

LAS FUNCIONES DEL MITO EN EL DERECHO MODERNO. NORMA BÁSICA, DOMINACIÓN, PROGRESO Y CIENCIA EN LAS NOCIONES JURÍDICAS

Orlando ARAGÓN ANDRADE

Profesor de la División de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (México)
orlandoarande@yahoo.com.mx

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA «NORMA FUNDANTE» DE KELSEN EN TRES TIEMPOS.—III. EL MITO PREMODERNO Y MODERNO: LÓGICA Y CARACTERÍSTICAS.—IV. LA «NORMA BÁSICA» Y LA CULTURA DE LA REFORMA COMO MITO DEL DERECHO MODERNO.—V. APUNTES FINALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Quisiera que me permitieran entrar a la discusión con la cita de uno de los más famosos aforismos de Nietzsche, *El hombre loco*.

¿No habéis oído de aquel hombre loco que una luminosa mañana encendió un farol, corrió al mercado y se puso a gritar incesantemente: «¡Estoy buscando a Dios!, ¡estoy buscando a Dios!». Justo ahí se habían juntado muchos de los que no creían en Dios, por lo que levantó grandes carcajadas. «¿Acaso se te ha extraviado?», dijo uno. «¿Se ha perdido como un niño?», dijo otro. «¿O es que se ha escondido? ¿Tiene miedo de nosotros? ¿Se ha embarcado? ¿Habrá emigrado?». Así gritaban y se reían todos a la vez. El hombre loco se puso de un salto en medio de ellos y los talaró con sus miradas: «¿A dónde se ha marchado Dios?», exclamó, «¡os lo voy a decir! *Lo hemos matado*. ¡Vosotros y yo! ¡Todos nosotros somos sus asesinos! Pero, ¿cómo lo hemos hecho? ¿Cómo hemos podido bebernos el mar? ¿Quién nos ha dado la esponja para borrar todo el horizonte? ¿Qué hemos hecho cuando hemos soltado la cadena que unía esta tierra con su

sol? ¿Hacia dónde se mueve ella ahora? ¿Hacia dónde nos movemos nosotros? ¿Nos vamos alejando de todos los soles? ¿Nos estamos cayendo sin cesar? ¿Hacia atrás, hacia un lado, hacia delante, hacia todos los lados? ¿Sigue habiendo un arriba y un abajo? ¿No vamos errando a través de una nada infinita? ¿No notamos el hálito del espacio vacío? ¿No hace más frío? ¿No viene continuamente la noche, y más y más noche? ¿No es necesario encender faroles por la mañana? ¿No oímos todavía nada del ruido de los enterradores que están enterrando a Dios? ¿No olemos nada todavía nada de la pudrición divina? ¡También los dioses se pudren! ¡Dios ha muerto! ¡Dios seguirá muerto! ¡Y nosotros lo hemos matado! ¿Cómo consolarlos, nosotros asesinos de todos los asesinos? Lo más santo y más poderoso que el mundo poseía hasta ahora se ha desangrado bajo nuestros cuchillos. ¿Quién nos limpiara de esta sangre? ¿Con qué agua podríamos purificarlos? ¿Qué ceremonias expiatorias, qué juegos sagrados tendremos que inventar? ¿No es la grandeza de esta hazaña demasiado grande para nosotros? ¿No tenemos que convertirnos nosotros mismos en dioses para parecer dignos de ella?»¹.

He querido iniciar este trabajo con este aforismo en donde Nietzsche expuso la idea de la «muerte de Dios» con la finalidad de describir en pocas palabras el fin de una etapa histórica y el inicio de otra, es decir, el fallecimiento del mundo y las concepciones premodernas y el inicio de las modernas.

Este acontecimiento se puede ubicar en el siglo XVIII con el surgimiento de las ideas de la ilustración y de otras corrientes de pensamiento, como el positivismo². En ese momento muchos de los pensadores más importantes de la época anunciaron el fin de la etapa oscura de la humanidad, aquella que había sido dominada por la ignorancia, el fanatismo, las supersticiones, las creencias religiosas y los mitos. En contraste, los ilustrados festejaron el triunfo de la razón. De aquí en adelante las luces de la razón desvelarían todos los antiguos misterios y enigmas; sacarían al hombre de su minoría de edad y lo dotarían de dignidad³; iluminarían los caminos que guiarían a la humanidad hacia el constante progreso⁴, etcétera.

De esta manera se delineó muy claramente un antes y un después en la historia del hombre. Si lo moderno representaba la luz, lo anterior, la oscu-

¹ F. NIETZSCHE, *La gaya ciencia*, España, 2002, pp. 209-210.

² A. TOURAINE, *Crítica de la modernidad*, México, 2006, pp. 76-77.

³ I. KANT, *Filosofía de la historia. Qué es la ilustración*, Argentina, 2004, pp. 33-40.

⁴ E. CASSIRER, *Filosofía de la ilustración*, México, 1975, pp. 19-20; M. HORKHEIMER y T. ADORNO, *Dialéctica de la ilustración*, España, 2006, p. 59.

ridad. Si lo primero fue civilizado, lo segundo, salvaje. En otras palabras, la construcción de lo premoderno y del «otro»⁵ fue definida en oposición a las características que el pensamiento ilustrado se adjudicó.

En la lógica anterior, el pensamiento y la ciencia moderna están libres de toda influencia de los dioses oscuros de la premodernidad. No sólo eso, también los condena al olvido, al destierro, a la muerte. Al igual que «el loco» que recrea en su aforismo Nietzsche preguntó: «¿No es la grandeza de esta hazaña demasiado grande para nosotros? ¿No tenemos que convertirnos nosotros mismos en dioses para parecer dignos de ella?»⁶.

Si bien en muchas áreas del conocimiento estas concepciones han sido cuestionadas ampliamente, en el campo de los estudios jurídicos tienen, todavía, una aceptación muy fuerte. A estas creencias se le sigue dando un uso político para sustentar la dominación jurídica actual; por ejemplo, bajo esta idea se ha fundado la supremacía de los derechos occidentales frente a otros sistemas normativos como los indígenas, puesto que, dentro de la lógica argumentativa que he planteado, los primeros serían productos de la razón y la civilización, mientras que los segundos serían resabios de épocas primitivas.

Bien, aquí sostendré que el pensamiento jurídico moderno no se liberó de los antiguos dioses que gobernaban el mundo premoderno. Pero no sólo eso, también intentaré demostrar que el mito ocupa un lugar central en el funcionamiento de la ciencia jurídica y que es la base última en la que se respalda la lógica de la visión predominante en los estudios jurídicos en México, es decir, el positivismo.

II. LA «NORMA FUNDANTE» DE KELSEN EN TRES TIEMPOS

Antes de referirme a la idea del positivismo jurídico que guiará en adelante mi reflexión, la idea kelseniana de la «norma fundante» o «norma básica», vale la pena hacer una parada momentánea para aclarar a qué variedad de «positivismo jurídico» me refiero a continuación.

En no pocas ocasiones se igualan y atribuyen los mismos postulados a todos los positivistas del Derecho. Por supuesto que esto es una reducción y un error tremendo. En buena medida, la falta de uniformidad en los

⁵ P. FITZPATRICK, *La mitología del derecho moderno*, México, 1998, pp. 31-32; L. HURBON, *El bárbaro imaginario*, México, 1993, pp. 23-42.

⁶ F. NIETZSCHE, *op. cit.*, p. 210.

principios positivistas es el primer problema que dificulta su crítica y su entera comprensión. Incluso, los vínculos del positivismo como corriente de pensamiento científico en general, ya sea clásico o lógico, no parecen muy claros⁷.

Pensemos, por ejemplo, en los autores clásicos del positivismo jurídico: Jeremy Bentham, John Austin y Hans Kelsen. Todos ellos se asumen como positivistas, pero sus teorías tienen varios puntos divergentes, por ejemplo, la cuestión de la fundamentación de la autoridad y el Derecho. Mientras que los primeros coincidieron, con sus respectivos matices, que en la soberanía se encuentra la base de la legitimidad del Derecho⁸, Kelsen postuló la idea de la «norma fundante».

Si existen diferencias entre los clásicos qué podemos decir de las numerosas corrientes contemporáneas del pensamiento positivista. ¿Será válido meter en el mismo cajón a juristas como Hart, Raz, Ross, Bobbio, MacCormick, Coleman, Campbell o al propio Dworkin, que han sido identificados como las cabezas de tan variadas corrientes como el «soft-positivismo», «el positivismo inclusivo», «el positivismo exclusivo», «el positivismo sofisticado», «el positivismo institucionalista», «el positivismo delgado» y «el positivismo ético»? La respuesta es: no. Al igual que los clásicos, el desarrollo del nuevo positivismo se ha dado en oposición a otras corrientes del mismo pensamiento; incluso se ha cuestionado si el positivismo jurídico es autodestructivo⁹.

Hecha esta aclaración, diré entonces que aquí me ocuparé de una forma particular de positivismo jurídico: el que desarrolló el jurista austriaco Hans Kelsen. Esto no demerita de ninguna manera los alcances de este trabajo, ya que, a diferencia de las otras corrientes de positivismo, el pensamiento de Kelsen es más influyente en nuestras facultades de Derecho y, en general, en nuestro sistema romanista. Sin más antesala discutamos, pues, sobre la norma básica o fundamental.

En la teoría de Kelsen se justifica la validez de las normas jurídicas de dos maneras. La primera es un criterio «no formal» como la efectividad, es decir, en que la norma se cumpla regularmente en la realidad social¹⁰.

⁷ P. NAVARRO, «Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 24 (2001), p. 134.

⁸ J. PIBÁ, «Legalist fictions and the problem of scientific legitimation», en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 1 (2003), pp. 16-17.

⁹ L. M. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, «Ironías, falacias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación», en *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 25 (2002), pp. 333-334.

¹⁰ H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México, 1982, p. 224.

En este principio no media relación alguna con el mundo del formalismo, si entendemos por esto el mundo exclusivo de las normas jurídicas; por el contrario, como apunta Óscar Correas, se trata de un razonamiento de corte más sociológico¹¹.

La norma básica o fundante es la «segunda» fuente de validez del Derecho. Como es conocido por todos, Kelsen desarrolló un sistema jerarquizado de normas. En esa lógica, una norma es válida cuando está fundamentada en otra norma jerárquicamente superior. Así tenemos, por ejemplo, que el art. 73 de la Constitución Federal señala sobre qué asuntos el Congreso de la Unión puede legislar, indicando por exclusión en qué aspectos deben, los poderes legislativos de las entidades federativas, crear leyes. Por tanto, la producción legislativa «válida» del Congreso de una entidad federativa estará condicionada por esa norma jerárquicamente superior.

Pues bien, esta referencia jerarquizada no puede prolongarse al infinito; ahí en ese momento último de referencia es donde aparece la norma básica. Esta idea es recurrente en la obra intelectual de Kelsen; sin embargo, se puede apreciar que sufrió transformaciones en cada uno de sus trabajos. Aquí me limitaré a plantearla en tres momentos.

La norma fundante aparece planteada de la siguiente manera en el *Compendio de teoría general del Estado*¹²:

«Esta serie escalonada o graduada desemboca en la *norma fundamental*, sobre la cual se basa la unidad del orden jurídico en su propia relación dinámica. Según se acepte [...] el primado del orden jurídico del estado particular, la construcción desembocaría [...] en la *norma fundamental del orden jurídico del Estado singular*. En cuanto a que esta norma fundamental u originaria establece un órgano primario creador del Derecho, es decir, el órgano constituyente que ha de determinar la base del sistema jurídico, *representa la constitución en sentido lógico-jurídico*. Y en tanto el legislador así determinado establece las normas que regulan la legislación, es decir, la creación de *normas generales*, aparece, en calidad de grado inmediato, la *constitución en sentido jurídicopositivo, la constitución establecida, o positiva*, a diferencia de la primera que es la *constitución presupuesta como norma fundamental*»¹³.

¹¹ Ó. CORREAS, «... Y la norma fundante se hizo ficción», en *Revista crítica jurídica*, núm. 18 (2001), p. 85.

¹² Este trabajo es una versión resumida de la *Teoría general del Estado*, escrita por el propio KELSEN. Este trabajo, según nos dice RECASENS SICHES, fue pensado para la difusión del pensamiento kelseniano en el extranjero, ya que en alemán se imprimieron muy pocos ejemplares.

¹³ H. KELSEN, *Compendio de teoría general del Estado*, México, 2000, pp. 190-191.

En la *Teoría general del derecho y del Estado*, la norma básica aparece en estos términos:

«La derivación de las normas de un orden jurídico de la norma fundamental del propio orden se realiza mostrando cómo las normas particulares han sido creadas de acuerdo con la norma básica. A la pregunta de por qué tiene carácter jurídico un cierto acto de coacción, por ejemplo: el hecho de que un individuo prive a otro de su libertad metiéndolo en la cárcel, hay que contestar: porque tal acto ha sido prescrito por una norma individualizada, la sentencia judicial. A la pregunta de por qué [sic] esta norma individualizada vale como parte de un determinado orden jurídico, se contesta diciendo: porque ha sido creada de conformidad [sic] con una ley penal. Esta ley, por último, deriva su validez de la Constitución, en cuanto ha sido establecida por un órgano competente, en la forma prescrita por la misma Constitución.

Si inquirimos por qué la Constitución es válida tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra Constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una Constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución. Ésta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión. El documento que encierra la primera Constitución es una Constitución verdadera, una norma obligatoria, sólo a condición de que la norma básica se suponga válida. Las declaraciones de aquellos a quienes la Constitución confiere el poder de crear normas obligatorias sólo son posibles sobre la base de tal supuesto. Este supuesto permite distinguir a los individuos que tienen carácter de autoridades legales, de otros a quienes no otorgamos tal carácter, y los actos de seres humanos que pueden crear normas jurídicas, de otros que no tienen tal efecto»¹⁴.

Por su parte la última versión de la *Teoría pura del derecho* nos dice al respecto:

«La norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia ten-

¹⁴ H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1979, pp. 135-136.

dría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse otra vez el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una misma norma fundante básica constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden»¹⁵.

Hasta aquí considero pertinente hacer un corte para explicar qué es la norma básica, cuáles son las funciones que Kelsen le atribuye, y también aprovecharé para señalar las contradicciones que provoca en su formulación teórica.

Bien, si la norma fundante no es una norma positiva ¿en dónde se le puede encontrar? De entrada, tendríamos que eliminar a la primera constitución de un Estado, dado que es un ordenamiento positivo. Entonces, podríamos pensar que se encuentra en el poder constituyente; sin embargo, si recordamos la primera cita que comenté sobre la norma básica excluye esta posibilidad. Dicha referencia señala que: «En cuanto a que esta norma fundamental u originaria establece un órgano primario creador del Derecho»¹⁶. Esto supone que no es el constituyente, sino una fuerza que hace posible a este legislador original.

En este sentido, Óscar Correas da el siguiente ejemplo: «la constitución en sentido jurídico-positivo, en México, es el texto conocido como constitución de 1917. La constitución en sentido lógico-jurídico es la NF [norma fundante] que autorizaría a los constituyentes de Querétaro a producir el texto de 1917»¹⁷. Entonces la norma básica es una fuerza o un poder anterior al constituyente, pero cuál es esa fuerza. Pues bien aquí Kelsen utiliza un recurso para librar sus críticas a otros positivistas y al mismo tiempo hacer coherente su teoría normativa.

Tanto Jeremy Bentham como John Austin sostuvieron que la fuente de validez del Derecho descansaba en la soberanía. Esta tesis fue duramente criticada por Kelsen, ya que él sostenía que una norma sólo puede estar fundamentada en otra norma¹⁸. El Derecho, por tanto, no podía depender de elementos morales o de hechos históricos concretos. La norma fundan-

¹⁵ H. KELSEN, *Teoría pura...*, op. cit., p. 202.

¹⁶ H. KELSEN, *Compendio...*, op. cit., p. 191.

¹⁷ Ó. CORREAS, op. cit., pp. 87-88.

¹⁸ H. KELSEN, *Teoría general de las normas*, México, 1994, p. 251.

te fue el recurso con el que Kelsen intentó superar la soberanía como fundamento último del Derecho¹⁹ y al mismo tiempo mantener la idea de la «pureza» de la ciencia jurídica.

Por lo que ve a las funciones de la norma básica, considero que hay que destacar al menos dos. Primero, válida y legítima la producción legislativa. La norma fundante es la figura última o suprema de validez de la norma jurídica, ya que no hay posibilidad de buscar una norma positiva superior en jerarquía, todo esto bajo la lógica del sistema kelseniano. Segundo, posibilita la coherencia de un ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la formación de una ciencia del Derecho²⁰. Esto quiere decir que reconocer como válida la norma fundante es la condición que permite establecer normas que son propias del Derecho en oposición a las normas morales. Además, aglutina el conjunto de normas jurídicas en un solo ordenamiento.

Desafortunadamente para los intereses de Kelsen, estas dos funciones de su norma básica son contradictorias con su propia teoría jurídica. Hay que recordar que la pretensión central de este jurista fue la de crear una «teoría pura», en la que sólo se estudiaran e intervinieran elementos jurídicos, dejando fuera de ella los elementos metajurídicos, que, según él, dejarían sin campo de estudio propio al Derecho²¹. Por otro lado, como positivista, Kelsen tenía un compromiso con la posibilidad de la objetividad en el estudio de los fenómenos jurídicos. Una precondition necesaria para lograrlo era excluir elementos subjetivos, como la moral, que enturbiaran el análisis objetivo del derecho²².

Si se contrastan estas pretensiones con la idea de la norma fundante se puede concluir que existen en los planteamientos graves contradicciones. Veamos, si la norma fundante no tiene un carácter positivo, sino uno supuesto, ¿cómo puede ser ésta la fuente suprema de validación y legitimación de las normas positivas? Aceptar esto es implícitamente otorgar un nivel superior a lo metafísico que a lo positivo.

El mismo razonamiento lo podemos aplicar para la segunda función. ¿Cómo se puede fundar una teoría pura de corte positivista en una norma de naturaleza metafísica? ¿Cómo una norma no positiva, sino, como lo dije, metajurídica da coherencia a todo el ordenamiento positivo? No hay salida, estamos ante la aporía de esta tesis kelseniana²³.

¹⁹ J. PŘIBÁŇ, *op. cit.*, p. 19.

²⁰ H. KELSEN, *Teoría general del derecho...*, *op. cit.*, pp. 136-137.

²¹ *Ibid.*, p. 137.

²² *Ibid.*, p. 136.

²³ Para revisar una discusión más profunda sobre este punto *vid.* J. STONE, «Mystery and mystique in the basic norm», en *The modern law review*, vol. 26, núm. 1 (1963), pp. 39-50.

Al final de su vida intelectual, Kelsen reconoció que su norma básica era una ficción:

«Yo he hablado en mis anteriores escritos de normas que no son el sentido de actos de voluntad. He presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora, lamentablemente, dedico aceptar, señores, que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mí fácil renunciar a una teoría que yo he representado durante decenios [...] Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere. Me reprochan, con razón, que yo hable contra una teoría propia que he representado durante años. Esto es completamente correcto: tengo que reformular mi teoría de la norma fundamental y su representación correspondiente. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe»²⁴.

Esta idea de la norma básica reconocida por primera vez en una mesa de discusión aparecería ya por escrito, no sin resolver muchas incógnitas, en la obra póstuma de este jurista *La teoría general de las normas*²⁵.

III. EL MITO PREMODERNO Y MODERNO: LÓGICA Y CARACTERÍSTICAS

A continuación, me adentraré en el tema del mito. Tres interrogantes guiarán mis reflexiones en este momento ¿Qué es el mito?, ¿qué es lo que le permite subsistir o resistir en el tiempo? y ¿qué función tiene en la sociedad humana?

La idea más extendida acerca del mito es que se trata de una historia falsa, o bien que son leyendas acerca de un fenómeno. De entrada, desecharé estas nociones. El mito no es una historia falsa, porque no tiene el mismo afán y objetivos que el conocimiento científico. No es una leyenda, porque el mito tiene un carácter único que lo distingue de cualquier narración tradicional, me refiero a su carácter sagrado²⁶.

²⁴ Citado por U. SCHMIL, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, 1984, p. 36.

²⁵ Vid. H. KELSEN, *Teoría general de las...*, op. cit., pp. 250-252.

²⁶ P. COHEN, «Theories of myth», en *Man. New series*, vol. 4, núm. 3 (1969), p. 337.

Según Percy Cohen, existen al menos siete teorías que estudian al mito desde distintas posiciones: la que considera al mito como una forma de explicación y que ocurre en una etapa particular del desarrollo universal de las sociedades humanas; la que explica al mito como una declaración simbólica con la función no de explicar, sino como una forma de expresar su final en sí mismo, además de que refleja una forma particular de pensamiento; la que lo concibe como una expresión del inconsciente; la teoría que considera que su función es crear y mantener la solidaridad social, la cohesión, etcétera; la que encuentra su función en la legitimación de las instituciones y prácticas sociales; la construcción teórica que trata al mito como una forma de reflejo simbólico de la estructura social, que posibilita el vínculo con el ritual, y, por último, la teoría estructuralista²⁷.

Este trabajo no es el lugar para agotar cada una de las teorías mencionadas. Dada esta diversidad de marcos explicativos sobre el mito acudiré a la definición que esbozó el célebre historiador de las religiones Mircea Eliade, por la misma razón que él la consideró menos imperfecta: por ser la más amplia. Eliade nos dice:

«El mito cuenta una historia sagrada; relata un acontecimiento que ha tenido lugar en el tiempo primordial, el tiempo fabuloso de los “comienzos”. Dicho de otro modo: el mito cuenta cómo, gracias a las hazañas de los seres sobrenaturales, una realidad ha venido a la existencia, sea ésta la realidad total, el cosmos, o solamente un fragmento: una isla, una especie vegetal, un comportamiento humano, una institución [...] En suma, los mitos describen las diversas, y a veces dramáticas, irrupciones de lo sagrado (o de lo “sobrenatural”) en el mundo. Es esta irrupción de lo sagrado la que *fundamenta* realmente el mundo y la que lo hace como realmente es hoy en día»²⁸.

Partiré entonces de esta idea general de mito. Bien, ahora corresponde resolver la cuestión de cómo este relato sagrado del origen puede mantenerse vivo y no simplemente ser abandonado o cambiado por otro. La respuesta es a través de la creación de las fiestas sagradas y su ritualización.

Para que el mito permaneciera «vivo» en la sociedad es necesario recrearlo constantemente. Mediante el establecimiento de un calendario religioso se pueden realizar, a lo largo de un periodo determinado, remembranzas de las hazañas o de las historias sagradas que crearon la realidad

²⁷ *Ibid.*, p. 338.

²⁸ M. ELIADE, *Mito y realidad*, España, 2006, pp. 13-14.

existente. Ahora, aquí es importante señalar que la función de los rituales y las festividades sagradas no es la de generar una memoria o la de recordar los acontecimientos pasados, sino la de hacer partícipes a los hombres del tiempo sagrado, es decir, hacer contemporáneos a los practicantes del mito con los dioses, seres sobrenaturales o héroes, transportándolos, simbólicamente hablando, a los tiempos primordiales. Por tanto, el rito «no es la conmemoración de un acontecimiento mítico, sino su *reactualización*»²⁹. Se trata como lo explica Eliade de que:

«Al participar simbólicamente en la aniquilación y en la recreación del mundo, el hombre era a su vez creado de nuevo; renacía, porque comenzaba una existencia nueva. En cada año nuevo, el hombre se sentía más libre y más puro, pues se había liberado del fardo de sus faltas y de sus pecados, había reintegrado el tiempo fabuloso de la creación, es decir, un tiempo sagrado y “fuerte”; sagrado, porque lo transfiguraba la presencia de los dioses; “fuerte”, porque era el tiempo propio y exclusivo de la creación [...] Simbólicamente, el hombre se hacía contemporáneo de la cosmogonía, asistía a la creación del mundo»³⁰.

Este significado de los rituales nos ayuda a entender dos cosas. Por un lado, el porqué el practicante estaba obsesionado con el tiempo del origen, ya que a través de su participación periódica podía hacerse partícipe al tiempo de mayor fuerza de los dioses³¹. Por la otra, podemos ver que mediante este mecanismo el mito no sólo garantizaba permanecer presente en la memoria de la sociedad, sino que también se aseguraba su reactualización.

Aquí aparece ante nosotros la diferencia entre el tiempo de lo sagrado (de los mitos) y de lo profano. Mientras el último es un tiempo continuo, el primero se muestra con una cualidad diferente es «por su propia *naturaleza reversible*, en el sentido de que es, propiamente hablando, *un tiempo primordial hecho presente*»³².

En razón de lo que he comentado, intentaré establecer algunas de las funciones más importantes del mito. La primera que se puede inferir es que el mito establece un modelo ejemplar para las sociedades que los recrean: «por el mismo hecho de relatar el mito las gestas de seres sobre-

²⁹ M. ELIADE, *Lo sagrado y lo profano*, España, 1998, p. 62.

³⁰ *Ibid.*, p. 61.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 53. Esta idea es desarrollada de forma amplia en M. ELIADE, *El mito del eterno retorno*, España, 1972.

naturales y la manifestación de sus poderes sagrados, se convierte en el modelo ejemplar de todas las actividades humanas significativas»³³.

Otra función relevante del mito es la de anclar el presente en el pasado³⁴. Si éste establece un modelo ejemplar para sus practicantes, eso quiere decir que la vida no sacra o el tiempo profano estará determinado por el tiempo sagrado, es decir, por aquellos momentos primigenios de la creación. Infiriendo de esta función podemos llegar a otra: la de otorgar legitimidad al orden vigente en una sociedad³⁵; «al conocer el mito se conoce el “origen” de las cosas y, por consiguiente, se llega a dominarlas y a manipularlas a voluntad; no se trata de un conocimiento “exterior”, “abstracto”, sino de un conocimiento que se “vive” de forma ritual»³⁶.

Por último, señalaré que el mito tiene como función la de brindar una explicación de la creación o transformación de las cosas, pero que al tiempo bloquea una explicación racional³⁷. En otras palabras, una vez revelado, el mito pasa a ser una verdad apodíctica³⁸.

A diferencia de las sociedades tradicionales o premodernas, a las modernas se les ha concebido, parafraseando a Weber, como «sociedades desencantadas». En otras palabras, mientras que para las primeras Dios y, en general, lo religioso ocupaba un lugar central en el desarrollo de la vida social³⁹, en las modernas, Dios fue desplazado del centro de la sociedad humana y remplazado por la razón y la ciencia⁴⁰. Se trata del argumento que, mediante el aforismo Nietzsche, puse en duda desde el inicio de este trabajo.

La anterior certeza ayudó a consolidar la idea de que el mito había muerto en las ciencias y sociedades modernas. No obstante, tal como lo señalan Horkheimer y Adorno:

«Los mitos que caen víctimas de la Ilustración eran ya producto de ésta. En el cálculo científico del acontecer queda anulada la explicación que el pensamiento había dado de él en los mitos. El mito quería narrar, nombrar, contar el origen: y con ello, por tanto, representar, fijar, explicar [...]

³³ M. ELIADE, *Mito...*, *op. cit.*, p. 14. *Vid.* también M. ELIADE, *Lo sagrado...*, *op. cit.*, pp. 72-75.

³⁴ P. COHEN, *op. cit.*, p. 349.

³⁵ *Ibid.*, p. 350.

³⁶ M. ELIADE, *Mito...*, *op. cit.*, p. 25.

³⁷ P. COHEN, *op. cit.*, p. 351.

³⁸ M. ELIADE, *Lo sagrado...*, *op. cit.*, p. 72.

³⁹ A. GIDDENS, *Consecuencias de la modernidad*, España, 2001, pp. 101-102 y 104-105.

⁴⁰ E. CASSIRER, *op. cit.*, p. 20; A. TOURAINE, *op. cit.*, p. 17.

Los mitos, tal como los encontraron los Trágicos, se hallan ya bajo el signo de aquella disciplina y aquel poder que Bacon exalta como meta»⁴¹.

De esta manera, continúan los autores, «como los mitos ponen ya por obra la Ilustración, así queda ésta atrapada en cada uno de sus pasos más hondamente en la mitología. Todo el material lo recibe de los mitos para destruirlo, pero, en cuanto juez, cae en el hechizo mítico. Quiere escapar al proceso de destino y venganza ejerciendo ella misma venganza sobre dicho proceso»⁴².

En la misma línea Peter Fitzpatrick señala que el mito no murió en la modernidad, sino que se perfeccionó⁴³: «el mito moderno, aunque distinto en ciertas maneras, es, sin embargo, mito»⁴⁴. Lo que ocurrió fue que el antiguo mito premoderno se fusionó con varias de las quimeras de la modernidad o, como lo escriben Horkheimer y Adorno, «en el mundo Ilustrado la mitología se ha disuelto en la profanidad»⁴⁵. El pensamiento mítico, pues, presenta la cualidad de complementarse o complementar otro sistema de pensamiento⁴⁶. En este sentido, el Derecho moderno no es ajeno a su influencia. Paul Kahn lo ha resaltado correctamente al estudiar los principales elementos que intervienen en la reforma legal⁴⁷.

Otra cuestión que quiero precisar es que, a diferencia de las sociedades premodernas que vivían atadas al eterno retorno que señalaba Eliade, las modernas se caracterizan por un cuestionamiento de la tradición. Los avances de la ciencia natural y el triunfo de la filosofía de la ilustración en el siglo XVIII dotaron de un espíritu diferente al hombre moderno. Tal como lo indica Cassirer, el hombre «se enfrenta al mundo con la fresca alegría del descubridor y también con su virginal osadía; espera constantemente nuevas revelaciones»⁴⁸. En esta lógica es como aparece otra de las ideas centrales de la modernidad: la del progreso⁴⁹.

La idea del progreso junto con el desencantamiento del mundo derivaron en una ruptura parcial con la antigua forma de tiempo, el pasado deja-

⁴¹ M. HORKHEIMER y T. ADORNO, *Dialéctica de la ilustración*, España, 2006, p. 63.

⁴² *Ibid.*, p. 67.

⁴³ P. FITZPATRICK, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁵ M. HORKHEIMER y T. ADORNO, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁶ P. COHEN, *op. cit.*, p. 351.

⁴⁷ P. KAHN, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, España, 2001, p. 23.

⁴⁸ E. CASSIRER, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹ *Ibid.*; A. TOURAINE, *op. cit.*, p. 65.

ría de ser el medio para organizar el futuro; desde ese momento se enraizaría la división entre pasado, presente y futuro. Sin embargo, la confianza en la razón y en el progreso humano llevó, como lo indica Fitzpatrick, a la substitución de la «perfección del origen» en el mito tradicional por la «perfección del final» o «por venir» en el moderno.

IV. LA «NORMA BÁSICA» Y LA CULTURA DE LA REFORMA COMO MITO DEL DERECHO MODERNO

Bien, regresemos a la norma fundante. Ya expliqué que la norma básica es el último sustento de todo el Derecho positivo de un Estado. Dije también que ésta no es un ordenamiento positivo, sino un recurso metafísico. Además, sostuve que sus funciones son: la validación y legitimación de la producción legislativa positiva de un Estado y el posibilitar el orden y la coherencia de un ordenamiento jurídico estatal, así como la formación de una ciencia pura del Derecho. Por último, apunté que Kelsen al final de su vida admitió que la norma fundante era una ficción. No obstante, la vida ya no le permitió recomponer su teoría, y además el tema se ha convertido en tabú para sus seguidores. A partir de estos elementos quiero caracterizar a la norma básica como uno de los mitos del Derecho moderno.

Si ante todo el mito es una historia sagrada que da cuenta de un acontecimiento realizado en el tiempo de los orígenes, vemos una primera coincidencia con la norma fundante, ya que ésta constituye el origen del ordenamiento jurídico estatal. Por supuesto que en este caso no se trata de una historia sagrada, pero ya vimos que uno de los elementos que se han transformado de los mitos en la modernidad es su carácter secular. Incluso el propio Kelsen funda esta idea en oposición al iusnaturalismo:

«Ciertamente se puede preguntar por qué debemos respetar la primera Constitución como norma obligatoria. La repuesta puede ser que los padres de la primera Constitución recibieron de Dios el poder de establecer tal norma. La característica del llamado positivismo jurídico estriba, sin embargo, en que prescinde de cualquier justificación religiosa del orden jurídico»⁵⁰.

Los acontecimientos que narran el mito sucedieron en tiempos primordiales, como lo expresa Eliade: «en el tiempo de los fabulosos comien-

⁵⁰ H: KELSEN, *Teoría general del derecho...*, *op. cit.*, pp. 136-137.

zos». ¿Cuándo ocurrieron esos hechos? ¿En qué milenio, siglo, año, mes, día o fecha Dios creó al hombre, se produjo el diluvio universal, los mexicanos salieron de aztlán? La respuesta es obvia: «no se sabe». El tiempo de los orígenes es ahistórico y, por tanto, metafísico.

Pregunto ahora, ¿en qué fecha surgió la norma básica en el caso de México? Sobre todo si pensamos que ésta no se encuentra en el constituyente, sino en una fuerza anterior. Por supuesto que se podrían hacer especulaciones sobre posibles respuestas al igual que en los mitos premodernos, pero sin lugar a duda una idea como la norma fundante no es historiable. Por tanto, estamos ante la presencia de un acontecimiento ahistórico, en el mismo sentido que los anteriores.

La norma fundante es el mito del origen de un ordenamiento jurídico; como tal explica «y justifica una situación nueva —en el sentido de que no estaba *desde el principio*—»⁵¹. Pero además la norma fundante, al igual que el mito, bloquea una explicación racional del acontecimiento. El propio Kelsen reconoció que la norma básica era el presupuesto necesario para fundar al Derecho y al sistema jurídico de un Estado: «A diferencia de la norma jurídica positiva, la básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida, y tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas»⁵².

Por otro lado, podemos observar que la norma básica también establece un modelo ejemplar para el mundo jurídico profano. Si en el mito premoderno se relata el momento en que los dioses o los seres sobrenaturales crearon algo, en la norma fundante ocurre algo análogo. La diferencia es nuevamente el carácter secular del mito moderno.

Mientras que los protagonistas del mito creador en la premodernidad son entes sacros, para la norma básica son personajes humanos. Sin embargo, estos últimos no son iguales que los demás seres humanos; son los héroes nacionales de la historia patria. La mayoría de ellos mediante su actuación pusieron fin a un régimen político-jurídico e inauguraron otro. Muchos de los ideales de estos grandes personajes, que bien podemos considerarlos los dioses seculares de los Estados modernos⁵³, se han convertido en principios constitucionales, que han sido los modelos de creación de toda la legislación secundaria.

⁵¹ M. ELIADE, *Mito...*, op. cit., p. 29.

⁵² H. KELSEN, *Teoría general del derecho...*, op. cit., p. 137.

⁵³ Vid. B. ANDERSON, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, 2007, p. 29.

Por ejemplo, en la segunda mitad del siglo XIX en México, los héroes de la patria defendían ideas de corte liberal. Al triunfar varios puntos de su ideario se convirtieron en principios constitucionales, que después permearon a la mayoría de ordenamientos jurídicos inferiores. Lo mismo podríamos decir en la segunda y tercera década del siglo XX, con lo que se dio por denominar constitucionalismo social, o lo que en nuestros días a algunos juristas les da por llamar constitucionalismo democrático.

En consecuencia, la norma básica también ejerce la función legitimadora del régimen jurídico actual. En otras palabras, se entiende que nuestro sistema es legítimo porque está en concordancia con los ideales jurificados de los padres de la patria.

Ahora bien, esa legitimidad está dotada de características especiales. Ya decía más atrás que al conocer el mito se conoce el «origen» de las cosas y, por consiguiente, se llega a dominarlas y a manipularlas a voluntad⁵⁴. Esto quiere decir que eleva el sistema jurídico dominante a un nivel superior de lo que es, un postulado contingente; lo lleva o disfraza de natural y universal. El mito de norma fundante produce un efecto amnésico en la memoria de los participantes del Derecho, que hace olvidar la particularidad de su discurso elevándolo, en cambio, a un nivel de universalidad. Por eso es que el Derecho, una vez institucionalizado, deja de ser un alegato sectario, deja de ser de izquierda o de derecha; androcentrista, racista, excluyente o progresista; autoritario, democrático o emancipador; simplemente es ley, y como tal se debe de respetar y cumplir.

Permítanme citar la obra clásica de Catherine Mackinnon para ejemplificar este punto. En su libro *Hacia una teoría feminista del Estado* esta jurista señala:

«En las sociedades de la supremacía masculina, el punto de vista masculino domina la sociedad civil en forma de patrón objetivo, ese punto de vista que, puesto que domina en el mundo, no parece en absoluto ser un punto de vista. Bajo su férula los hombres dominan a las mujeres y a los niños [...] Las reglas de las familias y de los clanes y de las costumbres sexuales garantizan la propiedad reproductiva y el acceso y el control sexual a los hombres como grupo. Las jerarquías entre los hombres se ordenan sobre la base de la raza y de la clase, estratificando también a las mujeres. El Estado toma esos hechos del poder social y los utiliza en la ley y como ley. Ocurren dos cosas: la ley se hace legítima y el dominio social se hace invisible. El legalismo liberal es, por tanto, un medio para hacer que

⁵⁴ M. ELIADE, *Mito...*, *op. cit.*, p. 25.

el dominio masculino sea invisible y legítimo adoptando el punto de vista masculino e imponiendo al mismo tiempo esa visión a la sociedad»⁵⁵.

Bajo este orden de ideas la norma básica legitima un orden que fue creado y que beneficia a un grupo. El marxismo ya había advertido, desde mucho tiempo atrás, que el Derecho es una herramienta de dominación de la burguesía. Denuncia una fuerza que lo domina desde «afuera», es decir, «externa». Sin embargo, este análisis permite ver que la fuerza de dominación está dentro del propio Derecho. Jaques Derrida explica que el momento fundacional del Derecho es un golpe de fuerza:

«En una violencia performativa y, por tanto, interpretativa que no es justa o injusta, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo [...] [ni alguna] fundación preexistente podría garantizar, contradecir o invalidar por definición. Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel del metalenguaje con relación a la performatividad del lenguaje instituyente o a su interpretación dominante.

El discurso encuentra ahí su límite: en él mismo, en su poder performativo mismo [...] Hay un silencio encerrado en la estructura violenta del acto fundador. Encerrado, emparedado, porque este silencio no es exterior al lenguaje»⁵⁶.

La cita de Derrida nos ayuda a establecer que mediante la norma básica se legitima un acto violento. Ya décadas atrás Walter Benjamín en su célebre trabajo *Para una crítica de la violencia* estableció que el Derecho encuentra su origen en un acto violento, al cual llama violencia fundadora⁵⁷. Como es obvio, ésta no debe ser entendida únicamente en el sentido físico como las revoluciones armadas y los golpes de Estado, sino en todas sus expresiones, como los sesgos ideológicos de sus impulsores, etcétera.

En la misma dirección, Giorgio Agamben señala que en la relación de excepción, en cuanto acto de violencia, se expresa la estructura formal de la relación jurídica. Sólo a partir de la decisión soberana sobre la excepción, afirma este autor, «adquieren su sentido lo que está incluido en el orden jurídico y lo que está excluido de él. En su forma arquetípica, el estado de excepción es, pues, el principio de toda localización jurídica, porque solamente él abre el espacio en que la fijación de un cierto orde-

⁵⁵ C. MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del Estado*, España, 1995, pp. 427-428.

⁵⁶ J. DERRIDA, «Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad», en *Doxa*, núm. 11 (1992), p. 139.

⁵⁷ W. BENJAMÍN, *Conceptos de filosofía de la historia*, Argentina, 2007, p. 124.

namiento y un determinado territorio se hace posible por primera vez»⁵⁸. Así, concluye Agamben, el soberano «es el punto de indiferencia entre violencia y derecho, el umbral en que la violencia se hace derecho y el derecho se hace violencia»⁵⁹.

Gracias a los poderes del mito, el acto de fuerza originario o la violencia fundada se instituye como un modelo ejemplar que otorga validez y legitimidad a la subsecuente producción legislativa.

Una cuestión que es complementaria a la función legitimadora es la capacidad de la norma fundante para anclar el presente al pasado jurídico. Ya platicué atrás que esto se logra a través de los rituales. Bien, ¿la norma básica tendrá un rito que le permita realizar esta función? La respuesta es sí.

Ya Nietzsche al explicar el surgimiento y desarrollo de la «culpa y la mala conciencia» establece la continuidad de la violencia en la relación jurídica del acreedor con el deudor:

«Quizá sea lícito admitir incluso la posibilidad de que tampoco aquel placer en la crueldad está propiamente extinguido; tan sólo precisaría, dado que hoy el dolor causa más daño, de una cierta sublimación y utilización, tendría que presentarse traducido a lo imaginativo y anímico, y adornado con nombres tan inofensivos que no despertasen sospecha alguna ni siquiera en la más delicada conciencia hipócrita»⁶⁰.

En la misma cita que hice atrás de Derrida se explica este poder performativo y espectral de la violencia fundadora en Derecho. A esta potencia reaccionaria Benjamín le llama violencia conservadora y básicamente consiste en la función de «amenaza» o de hacer presente el destino establecido en la violencia fundante⁶¹. Analicemos este punto desde el enfoque del mito. Si echamos un vistazo a los Estados con sistema de *common law*, identificaremos que el rito está presente cada vez que el juez emite una sentencia para un caso en particular⁶². El juzgador cada vez que va a dar su fallo consulta resoluciones anteriores y sobre eso se basa a la hora de resolver, es decir, el pasado de alguna forma determina la vida jurídica del presente.

Ahora, se alegrará que el juez en casi ningún caso consulta las más antiguas resoluciones, sino que su retrotracción es a un pasado más inmedia-

⁵⁸ G. AGAMBEN, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, España, 2006, p. 32.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁶⁰ F. NIETZSCHE, *La genealogía de la moral*, España, 2002, pp. 88-89.

⁶¹ W. BENJAMIN, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁶² J. DERRIDA, *op. cit.*, p. 149.

to. No obstante, esas decisiones menos antiguas están basadas a su vez en otras más antiguas, de esta manera pervive en el fallo «cierta violencia irruptiva y [éste] no responde ya a las exigencias de la racionalidad teórica»⁶³, estableciéndose así la cadena entre el presente y el pasado.

¿Cuándo y cómo ocurre esto en nuestro sistema jurídico? Considero que en el momento en que se modifican las leyes. En efecto, en la reforma encontramos el instrumento mediante el cual el mito fundacional continúa viviendo entre nosotros. Ahora, es importante dimensionar la fuerza que en nuestros sistemas jurídicos tiene la cultura de la reforma para entender la potencia del ritual.

En la discusión de la reforma participan prácticamente todos los juristas desde diferentes actividades: el legislador, el juez, el abogado postulante, el investigador, etcétera. En la academia, por ejemplo, se ha considerado tradicionalmente que la reforma es el objetivo último de la investigación jurídica⁶⁴. El proponer una mejora al Derecho, a través de una reforma legal, es lo que de entrada justifica y hace útiles y valiosas a las investigaciones en el Derecho. Esta visión convierte a los estudios jurídicos en un programa de reforma legal.

No hace falta dar un ejemplo desconocido de mi anterior afirmación. Basta con remitirnos a los requisitos que se les exigen a las tesis de licenciatura y de maestría en la inmensa mayoría de las facultades de Derecho del país.

Bien, veamos cómo actúa este ritual en la actualización del mito. Cuando se va a reformar o a promulgar una ley, siempre tendrá como límite una ley superior, que a su vez estará en consonancia con de la mayor jerarquía. Entonces nos encontramos ante un sistema en que una norma, la más antigua de todas, legítima y válida a las otras, y cada vez que se produzca una nueva ley o se reforme, se transmitirá, al igual que en el fallo del juez en el *Common law*, la fuerza espectral de la norma fundante.

En el caso de las reformas constitucionales, la situación varía. Como lo han señalado acertadamente varios autores, en México se pueden hacer reformas constitucionales que atenten contra la misma constitución, es decir, es posible hacer reformas constitucionales inconstitucionales. En este caso vemos como se diluye el mecanismo de hacer presente el pasado jurídico. No obstante, aunque *de iure* no haya límites para el «órgano revisor constitucional», se tiene que superar un obstáculo *de facto* que

⁶³ *Ibid.*, pp. 152-153.

⁶⁴ P. KAHN, *op. cit.*, p. 31.

sí es influenciado por el pasado jurídico. Así por ejemplo, en el caso de la reciente reforma judicial, los promotores de los cambios justificaron su discurso en una situación jurídica pretérita⁶⁵. Alegaban que la reforma no atentaba contra derechos consagrados en la constitución, aunque la mayoría de los expertos no estaban de acuerdo. Vemos, pues, como la misma reforma que implica una modificación respecto del pasado no se desvincula radicalmente de su antecesora.

Daré un par de ejemplos más para tratar de aclarar mis afirmaciones: la reciente reforma energética, en particular sobre la supuesta privatización de petróleos mexicanos (PEMEX)⁶⁶, y la reforma indígena del 2001⁶⁷. En la discusión del primer caso se manifiesta el respeto al pasado y la apelación al futuro como progreso. Los promotores más entusiastas de la reforma afirmaron sistemáticamente que los cambios legales que proponían no implicaban la privatización de PEMEX, sino una medida para su fortalecimiento y desarrollo. De esta forma, intentaban legitimar su actuar en el pasado, puesto que no se atrevieron a desafiar abiertamente el estatuto jurídico anterior. No obstante, alegaban que las necesidades del país exigían un cambio para mejorar la situación de los mexicanos. Se dijo hasta el cansancio que esta reforma estructural era necesaria para que México progresara; sin ella, el país seguirá en el retraso respecto de otros países petroleros, se argumentaba.

En las dos reformas indígenas hechas en nuestra Constitución federal, la del art. 4.º en 1992 y la del art. 2.º en 2001, se dieron rupturas con otros principios jurídicos contenidos en la Constitución. En 1992, la preocupación fue el quiebre con el principio de igualdad jurídica, tal como clásicamente se había interpretado. Si uno revisa los documentos legislativos nota como, a pesar de darse una reinterpretación del principio de igualdad, existen constantes referencias a que este cambio no atentaba contra la idea precedente. En la reforma de 2001 el punto más controvertido fue el de la autonomía. Garantizar este derecho de los pueblos indígenas implicaba una ruptura o reinterpretación de la idea clásica de unidad nacional. No obstante, el legislador no pudo desprenderse de esta noción pretérita y en el primer enunciado del art. 2.º se dice que «México es una nación única e indivisible».

⁶⁵ Para conocer el contenido de la reforma *vid.* http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf (consulta: 20 de febrero de 2009).

⁶⁶ Esta reforma no se concretó a nivel constitucional, se planteó así, pero al final todo quedó en reformas a leyes secundarias.

⁶⁷ Para conocer el contenido de esta reforma *vid.* http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_151_14ago01.pdf (consulta: 20 de febrero de 2009).

Hasta aquí hemos estudiado la reforma legal como la forma ritual en la que el mito fundacional del Derecho se hace presente en nuestros días. Sin embargo, la reforma, como ritual moderno, no sólo ve al pasado, sino también al futuro. Cuando esta forma ritual voltea al futuro invoca su complemento moderno: el progreso.

Paul Kahn ha resaltado correctamente que el Derecho también es percibido como:

«Un proceso histórico continuo en el cual el Derecho se desarrolla a través de constantes esfuerzos de reforma. El Estado de Derecho no sólo es la suma de la totalidad de las leyes y de las regulaciones producidas en un momento determinado, también es entendido como un proceso de evaluación y creación de nuevas leyes que corrigen las deficiencias de lo que existía antes»⁶⁸.

En esta idea se justifican y se agotan los discursos que se emplean cuando se pretende realizar modificaciones o cambios en la legislación. A pesar de que no tengo conocimiento de un trabajo sistemático del discurso legislativo, mi experiencia en la investigación histórico-jurídica me permite englobarlos en tres grupos.

El primero sería el de los promotores. En éste se blanden dos argumentos centrales. Uno sostiene que la necesidad social va cambiando y, por tanto, hace lo mismo la ley para mejorar la regulación de las relaciones sociales⁶⁹. En el otro se aduce una mejora de corte técnico en el sistema jurídico. En este primer grupo discursivo podemos ver la convicción en la idea del constante progreso jurídico.

El segundo sector sería el de los opositores o detractores de la reforma. La razón principal que utilizan para defender su posición es que la modificación propuesta significaría un retroceso en ese camino hacia el estado perfecto de cosas.

Por último, el tercer discurso es empleado con los mismos fines que el segundo, es decir, para oponerse a la reforma pero desde un discurso formalista. Consiste, pues, en invocar la inviabilidad de la reforma por cuestiones de inconstitucionalidad o alteración al orden constitucional. Generalmente este discurso se utiliza cuando los políticos no quieren comprometerse en un tema controversial que los podría dejar mal parados. Ejemplos en este sentido sobran: la unión entre gays, el aborto, la legalización de las drogas,

⁶⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁶⁹ P. FITZPATRICK, *op. cit.*, p. 91.

entre otros. Como ya dije atrás, esto sólo podría ocurrir en el caso de las reformas secundarias, puesto que en la Constitución se puede hacer cualquier modificación. Este grupo en apariencia se coloca fuera de la ruta del progreso. No obstante, es atrapado en la otra función del mito, es decir, la que determina el presente por la acción del pasado jurídico.

De esta forma, es válido afirmar que los argumentos en favor y en contra de una reforma iluminan el mapa del progreso jurídico humano. El mito de la perfección jurídica futura se construye, pues, de la dialéctica, que discurre en un sendero que supuestamente puede llevarnos a la perfección o a la barbarie jurídica.

V. APUNTES FINALES

A lo largo de este trabajo he sostenido que el Derecho moderno no es ajeno a las formas de pensamiento mítico, como comúnmente lo han querido presentar algunos juristas en oposición a otros sistemas normativos que son presentados como ecos de «épocas salvajes», carentes de la «racionalidad» que sí tiene el Derecho moderno.

A partir de este análisis de la norma básica de Kelsen y de la forma en que la cultura jurídica dominante emplea a la reforma legal he intentado mostrar que el mito cumple en el Derecho moderno varias funciones, todas ellas con un compromiso reaccionario, entre las que se encuentran: su fundamentación, su legitimación y su preservación. El mito aplicado al Derecho moderno «a la vez no cambia nada y cambia todo», es decir, es un medio que no despoja de su violencia al Derecho, pero que mediante sus «poderes» logra presentarlo como lo que no es, un «discurso neutral y natural».

Este arcano del Derecho moderno puede servir para comprender las exclusiones, tanto actuales como pasadas, y sólo tomando conciencia de él se puede establecer una corriente de pensamiento crítico comprometida con los sectores marginados de nuestras sociedades. También debería de mover a una amplia reformulación de los fines de la investigación jurídica, en donde «el programa de reforma» en que se ha convertido ésta cedería terreno a estudios descriptivos que dieran cuenta de cómo opera y se reproduce este poder reaccionario que esconde el Derecho. No obstante, éste es un desafío todavía pendiente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G., *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, España, 2006.
- ANDERSON, B., *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, 2007.
- BENJAMÍN, W., *Conceptos de filosofía de la historia*, Argentina, 2007.
- CASSIRER, E., *Filosofía de la Ilustración*, México, 1975.
- COHEN, P., «Theories of Myth», en *Man. New series*, vol. 4, núm. 3 (1969).
- CORREAS, O., «... Y la norma fundante se hizo ficción», en *Revista Crítica Jurídica*, núm. 18 (2001).
- DERRIDA, J., «Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad», en *Doxa*, núm. 11 (1992).
- ELIADE, M., *El mito del eterno retorno*, España, 1972.
- *Lo sagrado y lo profano*, España, 1998.
- *Mito y realidad*, España, 2006.
- FITZPATRICK, P., *La mitología del Derecho moderno*, México, 1998.
- GIDDENS, A., *Consecuencias de la modernidad*, España, 2001.
- HORKHEIMER, M., y ADORNO, T., *Dialéctica de la ilustración*, España, 2006.
- HURBON, L., *El bárbaro imaginario*, México, 1993.
- KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, España, 2001.
- KANT, I., *Filosofía de la historia. Qué es la ilustración*, Argentina, 2004.
- KELSEN, H., *Compendio de teoría general del Estado*, México, 2000.
- *Teoría general de las normas*, México, 1994.
- *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, 1979.
- *Teoría pura del Derecho*, México, 1982.
- MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, España, 1995.
- NAVARRO, P., «Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 24 (2001).
- NIETZSCHE, F., *La gaya ciencia*, España, 2002.
- *La genealogía de la moral*, España, 2002.
- PRIBÁN, J., «Legalist fictions and the problem of scientific legitimation», en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 1 (2003).
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, L. M., «Ironías, falacias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación», en *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 25 (2002).
- SCHMIL, U., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del Derecho*, México, 1984.
- STONE, J., «Mystery and mystique in the basic norm», en *The modern law review*, vol. 26, núm. 1 (1963).
- TOURAINÉ, A., *Crítica de la modernidad*, México, 2006.