

La contingencia del derecho y su uso alternativo

The contingency of law and his alternative use

Julio César MUÑOZ MENDIOLA*

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo analizar como el Derecho se desarrolla en la realidad social como un medio, pues sostiene una conexión y condicionamiento con la sociedad, lo que a su vez crea una tensión entre ambos. Así, el Derecho es contingente y mediante su uso se pueden conseguir diversos fines, no obstante, su uso alternativo, caracterizado en la decisión de los Jueces, es un motor de cambio jurídico y social. Por ello, sus operadores deberán de buscar ese uso para privilegiar la pretensión axiológica y de corrección moral del Derecho.

PALABRAS CLAVE: sociedad; acciones sociales; contingencia del Derecho; uso alternativo del Derecho; derechos fundamentales.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze as the Law is develop in social reality in form of a mean, well it has a connection and conditioning with society, at the same time that exist a tension between Law and society. Thus, the Law is contingent and by means of its use is possible achieve various purposes, nevertheless, its alternative use by the judges is a boost for legal and social changes. Hence, the Law's users shall try the alternative use of Law for privilege the claim axiological and moral

* Licenciado por la Facultad de Derecho de la UNAM, egresado de la Maestría en Derecho en el Posgrado de Derecho de la UNAM. Abogado postulante, docente, coordinador del observatorio de sentencias de la SCJN en el Laboratorio Virtual Derecho y Desarrollo Sostenible. Contacto: <juliobono@me.com>. ORCID: 0000-0002-8769-7984. Fecha de recepción: 06/01/2020. Fecha de aprobación: 17/03/2020

correctness of Law.

KEYWORDS: society; social actions; contingent of Law; the alternative use of Law; fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN

Desde diferentes disciplinas, posturas y épocas al Derecho se la han dado distintos conceptos y configuraciones, una de estas perspectivas es la histórica-ideológica, mediante la cual se ha explicado al Derecho a partir del contexto histórico e ideológico que lo han interpretado conforme a una corriente determinada. Esta explicación tiene vasos conductores que permite identificar características constantes en su uso, no obstante, para este trabajo no es pretensión sumarse a los intentos de desideologizar al Derecho o negar sus diferentes usos; pues se parte de la premisa de considerarlo como un medio para la consecución de diversos fines en su interacción con la realidad.

Por ello, el análisis se apartará del intento por explicarlo desde alguna teoría o corriente única, puesto que dentro de esas distintas teorías o corrientes se puede lograr una aceptación, de forma pacífica, en torno a su contingencia; lo cual puede ser evidenciado a partir de una comprobación histórica de su uso caracterizado en las decisiones de los jueces.

Primeramente, será necesario describir la conexión histórica que ha existido entre la sociedad y el Derecho, pues esto permitirá analizar los fenómenos que involucran a uno y al otro, porque mediante esos fenómenos es que se da esa conexión. Principalmente, porque ese vínculo se extiende hasta convertirse en un factor condicionante, que tendrá como resultado una tensión entre ambos, es decir, servirá para establecer la dimensión de análisis en la que el Derecho se desenvuelve como un medio, y cómo históricamente se ha utilizado de forma contingente en la consecución de fines contrapuestos.

Posteriormente, la demostración histórica se hará a partir de un fenómeno social y jurídico que ha marcado a la sociedad norteamericana desde sus inicios como nación; la desigualdad de las personas de color. Este fenómeno ha sido condicionante para el Derecho, así como este último ha condicionado al fenómeno.

Concretamente, por el uso del derecho positivo que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho con diferentes fines a lo largo de su historia.

Finalmente, esta demostración servirá para proponer el deber de buscar el uso alternativo del Derecho, ello para la consecución de fines como: el reconocimiento de derechos y su protección; la transformación social y la reversión de injusticias en las diferentes estructuras sociales; así como cumplir con la pretensión axiológica y de corrección moral del Derecho que siempre deberá de buscarse por sus operadores.

II. LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

Al hablar de sociedad y Derecho se puede deducir que ambos han tenido conexiones históricas desde siempre, aunque la sociología surgiría varios años después que el Derecho como disciplina, resultaría ingenuo negar conexiones de este tipo entre ambos, porque siguiendo un razonamiento deductivo, la evolución de la estructura social desde inicios de la humanidad estuvo ordenada o determinada por el Derecho; pues desde las formas más primitivas de conglomerados humanos se pueden encontrar matices de ambos. De esta manera, lo importante para este trabajo es situar al Derecho en la sociedad y evidenciar como esas conexiones influyen en la dinámica de ambos; al grado de condicionarse y crear una tensión persistente.

Es necesario partir de lo que se considerarán las sociedades modernas, a las cuales el filósofo Max Weber caracterizaba por la existencia de un predominio de la acción racional¹. Lo cual se traduce en un desarrollo a partir de la metodización de las ciencias naturales, las matemáticas, la medicina, la química y en general una teología sistemática basada en la herencia dual del cristianis-

¹ Cfr. SITTON, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, trad. de Juan Carlos Rodríguez Aguilar, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 24.

mo y el pensamiento griego antiguo². Sin embargo, la necesidad de convivencia social del ser humano es parte intrínseca de su vida, porque los seres humanos viven comúnmente en sociedad o, si se prefiere, en grupos que mantienen relaciones caracterizadas por un grado apreciable de constancia, regularidad y previsibilidad³.

De esta forma, la necesidad de vivir en sociedad para el ser humano es un componente de su propia existencia y convivencia, pues esta necesidad es imperiosa para determinar e influenciar fuertemente el desarrollo de la sociedad; valiéndose de la razón y el cientificismo de todos los procesos sociales. Estos procesos incluirían el ámbito político y jurídico, a los que Weber señalaría como el establecimiento de un Estado, es decir, una articulación rigurosa de conceptos jurídicos y el papel dominante de los funcionarios oficiales⁴.

Este Estado establecería enfoques metódicos y sistemáticos en varias esferas de la actividad social⁵. Esto bien podría resumirse en que las sociedades modernas se caracterizarían a partir de categorías basadas en la razón, las cuales se legitimarían a través del cientificismo y la objetividad, en otras palabras, las sociedades se liberarían de las contradicciones naturales bajo el triunfo de la razón⁶; y ello reduciría lo cognoscible a lo que era racionalmente probado desde diferentes posturas epistemológicas, teorías y métodos particulares.

² *Idem.*

³ FERRARI, Vincenzo, *Primera lección de sociología del derecho*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015, p. 11.

⁴ Cfr. SITTON, John, *op. cit.*, p. 24.

⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁶ Cfr. GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Daniel, “La posmodernidad de Lyotard explicada a los posmodernos”, *Colección Documentos de Investigación*, México, 2007, p. 5. Disponible en: <http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/blog/docentes/trabajos/6504_15755.pdf>.

Por su parte, las sociedades modernas bien podrían haber caracterizado el surgimiento de un complejo sistema social que se institucionalizó en el Estado moderno de corte liberal, pues su acción fue regida por los derechos de las personas y los ciudadanos; la división de poderes y las constituciones escritas; la existencia de libertades civiles y políticas, es decir, el Estado en la modernidad se regiría por fundamentos del Derecho público tomando en consideración el respeto por la esfera privada⁷.

Es de destacar como los principios medulares que rigieron la acción del Estado, en su momento tuvieron y siguen teniendo un fundamento y conexión con la sociedad, porque tanto el continente (el Estado), como su contenido (los derechos y libertades) tienen una vinculación directa con la sociedad. Esto significa que los sistemas sociales, los cuales han sido creados por el ser humano artificialmente, principalmente para organizar la convivencia humana sobre la Tierra, tendrán una naturaleza simbólica y dependerán de la acción humana; el Derecho pertenece a esa categoría⁸.

Consecuentemente, el Estado se entronó como dirigente de la vida en sociedad, fundándose en el asidero de la propia modernidad, en donde el derecho positivo, como acepción, indicó el derecho puesto o, mejor dicho, impuesto a una población determinada por la autoridad de un poder legítimamente soberano. Y esta ideología proveniente de la filosofía ilustrada y típico de la modernidad; establecería que al Estado le corresponde el monopolio de la creación y disolución del Derecho⁹.

Cabría añadir que, en la modernidad, se acuñó una ficción por demás útil para la época y las condiciones persistentes, la cual

⁷ Cfr. AGUILERA HINTELHOLGER, Rina, “La Faceta Histórica e Institucional del Estado Moderno”, *Revista de ciencias políticas y administración pública, Estudios políticos*, México, cuarta época, núm. 22, septiembre-diciembre de 1999, p. 203.

⁸ Cfr. FERRARI, Vincenzo, *op. cit.*, p. 25.

⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 29.

se fundó en que el Estado (incluido el Derecho) son el pacto social personificado en la ley, y que ésta representaría la expresión de la voluntad general. Así, el Derecho puede verse como un instrumento práctico, no sólo teórico, pues su estructura deóntica-normativa¹⁰, le puede dar diferentes significados, aplicaciones y resultados, esto es, destinarlo ya sea a comprender científicamente la acción, ya sea a guiarla de modo frecuentemente imperativo¹¹.

Sin embargo, esta descripción carecería de un sentido práctico y realista que tome en cuenta al creador, destinatario y operador del Derecho; el ser humano. El cual posee las cualidades de ser determinante y volitivo, porque a través de sus propias acciones, que se traducen en acciones sociales, representan para la sociología su principal objeto de estudio a la vez que su mayor problema¹².

Consecuentemente, el Derecho como expresión caracterizado en las normas, en sí mismo enarbolará un contenido directo de las acciones sociales, porque no se puede dejar de lado el hecho de que el material normativo del que se ocupa la sociología es por definición social¹³. Nótese desde ahora esa vinculación o condicionamiento de las acciones sociales sobre las normas jurídicas,

¹⁰ El sentido normativo-deóntico puede entenderse para este trabajo como la capacidad de formula hipótesis de cómo debiera de ser la realidad y las conductas de las personas.

¹¹ Cfr. FERRARI, Vincenzo, *op. cit.*, p. 32.

¹² De allí que a veces se hable de que la sociología del Derecho debería estar dividida en dos partes, cada una de las cuales debería tener por objeto un problema diferente: por un lado, el de la sociedad en el Derecho, que necesita investigaciones empíricas de carácter micro-sociológico sobre los comportamientos, las actitudes y los juicios expresados por la sociedad hacia el Derecho; por otro lado, el del Derecho en la sociedad que requiere investigaciones teóricas de carácter macro-sociológico sobre la posición, las funciones y el fin del Derecho en la sociedad. Véase TREVES, Renato, *Sociología del Derecho y socialismo liberal*, trad. de Luis C. Aparicio y Rafael de Asís, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 225.

¹³ Cfr. FERRARI, Vincenzo, *op. cit.*, p. 43.

lo cual ayudará a comprender el condicionamiento mutuo entre Derecho y sociedad.

En este punto, cabría señalar que el Derecho como sistema estructurado de normas, se distingue de la interacción social que se refiere a su propio objeto y que se representa en términos sistemáticos; como lo reconoce la teoría sociológica-jurídica contemporánea¹⁴. En esa línea argumentativa, el profesor Habermas en principio concebiría al Derecho como un subsistema dentro del sistema social, pues éste tendería a una pretensión estratégica de dominación; sin embargo, tiempo después reconocería la importancia y necesidad del Derecho en la sociedad, definiéndolo como el conjunto de normas positivas que tienen por función estabilizar la sociedad; lo cual se resume en que el Derecho posee un carácter social integrador¹⁵. Por su parte, para el profesor Luhmann la sociedad no es la suma de todas las interacciones, sino un sistema de orden superior, un sistema de otro tipo que se opone a la antigua tradición europea como sistema político legalmente constituido¹⁶, en otras palabras, la sociedad representa la finalidad última del sistema político y jurídico.

Ambas posturas son correctas; sin embargo, importa más como se integran para establecer una dependencia dinámica entre sociedad y Derecho. Entre otras cuestiones, porque el carácter de conjunto de normas positivas que pertenece o forman parte de la sociedad, incluida la acción jurídica como cualquier otra acción social, no son procesos cerrados sino abierto¹⁷.

En paralelo, la teoría crítica que tuvo su inicio en los postulados marxistas, y que empezaría a centrar al Derecho como un

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 54.

¹⁵ Cfr. SOBREVILLA, David, "La concepción Habermasiana del Derecho", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 30, 2007, p. 565.

¹⁶ Cfr. LUHMANN, Niklas, *La moral de la sociedad*, trad. de Iván Ortega Rodríguez, Madrid, Trotta, 2013, p. 200.

¹⁷ Cfr. FERRARI, Vincenzo, *op. cit.*, p. 56.

sistema hegemónico y dominante, viéndolo como un instrumento de dominación que forma parte de una superestructura social, en donde la base económica es la realidad y la superestructura jurídico-política e ideológica es un reflejo engañoso¹⁸; al final, diseminaría la ideología de que el Derecho es prescindible en la sociedad.

Si bien esta idea tiene algo de razón, lo cierto es que se integra de una visión sesgada o incompleta, porque tanto la realidad como la superestructura se determinan o inciden entre sí, porque no sólo son una relación de explicación, sino una relación ontológica¹⁹; y, en cierto modo, también deontológica donde el Derecho es participe e imprescindible como estabilizador de la sociedad.

No obstante, para este trabajo el establecer dos extremos en torno al Derecho en gran medida fortalece lo mencionado en párrafos anteriores. Primero, porque si el Derecho es un reflejo de la realidad social, entonces es un producto suyo, consecuentemente, las normas que reflejan ciertas relaciones sociales y que producen las normas jurídicas, son hasta cierto punto adecuadas para la sociedad²⁰. Y, segundo, porque los hombres están compelidos a actuar de cierta manera, sí, por sus deseos e instintos, pero, en mayor medida, porque así es ordenado por las normas.²¹

En consecuencia, se puede establecer una dimensión ideal y una racional de la sociedad, reforzando la tesis de la conexión y la interacción entre el Derecho y la sociedad, pues el ser humano se acoge a valores normativos, culturales e ideológicos, sobre todo, los valores normativos se pueden posicionar dentro del ámbito del Derecho, ya sean jurídicos o morales, pero ambos positivizados en sus respectivos ámbitos; lo social y lo jurídico. Pues las

¹⁸ Cfr. CORREAS, Óscar, *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacán, 1994, p. 22.

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 23.

²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 25.

²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 26.

conductas que han de repetirse son provistas con el sentido de lo obligatorio por las normas jurídicas²².

Por otro lado, los valores culturales tienen la facultad de adscribir al ser humano cierta pertenencia, son valores que tienen validez en un contexto social e histórico determinado, entonces, nacen, se realizan y pueden perder significado en un contexto concreto²³. Lo cual se demuestra en los nacionalismos que han dado paso a lo más que se puede aspirar, en este caso a una cultura nacional mínima que se nutra de las variadas perspectivas de los diferentes grupos²⁴.

Asimismo, se encuentran los supuestos valores que se crean y se fundan en la ideología, que no son una cuestión menor, porque la función de la ideología es de gran importancia para la constitución y modelación de la forma en que los seres humanos viven sus vidas, principalmente como actores conscientes y reflexivos en un mundo estructurado y significativo²⁵. Por esta razón, el conflicto en la sociedad generará distintos tipos de diferencias y la ideología es una de las causas principales de esas disconformidades, porque al final determinará a cada ser humano en función de un contexto establecido y determinado que, a su vez, establece un sistema ideológico trascendente histórica y materialmente, pero, al final, representará un elemento constitutivo de todas las sociedades humanas²⁶.

²² Cfr. CORREAS, Óscar, *Sociología del Derecho*, México, Fontamara, 1998, p. 109.

²³ Cfr. WEBER, Max, *Por qué no se deben hacer juicios de valor en la sociología. El sentido de no hacer juicios de valor en la sociología y la economía*, trad. de Joaquín Abellán García, Madrid, Alianza, 2010, p. 27.

²⁴ Cfr. OQUENDO, Ángel, *Democracia y pluralismo*, México, Fontamara, 2004, p. 164.

²⁵ Cfr. THERBORN, Göran, *La ideología del poder y el poder de la Ideología*, trad. de Eduardo Terrén, México, Siglo XXI, 1990, p. 13.

²⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

Cabe hacer unas acotaciones sobre lo referente a la trascendencia histórica y material. La primera, se refiere a que, si bien las ideologías no son reducibles a la temporalidad de la historia humana, las ideologías de tipo existencial funcionan sólo en formas históricamente determinadas²⁷. Y, la segunda, en torno a que las ideologías funcionan en una matriz material de afirmaciones y sanciones, y dicha matriz determina sus interrelaciones, porque todas las actividades humanas están dotadas de significado y todas las interpelaciones ideológicas tienen algún tipo de existencia material²⁸.

Así, la ideología representa un componente determinante en varias estructuras sociales, al grado de influir en los valores normativos y culturales, pues el papel de la ideología es la de un rol de dominación mediante una conexión ideológica que vincula a la población con un determinado régimen (la sociedad como un conjunto de sujetos obedientes a este régimen)²⁹.

Sin embargo, esta visión, desde la posición de este trabajo, no puede ser tan pesimista, porque también históricamente han existido procesos de movilización ideológica, los cuales se han dado desde diferentes frentes, ya sea por separado o en conjunto; ya sea institucionalmente o políticamente; ya sea por la fuerza o pacíficamente desde la propia sociedad. Así, serán destacables las movilizaciones ideológicas sociales en un sentido positivo³⁰, las cuales resultarán fundamentales para demostrar una de las proposiciones de este trabajo.

En consonancia con lo anterior, es necesario distinguir sobre la diferencia existente entre la construcción de un modelo racio-

²⁷ Cfr. *Idem*.

²⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 28.

²⁹ *Ibidem*, p.74.

³⁰ Sobre la necesidad e importancia de los movimientos sociales junto a otros actores políticos y estatales, para lograr cambios estructurales. Véase ACKERMAN, Bruce, *La constitución viviente*, trad. de Carlos M. Enrique, España-Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 41-ss.

nal de la sociedad y entender este modelo como un ideal a seguir por la sociedad³¹. Asimismo, de una vez evitar el problema teórico del Derecho, sobre todo la visión que tiende a soluciones absolutas³². Pues se deberá de partir de la premisa que los conflictos sociales, los cuales también pertenecen al campo del Derecho, ni son fáciles ni tampoco existen soluciones absolutas o definitivas, sino que siguen la suerte de la dinámica social como una tarea interminable y siempre en construcción.

En resumen, hasta aquí se han mencionado varios aspectos que, de alguna manera, han demostrado la tesis de la conexión entre sociedad y Derecho. Por su parte, también se ha destacado una de las características principales de la sociedad; el conflicto. Consecuentemente, las sociedades necesitan de una fuerza que medie o armonice su estabilidad y, en ese punto, se esbozó que el Derecho es importante en esa tarea.

En esa misma línea argumental, se estableció que existirá una relación estrecha entre el Derecho y la sociedad, pues ambos son importantes para proponer dos usos del Derecho: El primero, un uso de dominación e imposición de una ideología hegemónica; el segundo, un uso alternativo y emancipador de la ideología hegemónica. Sin embargo, antes de proponer ese uso alternativo y emancipador del Derecho, será necesario establecer que el Derecho también tiene un carácter contingente.

III. LA CONTINGENCIA DEL DERECHO

Ya sea que se considere al Derecho como un subsistema social; ya sea como un discurso dominador o de emancipación; ya sea como un sistema de normas o, inclusive, todas las anteriores. Lo que es patente es que el Derecho tiene una conexión con los distintos actores sociales y la sociedad en general, después de todo el Derecho es un producto social que requiere un mayor involucramiento

³¹ Cfr. WEBER, Max, *op. cit.*, p. 46.

³² Cfr. TREVES, Renato, *op. cit.*, p. 232.

con los distintos agentes que interactúan en la sociedad³³. Así, se puede observar que la naturaleza del Derecho no sólo se reduce a ordenar y regular conductas sociales, sino también a otorgar y garantizar derechos; sobre todo, los derechos individuales que están en evolución progresiva sin cesar, por ello no es posible ponerles un límite que no deban superar³⁴.

Los derechos se luchan y se conquistan y, en la mayoría de las veces, los movimientos sociales pueden coincidir con la moral positiva o enfrentarse con ella. Justo en ese punto, el Estado tiene un deber caracterizado en la pretensión de llamar progresivamente al individuo a la existencia moral, es decir, la moral cívica no puede tener otro fin que las causas morales³⁵. Y esas causas se configuran en las acciones sociales, las cuales pueden determinar las normas en tres momentos diferentes; en su conformación, en su aplicación y en la denuncia social de las mismas.

La conformación, se refiere a cómo las acciones sociales condicionan de alguna manera al órgano encargado de crear las normas jurídicas, es decir, a las asambleas representativas. La aplicación, se entiende en cómo las decisiones judiciales, sobre todo las que revisten importancia para el interés colectivo, atienden a las acciones sociales y las toman en cuenta, en este caso, se refiere a los juzgadores. Por último, la denuncia social, tiene un aspecto dual de gran importancia debido a la comunicación que genera, esto es, una correlación en donde los ciudadanos están al corriente de lo que hace el Estado y, a su vez, este está periódicamente o ininterrumpidamente informado sobre lo que ocurre en la so-

³³ Cfr. ROBLES VÁZQUEZ, Jorge y TOVAR SILVA, Yvonne, *Teoría jurídica crítica norteamericana, una introducción a los Critical Legal Studies*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, 2016, p. 146.

³⁴ Cfr. DURKHEIM, Émile, *Lecciones de sociología: Físicas de las costumbres y el Derecho, y otros escritos sobre el individualismo, los intelectuales y la democracia*, trad. de Federico Lorenc Valcarce, Buenos Aires, Editorial Miño y Dávila, 2003. p. 132.

³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 133.

ciudad³⁶. Nótese como la sociedad puede ser tanto condicionante como condicionada por las acciones sociales.

Por todo lo mencionado, se presume que el Derecho es un medio y no un fin en sí mismo, porque mediante él se puede lograr una hegemonía determinada o transformaciones sociales de gran importancia. No obstante, la premisa de este trabajo es que el Derecho tiene una pretensión tanto axiológica basada en la búsqueda de los valores de justicia, equidad y bienestar social; como una dimensión moral basada en una pretensión de corrección del Derecho en sí mismo, como para los fines que busca como un medio³⁷. Estas pretensiones, al mismo tiempo, implican reconocer su carácter regulativo e impositivo en su propia naturaleza, pero también reconocer pacíficamente que, el Derecho como un medio, también busca mediante ese carácter regulativo e impositivo; la consecución de fines que empatan con la pretensión axiológica y de corrección moral.

Si se negarán estas pretensiones, equivaldría a decir que todo el Derecho a lo largo de la historia, ha tenido y tiene sólo un carácter de regulación e imposición para lograr fines de dominación, estratégicos e ideológicos. Lo cual es una visión errónea e incompleta, porque si bien es cierto que en mayor medida ha prevalecido el uso de regulación e imposición a lo largo de la historia; sin embargo, no puede afirmarse en términos absolutos ese uso exclusivo, porque también existen ejemplos históricos que demuestran la pretensión axiológica y de corrección moral del Derecho.

³⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 149.

³⁷ Sobre la pretensión de corrección del Derecho, el estudio del profesor Matthias Klatt desarrolla de una manera breve, pero didáctica esa pretensión que forma parte de la teoría *alexiana*. Véase KLATT, Matthias, "Robert Alexy's philosophy of law as system", en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalization of reason. The jurisprudence of Robert Alexy*, EE UU-New York, Oxford University Press, 2012, pp. 6-ss.

Así, para la perspectiva de este trabajo no será necesario hacer un recuento cuantitativo de lo mencionado, sino sólo situarse en el aspecto cualitativo, sobre todo, mediante un ejemplo demostrar que el Derecho ha sido también utilizado con pretensiones axiológicas y morales. En este punto, sobre todo por lo analizado hasta aquí, es posible establecer mediante una inferencia lógica que, si ambos aspectos del uso del Derecho han estado presentes históricamente; una característica del Derecho es su contingencia. La justificación más plausible, partiendo de una posición neutral, es que esa contingencia del Derecho como un medio para lograr diferentes fines (regulación e imposición o de pretensión axiológica y de corrección moral), resulta de factores externos a la propia naturaleza del Derecho.

Sobre todo, porque estos factores pueden algunas veces condicionarlo y otras más maximizarlo en un sentido negativo o positivo; nótese que lo único comprobable es el carácter contingente y su relación con la dinámica social. Para ilustrar esto, póngase el ejemplo de la Corte Suprema de los Estados Unidos representando un agente que usa al Derecho como un medio para la consecución de fines. Consideremos también a la sociedad norteamericana de una manera histórica, es decir, se revisará el condicionamiento mutuo entre el Derecho y la sociedad, así como su dinámica y la tensión persistente entre ambos.

Para desarrollar este ejemplo, será necesario dividir en tres etapas la historia de los Estados Unidos de Norteamérica: 1) la etapa de inicio como nación independiente, que abarcará de 1789 a 1857; 2) la etapa posterior a la guerra de secesión y hasta la etapa de grandes movimientos sociales, que abarcará de 1860 a 1980; y 3) la etapa contemporánea, que abarcará de 1980 hasta estos días. Asimismo, será necesario introducir un fenómeno social que se ha desarrollado durante todas estas etapas en diferentes formas, pero teniendo como vaso conductor la desigualdad, es decir, el esclavismo en la primera etapa y la discriminación en la segunda y tercera etapa. Sólo restaría mencionar que, la Corte y el derecho

positivo, en cada una de las etapas representarían el agente y el medio respectivamente.

Una primera proposición es que a lo largo de la historia de la sociedad norteamericana ha existido un uso contingente del Derecho, porque durante la primera etapa y parte de la segunda, la Corte utilizó al derecho positivo como un medio para regular e imponer un fin con una ideología determinada, es decir, legítimo como un fin al esclavismo, el cual marcaría a la sociedad norteamericana a lo largo de su historia y empoderaría esta ideología y visión de desigualdad. Esta proposición se puede materializar mediante el caso *Dred Scott v. Sanford* de 1857³⁸, pues a través de ésta decisión se constitucionalizó la esclavitud, lo cual tuvo un impacto social tan grande que provocó el inicio de la guerra de secesión en el país.

En este punto se pueden destacar dos cuestiones importantes. La primera, en torno a cómo en este caso las fuerzas sociales se encontraban divididas en la aceptación o repulsión a la esclavitud; sin embargo, al final el derecho positivo condicionaría a la propia sociedad y su conflicto. Y, la segunda, la vinculación tan estrecha de los fenómenos sociales con lo jurídico, es decir, el efecto de lo decidido por la Corte no sólo tuvo un efecto jurídico, sino también en el ámbito social a nivel estructural.

En la segunda etapa, la Corte al resolver el caso *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954³⁹, utilizó al derecho positivo como un medio para revertir la desigualdad que se había sistematizado estructuralmente en la sociedad mediante el racismo y, al igual que en la primera etapa, la sociedad seguía dividida, pero ahora entre integración y segregación de las personas de color. En esta etapa el uso del Derecho regulativo e impuesto, aunado a la pretensión axiológica y de corrección moral, funcionarían como

³⁸ Véase un resumen de este caso paradigmático en: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393>.

³⁹ Véase un resumen de este caso paradigmático en: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>.

un medio para tratar de acabar con el racismo en la sociedad norteamericana. Así, mediante ese uso la Corte sentaría las bases institucionales para revertir en grados la desigualdad de las personas de color, las cuales se encontraban en una desventaja institucionalizada frente a otras personas tanto jurídicamente como en las estructuras sociales.

Sobre esta etapa, los puntos a destacar son: 1) como desde la sociedad de esa época se inició la lucha por revertir lo impuesto por el derecho positivo, así, la dinámica social trabajaría en conjunto y, al final, condicionaría el uso del Derecho; 2) la demostración de que los problemas sociales no pueden ser resueltos definitivamente, es decir, se puede observar como un problema social caracterizado en la desigualdad y el racismo es dinámico y cambiante, por tanto, no admite una respuesta única y absoluta; y 3) nuevamente es necesario subrayar la conexión entre Derecho y sociedad, pues también se puede evidenciar la tensión persistente entre ambos.

Finalmente, en la tercera etapa, se representa aún más esa tensión dinámica entre Derecho y sociedad que, a su vez, también personifica la característica contingente del Derecho. Principalmente, porque en la actualidad la Corte utiliza al derecho positivo, en mayor medida, como un medio con la pretensión axiológica y de corrección moral, en este caso, para asegurar los derechos de las personas de color que se conquistaron a través de decisiones judiciales. No obstante, no se puede dejar de lado como el pluralismo social recrea cada vez más ideologías, diversos intereses y grupos de poder, por ello, el conflicto en la sociedad se diversifica y desenvuelve en grupos antagónicos, creando no sólo tensiones entre el Derecho y la sociedad, sino también entre los propios grupos de la sociedad, los cuales reclaman para sí; un uso del Derecho acorde a sus fines⁴⁰.

⁴⁰ Por ejemplo, el resurgimiento de nacionalismos que han diversificado al racismo, extendiéndolo a otros grupos de la sociedad como son los latinos, musulmanes, mujeres, homosexuales, etc.

En síntesis, para el presente trabajo interesa establecer las siguientes premisas:

1) El Derecho y la sociedad no sólo tienen una conexión histórica y necesaria, sino también una relación de tensión, por lo cual, en algunas ocasiones, el Derecho será condicionado por la sociedad y, otras tantas, la sociedad condicionará a éste.

2) El Derecho debe considerarse como un medio y no como un fin en sí mismo, por lo tanto, puede ser utilizado como instrumento para la consecución de fines que rompen con su carácter axiológico y de corrección moral; consecuentemente, éste no puede asumirse como bueno o malo, sino como un medio de naturaleza neutral que tiende, en mayor medida, a buscar propósitos de carácter positivo, pues su uso con otros fines de carácter negativo negaría su justificación y existencia.

3) El Derecho, a causa de su naturaleza, puede y debe ser utilizado alternativamente y con un carácter emancipador, para lograr no sólo la regulación de la sociedad, sino también su armonización e igualdad.

IV. EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Definir lo que se puede entender como el uso alternativo del Derecho, es aceptar, en parte, la tesis de que el Derecho tiene un carácter puramente de dominación e imposición, no obstante, anteriormente se había superado esta proposición a partir de la tesis de que el Derecho es un medio y, por tanto, puede ser utilizado tanto para el uso de dominación e imposición, pero también con una pretensión axiológica y de corrección moral; en este último estadio se situará el uso alternativo del Derecho para este trabajo.

La función principal del uso alternativo es aportar tanto un contra discurso como un sentido ideológico que pueda contribuir y llevar a cabo ideologías alternativas a las del poder, en otras palabras, el uso de las normas puede desarrollar cierta consciencia. Por ejemplo, en el valor de la acción colectiva, que permite decir que el sentido ideológico de tales normas cumple una función subver-

siva y, por tanto, esas normas podrían formar parte de un sistema alternativo⁴¹. Así, se busca que ese uso alternativo se materialice únicamente en elementos de transformación social que empaten o encuadren con las pretensiones axiológica y de corrección moral.

Lo más importante en el uso alternativo del Derecho no sólo radica en una oposición al propio Derecho impuesto, sino en encausarlo o direccionarlo de forma que se aleje de esa apología del mismo, es decir, de esa visión del mundo por parte del grupo dominante que se disemina en toda la sociedad y se convierte en ideología dominante⁴². Un ejemplo paradigmático de este uso alternativo, como expresión, puede encontrarse en los derechos fundamentales y los Derechos Humanos:

(...) resaltar la afirmación en el sentido de que los derechos humanos se han convertido en terreno estratégico de lucha social. Es aquí donde radica el uso alternativo del Derecho como uso alternativo de los derechos humanos. Los derechos humanos son Derecho, constituyen incluso, como derecho subjetivo, el análogo principal del Derecho; así que toda la carga de la juridicidad de los derechos humanos constituye un arma de lucha precisamente por su vigencia, que se traduce en una búsqueda de vida digna para los miembros de la sociedad⁴³.

De esta cita se pueden destacar dos cuestiones importantes: la primera, el uso estratégico en el terreno de la lucha social; y, la segunda, la búsqueda a través de los Derechos Humanos de la vida digna para los miembros de la sociedad, que fácilmente

⁴¹ Cfr. CORREAS, Óscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003, p. 40.

⁴² Cfr. , p. 219.

⁴³ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El derecho como arma de liberación en América Latina, sociología y uso alternativo del derecho*, 3ª. ed., México, CEDH-Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centros de Estudios Jurídicos y Sociales, 2006, p. 124.

puede situarse en la pretensión axiológica y de corrección moral. Ahora bien, en esta tarea los jueces representan un papel más que fundamental, porque a través de sus sentencias pueden impulsar tanto cambios legales como sociales; inclusive si éstos forman parte o están determinados por el propio poder establecido por el Derecho hegemónico.

Por ejemplo, regresando al caso de la Corte norteamericana, en específico en la segunda etapa y representado en la Corte Warren⁴⁴. Este periodo se destacó por utilizar el derecho positivo de forma alternativa en varios casos paradigmáticos como: *Brown v. Board of Education Topeka* de 1955 y *Cooper v. Aaron* de 1958, en donde se revirtió la segregación racial en el país; *Baker v. Carr* de 1962, en esta sentencia se cambia el criterio por el cual la Corte no conocía de asuntos electorales por considerarlos political questions, así, se afirmó que los votantes tienen un derecho constitucional de representación que puede ser reclamado por la vía judicial; *Engels v. Vitale* de 1962 y *Brandenburg v. Ohio* de 1969, la Corte establece los derechos de asociación y libertad religiosa; *Gideon v. Wainwright* de 1963 y *Miranda v. Arizona* de 1966, en estos se establecen importantes derechos del acusado; *Griswold v. Connecticut* de 1965, se interpreta que, derivado de la novena enmienda, las personas tienen derechos y libertades que no se encuentran expresamente en la Constitución, sino implícitamente en ella; *Roe v. Wade* de 1973, en donde se constitucionalizó el derecho de abortar a las mujeres.

Es de destacar como una actitud progresista de la Corte Warren, así como un uso del derecho positivo puede ser subversivo, por tanto, alternativo mediante las sentencias judiciales, pues se privilegia la potencialidad transformadora de demandar una interpretación favorable de los derechos constitucionales por par-

⁴⁴ Véase POWE JR, Lucas A., *The Warren Court and American Politics*, EEUU, Belknap Press, 2000.

te de los jueces⁴⁵. Consecuentemente, los jueces pueden y deben de tener un papel determinante en el uso alternativo del Derecho, principalmente para potencializar la transformación social de las minorías que históricamente han permanecido olvidadas o desventajadas; de esta manera, los derechos fundamentales constituirían una estrategia cuyo objetivo es el cambio de la sociedad⁴⁶.

Piénsese en que todos los reconocimientos de derechos potencializan el uso alternativo del Derecho en dos aspectos. El primero reforzando o creando movimientos sociales en las distintas sociedades; y, el segundo diseminando ese uso paradigmático a otras latitudes, porque ese uso sienta bases institucionales que repercuten en diferentes estructuras sociales.

Ahora bien, si el uso alternativo del Derecho representa la mejor forma de usar al mismo en favor de la sociedad: ¿por qué no siempre es usado de esta manera? Una respuesta plausible a esta cuestión se relaciona con los siguientes puntos: 1) a la conexión histórica entre Derecho y sociedad; 2) al condicionamiento y la tensión mutua entre ambos; y 3) al carácter contingente del Derecho.

En resumen, si el Derecho es un medio contingente, como ya se había establecido, sus fines dependerán en gran medida de sus operadores, por ello, un deber insoslayable de operadores jurídicos como agentes sociales, pero, sobre todo, de los juzgadores; es buscar un uso alternativo del Derecho para privilegiar su pretensión axiológica y de corrección moral. Al final, con el Derecho se interviene en la sociedad y, las problemáticas pertenecientes al ámbito social, encuentran su mejor solución a través de las diferentes pretensiones del Derecho.

⁴⁵ Cfr. CORREAS, Óscar, *Acerca de los derechos humanos: Apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán-UNAM, 2003, p. 87.

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 114.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo de la historia el Derecho y la sociedad han tenido conexiones históricas debido a la función de ordenar y regular a ésta última por parte del Derecho, asimismo, desde la sociedad y mediante sus agentes que enarbolan acciones sociales, se puede condicionar al propio Derecho y determinar su contenido, no obstante, esa conexión y condicionamiento se convierten en un ejercicio de tensión mutuo y dinámico, en donde el Derecho y la sociedad pueden prevalecer uno sobre otro en distintos momentos y contextos.

La premisa de entender al Derecho como un medio y no como un fin, atendiéndose a su pretensión axiológica y de corrección moral, es consistente con lograr fines de contenido transformador y progresista, y no así con únicamente finalidades de dominio y hegemonía de un grupo que enarbolan injusticias desde diferentes enfoques. Este doble uso se demuestra históricamente, lo que a su vez devela la contingencia del Derecho que, si bien se ha utilizado con fines hegemónicos y de legitimación de injusticias, también históricamente ha existido un uso con fines de pretensión axiológica y de corrección moral.

Concretamente, en la sociedad norteamericana se ha observado ese uso contingente del Derecho por parte de la Corte Suprema de aquel país. Primero, al institucionalizar con el derecho positivo la esclavitud, lo cual repercutió directamente en todas las estructuras sociales. Posteriormente, en como la Corte revirtió la desigualdad con el uso del derecho positivo, y como resultó en una influencia para la propia reconfiguración de la sociedad norteamericana de los años cincuenta y setenta. Y, finalmente, como en la actualidad la Corte es fundamental para la tensión entre las fuerzas sociales y jurídicas, las cuales se debaten entre lo socialmente justo e injusto en el complejo pluralismo social norteamericano, pues el uso del Derecho es pieza fundamental para garantizar los derechos de las personas de color.

Así, tanto en el uso alternativo del Derecho como en la concretización y la realización de sociedades más justas, las cuales puedan reflejar armónicamente y de la mejor manera posible el pluralismo social; los derechos fundamentales son una herramienta poderosa para los jueces, pues mediante éstos derechos los juzgadores pueden lograr transformaciones institucionales que repercutirán en las diferentes estructuras sociales.

V. REFERENCIAS

ACKERMAN, Bruce, *La constitución viviente*, trad. de Carlos M. Enrique, España-Madrid, Marcial Pons, 2011.

AGUILERA HINTELHOLGER, Rina, “La Faceta Histórica e Institucional del Estado Moderno”, *Revista de ciencias políticas y administración pública, Estudios políticos*, México, cuarta época, núm. 22, septiembre-diciembre de 1999.

CORREAS, Óscar, *Acerca de los derechos humanos: Apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán-UNAM, 2003.

———, *Crítica de la ideología jurídica: ensayo sociosemiológico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, 1993.

———, *Kelsen y los marxistas*, México, Ediciones Coyoacán, 1994.

———, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003.

———, *Sociología del Derecho*, México, Fontamara, 1998.

FERRARI, Vincenzo, *Primera lección de sociología del derecho*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015.

GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Daniel, “La posmodernidad de Lyotard explicada a los posmodernos”, Colección Documentos de Investigación, México, 2007. Disponible en: <http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/blog/docentes/trabajos/6504_15755.pdf>.

KLATT, Matthias, “Robert Alexy’s philosophy of law as system”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalization of reason. The*

jurisprudence of Robert Alexy, EE UU-New York, Oxford University Press, 2012.

LUHMANN, Niklas, *La moral de la sociedad*, trad. de Iván Ortega Rodríguez, Madrid, Trotta, 2013.

OQUENDO, Ángel, *Democracia y pluralismo*, México, Fontamara, 2004

POWE JR, Lucas A., *The Warren Court and American Politics*, EEUU, Belknap Press, 2000.

ROBLES VÁZQUEZ, Jorge y TOVAR SILVA, Yvonne, *Teoría jurídica crítica norteamericana, una introducción a los Critical Legal Studies*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ, 2016.

SITTON, John, *Habermas y la sociedad contemporánea*, trad. de Juan Carlos Rodríguez Aguilar, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

SOBREVILLA, David, “La concepción Habermasiana del Derecho”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 30, 2007.

THERBORN, Göran, *La ideología del poder y el poder de la Ideología*, trad. de Eduardo Terrén, México, Siglo XXI, 1990.

TREVES, Renato, *Sociología del Derecho y socialismo liberal*, trad. de Luis C. Aparicio y Rafael de Asís, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

WEBER, Max, *Por qué no se deben hacer juicios de valor en la sociología. El sentido de no hacer juicios de valor en la sociología y la economía*, trad. de Joaquín Abellán García, Madrid, Alianza, 2010.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *El derecho como arma de liberación en América Latina, sociología y uso alternativo del derecho*, 3ª. ed., México, CEDH-Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centros de Estudios Jurídicos y Sociales, 2006.