidad; sino que bien puede proporcionar un serio diagnóstico de lo que acontece en las diferentes sedes del mundo de la vida como por ejemplo lo justo del hecho o acontecimiento, lo equitativo e imparcialidad de los actos humanos.

Las patologías del multiseñalado mundo pueden erradicarse, haciendo a un lado las represiones y anquilosamientos impuestos por dogmas que son consecuencias directas del debilitamiento de la razón -y si se quiere de la propia conciencia- que pierde contacto vivo con todo lo que acontece a su alrededor. En consecuencia: además de la idea de racionalizar el mundo de la vida con el objetivo de encontrar el fundamento de una conciencia sobre los derechos humanos, existe otra que la completa, la cual parte de que -lograda la racionalidad cristalizada en cada mundo- tiene que ponerse en el mismo curso donde transitan las exigencias morales para lograr lo que ya desde Aristóteles pretende la operación filosófica fundamental que es conectar la felicidad con la justicia, con la equidad, con la imparcialidad, criterios que siguen siendo hasta nuestros días temas que marcan el sentido de la historia de la humanidad.

Estando conscientes de la manifiesta problemática que atañe el dar un fundamento idóneo para una conciencia sobre los derechos humanos, creemos -sin



incurrir en paranoias filosóficas- que para alcanzar tal objetivo tenemos que racionalizar el mundo de la vida, contar en todo caso -como ya lo referimos- con un programa de investigación que tenga por objeto de estudio a aquellos y que efectivamente sea aceptado consensualmente por todos los ser humanos, concededores o no del tema, para que de ahí se pueda comenzar a trabajar en su desarrollo tendente a la concreción de sus objetivos principalmente trazados, entender que la herramienta del mundo de la vida proporciona razones no que deban de ser estrictamente de índole éticas sino de carácter moral, que el ser humano intuitivamente ya estima desde su propia conciencia interna (intersubjetividad), claro, sin perder de vista las contingencias que ello implica, pero lo importante en este caso son las razones de hermenéutica que le permita reinterpretar su propia esfera intersubjetiva (conciencia interna) vinculada a la realidad y a la sociedad, reforzándolas, o bien, corrigiéndolas en el momento en que identifique la asunción de ergotismos instrumentales tendentes a obstaculizar el posible avance que pueda lograrse en razón de una conciencia *erga omnes* sobre el real significado de los derechos más elementales.

De esta forma, o sea, conscientes de lo que es el mundo de la vida *i. e.* significado, atribuciones, fines; así como la problemática a la que se ve enfrentado (las patologías); podemos comenzar por establecer que la diversidad de pensamientos, de culturas, de religiones, de políticas, de economías, entre otras actividades ejercidas por todos los humanos (cuestiones éticas), viene a constituir la razón esencial que sustenta a la tolerancia y al respeto hacia las diferentes formas o modos de realizar todas esas actividades inherentes a los especie humana, porque si bien es cierto, con este primer paso se supera la gris morigeración de invocar el viejo recurso de la relatividad valorativa<sup>257</sup> que en nada contribuye a no ser que a dificultar la aceptación de la existencia de otras formas de pensar y entender el mundo de la

---

<sup>257</sup> N. b. A este recurso de persuasión J. García-Huidobro lo llama: *viejo argumento anti-iusnaturalista de la diversidad de opiniones éticas cuyo valor filosófico probablemente no es muy grande pero que tiene una enorme fuerza persuasiva*. A este respecto véase, García-Huidobro, Joaquín; *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, UNAM, IIJ, México, 2002. p.117.



vida. En efecto, lo verosímil de esta crítica se debe a que el relativismo -llámesele subjetivismo o neutralidad axiológica- postula exacerbadamente la *negación* de que en la tierra no existe un lenguaje universal que sea capaz de agotar la realidad<sup>258</sup>, mucho menos que sea realizable, siendo ello un criterio que solo deja ver intereses contrarios a la tolerancia y al respeto que por virtud de estas ideas la especie humana puede conducirse hacia un mundo donde fluya la coexistencia razonable entre los seres humanos, sociedades, comunidades y Estados... un espacio global donde se conecte lo bueno con lo justo, o dicho de otro modo: lo bondadoso con lo imparcial. Así pues con esta óptica, la interpretación que se obtenga de los derechos humanos permeados en la realidad -la cual para que sea razonable- tiene que sustentarse, primeramente, en la tolerancia, en el respeto hacia los demás, así como en la democracia; después, en una discusión razonable sobre los puntos no coincidentes en materia de derechos básicos la cual se intercale -en ejercicio democrático y divulgativo- en todos los foros y plazas públicas con la finalidad de obtener un consenso racionalmente motivado -o si se quiere universal- sobre lo que ha de fundamentar a los derechos humanos.

Dicho en otras líneas, *para contribuir a la conformación de un fundamento de una conciencia sobre los derechos humanos* hemos de considerar, *primero*, cuestiones relativas a la vida buena y a la felicidad presentes en una comunidad en la que sus integrantes las asuman para la generación de formas distintas de autocomprensión *i. e.* la eticidad se ocuparía entonces de interpretar los valores culturales, así como la conformación de sus identidades, pero también sus propuestas estarían condicionadas a una evaluación contextual sin aspirar a ser validas universalmente; *segundo*, se tiene que considerar cuestiones relativas a lo justo, al buen funcionamiento de las instituciones públicas pertenecientes a una determinada sociedad con intereses tales como el beneficiar a todos los integrantes de ella, se ocuparían de resolver imparcialmente los conflictos entre los miembros de la sociedad, aspirando, claro está, a un reconocimiento universal de sus

---

<sup>258</sup> P. ej. Piénsese en el lenguaje occidental destinado a dar contenido a las razones teóricas o prácticas de los derechos humanos.





planteamientos y propuestas; *tercero*, coordinar la comunicación de la acción social en función de constituir dicho fundamento el cual tiene que ser en razón de su contenido eficaz y efectivo.

Ahora bien, hasta este momento solo hemos considerado una posibilidad de búsqueda de un fundamento para una conciencia sobre los derechos humanos. Realmente como ya lo hemos dicho, no buscamos establecer absolutos de índole ético o moral, mucho menos ideológicos o místicos, que en nada contribuirían a la discusión actual sobre qué es lo que real y efectivamente puede ser un contrapeso que impida que la impunidad y sus diversas manifestaciones (piénsese en el exterminio de pueblos o culturas) atente contra la estabilidad y equilibrio de las distintas sociedades que socializan por decirlo de algún modo en el mundo de la vida. Sin duda, lo antes dicho nos lleva a pensar que en el curso de dicho debate permea la idea de consolidar a los derechos humanos no únicamente como ideas abstractas o teóricas, sino más bien como ideas constituidas a partir de acontecimientos reales... de la observación de los hechos suscitados en la realidad. Dicho de otro modo: la cosmovisión de los derechos humanos tiene por origen uno de los acontecimientos que marcaron la realidad del siglo XX, no surgieron como último grito de moda en cuestiones de justicia y Derecho, sino como una necesidad imprescindible de oponerse con determinación y fuerza a excesos antifilosóficos, a posturas antiigualitarias, a racismos, a irracionalismos tanto sociales como políticos, así como a mitos, los cuales, en conjunto, buscaron a costa de lo que fuera (principalmente vía imposturas) la instauración de regímenes totalitarios, de corporativismos y espacios vitales *ex professo* de consolidar tales posicionamientos. Para ser exactos con el serio propósito de evitar *la falacia de la pendiente resbaladiza*, los derechos humanos surgen a raíz de los hechos violentos (como el Holocausto o la Sohá) manifestados en la Segunda Guerra Mundial, los que hasta nuestros días siguen provocando prurito y consternación a todos aquellos actores directos o indirectos que vivieron esa realidad que solo muestra a ojo desnudo la capacidad brutal de destrucción que el hombre es capaz de expresar... así como a la



conciencia internacional de la que participamos todos aquellos seres humanos que no vivimos en carne propia esos lamentables acontecimientos que nunca debieron suscitarse y que por desgracia ocupan un lugar en la memoria de nuestra Historia pero que de alguna forma nos obliga a no ignorar, a no borrar de nuestra memoria todas aquellos seres humanos que fueron objeto de bestiales escarnios (la intolerancia, aniquilamiento o exterminio, odio y resentimiento, etc.) propinados en nombre de la razón instrumental... de la razón metódica de Estado.

Para mayor reflexión, a lado de la interpretación que realicemos del mundo de la vida, existen otras razones que fundan la conciencia sobre los derechos humanos -la que debe estar presente en nuestras mentes si queremos evitar el surgimiento de totalitarismos-, razones que definitivamente parten de la realidad misma, que demuestran que los derechos humanos no son hechos *per se* que se definen extramentalmente, aislados de la mente; más bien, son acontecimientos que permiten idear facultad iluminativa lo que significa que nuestra inteligencia crea ideas a partir de lo que acontece en la realidad. Y en el caso de los derechos humanos, como ya lo mencionamos líneas arriba, son postulados que surgieron como consecuencia de los hechos determinados por la Segunda Guerra Mundial, son *la afirmación de la negación de los valores* si se quiere observar desde esta óptica. Con esto queda explicado que la propia historia es una razón obligada para fundamentar la conciencia de los derechos humanos, la cual busca alcanzar la igualdad en el propio terreno de la desigualdad, es decir, los derechos humanos ajustan las disparidades, buscan mediante el respeto a la humanidad entera y a su entorno, la convivencia democrática, pacífica, igualitaria entre las naciones, gobiernos, sociedades y personas individuales. De esta forma, los derechos humanos *parten -y de ahí su exigencia- de hechos comprobados y registrados por ella*, de ahí que sean ideas vinculadas a la realidad tendentes a ensalzarse desde una universalidad no abstractiva estableciendo así su validez en cualquier momento de la Historia en que pretendan surgir espacios de terror como manifestaciones ideadas por formas de gobierno impuras.



Como puede observarse, la Historia, así como la interpretación del mundo de la vida son solo algunas de las múltiples razones que existen para construir lo que como investigadores nos hemos propuesto: una conciencia que esté presente en toda la humanidad, una conciencia humana sobre sus propios derechos básicos. Pensamos con mayor alcance que entre esas razones existentes se encuentran las sustanciadas desde la *geopolítica crítica* la cual determina -según instantes reflexivos- que para obtener una eficaz, efectiva y real protección de los derechos humanos *a later* de los recursos naturales, debe existir un Derecho preventivo y una política correctiva que garanticen realmente su protección; las sustanciadas desde la *filosofía* y la *sociología* por el profesor J. Habermas que por ejemplo en su obra *Conciencia moral y acción comunicativa* se recogen presupuestos y principios básicos de ética discursiva<sup>259</sup>, o reflexiva como nosotros la denominamos; también en *Aclaraciones a la ética del discurso* plantea que el trasfondo de la discusión lo forma ante todo las objeciones contra los conceptos universalistas de la moral que esgrime el contextualismo contemporáneo *i. e.* las contraposiciones estériles entre universalismo abstracto y relativismo contradictorio, más allá de ello, el profesor francfortiano defiende la prioridad de lo justo sobre lo bueno, sin que ello signifique que las cuestiones éticas en sentido estricto tengan que ser omitidas en los debates racionales, también otro tanto vale respecto de lo que articula en *La constelación posnacional*, pues vierte una reflexión en clave de filosofía política respecto del fundamento de los derechos humanos, por igual de las repercusiones que el proceso de globalización puede ejercer sobre el futuro de la democracia, sobre la seguridad jurídica, sobre la soberanía territorial del Estado nacional y la identidad colectiva. Como puede notarse, el argumento habermasiano busca desde su nivel de discurso satisfacer la exigencia de encontrar alternativas, ingredientes, interpretaciones, acciones orientadas al entendimiento mutuo y ejecuciones de plan de acción social

---

<sup>259</sup> N. b. Para tener una idea introductoria que nos permita acercarnos a lo planteado por J. Habermas en su obra tenemos lo reflexionado por el profesor Arturo Berúmen Campos, cuando explica *grosso modo* la ética del discurso habermasiana. Al respecto *cfr.* Berúmen Campos, Arturo; *Apuntes de filosofía del Derecho*, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003. p.375 y ss.



para que todos los que buscamos construir el fundamento de los derechos humanos logremos construir de forma exitosa -no acosta de cualquier precio, sino merced de lo razonable y común- dicho fundamento el cual con el devenir de tiempo beneficiará a toda la especie humana resolviendo el problema de carecer de un fundamento de una conciencia sobre los derechos humanos. Por esto pensamos que los presupuestos habermasianos son un referente relevante e imprescindible -al tenor de lo descrito por las otras razones- para completar la construcción de una conciencia real en todas las personas sobre los derechos básicos.

Ahora sí se comprende porque pensamos que el pensamiento crítico de este filósofo alemán dirigido contra los dogmas puede estimarse en su conjunto como razones teóricas, filosóficas y sociológicas que fundan -dando sentido específico- una conciencia razonable sobre los derechos humanos... que critica a toda suerte de imposiciones, reificaciones que obstaculizan y ensucian el limpio ejercicio de la razón y su practicidad. Esto significa pues, que los derechos humanos son fines en sí mismos porque son inherentes a la especie humana, no pueden ser instrumentos de manipulación que solo justifiquen intereses inadecuados a su finalidad que es respetar como especie nuestra dignidad humana, la de las sociedades, de las culturas, así como las diferentes cosmovisiones, etc. No hay duda, nuestra principal pretensión alimentada de las razones mostradas a lo largo de este tópico apunta a que todo ser humano reivindique el papel de la naturaleza humana, construya una realidad mejor y más justa, más incluyente, más solidaria e igualitaria, una realidad que sea congruente con las ideas más anheladas por los seres humanos como la justicia, la paz y la libertad. Dicho sea de paso: el pensamiento del profesor francfortiano, con todo y lo que se le pueda reprochar, busca incansablemente defender y reivindicar la importancia de la realidad axiológica de la que todo ser humano participa por el hecho de ser un ente dotado de inteligencia y entendimiento, de sensibilidad y palabra.

Pero aun con todo lo expresado anteriormente, no podría dejarse de lado -restándole relevancia- el papel que desempeña en torno a la construcción de un



fundamento para una conciencia sobre los derechos humanos al *Derecho* como tal, porque es cierto que a través de él -contando ya con derechos humanos conscientemente fundamentados- se obtiene la protección de los mismos. Lo anterior permite pensar que por medio del *Derecho penal internacional* es como podemos lograr que quede garantizado su respeto y protección. Teóricamente, A. Kaufmman tras evaluar *la teoría de las normas* de K. Binding considera junto con M. E. Mayer que el Derecho penal tiene que ser de culpabilidad al igual que normativo porque hay una relación entre el individuo y el orden jurídico. Naturalmente, tal alusión hace referencia a un contexto de Derecho penal nacional, pero por lógica elemental se puede hacer extensivo al ámbito internacional teniendo en consideración las particularidades atribuidas a cada ámbito, pero que en lo genérico no se excluyen porque si bien es cierto en ambos ordenes la pena es la sanción a la norma, por tanto si se transgrede o lesiona una norma de carácter penal por antonomasia la norma lo reprocha propiciándose la retribución de la culpabilidad momento en que se reafirma el imperio del Derecho con la finalidad de fortalecer la actitud legal y la fidelidad al mismo motivando a los sujetos de Derecho a la realización de conductas adecuadas al medio.

Entonces lo antes indicado permite pensar que si lo soportable (tolerar lo no permitido) entra en conflicto con lo insoportable (impunidad permanente), por ejemplo cuando la impunidad debilita la autoridad de una ley (tratado o convenio, acuerdo, etc.), entonces habrá suficiente fundamentación para establecer un deber penal de carácter internacional y por lo tanto, un grado de reprochabilidad de mayor envergadura por parte de los Estados miembros de la comunidad o de un Estado particular. Es por esto que el Derecho máxime tratándose de una de sus acotaciones como lo es la internacional, cumple la función de proscribir y castigar la actitud verdaderamente comprobada de apartamiento de los valores, principios, instrumentos internacionales, leyes fundamentales y leyes secundarias (crimen o delito), porque solo castigando su transgresión es como se garantiza su inviolabilidad y validez, dando forma al juicio ético-social de los ciudadanos, de un Estado



particular así como de Estados miembros de la comunidad internacional, para así reafirmar su actitud jurídica permanente. Empero, seríamos ingenuos el desestimar que frente al Derecho, el poder siempre ha buscado sustraerse del acatamiento que le debe a aquél, sobre todo cuando se trata de intereses argüidos por los que se sienten amos y señores del Mundo (potentados). No obstante, el Derecho obliga a todas las personas a su respeto y observancia, aunque los poderosos aleguen que no son sus destinatarios, saben de antemano que cuentan con lo que el Derecho exige para su observancia que es la capacidad de hacer o no hacer... de cumplir un deber; porque de lo contrario, o sea, si alegan incapacidad de obligarse ¿resulta razonable que un inimputable dicte el destino de la humanidad? No cabe duda, el Derecho tiene como fin la justicia y ella obliga a través de él a que todo ser humano se conduzca con justicia y rectitud, de ahí su imparcialidad. Es por esto que estimamos que el *Derecho penal internacional* es una razón que contribuye a construir un fundamento para una conciencia sobre los derechos humanos los cuales son su propio límite, además de que este saber siempre trabajara *a priori* y *aposteriori* saliéndole al paso a aquellos que pretenden sustraerse de su imperio.

A reserva de mayores explicaciones, consideramos que si acaso la humanidad pretende prácticamente concretar una acción social orientada por el entendimiento mutuo con el fin de encontrar razones para una idónea construcción de un fundamento de la conciencia de los derechos elementales, tiene pues que coordinar su comunicación (en torno a tal fundamento) tomando como punto de partida un plan de acción social<sup>260</sup> el cual determine, *primero*, el sentido común de la interacción social, es decir, que dicha acción busque tematizar todos los ingredientes relevantes que se ciernen sobre la interacción de las personas en el mundo por medio de la participación libre de coacciones, engaños, errores, ambigüedades (patologías de

---

<sup>260</sup> Cfr. Habermas, Jürgen; <sobre la idea de acción comunicativa> en *Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez, Ed. Cátedra, Madrid, 1989. pp.479-507. *N. b.* Este grueso volumen resulta insoslayable para entender la evolución del pensamiento habermasiano entre *Conocimiento e Interés y teoría de la Acción Comunicativa*. Realmente en este volumen J. Habermas responde a las primeras críticas dirigidas contra su *opus magnum*.



comunicación) de todas las personas afectadas por la interacción en el mundo de la vida; *segundo*, la ampliación de las alternativas de solución, porque los ingredientes no tematizados (origen de ideologías) obviamente, obstan el entendimiento mutuo, de ahí que se tengan que convertir en alternativas adicionales de solución al problema porque el ampliar las alternativas significa retematizar los ingredientes importantes de la interacción que no fueron tematizados y, *tercero*, la ejecución del plan de acción social orientada al entendimiento mutuo que consiste en que el nivel de eficacia y efectividad es alto porque los intereses de todos los afectados en la interacción social se han tomado en cuenta, es decir que el plan se ha consensuado racionalmente y por lo tanto la acción orientada al entendimiento mutuo está coordinada. Así, a partir de este momento puede hablarse de un acuerdo consensado sobre lo que puede integrar el fundamento para la conciencia sobre los derechos humanos, siempre y cuando no deban de existir patologías en la comunicación para que podamos realmente hablar de lo que funda la conciencia respecto de dichos derechos. En todo caso, su respeto ha de quedar garantizado a través del Derecho... medio que tiene como fin el imperio de la justicia.

#### **4.4 La justicia internacional**

**Y**a en el capítulo anterior de esta investigación mostramos teóricamente, entre otras cosas, la problemática que atañe a la tarea de saber con exactitud qué es la justicia. Hans Kelsen no pudo definirla, sinceramente nosotros tampoco podremos hacerlo, sin embargo, baste por ahora saber que la justicia es -como bien apunta el profesor M. Atienza- *la lucha contra la injusticia a través del Derecho*; es simplemente un ideal no irracional, una idea que regula algo *i. e.* la producción y aplicación del Derecho; dicho sea de paso: la justicia es el norte que guía a las naciones, a los hombres y mujeres, a todo el mundo. Es realmente una exigencia que la humanidad debe atender concentrando sus mayores esfuerzos para hacer de ella en nuestro mundo una realidad.



Somos conscientes de que las anteriores afirmaciones adolecen - argumentativamente- de problemas de ambigüedad, quizá de vaguedad, porque acotando aquellas afirmaciones, *la justicia de carácter internacional* no es una idea fácil de sustanciar únicamente teniendo como referente la concepción que se tenga sobre la justicia, sino que *a later* de ella se encuentra para una seria consideración el calificativo de *internacional*, adjetivo que aun más complica su tratamiento, aunque con todo, no tiene que ser esto óbice para continuar enfáticamente abogando, combatiendo en defensa de la justicia, su internacionalización y de los derechos humanos. Así, hoy por hoy, la justicia y su contextualización a nivel internacional resulta ser por excelencia el tema más discutido en los foros académicos y públicos por los interlocutores de la comunidad internacional que muestran su interés dirigido ya sea hacia su realización o bien hacia su cancelación. En ese estado de cosas consideramos viable exponer tres formas de entender a la justicia internacional, *la primera*, viene de nuestro particular punto de reflexión, *la segunda* de un breve punto de vista un tanto ilusorio de ella, y *la tercera*, deriva de una discusión llevada a cabo en un coloquio internacional encabezado por la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre el tema de *la justicia internacional*.

En principio, tomando como referente nuestra reflexión personal, no pretendemos desarrollar únicamente este subpunto desde la sede de la Filosofía, pues implicaría poseer el <Acervo filosófico> que señala el profesor J. Habermas, del cual adolecemos. Nosotros sencillamente rozamos dicho saber por el amor y necesidad que sentimos hacia la reflexión, máxime cuando se trata de temas realmente trascendentes como la justicia y sus diversas acotaciones. Intentamos pues completar el anterior punto de vista con otra perspectiva como la que se desprende de la jurídica. Así, para efecto de continuar con nuestra reflexión podemos señalar que *la justicia internacional* desde el punto de vista estructural, se compone de un grupo de órganos encargados de ventilar asuntos del orden internacional<sup>261</sup>. Cada uno de ellos cuenta con un cuerpo de normas operativas que definen su

---

<sup>261</sup> N. b. *infra*, En el subpunto 4.5 de éste apartado mencionaremos a grandes rasgos los diversos órganos encargados de impartir justicia internacional.





funcionamiento, de igual manera tienen a su disposición una serie de ordenamientos jurídicos que norman su forma de proceder para resolver los conflictos planteados ante ellos. Bien, es un hecho evidente el que *la justicia internacional* no puede alcanzar sus objetivos como el impartir Justicia haciendo valer el *ius cogens* o *ius gentium* de modo autárquico; su función depende también de *la cooperación judicial internacional* sostenida, primero en general por todas las naciones; segundo, convalidada por la justicia regional de cada Estado miembro de la comunidad internacional. Esto significa que ambas definen y acuerdan el sentido de *la justicia y/o jurisdicción internacional*, teniendo en cuenta que entre ellas existen discrepancias, pero lo cierto es que existen coincidencias que determinan la eficacia de ambos ámbitos, sobre todo tratándose de hacer valer el derecho de castigar crímenes internacionales.

Ahora bien, sin incertidumbre alguna, *la justicia internacional* resulta ser una actividad desarrollada por los diferentes órganos jurisdiccionales -ya decíamos regionales e internacionales-, misma que se dirige a hacer valer el respeto a la dignidad de toda persona sin importar sexo, religión, raza, ideas políticas, origen étnico, etc., lográndose por medio del combate a la violaciones que se perpetren en contra de ella por parte de personas físicas o agrupaciones que actúan a la orden de una determinada política y forma de gobierno. Palabras más, palabras menos: es una actividad jurisdiccional que lucha contra los indeseables males como la degeneración de los gobiernos e impunidad de los mismos o los crímenes o delitos, perjuicios que prescinden de respetar en su deber a los derechos más elementales del ser humano.

Por lo que toca al otro elemento complementario -a la luz de la cooperación y solidaridad internacional- de esta acotación de justicia; la justicia regional o local de cada Estado participe en la materia (siendo el caso de México), se estructura principalmente por un órgano supremo constitucional nacional (SCJN) y otros órganos jurisdiccionales de carácter federal (JD,TCC y TUC) que emiten sus



resoluciones y opiniones jurídicas<sup>262</sup> las cuales son estimadas por el organismo encargado de dirigir la política exterior (SRE) y así por medio de tal proceder regulado por las leyes internas e internacionales y convenios en *ratio materiae* contribuyen para la efectiva impartición de justicia previo el respecto a las garantías procesales de los acusados. Lo anterior da como resultado un binomio judicial tendente a defender los derechos humanos vía *ius puniendi* en razón de la comisión de crímenes contra la humanidad y otros igualmente graves.

Ahora bien, el contextualizar con precisión la justicia internacional, implica avocarse con detenimiento a reflexionar los debates que se suscitan respecto de lo que ha de ser ella. Se necesita tener bien delimitado el tema del Derecho internacional tradicional en sus aspectos público y privado respecto del moderno, de ahí que uno, hoy por hoy, resulta casi altamente obsoleto *v.gr*: el instituto de la extradición y los requisitos que la rigen como que el hecho infractor sea punible con cierta gravedad, el de especialidad, el de doble incriminación, el de *numerus clausus*, no entrega de nacionales, el de la prescripción de la acción penal, el de *non bis in idem*; el otro, es por el momento incipiente pero crítico e innovador *v.gr*: el estatuto de la Corte Penal Internacional que supera la antiquísima ineficacia del Derecho penal internacional, o bien, la propuesta de desaparición de la extradición con todo y sus formalismos inútiles<sup>263</sup>, así mismo la prevalencia de la acción judicial sobre la militar, por mencionar solo algunas. En tal tenor, resulta atendibles las propuestas del magistrado mexicano J. G. Luna Altamirano en materia de extradición, y las del juez del Juzgado Central de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional española Baltasar Garzón Real en materia de justicia universal. Por todo esto, la justicia internacional puede y debe hacerse valer a través de la aplicación del Derecho Internacional contemporáneo vía *in procedendo*, aunque dicha valía debe

---

<sup>262</sup> P. ej. En los procedimientos de extradición internacional seguidos en forma de juicio, así como en el amparo y el recurso de revisión en dicha materia.

<sup>263</sup> N. b. A esto, pueden adherirse las opiniones del magistrado federal mexicano José Guadalupe Luna Altamirano y las del juez español Baltasar Garzón Real.



acompañarse con el respeto a la pléyade de instrumentos jurídicos internacionales reguladores de la materia y que en efecto no carezcan de eficacia, efectividad, congruencia y legitimidad sobre su contenido al momento de ser aplicados pues de lo contrario, se estaría frente a una justicia internacional inoperante. Sabemos bien que no es fácil establecer certezas al respecto, ni mucho menos verdades evidentes pues es cierto lo que el juez español Baltasar Garzón Real señala:

*[...] cabe ahora preguntarse si el sistema jurídico es el adecuado para hacer realidad esa protección, o si tanto material como procesalmente hay que modificar o crear otros mecanismos más ágiles de investigación. [...] resulta esencial decidir si la opción debe ser por un sistema universal de protección jurídica como medida de alcance equivalente a la envergadura de la agresión o debe optarse por un sistema local o particular de aseguramiento más enfocado a la propia protección del país que aplica esta política que a la de las víctimas; o si debemos decidirnos por un sistema complementario o de subsidiariedad al segundo, con apoyo en el primero y partiendo de convenios que lo recogen a modo de cláusula de cierre<sup>264</sup>.*

El caso es que *la justicia internacional* es un medio de resolver controversias entra naciones (Derecho internacional público), entre los ciudadanos y su Estado (Derecho internacional privado)<sup>265</sup> cuando se trata violaciones a los derechos humanos, o dicho de otro modo, de la persecución penal internacional de individuos que trastocan bienes jurídicos tutelados internacionalmente como el de humanidad así como el de comunidad internacional, lográndose vía tribunales *ad hoc* y organismos internacionales y regionales. La *justicia internacional* como ya se comento, es una suerte de simbiosis entre Derecho y justicia regional y, Derecho y justicia internacional. Dicho sea de paso: es un ciclo convencional acordado entre las naciones del mundo. No hay que perder de vista que su consecución resulta ser una inferencia directa de la lucha que han dado hombres y mujeres valientes frente al ejercicio opresivo de gobiernos dictatoriales justificadores de razones ideológicas

---

<sup>264</sup> Garzón Real, Baltasar; *Cuento de navidad. Es posible un mundo diferente*, Ed. Universidad Nacional de Quilmes/Prometeo 3010, Buenos Aires, Argentina, p.47.

<sup>265</sup> *Sec. con lo aducido por el magistrado mexicano José G. Luna Altamirano: <el derecho público no se ve modificado en nada por el derecho privado>.*



(dogmas) como las que se derivan de la idea de soberanía tradicional por mencionar alguna.

Por eso insistimos en señalar que la justicia internacional es el contrapeso por antonomasia de la *razón de Estado*, así como del *in dubio pro República*, aunque esto pueda suscitar polémica entre los partidarios de las razones que dan sentido al derecho internacional público tradicional y los que a modo de palió defienden las razones del derecho internacional moderno de los derechos humanos y humanitario, o si se quiere, disyuntivas entre perspectivas transpersonalistas (inhumanas) y personalistas (humanas). Por tanto, *la justicia internacional* no propone que desaparezca la idea de soberanía tradicional sino más bien que su contenido pueda flexibilizarse en aras del *principio de cooperación internacional* que se deben las naciones, máxime que la globalización ha influido como factor determinante para su consecución. No cabe duda que la justicia internacional ha resultado ser una iniciativa de paz, una propuesta para solucionar pacíficamente los conflictos y una exigencia de respuesta ante la justicia por medio del Derecho como vía para respetar, primeramente, la memoria ignorada de las víctimas sometidas a exterminios que han tenido lugar en la época moderna, y segundo, a los derechos humanos pertenecientes a toda la humanidad.

Ahora bien, la *segunda forma* de entender *la justicia internacional*<sup>266</sup> es por decirlo de algún modo, ambigua y pesimista sobre todo cuando en su posición “crítica” advierte que la justicia internacional es innecesaria y superflua, lo mismo acontece con la idea de *justicia universal*. ¿por qué resulta ser así? Porque se piensa que no hay necesidad de que un juez foráneo estime como víctima a la humanidad y a la comunidad internacional para reclamar la competencia de la investigación y juicio de hechos comunitariamente dañosos que no fueron juzgados por los

---

<sup>266</sup> N. b. El punto de partida de esta perspectiva deriva de lo expresado en año 2005 por el columnista español Luis Peraza Parga en *La insignia*, en el documento electrónico [http://www.lainsignia.org/2005/julio/int\\_028.htm](http://www.lainsignia.org/2005/julio/int_028.htm)  
Consulta: 01 de agosto de 2008, 03:06 p.m.



decisores del país donde se efectuó su comisión. Por tanto, no hay necesidad de su prosecución ni instrumentalización, si los gobiernos y órganos jurisdiccionales de cada Estado cumplieran con sus obligaciones de administrar e impartir justicia haciendo efectivo su *ius puniendi*. Además, su innecesariedad se explicaría si realmente los Estados a través de sus órganos judiciales repararan y castigaran las violaciones a los derechos humanos. Si lo anterior se materializara, los países no serían objeto de responsabilidad y persecución penal internacional.

Nosotros pensamos que ésta perspectiva raya en un idealismo ingenuo porque realmente es una crítica sesgada que da por hecho que la eticidad y moralidad de las instituciones y personas necesariamente tienen que ser autopoiéticas como si se explicaran por su propia perfección, es decir, por una exigencia epistemológica que concibe a todo el Derecho internacional como un sistema en sí encerrado desde una misma óptica. ¡Error craso! puesto que en principio, la pragmática determina la idea, y esta a aquella, juntas hace posible y realizable lo buscado que es en este caso un mundo regido por la justicia y otros valores de alta estima. *Lo abstracto tiene que ser practicable para obtener un avance considerable en materia de justicia y de Derecho*, de tal suerte que la simbiosis entre sistemas jurídicos contemporáneos tanto de esfera regional como internacional resulta ser un hecho investigado y materializado hoy por hoy por la mayor parte de académicos penalistas, abogados penalistas, jueces y magistrados penales especializados en el tema, téngase como ejemplos los debates realizados en los foros internacionales sobre derecho penal internacional, el caso del chileno Augusto Pinochet Ugarte condenado por terrorismo de Estado, o el caso del argentino Ricardo Miguel Cavallo enjuiciado por genocidio, lesa humanidad y tortura. Juntas, tales actividades buscan unificar la teoría y la praxis en dicha materia para lograr la paz y convivencia pacífica entre las naciones teniendo por bisagra para su movilidad, al Derecho.

En fin, la *tercera forma* de entender la justicia internacional se deriva de una discusión llevada a cabo en un coloquio internacional preparatorio de la IV sección



del *XVIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho penal* celebrado en Xi'an China (12-15 octubre de 2007) en el cual se establece en sus puntos resolutivos en razón de la competencia universal como tema vinculado directamente con la justicia internacional que, en efecto, *la competencia universal* puede ser uno de los instrumentos más efectivos para prevenir y castigar los crímenes más graves conforme al Derecho internacional consuetudinario, particularmente los explicados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de ahí que dicha figura procedimental incrementa la posibilidad de persecución y castigo de aquellos autores que los llevan a cabo.

Desde ésta tercera perspectiva, los participantes de dicho coloquio estiman que el ejercicio de la competencia universal por parte de los Estados resulta imprescindible para prevenir impunidad, sin óbice de la competencia de la Corte Penal Internacional, o sea que en cierto sentido se busca dar operatividad bajo dicho principio a los tribunales locales de cada Estado. Efectivamente, de ser cierto y verdadero lo anterior, la competencia universal se transforma en un de los temas más controvertidos y discutidos en los debates académicos y extraacadémicos (en los foros internacionales y plazas públicas) en materia de derecho penal. No obstante, en dicho espacio de debate, los interlocutores proponentes dibujaron - estimando lo discutido con anterioridad en otros pasados congresos en los que ha participado la Asociación Internacional de Derecho Penal- a manera de resolución *cinco razones* de las cuales cada una se integra de incisos que dadas sus especificidades les atribuyen ilación. Veamos pues, cada una de ellas.

En *la 1ª razón* denominada *Legitimidad del principio en el Derecho internacional* especifican su sentido desde cuatro incisos a saber: en inciso *a)* se establece que la competencia universal resulta ser un criterio complementario de jurisdicción sobre aquellos crímenes cometidos en el extranjero no ventilados por ningún otro principio de competencia jurisdiccional disponible para el Estado; en el *b)* acuerdan que con el fin de proteger a la comunidad internacional y prevenir la impunidad, el principio de competencia universal debería aplicarse para investigar,



procesar y castigar los crímenes más graves reconocidos por el Derecho internacional consuetudinario, así como los derivados del Estatuto de la Corte Penal Internacional; en el c) expresan que con el fin de evitar el abuso de la universalidad, la competencia universal no debería aplicarse a crímenes distintos de los crímenes graves en razón de la materia; y en d) señalan que los convenios posteriores sobre crímenes internacionales deberían confirmar siempre la aplicabilidad de la competencia universal<sup>267</sup>.

Así pues, respecto de la 2ª razón llamada *Requisitos generales para el ejercicio de la competencia universal*, los interlocutores participantes en multicitado evento especificaron en el inciso a) que al momento de aplicar dicho principio debería distinguirse entre investigación y enjuiciamiento; en el b) que la investigación es posible en rebeldía, es decir que los Estados pueden comenzar diligencias penales, dirigir una investigación, asegurar los méritos, acusar, o solicitar la extradición; en c) señalan que debería exigirse siempre la presencia del señalado en los procedimientos principales. Por tanto, los juicios en rebeldía deberían ser rechazados con carácter general en los casos de competencia universal<sup>268</sup>.

Luego entonces, en la 3ª razón llamada *Competencia universal*, argumentan en el inciso a) que la comunidad internacional debería establecer mecanismos con el objetivo de asegurar la forma de determinación de la jurisdicción menor y más eficaz en casos de conflicto de múltiples jurisdicciones; en el b) aducen que la competencia universal no debería ser dependiente de otros principios jurisdiccionales, en todo caso debería tenerse en cuenta la jerarquía de jurisdicciones concurrentes propuestas en las resoluciones esgrimidas en el XVIII Congreso Internacional de Derecho penal; en el inciso c) apuntan que en caso de conflicto jurisdiccional dado

---

<sup>267</sup> N. b. Como puede verse esta primera razón es limitativa porque habilita en casos específicos el principio de competencia universal.

<sup>268</sup> N. b. Esta razón amplia el campo de acción de los órganos judiciales nacionales de los Estados, los cuales pueden ejercer tal competencia por la vía fiscal en razón de la investigación, así como por la judicial, en razón del enjuiciamiento.



entre Estados que reclamen la competencia universal, la prelación debería otorgarse al Estado en el que se encuentre el detenido, o bien, al Estado en el que pueda hallarse un mayor número de probanzas teniendo presente la capacidad del Estado de asegurar un juicio justo garantizando el máximo de respeto de los derechos humanos, y la potencial capacidad de los Estados para concluir los procedimientos sometidos a su potestad; en *d)* aducen en relación al principio *non bis in idem*, el Estado que desee ejercer la competencia universal debería respetar la sentencia firme emitida, sobre los mismo hechos, por un tribunal interno de otro Estado (o por un tribunal internacional). Como excepción, para aquellos casos en que un tribunal con competencia universal permita a los autores eludir la responsabilidad penal, debería admitirse un nuevo juicio basado en la competencia universal si en el primer proceso no se actuó con imparcialidad o bien, no se impartió justicia internacionalmente; en el *e)* establecen que los indultos, perdones, procesos de reconciliación nacional y normas en materia de prescripción deberían ser siempre tratados conforme a su regulación internacional respectiva para evitar cualquier manipulación que se haga de ellos provocándose pues con tal actividad, evasión de responsabilidad e impunidad; en el *f)* comentan que las inmunidades o fueros procesales reconocidos por el Derecho internacional deberían ser respetadas por las autoridades de los Estados, si bien, el caso debería remitirse al órgano jurisdiccional internacional competente que puede autorizar la persecución<sup>269</sup>.

En lo tocante a la 4ª razón identificada como *Jurisdicción competente para la ejecución*, señalan en el inciso *a)* que como requisito para que el principio de

---

<sup>269</sup> N. b. Resulta clarísimo que esta razón prima la competencia que cada Estado tiene para ejercer el principio de competencia universal, también privilegia los requisitos tradicionales dados por el Derecho internacional consuetudinario, pues la inmunidad soberana o procesal en este caso no tiene que desaparecer tal como se propone desde las nuevas tendencias del Derecho internacional moderno de los derechos humanos y humanitario. Lo cierto es que en el caso del último inciso de esta razón, la inmunidad soberana o procesal data del siglo XV y ha sido ampliamente cuestionada. Es por esto que creemos sin temor a equivocarnos que esta razón está argumentada de tal modo que detrás de la fachada del respeto al principio de competencia universal se esconden intenciones neoconservadoras que tratan de lograr a toda costa que la justicia internacional sea inoperante.





competencia universal sea efectivo y reconocido a nivel global se requiere que exista una judicatura independiente que pueda prevenir las persecuciones por motivos políticos. Igualmente propusieron que debieran de existir mecanismos para asegurar que dicho principio no se utilice con fines vejatorios, ello en el entendido de prevenir abusos reales en los procesos judiciales, y la privación inexcusable de garantías individuales; en *b*) expusieron que los procesos penales nacionales desarrollados a la luz del principio multireferido, deberían ser equitativos y expeditos, garantizados por su independencia, imparcialidad y justicia respetando en todo momento los derechos humanos fundamentales; en el inciso *c*) acordaron que las condiciones que deben respetar la orden de detención internacional son las señaladas por el Derecho nacional del Estado que persiga los acontecimientos, motivos para la detención del imputado. La orden de detención internacional emitida en el contexto de la competencia universal no debe interpretarse perjudicialmente para la presunción de inocencia; en el *d*) hablaron de que el principio *aut dedere aut judicare* debería aplicarse al Estado en cuyo territorio se encuentra el sospechoso<sup>270</sup>. Y por último, en la 5ª razón llamada *Competencia universal y cooperación internacional en materia penal* únicamente se pide a los Estados que impulsen la cooperación internacional con motivo de la competencia universal, cooperación internacional que no debe violentar los derechos humanos y las garantías fundamentales del debido proceso<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> N. b. Esta razón por la forma, trata de establecer como criterio fundamental para que funcione la competencia universal que se respete el debido proceso al que se sujete a los imputados, que las investigaciones y los procesos sean apegados conforme la *lex loci* del Estado en donde se encuentre el imputado y que la sentencia derivada de tal apego se ejecute en el territorio donde se juzgue al acusado. Se pretende que la competencia universal sea administrada y vigilada por una judicatura, la cual evitará los malos usos que se hagan de dicho principio.

<sup>271</sup> N. b. Esta última razón se entrega a la posibilidad de no negar sentido a las nuevas tendencias del Derecho penal internacional proponentes de una justicia universal, aunque es cierto, en modo alguno se aceptan dichas propuestas vertidas por tal Derecho penal internacional actual en razón de la competencia y justicia universal. Mejor dicho, solo alude a una simple petición hecha a los Estados para impulsar la cooperación y solidaridad internacional desde lo que se tiene que entender por competencia universal que no es otra cosa que la propuesta en dicho coloquio internacional, es decir, aquella ejercida desde cada Estado que dirige su política exterior de acuerdo a la idea tradicional que se tiene del Derecho internacional



Como puede verse, cada una de estas tres formas de visualizar *la justicia internacional* se substancia a partir de determinada forma no consensuada respecto de lo que puede ser la justicia internacional. Sus diversas formas de entendimiento se explican fundamentalmente en la inteligencia de lo que cada interlocutor propone en razón de ella, *i. e.* cada interlocutor proponente manifiesta su propia interpretación sobre la justicia internacional, aspecto que contribuye a su esclarecimiento conceptual, más aún, posibilita un consenso racionalmente motivado, ya no universal, sobre esta justicia investigada. Con lo anterior, se deja en claro que la justicia internacional como tema de discusión actual no ha alcanzado aún -respecto de su concepto- madurez, una generalización aceptada por todos los países que integran la comunidad internacional, debido a que, en efecto, resulta ser un tópico que se ha venido construyendo de modo relativamente reciente a partir de las consecuencias derivadas de los acontecimientos más cruentos y difundidos públicamente que ha presenciado la humanidad como es el caso del Holocausto y la Sohá. Empero, aún con tales escollos, lo que si se ha logrado a partir de dicho acontecimiento, es el cambio de actitud de los países al tenor de la proliferación e inicio de la actividad estratégica legislativa internacional penal represiva como ingrediente básico para la construcción de la justicia internacional. Esto, sin duda, representa un paso a favor de la racionalización del Derecho internacional público como privado a despecho de lo que contrariamente arguyan los defensores del Derecho internacional general.

Al final, aduciendo algunos argumentos que hacen más extensivos el sentido esbozado en cada forma de enfocar la justicia internacional señalamos que *la primera* muestra que su trasfondo está constituido por una actitud reflexiva y declarativa que respalda en cierto sentido las propuestas hechas en materia de Derecho internacional público no tradicional por tres expertos en el tema de la extradición y de la justicia o competencia universal como lo es de un lado, el magistrado mexicano J. G. Luna Altamirano y del otro, el juez español Baltasar

---

público y privado, siendo esto motivo suficiente para mostrar su interés en la discusión sobre el tema actual de la competencia y justicia universal.



Garzón Real y el profesor Gerhard Werle, dejando abierta la posibilidad -por lo arriesgado que pueda parecer- de ataques y defensas reflexivas parafraseando al profesor francfortiano. Así, sin entrar de lleno a sus diferencias de enfoque, lo que realmente importa y hace común su notable esfuerzo para mejorar el procedimiento de la extradición y la aplicación de la justicia internacional, es el hecho de que estos interlocutores coinciden en hacer valer *el principio de cooperación y solidaridad judicial internacional*, haciendo de ellos una realidad práctica que termina por convalidar la rectitud asumida por la comunidad internacional en materia de Derecho penal internacional.

Por lo que toca a la *segunda* diremos -a diferencia del anterior- que su trasfondo es claramente ilusorio, porque ensalza una idea de autosuficiencia asumida por los Estados en el sentido de solucionar sus conflictos de Derecho internacional público y privado sin la intervención de otras autoridades u organismos que compartan la necesidad de concretar una realidad principalmente más justa y buena. Es más, esta idea resultaría radical si no tuviera conciencia de que en la actualidad el culto por la globalización del capitalismo es una suerte de hoyo negro que con el paso del tiempo absorbe todo aquello que se oponga a su expansión. Cabría preguntarse ¿si no hubiese necesidad de instrumentar a la justicia internacional, entonces sería posible pensar cierta y verdaderamente que en cada Estado existe una puntual administración e impartición de justicia? ¿será que ello lleva a un absoluto que nada tiene que ver con la realidad? ¿existe en todo caso y es posible un Estado perfecto, una República perfecta? ¿ciudadanos perfectamente consientes de la cosa pública, de su moralidad y eticidad? ¿será que solo nos posiciona frente a un idealismo que no estima al pragmatismo? o ¿estamos frente a un doble discurso? Es pues oportuno decir que no se puede instrumentalizar la justicia propiamente dicha -desde sede autárquica- como idea perfecta, porque la historia de la filosofía occidental muestra claramente por poner un ejemplo la situación en la que el profundamente apreciado Platón se vio inmerso cuando aterrizo su idealismo al darse cuenta de que sus conciudadanos no podían estar a la



altura de lo que proponía en *la República* por él escrita, situación que lo orilló a escribir ya en sus años viejos *las Leyes* como una construcción más accesible para los hombres de su tiempo dada su imperfecta capacidad de materializar los valores propuestos en *la República*. Es indudable creer sinceramente que esta forma de entender la justicia internacional es tan solo un acotamiento a la filosofía de Platón.

En lo que toca a la *tercera* es una perspectiva totalmente oscura porque aun comprendida su tímida reafirmación de la justicia y competencia universal, a todas luces se observa un neoconservadurismo sobre los principios básicos sustentados por los partidarios del Derecho internacional público tradicional. Su trasfondo deja ver que existe una limitación hacia el advenimiento de las nuevas tendencias del Derecho internacional público actual que propone tematizar todos los ingredientes que componen el tema de la justicia universal, de la supresión de la inmunidad soberana, del viejo modelo de extradición, de la ratificación del Estatuto de Roma que posibilita el funcionamiento de la Corte Penal Internacional como órgano competente para castigar delitos de carácter internacional. Dicho sea de paso: se oculta la intención de que la *Corte Penal Internacional* quede inhabilitada a raíz de la real participación de los Estados para no ventilar los asuntos que tengan relación con crímenes internacionales en dicha Corte Penal, frenando su injerencia en los asuntos que competen -en aras de ese mismo principio de competencia universal- a cada Estado, dejando salvaguardada e intocada la idea tradicional de soberanía, de inmunidad y autodeterminación de los pueblos como postulados tradicionales condensados desde la esfera del Derecho internacional público consuetudinario o tradicional. Así las cosas sobre este subtema.



#### 4.5 Tribunales penales internacionales

Los crímenes internacionales son acontecimientos que se presentan con tal rapidez y sigilo en la realidad del mundo que su represión por medio del Derecho<sup>272</sup> en variadas ocasiones es tardía, de ahí que entre muchas otras maniobras, el Derecho siempre llega tarde para castigar, para enderezar lo torcido, y esto tiene un parecido casi idéntico con la filosofía, pues ésta, según los pensadores más representativos del siglo XIX también llega a destiempo, cuando todo ha pasado. Sin embargo, haciendo referencia a la esfera normativa del Derecho, cumple -en su tarea principal- la función de castigar acciones o conductas ilícitas que distorsionan o transgreden la estabilidad, intereses o bienes jurídicos de gran valía que dentro de la realidad del mundo de la vida de las personas pertenecientes a un Estado o de los Estados, se trata de conservar permanentemente por parte de estos que lo integran por medio de sus institutos y/o mecanismos jurídicos de protección (nacionales e internacionales).

Así pues, los crímenes internacionales son hechos que violan o trastocan múltiples bienes jurídicos de alta estima como lo son, en general, los derechos humanos, propiciando impunidad, y que solo por medio del Derecho internacional posmoderno, así como por el Derecho penal internacional y su procedimentalización<sup>273</sup> entendidos como alternativas, puede sancionarse ajustando

---

<sup>272</sup> N. b. Actualmente se viene debatiendo en los foros públicos y privados si el Derecho interno o el externo ha de ser aquel que reprima, o si ambos tipos de Derecho persiguen el mismo fin: castigar a la impunidad. De hecho, hoy por hoy, se confrontan los presupuestos vertidos por el Derecho Internacional moderno (como el descrito por H. Kelsen en su obra *Teoría Pura del Derecho* (2007) cap. VII. Estado y Derecho Internacional) con los esgrimidos por el actual Derecho Internacional Posmoderno (como desarrollado por Gerhard Werle o por Kai Ambos) visiones completamente diferentes que contribuyen a la discusión sobre el Derecho internacional y penal internacional.

<sup>273</sup> Sec. con G. Werle el Derecho penal internacional es un instrumento para la protección de los derechos humanos... reacciona ante las lesiones masivas proferidas contra ellos, ofrece también una respuesta al fracaso de los mecanismos tradicionales de protección de los derechos humanos, es doblemente subsidiario y realiza una importante contribución al refuerzo y desarrollo progresivo de la protección de los derechos humanos. Cfr. Werle Gerhard; *Tratado de Derecho Penal Internacional* (2005), pp.98-101.



así cuentas con el pasado y con sus autores, pero ¿ante quién debe hacerse valer esas esferas normativas para acallar a la impunidad? Resulta claro que cuando se violan bienes jurídicos de alta estima como los derechos humanos se quebranta, entre otras cosas, el marco legal de un Estado, máxime cuando se trata de un Estado en el que la democracia constitucional de Derecho es por excelencia su principal fundamento, pues aquí lo que se pone en riesgo es la legitimidad sobre la que descansa dicho Estado.

Así, cuando un Estado miembro de la comunidad internacional considera que se han violentado bienes jurídicos de alta estima pertenecientes a sus ciudadanos, puede hacer valer la facultad punitiva reconocida por el Derecho internacional - apartado de los presupuestos modernos como las represalias o la guerra- para investigar y sancionar las violaciones alegadas, atribuibles a los responsables de ellas por medio de un órgano jurisdiccional (nacional o internacional). *Grosso modo*, si partimos de una de las dos formas de reconocimiento de validez al principio de jurisdicción internacional, es decir, como *jurisdicción prioritaria*, éste (os) órgano (s)<sup>274</sup> es (son) creado (s) por tratados o convenios internacionales<sup>275</sup> suscritos por

---

<sup>274</sup> N. b. Entre ellos, a escala internacional existe una multitud de tribunales que en modo alguno puede dilucidarse sus respectivas competencias, sin embargo, se cuenta con aquellos pertenecientes a la Unión Europea, así como los tribunales implementados por las Naciones Unidas (para tener un idea más claro sobre el papel que desarrollan los referidos tribunales véase la siguiente fuente electrónica: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/s22006.htm>). Por el momento, sólo rozaremos aquellos que solucionan conflictos internacionales entre Estados. En dicho tenor, se cuenta por poner un ejemplo, con la Corte Internacional de Justicia (permanente) reglamentada por la ONU en san Francisco California E. U. en 1945 con sede en la Haya, Holanda, siendo una institución facultada internacionalmente para conocer conflictos entre Estados a través de un procedimiento compuesto de fases procedimentales en las que se agotan pruebas y recursos (revisión) hasta llegar a una solución o laudo definitivo; por lo que se refiere a los Estados que integran el continente americano, se cuenta con una Corte Interamericana de Justicia y administrativamente con Comisiones, también con la Corte Internacional e Interamericana de Derechos Humanos; hoy día, con Tribunales penales *ad hoc* (no permanentes) creados para casos concretos como los Tribunales militares de Núremberg de 1945 y Tokio de 1948 para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la exYugoslavia y Ruanda; con la Corte Penal Internacional (permanente); y a partir del mes de diciembre de 2001 con el Tribunal Penal especial para Sierra Leona creado para el enjuiciamiento de crímenes de



lesa humanidad, de guerra y violaciones graves del Derecho internacional humanitario y delitos tipificados en el ordenamiento jurídico de Sierra Leona.

<sup>275</sup> P. ej. Tenemos con anterioridad a la Primera Gran Guerra: el *Tratado de Sévres* celebrado en 1920 terminada la confrontación entre el pueblo armenio y el imperio otomano manifestado desde el año 1915. Se tiene también, finalizada la Primera Gran Guerra en 1919, el *Tratado de Paz de Versalles*; después de la Segunda Gran Guerra: *los principios de Núremberg, reglamento y estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y Tokio, Conferencia de Yalta, Protocolo de Postdam, Convenio sobre la Represión y Prevención del Genocidio* de 1948, *Convenios de Ginebra* de 1949 (I-IV) en donde la *Cláusula Martens* está incorporada, *Protocolos adicionales 1 y 2 a los Convenios de Ginebra* de 12 de agosto de 1949, *Protocolo de Ginebra* de 1925, entre otros. Más recientemente se cuenta con instrumentos internacionales como [a) declaraciones, b) cartas, c) tratados, d) convenios, e) principios, f) estatutos, g) resoluciones, h) leyes, i) acuerdos, j) jurisprudencias]. De ellos tenemos: a) la Declaración de la Organización Naciones Unidas y Declaración Universal sobre Derechos Humanos, b) Carta de las Naciones Unidas; c) Tratado del Atlántico Norte, Tratado sobre Derecho Penal Internacional de 1889, así como los celebrados en diversos rubros por Organización de los Estados Americanos, la organización de las Naciones Unidas, las Comisiones de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Internacional del Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, entre otras; d) Convenio sobre Genocidio, Convención de la Haya sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo adicional "del Salvador" (materia económica, social y cultural), Convención Interamericana de Derechos Humanos, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y su respectivo Protocolo Facultativo, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convenio sobre la Represión y Prevención del Genocidio, Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad, Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (lesa humanidad), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención sobre Derecho Internacional Privado de 1928, Convenio Multilateral de 1977, Convención sobre Extradición de 1936; e) Principios de Núremberg, Principios Generales de Derecho; f) Estatuto del Tribunal Militar Internacional, Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la exYugoslavia y Ruanda, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Conferencia de Plenipotenciarios de Roma); g) Resoluciones de la ONU (Asamblea General), de Comisiones Internacionales e Interamericanas de Derechos Humanos; h) ley N° 10 del Consejo de Control Aliado; Ley de Extradición Internacional, i) Acuerdo de Londres, Acuerdo Interamericano sobre Extradición de 1911, Acuerdo sobre Privilegios e Inmunities de la Corte Penal Internacional; j) Jurisprudencia de la Corte de Casación francesa en el caso de Klaus Barbie, sin hacer plena referencia a aquellas establecidas por tribunales extranjeros pertenecientes a Australia, Canadá, Gran Bretaña, Israel, Países Bajos, Nigeria, Polonia, España, y Estados Unidos, etc. Lo anterior, se muestra a modo de ejemplo como algunas





determinados países que desde la nueva óptica del Derecho internacional contemporáneo comparten el sufrimiento de lo injusto de ciertas acciones <ilimitadas> asumidas por Estados que parten de la idea de que sus <intereses> están por encima de cualesquiera otros intereses ajenos a su causa. Así pues, para que esta judicialización de los crímenes internacionales *i. e.* la constitución de órganos jurisdiccionales tendentes a investigar, enjuiciar y sancionar crímenes de Derecho internacional, pueda reflexionarse de forma más nítida no olvidemos que - desde el punto de vista administrativo- los Estados pertenecientes a la comunidad internacional también pueden -no solo por virtud de tratados o convenios- a través de su órgano administrativo (ONU) -hasta hoy con cierta limitación- reglamentar de modo específico la creación de órganos con jurisdicción internacional o tribunales destinados a la aplicación del Derecho penal internacional por la vía del proceso. Empero, lo interesante aquí es ocuparnos de las dos formas de entender a la jurisdicción universal, esto es, por *excepción* y por *prioridad*, es decir que por excepción, la facultad punitiva derivada del crimen es atribuible para su ejercicio a los terceros Estados; por prioridad, claramente se entiende que ésta es atribuible a la Corte Penal Internacional.

Ahora bien, ¿qué es lo que ha motivado a los Estados -de cara a la impunidad- a responder jurídicamente creando tribunales internacionales? Sin lugar a objeciones, las razones son realmente cruentas y todas ellas -si acaso se les puede denominar razones- tienen que ver con el *genocidio*... con las violaciones más graves e infames proferidas en contra de la humanidad y de los derechos humanos. De hecho, la historia demuestra con mucha claridad cinco de ellas y que en cierta forma rozaremos para responder a ésta cuestión. Pero antes de hacerlo, permítasenos señalar lo que en sus propias líneas aduce Baltasar Garzón Real con respecto a la necesidad jurídica de consolidar la idea de un Tribunal Penal Internacional: *“Lejos está aquel 1872 en el que Gustav Moynier, uno de los fundadores del Comité Internacional*

---

herramientas existentes de carácter internacional que integran todo el andamio de instrumentos internacionales vinculados al Derecho internacional y a sus diversas acotaciones.





*de la Cruz Roja, propuso una Corte Permanente en respuesta a los de la guerra franco-prusiana. El siglo XX ha tenido momentos claros y momentos oscuros, si bien estos últimos han sido de tal envergadura que la mayoría de las veces han anulado a los primeros en nuestro ámbito de estudio*<sup>276</sup>.

Dada la oportunidad, podemos decir que el *genocidio* es, efectivamente, un *delictum iuris gentium* que tiene como propósito al consumarse, destruir o exterminar grupo nacionales, étnicos, raciales o religiosos; y en tentativa, incitar a cometerlo, sin prescindir de la participación y complicidad en su ejecución. Realmente, este tipo de fenómeno transgresor de la norma internacional resulta ser un crimen de Estado característico de regímenes totalitarios ejecutado con fines de exterminio masivo de grupos humanos determinados característicamente por motivos raciales, políticos o religiosos. Empero, no es ocioso señalar que éste tipo de fenómeno se manifiesta en la realidad de distintas formas como por ejemplo en su representación física, biológica y cultural. No obstante, los crímenes internacionales no se definen exclusiva y únicamente a través del genocidio, sino que su explicación parte también de otros tipos de fenómenos como la *lesa humanidad*, la *guerra* y la *agresión*<sup>277</sup>.

Pues bien, dicho fenómeno indeseable y repugnante se ha manifestado a lo largo de los distintos estadios de la historia de la humanidad, quizá no con el mismo *definiendum* conceptual aunque el trasfondo sea la destrucción o exterminio. No obstante, partimos desde el estadio moderno de la historia que es en dicha fase donde ya se le identifica propiamente como genocidio. Así tenemos pues que en 1915 se suscita el primer gran genocidio de la historia moderna. En este genocidio la víctima es el pueblo armenio frente al impero otomano, el que llegó a masacrar en un año a un millón y medio de armenios de los más de dos millones que acaecieron en la Primera Guerra Mundial, tan solo por la simple razón de ser armenios... ser personas humanas diferentes a los otomanos y estar sujetas a dominación, nada

---

<sup>276</sup> Garzón Real, Baltasar; *Cuento de navidad. Es posible un mundo diferente*, Ed. Universidad Nacional de Quilmes/Prometeo 3010, Argentina, 2002. p.49.

<sup>277</sup> N. b. La explicación que realiza Gerhard Werle en su *Tratado de Derecho Penal Internacional* de estos crímenes resulta excepcional, véase, La parte especial así denominada por nosotros de dicho tratado que realmente se estructura de la tercera a la sexta parte de dicho tratado (pp.309-614).



más. Si se nos permite recordar, líneas arriba señalamos que el Derecho al igual que la Filosofía, llega tarde. Y en efecto, finalizada la Primera Guerra Mundial <“de egos”>, en agosto de 1920 las potencias aliadas firmaron con Turquía el famoso *Tratado de Sévres* donde se indica sujetar ante un Tribunal Penal Internacional a los autores de dicho genocidio. Como puede verse, se trata de un primer instrumento internacional en el que se habla de *crímenes contra la humanidad*. Empero, el tratado nunca fue ratificado merced de que fue boicoteado por las autoridades civiles y militares turcas. Como corolario, el *Tratado de Versalles* también una vez finalizada la Primera Gran Guerra, propuso la creación de un Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para enjuiciar al Kaiser Guillermo quien perdió la confrontación, así como a los criminales de guerra alemanes. Lamentablemente, la jurisdicción de éste Tribunal tampoco se materializó porque como lo apuntamos en el capítulo 1 de ésta investigación, el Kaiser Guillermo se refugió en Holanda y el gobierno de dicho país no accedió a la petición de entrega formulada por los vencedores de aquella primera contienda mundial. Sin embargo, pese a ello, los principios puestos en dicho instrumento constituyen un precedente claro de los Tribunales de Núremberg y Tokio de 1945 y 1948, al respecto lógicamente.

Luego, el segundo gran genocidio del siglo pasado (XX) se suscitó en Europa, que al igual que el genocidio dirigido en contra los armenios, no se persiguió ni juzgó. Este fenómeno, tuvo lugar en la URSS de Stalin por ahí de la época de los años 30. Tal fenómeno se originó porque las autoridades soviéticas aprobaron unas normas sobre colectivización de la tierra. Es por demás obvio que de dichos enjuagues, la clase que veía menoscavado su modo de vida mediante plumazos y decisiones de naturaleza política que redundaron en aquella aprobación protestara en contra de dichos disparates en zancos aducidos por las autoridades soviéticas de aquel tiempo. Ante esos momentos aciagos, los campesinos disidentes negaron la entrega de sus tierras al Estado y no obstante la resistencia accionada por aquellos héroes campesinos, la barbaridad y media traducida en masacre mas se ha tardado en ser castigada que en lo que fue ejecutada en contra de aquellos campesinos por la



sencilla razón de rehusarse a entregar lo que les pertenecía a sus verdugos políticos e ideológicos.

En lo que toca al tercer gran genocidio que es el que ha mostrado más de cerca lo que el hombre es capaz de realizar en nombre de su verdad unidimensional, el más cruento y conocido de todos, el que motivara el cambio de perspectiva de los Estados y el inicio de la acción legislativa internacional penal represiva, es decir, el que tuvo lugar en la Segunda Guerra Mundial a manos de A. Hitler y secuaces nazis: el Holocausto. Este fenómeno que aun hoy a casi sesenta y un años de distancia lastima nuestros más elementales sentidos se sintetizó en la eliminación de más de seis millones de judíos, miles de gitanos, homosexuales y discapacitados, en busca de la pureza de la raza aria y de la realización del sueño de A. Hitler que era unificar Oriente y Occidente en un solo imperio con una vida de mil años.

Realmente este genocidio vino a determinar el curso del Derecho internacional posmoderno *v.gr*: el penal internacional, el humanitario y la protección de los derechos humanos, porque finalizada la guerra y teniendo en cuenta la magnitud de las masacres, se impuso la necesidad de constituir un Tribunal Internacional que enjuiciara los crímenes cometidos<sup>278</sup>. Así pues, el 8 de diciembre de 1945 se aprobó

---

<sup>278</sup> *Sec.* con lo aducido por Baltasar Garzón Real la sentencia emitida por éste Tribunal Militar Internacional instaurado en Núremberg el 30 de septiembre de 1946, aplicó doce penas de muerte, siete penas privativas de libertad, tres absoluciones, y estableció nítidamente el concepto de responsabilidad individual por la comisión de crímenes contra el Derecho de gentes. Empero, éste dato no se contrapone con el que utilizamos en el cap. 1 de ésta indagación cuando expusimos con brevedad el proceso y los antecedentes de Núremberg ante el Tribunal Militar Internacional, particularmente cuando dicho tribunal pronunció fallo en el multicitado proceso, porque la diferencia entre la fecha aducida por el juez español y por nosotros es, concretamente, de un día. Para ser más claros, Baltasar Garzón aduce que fue el día 30 de septiembre de 1946 cuando emitió sentencia el Tribunal Militar Internacional; nosotros exponemos que el pronunciamiento de ese órgano militar fue el 1 de octubre de 1946, tal como lo refiere el historiador Alfred-Maurice de Sayas. El lector juzgara si es válido éste ejercicio de confrontación de datos. A nosotros no nos causa prurito el empleo de estas dos fechas aunque aparentemente manejen distintas precisiones porque realmente no altera lo que todos ya sabemos sobre los resultados de este juicio celebre: los primeros pasos evolutivos



el estatuto del Tribunal Internacional Militar de Núremberg donde se establecen los *VII principios* nurembergnianos los que ya hemos pergeñado en el capítulo 1 de esta indagación al mostrar la inferencia más relevante del segundo conflicto mundial armado además de algunas definiciones respecto de los crímenes contra la paz, de guerra, contra la humanidad, aunque no está de más rozar nuevamente tales principios e ideas, pero antes de hacerlo vale señalar que el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de la ONU decidió adoptar la resolución 95 con la denominación de <Conformación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg>, *a posteriori* el 21 de diciembre de 1947 la Asamblea General aprobó la resolución 177 respecto de la formulación de los principios reconocidos en el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, en la que se encarga a la Comisión de Derecho internacional que formule los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal. Dicha Comisión entre junio y julio de 1950 dejó establecido los VII Principios de Núremberg. Basta unos minutos de reflexión para tener en claro que los VII principios nurembergnianos establecen pues 1º el *principio de imputación personal*, 2º el *principio imperativo (ius cogens)*, 3º el *principio de no inmunidad soberana*, 4º el *principio de no obediencia debida*, 5º el *principio del debido proceso*, 6º el *principio de Justicia Penal Universal*, 7º el *principio de equiparación de las formas imperfectas a las perfectas de comisión*.

Así, *el primer principio* aduce que la responsabilidad es individual o personal de los acusados, mas no es colectiva, *i. e.* que toda persona que cometa un delito o crimen dentro del ámbito internacional es responsable por su comisión, por lo tanto está sujeto a castigo penal; *el segundo principio* sostiene que el hecho de que el Derecho estatal de un Estado no castigue con pena un acto que constituya delito o crimen conforme al Derecho internacional no exime a su autor de responsabilidad frente al mismo; *el tercer principio* determina que el hecho de que una persona que haya cometido un acto que constituya un crimen conforme al Derecho internacional

---

del Derecho penal internacional, la lucha por la justicia, la paz y el respeto a la humanidad.



en ejercicio de su cargo público (jefe de Estado o funcionario público) no lo exime de responsabilidad; el *cuarto principio* afirma que el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior no le exime de responsabilidad con base al Derecho internacional siempre que de *facto* haya tenido la posibilidad de elección moral, empero, esta circunstancia puede ser tomada en consideración para atenuar la pena si la justicia así lo requiere, sin embargo se repudia el principio de obediencia debida e inmunidad soberana invocados ambos como causa de justificación o de inculpabilidad por los autores de los hechos criminales; el *quinto principio* indica que toda persona acusada de cometer un crimen conforme al Derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho; el *sexto principio* plantea los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad son sancionados y castigados bajo el Derecho internacional, destacando además que en los Convenios de Ginebra de 1946 se encuentran enumeradas las infracciones perseguibles, estableciendo también la obligación para los Estados parte de imponer castigos penales adecuados a los autores materiales o morales que hayan cometido acciones ilícitas en tiempo de guerra, concretando con ello este principio para juzgar tales conductas indeseables; y por último, el *séptimo principio* sostiene que la complicidad en la comisión de crímenes contra la humanidad enumerados en el sexto principio es un crimen para el Derecho internacional. Respecto de las definiciones de estos crímenes se ciernen sobre asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros tratos inhumanos realizados contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Todo esto permite comprender la magnitud de lo que viene a significar los crímenes contra la humanidad que en consecuencia se estiman delictivos al margen de estar tipificados como delitos en la legislación interna del lugar de comisión.



Ahora bien, aludiendo al cuarto gran genocidio del siglo pasado, es el ejecutado a manos de las autoridades chinas sobre los ciudadanos nativos del Tíbet. Entre 1953 y 1958, China se instala en el país tibetano a través de su invasión, provocando una de las masacres más sistemáticas, crueles y persistentes en la historia reciente de la humanidad. Este es un tipo de genocidio étnico su origen deriva también por motivos religiosos. Solo que este tipo de genocidio consiste en invertir el índice de natalidad china sobre la tibetana *i. e.* en China los ciudadanos tienen la oportunidad de procrear un hijo por familia, pero los ciudadanos chinos instalados en el Tíbet son premiados por tener más de un hijo, por tanto a los ciudadanos tibetanos se les aplica la política china en su propia tierra consistente en procrear un solo hijo para así reducir su población que en definitiva se destina en ser minoría frente a la población china instalada en dicho país. El profesor G. Werle estudia minuciosamente este fenómeno llamándolo *medidas destinadas a impedir nacimientos* configurándose la *limpieza étnica* o bien *embarazos forzados* o *esterilización forzada* propias del crimen de lesa humanidad. Obviamente, hoy por hoy, este genocidio no ha sido perseguido, ni las autoridades chinas conducidas ante un Tribunal Penal Internacional.

Ahora, por lo que respecta al quinto gran genocidio del siglo XX que ciertamente posee las características de un <auto-genocidio o destrucción parcial del propio grupo nacional divergente en ideología>, tuvo lugar en los años 70 en Camboya a manos de los Jemer Rojos que era un organización dirigida por Pol Pot. En éste caso, China se ha negado en materializar la propuesta hecha por los Estados Unidos de enjuiciar a esta organización y líder. Afortunadamente, hoy en día se están realizando incansables negociaciones para constituir un Tribunal penal *ad hoc* entre la ONU y las autoridades camboyanas. Como podemos denotar, estos genocidios son al menos los que demuestran la magnitud de capacidad de destrucción que puede general el ser humano cuando se aparta del derrotero del Derecho y la justicia. No impresiona realmente entender que este tipo de fenómenos por lo general son propiciados por aquellos que integran las super-estructuras



políticas, militares, religiosas, económicas entre otras que obviamente, dejan en claro el sello de origen: la impunidad y el abuso del poder. Queda así de relieve que, el genocidio, si bien es cierto, es solo una de las tantas razones que justifican y fundan la necesidad que tienen los Estados miembros de la comunidad internacional de crear instrumentos legítimos y legales para afrontar a la *impunidad*, también vale señalar que desde la política criminal lo prioritario sigue siendo lograr que los autores de este tipo de crimen internacional respondan ante la justicia alcanzable a través del Derecho y su imperio.

Cabe aducir que hasta este momento no hemos sido lo suficientemente claros en exponer según la lógica más elemental uno de los auténticos fines de los Tribunales penales internacionales como lo es el cristalizar *la justicia penal internacional*. Recordemos que líneas arriba nos cuestionábamos qué es lo que empuja a los Estados a crear andamios e institutos jurídicos para erradicar a la impunidad, y como respuesta referimos que, sin duda alguna, es la presencia de la violación masiva a los derechos más básicos de la humanidad. En efecto, para ser claros y extensivos sostenemos sin temor a error que desde la globalización del Derecho, o sea, en su internacionalización, los Estados tienen la obligación -en el entendido de que los pactos son para cumplirse- de posibilitar mecanismos, instrumentos y estructuras necesarias a través del Derecho para combatir los crímenes proferidos en contra de la humanidad. Es por esto que existen formas posibles de asumir la investigación y enjuiciamiento para este tipo de crímenes en sede nacional e internacional como ya se ha señalado.

Así pues, siendo más concretos, la *jurisdicción prioritaria* vinculada con la jurisdicción universal, radica en que los Estados tienen la posibilidad de pactar la creación de Tribunales penales *ad hoc* como: el de Núremberg y Tokio; ExYugoslavia y Ruanda; y el de Sierra Leona para juzgar crímenes de lesa humanidad y de guerra, violaciones graves al Derecho internacional humanitario y delitos tipificados en la legislación de Sierra Leona; y Tribunales permanentes. Sin embargo, es válido e instructivo preguntarse lo siguiente ¿existe únicamente una





sola forma (nomológica) de construcción de la justicia penal internacional? La respuesta enfática es, no. Existen a juicio de los expertos, tres modos posibles de llevar a cabo dicha tarea. La *primera* se puede presentar en virtud de la celebración de Convenio o Tratado internacional, aunque es un medio constitutivo lento y falto de aplicación, pero el más razonable y legal; la *segunda* se manifiesta en razón de recomendaciones elaboradas por decisión de la Asamblea General de la ONU, pero este resquicio adolece de escollos de tiempo y de falta de competencia obligatoria del Tribunal que se cree debido a que solo se trata de recomendaciones vertidas por la Asamblea General de la ONU; la *tercera* estriba en el acuerdo que determinen los miembros del Consejo de Seguridad de la ONU según el cap. VII de la Carta de las Naciones Unidas. Tal decisión puede estimarse como una forma de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Esta posibilidad toma como ventaja a la obligatoriedad para todos los países que adopten las medidas básicas para ejecutar la decisión de órgano de la ONU. Empero, este modo puede resultar impositivo ó selectivo circunscrito a los modos y tiempos que fije dicho consejo, y hasta cierto punto objetable por el hecho de que un órgano político crea y controla a otro de naturaleza judicial.

Así pues, nos queda claro que los Estados miembros de la comunidad internacional son los que pueden -ya sea desde su organización interna o externa- hacer que la idea de una justicia penal internacional sea un acontecimiento real, dado que el Derecho internacional les muestra -desde sus propias reglas- las formas en que pueden arribar a una decisión que permita satisfacer el objetivo aducido, empero, a juicio propio, consideramos no de manera única sino como una de las tantas posibilidades existentes de enfrentar y resolver la magnitud de las patologías criminales que derivan de la comisión de los crímenes internacionales aquí rozados y cuestionados que el Derecho sin bien es cierto, no es el único instrumento de consolidación de la justicia penal internacional es un mecanismo *per se* razonable que pone límites -expresados en la tipificación de delitos o crímenes internacionales, así como en el respeto debido a los derechos humanos- a hechos ilícitos





sancionables relacionados con asesinatos, exterminios y todo aquello que se vincule con crímenes contra la humanidad. Es por ello que nosotros nos adherimos en uso de nuestro *animus retorquendi* a los actuales tendencias del Derecho penal internacional como las derivadas de los razonamientos de G. Werle, las que muestran un diagnóstico -hasta cierto punto idóneo, dado que el Derecho internacional actual se encuentra en pleno desarrollo- respecto del papel que juega el Derecho penal internacional en el orden jurídico internacional, máxime porque el desarrollo de la jurisdicción internacional pertenece a todos los Estados civilizados que buscan integrar una auténtica red de pretensiones penales concernientes a crímenes de Derecho internacional a nivel mundial, en esto redundando claramente el desarrollo y fortalecimiento de la justicia universal. Creemos que con lo anterior se aclara la idea básica de este tópico. No obstante, ya para finalizar estimamos que los tribunales penales internacionales -en especial la Corte Penal Internacional- son realmente una alternativa idónea para poner límites a las transgresiones proferidas contra bienes jurídicos de alta estima como por ejemplo la dignidad y la humanidad de las personas, así como a los abusos de poder. Los Tribunales penales internacionales constituyen la *regla* que rige un aspecto del principio de jurisdicción universal, dado que el otro aspecto se constituye por *excepción*, pues la justicia universal puede invocarse por terceros Estados, de ahí que ambas estén posibilitadas para impedir la proliferación de la impunidad.

#### **4.6 La inmunidad en sus tres aspectos no es sinónimo de impunidad**

**B**ien, en este espacio resulta interesante establecer de manera concreta algunas razones que constituyen el sentido de la idea de *inmunidad*, sus acotaciones, sus nexos con otras ideas creadas por el Derecho penal internacional, así como sus límites entendidos como punto de conexión con otra idea que deriva naturalmente del uso desmesurado de la protección por cargo en el ámbito internacional. Al uso exacerbado de dicha protección se le conoce como *impunidad*, porque el tiene como principal objetivo justificar <intereses> funcionales y/o personales (acciones ilícitas) de los autores más poderosos que propician



transgresiones –por medio de hechos graves- a determinados derechos y bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional actual. Empero, a ésta no se le debe confundir con *inmunidad*. Veamos por qué.

Así, por *inmunidad* -sostienen los penal-internacionalistas- se entiende aquella protección que se les brinda por virtud del Derecho internacional a ciertas personas que desempeñan cargos oficiales (especialmente en el ámbito penal); algunos estudiosos de la UNAM sostienen que la inmunidad es una exención de ciertas cargas, gravámenes o penas, o bien, privilegios concedidos a jefes de Estados y agentes diplomáticos por virtud de la cual no pueden ser sometidos a la jurisdicción de los tribunales de los países en que ejercen sus funciones. Sin embargo, lo que resulta atractivo es comprender que la inmunidad y el derecho penal internacional están realmente conectados<sup>279</sup> dado que desde el Derecho internacional moderno queda claro que las personas que desempeñan determinados cargos oficiales, al igual que sus acciones derivadas del ejercicio de dichos cargos gozan de *<protección>* ante jurisdicciones penales extranjeras, de ahí su vínculo con el Derecho penal; pues si bien es cierto para el Derecho penal, tratándose de aquel que se desarrolla en el ámbito internacional resulta realmente relevante la figura de inmunidad puesto que en la comisión de crímenes de Derecho internacional suele participar el Estado.

Ahora bien, la inmunidad como idea, participa de ciertas características que le dan una explicación más extensiva por decirlo de algún modo. Así pues, tenemos que la inmunidad en el Derecho penal internacional se caracteriza por dos ideas: la *primera* en razón del principio de igualdad soberana de todos los Estados según el cual ningún Estado puede juzgar a otro; la *segunda* esgrime que el mantenimiento de

---

<sup>279</sup> N. b. Esta delicada relación de tensión entre esta dos figuras la relaja el Derecho internacional moderno casi por completo a favor del Derecho penal internacional, salvo cuando se trata de determinados altos cargos de un Estado quedando fuera del alcance del Derecho penal internacional o bien, cuando depende del tipo de crimen imputado, además de que éste se encuentre contemplado en el Derecho internacional, lo cual lleva a ponderar sobre el posible levantamiento de la inmunidad a determinada persona que goce de ella; fuera de estos casos, la soberanía estatal y el mantenimiento de las relaciones interestatales ceden ante el castigo efectivo.



la capacidad funcional de las relaciones interestatales requiere de un mínimo de libertad de acción y movimiento en el exterior por parte de los agentes del Estado. Otra característica de la inmunidad muestra *grosso modo* que según el ámbito de aplicación y sus efectos se puede distinguir desde una óptica tradicionalmente entre *inmunidad funcional*<sup>280</sup> e *inmunidad personal*<sup>281</sup>.

Veamos en que estriba la inmunidad personal limitada de los jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros de Asuntos Exteriores y diplomáticos. Ya decíamos en principio que la inmunidad personal de la que gozan fundamentalmente los funcionarios ya mencionados *únicamente sirve para impedir u obstaculizar procesalmente su persecución penal por crímenes de Derecho internacional durante el tiempo que ejercen su cargo*, siendo válida frente a la competencia penal de los

---

<sup>280</sup> N. b. Esta inmunidad se desarrolla desde la perspectiva jurídico-material, su efecto temporal es ilimitado, tiene un estrecho vínculo con la política exterior, su alegación no procede dentro del proceso seguido ante la jurisdicción internacional, tampoco puede oponerse frente a la Administración de Justicia penal de los Estados según así lo establecido por el Derecho internacional consuetudinario, ejemplo de este tipo de inmunidad mañosamente alegada se observa en el caso de A. Pinochet, caso que J. Guadalupe Luna Altamirano describe con claridad, y que a *later* G. Werle también lo hace partiendo de su excepcional forma de documentar dicho caso. A nuestro juicio y según lo expuesto por los referidos autores, se explica de modo implícito el desarrollo del principio de justicia universal que establece -por excepción- la competencia que pueden ejercer terceros Estados en razón de su facultad de castigar. Esta excepción de competencia o jurisdicción penal rompe con la vieja idea de inmunidad de jefe de Estado (cargo oficial del autor). Con todo, esta inmunidad funcional no es obstáculo para la persecución de crímenes internacionales por parte de la Corte Penal Internacional.

<sup>281</sup> N. b. Esta inmunidad afecta a todos los actos oficiales, actos que son imputables al Estado, también la responsabilidad de Derecho internacional a que den lugar esos actos recaerá exclusivamente en el Estado y no en el funcionario que actúa. Si el autor actúa en el ejercicio de un cargo oficial *i. e.* como ministro, policía o soldado, la inmunidad personal impide el nacimiento de la responsabilidad penal individual. Realmente, esta inmunidad se otorga a un círculo cerrado de funcionarios del Estado (jefes de Estado y diplomáticos; jefes de Gobierno y ministros de Asuntos Exteriores) cuya libre actuación en el espacio de las relaciones de Derecho internacional es especialmente para la capacidad funcional de su Estado. Téngase en cuenta que la inmunidad personal no impide la punibilidad en sí sino mas bien constituye un óbice procesal. Este tipo de inmunidad termina con el periodo con el que se desarrolla la función pública, dando lugar a que dicho exfuncionario sea requerido judicialmente por actos sancionados también en el extranjero, incluso cuando se hubiesen realizado durante el periodo temporal de desarrollo de la función pública.



Estados. Esta inmunidad personal irradia protección básicamente hasta que finaliza el cargo o función pública desempeñada por dichos funcionarios, el óbice procesal cesa al transcurrir el tiempo de ejercicio del cargo. A partir de ello, puede perseguirse sin restricciones de ninguna índole a los exfuncionarios multireferidos tal como sucedió en los procesos de Núremberg en contra del sucesor de A. Hitler: Karl Dönitz por poner un ejemplo.

De esta manera, lo que se persigue *de lege ferenda* es que los efectos procesales de la inmunidad -atribuida a personas que actualmente desempeñen un cargo- queden absolutamente excluidos si es un Tribunal internacional quien persigue, por esto los penal internacionalistas sostienen que en el futuro la validez de la exclusión de la inmunidad como costumbre internacional tendrá relevancia sobre todo en relación con el posible enjuiciamiento por parte de la Corte Penal Internacional de los más altos representantes de Estados no partes del tratado. Palabras más, palabras menos: el castigo de los crímenes contra la humanidad no se ve coartado por las inmunidades de Derecho interno ni por las reconocidas internacionalmente. Con la posiblemente única excepción de la inmunidad personal, la persecución internacional es siempre posible, y por lo que atañe a la Corte Penal Internacional lo anterior es válido aunque la prerrogativa de inmunidad del autor se desprenda de la legislación de un Estado no parte o contratante, o bien aunque en la legislación de un Estado no parte o contratante, el delito perseguible por Tribunal internacional haya prescrito, porque en efecto, según el estatuto de la Corte Penal Internacional la prescripción del delito y la inmunidad del autor no impiden la persecución del hecho por la Corte Penal Internacional, de allí que los crímenes internacionales de competencia de dicho órgano sean *imprescriptibles*, independientemente de los instrumentos internacionales existentes que se ocupen de la imprescriptibilidad de los crímenes de genocidio y lesa humanidad.

Vale destacar que la inmunidad personal atribuida a jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros de Asuntos Exteriores y diplomáticos es una idea que se encuentra -como lo señalamos al inicio de este tópico- relacionada con otras ideas



esgrimidas por el Derecho internacional moderno como lo es la de *responsabilidad* de los jefes y otros superiores, la de *circunstancias eximentes de responsabilidad penal*<sup>282</sup>. Efectivamente, la inmunidad *no* obstaculiza los fines del Derecho internacional moderno, consuetudinario y penal internacional que son entre otras razones hacer penalmente responsable<sup>283</sup> al dirigente militar o superior civil por crímenes de Derecho internacional cometidos por subordinados, ítem de los subordinados que actúan en cumplimiento de <una orden superior>.

Dicho sea de paso: la idea de inmunidad tiene un margen de permisión el cual queda trazado por el Derecho penal internacional en el instante en que esta esfera normativa internacional desarrolla criterios pertinentes a la responsabilidad personal (*ratio personae*) de los jefes, superiores y subordinados, a los alcances del actuar de estos en cumplimiento de órdenes de aquellos, amén de las circunstancias eximentes de responsabilidad que se vinculan con ese actuar regulado por el Derecho internacional consuetudinario, pero que a ojo desnudo el Derecho internacional moderno y el penal internacional no lo observan entre hombros, más bien lo miran de frente al considerarlo como razón que propicia responsabilidad penal internacional.

Efectivamente, se comenta que en la práctica del Derecho penal internacional se han invocado jurídicamente otras circunstancias significativas que exentan de responsabilidad penal internacional, así por ejemplo; tratándose de imputaciones por crímenes de guerra, de genocidio o lesa humanidad, los defensores de aquellos que han sido acusados por la comisión de dichos crímenes (sin estimar in extenso todo el abanico de tipos penales regulados por las esferas normativas penales internacionales) alegan -tratándose de crímenes de guerra- para desvirtuar la responsabilidad y reprochabilidad atribuida a sus defensos, algunas circunstancias

---

<sup>282</sup> N. b. Estas son solo algunas de la abundante variedad de ideas que viene esgrimiendo, hoy por hoy, el actual Derecho penal internacional.

<sup>283</sup> N. b. Puede entenderse también dicha oración como: *atribución de responsabilidad penal internacional* y, que por lo tanto, viene a concebir a la *culpabilidad internacional*.



eximentes como las *represalias*<sup>284</sup>, el *estado de necesidad militar*, la *colisión de deberes*, la *objeción del <tú también>* ahora inoperante tras la Segunda Guerra Mundial. En forma paralela, cuando la responsabilidad se vincula con crímenes de genocidio o lesa humanidad las causas eximentes se presentan por supuestos excepcionales con independencia de las eximentes más significativas como *el actuar en cumplimiento de órdenes* o el *estado de necesidad*. Empero, es un tema recientemente nuevo dentro del Derecho penal internacional dada la evolución del mismo y que en cierto modo después de los procesos de Núremberg se cristalizaron en el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> N. b. Al respecto de esta circunstancia eximente de responsabilidad penal contemplada ya por el Derecho internacional del siglo XIX como *sanción* según lo expuesto por H. Kelsen en su *Teoría pura del Derecho*, se han escrito ideas muy interesantes y controvertidas. Por ejemplo, el profesor H. Kelsen la estima como una sanción permitida pero también prohibida (delito) bajo otras circunstancias por el Derecho internacional, al igual que como una *ocupación limitada*, o también como *acto coactivo (intervención)*. Con todo, esta tesis al afirmar que las represalias y la guerra como guerra o *bellum iustum* constituyen sanciones del Derecho internacional, no hace más que justificar: 1°.- el monismo del Derecho interno con el externo; 2°.- interpretaciones lisa y extremadamente formalistas de las esferas normativas (ergotismo jurídico); y 3°.- intervenciones que como sanciones son dirigidas a privar vidas, libertades, bienes estatales, privados, económicos, jurídicos en nombre de la ficción jurídica de que se atribuyeron al Estado, que desde el punto de vista más común y profundo se sabe que el Estado no es una abstracción, es un hecho compuesto por población, territorio, gobierno, y demás características que se le atribuyan. Tal tesis raya en lo normológico, en una perspectiva incompleta e imperialista. Empero, invitamos al auditorio a que reflexione los presupuestos esgrimidos por el profesor H. Kelsen vertidos en su *opus magnum*, de modo concreto lo que establece en el cap. VII, lugar donde esboza sus impresiones inacabadas sobre el Derecho internacional. Naturalmente, nosotros en muchos de sus postulados no somos de su parecer por el hecho de que dicho profesor fue un investigador que difícilmente aceptó -quizá por las circunstancias que le tocó vivir- la relación de su lógica con otras lógicas aspecto que, en efecto, redundaba en una ideología, en una utopía, en una acotación perteneciente a uno de los múltiples caminos que llevan a la sede de la ciencia, pero no el único y verdadero. Recuérdese que dicho posicionamiento asumido por el jefe de la escuela de Viena ha quedado criticado y desarrollado en el cap.3 de esta investigación con más detenimiento.

<sup>285</sup> Véase, por ejemplo la *pte. III* de dicho instrumento internacional, al igual que su art. 31 y su pfo. 1 y 3, también su art. 21. En este instrumento internacional se prevé circunstancias eximentes de responsabilidad penal como la legítima defensa, el estado de necesidad, el actuar en cumplimiento de órdenes, la enfermedad o incapacidad mental,



Ahora, esto que se esgrime se ha limitado a lo estrictamente jurídico, empero, políticamente también se ha tratado de eximir de responsabilidad penal internacional o de ser enjuiciados a los imputados por crímenes internacionales, recurriendo a la creación de *leyes de obediencia debida* y *punto final*, a la diplomacia exterior, o bien, a la elaboración de *acuerdos de inmunidad* con el firme propósito de evadir la acción de la justicia punitiva y sustraerse de las sanciones penales que se le atribuyan. Por obra, el Derecho penal internacional y el internacional moderno razonablemente buscan socavar esa hipocresía política construyendo límites y cerrando puertas de salida a los responsables por la comisión de crímenes internacionales y violaciones a los derechos humanos. En este caso, tal “eximente de responsabilidad” ornamentada *ex profeso* -en ley o a acuerdo- desde el sincretismo político es lo que verdaderamente propicia impunidad.

Entonces, el hecho de que existan jurídica y políticamente *eximentes de responsabilidad* no significa que la comisión de crímenes internacionales se encuentre por entero permitida. Es, sencillamente, entender que las circunstancias eximentes son uno de los puntos de apoyo en que puede sostenerse la *defensa* cuando en realidad concurren dichas excepciones al castigo pleno. Lo que sí es descabellado a nuestro juicio es que los gobernantes encubridores de sus subordinados utilicen los mecanismos e institutos creados para solucionar -vía olvido- los problemas inherentes a sus sociedades con el fin de solapar sus acciones, intereses de cuadro... posibilidades que delegan a cortesanos puestos a su servicio a cambio de poder y de riqueza. Procesalmente hablando, el Derecho es un instrumento de doble filo que a falta de entendimiento moral, es utilizado como mero instrumento que lleva al éxito como tal, no a los fines de la justicia, ni siquiera al entendimiento mutuo de la comunidad internacional. Lo relevante es que el Derecho bien entendido no busca excluir otras esferas normativas, sino más bien, pretende -aunque solo sea por el momento teóricamente- poner límites a la radicalización de

---

intoxicación y las demás según lo confirma el art. 31.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en relación con art. 31 pfo. 1, y el art. 21 del referido instrumento.





tales esferas (política, Derecho, moral, ética, etc.) mas no excluirlas o ignorarlas como pretendía ideológicamente el profesor H. Kelsen, al menos no en el mundo real es posible cristalizar tan mandrágora idea de objetividad de las esferas normativas, particularmente la del Derecho.

Para ser más claros, lo que buscamos decir sumadas todas las razones de este subpunto es que la tan delicada idea de *inmunidad* oscila entre responsabilidad y circunstancias eximentes de esta (naturalmente la jurídica). Su trato con estos extremos debe ser en verdad cuidadoso ya que puede ser invocada para obstruir políticamente los alcances de la justicia universal, desvirtuando cualquier elemento de responsabilidad penal internacional que pueda demostrarse con respecto a la comisión de crímenes internacionales. La inmunidad como se sostuvo anteriormente, no es una razón inexpugnable que fácilmente pueda sustraerse de la sede de la responsabilidad penal individual, más aún, la argumentación esgrimida a su favor difícilmente puede adherir a aquellos a los que pretenda convencer de sus razones de ser, pues si bien es cierto, la imputación personal es un criterio fuerte que determina el grado de reprochabilidad de la acción manifestada en el hecho criminal concreto y con esto difícilmente la apelación a la inmunidad puede prosperar. Tratándose de las circunstancias eximentes de responsabilidad, su invocación en procesos en donde operen, puede inducir en el hecho de que durante la prosecución de aquellos se condene a inocentes y se absuelva a culpables, y es aquí donde la *duda* viene a ser el badén que impide determinar claramente el nexo entre culpabilidad y acción, y en consecuencia, el merecimiento de sanción; precisamente porque en el caso de la eximente de *actuar en cumplimiento de órdenes* invocada mañosamente, ésta desvirtúa la imputación personal y por antonomasia el tipo penal o crimen internacional; más aún, ya no se diga políticamente, pues desde esta esfera normativa de la política real, como hemos precisado, es obvio que lo que se busca es eximir de responsabilidad a criminales por medio de leyes y políticas que exoneran





sus atrocidades<sup>286</sup> y barbaridades dirigidas en contra de la humanidad y de los derechos más elementales de todo ser humano, de ahí que bajo ningún concepto, la inmunidad en sus tres aspectos deba invocarse desmesuradamente.

Dicho lo anterior consideramos idóneo rozar brevemente -sin afán de exhaustividad- algunos datos que la historia a registrado en razón de la inmunidad, ello en la inteligencia de saber con más precisión y claridad cuáles han sido las razones para señalar que ésta figura del Derecho internacional no tiene por qué ser mal interpretada o mal utilizada por las cabezas que se ocupan de su estudio o de su puesta en práctica.

Utilizando las luces que nos presta la historia, el instituto de la inmunidad data del siglo XV y desde entonces se ha cuestionada con amplitud. En la segunda mitad del siglo XVI, María Estuardo reina de Escocia, es arrestada en Londres. Naturalmente, invoca la inmunidad soberana la cual es denegada por la Cámara de los Lores. Con catorce años de cárcel se decidió que fuera ejecutada vía decapitación. Con este acontecimiento histórico se fue desarrollando la concepción jurídica de la inmunidad que vino a redundar en las mentadas <leyes antigenocidio>. Este hecho en particular muestra que los soberanos no podían bajo ninguna circunstancia trastocar la sacralidad de la moral, mucho menos evadir su responsabilidad por la perpetración de hechos de guerra o de eliminación de

---

<sup>286</sup> P. ej. Las leyes de amnistía de Punto Final y Obediencia Debida expedidas injustificada y aberrantemente por el entonces Presidente Raúl Alfonsín en 1986 y 1987 en la República de Argentina, la política intolerante de las dictaduras como la del entonces Presidente de Argentina Rafael Videla, ítem de la desarrollada en la dictadura del General Augusto Pinochet Ugarte en Chile en los años 70 del pasado siglo; los Acuerdos de inmunidad elaborados por los Estados Unidos y ratificados por otros países y otros aspectos como la falta de ratificación de su firma (31 de diciembre de 2000) y el levantamiento de dicha signatura (6 de mayo de 2002) por parte de ese país respecto del reconocimiento al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; o tratándose de la extradición internacional, su tramitación está demasiado condicionada por requisitos formales (vía diplomática), amén de su lenta substanciación debido a los plazos legales establecidos para la misma, sin omitir, naturalmente, los mecanismos empleados por los abogados encaminados a dilatarla, los múltiples condicionantes implementados por la comunidad internacional que en vez de agilizarla la retardan inútilmente sin posibilidad de éxito.



poblaciones alegando inmunidad soberana. Ahora, si se comprende realmente como fue evolucionando la concepción jurídica de la inmunidad es sencillo precisar que a ella precede las *leyes de la humanidad*, después *crímenes contra la humanidad* y por último el *holocausto y genocidio*. Porque efectivamente en esta sucesión, particularmente cuando se hace referencia a los actos contra las leyes de la humanidad, existe un precedente de 29 de marzo de 1919 sentado por una *Comisión Multinacional de Responsabilidades* que se reunió en París integrada por juristas de los países vencedores de la Primera Gran Guerra en el cual se acordó establecer expresamente que la jerarquía de las personas en puestos de autoridad no supone que el rango, así que sea el más alto, debe en ninguna circunstancia proteger al que lo tiene de ninguna responsabilidad, cuando esa responsabilidad se haya establecido ante un Tribunal debidamente constituido. Dicho y hecho, tal Comisión se propuso la creación de un alto Tribunal integrado por jueces de diversos países, igualmente expuso la idea de enjuiciar a un ex jefe de Estado tratándose de atribuciones de atrocidades contra las *leyes y costumbres de la guerra* y las *leyes de la humanidad* porque la intención de dicha Comisión era precisamente juzgar tanto a subordinados como a superiores.

Con esto la multireferida Comisión estableció las responsabilidades en dos supuestos: 1º.- actos que propician una guerra mundial y su inicio, y 2º.- actos que suponen violaciones de las leyes y costumbres de la guerra y las leyes de la humanidad. Como era de esperarse, los aliados de la Primera Gran Guerra tal es el caso de Inglaterra lo aceptaron sin reparo, pero Estados Unidos y Japón no lo aceptaron. No obstante, se acusó públicamente al ex emperador alemán Guillermo II de Hohenlohe por su ofensa suprema contra la moralidad internacional y lo sagrado de los tratados. El Tribunal se erigió pero nunca se logró el enjuiciamiento del referido personaje porque el gobierno de Holanda no accedió a su extradición formulada por los países vencedores. A pesar de esto, su inmunidad soberana fue levantada.



Caso similar tenemos en la Segunda Guerra Mundial, donde con los procesos de Núremberg se logró cristalizar lo que en la Primera Guerra Mundial no se logró que fuese el llevar a juicio a los principales criminales de guerra. En este acontecimiento los aliados fueron más efectivos porque levantaron la inmunidad de jefe de Estado desconociéndola como eximente de responsabilidad o como razón para un menor castigo, sentaron precedentes para el Derecho penal internacional, sentenciaron y ejecutaron criminales haciendo valer el imperio del Derecho internacional. Tratándose de inmunidad diplomática ésta tradicionalmente es reconocida por el Derecho internacional, y su inmunidad termina cuando los diplomáticos y ministros de asuntos exteriores concluyen su periodo de ejercicio de funciones, por tanto la punibilidad no queda obstruida y se les puede exigir responsabilidad penal internacional, claro, esto se posibilita desde la nueva óptica del Derecho penal internacional.

Hasta ahora hemos planteado claramente lo más destacado que ha venido esgrimiendo el Derecho penal internacional sobre la idea de inmunidad, así como sus alcances, limitaciones y dificultades; pero no ignoramos que solo hemos rozado parte de la idea principal que encierra este tópico, de tal forma que resulta apropiado argumentar otras nuevas razones suministradas por la literatura jurídica en general del porque sostenemos que la inmunidad en sus tres aspectos no es sinónimo de impunidad, no obstante aún cuando ésta se encuentre vigente no puede pensarse que por antonomasia conlleve a *extinciones de la acción penal y sus consecuencias jurídicas* como es el caso de la amnistía, el indulto o perdón, pero estas merecen un brevísimo comentario *in fine* de este tópico. No haya lugar a dudas, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su artículo 27 recoge el principio de *no inmunidad soberana*, es decir, los cargos oficiales que ostente una persona en ningún caso la exime de responsabilidad penal ni de reducción de la pena, los cargos oficiales no obstan el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional, por tanto, toda persona que cometa crímenes internacionales y quede probada su comisión es objeto de persecución y juzgamiento penal internacional, de ahí que la inmunidad soberana no equivale a violación de derechos humanos.



#### 4.7 Principales crímenes internacionales contra la humanidad

**E**l Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de la Corte Penal Internacional) codifica los crímenes de carácter internacional más graves contra la humanidad, antijurídicos internacionales de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Dichos crímenes son de competencia de la Corte Penal Internacional, de entre los que destacan:

Artículo 5 del Estatuto<sup>287</sup>:

- a) El crimen de genocidio
- b) Los crímenes de lesa humanidad
- c) Los crímenes de guerra
- d) El crimen de agresión

En este subpunto nos ocuparemos de los dos primeros incisos que a nuestro juicio son -de acuerdo a los hechos suscitados- los que marcaron indeleblemente la historia de la Segunda Guerra Mundial, así como el reciente e importante caso en el que se investigó y juzgó a un ex militar argentino por el *crimen de genocidio* (y otros tipos penales), los que importa hacer alusión en sentido reflexivo<sup>288</sup>. Bien, en dicha lógica ¿qué debe entenderse por genocidio? De modo genérico se debe entender por genocidio *todo acto perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal*: a) matanza de miembros del grupo, b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

---

<sup>287</sup> Roma, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

<sup>288</sup> Para tener una idea más amplia sobre estos antijurídicos, véase, Werle Gerhard; *Tratado de derecho penal internacional*, trads. Claudia Cárdenas Aravena, María del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodríguez, Antonio Muñoz Aunión, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 3ª pte, pp.309-344 y 349-418.



Ahora ¿qué se debe entender por crímenes de lesa humanidad? *Grosso modo*, se entienden como *los actos cometidos como parte de un ataque generalizado o bien, sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*: a) asesinato, b) exterminio, c) esclavitud, d) deportación o traslado forzoso de población, e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, f) tortura, g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, i) desaparición forzada de personas, j) el crimen de *apartheid*, k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

*Grosso modo*, las anteriores concepciones de los crímenes aludidos apenas permiten una aproximación general de sus significados, es decir, un acercamiento a sus componentes definitorios que conforman a cada uno de ellos. Frente a esto, se tiene la necesidad de enfatizar un poco más sobre dichos componentes. Así pues, hay que puntualizar primordialmente sobre el crimen de genocidio por tratarse de un injusto crimen relacionado directamente con los subpuntos del capítulo 5 de esta investigación<sup>289</sup>. Si entendemos bien, el crimen de genocidio es *el crimen último, la violación más atroz a los derechos del hombre que es posible cometer*, que siguiendo lo establecido en el artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la sociedad global tiene -por derecho y por ética- la obligación de investigarlo y sancionarlo.

Efectivamente, este tipo de crimen fractura la vida de determinados grupos humanos, valor tan importante para la humanidad y para el propio *ius gentium* o

---

<sup>289</sup> N. b. Principalmente vinculado con el tópico 5.2 del cap. 5 de ésta investigación.



derecho de los pueblos<sup>290</sup>. Lo que sucede realmente en la comisión de este antijurídico internacional es que se priva de la vida humana en dos sentidos: en lo individual y en lo colectivo.

Así, a través de este crimen indeseable se extermina de forma planificada y sistemática la vida de grupos enteros de personas tal como aconteció en la Europa de Hitler con los campos de concentración y exterminio creados *ex profeso* para los judíos y otros grupos humanos (holocausto o, ¿genocasto?), pues como bien apunta G. Werle:

*[...] Los genocidios han marcado especialmente la imagen del siglo XX. Así, en los inicios de la primera Guerra Mundial los armenios que vivían en Turquía fueron víctimas de una agresión exterminadora. Las estimaciones sobre el número de víctimas oscilan entre 500.000 y un millón de personas. El momento culminante de la historia del genocidio fue el Holocausto, el intento de eliminación de los judíos europeos por los nacionalsocialistas. Más de seis millones de judíos murieron bajo la política de exterminio iniciada por Hitler en el Tercer Reich. Tras la subida al poder de Hitler en 1933, los judíos en Alemania fueron gradualmente despojados de sus derechos y apartados de la sociedad. Se produjeron ataques a las instalaciones judías, detenciones arbitrarias e internamientos en campos de concentración. Luego, durante la Segunda Guerra Mundial, los nacionalsocialistas llevaron a cabo su ataque exterminador contra la población judía de Europa. Tras las fuerzas armadas alemanas, que avanzaban hacia el territorio de la Unión Soviética, los comandos de la SS se encargaban de matar a personas judías. En las ciudades más grandes, los judíos fueron confinados en guetos y deportados a campos de concentración y exterminio. Muchos ni siquiera sobrevivieron a la dureza de los transportes o murieron a causa de las condiciones inhumanas en los campos o como consecuencia de los trabajos forzados. Millones murieron en las cámaras de gas. No solo el número de víctimas, sino también la forma de actuación, el exterminio planeado burocráticamente y al final, por así decirlo, industrial, fundamentan la singularidad de este crimen. Como reacción al genocidio nacionalsocialista se adoptó en 1948 la Convención sobre el Genocidio. Pero las experiencias de la Segunda Guerra Mundial y la proscripción del genocidio no fueron suficientes como disuasión. Al final de los años 60 los sucesos en Nigeria conmovieron al mundo. La región oriental del país, habitada mayoritariamente por ibos, aspiraba a la independencia tras una ola de masacres a los miembros del grupo. En julio de 1967 estalló una guerra civil entre el gobierno y la región*

---

<sup>290</sup> Sec. con Joseph Ratzinger, es Francisco de Vitoria quien desarrolla la idea del *ius gentium*. Cfr. Habermas, Jürgen y Ratzinger, Joseph; *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, trads. Pablo Largo e Isabel Blanco, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2008.



*oriental en la que los ibos fueron víctimas de una lucha exterminadora: perdieron la vida entre 600.000 y un millón de pertenecientes a este grupo. Muchos fueron masacrados o fallecieron como consecuencia de una hambruna provocada dolosamente. También los sucesos en Bangladesh, Burundi, Etiopía, y Guatemala merecen mención. (En México al final de los años 60 y comienzo de los 70, los sucesos de Tlatelolco y el Halconazo, posteriormente, la matanza de Acteal en Chiapas; también merecen ser recordados por su trascendencia social, legal y política<sup>291</sup>). La historia de la respuesta penal al genocidio en el plano internacional puede esbozarse de forma breve. En el juicio contra los principales criminales de guerra alemanes ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg, el genocidio cometido contra los judíos europeos tuvo más bien un valor secundario. Tras el final de los sucesos, y a pesar de la adopción de la Convención sobre el Genocidio en 1948, pasaron casi 50 años hasta que con la constitución del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se creó un tribunal internacional –aunque de competencia limitada territorial y temporalmente– competente para la persecución del genocidio. Poco después el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instauró el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en un intento de reaccionar ante el genocidio en ese país. Con la creación de la Corte Penal Internacional existe por primera vez una instancia internacional competente para perseguir y castigar el genocidio en todo el mundo<sup>292</sup>.*

Por todo lo anterior, afirmamos que los principales crímenes internacionales contra la humanidad son crímenes de derecho internacional, de ahí la nomenclatura de *core crimes*, es decir, crímenes fundamentales de trascendencia para la comunidad internacional sujetos a la competencia de la Corte Penal Internacional (principio de jurisdicción internacional y principio de justicia universal). Bajo ningún concepto son prescriptibles, amnistiables ni amparables.

---

<sup>291</sup> N. b. Esta referencia es mía. El resto del llamado pertenece al autor citado.

<sup>292</sup> Werle, Gerhard; *Tratado de derecho penal internacional*, trads. Claudia Cárdenas Aravena, María del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodríguez, Antonio Muñoz Aunió, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.309-312.



#### 4.8 La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales de genocidio y contra la humanidad

El artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional impone que los crímenes de la competencia o conocimiento de la Corte no prescribirán<sup>293</sup>. Esto quiere decir que los crímenes más graves como el de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión propios de la esfera de competencia de la Corte Penal Internacional- son *imprescriptibles*, es decir, no prescribirá la acción para su persecución y castigo por el simple transcurso del tiempo<sup>294</sup>.

De lo anterior se colige de forma concreta que el genocidio y demás crímenes internacionales que van en contra tanto del orden internacional como de la misma humanidad son imprescriptibles, de ahí que la Corte Penal Internacional es competente para conocer, calificar y aplicar las sanciones de dichos tipos penales. De hecho, el Estatuto de Núremberg de 1945, los principios de 1946, los convenios de Ginebra, entre otros instrumentos internacionales<sup>295</sup> sanciona la imprescriptibilidad de los crímenes de genocidio y lesa humanidad.

Más allá, puede decirse que la imprescriptibilidad de dichos crímenes está sancionada por el Convenio de 1968, espacio de Derecho donde la comunidad global reconoce ese carácter esencial para ese tipo de injustos crímenes. En nuestra opinión, la imprescriptibilidad de esos crímenes constituye un auténtico principio general del ordenamiento internacional que participa directamente de los principios del *ius cogens* y con efectos generales para todos los Estados que lo reconozcan e incorporen en su Derecho interno, además de facilitar la aplicación tanto de los principios de justicia y jurisdicción universal.

---

<sup>293</sup> Roma, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.

<sup>294</sup> N. b. Existen múltiples estudios y reflexiones sobre la prescripción, de entre los cuales véase, Luna Altamirano, Jesús Guadalupe; *La extradición en México y otros países. Propuestas de reforma*, pról. de Genaro David Góngora Pimentel, Ed. Porrúa, México, 2000, pp.240-244.

<sup>295</sup> N. b. Para un estudio bastante completo sobre estas fuentes véase, Werle, Gerhard, *op. cit.*, n. 288, pp.104-124.





#### 4.9 Cosa juzgada

La institución de la *cosa juzgada* es un tema del Derecho procesal penal auténticamente discutible, digamos controvertible, principalmente al momento de contrastarse con la jurisdicción universal. El centro del debate reside en su aplicación o inaplicación tanto en el Derecho interno como el internacional. En efecto, la cosa juzgada puede concentrar distintos significados *v.gr.* en términos llanos para los procesalistas la cosa juzgada es el efecto de la sentencia que trasciende a toda clase de procesos vinculando a cualquier juzgador tratándose del mismo asunto impidiendo que el mismo se vuelva a juzgar ante la misma autoridad u otra en la inteligencia de que lo resuelto ha causado ejecutoria. En cambio, otros tratadistas afirman al respecto que es una cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio mediante decisión firme de los órganos sistémicos de Derecho. Ambos significados son genéricos, de tal suerte que lo más conveniente es ampliarlos para un mejor entendimiento sobre su campo de acción.

El artículo 20 del Estatuto de Roma<sup>296</sup> describe con precisión lo relativo a la cosa juzgada, y sobre ella impone que: 1º.- salvo lo que en el presente estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas que constituyan antijurídicos internacionales por los cuales ya se hubiere condenado o absuelto por la Corte, 2º.- nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto, 3º.- la Corte no procesará a nadie que haya sido encausado por otro tribunal en razón de los hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8, a menos que el proceso en el otro tribunal: a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, o b) no hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

---

<sup>296</sup> Roma, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998.



Es evidente que la cosa juzgada no se comprendería si no tuviese como fundamento el principio *non bis in idem*<sup>297</sup> <nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo injusto penal>. Ahora bien, al comienzo de este tópico señalamos que la cosa juzgada invita a una profunda reflexión máxime cuando ella es invocada en asuntos nacionales como internacionales en los que se controvierta hechos relacionados a crímenes o delitos internacionales. En esa tesitura, la cosa juzgada es un instrumento ambivalente (negativo y positivo), singularmente cuando es planteada e invocada en asuntos relevantes -como el caso del argentino Ricardo Miguel Cavallo, entre otros igualmente importantes- con el propósito de provocar el cierre de la litis sin importar realmente el fondo del asunto que, en ese caso particular, descansaba en la propia justicia internacional y en la protección de los derechos humanos. Lo anterior es así, porque del análisis del *amparo en revisión 140/ 2002* (caso Cavallo) se observa que la defensa del ex militar argentino invocó a la cosa juzgada sosteniendo en su momento que su cliente ya había sido procesado por un órgano de Derecho el cual determinó archivar el asunto como consecuencia de la promulgación de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, inmediatamente después de sobreseerse. Evidentemente, a través de lo anterior, la defensa de Cavallo intentó evitar poner sus alegaciones y argumentos jurídicos en sede de la justicia universal o jurisdicción internacional. Por justicia lisa y llana, no prosperó la actualización negativa de la cosa juzgada en dicho asunto de trascendencia internacional en el que México fue protagonista, aún con todo y las normas despenalizadoras conocidas como de Obediencia Debida y Punto Final, leyes totalmente contrarias al *ius cogens* internacional, a los tratados internacionales, a la eticidad y a la moralidad<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> N. b. Es una expresión latina que niega la posibilidad legal de incoar un nuevo proceso sobre una cuestión ya resuelta con otro anterior o de castigar dos veces un mismo hecho o conducta.

<sup>298</sup> N. b. Hoy por hoy, estas leyes de impunidad promulgadas en los 80 ya fueron derogadas por el parlamento argentino el 24 de marzo de 1998, tildadas de inconstitucionales y declaradas nulas el 06 de marzo de 2001 por sentencia del juez federal Gabriel Cavallo. A este respecto, véase, <http://www.elpais.com/todosobre/tema/final/impunidad/Argent> Consulta: 22 de noviembre, 2010.



Así pues, la cosa juzgada entendida desde el propio estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, resulta clara la idea de la prescripción contenida en el propio dispositivo 20 de dicho ordenamiento precisándose en ella que todo crimen internacional una vez juzgado o sujeto a proceso en virtud de la actividad de la jurisdicción universal ejercitada por la Corte Penal Internacional, su autor (es) no puede (n) ser juzgado (s) o incoado (s) dos veces por el mismo órgano jurisdiccional o por otro<sup>299</sup>.

Además de lo anterior, el principio de cosa juzgada por su misma naturaleza aborda otros ámbitos jurídicos como el derecho de cooperación internacional en materia penal. En esta materia, tal principio se apoya -como acontece en el propio Derecho penal internacional- en el principio *non bis in idem* tratándose de la extradición internacional:

*Cuando los hechos por los que se solicita la extradición, ya han sido objeto de un proceso en el Estado requerido y el reclamado fue condenado y cumplió la pena impuesta, o bien fue absuelto en sentencia firme, tal resolución da el carácter de cosa juzgada a los hechos por los que se siguió el juicio, y por lo mismo, no podrá el acusado ser juzgado nuevamente por los mismos. Este principio [...] constituye un obstáculo para que la extradición tenga éxito. El principio denominado non bis in idem establece una garantía de seguridad jurídica, que protege a un sujeto que después de haber sido juzgado en los términos de ley, se le dictó sentencia, que al adquirir la calidad de cosa juzgada, impide que al inculpado pueda, de nueva cuenta, seguirsele proceso por esos mismos hechos; esto es libera al inculpado de la amenaza de ser sujeto a un nuevo juicio penal, cuando ya en sentencia ejecutoriada, resultó absuelto o condenado [...] lo que prohíbe el principio non bis in idem, es que las consecuencias de una conducta se castiguen doblemente con la misma sanción, o bien, que la propia acción sea sometida a dos procedimientos diferentes y que en cada uno de ellos, se imponga idéntica punición [...] El principio non bis in idem tiene trascendencia en el plano internacional, pues en la mayoría de los tratados de extradición, especialmente en los países continentales, se acepta que ésta debe ser denegada, cuando los*

---

<sup>299</sup> N. b. Al parecer bajo esta idea se actualiza tanto la jurisdicción universal (Corte Penal Internacional) como la justicia universal (los Estados miembros de la comunidad internacional). En otras palabras: Derecho penal internacional de un lado, del otro Derecho de cooperación internacional en materia penal.



*tribunales del Estado requerido, con anterioridad a la solicitud de extradición, enjuiciaron y dictaron sentencia firme al reclamado por los mismos hechos, objeto de la petición<sup>300</sup>.*

Como puede verse, la cosa juzgada resulta ser un instituto procesal que en su practicidad puede ser utilizado para justificar pretensiones totalmente ajenas a la finalidad tanto de sus postulados más básicos como aquellos pertenecientes a un Estado democrático constitucional de Derecho como lo son la misma justicia y la tolerancia, de ahí que para muchos, la institución de la cosa juzgada sea una figura procesal limitada puesto que no siempre se alcanza a través de ella a la justicia, ni se evita la impunidad.

Lo anterior perfectamente se ejemplifica cuando de manera inmoral al principio de cosa juzgada se le amplía su campo de acción a través de leyes despenalizadoras<sup>301</sup> como las de *Obediencia debida* (23.521) y de *Punto Final* (23.492) expedidas en los años 1986-1987 durante la presidencia de Raúl Alfonsín con el propósito de exonerar a los militares argentinos que sirvieron a la dictadura militar de Rafael Videla en los años 1976-1983. Evidentemente, dicha ampliación se habilitó desde la propia política, pues a través de esta esfera se buscó impedir el enjuiciamiento a los militares argentinos que participaron en la comisión de delitos como el genocidio, tortura y desaparición de personas durante la dictadura militar señalada, o sea que, por medio de la política se buscó a toda costa y sustentándose en aquellas leyes despenalizadoras actualizar sin previo proceso judicial la institución de la cosa juzgada. Lo cierto es que ese tipo de leyes son normativas inmorales e inconstitucionales, totalmente incompatibles con los convenios internacionales, con el *ius cogens internacional* y con el derecho internacional.

---

<sup>300</sup> Véase, Luna Altamirano, Jesús Guadalupe; *La extradición en México y otros países. Propuestas de reforma*, pról. de Genaro David Góngora Pimentel, Ed. Porrúa, México, 2005, pp.166-168.

<sup>301</sup> O por medio de modalidades que disminuyen, anulan o extinguen los efectos de la acción persecutoria y juzgamiento de crímenes o delitos internacionales, entre ellas se tiene p. ej. la amnistía, el indulto o el perdón. Estas modalidades son facultades estatales, es decir, los estados son los únicos que pueden posibilitarlas.



De todo lo anterior, se colige la existencia de excepciones a la cosa juzgada, es decir que lo resuelto con firmeza de ley puede volver a redeterminarse siempre que la propia ley lo permita como sucede, *verbigracia*, con el código procesal penal alemán. Finalmente, estimamos que la cosa juzgada<sup>302</sup> no puede ser invocada en una investigación o durante un proceso judicial o extradicional únicamente para evadir tanto la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales, como sustraerse de la acción de la justicia; propiciando con ello impunidad e injusticia<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> N. b. Ni tampoco las leyes despenalizadoras u otro tipo de instrumentos jurídicos pertenecientes al orden jurídico total de un Estado.

<sup>303</sup> N. b. Como una idea opuesta a esta afirmación se tiene lo esgrimido por la defensa de R. M. Cavallo dentro del juicio amparo en revisión 140/2002. Al respecto esgrime: [...] *En los agravios que el quejoso y hoy recurrente identifica como "DÉCIMO TERCERO" y "DÉCIMO CUARTO", esencialmente alega que el Juez de Distrito, en la sentencia recurrida, no motivó debidamente el por qué le restó valor a las decisiones soberanas de Argentina, ya que en sus conceptos de violación argumentó que fue objeto de absolución por amnistía en la nación de Argentina, por lo que no puede ser juzgado dos veces por los mismos ilícitos, omitiendo valorar con ello que se lesiona la soberanía de Argentina, quien ya juzgó a las personas que participaron en los hechos ilícitos que se le atribuyen, esto es, en dicho país ya fueron juzgados los verdaderos responsables, por lo que el hecho de que un tercer país pretenda juzgar los mismos ilícitos que ya fueron resueltos en Argentina necesariamente lesiona la soberanía de ese Estado. Opuestamente a lo alegado por el quejoso, este Tribunal Pleno advierte que el Juez de Distrito a quo, en la sentencia recurrida, sí expuso los motivos y razones por los cuales desestimó los conceptos de violación en los cuales esencialmente alegó que fue absuelto por amnistía decretada por la República de Argentina y que en dicho país ya fueron sancionados los verdaderos culpables. En efecto, en la sentencia impugnada, el Juez de Distrito, expuso que la autoridad responsable en el acuerdo impugnado sí había expuesto las razones por las cuales consideró que al caso concreto no resultaban aplicables las leyes de amnistía invocadas por el inconforme, de Obediencia Debida y Punto Final, porque el hecho de que un Estado decidiera no ejercer su jurisdicción para perseguir delitos de corte internacional, no impedía que cualquier otro Estado del concierto mundial, pudiera hacer valer su propia jurisdicción, porque los tratados internacionales aplicables al caso concreto reconocían a cualquier Estado parte en los mismos, jurisdicción para perseguirlos, juzgarlos y castigarlos conforme a su legislación interna y a los propios tratados, con el afán de prevenir su impunidad, cuando el Estado que tenía jurisdicción en principio, ya fuese por razón del lugar de comisión de los delitos, por la nacionalidad del ofensor o por cualquier otro punto de contacto, se abstenia de ejercerla, ya sea como resultado de medidas internas o incluso en cumplimiento de obligaciones internacionales, fuesen convencionales o consuetudinarias, y que por ello, las leyes argentinas no podían vincular a otro Estado ni tenían el efecto legal para privarlo de una jurisdicción que podía ejercer, no sólo en virtud de su legislación interna, sino también con base en los tratados internacionales de que fuese parte, que la autoridad responsable*



también había expuesto que las leyes argentinas decidieron no juzgar ni castigar a los responsables de los delitos en cuestión, por lo que en caso de que otra jurisdicción lo hiciera, ese juicio y la sanción correspondiente ocurriría por primera ocasión y no se quebrantaría el principio de *non bis in ídem*, que por tanto, las decisiones internas adoptadas con objeto de impedir el procesamiento de una persona no podían ser vinculatorias para los tribunales de otros países. En segundo lugar, expuso el Juez de Distrito, porque aun cuando las indicadas leyes de Punto Final y Obediencia Debida constituían leyes de amnistía, existían diversos criterios sustentados por el derecho internacional, a los cuales debía atenderse para que pudiera considerarse que los efectos de una ley de esa naturaleza debían ser reconocidos dentro del país y en el plano internacional, encontrándose al respecto el Informe sobre la Impunidad de los Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos de la Subcomisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de mil novecientos noventa y seis, en virtud de la resolución 1995/35, de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Cuarenta y Ocho Sesión, Ginebra 1996, en la cual se establecieron los criterios para determinar cuándo se está frente a una ley de amnistía y las características que debe cubrir para tener efectos, entre los que se encuentran, la reparación de las víctimas y el conocimiento de la verdad de los hechos; así como la sentencia de catorce de marzo de dos mil uno, sobre el caso "Barrios Altos", emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía que tiendan a impedir la sanción de los responsable de violaciones graves a los derechos humanos. Que aunado a lo anterior, existía el hecho de que tales leyes eran contrarias a las Convenciones que establecían postulados con el propósito de asegurar el enjuiciamiento o castigo de las personas responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, entre los que se consignaban el genocidio y el terrorismo, motivo por el cual las mismas no eran obligatorias para los demás Estados miembros del concierto internacional, como México y España, quienes en nombre de la comunidad internacional, podían ejercer la jurisdicción extraterritorial, ya que en cumplimiento de las normas imperativas de carácter internacional no constituía propiamente una facultad potestativa sino una obligación, al respecto, el Juez de Distrito, invocó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo, Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa, de donde expuso se desprendían reglas de prohibición de carácter internacional de otorgar inmunidad o amnistía a cualquier persona por los delitos de genocidio y terrorismo, [Estas letras son mías: la ley de amparo no es ley de impunidad lo que pretendía a través de su uso Cavallo y su abogado] por lo que si un Estado emitía leyes dentro de su marco normativo que contravenían tales ordenamientos internacionales, aquéllas no obligaban a los demás Estados que tuvieran la obligación de perseguir y sancionar a los responsables de delitos internacionales, y como las leyes de Punto Final y Obediencia Debida se oponían a las disposiciones reconocidas en el marco internacional, no podían ser reconocidas y aceptadas por el Estado mexicano. También, expuso el Juez de Distrito, que con independencia de todo lo anterior las indicadas leyes habían sido derogadas, según las pruebas documentales remitidas por el Juez requirente, y que por ello no otorgaban ningún beneficio al impetrante. Que en lo que correspondía a la



La cosa juzgada tiene un claro propósito específico: que nadie sea juzgado dos veces por la misma conducta (s) o por el mismo hecho (s), por tanto, la cosa juzgada como tal no constituye de manera absoluta un límite infranqueable para el desarrollo del Derecho penal internacional, máxime cuando se tiene por objetivo proteger los derechos humanos y materializar el principio de universalidad.

---

*cosa juzgada alegada por el inconforme, expuso el Juez de Distrito, era indispensable que el hecho ilícito hubiese sido analizado bajo un proceso contencioso en el cual se haya determinado la responsabilidad de una persona en la comisión de un hecho ilícito o se le haya absuelto, hipótesis que no operaba en el caso concreto, por lo que no podía atribuírsele la categoría de cosa juzgada, porque el quejoso no había sido llevado ante la justicia argentina, de ahí que era indebido considerar que fuese juzgado y condenado dos veces por el mismo delito. Que en relación al argumento de que en Argentina ya habían sido juzgados los verdaderos culpables, expuso el Juez de Distrito que ello no constituía obstáculo para que otros individuos que, presumiblemente también tuvieran injerencia en los hechos ocurridos durante la dictadura militar argentina, también fueran procesados a fin de poder determinar válidamente si eran o no responsables en la comisión de los hechos ilícitos atribuidos, ya que cada inculpado respondía en la medida de su propia culpabilidad, motivo por el cual consideró que el hecho de que uno o varios inculpados hubiesen sido juzgados no era suficiente para que los restantes quedaran excluidos de la responsabilidad que legalmente a cada uno le correspondía, porque los efectos de una sentencias no eran erga omnes, sino que lo resuelto en ella sólo beneficiaba o perjudicaba a las partes, sin constituir verdad legal o cosa juzgada para terceros ajenos a la misma, invocando al respecto la tesis titulada: "SENTENCIAS EN MATERIA PENAL. SUS EFECTOS NO PERJUDICAN NI BENEFICIAN A PERSONAS SUJETAS A UN DIVERSO PROCESO AUTÓNOMO". Finalmente, expuso el Juez de Distrito, que la cosa juzgada derivada de sentencia dictada a favor o en contra de una persona distinta no podía beneficiarle al quejoso, porque en ningún momento alegaba que los hechos constitutivos del delito de genocidio o terrorismo fueran realizados exclusivamente por la persona sentenciada, además de que los hechos que se le atribuían habían sido cometidos por los militares participantes en el régimen que prevaleció en Argentina durante mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta y tres, entre los cuales se encontraba el quejoso, haciéndosele amputaciones directas y concretas constitutivas de los delitos imputados. Véase, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 140/2002, pp.594-598.*





#### 4.10 Breve reflexión sobre el debate actual que gira en torno a la extradición internacional

**E**n esta breve reflexión sobre lo que se ha venido planteado en torno a la extradición internacional partimos de tres tópicos clave los cuales vistos conjuntamente permiten identificar su nivel de problematización en su práctica dentro del ámbito internacional, máxime cuando se trata de alcanzar por medio de ella -en un sentido filosófico y práctico- la justicia universal<sup>304</sup>.

Efectivamente, existen múltiples debates y propuestas para el mejoramiento de las reglas que constituyen a la extradición internacional, pero también para su cancelación. Ambos puntos de referencia más temprano que tarde coinciden en alcanzar en sentido real la cristalización de la justicia global. Son múltiples las razones que influyen dichos puntos, unas son de carácter geopolítico e inevitablemente económico, otras son de carácter técnico-jurídico, social, ético y de justicia. Así podríamos enlistar muchas más razones pero no es el objetivo básico de este espacio de argumentación de tal suerte que solo se mencionan de forma expositiva las que a nuestro juicio delimitan el sentido de dichos puntos de referencia que se ocupan de este interesante instituto.

Ocupándonos directamente sobre el debate actual de esta institución, se tiene el argumento tradicional el cuál básicamente es el que se conserva diríase desde sus propios inicios (s. XVIII y XIX). Según este argumento, el procedimiento de extradición internacional tiene dos fases:

1. la intención de presentar petición formal de extradición de una persona y,
2. la petición formal de extradición.

Los pasos respecto de la primera son los siguientes: El Estado requirente manifiesta al Estado requerido por conducto de la Secretaria de Relaciones Exteriores la *intención* de presentar petición formal para la extradición de una

---

<sup>304</sup> N. b. También se le conoce bajo la nomenclatura de: principio de extraterritorialidad, además de estimarse como un principio de aplicación complementaria.





persona y que se adopten medidas precautorias. La petición debe contener la expresión del *injusto delito* por el cual se solicita la extradición y la manifestación de existir en contra del reclamado una orden de *aprehensión* emanada de autoridad competente. Así, la Secretaría de Relaciones Exteriores si considera que hay fundamento para la petición, la transmitirá al Procurador General de la República quien *ipso facto* promoverá ante el juez de Distrito que corresponda para que este dicte las medidas apropiadas que podrán consistir, a petición del Procurador, en arraigo o las que procedan conforme a los tratados o a las leyes de la materia. Posteriormente, si dentro de un término de dos meses que previene el artículo 119 de la Constitución política mexicana contado a partir de la fecha en que se hayan cumplimentado las medidas precautorias, no se presenta la petición formal de extradición a la Secretaría de Relaciones Exteriores, se levantarán de inmediato dichas medidas. El juez de Distrito que conozca del asunto notificará a la Secretaría de Relaciones Exteriores el inicio del plazo para que ésta, a su vez, lo haga del conocimiento del Estado requirente.

Respecto a la segunda, los pasos son: El Estado requirente presenta ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, petición formal de extradición y los documentos en que se apoye, que deberán contener; a) La expresión del injusto delito por lo que se pide la extradición, b) Las pruebas que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del reclamado. Cuando el individuo haya sido condenado por los tribunales del Estado requirente, bastará acompañar copia auténtica de la sentencia ejecutoriada, c) En caso de no existir tratado, la manifestación del Estado requirente de que llegado el caso otorgará la reciprocidad, que no será materia del proceso, ni aún como circunstancias agravantes, los delitos cometidos con anterioridad a la extradición, omitidos en la demanda e inconexos con los especificados en ella. El Estado requirente queda relevado de este compromiso si el inculpado consiente libremente en ser juzgado por ello o si permaneciendo en su territorio más de dos meses continuos en libertad absoluta para abandonarlo, no hace uso de esa facultad, que el presunto extraditado será sometido a tribunal competente, establecido por la ley con anterioridad al hecho que se le impute en la



demanda, para que se le juzgue y sentencie con las formalidades de Derecho, que será oído en defensa y se le facilitará los recursos legales en todo caso, aún cuando ya hubiere sido condenado en rebeldía, que si el delito que se le imputa al reclamado es punible en su legislación hasta con la pena de muerte o algunas de las señaladas en el 22 constitucional, solo se le impondrá la prisión o cualquier otra de menor gravedad que esa legislación fije para el caso, ya sea directamente o por substitución o conmutación, que no se concederá la extradición del mismo individuo a un tercer Estado, sino en los casos de excepción fijados, que proporcionará al Estado requerido una copia auténtica de la resolución ejecutoriada que se pronuncia en el proceso, d) La reproducción del texto de los preceptos de la ley del Estado requirente que definen el delito y determinen la pena, los que se refieren a la prescripción de la acción y de la pena aplicable y la declaración autorizada de su vigencia en la época en que se cometió el injusto delito, e) El texto auténtico de la orden de aprehensión, que en su caso, se haya librado en contra del reclamado, f) Los datos y antecedentes personales del reclamado que permitan su identificación, y siempre que sea posible, los conducentes a su localización.

Los documentos indicados y cualquier otro que se presente y estén redactados en idioma extranjero, deberán ser acompañados con su traducción al español y legalizados de acuerdo al Código Federal de Procedimientos Penales.

Luego, la Secretaria de Relaciones Exteriores, al recibir la petición formal de extradición la estudia y si la encuentra improcedente no la admite comunicándolo al Estado requirente, si no se hubieren reunido los requisitos establecidos en el tratado o en la ley de extradición lo hará del conocimiento del Estado solicitante para que subsane las omisiones o defectos que se le señalen y si en el plazo de dos meses no lo hace, se levantan las medidas precautorias, o bien, la admite y envía la requisitoria al Procurador General de la República. Este, promueve ante el juez de Distrito de la jurisdicción donde se encuentre el reclamado. Si no se conoce su paradero, será competente el juez de Distrito en materia penal en turno en el Distrito Federal y le pide que dicte auto mandando cumplir la requisitoria, que ordene la detención del



reclamado, que en su caso ordene el secuestro de papeles, dinero u otros objetos que se hallen en poder del reclamado, relacionados con el delito imputado o que puedan ser elementos de prueba cuando así lo hubiere pedido el Estado requirente.

Posteriormente, el juez de Distrito se enfoca en dos puntos, es decir, por un lado, obsequia el pedimento del Procurador, y por el otro extremo, una vez detenido el reclamado sin demora lo hará comparecer ante su presencia y le dará a conocer el contenido de la petición de extradición y los documentos que se acompañen a su solicitud. En esa lógica, el detenido en la audiencia a la que comparezca podrá nombrar defensor, y en caso de no contar con él, se le muestra una lista de defensores de oficio para que elija defensa, contrariamente, el juez lo hará en su lugar, etc. Luego, al detenido se le oirá en defensa por sí o mediante su defensor, disponiendo hasta de tres días para oponer excepciones que recaen en: a) que la petición de extradición no está ajustada al tratado o a la ley o, b) que es persona distinta de aquella cuya extradición se pide.

Las anteriores excepciones deben probarse, para ello el reclamado dispondrá de 20 días, plazo que de ser necesario puede ampliarse a efecto de satisfacer las subsecuentes requisitaciones y actuaciones. Así, el juez de Distrito, una vez concluido el plazo mencionado líneas arriba, o antes estando desahogadas las actuaciones necesarias, el juzgador dentro de los cinco días posteriores dará a conocer a la Secretaria de Relaciones Exteriores su *opinión jurídica* respecto de lo actuado y probado ante él, remitiéndole el expediente para que el canciller dicte su resolución. Si el extraditabile no opone excepciones el juez procederá sin más trámite dentro de tres días a emitir su opinión.

Finalmente, la Secretaria de Relaciones Exteriores, una vez visto el expediente y la opinión del juez, dentro de los 20 días siguientes, resolverá si concede o niega la extradición. En el mismo acuerdo, resolverá, de ser el caso, la entrega de los objetos secuestrados al detenido. A mayor profusión, en el supuesto de negar la extradición, la Secretaría del ramo ordenará que el reclamado sea puesto inmediatamente en libertad o en su caso si hubiere lugar a ello, a disposición de la



Representación Social para su investigación y si procediere su consignación ante los tribunales competentes. Ahora, en la inteligencia de conceder la extradición, la Secretaría del ramo notificará al reclamado, y si el mismo o su legítimo representante no interponen demanda de amparo, dentro del término de 15 días, o se le niega este, la Secretaria comunicará al Estado solicitante el acuerdo favorable a la extradición y ordenará la entrega del sujeto a extradición. Su entrega se hace previo aviso a la Secretaría de Gobernación por conducto de la Procuraduría General de la República al personal autorizado del Estado requirente en el puerto fronterizo, o en su caso, a bordo de la aeronave en que deba viajar el extraditado. La intervención de las autoridades mexicanas cesará en el momento en que la aeronave esté lista para emprender el vuelo. Cuando el Estado requirente deje pasar el término de 60 días naturales desde el día siguiente en que el reclamado quede a su disposición, sin hacerse cargo de él, entonces el extraditable recobrará su libertad sin que por ello pueda volver a ser detenido ni entregado al Estado requirente por el mismo injusto delito que motivo la solicitud de extradición. Como puede observarse, lo anterior representa concretamente los *pasos básicos* para la tramitación de la extradición internacional<sup>305</sup>, lo que representa sin más el punto de partida de su breve reflexión.

---

<sup>305</sup> En suma, el argumento institucional sobre la extradición internacional se resume básicamente en lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado mediante el criterio reiterado de que el procedimiento de extradición se encuentra dividido en tres períodos o fases perfectamente definidos, a saber: (sobre extradición internacional): a) el que se inicia con la manifestación de intención de presentar formal petición de extradición, en la que el Estado solicitante expresa el delito por el cual se pedirá la extradición y que existe en contra del reclamado una orden de aprehensión emanada de autoridad competente; o en su caso, a falta de tal manifestación, el que inicia directamente con la solicitud formal de extradición, la que debe cumplir con los requisitos que establece el artículo 16 de la Ley de Extradición Internacional o los previstos en el Tratado Extraditorio correspondiente; b) el que comienza con la decisión de la Secretaría de Relaciones Exteriores de admitir la petición, por estar satisfechos los requisitos legales correspondientes, etapa en la que a instancia del Procurador General de la República, interviene un Juez Federal y emite su opinión sobre la extradición solicitada; y, c) aquél en el que la Secretaría de Relaciones Exteriores resuelve en forma definitiva si concede o rehúsa la extradición, sin estar vinculado jurídicamente a la opinión emitida por el Juez de Distrito.



Ahora bien, en lo pertinente al argumento diseñado por el magistrado mexicano Jesús Guadalupe Luna Altamirano, se percibe como descuello de su estructura una constelación de ideas analíticas y avatares de la extradición, de hecho como un elemento sustancial del mismo destaca sobremanera la imprescindible reformulación o “reforma trascendental” de tal institución frente a la idea de su cancelación como lo propone el magistrado español Baltasar Garzón Real. No obstante, veamos en que estriba la argumentación jurídica del magistrado mexicano. Básicamente, la base de su argumento descansa en lo siguiente:

*[...] entre los procedimientos que llamaron mayormente mi atención y en los que me compenetré más profundamente fueron los de extradición, pues estos, al igual que los procesos penales, son muy tediosos y lentos, dados por una parte, los plazos legales y los mecanismos empleados por los abogados encaminados a dilatar la extradición; por otro lado las formalidades vía diplomática, para el trámite de la misma, así como los recursos legales para impugnar las resoluciones dictadas por la autoridad competente relacionadas con la extradición; sin contar por supuesto con los múltiples requisitos, condicionantes o “candados” [...] implementados por la comunidad internacional que en vez de agilizar la extradición la retardan inútil e innecesariamente y en ocasiones hacen que la misma no obtenga el éxito deseado. La extradición se desarrolla esencialmente en el plano internacional y se sustenta sobre la base de la cooperación, solidaridad, reciprocidad y asistencia mutua entre los gobiernos de los Estados parte en los tratados, para el enjuiciamiento o castigo de quienes delinquieron en el país requirente, mediante su contribución para hacer efectiva la aplicación de la ley penal bajo los principios de respeto irrestricto a la soberanía de los Estados, la no intervención, la autodeterminación y la no impunidad<sup>306</sup>.*

Evidentemente, la anterior idea exalta la afirmación de la extradición dado que no es dable abandonarla o dejarla a la deriva pues las razones para su conservación son muchas; entre ellas se tiene de un lado, aquella que establece que los Estados deben *cooperar* incondicionalmente cuando se requiera la pronta entrega del delincuente o criminal para ser castigado por los delitos o crímenes que cometa dentro del territorio de un Estado parte en particular, la necesidad de la extradición radica pues en que en virtud de ella y su reforma los Estados se devuelvan bajos esos principios a sus delincuentes o criminales con el firme propósito de seguir

<sup>306</sup> Véase, Luna Altamirano, Jesús Guadalupe; *op. cit.*, pp.XVII, XVIII.



continuando con la transformación de la extradición internacional o como sugiere Geoffrey Robertson, con la lucha por una justicia global; del otro, aquella que descansa en la idea tradicional de la soberanía de los Estados-nación y en aquella más reciente conocida como *realpolitik*<sup>307</sup>, idea todavía más acorde a la inclinación de los potentados en acallar a la jurisdicción universal por motivaciones llanamente políticas. Debe tenerse cuidado en la forma en cómo se debe interpretar la idea tradicional de soberanía pues ésta se actualiza tratándose de terrorismo y bajo motivos verdaderos que la hagan totalmente aplicable, empero, insistimos con énfasis, ha de ponderarse dado que puede perfectamente justificar cualesquier doctrinas descabelladas contrarias a los derechos humanos.

Veamos de forma sucinta cómo funciona bajo este argumento la extradición internacional. De entrada en el caso de nuestro país la forma en que se resuelve la extradición según opinión del magistrado mexicano es, compleja porque su naturaleza es de carácter político-administrativo máxime porque es el Poder Ejecutivo el que decide finalmente su sentido, es decir, si se concede o no la extradición internacional de un delincuente o criminal, reduciéndose la actividad del órgano jurisdiccional en complementaria y auxiliar de aquel, de ahí que su estudio sea solamente una mera opinión jurídica, que claro está y sin ser ignaros, ella solo constituye un acto legalizador de la decisión del Poder Ejecutivo. En efecto, según lo establecido en el artículo 119 de la Constitución política la tramitación de la extradición se encuentra a cargo del Ejecutivo Federal con la intervención de la autoridad judicial y su procedimiento se hace de acuerdo con la Ley de Extradición Internacional, cuerpo de normas que impone en su artículo 30 que corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores resolver en definitiva la procedencia o improcedencia de la extradición, por tanto, la extradición internacional se sujeta a posiciones eminentemente políticas pues evidentemente la decisión final de la extradición recae dentro de las facultades del Poder Ejecutivo en su carácter de

---

<sup>307</sup> N. b. Esta idea denota sin ningún inconveniente, política exterior, diplomacia, estado de excepción o *in dubio pro republica*, las cuales incentivan la contralucha por la cancelación de la jurisdicción o justicia universal.



único responsable en la conducción de las relaciones internacionales (política exterior), de conformidad con lo impuesto por el artículo 89 fracción X de la Constitución política.

A mayor profusión, de acuerdo con los instrumentos internacionales respectivos el procedimiento extradicional, afirma el magistrado mexicano:

*[...] se inicia mediante una solicitud de reclamación en la que el Estado requirente expone sucintamente los hechos delictivos que se atribuyen al reclamado entre otros aspectos. La solicitud se hace generalmente por vía diplomática sin descartarse otras formas de comunicación entre las autoridades involucradas, además, debe presentarse en el plazo estipulado tanto los instrumentos internacionales como en la legislación interna del Estado requerido acompañando los documentos necesarios para dar curso a la extradición a fin de formalizarla. En sentido práctico, la solicitud de extradición va precedida de una petición de medidas cautelares las cuales caducan si la solicitud de extradición no es formalizada en los plazos previstos en las normas de la materia. Una vez tramitado el procedimiento, las autoridades del Estado requerido emitirán una decisión concediendo o rechazando la extradición. En caso de ser concedida, el Estado requerido deberá puntualizar las condiciones a que deberá estar sujeta la entrega (v. gr. velar por sus garantías constitucionales y derechos fundamentales). En caso de ser negada, el Estado requerido tiene la obligación ineludible por virtud de tratado o convenio, de someter a juicio al reclamado por los injustos delitos que motivan la extradición, entre otros aspectos [...] si la extradición es concedida, el Estado requerido, tan pronto sea devuelto el reclamado tiene la obligación de hacerse cargo del mismo y de los objetos embargados, en su caso decretados como medidas de aseguramiento por el Estado requerido [...] el Estado requirente tiene como obligación trascendental, acatar las condiciones fijadas por el país requerido, anteriormente señaladas. Si el Estado requirente no cumple con tales condiciones, será motivo de una protesta diplomática por parte de la nación requerida, con independencia de que en lo futuro, de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, procederá bajo las mismas circunstancias; además el reclamado podrá ocurrir ante los tribunales competentes del país requirente, a fin de hacer valer sus derechos con motivo de la violación a las condiciones exigidas por el Estado requerido [...] La resolución dictada por los tribunales competentes del Estado requirente, trátase de sentencia absolutoria o condenatoria, produce efectos de cosa juzgada, lo que indica que el sentenciado no podrá ser, de nueva cuenta juzgado ni por el país requirente ni por el requerido, ni por una tercera nación, por los mismos hechos, atento al principio no bis in idem [...] Durante la tramitación de la reclamación [...] el extraditado [...] contará con todas las garantías que ha de tener un procesado en un procedimiento criminal, aunque hay que dejar bien claro que el inculpaado única y exclusivamente tiene la calidad de detenido [...] y no así como reo o procesado [...] pues no hay que olvidar que el procedimiento de extradición [...] no tiene la naturaleza de un juicio penal, sino de un*





*procedimiento administrativo seguido en forma de juicio y por lo mismo, los tribunales del país requerido no podrán, bajo ningún motivo, hacer pronunciamiento alguno encaminado a demostrar ni el delito ni la responsabilidad penal que pudiera tener el reclamado en su comisión [...] basta decir que el extraditado al encontrarse detenido de manera provisional y que esa permanencia será tomada en cuenta por el tribunal del Estado requirente, al dictado de la sentencia tendrá por ese solo motivo [...] las mismas garantías que dentro del juicio penal tiene el reo, tales como el derecho a nombrar defensor, a ofrecer pruebas encaminadas fundamentalmente a demostrar [...] a probar fundamentalmente que no es la persona de cuya extradición se solicita o bien que el procedimiento no está ajustado a derecho o que está siendo juzgado o ha sido sentenciado por el tribunal del Estado requerido y que por ello tendrá que cumplir con la pena impuesta [...] una vez dictada la resolución por la autoridad competente del Estado requerido, que por lo regular en la mayoría de los países, es el Poder Ejecutivo, por ser el encargado de conducir la política exterior, el reclamado podrá en su caso y de conformidad con lo que dispongan las leyes internas de la nación requerida, impugnar esa decisión que bien puede ser a través del juicio de amparo (como sucede en México) habeas corpus (como ocurre en Estados Unidos de América y en la mayoría de los países anglosajones) o casación (en Colombia) [...] Resueltos en definitiva cuales quiere de esos medios de impugnación, si el reclamado o su defensor los hicieron valer, el Estado requerido pondrá a disposición de las autoridades competentes del país requirente al reclamado, con las medidas de seguridad correspondientes, trasladándolo (en avión por lo regular por ser la vía más rápida) al territorio de dicha nación para que lo someta a juicio, dando así por terminada esa relación entre el Estado requerido y el extraditado<sup>308</sup>.*

Lo expuesto no obedece a otra cosa que al sostenimiento de la extradición internacional por parte de toda la comunidad internacional tanto en sentido teórico como práctico, es decir, busca globalizar la extradición a través de propuestas que la comprendan como un procedimiento más ágil, breve y efectivo. Para ello -como ya se mencionó líneas arriba- se cuenta ya con razones serias que realmente apuntan hacia su preservación como a la reafirmación del principio tradicional de soberanía de los Estados por tratarse de un principio que limita -al menos en un sentido teórico- la política exterior, impidiendo la injerencia de terceros Estados en las actividades y políticas de un Estado-nación determinado<sup>309</sup>, sin embargo, a decir verdad, éste principio fácilmente puede ser apartado durante su ejercicio de sus objetivos como

<sup>308</sup> Véase, Luna Altamirano, Jesús Guadalupe; *op. cit.*, pp.18, 19-23. Ítem, para ampliar la información sobre el instituto de la extradición, *cfr.* pp.257-267 de la misma obra escrita.

<sup>309</sup> *Ibidem*, pp.101, 104, 111-113 y 251.





v.gr: la autonomía o independencia de un Estado en concreto. Sin duda, sostener la conservación de la extradición internacional únicamente en dicho principio propicia desacuerdo, máxime cuando el mismo Derecho internacional en general ha experimentado transformaciones para adecuarse a las exigencias de la actualidad<sup>310</sup>, es ya insostenible mantener esa idea de soberanía tradicional cada vez más proclive a convertirse en una reliquia jurídica. Empero, la esencia del argumento expuesto por el magistrado mexicano, es pues, su conservación como un mecanismo de cooperación internacional renovado la cual cobra sentido si los Estados-nación se asumen como entes soberanos. Con toda sinceridad, teniendo presente los aciagos acontecimientos mundiales actuales será por el momento difícil, más no imposible, llegar -a través de esta idea- a un consenso universal sobre el funcionamiento de la extradición, a lo sumo se alcanzará un consenso racionalmente motivado en palabras del profesor Jürgen Habermas.

Con respecto al tercer punto de referencia relativo a la clausura de la extradición y, consecuentemente, al menor interés por la idea de soberanía tradicional de los Estados-nación, destaca el interesante contraargumento vertido por el magistrado español Baltasar Garzón Real. *Grosso modo*, sus razones para llevar a la extradición internacional a su cancelación definitiva se asemejan -en sentido figurado- al filo de la guillotina francesa, pero finalmente bondadosas, dado que ponen al desnudo las condicionantes que sólo retardan y hacen inútil el procedimiento extradicional, por ejemplo, las rígidas formalidades a las que se sujeta dicho procedimiento o el principio tradicional de soberanía.

El magistrado español sostiene que el objetivo final en materia de extradición debería ser su *desaparición*, a pesar de lo siguiente:

*[...] sin la extradición, el Estado que reclama a un sujeto que ha quebrantado sus ordenamientos, no podrá someterlo a juicio ni mucho menos aplicarle las penas correspondientes, escapando a la acción de la justicia. La extradición es, pues, incuestionablemente, hasta hoy, el único instrumento eficaz para someter a juicio a los*

---

<sup>310</sup> Véase, López-Bassols, Hermilo; *Los nuevos desarrollos del derecho Internacional público*, 3<sup>a</sup> ed, primera pte. *passim*, cap. I Ed. Porrúa, México, 2008.



*sujetos que han transgredido el orden jurídico interno de una nación y van a refugiarse a territorio de otro Estado, para permitir a aquella hacer valer su derecho represivo aplicando las sanciones que legalmente correspondan [...] La extradición radica en el compromiso inquebrantable de los Estados para la entrega de los delincuentes, fundado en el principio de reciprocidad, ayuda y cooperación internacional, sobre un plano de igualdad entre los mismos, con el fin de evitar la impunidad de aquellos sujetos que han delinquirido en el territorio de un Estado y van a refugiarse a otro. Bajo esos conceptos, a mi entender, radica la esencia de la extradición<sup>311</sup>.*

Empero, ¿por qué optar por su desaparición? sucede que para el magistrado español se requiere de un espacio judicial único... de su sustitución por la simple entrega del delincuente. Es necesario reformar sustancialmente a la extradición y, fundamentalmente, actualizar hoy por hoy al principio de soberanía con respecto a la protección de los derechos humanos y al principio de universalidad, de ahí que Baltasar Garzón Real señale:

*En el ámbito de la extradición se confunde lo político y lo jurídico. Históricamente, la extradición fue una figura creada para respetar el principio de soberanía de un Estado que de esta forma decide cuando se entrega o no a una persona que no ha delinquirido en ese Estado, pero que se haya en el mismo. En estos casos, el Estado receptor "dueño de su territorio" cede parte de su soberanía al entregar al delincuente. Pero frente a este concepto soberanista de la extradición, cuando se trata de delitos contra la humanidad es perfectamente defendible el principio de que si existe jurisdicción para juzgar el delito con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de la persona responsable (principio de persecución universal), igualmente debería permitirse, sin restricción, la entrega del imputado objeto de una orden de detención sin restricción alguna derivada de un procedimiento extradicional. En efecto [...] desde que se ratifica el convenio correspondiente (genocidio, tortura) [...] existe una auténtica cesión ab initio, de soberanía la derivada de la extradición, para facilitar la persecución de tales hechos [...] Es necesaria también, la desaparición de las "limitaciones por razones de seguridad nacional, orden público o intereses esenciales" [...] La intervención del Poder ejecutivo es perturbadora al obedecer a criterios de oportunidad [...] por tanto, es preciso que la actuación sea **ESTRICTAMENTE JURISDICCIONAL** [...] Un tema esencial y que debe resolverse más pronto que tarde, es el de la naturaleza jurídica, política o mixta de la extradición<sup>312</sup>.*

<sup>311</sup> Véase, Luna Altamirano, Jesús Guadalupe; *op. cit.*, pp.11, 15.

<sup>312</sup> Véase, Garzón Real, Baltasar; *Cuento de navidad. Es posible un mundo diferente*, Universidad Nacional de Quilmes, Prometeo 3010, Buenos Aires, 2002, pp.104, 106.



Por tanto, la extradición es una institución polémica y bastante cuestionada<sup>313</sup>, diríase, bastante arcaica; dado que en ocasiones reviste una mera excusa para hacer ineficaz la cooperación internacional y demás principios que la rigen, o llanamente para impedir su realización debido a formalismos que rayan en lo injusto.

No obstante lo anterior, estimamos que el trasfondo del argumento del magistrado español radica en que *el castigo a la violación de los derechos humanos no puede ni debe detenerse por alegatos soberanistas, contrariamente deben cohonestar con el castigo a toda trasgresión a esos elementales derechos... su protección descansa sobre la realización de la justicia universal*, ideal que en la actualidad tanto los seres humanos, Estados y los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales que por excelencia se les ha encomendado su aplicación, todos de manera conjunta están obligados moral, ética y jurídicamente a practicarla.

De cualquier modo, las argumentaciones anteriores con independencia de su particular contextualización apuntan hacia la satisfacción de un anhelo de humanidad: la realización de un mundo más justo y feliz, de una comunidad humana regida por leyes justas y ante la ausencia de éstas por la bondad y la piedad a fin de sostener de manera inquebrantable la concordia humana.

---

<sup>313</sup> Véase, Cabanellas, Guillermo; *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t.III, D-E, 27<sup>a</sup> ed, Ed. Heliasta, Argentina, 2001, pp.654-655. Ítem, Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Enciclopedia jurídica mexicana*, t.III, D-E, 2<sup>a</sup> ed, Ed. Porrúa, México, 2004, pp.927-929.



#### 4.11 Quien debe ejercer el principio de jurisdicción universal

**T**odo órgano sistémico de Derecho que realmente asuma la lucha por la justicia a través del Derecho, tendrá por deber y por obligación -en la medida de la existencia de condiciones- que posibilítarla en todos los escenarios judiciales en los que participen, simplemente por tratarse de un tema de gran envergadura hoy día, máxime cuando la humanidad se encuentra involucrada dentro de un mundo de vida global en el que interactúan múltiples factores de diversa naturaleza. Empero, dentro de ésta investigación nos enfocamos desde el principio por dos referentes en virtud de los cuales el tema de la jurisdicción o justicia universal puede ejercitarse como un elemento *per se* de la realidad humana y de la lucha contra los fenómenos sociales que la desestabilizan como es el caso de los crimines contra la humanidad; es decir; la Corte Penal Internacional y los Estados. Dichos referentes a nuestro modo de ver constituyen las sedes básicas donde se puede ejercerse vinculadamente la jurisdicción universal o la justicia universal, independientemente de la naturaleza que caracteriza cada referente.

Como se colige, el principio de jurisdicción universal conocido también en el medio como principio de justicia universal, en sentido estricto se ejerce de manera complementaria<sup>314</sup>, permanente y en determinadas circunstancias, a través de la Corte Penal Internacional; sin embargo, atendiendo también a su segunda significación<sup>315</sup> dicho principio se ejercita por los Estados de modo prioritario desde lo que viene a ser su Derecho interno, de ahí que tratándose de la justicia universal sean exclusivamente los Estados (*v.gr*: Bélgica, España, etc.) los indicados para cristalizarla -sin exclusión de su Derecho interno- en cualquier escenario donde se

---

<sup>314</sup> N. b. Al respecto, se ha planteado que con el surgimiento de la Corte Penal Internacional, la solución a los conflictos competenciales presentados por los tribunales nacionales e internacionales no es del todo fácil, pues el Estatuto de Roma establece una competencia complementaria, lo que significa que los tribunales nacionales tienen la primera oportunidad para procesar por crímenes competencia de la Corte, y solamente cuando estos no puedan o no quieran llevar a cabo estos procesos, podrá entonces ejercerse la jurisdicción internacional.

<sup>315</sup> Al respecto, véase, Luna Altamirano, Jesús Guadalupe; *op.cit.*, pp.269, 285, 289, 297.



cometan violaciones a los derechos humanos o en su caso crímenes contra la humanidad. De hecho, algunos Estados la identifican bajo el *nomen juris* de principio de extraterritorialidad toda vía más cercano al Derecho extradicional pero que no deja de ser por ese motivo un elemento de Derecho Internacional, también , incluso otros Estados (*v.gr*: México) reconocen -aún con la posibilidad de ejercer la justicia universal desde su interior- al principio de jurisdicción universal, o sea, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional lo que significa que ambos principios aunque distintos por naturaleza<sup>316</sup> no se excluyen al momento de luchar por la justicia global<sup>317</sup>, esto quiere decir que tanto la Corte Penal Internacional como los Estados “soberanos”, pueden y deben concentrar sus más altos esfuerzos en hacer que toda la humanidad sin excepción, viva y se desenvuelva plenamente en una realidad más justa y feliz, diferente de la que ahora participa.

---

<sup>316</sup> *N. b.* tal distinción gira en torno a lo siguiente: la jurisdicción internacional se materializa por la Corte Penal Internacional habilitada por el Estatuto de Roma, instrumentos internacionales, convenios, pactos, valores universales y leyes penales; entre tanto, la justicia universal se ejerce por Tribunales estatales en cumplimiento de los instrumentos internacionales y los principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Constitución política, leyes reglamentarias, orgánicas (teóricamente), sustantivas e internacionales. No se omite que cada principio denomina la violación a los derechos humanos como crimen internacional y delito internacional, respectivamente.

<sup>317</sup> No se excluyen dado que ambos tienen la posibilidad de obrar en pinza o fórceps en el entendido de que uno de los dos falle al momento de investigar y castigar violaciones a los derechos humanos. Es por ello que una justicia lleva a la otra, pues haciendo de lado cualquier inquietud *v.gr.* el conflicto competencial, dichos principios guardan una relación insoslayable.



## **CAPÍTULO 5**

### **GIRO EVALUATIVO DEL PROBLEMA**



## 5.1 El principio de jurisdicción universal

**H**asta este momento se ha tratado de llevar a buen término las razones pergeñadas en el protocolo de esta investigación. Se podrá juzgar críticamente si en efecto se ha agotado en general los motivos que lo constituyen. A nuestro modo de ver, sí hemos conducido la presente investigación por el derrotero que delimita las cinco etapas de la misma *i. e.* Historia (que muestra el antecedente y nacimiento del principio de la jurisdicción universal), Metodología (que presenta las distintas formas de comprender el Derecho), Filosofía (que evidencia la superación de la simulación política que utiliza a la ciencia para justificar cualquier decisión de régimen al igual que la simulación jurídica sustentada en la idea de neutralidad axiológica o valorativa), Filosofía del Derecho (que plantea las nuevas tendencias del Derecho internacional), y Derecho (que con apoyo a aquellas tendencias, se esgrima la implementación de la esfera jurídica internacional en la nacional), empero; reconocemos que no se ha completado *in extenso* este trabajo académico, es por ello que el presente capítulo se encarga de culminarla por medio del desarrollo de razones que evalúan el problema a resolverse en esta indagación.

¿Qué nos lleva a afirmar en este trabajo de investigación que el principio de jurisdicción universal constituye una razón para que el juicio de amparo penal sea improcedente tratándose de la comisión de crímenes internacionales? Existen innumerables respuestas a dicha cuestión que aquí no se alcanzarían a plantear de manera satisfactoria, no obstante, nos ocupamos de ciertas razones que a nuestro juicio muestran *v.gr:* que por medio del Derecho penal internacional, los derechos humanos basados en el principio de jurisdicción internacional encuentran una protección permanente *per se* que tratándose de crímenes internacionales la comunidad internacional en su conjunto es depositaria de la facultad punitiva de perseguirlos y castigarlos *i. e.* que de la comisión de esos crímenes descuella por lógica, la facultad de reprimirlos. Es decir que, frente a realización de crímenes de lesa humanidad cabe oponer el *principio de jurisdicción universal*.



El principio de jurisdicción universal constituye una acción que se ejerce a través de la competencia de la Corte Penal Internacional para conocer de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, según lo previsto en el artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Así, con independencia de los debates y discusiones realizados en torno a quien debe ejercer el principio de universalidad, éste principio busca regular jurídicamente las relaciones establecidas entre la humanidad y los Estados, es decir, entre la persona humana y el Estado ó entre este y la comunidad internacional.

De una aproximación filosófica-jurídica, dicho principio constituye una posibilidad para hacer justicia a las víctimas de violaciones a sus derechos humanos, al igual que para mantener el imperio del orden jurídico internacional. En este sentido, a través del principio de jurisdicción internacional se busca proteger los derechos humanos de toda forma o manifestación arbitraria o abusiva por parte del Estado o de sus agentes. Con este principio se logra reparar los daños y las humillaciones causadas a las víctimas de crímenes internacionales, es sin duda, un mecanismo real para castigar a los autoritarios, tiranos o déspotas de una determinada forma de gobierno. Dicho sea de paso: en virtud de este principio se contribuye a materializar permanente la felicidad de la humanidad.

Contrariamente, a este principio, la *realpolitik* ha buscado a toda costa imponerle límites o candados jurídicos, académicos y políticos destinados al entorpecimiento de su ejercicio, naturalmente, ello se debe a intereses reales de poder, así como a tendencias egoístas de abogados amparistas nacionales e internacionales, académicos orgánicos, y, fundamentalmente, a los intereses de las superpotencias, pues como sostiene G. Robertson:

*[...] Los cínicos hacen hincapié en la limitación, vigente y pragmática de este principio: en concreto, que no es aplicable a los altos funcionarios de Estados que sean miembros permanentes del Consejo de Seguridad [...] El siguiente desafío será investir al sistema legal internacional del poder necesario para investigar conductas como las de China en Tíbet o Estados Unidos en Guantánamo. Llevará muchos años, como demostró la oposición de*





*las superpotencias al Tratado de Roma, pero se ha dado ya el primer paso. La justicia, una vez que existe un procedimiento para aplicarla, tiende a adquirir su propio impulso*<sup>318</sup>.

No obstante, representa un auténtico acicate para esos afanes totalitarios. Hay que puntualizar que la esencia de este principio radica en que tratándose de todo crimen contra el derecho internacional los cuales apuntan directamente a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, es ella quien a través de sus órganos jurisdiccionales como la propia Corte Penal Internacional o en su caso a través de los tribunales nacionales se encarga de perseguir y castigar esos crímenes (facultad punitiva que descuella del propio crimen) independientemente de dónde, por quién o, contra quien haya sido cometido el acto, de ahí que todo ordenamiento jurídico está facultado para protegerla contra agresiones a sus valores elementales. Es entonces que la Corte Penal Internacional basada en este principio quien puede tener competencia mundial para castigar los crímenes más graves que se cometan contra la humanidad, claro está, por ahora, desde un sentido teórico puesto que en la praxis la *real politik* se ha encargado de obstaculizar su funcionamiento. De esta manera, para todo crimen internacional es válido el principio de jurisdicción universal, pues de ello depende su validez, condicionante que desde Núremberg comenzaba a dimensionarse, de ahí que G. Robertson<sup>319</sup> señale:

*Núremberg estableció que tales delitos son, además de imperecederos, imperdonables. No pueden ser objeto de amnistía ni su persecución queda limitada en el tiempo. El castigo no puede dejarse en manos de la historia [...] ni del fuego del infierno. Todos los estados tienen el deber legal de investigar y, caso de que haya pruebas, procesar a los sospechosos de esta clase de ofensa, esquemáticamente descrita como la comisión de actos generalizados y sistemáticos de asesinato, tortura, esclavización o persecución de civiles inocentes en aras de una línea política. Los individuos que cometan semejantes delitos no encontrarán refugio: hay una jurisdicción universal para castigarlos. El respaldo en la práctica de este principio legal radica en la consideración de que únicamente será posible poner freno a los crímenes contra la humanidad si sus perpetradores en potencia [...] están obligados a pensárselo dos veces ante la perspectiva de que bajo un régimen diferente o en otro país se les*

---

<sup>318</sup> Robertson, Geoffrey; *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*, trad. de Antonio Resines, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2008, p.XLV.

<sup>319</sup> Véase, cap. 1, tópico 1.3.1, de ésta investigación.



*puedan exigir responsabilidades. Y, al margen de las proclamas de soberanía del Estado, un gobierno que inflija estos delitos a su propio pueblo se arriesga a una intervención armada por parte de la comunidad internacional, que hoy acepta interferir en los asuntos internos de los Estados colapsados o criminales<sup>320</sup>.*

Así pues, éste principio tan importante para el Derecho penal internacional se determina jurídicamente partiendo de la ofensa o perjuicio que produce la comisión de los crímenes graves de carácter internacional a las víctimas que los sufren como a la propia humanidad; su ejercicio no está condicionado por las circunstancias de protección, personalidad, nacionalidad del sujeto criminal o lugar de comisión de los crímenes, de hecho lo que más importa a este principio es el castigo de tales hechos internacionales, de ahí que su objetivo se enfoque a proteger dos elementos de gran importancia como el valor supremo de la justicia y, por antonomasia, al ser humano como tal, bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal internacional. Por consiguiente, al tenor de éste trascendente principio los Estados que aceptan su ejercicio (como México<sup>321</sup>) para combatir la criminalidad internacional de algún modo contribuyen a la consolidación de sus sistema jurídico y sobre todo del Derecho penal internacional. Como se ve, a través de la jurisdicción internacional se trata de proteger los intereses reconocidos por la comunidad internacional en los pactos, convenios y tratados en materia de derechos elementales, *ius gentium*, crímenes contra la humanidad, etc.

Finalmente cabe expresar que la jurisdicción internacional y consecuentemente la justicia universal bajo ningún concepto son sinónimo del principio de intervención universal, porque la primera obedece a cuestiones eminentemente jurídico-políticas (Corte Penal Internacional y Estados) y la segunda a aspectos de *realpolitik* (Estados canallas). La jurisdicción internacional mucho

---

<sup>320</sup> *Ibidem*, p.XXXVII.

<sup>321</sup> *Cfr.* México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art.21 constitucional, pfo.5°. N. b. Nuestro país -después de la Conferencia de Plenipotenciarios, llevada a cabo en Roma, el 17 de julio de 1998- el 28 de octubre de 2005, procedió a ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hubo la necesidad de que trascurrieran 7 años para que México cumpliera -con cierta reserva- su compromiso frente a la comunidad internacional.



menos la justicia universal entorpecen la práctica estatal de los Estados, en modo alguno representan límites a sus voluntades, poderes sobre sus pueblos, soberanías o autodeterminaciones.

El principio de jurisdicción universal es sin duda una garantía de protección efectiva a las víctimas de crímenes internacionales y para la memoria histórica, de ahí que este principio combata fundamentalmente la impunidad y el olvido, no obstante, como bien señala G. Robertson: *“Hoy por hoy, la justicia internacional sigue teniendo un punto de <<lucha libre>>, pero criticar su aplicación selectiva no debería contar como una objeción de principio sino como un incentivo para poner en pie y alentar sistemas de justicia internacionales para la creación de precedentes de aplicación universal”*<sup>322</sup>.

Sin duda creemos que lo más correcto es luchar porque ella se extienda hasta el punto más recóndito que pueda existir en el mundo, la humanidad lo vale.

## 5.2 El caso Cavallo o amparo en revisión 140/2002

**E**l caso Cavallo es un asunto de importancia histórica y de gran trascendencia jurídica para México. En este caso se planteó un problema de dimensiones complejas puesto que en él concurrieron e interactuaron aspectos de Derecho interno e internacional. La decisión que resolvió en definitiva el caso Cavallo sentó precedente a nivel global. En efecto, el fallo judicial que convalidó la extradición de R. M. Cavallo permitió que el Reino de España tras invocar el principio de justicia universal (extraterritorialidad) vía extradición internacional (cooperación internacional), juzgara por los injustos delitos de genocidio (de tortura se estimó prescrito) y terrorismo, a la luz del principio de universalidad<sup>323</sup> a un genocida argentino. De esta forma, el fallo emitido en el *amparo en revisión 140/2002* (nombre técnico-jurídico), representa sin duda alguna hasta el día de hoy, la auténtica lucha por materializar la justicia internacional en todo el orbe, pero también enarbola al

---

<sup>322</sup> Robertson, Geoffrey; *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*, trad. de Antonio Resines, Ed. Siglo XXI, Madrid, 2008, p.XVII y s.

<sup>323</sup> N. b. A tal principio se le denomina de justicia o jurisdicción universal.



Derecho penal nacional e internacional. Sin duda, este tópico pretende *grosso modo* responder a la pregunta ¿qué dijeron las partes en el asunto Cavallo?

Así pues, también en este espacio argumentativo se tiene como finalidad, mostrar datos que ayuden a construir los acontecimientos del caso invocado y cómo estos se fueron desarrollando con el decurso del tiempo hasta su conclusión. Primeramente, plantaremos de forma sintética un breve panorama del mismo apoyándonos de las perspectivas del ministro Juan Silva Meza, posteriormente, en las del magistrado Jesús G. Luna Altamirano; mostraremos las conclusiones y, consecuentemente, la opinión jurídica derivada del procedimiento especial de extradición 5/2000 que emitió el citado magistrado cuando se desempeñaba como juez Sexto de Distrito de Procesos Penales Federales, así como los considerandos más destacables del amparo en revisión 140/2002 emitidos en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Posteriormente, trataremos de establecer las razones aducidas por la defensa de Cavallo, por el juez de Distrito que conoció de la petición de extradición y por el máximo Tribunal de nuestro país, con el propósito de precisar las distintas argumentaciones que interactuaron en el caso en cuestión. Por último, abordaremos las argumentaciones esgrimidas en los comunicados de prensa oficial y de circulación nacional al respecto. Así pues, de esta forma es como probablemente se logra conjugar la dinámica elaborada por los actores involucrados en este caso de trascendencia internacional.

Pues bien, atentos a lo anterior, *la percepción* del ministro mexicano respecto del caso Cavallo gravita en lo siguiente:

*La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la constitucionalidad de la petición de extradición que España hizo a México, en la aplicación del tratado celebrado entre ambos países para poder tramitar en aquel país el proceso penal en contra de Ricardo Miguel Cavallo. El Sentido de la resolución fue el de determinar que en la extradición solicitada no había alguna violación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se debía proceder a la misma, aunque excluyendo de los procesos al delito de tortura, al confirmarse por razones estrictas de la técnica del juicio de amparo, el pronunciamiento del Juez de Distrito,*



respecto de que la acción para seguir este delito estaba prescrita. Dicha resolución constituye un precedente importante, pues es la primera vez en que un estado (México) concede la extradición de una persona a otro que la requiere (España) para juzgarla, no obstante que en este (España) no se cometieron los hechos que se le imputan (Argentina) y del cual el probable responsable además no es ciudadano (argentino), es decir, sin que en apariencia exista algún tipo de vínculo entre el país requirente y la persona que se pretendía procesar [...] Estos hechos han generado opiniones y análisis que deberán seguirse observando, pues muchos han sido, en el sentido de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no solamente aceptó la procedencia de la jurisdicción universal, entendida como la posibilidad que tiene un estado para ejercer su jurisdicción penal basándose exclusivamente en la gravedad del delito, con independencia del territorio donde hayan ocurrido los hechos, la nacionalidad del sujeto activo o del sujeto pasivo o cualquier otra conexión con el estado, sino que la apoyó aun en ausencia. En este asunto, se tuvieron que analizar muy diversos problemas jurídicos, siendo de destacarse la posible violación a los principios de autodeterminación de los pueblos y no intervención, así como la obligación internacional de sancionar delitos internacionales y las violaciones a los derechos humanos [...] el Tribunal Pleno tuvo oportunidad de pronunciarse [...] a la luz del artículo 89, fracción X, como principios rectores de la política exterior mexicana [...] la resolución no tiene precedentes en nuestro sistema jurídico, por lo que vale la pena destacar las partes relevantes del fallo para fijar los razonamientos esgrimidos. Se analizó en primer lugar, los orígenes y regulación internacional, de lo cual se desprendió que el “el principio de autodeterminación de los pueblos, consiste en el derecho que tienen los pueblos a disponer por sí mismos sobre su organización política, económica y social; mientras que el de no intervención consiste en la no intervención de un estado sobre otros en las indicadas decisiones internas a fin de que pueda libremente y de manera pacífica ejercer su derecho como nación soberana [...] se razonó que “la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio [...] no es violatorio de los principios de derecho internacional de autodeterminación de los pueblos y de no intervención consignados en la fracción X, del artículo 89, de la Constitución Federal, en virtud de que en los preceptos legales impugnados no se estableció algún acto que interfiriera en la autodeterminación de los pueblos o que vulnera la no intervención de los mismos, ya que en virtud de dicha Convención, se buscó la cooperación internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio sin limitarse la autodeterminación de los pueblos porque no se interfiere en las decisiones que estos asuman sobre su organización política interna [...] la Convención impugnada no resulta violatoria de estos principios rectores de la política exterior, toda vez que su único fin es el lograr la colaboración internacional para erradicar un delito repugnante [...] el propio tratado internacional delega a los sistemas jurídicos la manera de implementar las formas de colaboración. La Corte concluyó que la Convención no violaba los principios de autodeterminación de los pueblos, ya que la mera colaboración no constituye una injerencia tal que se vulneren estos principios. De hecho, esto es lo que aconteció en el caso Cavallo. Para México, era imposible el procesar a Cavallo ya que había algunos obstáculos procesales para ello [...] La Suprema Corte está tomando una postura en el sentido de que aquellos delitos que impliquen



*violaciones a derechos humanos deben ser investigados a fondo, ya por las instancias nacionales o internacionales. Empero, el tema que causó mayor atención en este caso fue el de la competencia de los tribunales españoles, y en concreto de la Audiencia Nacional, para procesar a Ricardo Miguel Cavalló por tortura, terrorismo y genocidio, delitos materia de la petición de extradición. El punto de interés descansa en el hecho de que, de concederse la extradición se suponía el aval del ejercicio de la jurisdicción universal por parte del Reino de España. Al respecto, el fallo de la Suprema Corte de Justicia analiza el último párrafo del artículo 119 de la Constitución Federal, que señala que las extradiciones internacionales se regirán por: la propia Constitución, los tratados internacionales sobre la materia y las leyes reglamentarias; por lo tanto, se estimó indispensable determinar si en estos ordenamientos existe alguna obligación para estudiar la competencia del estado requirente. En la resolución se llegó a la conclusión de que en los ordenamientos aplicables no existía obligación del estado mexicano para verificar la competencia de los tribunales españoles. Lo que es más, en aras del principio de reciprocidad y buena fe, debe existir la confianza por parte del estado requerido de que el extraditado será procesado por una autoridad competente [...] verificar la competencia constituiría una intromisión en la soberanía del estado recurrente, ya que se estaría aplicando una norma de competencia de otro estado por tribunales mexicanos, quienes no tienen facultad para ello. La única referencia a la competencia se encontró en el artículo 10, fracción III de la Ley de Extradición Internacional, que señala que el estado mexicano exigirá para el trámite de la petición, que el estado solicitante se comprometa, entre otras cosas, a que el presunto extraditado será sometido a tribunal competente, establecido por la ley con anterioridad al delito que se le imputa en la demanda, para que se le juzgue y sentencie con las formalidades de derecho. Como se puede observar, un análisis detallado de la sentencia nos indica que la competencia de los tribunales españoles no fue analizada porque no debía hacerse. En todo caso, se puede afirmar que la resolución de la Suprema Corte se limitó, en cumplimiento al numeral 119 de la Ley Fundamental, a aplicar el Tratado de Extradición con España y la Ley de Extradición Internacional, con la finalidad de determinar cuáles son los requisitos indispensables para otorgar la extradición. Después de lo cual se determinó que no es necesario hacer dicho estudio. Como se puede observar, la contribución del caso Cavalló a la justicia internacional va más allá de lo que pudiera representar la jurisdicción universal. Se trata de una sentencia que, si bien es cierto, interpretó el tratado de extradición aplicable y la legislación reglamentaria interna, sirvió para compenetrar a nuestro sistema jurídico con el de justicia universal. Así pues, podemos concluir que el caso Cavalló es solamente la más reciente expresión de la tendencia que ha tomado la Suprema Corte para homogeneizar al sistema jurídico mexicano con el derecho internacional, y sobre todo con las tendencias que claman una sanción efectiva a los violadores de derechos humanos<sup>324</sup>.*

<sup>324</sup> Véase, art. del ministro Juan Silva Meza, *Los problemas de la justicia internacional*, en homenaje al señor ministro Humberto Román Palacios,



Exponiendo ahora brevemente *las perspectivas del magistrado mexicano se tiene que:*

*[...] Han pasado ya más de cuatro años en que tuve en mis manos su expediente [...] nunca la olvidaré [...] por ser un asunto novedoso sin precedentes [...] El tema toral a dilucidar era determinar hasta qué punto tenía aplicación el principio de Justicia Universal; en qué medida la justicia española podía tener competencia para conocer de hechos ocurridos fuera de sus fronteras por un ciudadano de nacionalidad argentina [...] además de que ese personaje argentino se encontraba dentro del territorio mexicano, trabajando felizmente en el cargo de Director del RENAVUE [...] cuan trascendente era el caso de Cavallo a nivel internacional pues [...] resolver ese asunto, era un reto y de lograrlo, la justicia mexicana sentaría un precedente importantísimo dentro del ámbito penal internacional [...] Recuerdo que cuando me turnaron ese expediente fue un día viernes por la noche -yo estaba de turno-, del 25 de agosto del año 2000 [...] Al llegar al juzgado [...] se encontraban presentes funcionarios de gran nivel de la Procuraduría General de la República [...] quienes me dijeron que el motivo de su visita obedecía a que me habían turnado un asunto muy relevante relacionado al tema de la extradición internacional, en donde la justicia española reclamaba de México la entrega de un alto funcionario [...] quien iba a imaginar que el Director del RENAVUE [...] era requerido por el Juez Baltasar Garzón, para ser enjuiciado por delitos considerados como graves por el derecho internacional [...] recibí el oficio signado por el entonces Procurador General de la República [...] en el que se solicitaba la detención preventiva con fines de extradición internacional del ciudadano argentino Ricardo Miguel Cavallo. Después de observar que se cumplían con los requisitos [...] procedí de inmediato a dictar la orden de detención, dada la urgencia del caso pues las autoridades de la Procuraduría mexicana me hacían del conocimiento que dicho sujeto se encontraba en Cancún [...] a primera hora del día siguiente, fue detenido Cavallo en el aeropuerto de dicho lugar, a punto de abordar el avión que lo llevaría a la libertad, pues si escapaba de México y llegaba a Argentina, este Estado [...] le brindaría protección [...] al día siguiente, esto es el sábado 26 de agosto [...] arribó al interior del Reclusorio Preventivo Oriente de la ciudad de México, el referido Cavallo, ante un fuerte dispositivo de seguridad y con la presencia de poco más de un centenar de periodistas de todo el mundo para cubrir la noticia [...] al tener tras las rejas de prácticas del juzgado al multireferido militar argentino, le pregunté si tenía abogado para que lo defendiera, asintiendo con la cabeza, pero como no se encontraba presente, no le pude hacer saber el motivo de su detención, sino hasta el día siguiente, domingo 27 de agosto de 2000, cuando comparecieron sus abogados, y ante su presencia le hice saber que su detención obedecía a que el Juzgado Central de Instrucción Número 5 de Madrid, España, lo reclamaba para ser juzgado por los delitos de genocidio, terrorismo y tortura, cometidos en Argentina, durante la dictadura militar del entonces Presidente*





*Rafael Videla, en los años 1976-1983 [...] el 9 de octubre de ese mismo año, se formalizó la petición con fines de extradición internacional del referido militar [...] en términos del artículo 19º, apartado 5 del tratado mencionado. Al quedar formalizada la extradición, el juzgado de instrucción español, remitió copias auténticas del expediente instruido en contra de Cavallo, en el que constaban la cantidad de horrendos crímenes que se le atribuían, como eran: múltiples asesinatos, desapariciones forzosas, ejecuciones y torturas a civiles opositores del régimen dictatorial [...] se le hizo saber el contenido de dicha solicitud y los documentos soporte remitidos por el Estado español, en términos del artículo 24º de la Ley de Extradición internacional mexicana, así como que contaba con un término de tres días para hacer valer sus excepciones y ofrecer pruebas relacionadas, no con el fondo del asunto, sino más bien para justificar que no era la persona de cuya extradición se reclamaba o bien que el procedimiento de extradición no se encontraba ajustado a derecho [...] después de ofrecer sus pruebas y desahogadas que estas fueron, el 12 de enero de 2001, emití mi opinión jurídica en la que consideré procedente la extradición de Ricardo Miguel Cavallo, única y exclusivamente por los delitos de genocidio y terrorismo, no así por el diverso de tortura, al estimar que éste se encontraba prescrito. Los fundamentos legales en que sustenté mi opinión jurídica, que por cierto no reviste el carácter de resolución, pues quienes deciden en definitiva de acuerdo con la legislación de mi país, son las autoridades del Poder Ejecutivo, a través de la Secretaria de Relaciones Exteriores fueron en esencia los siguientes: que los tribunales españoles tenían competencia para conocer de los delitos de genocidio y terrorismo, atribuidos al reclamado, ocurridos durante la dictadura militar argentina en los años de 1976 a 1983, por tres razones principales, a saber: primera, porque la legislación española permite la aplicación del principio universal en tratándose de ese tipo de delitos; segunda, porque dentro de las víctimas de tales delitos, se encontraban personas de nacionalidad española y, tercera, porque si bien era la República de Argentina y no el Reino de España, quien en principio, [...] compete el conocimiento de los hechos [...] sin embargo, ante la existencia de dos leyes expedidas en los años de 1986 y 1987 [...] denominadas de Punto Final -borrón y cuenta nueva- y Obediencia Debida, que exoneraban a Cavallo y demás militares de la dictadura por tales hechos, las mencionadas leyes constituían un impedimento para que la justicia argentina sometiera a juicio al reclamado [...] en relación al delito de tortura [...] consideré en dicha opinión que tal delito se encontraba prescrito [...] esos fueron [...] los fundamentos jurídicos esenciales en que sustenté mi opinión jurídica [...] una vez emitida [...], la remití [...] junto con todas las constancias a la Secretaria de Relaciones Exteriores [...] la que en fecha 26 de junio de 2003, resolvió favorable la extradición de Cavallo, por los tres delitos incluidos [...] inconforme con dicha resolución, Ricardo Miguel Cavallo, por conducto de sus defensores, presentó demanda de amparo, en la que impugnaba [...] la inconstitucionalidad del Tratado Bilateral de Extradición celebrado entre el Reino de España y el gobierno de México. El Juez Primero de Distrito "B" de Amparo en Materia Penal, a quien por turno le correspondió conocer del juicio de garantías, concedió al reclamado la protección constitucional única y exclusivamente para excluir de la extradición al delito de tortura [...] En contra de dicha sentencia, el reclamado interpuso revisión,*





*recurso del que le correspondió conocer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien con fecha 10 de junio del año 2003, confirmó el fallo del Juez de Distrito y negó en definitiva al quejoso el amparo solicitado al sostener totalmente que la extradición solicitada por el gobierno de España por los tres delitos [...] cumplía con los requisitos legales y convencionales pactados y que en relación a la carencia de competencia de los tribunales españoles para conocer del juicio penal en su contra por tales delitos [...] determinó el más alto tribunal de la nación mexicana que no podía hacer pronunciamiento alguno al respecto, pues no existía precepto legal alguno ni en la Ley de Extradición Internacional ni en el Tratado respectivo [...] Así pues, que al negarse el amparo solicitado a Ricardo Miguel Cavallo en contra de la resolución emitida por la Cancillería mexicana que accedía a la extradición del reclamado solicitada por el Estado español, el gobierno de México sentaba así el primer precedente a nivel internacional<sup>325</sup>.*

Así, una vez mostradas las perspectivas genéricas del caso Cavallo, resulta oportuno ahondar sobre los argumentos expresados en las dos decisiones jurídicas que configuran dicho caso. De esta forma, de un lado, en *las conclusiones* del procedimiento especial de extradición 5/2000 se observa que:<sup>1º</sup>. El Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España en vigor el primero de junio de mil novecientos ochenta, así como el protocolo que lo modifica, firmado por ambos países en vigor a partir del primero de septiembre de mil novecientos noventa y seis, se encuentra en una jerarquía de grado superior a la Ley de Extradición Internacional, por lo que su aplicación resulta preferente, en cuanto a las consideraciones de fondo y, con relación al procedimiento de extradición, se aplica la Ley aludida, en lo no dispuesto por el Tratado; (artículos 133 Constitucional, 1º. de la Ley de Extradición Internacional y 25 del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, así como la Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el rubro “*TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL*”; 2º. Los diversos delitos considerados dentro del Derecho Internacional, entre los que se

---

<sup>325</sup> Véase, Luna Altamirano, Jesús Guadalupe; *La extradición en México y otros países. Propuestas de reforma*, pról. de Genaro David Góngora Pimentel, Ed. Porrúa, México, 2005, pp.313-319.



encuentran el de genocidio, tortura y terrorismo, han dado lugar a la celebración de múltiples Convenciones Internacionales en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, para su persecución, enjuiciamiento y castigo; por lo que resulta necesario que los Estados participantes en dichas Convenciones, los incluyan en el derecho interno para un eficaz cumplimiento, con absoluto respeto a los mandatos constitucionales de cada Estado y en acato a las obligaciones contraídas en las Convenciones Internacionales; 3°. La jurisdicción supranacional o extraterritorial, para el conocimiento de los delitos considerados en el derecho internacional, se debe ejercer siempre y cuando el Estado que lo haga tenga competencia legal, de conformidad a su legislación interna en base al interés que se tenga o punto de conexión, como pueden ser, el que se afecte de alguna forma la seguridad del Estado, o bien, que el sujeto activo o pasivo sea nacional de dicho Estado, cumpliendo con los postulados establecidos en las diversas Convenciones Internacionales, como aquellas que se refieren a los ilícitos de genocidio, terrorismo y tortura; 4°. Los Tribunales del Gobierno del Reino de España, en términos de lo dispuesto por el artículo 23, apartado 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de mil novecientos ochenta y cinco, son legalmente competentes para conocer del juicio penal que se instaura en contra del reclamado RICARDO MIGUEL CAVALLO, también conocido como MIGUEL ANGEL CAVALLO, con los alias “SÉRPICO” y “MARCELO”; por los hechos ilícitos ocurridos durante la Dictadura Militar Argentina, comprendida en el período de mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta y tres; sin que exista la aplicación retroactiva del ordenamiento legal aludido en perjuicio del reclamado; pues se trata de una Ley que no se aplica al pasado, cuenta habida de que no tipifica el delito ni establece la pena, simplemente da cumplimiento a la legislación Española, relativa a la competencia legal de los órganos jurisdiccionales y es a partir de su vigencia cuando se ejerce; es decir, no se afecta ningún derecho adquirido, además de que se trata de normas procesales que de ninguna manera se refieren a cuestiones de fondo; 5°. En términos del artículo 10 del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, el delito de Tortura se encuentra prescrito



de conformidad con las reglas aplicables vigentes en le época de los hechos en términos de los artículos 100, 102, 104, 108, 110, 111 y 118 del Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, por haber transcurrido en exceso el término necesario para tal efecto; sin que se apliquen las normas vigentes, por resultar menos benéficas que las anteriores, pues esto sería contrario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prohíbe la aplicación retroactiva en perjuicio del individuo; 6°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15, inciso a) y b), del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España del veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, y en el Protocolo por el que se modifica el Tratado, firmado por ambos países, en vigor a partir del primero de septiembre de mil novecientos noventa y seis, los órganos jurisdiccionales de México, carecen de facultades legales para pronunciarse en relación a determinar si en el caso se encuentran o no acreditados los elementos del cuerpo de los ilícitos atribuidos al reclamado Ricardo Miguel Cavallo, ni su probable responsabilidad penal en su comisión, pues sólo se requiere que el país requirente haga relación de los hechos ilícitos en donde se señale en la forma más exacta posible el tiempo y lugar de su perpetuación y su calificación legal; así mismo, que se remita la orden de aprehensión, auto de prisión o cualquier otra resolución que tenga la misma fuerza según la legislación de la parte requirente; esto es, el estudio relativo a la acreditación de los delitos es facultad exclusiva del Estado requirente; por lo que, este Tribunal sólo debe analizar si se cumplen con los requisitos mencionados sin hacer pronunciamiento respecto a la acreditación o no de los ilícitos atribuidos al reclamado; 7°. La identidad del presunto extraditable se encuentra debidamente acreditada en el presente asunto, quien responde al nombre de RICARDO MIGUEL CAVALLO, de nacionalidad argentina, con fecha de nacimiento el veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, a quien también se le conoce como MIGUEL ANGEL CAVALLO y los alias “SÉRPICO” y “MARCELO”, que se refieren a la misma persona que es requerida en la solicitud de extradición internacional por el



Gobierno del Reino de España, para ser juzgado por los Tribunales de ese país><sup>326</sup>; del otro, en *la opinión jurídica* emitida en dicho procedimiento se aprecia que:<con apoyo en los artículos 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2º, 14, 17, 18, 22 y 29 de la Ley de Extradición Internacional; en lo que respecta a la opinión jurídica se observa que procede su emisión en el procedimiento de extradición, en los términos siguientes: PRIMERO.- ES PROCEDENTE CONCEDER LA EXTRADICION INTERNACIONAL DEL CIUDADANO ARGENTINO RICARDO MIGUEL CAVALLO CONOCIDO COMO “MIGUEL ANGEL CAVALLO” Y LOS ALIAS “SÉRPICO” Y “MARCELO”, solicitada por el Procurador General de la República, a petición de la Embajada del Reino de España, a nombre del gobierno de su país, para su enjuiciamiento por su probable responsabilidad en la comisión de los delitos de GENOCIDIO Y TERRORISMO; sin que proceda la extradición del reclamado para ser enjuiciado por el ilícito de TORTURA por encontrarse prescrito este delito; SEGUNDO.- El reclamado RICARDO MIGUEL CAVALLO CONOCIDO COMO “MIGUEL ANGEL CAVALLO” Y LOS ALIAS “SÉRPICO” Y “MARCELO”, deberá continuar detenido en el Reclusorio Preventivo Varonil Oriente de esta Ciudad, a disposición de la Secretaría de Relaciones Exteriores, hasta que se resuelva en definitiva la solicitud de extradición internacional; haciéndole saber esta determinación al Director del Reclusorio mencionado; TERCERO.- Remítanse los originales del expediente a la Secretaría de Relaciones Exteriores, a fin de que resuelva en definitiva respecto a la solicitud formal de extradición internacional de la persona de mérito; comuníquese esta opinión al Procurador General de la República, al Subprocurador Jurídico y al Director General de Asuntos Legales Internacionales de esa Procuraduría, para su conocimiento><sup>327</sup>.

Exponiendo ahora brevemente lo más destacable de los *considerandos* del amparo en revisión 140/2002 esgrimidos en el fallo de la Suprema Corte de Justicia

---

<sup>326</sup> México. Juzgado Sexto de Distrito en Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, Procedimiento Especial de Extradición, número 5/2000, pp.368-371.

<sup>327</sup> *Ibidem*, pp.371-372.



de la Nación<sup>328</sup> se tiene que, en el *primero*, destaca la premisa de la competencia; en el *segundo* la de notificación de sentencia; en el *tercero*, descuellan los agravios que hizo valer Ricardo Miguel Cavallo (hoy recurrente); en el *cuarto* devienen los agravios que hizo valer el Secretario de Relaciones Exteriores (en su escrito de revisión) contra la concesión al quejoso del amparo y protección de la justicia federal por el delito de tortura; en el *quinto* derivan los agravios que hizo valer el Agente del Ministerio Público de la Federación (la sentencia recurrida) (prescripción no opera); en el *sexto* se precisan los argumentos de los recurrentes; en el *séptimo* se precisa lo argumentado por la recurrente parte quejosa Ricardo Miguel Cavallo, y consecuentemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerce la facultad de atracción; en el *octavo*<sup>329</sup>, la Corte mexicana tilda de inoperante en un aspecto, e infundado en otro diverso el agravio precisado en el considerando anterior. La Suprema Corte de Justicia de la Nación determina necesario reseñar los antecedentes de la supuesta violación procesal alegada por el inconforme; en el *noveno* la Suprema Corte, por cuestión de orden, analiza los agravios hechos valer por la parte quejosa, posteriormente los del secretario de Relaciones Exteriores y los del Agente del Ministerio Público de la Federación. Destacando el análisis de los agravios del quejoso la Corte mexicana sostiene resulta fundado pero inoperante el agravio que el quejoso y hoy recurrente identifica como “PRIMERO”, en la parte en la cual esencialmente alega que la sentencia recurrida, en su considerando séptimo, viola en su perjuicio lo dispuesto por los artículos 77 y 78 de la Ley de Amparo, ya que el juez de Distrito hizo una indebida interpretación de los fundamentos legales que tomó en consideración para desestimar los conceptos de violación, puesto que además de distorsionar el sentido real de los conceptos de violación expuestos en la demanda de garantías, realizó una valoración incorrecta de los fundamentos legales primarios y secundarios que invoca para desestimar sus argumentos de

---

<sup>328</sup> México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 140/2002.

<sup>329</sup> N. b. En este considerando se esgrimen cinco tópicos. No obstante, en el asunto Cavallo prevaleció la política exterior, además de los impulsos disfrazados de racionales y lógicos, en este sentido, véase, el considerando octavo, tópico cinco de la resolución en análisis.



inconstitucionalidad [...] El concepto de agravio antes sintetizado, resulta infundado, atendiendo a lo siguiente [...] Resulta fundado pero inoperante el agravio que el quejoso y hoy recurrente identifica como “SEGUNDO”, en el cual esencialmente alega.[...].

En el *décimo*, la Corte esgrime que tampoco asiste razón al quejoso y hoy recurrente al alegar en el agravio que identifica como “CUARTO”, que la sentencia recurrida es violatoria de los artículos 77 y 78 de la Ley de Amparo, porque en su concepto, el juez de Distrito omitió motivar las razones por las cuales estimó inoperantes los conceptos de violación tercero y cuarto que hizo valer en su escrito inicial de demanda en el sentido de que el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, así como el protocolo modificadorio del mismo violaban directamente las garantías de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, tuteladas por los artículos 1º, 14, 16 y 19 de la Constitución Federal, al permitir que se suspendieran sus garantías individuales, dejándolo así en posición desigual con relación a los demás habitantes de la República Mexicana, ya que después del derecho “a” y “de” la vida, la libertad es una de las garantías de seguridad jurídica de mayor trascendencia para la convivencia en sociedad del ser humano [...] En relación al mismo tema, el quejoso y hoy recurrente en los agravios que identifica como “TERCERO” y “QUINTO”, esencialmente argumenta que la sentencia recurrida es violatoria de los artículos 77 y 78 de la Ley de Amparo, porque en su concepto, de una apreciación inexacta de los actos reclamados, de las pruebas ofrecidas por las partes y de los conceptos de violación, el juez de Distrito a quo, determinó que el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, así como el protocolo modificadorio del mismo, no eran violatorios de los artículos 1º, 14, 16 y 19 de la Carta Magna [...] También debe desestimarse el argumento del quejoso y hoy recurrente, expuesto en el agravio que identifica como “DÉCIMO”, en el sentido de que el juez de Distrito de manera indebida resolvió constitucionalmente su extradición al Reino de España, determinando inocuo estudiar la comprobación del cuerpo del delito, sin analizar debidamente las manifestaciones que expuso en el



concepto de violación en el cual alegó que no se encontraba demostrado el cuerpo del delito, ya que en su concepto el tratado entre naciones no puede ser pretexto para vejar los derechos primordiales del ser humano, además de que para que se dé la extradición entre naciones es necesaria la existencia de un proceso penal, con todas las legalidades que esto implica, requiriéndose igualmente el acreditamiento o demostración de un delito, lo cual lleva implícito demostrar el cuerpo del delito, satisfaciéndose así los elementos de fondo que prevén los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal. Ello así, porque como ya se expuso con anterioridad, en el artículo 15, inciso b) del Tratado de Extradición de referencia y el Protocolo que lo modificó, el Estado Mexicano y el Reino de España pactaron expresamente que en los procedimientos de extradición que se tramitaran entre ambas naciones no era necesario que el Estado requerido verificara la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del reclamado, arribando a la conclusión este Alto Tribunal, que ese pacto no resulta violatorio de los artículos 16 y 19 constitucionales, porque el acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado sólo eran exigibles para el libramiento de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión, pero que sin embargo el procedimiento de extradición se encontraba regulado por el artículo 119 de la propia Constitución Federal, sin que ello implicara que un sujeto reclamado en un procedimiento de extradición entre México y España no pudiera gozar en absoluto de las garantías individuales en materia penal que fuesen aplicables a los actos del citado procedimiento y que fuesen respetadas por los tratados internacionales, ya que los artículos constitucionales que se refieren a la extradición parten del contenido del artículo 1º de la Constitución Federal.

En *décimo primero* el máximo Tribunal del país expone que tampoco asiste razón al quejoso y hoy recurrente al argumentar en los agravios que identifica como “SEXTO” y “DÉCIMO PRIMERO” que la sentencia recurrida es violatoria de los artículos 77 y 78 de la Ley de Amparo, porque en su concepto, el juez de Distrito incorrectamente determinó que la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no infringe el artículo 15 de la Constitución Federal, porque el delito de genocidio no tiene el carácter de político, porque según alega el recurrente,





dicho delito de genocidio sí puede perpetrarse como un acto político, como acontece en los hechos que se le atribuyen, ya que los mismos fueron realizados para desestabilizar al gobierno argentino y crear un nuevo orden público en dicho país, hechos que fueron cometidos en Argentina por argentinos y no argentinos, y que por ello los demás miembros del orden jurídico internacional no deben estar autorizados para intervenir y juzgar al pueblo de Argentina, ya que no se puede aplicar la extraterritorialidad de un orden jurídico más allá de los límites de validez espaciales y personales que le son propios, sobre todo si los hechos ya fueron discutidos y resueltos por los propios argentinos; en el *décimo segundo* descuello que igualmente es infundado el agravio que el quejoso y hoy recurrente identifica como “SÉPTIMO”, en el cual esencialmente alega que la sentencia impugnada también es violatoria de los artículos 77 y 78 de la Ley de Amparo, en virtud de que el juez de Distrito simuló analizar el concepto de violación en el cual argumentó que los ordenamientos internacionales impugnados violaban los principios de autodeterminación de los pueblos y de no intervención, ya que dio por cierta la constitucionalidad de tales ordenamientos sin haberlos analizado, por lo que en su concepto dicha resolución adolece de la debida motivación. Alega el recurrente que ello es así, en virtud de que el juez de Distrito reconoce que en nuestro país se establece el respeto a la autodeterminación de los pueblos y la no intervención, pero que sin embargo olvidó remitirse al caso concreto, así como a los conceptos de violación que hizo valer sobre el particular, porque de manera inmotivada y subjetiva generalizó que la prevención del genocidio no puede constituir un mecanismo que limite la autodeterminación de los pueblos.

Opuestamente a lo alegado por el recurrente, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación advierte que el juez de Distrito a quo, en la sentencia recurrida, en ningún momento simuló analizar que los ordenamientos legales impugnados violaban los principios de autodeterminación de los pueblos y de no intervención, además de que tampoco omitió exponer los fundamentos y motivos por los cuales arribó a la conclusión de que la Convención para la Prevención y





Sanción del Delito de Genocidio no constituye un mecanismo que limite la autodeterminación de los pueblos.

Ciertamente, el quejoso, en el quinto concepto de violación que hizo valer en su demanda de amparo, en la parte que interesa, argumentó que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio era violatoria del artículo 89, fracción X, de la Constitución Federal, porque los artículos V, VI y VII de la misma, autorizaban que el derecho positivo de los Estados que suscribieron dicha Convención o se adhirieron a la misma, a través de sus tribunales, conocieran de los delitos cometidos fuera de su territorio por personas ajenas a sus ciudadanos y en perjuicio de personas igualmente ajenas a los mismos, lo que implicaba la violación de los principios de la autodeterminación de los pueblos y de la no intervención, los cuales debían ser respetados al celebrarse los Tratados Internacionales, motivo por el cual concluyó que la multicitada Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio era violatoria de sus garantías individuales al haber sido celebrada en contravención a la indicada fracción X, del artículo 89, de la Constitución Federal.

En respuesta a dicho motivo de inconformidad, el juez de Distrito a quo, en la sentencia recurrida, expuso que según el Diccionario Jurídico Madrid Fundación Tomás Moro, Espasa Calpe, mil novecientos noventa y ocho, página ciento uno, la autodeterminación consistía en el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos; que dicha definición debía apreciarse desde dos puntos de vista, uno interno y otro externo o internacional, el primero, como el derecho que tenía un pueblo de escoger la forma de gobierno que considerara conveniente, y el segundo, como el derecho de libre determinación o derecho de los pueblos a pertenecer al Estado que eligieran, considerándose dicho concepto igualmente en un doble aspecto, negativo o positivo, de manera negativa, como el derecho de libre determinación que tiene toda la población a la independencia, entendida como la imposibilidad de ser canjeada o cedida contra su voluntad, derecho que debía ser considerado de ejercicio relativo por la existencia de obstáculos económicos, administrativos o estratégicos, mientras



que el positivo revestía la forma del llamado derecho de cesación, entendido como la facultad que tiene determinada la población a separarse del Estado a que pertenece, ya sea para incorporarse a otro o para formar un Estado nuevo, facultad que correspondía conceder o rehusar de manera exclusiva al Estado interesado.

Igualmente, expuso el juez de Distrito, que el derecho a la libre determinación de los pueblos se presentaba como la dimensión comunitaria de los derechos y libertades públicos de los ciudadanos de una nación, que se traducía en la soberanía popular y hacía realidad el Estado democrático; que en esa virtud si la autodeterminación consistía en el derecho que tenían los pueblos a disponer por sí mismos sobre su organización política, económica y social, la no intervención estribaba en no interferir con otros Estados en las indicadas decisiones internas a fin de que pudieran libremente y de manera pacífica ejercer su derecho como naciones soberanas.

Que todo ello, expuso el juez de Distrito, lo llevaba a concluir que si la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, era un instrumento que buscaba la cooperación internacional para la prevención y sanción de lo que se consideraba un flagelo odioso que ha infligido grandes pérdidas a la humanidad, como lo era el delito internacional de genocidio cometido tanto en tiempos de guerra como de paz, la misma no podía constituir un mecanismo que limitara la autodeterminación de los pueblos ni tampoco interfiriere en las decisiones que éstos asumieran sobre su organización política interna, impidiéndoles hacerlo libremente, máxime que en el artículo V, de la propia convención se facultaba a las partes contratantes a que adoptaran con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de dicha convención, lo cual significaba que no imponía a nuestro país la obligación de acatarla en contra de la Carta Magna, sino con arreglo a ésta, por lo que era claro que quedaba en libertad de hacerlo con base precisamente en nuestra Constitución y, por consiguiente que no podía ser contraria a ella.



Que la anterior conclusión, expuso el juez de Distrito, se encontraba robustecida con el contenido del artículo VII, de la propia convención, ya que del mismo se desprendía que el citado ordenamiento internacional no regulaba la extradición de reos, sino que dejaba a los Estados contratantes en libertad para que lo hicieran conforme a las legislaciones internas de cada uno de ellos o a los tratados que tuvieran celebrados, lo cual era acorde con lo dispuesto en el artículo 119, párrafo tercero de la Constitución Federal, que establecía precisamente que las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero, serían tramitadas en los términos de la propia Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscribieran y las leyes correspondientes, por lo que era claro que la convención en cuestión no regulaba la extradición, además de que tampoco pretendía o establecía el intercambio de personas, y que por ello no era contrario a los principios indicados en el artículo 89, fracción X, de la Constitución Federal.

Sobre el mismo tema el quejoso y hoy recurrente en el agravio que identifica como “OCTAVO”, esencialmente alega que el juez de Distrito realizó un extraño resumen de los conceptos de violación que hizo valer en séptimo, octavo, noveno, undécimo, duodécimo, décimo sexto, vigésimo séptimo, vigésimo octavo, trigésimo tercero y trigésimo séptimo lugar, en los cuales impugnó la falta de competencia de la autoridad española para juzgarlo en aquel país por hechos ocurridos en Argentina.

Alega el inconforme que en dichos conceptos de violación esencialmente impugnó la carencia de competencia del gobierno español para solicitar su extradición y ser juzgado por hechos ocurridos en Argentina, en virtud de que el derecho positivo de un país es una de las manifestaciones de la soberanía del Estado y tiene aplicación esencialmente en su territorio. Que en el caso concreto, los hechos por los cuales se solicita su extradición, tuvieron lugar en Argentina, esto es fuera del ámbito espacial de aplicación del orden jurídico del Reino de España, por lo que la soberanía de Argentina excluye el ejercicio de potestades extrañas, como en el caso lo es el orden jurídico español, de tal suerte que España se encuentra



impedido para ejercer funciones jurisdiccionales en relación a hechos ocurridos en el territorio de Argentina.

Que es verídico que la anterior concepción admite excepciones, la primera de ellas en base a intereses que implican un punto de conexión, como acontece cuando se afecta de alguna manera la seguridad del Estado requiriente, o bien cuando el sujeto activo o pasivo es nacional de dicho Estado, casos en los cuales es aplicable el derecho de un Estado para juzgar hechos ocurridos fuera de su territorio, cumpliéndose así como los postulados establecidos en las diversas convenciones internacionales, que la primera hipótesis, ocurriría, cuando se viera afectada la seguridad del Estado español, esto es la preparación de asonadas o golpes de Estado al gobierno español, falsificación de papel moneda español, espionaje, ataques contra embajadas y consulados, entre otros, casos en los cuales el gobierno español se encuentra facultado para castigar a cualquier persona por la comisión de dichos delitos, sin importar su nacionalidad, ni el lugar en que ocurrieron los hechos; mientras que el segundo supuesto, ocurriría cuando el sujeto pasivo o activo fuese de nacionalidad de dicho Estado, esto es, dada la dependencia personal de cada ciudadano al Estado a que pertenece, la ley penal del mismo se aplica a la totalidad de los ciudadanos de dicho país, sin importar el lugar en que delincan, pudiéndose juzgar igualmente a los extranjeros que cometan hechos ilícitos en contra de ciudadanos de ese país.

Continúa argumentando el quejoso y hoy recurrente, que en el caso concreto no se actualiza ninguna de esas dos hipótesis, porque los hechos ilícitos que se le atribuyen no pusieron en riesgo en ningún aspecto la seguridad del Estado español, además de que los mismos tampoco se cometieron en contra de ciudadanos españoles, pues aun cuando de manera genérica se establece que sí resultaron afectados seiscientos españoles y sus descendientes, aproximadamente, en el expediente no obra ninguna constancia de esa aseveración, porque no existen las actas de nacimiento, constancias del servicio militar, actas de defunción, pasaportes ni algún otro documento que acredite que las víctimas efectivamente eran de



nacionalidad española, datos que era necesario haber acreditado como presupuesto indispensable de la competencia española para juzgar al impetrante.

Asimismo, alega el inconforme, que también existen otros casos de excepción a la jurisdicción territorial, derivados de los postulados establecidos en las diversas convenciones internacionales sobre genocidio, terrorismo y tortura, llamada comúnmente como jurisdicción universal o justicia mundial, en la cual los autores de tales ilícitos pueden ser juzgados por cualquiera de los miembros de la comunidad internacional, por considerar que los mismos son cometidos en contra de la humanidad o lesa humanidad, pero que sin embargo dicha jurisdicción se encuentra limitada al hecho de que la detención del sujeto activo se realice dentro del territorio del país que pretenda juzgarlo, según se desprende del apartado dos del artículo 5 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; hipótesis que tampoco ocurre en el caso concreto, ya que él se encuentra detenido en México y no en España, que es el país que pretende juzgarlo.

Que la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en su artículo VI, también establece que las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho ilícito, o en su defecto por un tribunal internacional al cual se hayan sometido los Estados participantes; hipótesis que tampoco se actualizan en el caso concreto, ya que los hechos ilícitos que se le atribuyen ocurrieron en Argentina y no en el Reino de España, además de que el juzgado que solicitó su extradición a dicho país no es un tribunal internacional.

Que a lo anterior no es impedimento, el hecho de que la autoridad responsable, en el acuerdo de extradición reclamado, invoque la jurisdicción supranacional, en el sentido de que internacionalmente se ha convenido que los delitos internacionales constituyen una violación *erga omnes* que justifica una acción pública dentro de la comunidad internacional, porque según alega el impetrante, dicha jurisdicción se encuentra todavía en proceso de evolución para establecer las reglas de certeza jurídica, como pueden ser la creación de verdaderos tipos penales,



donde además del hecho punible se prevenga la sanción correspondiente, y que por ello, dicha jurisdicción no es obligatoria.

Que por todo ello, expuso el impetrante, se infringían los principios de autodeterminación de los pueblos y de no intervención tutelados en la fracción X del artículo 89 de la Constitución Federal. Continúa argumentando el quejoso y hoy recurrente, que el juez de Distrito no atendió los conceptos de violación anteriormente reseñados, además de que tampoco analizó el acuerdo reclamado a la luz de tales motivos de inconformidad, en primer lugar, porque la competencia de la autoridad requiriente es una cuestión de orden público que debió haber analizado aun de oficio, de manera fundada y motivada, lo cual no fue cumplido.

Que tampoco asiste razón al juez de Distrito al considerar que la cuestión de competencia de la autoridad requirente no debe de ser analizada en un proceso de extradición, porque en concepto del inconforme, deja de observar que ese punto se trata precisamente de una cuestión de procedibilidad, insistiendo en que para la operación de la jurisdicción universal, es necesario que el inculpado sea detenido dentro del territorio del Estado que pretende juzgarlo, según se desprende del apartado segundo del artículo 5 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, y como el quejoso fue detenido en México no puede decretarse su extradición al Reino de España con base en dicho principio de justicia universal, además de que tampoco existe punto de conexión, porque los hechos ilícitos que se le atribuyen no afectaron al Estado español ni a sus nacionales ni tampoco fueron realizados por españoles.

El anterior concepto de agravio es infundado en un aspecto e inatendible en otro diverso.

De los ordenamientos internacionales transcritos, no se advierte que el Estado Mexicano y el Reino de España hayan pactado alguna cláusula o artículo en el cual se comprometieran a analizar la competencia de los órganos jurisdiccionales que hubiesen emitido las resoluciones judiciales con base en las cuales se solicitó la



extradición de alguna persona, ya que a virtud de tales ordenamientos internacionales sólo se obligaron a entregarse recíprocamente, según las reglas y bajo las condiciones determinadas en el propio tratado, los individuos contra los cuales se hayan iniciado un procedimiento penal o sean requeridos para la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta judicialmente como consecuencia de un delito; que darían lugar a la extradición los hechos sancionados, según las leyes de ambas partes, con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea superior a un año; y si la extradición se solicitaba para la ejecución de una sentencia se requeriría, además, que la parte de la pena que aun faltara por cumplir no sea inferior a seis meses; que no se le pretenda juzgar por delitos considerados políticos o conexos, ni por antijurídicos estrictamente militares; que no haya sido juzgado por las autoridades del Estado requerido por los mismos hechos, ni se hubiere extinguido la responsabilidad por prescripción u otra causa; que el extraditable no haya sido condenado en rebeldía o si lo fue, la parte requirente dé seguridades de que lo oirá en defensa y le facilitará los recursos pertinentes; que el delito imputado no se castigue con pena capital o el Estado requirente dé seguridades de que dicha pena no será ejecutada; que la persona objeto de la extradición no sea sometida a un tribunal de excepción, ni haya sido condenado por un tribunal de esa naturaleza; que la solicitud de extradición se transmita por la vía diplomática, acompañándose la exposición de los hechos por la que se solicita la extradición, original o copia auténtica de la sentencia condenatoria, orden de aprehensión, auto de formal prisión o cualquier otra resolución que tenga la misma fuerza, el texto de las disposiciones relativas al delito, penas y plazos de prescripción y los datos que permitan la identidad del reclamado, entre otros, sin convenir, reitérese, en analizar la competencia de los órganos jurisdiccionales que hubiesen emitido las resoluciones judiciales con base en las cuales se solicitó la extradición.

De un análisis pormenorizado del ordenamiento legal transcrito, tampoco se advierte la existencia de precepto legal alguno en el cual se establezca que el Estado mexicano se encuentre obligado a analizar la competencia legal del tribunal del



Estado requirente, que emitió la resolución con base en la cual se pide la extradición de alguna persona.

En estas condiciones, tomando en cuenta que el artículo 119, último párrafo, de la Constitución Federal es limitativo al establecer que los procedimientos de extradición a requerimiento de Estado extranjero serán tramitados en términos de la propia Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias, y como estos ordenamientos legales no establecen expresamente que en un procedimiento de extradición a requerimiento de Estado extranjero deba analizarse la competencia del tribunal del país requirente con base en la cual se pide la extradición de alguna persona, es claro que en un procedimiento de esa naturaleza el Estado mexicano se encuentra impedido para analizar esa cuestión.

Ciertamente, los tratados o convenios internacionales de extradición, son pactos entre dos o más Estados, por medio de los cuales los países suscriptores, en forma soberana, convienen entregarse mutuamente a las personas que sean requeridas para ser juzgadas por la comisión de algún delito o cumplan con la pena que les fue impuesta y, también en ejercicio de su soberanía, determinan las condiciones y requisitos que deben cumplirse para que se lleven a cabo tales entregas. En razón de lo anterior, es que la extradición se rige por el principio de reciprocidad, que se sustenta a su vez en el presupuesto de la buena fe entre las partes, porque los Estados se comprometen a cumplir con sus obligaciones cuando les son exigidas.

Las autoridades mexicanas han reconocido que la concesión de la extradición, debe estar inmersa en la acción solidaria como medio para combatir la impunidad, así como en el principio de reciprocidad internacional, tal como se advierte de la exposición de motivos de la Ley de Extradición Internacional, que en la parte que interesa, señala:





"... la extradición internacional, es un acto que "atañe a nuestras relaciones con otros Estados de "la comunidad mundial, por lo que debe regularse "sobre el principio de la reciprocidad internacional "y velar por la aplicación y el respeto de los "derechos fundamentales del hombre consagrados "en nuestra Constitución.

"Con apoyo en el sistema constitucional de "colaboración entre los poderes, tradicional de "nuestra forma de gobierno, en la iniciativa se "mantiene el carácter administrativo del "procedimiento con la participación del Poder "Judicial de la Federación. En observancia a que "la concesión de la extradición constituye un acto "exclusivo de la soberanía nacional se reserva la "decisión del caso al criterio del Ejecutivo Federal.

"Las normas del procedimiento, a partir de la "detención, se ajustan a los preceptos de la "Constitución aplicables a los casos de privación "de la libertad, sin perder de vista que la "extradición tiene como objeto mediato una actitud "de solidaridad y de eventual reciprocidad con el "Estado que la promueve y que las autoridades "mexicanas nada deben definir en cuanto al fondo "del asunto. Se encaminan pues al cumplimiento de "las garantías que la Ley Fundamental otorga a "todo individuo en los Estados Unidos Mexicanos "

En el caso concreto, México y España plasmaron los anteriores principios en el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal y en el Protocolo que lo modificó, sin que en los mismos, como ya se expuso con anterioridad, hayan pactado como requisito para conceder la extradición el verificar la competencia del tribunal del país requirente que emitió la resolución judicial con base en la cual se pide la extradición de alguna persona, sin que tal obligación, como también ya se expuso con anterioridad, se desprenda de la Ley de Extradición Internacional, ya que no existe ningún precepto legal en ese sentido, por tanto, debe concluirse que en el procedimiento de extradición a requerimiento de Estado extranjero, no es factible que



las autoridades de México analicen la competencia del tribunal del país requirente, ya que de lo contrario sería necesario realizar un análisis o estudio de la legislación interna del país requirente, a fin de determinar la legalidad o ilegalidad de la determinación de competencia efectuada por el tribunal que emitió la resolución judicial con base en la cual se pide la extradición, vulnerándose con ello la soberanía del Estado requirente, porque se conculcaría la facultad de dicho tribunal para analizar esa cuestión cuando fuese oportuno en el proceso penal correspondiente. De ahí lo infundado del agravio a estudio.

No pasa inadvertido para este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el hecho de que en la Ley de Extradición Internacional existe el artículo 10, fracción III, que a la letra dice:

"Artículo 10. El Estado mexicano exigirá para el "trámite de la petición, que el Estado solicitante "(sic) se comprometa: ... III. Que el presunto "extraditado será sometido a tribunal competente, "establecido por la ley con anterioridad al delito "que se le imputa en la demanda, para que se le "juzgue y sentencia con las formalidades de "derecho..."

Dicho numeral, en la parte transcrita, establece la obligación de los Estados Unidos Mexicanos de exigir al Estado requirente que el presunto extraditado sea sometido a tribunal competente, establecido por ley con anterioridad al delito que se impute en la demanda, para que se le juzgue y sentencie con las formalidades de derecho.

Sin embargo, esa disposición no puede interpretarse hasta el extremo de que el Estado Mexicano analice la competencia de los Tribunales del Estado requirente, porque en dicho numeral sólo se establece una obligación para las autoridades mexicanas de exigir al Estado requirente, para dar trámite a una petición de extradición, que el presunto extraditado será sometido a tribunal competente establecido por la ley con anterioridad al delito que se le imputa en la demanda, para que se le juzgue y sentencie con las formalidades de derecho, y no así una



obligación o facultad de las autoridades mexicanas de analizar la competencia de los tribunales del país requirente.

En estas condiciones, resultan inatendibles los agravios en los cuales el quejoso y hoy recurrente alega que España carece legalmente de competencia para juzgarlo por los delitos de genocidio y terrorismo, por los cuales solicitó su extradición, porque al no poder analizarse esa cuestión en el procedimiento de extradición a requerimiento de Estado extranjero, tampoco puede estudiarse en el juicio de amparo que se promueva en contra de la resolución que puso fin a ese procedimiento, motivos por los cuales este Alto Tribunal no puede pronunciarse sobre las cuestiones de fondo planteadas, por encontrarse vedadas para las autoridades mexicanas.

Consiguientemente, en el *decimo tercero* el quejoso y hoy recurrente en el agravio que identifica como “NOVENO” esencialmente alega que el juez de Distrito de manera indebida desestimó los conceptos de violación en los cuales opuso la prescripción de los delitos de genocidio y terrorismo, porque en su concepto, tales ilícitos ya se encuentran prescritos.

Alega el inconforme, que el juez de Distrito, de manera indebida determinó que resultaba innecesario precisar con exactitud desde cuando empezaba a computarse el término de la prescripción de los ilícitos en cuestión, porque aun cuando los hechos ilícitos que se le atribuyen derivan de la dictadura argentina ocurrida en los años de mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta y tres, de los hechos narrados en la petición de extradición se desprende que sólo se le requiere por hechos ocurridos antes del año de mil novecientos ochenta, ya que no existe en su contra ningún señalamiento en la comisión de hechos delictivos posteriores a esa fecha.

Que en esas condiciones, partiendo desde el inicio de la dictadura, como lo expuso la autoridad responsable en el acuerdo recurrido, hasta el mes de agosto de dos mil, en que fue requerido por el gobierno español, han transcurrido veinticuatro



años, y desde la conclusión de la dictadura de referencia a la fecha indicada han pasado diecisiete años, tiempo suficiente para determinar que los eventos sucedidos antes de mil novecientos ochenta han prescrito.

Pero que sin embargo, el juez de Distrito, de manera indebida determinó que resultaba innecesario fijar la fecha a partir de la cual habría de correr el término de la prescripción, dato que en su concepto es necesario establecer con precisión, porque en la legislación española los delitos de genocidio y terrorismo prescribían en veinte años, por lo que tomando en cuenta que fue detenido en agosto del año dos mil, en su concepto los hechos ocurridos antes de agosto de mil novecientos ochenta se encuentran prescritos. Que lo anterior es así, porque la denuncia de hechos fue presentada en el año de mil novecientos noventa y seis, cuando ya había transcurrido más de la mitad del lapso de tiempo para que prescribiera la acción del delito de terrorismo, por lo que el cómputo de la prescripción debe hacerse hasta el momento en que fue detenido.

Que tampoco es impedimento que la dictadura argentina haya durado hasta el año de mil novecientos ochenta y tres, ya que no existe ninguna imputación en su contra que haya realizado alguna conducta ilícita después del año de mil novecientos ochenta, ya que a partir de ese año hasta mil novecientos ochenta y tres en que terminó la dictadura, se le ubica en París, Francia; sin que ninguna de las denuncias o declaración de testigos le atribuya algún hecho antijurídico en ese país, además de que no puede pensarse que desde París cometió los injustos penales que se le atribuyen, aunado a que no existe ningún elemento de prueba que acredite la existencia del delito de terrorismo.

Que aun en el supuesto de que la última conducta delictiva que se le atribuye haya tenido lugar el diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, como incorrectamente lo determinó el juez de Distrito a quo, debió precisarse en qué consistió dicha conducta, porque no es suficiente que se establezca que en dicha fecha concluyó la dictadura argentina, para asegurar que en la misma cesaron los



antijurídicos que se le atribuyen y que por ello a partir de esa fecha debe computarse el término de la prescripción de la acción.

Que aunado a lo anterior, alega el quejoso y hoy recurrente, los delitos de genocidio y terrorismo que se le atribuyen ya se encuentran prescritos en la legislación de Argentina, según lo demostró con las copias notarialmente certificadas de los artículos del Código Penal argentino que exhibió.

El concepto de agravio reseñado con anterioridad es infundado por lo siguiente:

Para mayor claridad de la contestación del agravio a estudio, es pertinente reseñar las consideraciones que expusieron tanto la Secretaría de Relaciones Exteriores como el juez de Distrito a quo en relación a la negativa para declarar prescritos los delitos de genocidio y terrorismo.

Ciertamente, la Secretaría de Relaciones Exteriores, sobre el particular, expuso: que el delito de genocidio, en la legislación española, se encontraba contemplado en el artículo 137 bis, inciso a) del Código Penal Español, estableciéndose una pena mayor de veinte años un día a treinta años de prisión y una menor de doce años un día a veinte años, en relación con el artículo 30 del propio código punitivo, estableciéndose en los artículos 113 y 114 del mismo ordenamiento legal, que tal ilícito prescribía en un término de veinte años.

Que el propio ilícito en la legislación actual de España, se encuentra previsto en el artículo 607, estableciéndose diversas penalidades que van de quince a veinte años de prisión, de ocho a quince años de prisión y de cuatro a ocho años de prisión, estableciéndose en el artículo 131 del propio ordenamiento legal que el delito de genocidio es imprescriptible. Que el mismo ilícito de genocidio, en la legislación mexicana, se encontraba y encuentra previsto y sancionado en el artículo 149 bis del Código Penal Federal, sancionándose con una pena privativa de libertad de veinte a cuarenta años de prisión.



Que por su parte, el delito de terrorismo en la legislación española vigente en la época de los hechos se encontraba previsto en los artículos 173, 174 y 174 bis, inciso b), del Código Penal Español, y se sancionaba con una pena de reclusión mayor de veinte años un día a treinta años y menor de doce años un día a veinte años, prescribiendo en un término de veinte años, según lo dispuesto por los artículos 113 y 114 del mismo ordenamiento legal, cifra que actualmente permanecía en el artículo 131 del propio Código Punitivo pero vigente actualmente.

Que el propio ilícito se encontraba previsto en los artículos 515, 516-2 y 571 del Código Penal Español vigente, actualmente, estableciéndose diferentes penalidades, según la conducta realizada, a saber de ocho a catorce años, de seis a doce años y de quince a veinte años de prisión.

Que por otro lado, en la legislación mexicana, el delito de terrorismo se encontraba previsto y sancionado en el artículo 139 del Código Penal Federal con penas de dos a cuarenta años y de uno a nueve años de prisión, ya que establecía dos hipótesis normativas diferentes.

Que en la época de los hechos, el artículo 105 del Código Penal Federal establecía que la acción penal prescribía en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que correspondiera al delito, pero que en ningún caso sería inferior a tres años, que aplicando esa disposición, los delitos en cuestión prescribirían entonces en cuarenta años, pero en virtud de que el artículo 118 establecía que la prescripción se computaba sobre la base del término medio aritmético, en el caso dichos ilícitos prescribían en treinta y veintiún años, respectivamente, estableciéndose en el artículo 64, del propio ordenamiento legal, para el caso de acumulación, una clara disposición en materia de aplicación de sanciones a los responsables de varios delitos y a los reincidentes, y en virtud de que en el caso concreto los delitos de genocidio y terrorismo se perseguían de oficio, no les eran aplicables las reglas de prescripción de los artículos 107 a 109, respecto a los delitos perseguidos por querrela de parte, y como en el caso concreto el delito mayor era el de genocidio que prescribía en treinta años, aplicando el artículo 64 del propio ordenamiento legal,



referente a la acumulación, era claro que el delito de terrorismo también prescribiría en treinta años, por lo que tomando en cuenta además que se trataba de delitos continuos, en términos del artículo 19 del propio código punitivo, la acción penal no había prescrito, aún contando desde el principio de los hechos en mil novecientos setenta y seis, ya que los treinta años se cumplirían hasta el dos mil seis.

Consideraciones que a juicio del juez de Distrito no se encontraban apegadas a derecho, porque en su concepto, de los artículos 100, 102, 105, 108, 110, 111 y 118 del Código Penal Federal vigente en la época de los hechos, se desprendían seis reglas fundamentales para la prescripción de la acción penal, a saber:

- a) Para la prescripción de las acciones penales, se tenía como base el término medio aritmético de las sanciones, según el delito de que se tratara;
- b) Los términos para la prescripción se contaban desde el día en que se consumaba el delito, si era instantáneo; desde que se realizaba el último acto de ejecución o se omitía la conducta debida, si el delito era en grado de tentativa, desde el día en que se realizaba la última conducta si el delito era continuado y, desde la cesación de la consumación en el delito permanente;
- c) Los delitos prescribían en un plazo igual al tiempo que duraba la sanción corporal, pero cuando esta era menor a tres años, se requería cuando menos ese tiempo para que prescribiera;
- d) Cuando existía acumulación de delitos, prescribían separadamente en el término señalado a cada uno;
- e) La prescripción de las acciones se interrumpía por las actuaciones que se practicaban en la averiguación del delito y delincente, aun cuando éstas no se realizaban en contra de persona determinada; y,
- f) Después de que había transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción, esta no se interrumpía, sino con la aprehensión del inculpado.



Que en virtud de que los delitos atribuidos al quejoso habían sido realizados a través de diversas conductas en momentos distintos y dirigidas a un mismo sujeto pasivo, como lo era un grupo de ciudadanos y sus familiares que se oponían al régimen militar argentino, los cuales eran considerados como subversivos por la dictadura, el ilícito que se le atribuía debía considerarse como continuo, y que la fecha que debía tenerse en consideración como de la última conducta, para los efectos del cómputo para la prescripción, era el diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, en que concluyó el régimen dictatorial.

Que de la fecha indicada, al veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y seis, en que fue presentada la denuncia de hechos ante el Juzgado de Instrucción de España, sólo habían transcurrido doce años con tres meses, y que de la fecha indicada al mes de agosto de dos mil, en que había sido aprehendido el quejoso, habían pasado dieciséis años ocho meses.

Que en la legislación mexicana vigente en la época de los hechos, el delito de genocidio se encontraba y encuentra previsto y sancionado en el artículo 149 bis del Código Penal Federal, con una pena de veinte a cuarenta años de prisión. Que por otro lado, en la época de los hechos, en nuestra legislación, en el artículo 139 del Código Penal Federal, el delito de terrorismo se sancionaba con una pena privativa de libertad de dos a cuarenta años. Que en esas condiciones, era evidente que los términos medios aritméticos eran de treinta y veintiún años, respectivamente, los cuales no habían transcurrido desde la fecha en que había cesado el delito continuo atribuido, diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, a la fecha en que se había interpuesto la denuncia de hechos ante el juez Instructor, veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y seis, e incluso a la fecha en que había sido detenido el quejoso, agosto de dos mil, por lo que resultaba irrelevante que las actuaciones practicadas en mil novecientos noventa y seis no hubiesen interrumpido la prescripción e incluso no hubiesen estado dirigidas en contra del impetrante del amparo, porque de todas maneras no había alcanzado a consumarse la prescripción.





Que en la legislación española el delito de genocidio se encontraba previsto y sancionado en el artículo 137 bis, inciso a) del Código Penal Español, estableciéndose que el mismo prescribía en un término de veinte años. Que resultaba irrelevante analizar la prescripción del delito de genocidio conforme a la legislación actual, porque independientemente de la pena, dicho ilícito, conforme a lo dispuesto por el artículo 131 del Código Penal Español vigente actualmente, era imprescriptible.

Que el delito de terrorismo prescribía y prescribe en veinte años, según la legislación vigente en la época de los hechos y actualmente. Que el término de la prescripción iniciaba desde el día en que se cometiera el delito, mismo que era interrumpido cuando se iniciaba el procedimiento en contra del culpable, volviendo a correr si aquél se terminaba sin ser condenado el procesado o se paralizaba el proceso.

Que en estas condiciones, como ya se había precisado con anterioridad, los términos de prescripción para los delitos a estudio habían empezado a correr el diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, en que concluyó la dictadura argentina y se realizó la última conducta delictiva, consumándose los hechos delictivos atribuidos al inconforme, interrumpiéndose en marzo de mil novecientos noventa y seis, en que fue presentada la denuncia de hechos ante el Juez de instrucción requirente, o en todo caso, el siete de julio de mil novecientos noventa y ocho en que se presentó la denuncia de hechos en contra del inconforme, apareciendo éste como imputado en el ilícito de terrorismo.

Que de la fecha en que se habían consumado los ilícitos en cuestión, diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, a la en que tuvo lugar el inicio de la investigación correspondiente, veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y seis, sólo habían transcurrido doce años con dos meses, mientras que de la fecha indicada en primer término a la de la presentación de la denuncia de hechos en la cual le resultó imputabilidad al quejoso, siete de julio de mil novecientos noventa y ocho, sólo habían transcurrido catorce años siete meses, y no los veinte años



requeridos por la legislación española para que operara la prescripción de las acciones.

Precisado lo anterior, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estima que son correctas las consideraciones del juez de Distrito a quo al estimar que no ha operado la prescripción de las acciones en lo que corresponde a los delitos de genocidio y terrorismo, conforme a la legislación de los países requerido y requirente.

Ciertamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, celebrado el veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, no es procedente conceder la extradición cuando la responsabilidad penal se hubiere extinguido por prescripción u otra causa, conforme a la legislación de cualquiera de las partes contratantes.

De ello deriva necesariamente que para analizar la prescripción de las acciones en lo que corresponde a los delitos de genocidio y terrorismo, necesariamente debe tomarse en cuenta la legislación vigente en la época de los hechos o en vigor actualmente si es más favorable para el requerido, atento a la garantía de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, prevista en el artículo 14 constitucional, tanto del Estado requirente, en el caso España, como el requerido, los Estados Unidos Mexicanos. De ahí que resulte inatendible el argumento del quejoso y hoy recurrente en cuanto a que los delitos en cuestión ya prescribieron conforme a la legislación argentina, porque como puede observarse ese requisito no es necesario analizarlo en el caso concreto, por lo que a ningún fin práctico conduciría determinar si los indicados delitos se encuentran prescritos o no conforme a la legislación argentina.

En *décimo cuarto*, se expresa que el quejoso y hoy recurrente en el agravio que identifica como “DÉCIMO SEGUNDO”, esencialmente alega que los delitos de genocidio y terrorismo por los cuales se solicitó su extradición al Reino de España



son de índole militar, siendo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley de Extradición Internacional, así como el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua entre México y España, proscriben la extradición de cualquier persona cuando se trate de delitos del orden militar.

Que en estas condiciones, el juez a quo debió haber determinado de manera fundada y motivada por qué concluyó que los delitos de genocidio y terrorismo no son de naturaleza militar, porque de un análisis pormenorizado de los hechos objeto de la extradición se advierte que los mismos constituyen una serie de acciones militares tendientes a desestabilizar al gobierno de Argentina y crear uno nuevo, ya que a él se le reconoció por la propia responsable como teniente de navío, indicándose que era jefe de inteligencia militar cuando laboró en la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA) en el sector denominado “pesera” y que a partir de mil novecientos ochenta, pasó al Centro Piloto París, en Francia, reconociéndole implícitamente el carácter militar, además de que los actos que realizó corresponden a la jerarquía militar, como actividades inherentes a la milicia de su país, acatando las órdenes y siguiendo la estrategia militar que le era indicada por sus superiores, naturaleza militar que no puede ser ignorada.

Opuestamente a lo alegado por el quejoso y hoy recurrente, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, advierte que el juez de Distrito, en la sentencia recurrida sí expuso los fundamentos, motivos y razones por los cuales arribó a la conclusión de que los delitos de genocidio y terrorismo imputados al inconforme no eran de naturaleza militar.

En efecto, el juez de Distrito, en la sentencia impugnada, expuso que los delitos de genocidio y terrorismo no eran de naturaleza militar, porque el artículo 13 de la Carta Magna, que establecía el fuero militar, prevenía que éste subsistía para los delitos y faltas contra la disciplina militar, de donde resultaba que el delito militar era toda acción típica imputable, culpable y punible, cuya antijuricidad se caracterizaba por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico militar o tutelado por las fuerzas armadas en cumplimiento de su misión constitucional.



Que en el caso concreto, los hechos constitutivos de los delitos de genocidio y terrorismo atribuidos al impetrante, no podían considerarse transgresores del orden y la disciplina militar, y por ello, no podían tener la naturaleza de delitos del fuero castrense, porque con su conducta no se afectó o puso en peligro un bien jurídico militar, porque al servicio de éste había afectado a la humanidad. Que para ello no era impedimento el alegato del quejoso en el sentido de que como miembro de las fuerzas armadas obedecía órdenes, porque en términos de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes, no constituía excluyente de responsabilidad el actuar bajo órdenes superiores o argumentar la existencia de circunstancias especiales tales como estado de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia política, ordenamientos internacionales que eran citados de su parte, sólo con el objeto de dejar establecido que la legislación internacional y la doctrina habían considerado que cuando se trataba de crímenes contra la humanidad o lesa humanidad, no se excluía la responsabilidad por actuar obedeciendo órdenes superiores, por lo que se invocaban, no obstante que hubiese considerado prescrita la acción penal del delito de tortura. (Ley de obediencia debida y punto final).

Igualmente, expuso el juez de Distrito, que al quejoso no se le pretendía juzgar con base en disposiciones de corte militar, ni tampoco por algún tribunal especial de ese tipo, sino por las leyes civiles que regulaban la existencia de los delitos que se le atribuían y por tribunales del mismo fuero, como correctamente lo había determinado la autoridad responsable al dar respuesta a la novena excepción.

Consideraciones que este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estima ajustadas a derecho, ya que los delitos de genocidio y terrorismo que se le atribuyen al inculpado, fueron cometidos durante la dictadura argentina ocurrida entre los años del mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta y tres, en contra de un grupo de personas consideradas como opositoras al régimen militar al cual pertenecían, esto es, en contra de la población civil que se oponía al



régimen dictatorial al cual pertenecían y por ello no puede considerarse que con su conducta se haya puesto en peligro un bien jurídico militar o tutelado por las fuerzas armadas en cumplimiento de su misión constitucional, porque, insístase, la conducta por la cual se le pretende juzgar estaba dirigida en contra de la población civil, poniéndose en riesgo su seguridad personal.

Aunado a lo anterior, en el artículo 2° de la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos Contra las Personas y la Extorsión Conexa, cuando éstos tengan Trascendencia Internacional, suscrita en Washington el dos de febrero de mil novecientos setenta y uno, expresamente se estableció que serían considerados como delitos comunes de trascendencia internacional cualesquiera que fuera su móvil, el secuestro, homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tenía el deber de extender protección especial conforme al Derecho Internacional, así como la extorsión conexa con esos delitos, motivos por los cuales aplicándose dicha Convención, no es factible reconocerle la naturaleza militar al delito de terrorismo, porque, insístase, en dicha Convención se estableció que tal delito sería considerado como común de trascendencia internacional.

En los agravios que el quejoso y hoy recurrente identifica como “DÉCIMO TERCERO” y “DÉCIMO CUARTO”, esencialmente alega que el juez de Distrito, en la sentencia recurrida, no motivó debidamente el por qué le restó valor a las decisiones soberanas de Argentina, ya que en sus conceptos de violación argumentó que fue objeto de absolución por amnistía en la nación de Argentina, por lo que no puede ser juzgado dos veces por los mismos ilícitos, omitiendo valorar con ello que se lesiona la soberanía de Argentina, quien ya juzgó a las personas que participaron en los hechos ilícitos que se le atribuyen, esto es, en dicho país ya fueron juzgados los verdaderos responsables, por lo que el hecho de que un tercer país pretenda juzgar los mismos ilícitos que ya fueron resueltos en Argentina necesariamente lesiona la soberanía de ese Estado.



Opuestamente a lo alegado por el quejoso, este Tribunal Pleno advierte que el juez de Distrito a quo, en la sentencia recurrida, sí expuso los motivos y razones por los cuales desestimó los conceptos de violación en los cuales esencialmente alegó que fue absuelto por amnistía decretada por la República de Argentina y que en dicho país ya fueron sancionados los verdaderos culpables.

En efecto, en la sentencia impugnada, el juez de Distrito, expuso que la autoridad responsable en el acuerdo impugnado sí había expuesto las razones por las cuales consideró que al caso concreto no resultaban aplicables las leyes de amnistía invocadas por el inconforme, de Obediencia Debida y Punto Final, porque el hecho de que un Estado decidiera no ejercer su jurisdicción para perseguir delitos de corte internacional, no impedía que cualquier otro Estado del concierto mundial, pudiera hacer valer su propia jurisdicción, porque los tratados internacionales aplicables al caso concreto reconocían a cualquier Estado parte en los mismos, jurisdicción para perseguirlos, juzgarlos y castigarlos conforme a su legislación interna y a los propios tratados, con el afán de prevenir su impunidad, cuando el Estado que tenía jurisdicción en principio, ya fuese por razón del lugar de comisión de los delitos, por la nacionalidad del ofensor o por cualquier otro punto de contacto, se abstenía de ejercerla, ya sea como resultado de medidas internas o incluso en cumplimiento de obligaciones internacionales, fuesen convencionales o consuetudinarias, y que por ello, las leyes argentinas no podían vincular a otro Estado ni tenían el efecto legal para privarlo de una jurisdicción que podía ejercer, no sólo en virtud de su legislación interna, sino también con base en los tratados internacionales de que fuese parte, que la autoridad responsable también había expuesto que las leyes argentinas decidieron no juzgar ni castigar a los responsables de los delitos en cuestión, por lo que en caso de que otra jurisdicción lo hiciera, ese juicio y la sanción correspondiente ocurriría por primera ocasión y no se quebrantaría el principio de non bis in ídem, que por tanto, las decisiones internas adoptadas con objeto de impedir el procesamiento de una persona no podían ser vinculatorias para los tribunales de otros países.



En segundo lugar, expuso el juez de Distrito, porque aun cuando las indicadas leyes de Punto Final y Obediencia Debida constituían leyes de amnistía, existían diversos criterios sustentados por el derecho internacional, a los cuales debía atenderse para que pudiera considerarse que los efectos de una ley de esa naturaleza debían ser reconocidos dentro del país y en el plano internacional, encontrándose al respecto el Informe sobre la Impunidad de los Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos de la Subcomisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de mil novecientos noventa y seis, en virtud de la resolución 1995/35, de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Cuarenta y Ocho Sesión, Ginebra 1996, en la cual se establecieron los criterios para determinar cuándo se está frente a una ley de amnistía y las características que debe cubrir para tener efectos, entre los que se encuentran, la reparación de las víctimas y el conocimiento de la verdad de los hechos; así como la sentencia de catorce de marzo de dos mil uno, sobre el caso “Barrios Altos”, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía que tiendan a impedir la sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos.

Que aunado a lo anterior, existía el hecho de que tales leyes eran contrarias a las Convenciones que establecían postulados con el propósito de asegurar el enjuiciamiento o castigo de las personas responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, entre los que se consignaban el genocidio y el terrorismo, motivo por el cual las mismas no eran obligatorias para los demás Estados miembros del concierto internacional, como México y España, quienes en nombre de la comunidad internacional, podían ejercer la jurisdicción extraterritorial, ya que en cumplimiento de las normas imperativas de carácter internacional no constituía propiamente una facultad potestativa sino una obligación, al respecto, el juez de Distrito, invocó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo, Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa, de donde expuso se desprendían reglas de prohibición de



carácter internacional de otorgar inmunidad o amnistía a cualquier persona por los delitos de genocidio y terrorismo, por lo que si un Estado emitía leyes dentro de su marco normativo que contravenían tales ordenamientos internacionales, aquéllas no obligaban a los demás Estados que tuvieran la obligación de perseguir y sancionar a los responsables de delitos internacionales, y como las leyes de Punto Final y Obediencia Debida se oponían a las disposiciones reconocidas en el marco internacional, no podían ser reconocidas y aceptadas por el Estado mexicano.

También, expuso el juez de Distrito, que con independencia de todo lo anterior las indicadas leyes habían sido derogadas, según las pruebas documentales remitidas por el juez requirente, y que por ello no otorgaban ningún beneficio al impetrante. Que en lo que correspondía a la cosa juzgada alegada por el inconforme, expuso el juez de Distrito, era indispensable que el hecho ilícito hubiese sido analizado bajo un proceso contencioso en el cual se haya determinado la responsabilidad de una persona en la comisión de un hecho ilícito o se le haya absuelto, hipótesis que no operaba en el caso concreto, por lo que no podía atribuírsele la categoría de cosa juzgada, porque el quejoso no había sido llevado ante la justicia argentina, de ahí que era indebido considerar que fuese juzgado y condenado dos veces por el mismo delito.

Que en relación al argumento de que en Argentina ya habían sido juzgados los verdaderos culpables, expuso el juez de Distrito que ello no constituía obstáculo para que otros individuos que, presumiblemente también tuvieran injerencia en los hechos ocurridos durante la dictadura militar argentina, también fueran procesados a fin de poder determinar válidamente si eran o no responsables en la comisión de los hechos ilícitos atribuidos, ya que cada inculpado respondía en la medida de su propia culpabilidad, motivo por el cual consideró que el hecho de que uno o varios inculpados hubiesen sido juzgados no era suficiente para que los restantes quedaran excluidos de la responsabilidad que legalmente a cada uno le correspondía, porque los efectos de una sentencias no eran *erga omnes*, sino que lo resuelto en ella sólo beneficiaba o perjudicaba a las partes, sin constituir verdad legal o cosa juzgada para





terceros ajenos a la misma, invocando al respecto la tesis titulada: “SENTENCIAS EN MATERIA PENAL. SUS EFECTOS NO PERJUDICAN NI BENEFICIAN A PERSONAS SUJETAS A UN DIVERSO PROCESO AUTÓNOMO”.

Finalmente, expuso el juez de Distrito, que la cosa juzgada derivada de sentencia dictada a favor o en contra de una persona distinta no podía beneficiarle al quejoso, porque en ningún momento alegaba que los hechos constitutivos del delito de genocidio o terrorismo fueran realizados exclusivamente por la persona sentenciada, además de que los hechos que se le atribuían habían sido cometidos por los militares participantes en el régimen que prevaleció en Argentina durante mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta y tres, entre los cuales se encontraba el quejoso, haciéndosele imputaciones directas y concretas constitutivas de los delitos imputados.

En los agravios que identifica como “DÉCIMO QUINTO” y “DÉCIMO SEXTO”, el quejoso y hoy recurrente esencialmente alega que el juez de Distrito de manera indebida determinó que con su extradición al Reino de España no se le pretende imponer una pena trascendental de las prohibidas por el artículo 22 constitucional, además de que no existen motivos fundados para suponer que con su extradición pueda agravarse su situación, ya que para ello no expuso ninguna respuesta fundada y motivada al planteamiento que expuso en sus conceptos de violación, porque debido a la fobia demostrada por España hacia los militares argentinos que formaron parte de la dictadura argentina y especialmente de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada, en su concepto, sí existen motivos fundados de que se le aplicaran penas trascendentales de las prohibidas por el artículo 22 constitucional, además de agravarse su situación, alegando el impetrante de que para la procedencia de tales argumentos basta la simple presunción fundada, y no la existencia de un documento en el cual el Estado requiriente reconozca el temor del impetrante en cuanto a la imposición de una pena trascendental y grave así como en cuanto al agravamiento de su situación jurídica.



Contrariamente a lo alegado por el quejoso y hoy recurrente, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el juez de Distrito a quo en la sentencia recurrida sí expuso los motivos y razones por los que desestimó los conceptos de violación en los cuales el quejoso alegó esencialmente que de concederse su extradición al Reino de España se le aplicarían penas trascendentales, además de que se agravaría su situación jurídica debido a la fobia que en su concepto los españoles han manifestado en contra de los militares argentinos que formaron parte de la dictadura militar ocurrida en Argentina en los años de mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta y tres.

Efectivamente, el juez a quo, al respecto, medularmente expuso que el artículo 22 constitucional prohibía la aplicación de las penas trascendentales, que eran aquellas sanciones que se imponían al acusado y se extendían a terceras personas, además de que la Escuela Superior de Mecánica de la Armada no podía ser responsable de los actos ilícitos cometidos por los individuos que formaban parte de ella, es decir, que únicamente eran responsables los individuos autores materiales o intelectuales y no así la institución de la cual formaban parte, motivo por el cual era infundado el alegato del quejoso en el sentido de que se le impondría una pena trascendental por hechos atribuidos a la citada institución educativa, porque en concepto del juez de Distrito, para que la pena fuera trascendental, necesariamente tendría que haberse sentenciado a una persona y trascender el castigo al inconforme, lo cual no ocurría en relación con la escuela de que formaba parte en el momento de los hechos, ya que la pena que se le fuera a imponer era atribuible a la conducta realizada por el quejoso durante su estancia en esa institución.

Que de las constancias que habían sido remitidas por el país requiriente, no se advertía que estuviese siendo requerido por algún tribunal especial y constituido especialmente para juzgar su caso concreto, ni tampoco que las leyes por las cuales se le pretendía enjuiciar hubiesen sido creadas en forma exprofesa, ya que de ser extraditado sería procesado por un tribunal ordinario previamente establecido y conforme a la legislación general, cuyos textos habían sido remitidos con la solicitud



de extradición y no con base en disposiciones especiales, y que en todo caso ante el tribunal requirente tendría oportunidad de demostrar su inocencia en caso de que no existieran pruebas en su contra, además de que no existía ninguna constancia o dato del cual se desprendiera fundadamente que existieran motivos para presumir que debido a la fobia de los españoles hacia los militares argentinos que formaban parte de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada, fuera a imponérsele penas trascendentales o agravarse su situación jurídica.

Consideraciones que este Tribunal Pleno estima acertadas y correctas, ya que efectivamente de autos no se desprende ningún dato del cual se deduzca, aun presumiblemente, que de concederse la extradición del impetrante al Reino de España, se le aplicarán penas trascendentales o se agravará su situación jurídica por la supuesta fobia que dice el inconforme existe en los españoles hacia los militares argentinos que formaban parte de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada, durante la dictadura argentina, ya que las penas con las cuales se sanciona el delito de terrorismo se encuentran previamente establecidas, según se expuso con anterioridad, sin que las mismas resulten trascendentales como lo aduce el inconforme, además de que para que se niegue la extradición de un requerido con base en lo establecido en el artículo 4, apartado 2 del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, no basta que se alegue que se tienen fundados motivos para suponer que la solicitud de extradición se presentó con la finalidad de perseguir o castigar a un individuo a causa de su raza, religión, nacionalidad u opinión política, o bien que la situación de éste pueda ser agravada por esos motivos, sino que por el contrario, para ello es necesario exponer de manera fundada y razonada las consideraciones por las cuales se supone o presume que ocurrirá esa circunstancia, a fin de que el Estado requerido se encuentre en condiciones de ponderar si efectivamente se dará ese supuesto, porque de lo contrario, bastaría para negar cualquier extradición, que la persona requerida alegara esa circunstancia para que el Estado requerido con base en esa solicitud o alegato negara la extradición, lo cual es inadmisibile.



En el agravio que el quejoso y hoy impetrante identifica como “DÉCIMO SÉPTIMO”, esencialmente se alega que el juez de Distrito sin exponer los motivos y razones que tuvo en consideración, de manera indebida resolvió inoperante el concepto de violación en el cual se argumentó que el delito de terrorismo debía subsumirse dentro del tipo penal de genocidio. Contrariamente a lo alegado por el quejoso y hoy recurrente, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que el delito de terrorismo no puede subsumirse en el de genocidio, toda vez que tales ilícitos se configuran con la realización de conductas autónomas e independientes, porque para cometer el delito de genocidio es necesario tener el propósito o finalidad de destruir total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrándose por cualquier medio, delitos contra la vida de sus miembros o imponiéndose la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo, así como cuando con el mismo propósito se llevan a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladen de ellas a otros grupos menores de dieciséis años, empleando para ello la violencia física o moral, o cuando con la misma intención o propósito se somete intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; mientras que para el delito de terrorismo es necesario utilizar explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, se realizan actos contra las personas, las cosas o servicios al público que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública o tratar de menoscabar la autoridad del Estado o presionar a la autoridad para que tome una determinación.

Aunado a lo anterior, en el artículo 139 del Código Penal Federal, expresamente se establece que las penas previstas para el delito de terrorismo, serán aplicables, sin perjuicio de las penas que correspondan a los delitos que resulten, esto es el delito de terrorismo se sanciona con independencia de que también se sancione otro ilícito que resulte de los mismos hechos, de donde es claro



que éste no puede subsumirse al delito más grave, como lo argumenta el inconforme.

En los agravios identificados como “DÉCIMO OCTAVO” y “DÉCIMO NOVENO”, el peticionario de garantías esencialmente alega que el juez de Distrito de manera indebida desestimó los conceptos de violación en los cuales argumentó que el Estado requirente había omitido remitir oportunamente los textos certificados e íntegros de las disposiciones relativas a los delitos que se le atribuyen, además de que la remisión posterior o complementaria no se encuentra prevista en los tratados en cuestión.

Alega el inconforme que ello es así, porque el Estado requirente omitió remitir los textos certificados e íntegros de las disposiciones legales relativas a los delitos que se le atribuyen, las cuales remitió de manera complementaria, rompiendo con ello con la certeza jurídica que proporciona el procedimiento de extradición.

Contrariamente a lo alegado por el quejoso y hoy recurrente, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que en el caso concreto no existe obligación de que el Estado requirente acompañe a su solicitud el texto íntegro de la ley donde se establecen los delitos que se le atribuyen, toda vez que el artículo 15, inciso c) del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, de veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, solamente establece la obligación de que el Estado requirente remita el texto de las disposiciones relativas al delito o delitos de que se trate, penas correspondientes y plazos de prescripción, y no así los textos íntegros de la ley como lo aduce el inconforme.

Aunado a lo anterior, de un estudio pormenorizado de las constancias de autos, se advierte que el Estado requirente a su solicitud de extradición y de manera complementaria, con base en lo dispuesto en el artículo 16 del Tratado de Extradición de referencia, anexó los textos legales necesarios para el trámite de la extradición, los cuales contienen la apostilla respectiva.



Y en relación a la certificación que argumenta el impetrante, debe decirse que tampoco asiste razón al inconforme, porque en el caso concreto la solicitud de extradición y los documentos anexos a la misma, así como su complemento, fueron remitidos a la República Mexicana por la vía diplomática, según se advierte de las certificaciones de apostille que obran agregadas en autos a fojas 593 del tomo I de anexos y 505 del tomo V de anexos, por lo que en esos términos tales documentos no necesitaban ser legalizados en términos de lo dispuesto por el artículo 41 del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, que a la letra dice:

“Los documentos transmitidos en aplicación de este tratado estarán dispensados de todas las formalidades de legalización cuando sean cursados por la vía diplomática por conducto de las autoridades a que se refiere el apartado 1° del artículo anterior”.

En el agravio que el quejoso y hoy recurrente identifica como “VIGÉSIMO”, esencialmente se argumenta que el juez de Distrito de manera indebida desestimó el concepto de violación en el cual argumentó vicios de procedimiento, ya que la orden de extradición originalmente estaba dictada en contra de una persona de nombre Miguel Ángel Cavallo, en contra de la cual se pensaba iniciar dicho procedimiento de extradición, pero que sin embargo con posterioridad se sobrepuso el nombre de Ricardo, instruyéndose el procedimiento en contra de Ricardo Miguel Cavallo, irregularidad que en su concepto no sólo afecta una de las etapas del procedimiento de extradición, sino que por el contrario afecta la legalidad de todo el procedimiento, motivo por el cual debe de negarse su extradición al Reino de España.

Sobre el particular, como ya se expuso con anterioridad en el considerando OCTAVO, al analizarse el agravio “ÚNICO” hecho valer por el propio quejoso en cuanto a una supuesta violación procesal cometida por el juez de Distrito en la audiencia constitucional, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el criterio reiterado de que el procedimiento de extradición se encuentra dividido en



tres períodos o fases perfectamente definidos, a saber: (sobre extradición internacional)

- b) El que se inicia con la manifestación de intención de presentar formal petición de extradición, en la que el Estado solicitante expresa el delito por el cual se pedirá la extradición y que existe en contra del reclamado una orden de aprehensión emanada de autoridad competente; o en su caso, a falta de tal manifestación, el que inicia directamente con la solicitud formal de extradición, la que debe cumplir con los requisitos que establece el artículo 16 de la Ley de Extradición Internacional o los previstos en el Tratado Extraditorio correspondiente;
- c) El que comienza con la decisión de la Secretaría de Relaciones Exteriores de admitir la petición, por estar satisfechos los requisitos legales correspondientes, etapa en la que a instancia del Procurador General de la República, interviene un juez Federal y emite su opinión sobre la extradición solicitada; y,
- d) Aquél en el que la Secretaría de Relaciones Exteriores resuelve en forma definitiva si concede o rehúsa la extradición, sin estar vinculado jurídicamente a la opinión emitida por el juez de Distrito.

En dichas consideraciones, también se expuso que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha sustentado el criterio reiterado de que las violaciones que se cometan en una etapa concluida quedan consumadas irreparablemente en virtud del cambio de situación jurídica y no pueden afectar ni trascender a la etapa siguiente.

Al respecto, se citaron las tesis de rubros:

"EXTRADICIÓN. CONCLUIDA UNA DE LAS TRES "FASES PROCEDIMENTALES EN QUE SE DIVIDE "EL PROCEDIMIENTO EXTRADITORIO, LAS "VIOLACIONES COMETIDAS EN ELLA QUEDAN "CONSUMADAS IRREPARABLEMENTE EN VIRTUD "DEL



CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA "(INTERRUPCIÓN DE LA TESIS PLENARIA XLIV/98).

"EXTRADICIÓN, PROCEDIMIENTO DE. FASES "PROCESALES.

"EXTRADICIÓN. ORDEN PROVISIONAL DE "DETENCIÓN. CESACIÓN DE EFECTO DEL ACTO".

Por esos motivos, se estima que es correcta la determinación del Juez de Distrito a quo al estimar que los posibles vicios de que adolezcan la detención e inicio de la primera etapa del procedimiento de extradición, no pueden ser analizados en el juicio de amparo que se promueva en contra de la resolución final de dicho procedimiento por haber quedado consumadas irreparablemente en virtud del cambio de situación jurídica.

Finalmente el Secretario de Relaciones Exteriores, en su primer agravio, esencialmente argumenta que en la sentencia recurrida, el juez de Distrito, no determinó con claridad y precisión las consideraciones que tomó en cuenta para conceder el amparo solicitado, ya que en el único punto resolutive de su sentencia, solamente señala que la Justicia de la Unión ampara y protege a RICARDO MIGUEL CAVALLLO, contra los actos que reclama del Secretario de Relaciones Exteriores para los efectos especificados en la última parte del considerando décimo, en donde solamente se indica que siguiendo los lineamientos previstos en el considerando noveno de la misma resolución, dicte un nuevo acuerdo en el que declare prescrita la acción penal por lo que respecta al delito de tortura y por consiguiente, rehúse la extradición exclusivamente por lo que hace a dicho ilícito, pero sin embargo en el considerando noveno, no hace ningún señalamiento de lineamiento alguno a seguir, lo cual causa agravios a la autoridad recurrente.

Opuestamente a lo alegado por la autoridad recurrente, este Tribunal Pleno advierte que el juez de Distrito a quo en el considerando noveno de su sentencia sí precisó los lineamientos que debían seguirse al darse cumplimiento al fallo de garantías. En efecto, en el único punto resolutive, de la sentencia recurrida, expresamente se expone que el amparo y protección de la Justicia Federal fue





concedido para los efectos especificados en la última parte del considerando décimo de la propia resolución, en la cual se determinó que el amparo y protección de la Justicia Federal se concedía para el efecto de que la Secretaría de Relaciones Exteriores dejara insubsistente el acuerdo de dos de febrero de dos mil uno, en el que se otorgó la extradición del inconforme al gobierno de España, para ser procesado por los delitos de genocidio, tortura y terrorismo, y siguiendo los lineamientos previstos en considerando noveno de la propia resolución, esto es, para que declarara prescrito el delito de tortura, dictara un nuevo acuerdo en el cual declarara prescrita la acción penal por lo que ve al delito de tortura y por consiguiente negara la extradición exclusivamente por lo que ve a ese delito.

Ahora bien, en el considerando noveno expresamente se declaró prescrito el citado delito de tortura, por lo que la autoridad responsable al dar cumplimiento al fallo de garantías, tenía que seguir esos lineamientos, reitérese, declarar prescrito el citado delito de tortura, de ahí que no se cause ningún agravio a su autoridad con la remisión indicada.

Por todo ello, y en respuesta al agravio que el quejoso y hoy recurrente identifica como “VIGÉSIMO SEGUNDO”, debe decirse que este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no advierte deficiencia de la queja que suplir a favor de la parte quejosa, en términos de lo dispuesto por la fracción II del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, porque aun a pesar de que se trata de un asunto estrictamente en materia administrativa, cabe precisar que está de por medio la libertad personal del impetrante, por lo que deben aplicarse las reglas de la suplencia de la queja deficiente en la materia penal.

Por tanto, lo procedente es modificar la sentencia recurrida a fin de negar el amparo solicitado en lo que corresponde a los ordenamientos internacionales reclamados y conceder el amparo solicitado por lo que respecta al acuerdo de dos de febrero de dos mil uno, por medio del cual el Secretario de Relaciones Exteriores declaró procedente la extradición de Ricardo Miguel Cavallo, para ser procesado en España por los delitos de genocidio, tortura y terrorismo, para el efecto de que dicha



autoridad deje insubsistente ese auto y en su lugar emita una nueva resolución en la cual conceda la extradición del indicado quejoso al Reino de España por lo que corresponde a los delitos de genocidio y terrorismo, según las consideraciones expuestas en la presente resolución, negando dicha extradición sólo en lo que corresponde al delito de tortura, por encontrarse prescrito. Dicha concesión debe hacerse extensiva a los actos de ejecución atribuidos al propio secretario de Relaciones Exteriores, al Procurador General de la República y al Director del Reclusorio Preventivo Varonil Oriente del Distrito Federal, ya que los mismos no se reclamaron por vicios propios, sino que su ilegalidad se hizo depender del acuerdo de extradición de mérito, por lo que al resultar inconstitucional éste, también implica una violación de garantías su ejecución<sup>330</sup>.

Como puede apreciarse hasta este momento ya contamos con ciertos datos que muestran parte del escenario del caso Cavallo, no obstante para completarlos y contar con una clara presentación del desarrollo del mismo es imprescindible establecer de forma muy concreta las razones aducidas por la defensa de Cavallo, las expuestas por el juez de Distrito que conoció de la petición de extradición formulada por el Reino de España y, lógicamente por la Suprema Corte de México con el propósito -como ya lo expresamos líneas arriba- de precisar las distintas argumentaciones que interactuaron en el caso Cavallo.

Así pues, la defensa de Cavallo, por lo demás, argumenta: *a)* que el juez de Distrito no estudió el concepto de violación de manera correcta, nunca razonó la aplicación de su estudio sobre el tema con el caso en particular y su relación con la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio, *b)* que la Convención contra el Genocidio violaba lo dispuesto por el artículo 89, fracción X, de la Constitución Federal que establece como una de las facultades del Presidente dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, observando él la conducción de tal política, entre otros, los principios de autodeterminación de los pueblos y no

---

<sup>330</sup> *N. b.* Todos los considerandos aludidos en este espacio se desprenden del Amparo en Revisión 140/2002 (caso Cavallo).



intervención<sup>331</sup>, c) que el juez de Distrito debió analizar los conceptos de violación encaminados a impugnar la falta de competencia de la autoridad española para juzgarlo en aquel país, por hechos ocurridos en Argentina, porque los mismos y por los cuales se solicitaba su extradición, tuvieron lugar en Argentina, esto es, fuera del ámbito espacial de validez de la ley española, y en el caso no se justificaban los supuestos de excepción al principio de territorialidad, al no afectarse de alguna manera la seguridad del Estado requirente o bien que los sujetos activo o pasivo fueran nacionales de dicho Estado requirente, aun cuando de manera genérica se consideraran afectados seiscientos españoles y sus descendientes, lo cual no fue corroborado con ningún documento que así lo acreditara, d) que si bien, de conformidad con el principio conocido como jurisdicción universal o justicia mundial<sup>332</sup>, que permite juzgar a los autores de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura, cometidos fuera de su territorio, por cualesquiera de los miembros de la comunidad internacional, o en su defecto por un tribunal internacional, dicha jurisdicción se encuentra limitada a que la detención del sujeto activo se realice dentro del territorio del país que pretenda juzgarlo, lo cual tampoco ocurre en el caso concreto, de ahí que se infrinjan en su perjuicio los principios de autodeterminación de los pueblos y de no intervención, e) que no asiste la razón al juez de Distrito al considerar que la cuestión de competencia de la autoridad requirente no debe ser analizada en un proceso de extradición, porque al hacerlo así, deja de observar que la competencia constituye un presupuesto procesal y, por lo mismo, un requisito necesario para la procedencia de la extradición, f) que conforme al principio de territorialidad y de acuerdo con la aludida Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, los tribunales competentes para conocer del asunto son los argentinos, porque los delitos atribuidos, entre ellos el genocidio, habían ocurrido

---

<sup>331</sup> N. b. La defensa de Cavallo, alegó la inconstitucionalidad de los tratados internacionales por haber sido signados por funcionarios diversos al Presidente de la República, entre ellos la Convención indicada.

<sup>332</sup> N. b. Este principio equivale para la defensa de Cavallo a Derecho penal por representación. Su ejercicio es subsidiario, i. e. cuando un Estado que posee jurisdicción preferente resigna sus obligaciones de juzgamiento. Al respecto, véase, amparo en revisión 140/2002, pp.195 y ss, 340, 342, 343, 345 y 347.



dentro de su territorio y que además no había punto de conexión que de algún modo el Reino de España tuviese interés de enjuiciar a Cavallo, por no haberse afectado su seguridad ni tener víctimas de nacionalidad española, además de que el reclamado era ciudadano argentino<sup>333</sup>, g) que no estaban acreditados los delitos atribuidos a Cavallo, tampoco su responsabilidad penal, h) que la acción penal derivada de tales hechos se encontraba extinguida por prescripción y/o amnistía, i) que los ilícitos atribuidos eran de carácter militar, j) que existían motivos fundados que hacían suponer que la extradición obedecía a cuestiones relacionadas con factores políticos, k) que no era la persona de cuya extradición se solicitaba, l) que el tribunal español no tenía competencia para enjuiciarlo<sup>334</sup>, m) que se violaron garantías al extraditable, de ahí la exigencia de igualdad ante la ley<sup>335</sup>.

Por su parte, el juez de Distrito, como se ve, argumenta : a) que la Convención impugnada era un instrumento que buscaba la cooperación internacional para la prevención y sanción de lo que se consideraba un flagelo odioso que ha infringido grandes pérdidas a la humanidad, como lo era el delito internacional de genocidio cometido tanto en tiempos de guerra como de paz, la misma no podía constituir un mecanismo que limitara la autodeterminación de los pueblos ni tampoco que interfiriera en las decisiones que éstos asumieran sobre su organización política interna, impidiéndoles hacerlo libremente, máxime que en el artículo V de la propia convención se facultaba a las partes contratantes a que adoptaran con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de dicha convención, lo cual significaba que no imponía a nuestro país la

---

<sup>333</sup> N. b. Para la defensa del militar argentino los hechos ya fueron juzgados en Argentina (cosa juzgada), al respecto, *cfr.* Amparo en revisión 140/2002, pp.350, 368 y ss. *Cfr.* Con las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, porque según la defensa del militar argentino, éstas justificaron en su oportunidad la cosa juzgada, al respecto véase Amparo en revisión 140/2002, pp. 51 y 55.

<sup>334</sup> N. b. La defensa de Sèrpico, concentró la fuerza de su argumentación en la premisa de la incompetencia del Juzgado Central de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional de España, para conocer del asunto Cavallo.

<sup>335</sup> N. b. Es evidente que la defensa de Cavallo, apeló a esta garantía constitucional para persuadir al Tribunal constitucional y así, obtener la concesión del amparo y protección de la justicia federal.



obligación de acatarla en contra de la Carta Magna, sino con arreglo a esta, por lo que era que quedaba en libertad de hacerlo con base precisamente en nuestra Constitución y, por consiguiente que no podía ser contraria a ella, *b)* que el problema medular a resolver, en el caso Cavallo, fue dilucidar si los tribunales españoles tenían legalmente competencia para conocer de delitos cometidos durante la dictadura militar de 1976-1983, en el territorio de Argentina, atribuibles a Cavallo, *c)* que los motivos de la defensa iban encaminados a controvertir... sostenían reiteradamente como argumento toral que el gobierno español carecía de competencia al solicitar su extradición para juzgarlo por sus tribunales, en razón de que los hechos infractores que se le atribuían tuvieron lugar en Argentina, esto es, fuera del ámbito espacial de aplicación del orden jurídico del Reino de España, por lo que la soberanía de Argentina excluía el ejercicio de potestades extrañas, *d)* que debió darse respuesta congruente a todos y cada uno de los cuestionamientos planteados; estudiar todas las convenciones multilaterales relacionadas con la extradición, así como los tratados suscritos por México y España, atender a lo establecido en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, acudir además de los tratados y leyes internas en la materia a otras fuentes del derecho extradicional, *e)* debió analizarse si por las dos leyes de punto final y obediencia debida dictadas por Raúl Alfonsín en 1986 y 1987 que exoneraban a Cavallo y demás militares de la dictadura argentina por los delitos que se le atribuían, era causa suficiente para determinar que era España y no Argentina a pesar del principio de territorialidad, el competente para someter a juicio a Cavallo por tales crímenes, *f)* que era trascendental dilucidar cuales son los postulados en que se sustenta el principio de Justicia Universal, extraterritorialidad o cosmopolita o mundial, en qué tipo de delitos puede ejercerse dicho principio, bajo qué circunstancias, en qué casos concretos, cómo opera el mismo, si la legislación española prevé la aplicación de tal principio, cómo lo contempla, si se contrapone o no con otras legislaciones, *g)* que mucho faltó por estudiar y profundizar en un tema tan importante en el que el meollo del problema era dilucidar la aplicación del principio de Justicia Universal, aspectos que fueron abordados en mi opinión jurídica



y en la resolución definitiva dictada por la Cancillería mexicana, *h*) que lo importante del caso fue que nuestro gobierno concedió la extradición de Ricardo Miguel Cavallo por los delitos de genocidio y tortura, como lo sostuve en mi opinión jurídica, y que constituyó un precedente importante dentro del derecho internacional.

Y en su oportunidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expone que:

*a*) los tópicos impugnados resultaron ser muy correctos, México está obligado internacionalmente a sancionar o extraditar a cualquier persona de la que se presume ha cometido un delito internacional, en caso de que México no sancione a las personas que cometan estos delitos en su territorio, tiene la obligación de extraditarlos, *b*) que los conceptos de violación esgrimidos por el recurrente se declaran por una parte infundados y por otra inatendibles, pues de la lectura integral de la Constitución Federal y de los tratados internacionales, entre ellos, el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en materia penal celebrado entre España y México, y de la Ley de Extradición Internacional mexicana, no se advierte de manera alguna la existencia de alguna cláusula o disposición legal que obligue a los Estados parte a pronunciarse sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales que emitieron las opiniones jurídicas que motivaron la extradición del ciudadano “argentino”, *c*) que las autoridades de México no pueden analizar la competencia del Tribunal del país requirente pues se tendría que estudiar la legislación interna de dicho país a fin de determinar la legalidad o ilegalidad de la determinación de competencia efectuada por el tribunal que pronunció la resolución judicial, con forme en la cual se pide la extradición, vulnerándose con ello la soberanía del Estado requirente, *d*) que aún cuando el artículo 10º fracción III de la Ley de Extradición Internacional dispone la obligación de México de exigir al Estado requirente que el presunto extraditado sea sometido a Tribunal competente establecido por ley con anterioridad al delito que se impute en la demanda; empero, esa norma no puede interpretarse hasta el extremo de que el Estado mexicano analice la competencia de los tribunales del Estado requirente, *e*) que resultaban por una parte infundados y por otra inatendibles los agravios encaminados a demostrar que España carece legalmente de competencia para juzgarlo (a SÉRPICO), porque al no poder analizarse esa cuestión en el



procedimiento de extradición, tampoco puede estudiarse en el juicio de amparo que se promueva en contra de la resolución que puso fin a ese procedimiento.

Finalmente, los datos restantes que completan el recuento del asunto Cavallo se configuran y al mismo tiempo parten de las argumentaciones esgrimidas por los comunicados de prensa oficial (sesiones públicas ordinarias celebradas en el Salón de Plenos de la Suprema Corte mexicana, comunicados de prensa) y de circulación nacional (rotativos) sobre este relevante caso. En los primeros consistentes en las sesiones públicas número 14 y 20, se expone, respectivamente, tres propuestas de las cuales se confirma en materia de revisión, la sentencia de amparo recurrida por la defensa de Cavallo; se niega el amparo y protección de la Justicia de la Unión a Ricardo Miguel Cavallo contra lo que reclamó del Presidente de la República respecto de la celebración de instrumentos internacionales en materia de extradición y genocidio; se remite los autos al Sexto Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito para el análisis de la legalidad de los agravios vertidos por las recurrentes<sup>336</sup>, así como las propuestas del ministro Humberto Roman Palacios en las que se modifica la sentencia recurrida; se confirma el amparo concedido por el juez de Distrito a Cavallo en contra del acuerdo de dos de febrero de dos mil uno, emitido por el secretario de Relaciones Exteriores en lo sucesivo al delito de tortura por encontrarse prescrito, así como la ejecución de dicho acuerdo; se niega el amparo y protección al ex militar argentino contra los actos reclamados del Presidente de la República consistentes en la celebración de instrumentos internacionales en materia de extradición y genocidio; se niega el amparo y protección al quejoso referido contra el acuerdo de dos de febrero de dos mil uno emitido por la cancillería consistente al delito de genocidio así como su ejecución; se niega el amparo y protección de la Justicia de la Unión a Cavallo contra la misma

---

<sup>336</sup> *Cfr.* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sesión Pública No. 14 Ordinaria*, de martes 29 de abril de 2003 (I.- 140/2002).



determinación de la Cancillería en lo que respecta al delito de terrorismo, así como su ejecución de dicho acuerdo<sup>337</sup>.

Tanto cuanto a los comunicados de prensa informan que la Suprema Corte decidió negar el amparo solicitado por Cavallo en contra de los ordenamientos internacionales en los cuales se funda su extradición al Reino de España, así como por los delitos de genocidio y terrorismo, con respecto al delito de tortura, confirmó el amparo concedido por el juez primero de Distrito "B" de Amparo en materia penal en el Distrito Federal, por considerar que dicho delito se encuentra prescrito. En dichos comunicados se informa, además, que la Corte decidió ejercer la facultad de atracción con el propósito de revisar integralmente la sentencia emitida por el juez de amparo, revisión que no se constricto únicamente a la concesión del amparo por el delito de tortura impugnado por la Secretaria de Relaciones Exteriores y el Ministerio Público, entre otros aspectos como la breve síntesis del asunto. El Pleno del máximo Tribunal arribó a la conclusión de modificar la sentencia recurrida confirmando la concesión del amparo a Cavallo por el delito de tortura, negando el amparo contra los actos del Presidente de la República y en lo que respecta al delito de genocidio y tortura por considerar que ambos reúnen los requisitos para su juzgamiento en España<sup>338</sup>.

En cuanto a los segundos, los rotativos *la Jornada* de 11 y 28 de junio de 2003 y *la Prensa* de 28 de junio del mismo año, informaron, que:

---

<sup>337</sup> Cfr. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sesión Pública No. 20 Ordinaria*, de martes 10 de junio de 2003 (I.- 140/2002). N. b. en esta misma sesión al resolverse se aprobaron la tesis números I/2003, II/2003, III/2003, y IV/2003. En ellas se plantea en orden lógico que los tratados celebrados entre México y el Reino de España en materia de extradición y genocidio no violan los artículos 16 y 19 constitucionales, que el genocidio no es delito político, que en el procedimiento de extradición derivado del tratado celebrado entre México y España de 21 de noviembre de 1971 no debe analizarse la competencia del Estado requirente y que el terrorismo tampoco es delito político.

<sup>338</sup> Cfr. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Comunicación Social, *Comunicado de Prensa no. 20/2003*, de 10 de junio de 2003.





*Convalida la SCJN la entrega de SÉRPICO a España. Cunde el júbilo por la extradición de Miguel Cavallo. Consideran la decisión como victoria para la justicia internacional [...] Cavallo: sentencia histórica [...] El ex militar argentino enfrentará cargos por genocidio y terrorismo. Convalida la Suprema Corte que se extradite a Ricardo Miguel Cavallo. Tesis de jurisprudencia [...] A las empresas que representaba se les involucraba en CA con el robo de automóviles. Inexplicables omisiones del gobierno de Zedillo al adjudicar a Cavallo el Renave. En la investigación de antecedentes participaron cinco secretarías de Estado y la PGR [...] Cientos de testimonios reconstruyeron su historia delictiva. Cavallo: de torturador a criminal de cuello blanco [...] Satisfacción en México y el extranjero; se logró lo que no se pudo hacer con Pinochet, dicen. Precedente extraordinario, la decisión de la SCJN para extraditar Cavallo. Lamentan agrupaciones de exiliados argentinos que no se le juzgue también por tortura<sup>339</sup>. Acuerdan con la AFI operativo para trasladar al represor de la cárcel al aeropuerto. Llegan policías españoles por Cavallo. SÉRPICO, resignado; solo lamenta que no le dejan pasar sus puros, comenta su abogado<sup>340</sup>. Cínico. Cavallo confía en encontrar en España la justicia que se le negó en nuestro país, dice su abogado; arriban a México policías que se lo llevarán. Confía Cavallo en la justicia española. Asegura que aquí se le negó; arribaron a nuestro país dos policías ibéricos<sup>341</sup>.*

De todo lo expuesto podemos afirmar que la construcción, el desarrollo y cierre del caso Cavallo ha quedado planteado totalmente, al menos hasta el momento en que SÉRPICO es extraditado a España, pues su investigación no concluyó con la decisión de nuestro país de extraditarlo pues en los años subsecuentes al ex militar argentino se le juzgó y condeno en el país ibérico y, recientemente, se le extraditó a Argentina a solicitud formulada por un juez de aquel país<sup>342</sup>. El caso es

<sup>339</sup> Véase, México, *La jornada*, año diecinueve, número 6748, miércoles 11 de junio de 2003, pp.1-3,5-7.

<sup>340</sup> Véase, México, *La jornada*, año diecinueve, número 6765, sábado 28 de junio de 2003, p.18.

<sup>341</sup> Véase, México, *La prensa*, año LXXV, número 27,346, sábado 28 de junio de 2003, pp. 1-3.

<sup>342</sup> *Cavallo rehúsa declarar en Buenos Aires tras ser extraditado por España. EFE - Buenos Aires - 01/04/2008* El ex militar argentino Ricardo Miguel Cavallo se negó ayer a declarar ante la justicia de su país sobre delitos cometidos durante la dictadura nada más llegar a Buenos Aires, tras ser extraditado desde España. Después de escuchar los delitos que se le imputan, el ex marino rehusó contestar preguntas del juez federal Sergio Torres y el fiscal Eduardo Taiano, quienes investigan los crímenes perpetrados en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), donde funcionó la mayor cárcel clandestina montada por el régimen militar (1976-1983). Tras la audiencia, el magistrado ordenó que Cavallo sea trasladado a la cárcel de Marcos Paz, en la periferia de Buenos Aires. Nada más llegar a Argentina, en un vuelo procedente de Madrid acompañado por agentes de



que por lo que respecta a México, con su extradición devienen nuevos avances en la impartición de justicia mexicana, además del reconocimiento a los esfuerzos y planteamientos del derecho internacional y penal internacional (justicia internacional) pero también para el ordenamiento jurídico nacional. Por primera vez México sienta precedente histórico en materia de justicia universal abriendo la puerta de su sistema legal a tan importante principio de justicia.

### **5.3 Conflictos normativos de interpretación y aplicación entre el Derecho penal internacional y nacional: el principio de jurisdicción internacional y la ley de amparo**

**E**n la praxis, el Derecho penal internacional plantea cuestiones jurídicas complejas y nuevas dentro del Derecho nacional de un determinado país *v.gr.* el caso Cavallo constituye el ejemplo claro por antonomasia del conflicto que se genera entre Derecho penal internacional (principio de jurisdicción internacional) y la ley interna mexicana<sup>343</sup>. La causa directa de los conflictos normativos de interpretación y aplicación entre dichas esferas normativas descuella de la colisión - de modo alguno insalvable- entre los principios de Derecho penal internacional y las reglas jurídicas nacionales<sup>344</sup>. Sin embargo, la colisión señalada se puede reducir mediante el proceso de implementación de aquel Derecho (o en su caso el Derecho internacional) en la legislación interna de nuestro país.

Dicho en otras palabras, de los conflictos normativos de interpretación y aplicación del Derecho penal internacional y nacional manifestados en el caso

---

Interpol, el ex militar fue conducido esposado, con chaleco antibalas y en medio de estrictas medidas de seguridad a los tribunales de esta ciudad. Cavallo estaba encarcelado en España desde que el 29 de junio de 2003 fue extraditado por México, donde fue detenido en agosto de 2000 tras ser reconocido por varios supervivientes de centros de detención en Argentina durante el régimen militar. La Audiencia Nacional española autorizó hace dos semanas su extradición a Argentina, además de acordar el archivo y sobreseimiento de la causa que se seguía en España contra Cavallo por genocidio, terrorismo y torturas durante la dictadura militar en su país. <http://www.elpais.com/articulo/internacional/Cavallo/rehusa/declarar/Buenos/Aires/ser/extraditado/España/elpepuint/>, Consulta: 25 de marzo de 2011.

<sup>343</sup> Véase, *passim*, tópico 5.2, cap. 5, de esta investigación.

<sup>344</sup> N. b. Además de la interacción entre los distintos sistemas y culturas jurídicas y la existencia paralela de la jurisdicción internacional y la nacional.



Cavallo, el principio de jurisdicción internacional puede y debe implementarse en la *Ley de Amparo*<sup>345</sup> propiciándose así que la interpretación y aplicación del principio de jurisdicción internacional; una vez incorporado en la Ley de Amparo, así como en otras leyes, sea conforme y razonable. Solo así, en términos generales se evita la colisión entre el Derecho internacional y el nacional.

Ahora bien, el implementar el Derecho penal internacional dentro del Derecho interno de nuestro país constituye invariablemente una clara necesidad la que toma sentido describiendo la forma de llevarse a cabo ¿qué significa lo anterior? Por un lado, los esfuerzos para adaptar el principio de jurisdicción internacional al Derecho interno mexicano, particularmente en la Ley de Amparo (entre otras normas), obedece a evitar a toda costa que en lo sucesivo dicha ley: a) sea utilizada por los operadores del Derecho como un mecanismo disuasivo<sup>346</sup> de la investigación, persecución, juzgamiento y castigo de delitos internacionales (genocidio, tortura, terrorismo) y/o crímenes de Derecho penal internacional (lesa humanidad); b) sea considerada por la comunidad internacional como norma de impunidad, contraria al Derecho consuetudinario, internacional público, internacional de los derechos humanos y penal internacional; y c) sea tergiversada únicamente para que los Poderes de la Unión amparen y protejan a personas que en su pasado hayan sido genocidas o criminales de gran talla inhumana de ahí que la implementación del principio de jurisdicción internacional<sup>347</sup> en la Ley de Amparo constituya una razón fundamental de improcedencia del juicio de amparo penal<sup>348</sup>; más adelante desarrollaremos esta premisa. Por el otro, la forma idónea para llevar a cabo la

---

<sup>345</sup> N. b. Entre otras leyes por ejemplo esta la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, o bien, el artículo 104 constitucional, previsto en el cap. IV denominado del Poder Judicial.

<sup>346</sup> N. b. Disuadir lo imperdonable (crímenes internacionales).

<sup>347</sup> Sec. con Roberto Bergalli, este principio justifica el comienzo de la posmodernidad jurídica. Al respecto véase, Suárez Escobar, Marcela (coord.); *Impunidad. Aproximaciones al problema de la justicia*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2002, pp.195-215.

<sup>348</sup> N. b. Al mismo tiempo, de incorporarse en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en su artículo 10 la competencia internacional complementaria a la nacional. Apoya esta premisa el artículo 21 constitucional.



implementación del principio de jurisdicción internacional como una razón de improcedencia del juicio de amparo penal mexicano en la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, estriba en modificar adicionando el artículo 73 de la Ley de Amparo<sup>349</sup>.

Empero ¿cómo implementar el principio de jurisdicción internacional en la Ley de Amparo mexicana? La forma más simple de implementarlo en la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales es modificando el artículo 73 de la Ley de Amparo<sup>350</sup> adicionando en él la idea que venimos proponiendo en esta investigación la que tiene por objetivo principal evitar la tergiversación de la Ley de Amparo, en todo caso el mal uso que se haga del juicio de amparo, sin duda contrario a su esencia o naturaleza que es proteger al débil frente al acto arbitrario o en su caso frente a los abusos de los potentados. En otras palabras, se trata de incorporar o adicionar como una nueva causal de improcedencia del juicio de amparo penal mexicano el principio de jurisdicción internacional, quedando de la siguiente forma:

Artículo 73.- El juicio de amparo<sup>351</sup> es improcedente:

*[...] tratándose de crímenes de Derecho internacional sujetos a investigación nacional o internacional, orden de detención nacional o internacional, procedimiento abreviado extradicional o proceso penal nacional o internacional (principio de justicia*

---

<sup>349</sup> Incluso también cabe la posibilidad de modificar el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación para que orgánicamente la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional sustentada en el principio de jurisdicción internacional se reconozca explícitamente por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, v.gr. la implementación del principio de jurisdicción internacional en dicha ley quedaría como sigue: art. 10 de la LOPJF, La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno: del reconocimiento de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional en aquellos casos relacionados con crímenes o delitos internacionales.

<sup>350</sup> N. b. Para una explicación más amplia y clara sobre las causales de improcedencia, véase, Fernández Fernández, Vicente; *El juicio de amparo en la jurisprudencia*, cap. Tercero, Ed. Porrúa, México, 2007, pp.59-104.

<sup>351</sup> México, Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



*universal/principio de jurisdicción internacional), así como de graves violaciones a los derechos humanos.*

Lo anterior, no es una mera lucubración, tampoco es una sinrazón teórica pues tiene como base constitucional para implementarse de esa forma lo establecido en el artículo 21 constitucional párrafo 5º que a la letra dice: Artículo 21.- [...] *El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.* [...] <sup>352</sup>; no obstante, sin soslayar la invitación que mediante resolución de 8 de diciembre de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos hace extensiva a sus miembros <sup>353</sup> en la inteligencia de que los mismos suscriban el Tratado de Roma del Tribunal Penal Internacional e incorporen en sus legislaciones el principio de justicia universal en lo relativo a la persecución de los crímenes contra la humanidad.

Así pues, constitucionalmente, el principio de referencia se encuentra reconocido de modo explícito en nuestra Ley Fundamental lo que ya es un elan... un nítido logro para dar continuidad al desarrollo y perfeccionamiento de la implementación del Derecho penal internacional en nuestro Derecho interno, y que mejor forma de contribuir al desarrollo de nuestro Derecho patrio que reflexionando sobre la indispensable modificación del artículo 73 de la Ley de Amparo para establecer como causal de improcedencia del juicio de amparo penal mexicano el principio de jurisdicción internacional en los términos expuestos en los acápites anteriores puesto que de ello depende el evitar dar mal uso a la noble institución del amparo penal, en todo caso se delimitaría claramente su naturaleza que es -entre

---

<sup>352</sup> Sec. con Hermilio López-Bassols, el Senado de la República aprobó una adición del artículo 21 de la Constitución en los términos indicados. Esa misma adición fue aprobada por las legislaturas de los Estados y publicada en el Diario Oficial de la Federación, lo que impulsó a México a ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional el 28 de octubre de 2005. También al respecto véase, Gutiérrez Jiménez, Elisa; "México ante la Corte Penal Internacional", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 104, 2006, pp-19-22,36-42; <http://www.unirioja.es> Consulta: 29 de marzo de 2011.

<sup>353</sup> Entre ellos, México.



otras razones- proteger y amparar a toda persona que se queje con justicia contra las transgresiones a sus derechos fundamentales y garantías individuales, es decir, entender de forma terminante que el juicio de amparo (penal) no es una mera razón instrumental tendente a justificar intereses o pasiones humanas, sino que constituye una institución que ha sido establecida para mantener invulnerables los derechos del hombre frente a los abusos del poder y de las tergiversaciones técnicas que se esgriman al amparo de su palio protector.

Finalmente, todo lo que se ha dicho hasta ahora se justifica (iusfilosóficamente) con lo que ya desde 1881 expresó Ignacio L. Vallarta en su obra *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, en el sentido de que el juicio de garantías no es un instrumento que tenga que desnaturalizarse en la práctica jurídica y/o judicial, mucho menos que se cometan abusos en su nombre, pues su finalidad no debe sujetarse a pasiones humanas, ni a intereses inhumanos; el juicio de amparo es una institución de gran prestigio para nuestro sistema jurídico, no merece, por su bondad, considerarse un arma que justifique intereses perversos<sup>354</sup>, de ahí que su naturaleza radique precisamente en proteger los derechos del hombre así como los intereses sociales, nunca puede ni debe servir a quien pretenda utilizarlo como instrumento para evadir la responsabilidad penal por delitos o crímenes imperdonables... para burlar las leyes y generar impunidad. Es por ello que consideramos viable nuestro planteamiento expuesto en el sentido descrito.

#### **5.4 México frente a los compromisos internacionales en materia de jurisdicción internacional**

**H**emos llegado al último punto en donde por ahora damos por cerrada la presente investigación. Pues bien, trataremos de dar respuesta a la siguiente cuestión dado que ella es determinante para comprender claramente la lógica de la argumentación central que se viene esgrimiendo en este trabajo de tesis. Comencemos pues por tratar de responder a lo siguiente ¿a qué se ha

---

<sup>354</sup> Cfr. L. Vallarta, Ignacio; *Obras. El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, t. V, 4ª ed, Ed. Porrúa, México, 1989.



comprometido México con la comunidad internacional en materia de jurisdicción internacional? Tomando como punto de partida la posmodernidad del Derecho, nuestro país se ha comprometido a buscar medios razonables y eficaces para homogeneizar, unificar o implementar el Derecho penal internacional dentro de su derecho interno<sup>355</sup>.

En ese sentido, México a partir del año 2000 ha venido impulsando sus compromisos internacionales<sup>356</sup> con la comunidad internacional en materia de jurisdicción internacional firmando el 7 de septiembre del mismo año el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, instrumento en donde se delimita el principio de jurisdicción internacional, lo que representa en la actualidad el paso de transición hacia la posmodernidad de su derecho así como a su reconocimiento internacional. No obstante, los compromisos en dicha materia exigían quedar totalmente agotados a través de la ratificación del propio Estatuto de Roma del Corte Penal Internacional. Así, el 28 de octubre de 2005 México agota sus compromisos en materia de jurisdicción internacional al ratificar el Estatuto de Roma una vez que el Senado de la República y la Cámara de Diputados discutieron y aprobaron la adición al artículo 21 constitucional en la que se aprecia claramente la implementación del principio de jurisdicción internacional en el orden normativo interno, en este caso la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Probablemente, lo anterior constituya el comienzo de una nueva forma de entender nuestro Derecho interno desde un enfoque internacional plenamente

---

<sup>355</sup> *i.e.* El principio de jurisdicción complementaria y a su vez permanente de la Corte Penal Internacional en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás leyes; como ya se muestra en el artículo 21 de la propia Constitución política.

<sup>356</sup> *N. b.* El origen y desarrollo de los mismos se construyen por las siguientes fases: 1<sup>a</sup> las reuniones del Comité Preparatorio celebrados con anterioridad a la Conferencia de Roma, 2<sup>a</sup> la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma, 3<sup>a</sup> la firma del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en New York, en el marco de la Cumbre del Milenio, y 4<sup>a</sup> la ratificación del Estatuto. Así pues, en cada una de esas fases nuestro país participó activamente reafirmando así su compromiso con la implementación del Derecho internacional y consecuentemente con el principio de jurisdicción internacional contenido en el instrumento referido.





razonable, de ahí que la idea de implementar el principio de jurisdicción internacional en nuestro ordenamiento nacional representa por antonomasia la evolución de nuestro sistema jurídico hacia la posmodernidad y globalización jurídica. México, al haber participado activamente en la preparación, negociación, discusión, aprobación, firma y ratificación del Estatuto de Roma ha cumplido con los compromisos asumidos ante la comunidad internacional, no obstante consideramos que aún falta por cumplimentar el relativo a modificar y/o adicionar los preceptos legales de la Ley de Amparo siguiendo nuestro planteamiento, en el sentido de no frustrar el objeto y finalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que es erradicar la impunidad y, consiguientemente, fortalecer el discurso de la justicia internacional, entre otros. El caso es que nuestro México no ha rehuído a la exigencia social de materializar la justicia internacional y la paz global en virtud de su implementación en nuestro Derecho interno.

De esta forma es como nuestro país ha logrado dar continuidad y al mismo tiempo ha permitido que sus instituciones y mecanismos jurídicos trabajen por la defensa y protección de los derechos humanos, al final de lo que se trata es de materializar los valores de justicia universales. Consiguientemente, resulta imprescindible implementar el principio de jurisdicción internacional en la Ley de Amparo según lo propuesto en el tópico anterior y en todas las razones que le anteceden, precisamente para prevenir impunidad así como la innecesaria violación de los derechos humanos, erradicando la indebida e inmoral simulación técnica del derecho de amparo penal en aquellos casos relacionados con crímenes o delitos internacionales. Finalmente, estimamos que México al cumplir con sus compromisos internacionales en dicha materia no hace sino trascender las fronteras de la modernidad para insertarse en la posmodernidad jurídica pero también en ese quehacer reafirma su contribución al desarrollo del Derecho internacional y nacional, logrando que su voz se escuche con claridad si y solo si satisface plenamente las anteriores razones y exigencias reclamadas por la comunidad global.





## CONCLUSIONES

Finalmente, para concluir este trabajo de investigación exponemos sin temor a equivocarnos lo siguiente:

**PRIMERO.-** Los dos conflictos mundiales armados más importantes en la historia de la humanidad propiciados fundamentalmente por asesinatos, venganzas, aspectos económicos, disputas territoriales y afanes expansionistas, son acontecimientos que marcaron cambios cruciales para la humanidad traducibles en nuevos ordenes mundiales, lamentablemente ellos derivaron en consecuencias innecesarias como es el caso de la impunidad criada desde los propios campos de concentración y exterminio nazi, a su vez que desarrollada desde el propio sistema jurídico-político de la época nacionalsocialista alemana (régimen fascista y totalitario apoyado por un irracionalismo político), pero también consecuencias necesarias tratándose de la redeterminación en la forma de comprender al Derecho y diferenciarlo de la ley, *v.gr*: la invención de nuevos instrumentos internacionales, mecanismos de defensa, la nueva concepción del Derecho, nuevas políticas en los social, en la justicia y en el Derecho, el comienzo de una nueva forma de entender, reflexionar y crear el Derecho, el desarrollo del Derecho penal internacional y de los derechos humanos, el establecimiento de la justicia y jurisdicción internacional para conocer de crímenes internacionales, la creación de órganos de jurisdicción internacionales que prevengan y castiguen crímenes imperdonables, los límites a la soberanía de los Estado-nación, los principios de Núremberg como base de desarrollo de la Corte Penal Internacional, los procesos de Núremberg sirvieron de apoyo para dirigir una crítica en serio al normativismo jurídico kelseniano, se enarbola el valor justicia sobre la locución latina *dura lex sed lex*, pues resulta evidente que las sentencias de Núremberg evidenciaron que la interpretación dogmática de la ley solo justificaba actos autoritarios como los manifestados por el nacionalsocialismo alemán durante la Segunda Guerra Mundial.



**SEGUNDO.-** Ahora sabemos con certeza que existen distintas formas de apreciar, explicar, interpretar y aplicar al saber Derecho. Desde cada paradigma metodológico se pueden justificar “intereses”, la manifestación de su ética depende según el contenido o fondo que constituya a cada uno de ellos (dependiendo del sentido adoptado en la decisión pueden explicarse desde cualquiera de estas concepciones metodológicas) *v.gr:* desde el iusnaturalismo el Derecho es visualizado como un conjunto de normas vigentes que aspiran realizar supremos valores de justicia basado en principios naturales y abstractos destinados a los actos individuales y sociales del ser humano (desde este modelo se explica la victoria aliada de las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial); desde el iuspositivismo el Derecho se constituye como un conjunto de normas vigentes que excluyen cualquier intento de valoración ética y social de las leyes (precisamente este modelo sirvió para justificar acciones relativistas como las realizadas en el intento de exterminio de los judíos y otros colectivos humanos, además de constituir el lado opuesto del anterior modelo descrito); en cuanto al iusrealismo el Derecho se constituye por las emociones psicológicas de los jueces que determinan su comportamiento futuro (este modelo es el extremo del anterior modelo, pues su análisis del Derecho es en exceso crudo y frío) y, el iusmarxismo sostiene que el Derecho justifica la voluntad e intereses de la clase dominante. En efecto, las anteriores concepciones muestran de forma sintética su consistencia y caracterización metodológica que reviste cada una, es decir, las distintas formas de explorar y argumentar el Derecho.

Metodológicamente, los modelos iusnaturalismo e iuspositivismo explican la contienda de la Segunda Guerra Mundial, pues los aliados abanderaban su causa desde el primero de los aducidos, en tanto que los del eje empuñaban su causa desde el segundo, dicho en otros términos, en dicha contienda mundial contrastaron los principios de justicia (Derecho) con las reglas jurídicas (ley) (no son lo mismo), a partir de ello, ya no importa la idea única del Derecho, al parecer los principios morales impusieron un desafío real al normativismo jurídico. A partir de la Segunda Guerra Mundial, los principios de justicia doblegaron al normativismo jurídico, el



ejemplo de ello lo representa los juicios de Núremberg. Así pues, con el advenimiento de dicho conflicto mundial el iusnaturalismo facilitó a la humanidad un espacio mayor de tolerancia que el que predicaba el iuspositivismo. Actualmente, las razones del iuspositivismo están en crisis por el natural advenimiento de los principios de justicia y la hermenéutica jurídica propiciado por dicho acontecimiento. Así pues, el saber Derecho hoy por hoy se escribe en clave argumentativa y hermenéutica con apoyo en la razón práctica si acaso se quiere evitar su dogmatización tal como sucedió en la Segunda Guerra Mundial.

**TERCERO.-** Sabemos que el Derecho no es un saber (en el sentido de ciencia, método o ideología) que se rija únicamente a través de una sola lógica, pues se complementa con otras lógicas como las de carácter valorativo, además de que su fundamentación se inspira en valores y principios morales, éticos y constitucionales. El Derecho, pues, no se desliga de los principios filosófico-constitucionales, de ahí que su relación con los atributos indicados florezcan en el terreno de la razón práctica; su funcionamiento no es autárquico ya que depende de otras esferas normativas para poder funcionar sistémicamente. Pensamos que nace de la sociedad dado que ella representa el lugar por excelencia donde tal saber surge como necesidad de convivencia e interacción social.

Además de lo anterior, el saber Derecho representa sin duda, el medio por el que es posible alcanzar realizar el valor justicia, pues lo que le da sentido al Derecho es la lucha apoyada por los valores universales contra las injusticias. Comprender que es la justicia va más allá de intentar conceptualizarla o negar su existencia. La justicia es un valor universal inherente a la humanidad. Ella es por su propia naturaleza, aconceptual, totalmente realizable por medio del Derecho.

**CUARTO.-** Las anteriores conclusiones no se entenderían sin referirnos directamente a la sede de la moral, pues como sostuvimos líneas arriba, la fundamentación del Derecho se basa en determinados atributos que de omitirse estaríamos aceptando acríticamente que el Derecho es solo norma, lo cual no es así. La moral como contenido mínimo en el Derecho permite facilita la reflexión sobre los



derechos humanos. Efectivamente, si partimos de lo anterior, los derechos humanos son principios que se ajustan a los hechos sociales manifestados dentro de una determinada etapa cultural o social. Estos, se fundamentan en principios éticos y morales (justicia, libertad, igualdad, fraternidad, equidad, etc.) que exigen se respete al ser humano en lo individual y sean protegidos en lo colectivo a través de instituciones o mecanismos jurídicos.

Los derechos humanos son principios verdaderamente fundamentales que enaltecen la dignidad de los seres humanos frente a cualquier ideología, doctrina o dogma que busque suprimirlos o hacer que los seres humanos sean reducidos a explotación. Empero, por si mismos no cuentan con la suficiente fuerza persuasiva para que toda forma, sistema o ideología asuman su existencia en el mundo, de hecho necesitan de instrumentos y mecanismos jurídicos (para su observación y protección) que impongan en lo contextual y textual su positivación y aplicación.

Los derechos humanos, además se pueden explicar teórica y prácticamente, es decir, que se fundamentan desde la filosofía (derecho natural, moral) la cual diseña los principios que privan la realidad del hecho social, de ahí su practicidad, es más, pretenden probar la teoría y práctica de la justicia. Así, los derechos humanos encuentran relación directa con los principales postulados del cristianismo coincidiendo ambos en principios universales diseñados por el Derecho natural; lográndose analizar desde diversos aspectos tales como el moral y el jurídico internacional sin olvidar que ellos mismos pueden comprenderse normativa y valorativamente *i. e.* su moralidad se reconoce desde la norma con la consecuencia directa de la liberación jurídica de los seres humanos que a través de las revoluciones sociales buscan alcanzar reconocimiento y satisfacción tanto a su dignidad, autodeterminación y valores frente al Estado.

Así, los derechos humanos se reflexionan como principios que deben y pueden pertenecer a un orden jurídico general socio-estatal, sin embargo, su reflexión descuella a la forma en que se interpretan. De hecho, su interpretación se apoya en lo social, en lo filosófico y jurídico, de ahí que su explicación parta de



postulados o cánones hermenéuticos. Luego, los derechos humanos encuentran sentido partiendo de su vínculo con los principios constitucionales y normas jurídicas relativos a determinado orden jurídico (*v.gr*: la Constitución política) definidos por la sociedad y el Estado. Pensamos que los derechos humanos, por un lado, no son ideología o doctrina, pues su naturaleza es hermenéutica, no dogmática, dicho sea de paso: sirven de apoyo a la justicia universal; por el otro, son indudablemente idea y acción (idealismo y pragmatismo) orientadas naturalmente por la razón crítico-práctica y el sentido común.

Ahora, lo que fundamenta la conciencia de ellos es la interpretación razonada, crítica y tolerante que los seres humanos hacen de sus vivencias, hechos y valores suscitados en un contexto de vida siempre en movimiento, se trata al final de racionalizar el mundo de la vida a través de la fundamentación de la conciencia de ellos. Pensamos que lo anterior no se lograría comprender con suficiente claridad si no se tiene presente el respeto a ellos, respeto que se garantiza a través de su positivación en la ley, además su aplicación por órganos jurisdiccionales tanto nacionales como internacionales. Efectivamente, los órganos jurisdiccionales tanto nacionales como internacionales (justicia universal/jurisdicción internacional) tienen mayor posibilidad para hacer que los derechos humanos se impongan en un Estado o comunidad de Estados determinados.

Así pues, los tribunales penales internacionales pueden mediante la justicia penal internacional imponer el respeto a los derechos humanos tanto a los Estados, individuos como a las sociedades humanas, indefectiblemente tiene *de lege ferenda* la posibilidad de garantizar los derechos humanos y erradicar la impunidad, de ahí que esta no es sinónimo de inmunidad estatal o individual porque bien entendida la inmunidad no contradice a la justicia universal.

Los principales crímenes contra la humanidad son crímenes de Derecho internacional que bajo ningún concepto prescriben, se olvidan o se amparan por medio de leyes o mecanismos garantes, por tanto, su conocimiento para su debida investigación y castigo se atribuye a los tribunales penales (nacionales)



internacionales. No obstante, para el funcionamiento de esos órganos de jurisdicción necesitan de instrumentos y mecanismos internacionales idóneos que puedan satisfacer la exigencia de una realidad más justa y feliz regida por leyes justas, por la bondad y piedad a fin de sostener de modo permanente la concordia humana, sobre todo, puedan hacer del principio de jurisdicción universal un medio razonable para combatir la impunidad y corrupción. Por todo lo anterior, sabemos con certeza que el principio de jurisdicción universal constituye una garantía para la protección efectiva de víctimas que han padecido *core crimes*, además de servir de base para mantener viva la memoria histórica de la humanidad a fin de evitar repetir los errores del pasado como los cometidos en la Segunda Guerra Mundial como es el caso del holocausto judío.

**QUINTO.**- Sabemos también que México en el tema de la justicia internacional destacó sobre manera, pues a través de sus órganos jurisdiccionales conoció y resolvió un asunto en donde se contrastaron y ventilaron los principios de justicia y jurisdicción universal. Algunas cuestiones de Derecho internacional cobraron actualidad. Con el conocimiento de ese caso, conocido comúnmente como “caso Cavallo”, el sistema de justicia mexicana se vio obligado a someterse a escrutinio internacional, sobre todo a demostrar a la comunidad internacional que no es ajeno a la modernización de su sistema jurídico.

Así pues, con el caso Cavallo, México se probó así mismo su capacidad para responder a las exigencias internacionales apuntaladas fundamentalmente a cumplimentar la justicia internacional. Como era de esperar, el asunto Cavallo dio mucho que decir entre la comunidad jurídica y la opinión pública, pues fue la primera ocasión en que el sistema de justicia mexicana contrastó con el sistema de justicia internacional lo que propició nuevos cuestionamientos a nuestro Derecho interno para su mejoramiento y actualización. Posteriormente, la resolución del caso Cavallo vino a sentar precedente a nivel internacional, pues como ya lo referimos, fue la primera vez en que México se avocó a implementar jurídicamente en su sistema de justicia razones de Derecho penal internacional y derechos humanos, abriendo las



puertas de dicho sistema al principio de universalidad. Así, nuestro país sienta histórico precedente en materia de justicia universal.

Con el caso Cavallo se presentaron nuevos desafíos a nuestro sistema jurídico como el relativo al de implementar el Derecho internacional al ámbito interno a fin de actualizar el sistema de impartición de justicia mexicana, *v.gr*: el incorporar el principio de justicia universal en la legislación interna de México, evitándose con ello la manipulación de los institutos jurídicos nacionales (juicio de amparo) así como la colisión entre Derechos, internacional y nacional.

Partiendo de la crítica jurídica, el caso Cavallo fue un asunto atípico, diríase altamente político, dado que es evidente que el gobierno mexicano accedió a la petición de entrega (extradición) del ex militar argentino al gobierno español por razones, más que jurídicas, de *política exterior*, tan es así que del análisis de los argumentos jurisdiccionales y doctrinarios en materia de extradición internacional se corrobora tal premisa, además de que las argumentaciones jurisdiccionales que analizaron su extradición se apoyaron con base en el principio de reciprocidad internacional que, palabras más palabras menos, dicho principio se circunscribe a la política jurídica la que si bien es cierto representa la antítesis del normativismo jurídico.

No obstante, deben existir límites a la política de los Estados, pues de lo contrario, proliferarían los excesos y arbitrariedades en las decisiones estatales. Así, uno de los límites más importante para la política lo constituye el Derecho, pues es el medio idóneo para erradicar los abusos y arbitrariedades de los Estados en cualquier tipo de asunto del orden público. Y en el caso que nos ocupa, la jurisdicción internacional es el único instrumento eficaz para limitar las soluciones políticas, ubicando en su esfera de competencia la solución más razonable para el problema que se plantea en la realidad. Es decir, el Derecho es más razonable que la razón de Estado pues se ajusta como debiera ser a los criterios de moralidad y eticidad que aquellos simplemente instrumentales.



No se debe perder de vista que, probablemente, el ex militar argentino intentó a través del uso del juicio de amparo penal mexicano mantener impune las acciones imperdonables que se le reprocharon al ventilarse su asunto tanto en Argentina como en España, el caso es que el juicio de amparo al operar en el asunto Cavallo corrió peligro al pretender considerársele un “caballo de Troya”, un medio por el que se podía hacer inofensiva la evasión de la responsabilidad penal individual. Al parecer, en el caso Cavallo, se buscó mediante el uso del juicio de amparo hacer creer que se le perseguía por motivos políticos lo que de haber prosperado actualizaría en automático el objetivo esencial de amparo mexicano que es el proteger al débil frente al arbitrario porque en ello radica la esencia de dicho instrumento solo basta recordar los orígenes que le dieron vida. Evidentemente, la realidad demostró que el ex militar argentino nunca perteneció al sector débil, pues su trayectoria muestra su pertenencia al monocratismo argentino. Buscó ampararse y protegerse frente a la memoria de sus víctimas mediante el juicio de amparo penal mexicano, y así dejar impune sus acciones criminales alegando frente a la justicia federal mexicana violación a sus derechos públicos subjetivos, y así evadir el brazo de la justicia universal. La realidad ha enseñado que Sécipio no logró persuadir a la verdad y a la justicia ni con el más sofisticado sofisma legal. La justicia en México es hoy una necesidad real y progresiva, tendente a su permanencia, de ahí que el juicio de amparo penal mexicano no es ni debe considerársele una norma de impunidad.

Probablemente, con el asunto Cavallo, nuestro país está obligado a satisfacer los compromisos que ha adquirido con la comunidad internacional en materia de justicia universal y derechos humanos precisamente llevando a cabo una adecuada implementación del Derecho penal internacional en su ordenamiento jurídico interno. En ese sentido México, con el asunto Cavallo, ha confirmado su compromiso ante la comunidad internacional en el sentido de que desde la posmodernidad del Derecho ha comenzado a implementar dentro de su sistema jurídico el principio de jurisdicción internacional, tan es así que el primer paso en dicha materia lo ha dado al incorporar mediante adición el principio de referencia dentro del artículo 21 constitucional; el siguiente paso debe darse en el sentido de lo que se ha planteado en este trabajo





académico en materia de amparo, pues es necesario evitar que al juicio de garantías se le use de manera inmoral contraria a su naturaleza; y los subsecuentes pasos en el sentido planteado por los especialistas en Derecho penal internacional, es decir, modificando los cuerpos de leyes o creando leyes específicas que regulen en su interior razones de Derecho penal internacional como sucede con el Código penal y procesal penal alemán, por citar un ejemplo de ello.

Finalmente, con lo anterior, puede decirse que nuestro país ha concretado sus compromisos con la comunidad internacional en la materia que ocupa nuestra atención al haber firmado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y posteriormente, ratificado tal instrumento. Es imprescindible que México no solo haya implementado a nivel constitucional el principio de jurisdicción internacional, se necesita como lo venimos sosteniendo, implementarlo en la Ley de amparo (entre otros ordenamientos) a fin de mantener inalterable su naturaleza la cual descansa en proteger al débil, no al que simula serlo. Creemos firmemente que a pesar de que la justicia sea solo un valor, no por ello deja de ser realizable en este mundo, el principio de justicia y/o jurisdicción universal representa sin duda una razón de peso para que aquellas personas que hayan cometido crímenes internacionales o contra la humanidad y pretendan hacer uso inmoral de nuestro juicio de amparo, éste descuelle improcedente por la naturaleza del hecho criminal así como por la falta de ética en el uso que se le busque dar nuestro bondadoso juicio de amparo penal. Así las cosas.



## FUENTES DE INVESTIGACIÓN SELECTAS

### PARA CAPÍTULO 1

- ARTOLA MENÉNDEZ, Ricardo. *La segunda guerra mundial. de Varsovia a Berlín*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- ASIMOV, Isaac 1920-1992. *Los Estados Unidos de la guerra civil a la primera guerra mundial*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- BENZ, Wolfgang y GRAML, Hermann (comps). *El siglo XX.II Europa después de la segunda guerra mundial 1945-1982.I*, Ed. Siglo XXI, México, 1986.
- CABRERA, Mercedes, et al. *Europa en crisis, 1919-1939*; Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1991.
- DEMANDT, Alexander et. al. *Los grandes procesos: derecho y poder en la historia*, Ed. Crítica, España, 1993.
- DOUGLAS, Roy. *BETWEEN THE WARS. 1919-1939, THE CARTOONISTS VISION*, Ed. Routledge London and New York, Great Britain, 1992.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*, Ed. Porrúa, 12ª ed, México, 1999.
- HOMENAJE A CLAUS ROXIN. *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba, la lectura libros jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, trad. del original en alemán por Roberto J. Vernengo, Ed. Porrúa, 15ª ed, México, 2007.
- KITCHEN, Martín. *El periodo de entreguerras en Europa*, trad. Nazaret de Terán Bleiberg, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- LATREILLE, André. *La segunda guerra mundial t. II diciembre 1941- agosto de 1945*, Ed. guadarrama, Madrid, 1968, t. II.
- LAQUER, Walter. *Europa después de Hitler*, Ed. Grijalbo S. A., Barcelona, México, 1974.
- LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel. *La mafia nos robó la presidencia*, Ed. Grijalbo, México, 2007.
- ----- . *La gran tentación. El petróleo de México*, Ed. Grijalbo, México, 2008.



- ----- . *La mafia que se adueñó de México... y el 2012*, Ed. Grijalbo, México, 2010.
- RAMÍREZ CUEVAS, Jesús (coord.). *Nuevo proyecto de nación. Por el renacimiento de México*, Ed. Grijalbo, México, 2011.
- LUCAS, Javier. *Europa: ¿Convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Ed. Tecnos, 1994.
- MANDEL, Ernest. *El significado de la segunda guerra mundial*, Ed. Fontamara, México, 1991.
- MICHEL, Henri. *La segunda guerra mundial t. II la victoria de los aliados (enero de 1943-septiembre de 1945)*, Ed. Akal, Madrid, c1991.
- MILWARD, Alan S. *La segunda guerra mundial, 1939-1945*, trads. Antonio Menduïña y Juan Tugores, Ed. Crítica, Barcelona, 1986.
- NOWARK, Jürgen. *NETZWERK EUROPA EINHEIT DER VIELFALT*, Ed. Hitit, Berlín, 2001.
- RENOUVIN, Pierre 1893-1974. *La primera guerra mundial (1904- 1918)*, Ed. oikos-Tav, Barcelona, 1972.
- RIVOIRE, Mario. *Europa desde 1918 hasta hoy*, Ed. UTEHA, México, 1961.
- TORRES RAMÍREZ, Blanca. *México en la segunda guerra mundial*, el Colegio de México, México, 1979.
- WISKEMANN, Elizabeth. *La Europa de los dictadores 1919-1945*, Ed. Siglo XXI, 1978.
- ZHUKOV, Eugeniï Mikhailovich. *La primera guerra mundial*, Ed. Grijalbo colección 70, México, 1973.

## PARA CAPÍTULO 2

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ----- . “*Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral*” trad. de P. Larrañaga, en *Derecho y razón práctica*, Ed. Fontamara, México, 1993.



- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Métodos y técnicas de la investigación jurídica*, Ed. Porrúa, México, 2004.
- ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*, Ed. Fontamara, 2ª ed, México, 2000.
- ----- . *El sentido del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, 2ª ed, España, 2003.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, trad. de Vicente Herrero, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed, México, 1994.
- BUNGE, Mario. *La investigación científica*, Ed. Ariel, 3ª ed, Barcelona, 1973.
- CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al derecho. Teoría general Argumentación, Razonamiento jurídico*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, est. preliminar de A. Calsamiglia, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- DE PINA, RAFAEL *et al.* *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*, Ed. Fontamara, México, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, Ed. Porrúa, 13ª ed, México, 2006.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Importancia de la teoría jurídica pura*, Ed. Fontamara, México, 1994.
- ----- . *Positismo jurídico, realismo sociológico, y iusnaturalismo*, Ed. Fontamara, México, 1993.
- ----- . *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*, Ed. Porrúa, México, 1978.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Ed. Tecnos, 4ª ed, Madrid, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*, Ed. Fontamara, México, 2005.



- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1997.
- SANTAMARÍA BRAVO, Antonio. *Sobre la relación entre moral y ciencia jurídica: razones para una técnica omnicomprendiva del derecho basada en la praxis razonada de la justicia*, Director de tesis de licenciatura: Doctor Jesús Aguilar Altamirano, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Aragón, México, 2006.
- STEVENSON, CH. L. *Ética y lenguaje*, Ed. Paidós, Buenos Aires, Argentina, s. a.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. Felipe González Vicen, Ed. Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación*, Ed. Ariel, 7ª edición, Barcelona, 2002.
- XIRAU, Ramón. *Introducción a la historia de la filosofía*, Coordinación de Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

### PARA CAPÍTULO 3

- ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*, Ed. Ariel Derecho, España, 2003.
- -----. *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- -----. *Introducción al Derecho*, Ed. Fontamara, 2ª ed, México, 2000.
- -----. *El sentido del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, 2ª ed. rev, España, 2003.
- CICERÓN, Marco Tulio. *La invención retórica*, introd, trad y n. de Salvador Núñez, Ed. Gredos, Madrid, 1997.
- FICHTE, John. *Werke*, Ed. Medicus, Darmstadt, 1962, vol. III.
- HABERMAS, Jürgen et al. *Conocimiento e interés*, Ed. Paidós, España, 1997.
- -----. *Conocimiento e interés*, versión castellana de Manuel Jiménez, José F. Wars y Luis Martín Santos, rev. por José Vidal Beneyto, Ed. Taurus, Madrid, 1982.
- -----. *Conciencia moral y acción comunicativa*, Ed. Península, 5ª ed, Barcelona, 1998.
- -----. *Teoría de la acción comunicativa*, Tomo I y II, Ed. Taurus, Madrid, 1987.



- -----. *Teoría y praxis*, Ed. REI México, 1993.
- -----. *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Ed. Paidós, España, 1991.
- -----. *Verdad y justificación*, trads. de Pere Fabra y Luis Diez, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- -----. *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, Ed. Paidós, Barcelona, 2002.
- -----. *Aclaraciones a la ética del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- -----. *La constelación postnacional*, Ed. Paidós, Barcelona, 2000.
- -----. *Ciencia y técnica como ideología*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- -----. *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Taurus, Madrid, 1989.
- -----. (con John Rawls): *Debate sobre el liberalismo político*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999.
- -----. *El futuro de la naturaleza humana*, Ed. Paidós, Barcelona, 2002.
- -----. *Facticidad y validez*, Ed. Trotta, Madrid, 1998.
- -----. *La lógica de las ciencias sociales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- -----. *Más allá del Estado nacional*, Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- -----. *La necesidad de revisión de la izquierda*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- -----. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1975.
- -----. *El pensamiento postmetafísico*, Ed. Taurus, Madrid, 1990.
- -----. *La reconstrucción del materialismo histórico*, Ed. Taurus, Madrid, 1981.
- HERÁCLITO. *Fragmentos*, Ed. Alcanía, México, 1939.
- KUHN, T. S. *La función del dogma en la investigación científica*, Cuadernos Teorema, 1979.
- -----. *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- MARX, Carlos. *El Capital. Crítica de la economía política I*, vol. 1, trad. de Wenseslao Roces, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- ROBLES, Oswaldo. *Propedéutica filosófica*, Ed. Porrúa, México, 5ª ed, 1967.



- STEVENSON, CH. L. *Ética y lenguaje*, Ed. Paidós, Buenos Aires, Argentina, s. a.
- -----. *ETHICS AND LENGUAJE*, Ed. Yale University Press, Inc. New Haven, s. a.
- -----. *Definiciones persuasivas*, (1938). Versión inglesa.
- SKOLIMOWSKI, H. *Racionalidad evolutiva*, Cuadernos Teorema (Universidad de Valencia) 1977.
- VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*, Ed. Alianza, Madrid, 2003.
- -----. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación*, Ed. Ariel, 7ª edición, Barcelona, 2002.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La exigencia de justicia*, Ed. Trotta, 2006.
- -----. *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Valladolid, 1999.

#### **PARA CAPÍTULO 4**

- ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, 2ª ed. rev, España, 2003.
- -----. *Tras la justicia*, Ed. Ariel Derecho, España, 2003.
- -----. *Introducción al Derecho*, Ed. Fontamara, 2ª ed, México, 2000.
- BARBA, J. Bonifacio. *Educación para los derechos humanos. Los derechos humanos como educación valoral*, 3ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- BARRITA LÓPEZ, Fernando. *Multidisciplina e interdisciplina en Derecho Penal. Código de Federal Procedimientos Penales*, Ed. Porrúa, México, 1999.
- BARRY, Brian. *La teoría liberal de la justicia: "examen crítico de las principales doctrinas de teoría de la justicia de John Rawls"*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- BECCARIA, Césare. *Tratado de los delitos y de las penas*; Ed. Porrúa, 5ª ed facsimilar, México, 1992.



- BERÚMEN CAMPOS, Arturo. *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003.
- BEUCHOT, Mauricio. *Filosofía y derechos humanos. Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*, Ed. Siglo XXI editores, México, 1993.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ed. Ediar, Argentina, 1994.
- BLANE ALTEMIR, Antonio. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- BUERGENTHAL, Thomas. *Derechos humanos internacionales*, trad. de Ángel C. González Ruíz, Ed. Gernika, México, 1996.
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t.III, D-E, 27ª ed, Ed. Heliasta, Argentina, 2001.
- COLOMER MARTÍN-CALERO, José Luis. *La teoría de la justicia de Emmanuel Kant*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- CORREAS, Oscar. *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, México, 2003.
- COVARRUBIAS VELASCO, Ana et. al. (coords). *La protección internacional de los derechos humanos: un reto en el siglo XXI*, El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, 2007.
- ETIENNE LLANO, Alejandro. *La protección de la persona humana en el derecho internacional. Los derechos humanos*, Ed. Trillas, México, 1987.
- FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Colección Universitaria, Ed. Debate, Madrid, 1984.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor et. al. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Ed. Porrúa, 2ª ed, México, 2001.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.





- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio et. al. (coords). *La reforma a la justicia penal. Quintas jornadas sobre justicia penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.
- GARZÓN REAL, Baltasar. *Cuento de navidad. Es posible un mundo diferente*, Universidad Nacional de Quilmes/Prometeo 3010, Argentina, 2002.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional. Estudio histórico crítico*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Temas selectos de derecho internacional*, 3ª ed, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de Investigaciones, México 1999.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008.
- GONZÁLEZ GÓMEZ, Carlos E. et. al. *Ética y derechos humanos*, Universidad Autónoma de Michoacán, Ed. Mc Graw-Hill, México, 2004.
- GONZÁLEZ, Nazario. *Los derechos humanos en la historia*, Universidad Autónoma de Barcelona, Ed. Alfaomega Grupo Editor, Barcelona, 2002.
- HABARMAS, Jürgen. *Teoría y praxis*, Ed. REI México, 1993.
- -----. *Verdad y justificación*, trads. de Pere Fabra y Luis Diez, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- -----. *La constelación postnacional*, trads. Pere Fabra, Luis Diez y Daniel Gamper, Ed. Paidós, Barcelona, 2000.
- -----. *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Ed. Paidós, España, 1991.
- -----. *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de Ramón García Cotarelo, Ed. Península, 5ª ed, Barcelona, 1985.
- -----. *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de José Mardomingo, Ed. Trotta, Madrid, 2000.



- -----. *La necesidad de revisión de la izquierda*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Ed. Tecnos, 2ª ed, Madrid, 1996.
- HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia*, Ed. Crítica Barcelona, España, 1990.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Enciclopedia jurídica mexicana*, t. III, D-E, 2ª ed, Ed. Porrúa, México, 2004.
- JASPERS, Karl. *Iniciación al método filosófico*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1977.
- KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Ed. Ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina, 1977.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, trad. del original en alemán por Roberto J. Vernengo, Ed. Porrúa, 15ª ed, México, 2007.
- -----. *¿Qué es la justicia?*, Ed. Fontamara, México, 1990.
- -----. *¿Qué es la Teoría pura del derecho?*, Ed. Fontamara, México, 1991.
- LUNA ALTAMIRANO, Jesús Guadalupe. *La extradición en México y otros países. Propuestas de reforma*, Ed. Porrúa, México, 2005.
- -----. *La extradición internacional. Preguntas, respuestas y casos prácticos*, Ed. Porrúa, México, 2007.
- MACINTYRE, A. *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Ed. Crítica, Barcelona, 1987.
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro. *Estudio sobre garantías individuales*, Ed. Porrúa, 6ª ed facsimilar, México, 1998.
- MONRROY CABRA, Marco G. *Derecho internacional público*, 4ª ed, Ed. Temis, Bogotá, 1998.
- OWEN, David. *Derechos humanos*, trad. de José Cayuela, Ed. Pomaire, Barcelona, 1979.
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
- -----. *Sobre las libertades*, Ed. Paidós I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, España, 1990.
- REY CANTOR, Ernesto et. al. *Acción de cumplimiento y derechos humanos*, Ed. Themis, 2ª ed, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1998.



- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminología*, Ed. Porrúa, 6ª ed, México, 1989.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*, Ed. Porrúa, México, 2004, Colección “Sepan cuantos...” número 113.
- -----. *Emilio o de la Educación*, Ed. Porrúa, México, 2002, Colección “Sepan cuantos...” número 159.
- SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional*, Ed. Porrúa, 25ª ed, México, 2006.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN; *Manual del juicio de amparo*, Ed. Themis, 2ª ed. actualizada, México, 2002.
- -----. *La Extradición Internacional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.
- -----. *Extradición. Cuadernos de trabajo de la Primera Sala, núm.1*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.
- TENA Ramírez, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*, 39ª ed, Ed. Porrúa, México, 2007.
- VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*, Ed. Alianza, Madrid, 2003.
- WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. coord. María del Mar Díaz Pita, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- ZARAGOZA, M. Edith M et. al (coord). *Ética y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Iure editores, México, 2006.

## PARA CAPÍTULO 5

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, et. al. *La asistencia humanitaria en Derecho Internacional contemporáneo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, 1997.
- AMBOS, Kai. *Nuevo Derecho Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.
- AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. *Derecho Penal*, Ed. Oxford, 2ª ed, México, 2000.



- ARTEAGA NAVA, Elisur. *Derecho constitucional*, 3ª ed, Oxford University Press, México, 2008.
- ----- . *La constitución comentada por Maquiavelo*, 4ª ed, Ed. siglo XXI editores, México, 2000.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, trad. de Álvaro Búnster, Ed. Siglo XX, México, 1998.
- CABAL, Luisa y MOTTA, Cristina (comps.). *Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*, Ed. Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2006.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Ed. Porrúa, 15ª ed, México, 1986.
- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Ed. Porrúa, 16ª ed, México, 1991.
- CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo. *Fundamentos sobre verdad, justicia y reparación. Garantía de los derechos de las víctimas*, Ed. Leyer, Colombia, 2005.
- CARDENAS GRACIA, Jaime. *La argumentación como derecho*, Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- CASSESE, Antonio. *INTERNATIONAL LAW*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, 38ª ed, México, 1997.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Procedimientos para la Extradición*, Ed. Porrúa, México, 1993.
- DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría General del delito*, Ed. Cárdenas Editor Dsistribuidor, México, 2000.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *TOWARDS A TRULY COMMON LAW EUROPE AS A LABORATORY FOR LEGAL PLURALISM*, translated by Naomi Norberg, Ed. Cambridge, New York, 2002.



- DIXON, Martin, *et. al. CASES & MATERIALS ON INTERNATIONAL LAW*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ed. Ariel Derecho, España, 2002.
- ----- . *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, 2ª reimpresión, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.
- EBENSTEIN, William. *La teoría pura del Derecho*, trad. de J. Malagón y A. Pereña, Ed. Fontamara, México, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trads. de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente. *El juicio de amparo en la jurisprudencia*, Ed. Porrúa, México, 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.
- ----- . *La reforma penal constitucional. (2007-2008) ¿democracia o autoritarismo?*, 2ª ed, Ed. Porrúa, México, 2009.
- GARZÓN REAL, Baltasar. *Cuento de navidad. Es posible un mundo diferente*, Universidad Nacional de Quilmes/Prometeo 3010, Argentina, 2002.
- GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio. *México y la Corte Penal Internacional*, 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Instituto Matías Romero, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1998.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional. estudio histórico-crítico*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.



- GÓMEZ ROBLEDO, Alonso. *Temas selectos de derecho internacional*, 3ª ed, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999.
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. *Sistemas internacionales de derechos humanos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- IHERING, Rudolf von. *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada, Ed. Leyer, Colombia, 2006.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Derecho Penal Contemporáneo (análisis lógico-formal del tipo en el Derecho Penal)* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1968.
- ----- . *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Ed. Trillas, México, 1991.
- JAKOBS, Günter. *Acción y omisión en Derecho penal*, trads. Rey Sanfiz L. C., Sánchez Vera J, Ed. Universidad Externado de Colombia y Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 2000.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*, trads. Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.
- LAN ARREDONDO, Arturo Jaime. *Sistemas jurídicos*, Ed. Oxford University Press, México, 2008.
- LÓPEZ-BASSOLS, Hermilio. *Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional. Y casos prácticos de Derecho Internacional*, 3ª ed. Ed. Porrúa, México, 2008.
- ----- *El convenio europeo de derechos humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Porrúa, 6ª ed, México, 1998.
- ----- . *Teoría del Delito*, Ed. Porrúa, México, 1995.
- LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel. *La gran tentación. El petróleo de México*, Ed. Grijalbo, México, 2008.
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrete, Universidad Iberoamericana, México, 2002.



- LUNA ALTAMIRANO, Jesús Guadalupe. *La extradición en México y otros países. Propuestas de reforma*, Ed. Porrúa, México, 2005.
- ----- . *La extradición internacional. Preguntas, respuestas y casos prácticos*, Ed. Porrúa, México, 2007.
- MAIER, Julio B. J, *et. al.* (coords.). *Las reformas procesales penales en América Latina*, pról. De Albin Eser y Stefan Jost, Ed. Ad-Hoc, Argentina, 2000.
- MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1997.
- MANASSERO, María de los Ángeles. *De la argumentación al Derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 2001.
- MAURACHT, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, pról. de Octavio Pérez/Victoria Moreno, trad. y n. de derecho español por Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.
- MONROY CABIA, Marco G. *Derecho internacional público*, 4ª ed, Ed. Temis, Bogotá, 1998.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, Ed. Ius Poenale, CEPOLCRIM, México, 1999.
- MUÑOZ REDÓN, Josep. *Las razones del corazón. Los filósofos y el amor*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008.
- NACE, Dale A. *LAW AND JUSTICE. CASES AND READINGS ON THE AMERICAN LEGAL SYSTEM*, second edition, Carolina Academic Press, Durham North Carolina, 1999.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Porrúa, 2ª ed, México, 2001.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, 17ª ed, México, 1997.
- REYES PARRA, Elvira. *Gritos en el silencio: niñas y mujeres frente a redes de prostitución. Un revés para los derechos humanos*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.
- ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Eudeba, 3ª ed, Buenos Aires, 2006.





- SANTIAGO, Alfonso. *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, pról. de Rodolfo L. Vigo, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- SASTRE VILLACORTE, Carlos. *Fuero de guerra disciplinario y derecho administrativo militar: las fuerzas armadas mexicanas*, Ed. Sista, México, 2003.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto. *Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, México, 1994.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Manual del juicio de amparo*, Ed. Themis, 2ª ed. actualizada, México, 2002.
- ----- . *La Extradición Internacional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.
- ----- . *Extradición. Cuadernos de trabajo de la Primera Sala, núm.1*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.
- STONE, I. F. *THE TRIAL OF SOCRATES*, Ed. Pan Books, London, 1989.
- SUÁREZ ESCOBAR, Marcela (coord.). *Impunidad. Aproximaciones al problema de la injusticia*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2002.
- VALLARTA, Ignacio L. *Obras. El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, t. V, 4ª ed, Ed. Porrúa, México, 1989.
- WEATHERILL, Stephen. *CASES & MATERIAL ON EU LAW*, 7th edition, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- WEBER, Max. *Sociología del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 2001.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, Tr. Sergio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, Chile, 1987.
- ----- . *El Nuevo sistema del Derecho Penal*, Tr. José Cerezo Mir, Ed. Ariel, 4ª ed, 1964.
- ----- . *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª edición, 4ª ed. Castellana, Ed. Jurídica de Chile, 1997.
- ----- . *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 12ª edición, 3ª ed. Castellana, Ed. Jurídica de Chile, 1976.





- WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. coord. María del Mar Díaz Pita, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
  - ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal. Parte General*, Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1998.
- ZEPEDA LEUCONA, Guillermo. *Crimen sin castigo. Procuración de Justicia y Ministerio Público en México*, CIDAC-FCE, 2004.

### HEMEROGRAFÍA

CAPELLA, Juan-Ramón. “*Panorama de la Semiótica Jurídica*”, en *INVESTIGACIONES SEMIÓTICAS*, núm. 2/3, Facultad de Derecho de Carabobo, Valencia, Venezuela, 1993.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “*Recensión: la punibilidad de la negación de la existencia de Auschwitz de Thomas Wanders, Duncker y Humblot*”, *REVISTA INTERNACIONAL. DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO*, Legis, Bogotá, Colombia, núm. 1, octubre-diciembre de 2002.

JAKSON, Bernard S. “*Semiótica y crítica jurídica*” en *CUADERNOS DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS*, núm. 14, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.

OST, Francois. “*Questions méthodologiques a propos de la recherche interdisciplinaire en droit*”, en *REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES*, núm. 6, 1981.

SALDAÑA, Javier (coord). “*Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie E: varios, núm.88, 1997.



## LEGISGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales

Ley de Extradición Internacional

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Diversos instrumentos y convenios internacionales en la materia

## FUENTES ELECTRÓNICAS

[http://www.lainsignia.org/2005/julio/int\\_028.htm](http://www.lainsignia.org/2005/julio/int_028.htm)

<http://www.habermasonline.org>

<http://perso.club-internet.fr/tintamar/philo/HABERMAS-BIB.PDF>.

<http://www.helsinki.fi/~ãmkauppi/habbib.htm>

<http://www.msu.edu/user/robins11/habermas>

[http://www.geocities.com/tomaustin\\_cl/soc/Habermas/portalthabermas.html](http://www.geocities.com/tomaustin_cl/soc/Habermas/portalthabermas.html)

[http://es.wikipedia.org/wiki/Segunda\\_Guerra\\_Mundial](http://es.wikipedia.org/wiki/Segunda_Guerra_Mundial).

[http://www.penal.org/IMG/pdf/CD-Annexe\\_2008-1-2.pdf](http://www.penal.org/IMG/pdf/CD-Annexe_2008-1-2.pdf).

<http://europa.eu/scadplus/leg/es/s22006.htm>

<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-23.html>

<http://lapalabradelmuro.netfirms.com/textos/justiciachomsky.html>

[http://www.attacmadrid.org/d/1/justicia\\_global.htm](http://www.attacmadrid.org/d/1/justicia_global.htm)



<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=7054>

<http://justiciaimparcial.blogspot.com/2009/05/el-principio-de-justicia-universal.html>

<http://ecodiario.eleconomista.es/legislacion/noticias/1682221/11/09/Garzon-cree-una-verguenza-que-España-limite-el-principio-de-Justicia-Universal.html>

<http://noticias.prodigy.msn.com/internacional/articulo.aspx?cp-documentid>

<http://www.derechopenalinternacional.com>

<http://www.elpais.com/todo-sobre/tema/final/impunidad/Argent/91>