

Fundamentos de Derecho Intercultural

The Foundations of Intercultural Rights

Jorge RIVERO EVIA*

RESUMEN. La globalización se nos presenta con dos caras. Por una parte, la integración económica y el dominio del mercado; y por otra, la integración jurídica. La moral (jurídica) es el equilibrio, contrapeso y límite de los efectos de la globalización. Aquella debe regir a la república mundial complementaria, que es la forma de gobierno global que ejerce la comunidad de las naciones, a través de la Organización de las Naciones Unidas. Entonces, es menester construir un nuevo concepto del Derecho para conseguir la intercomunicación entre las diversas culturas que integran a la humanidad. Así, los derechos humanos, se erigen como una síntesis de justicia, como vasos comunicantes entre las diversas sociedades, con base en los cuales existen principios que conforman el Derecho Intercultural.

Palabras clave: Globalización, cultura, derechos humanos, sociedad.

ABSTRACT. Globalization has two faces. On one side, the economic integration and market dominance that comprises it; on the other, the legal integration of those involved in this process. Morality -in its legal sense- has the function of balancing, counterweighting and limiting the effects of globalization. It should rule the complementary world republic, which is the model of global government executed by the community of nations through the United Nations. Therefore, it is crucial to build a new concept of Law to achieve intercommunication among the diverse cultures that compose humankind. Thus, Human Rights are built as a synthesis of Justice, as communicating vessels among diverse societies, and the basis for principles that shape Intercultural Rights.

Keywords: Globalization, culture, human rights, society

* Doctor en derecho por la Universidad Anáhuac-Mayab. Magistrado Cuarto del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán. jriverev@yahoo.com

1. Introducción.

Podemos observar un orden internacional que envuelve la dimensión económica del proceso de globalización, y hace que ningún Estado —por más poderoso que este sea— tenga la última decisión sobre los flujos comerciales, financieros y de inversión. Es también evidente la expansión de una vasta red de comunicaciones, sobre las cuales un Estado en particular tampoco tiene influencia suficiente. Una más de las dinámicas novedosas de nuestros días, en comparación con la original construcción de la sociedad de naciones, es la intensificación de los ámbitos multilaterales de negociación y diplomacia económica, como eje vital de las relaciones internacionales.

No obstante, la globalización no puede reducirse solamente a su aspecto económico, sino que, en su afán integracionista pretende también consolidar un sistema de derecho que sea aplicable para todos los seres humanos, con base en un solo estándar de justicia.

Uno de los más grandes desafíos a los que tendrán que enfrentarse los líderes a lo largo de este siglo es la multiculturalidad. La tecnología y los transportes modernos están cambiando rápidamente el mundo, y el concepto de la *aldea global*¹ nunca ha sido más real. Por todo ello, el orbe se encuentra en una encrucijada crítica.

En cualquier dirección existen nuevas realidades económicas, políticas, ecológicas, educativas y tecnológicas que algunas veces resultan pasmosas, como la caída del muro de Berlín, la ola democrática que se da en la Europa del Este o la “*primavera árabe*”. En este siglo, nuestras poblaciones y líderes necesitarán actitudes y conductas que les permitan reconocer y promover la interdependencia y cooperación entre naciones.

Atendiendo a la etimología de ambas palabras y centrándonos en sus respectivos prefijos, podemos hacer una primera distinción entre lo “*multi*” y lo “*inter*” cultural.

¹ *Aldea global (global village)* es un término que busca describir las consecuencias socioculturales de la comunicación inmediata y mundial de todo tipo de información que posibilita y estimula los medios electrónicos de comunicación. Sugiere que, en especial, ver y oír permanentemente personas y hechos -como si se estuviera en el momento y lugar donde ocurren- revive las condiciones de vida de una pequeña aldea: percibimos como cotidianos hechos y personas que tal vez sean muy distantes en el espacio o incluso el tiempo, y olvidamos que esa información es parcial y fue elegida entre una infinidad de contenido. El término fue acuñado por el sociólogo canadiense Marshall McLuhan. El concepto aparece varias veces en sus libros *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man* (1962) y *Understanding Media* (1964) y probablemente se haya popularizado a partir de estos. En 1968, McLuhan lo utilizó en el título de su libro *War and Peace in the Global Village* (1968). McLuhan se refiere a la *Aldea global* como un cambio producido principalmente por la radio, el cine y la televisión. Véase: <http://www.marshallmcluhan.com/bibliography/>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

De este modo, el término “*multicultural*” tal y como indica su prefijo “*multi*”, hace referencia a la existencia de varias culturas diferentes, pero no ahonda más allá, con lo que nos da a entender que no hay relación entre las distintas culturas. Sin embargo, el prefijo “*inter*”, va más allá, haciendo referencia a la relación e intercambio y, por tanto, al enriquecimiento mutuo entre las distintas culturas².

Entonces, “*interculturalidad*”, implica una comunicación comprensiva entre las distintas culturas que conviven en un mismo espacio, siendo a través de aquellas donde se produce el enriquecimiento mutuo y por consiguiente, el reconocimiento y la valoración (tanto intrínseca como extrínseca) de cada una de las culturas en un marco de igualdad.

Otra vez, la vía del derecho es esencial para omnicomprender la diversidad de culturas, que tienden hacia un mismo ideal: la prevalencia de la justicia como valor social.

Es a raíz del trabajo del *iusfilósofo* alemán Otfried Höffe³, que puede empezar a hablarse con seriedad de un auténtico *Derecho Intercultural*, producto de la era de la globalización.

Empero, en nuestro país la doctrina es ayuna al respecto⁴; de ahí, la imperiosa necesidad de sentar las bases de una nueva reflexión histórica-filosófica-social del Derecho⁵, desde la perspectiva latinoamericana, con especial énfasis en la cultura

² (...) Así pues, en *multiculturalismo*, el prefijo “*multi*” califica directamente al sustantivo *cultura*; y en este sentido, se refiere a una gama de culturas existentes. Como contraste a ello, en *interculturalismo*, el prefijo “*inter*” sólo califica indirectamente al sustantivo *cultura* —pluralizado—, toda vez que su énfasis radica en el espacio de encuentro en que las culturas se sitúan. Esto es, no califica ninguna de las culturas en cuestión, sino la circunstancia entre cada una de ellas, como distintas entre sí (...). Enríquez, David. “Interculturalismo y transdisciplinariedad”: coordinadas en el mapa del Derecho comparado sustentable, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 132 septiembre - diciembre de 2011, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 1109.

³ Los dos pilares de la obra de Otfried Höffe, en sus versiones en español son: *Ciudadano económico, ciudadano del estado, ciudadano del mundo: ética política en la era de la globalización*, trad. de Carlos Díaz Rocca, Buenos Aires, Katz editores, 2007, vol. 3024 de Conocimiento (katz) y *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000.

⁴ Si bien existen interesantes trabajos referentes al “pluralismo jurídico”, aún no se ha profundizado en el enfoque de un “Derecho intercultural”, antes bien, se alude frecuentemente en la literatura revisada, al concepto de la *multiculturalidad* e íntimamente relacionados con el derecho indígena. Respecto de aquellos, véanse: Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, “El artículo 2º Constitucional ¿Pluralismo jurídico en México?”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (Coords.) *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 623-655; Aragón Andrade, Orlando, “Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 118, enero-abril de 2007, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 9-26; Mohr, Richard, “La conversación de la humanidad”: La crítica universalista del pluralismo jurídico. *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, número 26, enero-agosto de 2007, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 59-75.

⁵ Conviene destacar el esfuerzo de la Universidad Indígena de Chiapas (UNICH), que inició el pasado mes de agosto de 2013 la licenciatura en Derecho Intercultural. El proyecto está apoyado por la Unión Europea y tiene la asesoría de la Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, de la Secretaría de Educación Pública. Véase: González Galván, Jorge Alberto, “Hacia una formación jurídica intercultural”, *Hechos y Derechos, Revista electrónica de opinión académica*, número 16 julio-agosto de 2013, UNAM, Instituto de

mexicana, que permita comprender que, no obstante la diversidad cultural propia de los grupos humanos, nacer en un lugar o en otro, bajo una etnia o raza, en un estrato social determinado, es un mero accidente; que asimismo, las fronteras territoriales son valladares artificiales impuestos por el hombre y que debe repensarse el papel del ser humano en el siglo XXI⁶. Se dice ello, pues los paradigmas culturales, como fenómenos sociales se producen siempre permeados de historicidad humana, de modo que reflejan concepciones, valores y significados específicos del mundo.

2. Planteamiento del problema.

¿Existe un derecho igualmente válido para la gente de distinto color de piel, para judíos, mahometanos, cristianos y budistas, para corredores de bolsa y campesinos, para latinoamericanos, europeos, asiáticos y africanos?

El derecho, como fenómeno social, se ha construido –inicialmente- dentro de las fronteras de los pueblos o Estados; sin embargo, el intercambio entre culturas, que *prima facie* destacaría diferencias entre los seres humanos (como el lenguaje), requiere asimismo, de la identificación de similitudes, a fin de conseguir la paz y seguridad, aspiraciones máximas de toda comunidad.

En ese empeño, no es posible analizar todas las culturas del mundo y menos aún inventariar usos, costumbres y prácticas análogas y divergentes entre los grupos humanos. Empero, sí es factible explorar, quizás someramente, utilizando la metodología del derecho comparado, a los principales sistemas jurídicos contemporáneos –para efectos de este trabajo, denominados “culturas jurídicas”-, pues el derecho puede ser un sismógrafo o baremo cultural. No sin antes aludir a algunos referentes teóricos de sociología “clásica”, con el único afán de sentar las bases del argumento que conducirá a sostener la existencia de un *derecho intercultural*, por el cual podemos entender a un derecho cosmopolita, basado en ciertas aspiraciones y prerrogativas humanas (coincidentes con lo que se conoce como “derechos humanos”).

Así pues, se plantea que las diversas culturas que coexistan en un momento y lugar determinado, se pueden poner de acuerdo sobre aquello que es merecedor del poder público.

Investigaciones Jurídicas, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/HechosyDerechos/cont/16/art3.htm>. Recuperado el 15 de enero de 2014.

⁶Véase: Carbonell Sánchez, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en Cienfuegos Salgado, David, Esquivel Leyva, Manuel de Jesús, Morales Sánchez, Julieta (coords), *Temas de migración y derecho*, México, Fundación Académica Guerrerense, 2008, pp. 35-50.

Ello no es una utopía. Muestra de lo anterior, es el consenso mundial (intercultural) conseguido en 1998 con la creación del Estatuto de Roma (EDR) del cual se desprende la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI), que se activa para sancionar crímenes basados en bienes jurídicos comunes a todos los seres humanos⁷.

Una de las justificaciones de dicha jurisdicción es el predominio de relaciones jurídicas internacionales injustas e inciertas, que se transfieren a los regímenes internos de los países, las comunidades en general y a toda organización política; el hambre, la pobreza, la delincuencia y la subestimación del ser humano, constituyen creaciones humanas, no son creaciones de la naturaleza que a pesar de su deterioro sigue siendo generosa⁸.

Otro elemento a considerar en el presente trabajo, es la inclinación teórica del sustentante, hacia la tesis de Carlos Santiago Nino, quien identifica a los derechos humanos (base del derecho intercultural), como derechos morales⁹; a saber: los que se apoyan sobre bienes normalmente de importancia primordial, siendo su característica que son para todos los hombres y mujeres, contienen una universalidad de beneficios y de responsabilidades, que asimismo poseen incondicionalidad.

Es decir, las normas morales se fundamentan en principios morales, cuya validez o aceptabilidad no depende de la aceptación que se les dé. Estos principios son construidos por las concepciones metodológicas del discurso moral, las cuales están determinadas por las funciones sociales de dicho discurso. Así, serán tres principios los que fundamentan los derechos humanos: a) el de *inviolabilidad de la persona* (que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros); b) el de *autonomía de la persona* (que asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia); y c) el de *dignidad de la persona* (que prescribe tratar a los seres humanos acorde con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control).

3. La cultura como muestra de la grandeza humana.

El ser humano une su existencia al concepto de cultura; en efecto, en la cultura encuentra aquel la base para la transformación, la creatividad, el moldeamiento de la

⁷ Véase: Arjona Estévez, Juan Carlos. *La Corte Penal Internacional: un tribunal que tardó cinco décadas en su constitución*. En: México y la Corte Penal Internacional. Donde Matute, Javier; Guevara Bermúdez, José A. (Coordinadores). México, Tirant lo Blanch, 2014.

⁸ Ponce de León Armenta. *Modelo Trans-Universal del Derecho y el Estado*. México, Porrúa, 2001, p.XXIX.

⁹ Véase: Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires. Paidós, 1984.

realidad en la que desarrolla su vida, y con ello, la clave de cualquier cambio posibilitador y los ejes de su identidad individual diferenciada. En ese sentido, la cultura es la base del individuo que sólo emerge precisamente en contextos de interacción cultural¹⁰.

La cultura puede ser vista como el cultivo de todo aquello que nos ayuda a colocarnos en la realidad del entorno, no sólo natural sino también social. No hacemos cultura solamente para sobrevivir, sino también para convivir con propios o extraños (extranjeros o gente que pertenece a otra cultura). Por eso, aquí se conectan la idea de cultura, la de identidad cultural y la de interacción cultural¹¹.

La definición de la cultura es una cuestión que ha dividido a los sociólogos y a los antropólogos. Villoro Toranzo¹², citando a Rocher, refiere que por cultura puede entenderse: "(...) el conjunto trabado de maneras de pensar, de sentir y de obrar más o menos formalizadas, que, aprendidas y compartidas por una pluralidad de personas, sirven, de modo objetivo y simbólico a la vez, para constituir a esas personas en una colectividad particular y distinta (...)."

Cuatro serían los elementos a destacar de esta definición, que denotan –sin ánimo de zanjar más discusiones respecto del tema- la conveniencia de su utilización. La primera es que ofrece la ventaja de subrayar que los modelos, valores y símbolos que componen la cultura, incluyen los conocimientos, las ideas, el pensamiento y abarcan todas las formas de expresión de los sentimientos, así como las reglas que rigen las acciones objetivamente observables; en segundo lugar, tales maneras de pensar, de sentir y de obrar pueden ser más o menos formalizadas. Resultan muy formalizadas en un código de leyes... lo son menos, y según grados diversos, por ejemplo, en las artes. La tercera característica, es el hecho de que unas formas de pensar, de sentir y de obrar sean compartidas por una pluralidad de personas (efectivamente, este es el elemento *per se* de una cultura). El cuarto componente concierne al modo de adquisición o transmisión de la cultura, este es el resultado de los diversos medios y mecanismos del aprendizaje¹³.

Ello permite negar la existencia de un código genético cultural, pues el aprendizaje (la imitación, la experiencia –ensayo-error-) es el motor de la evolución cultural, lo que además implica una nota característica del ser humano, pues sólo este es capaz de esa abstracción que entiende un problema, busca soluciones del mismo y trata de

¹⁰ Oliva Martínez, Daniel y Blázquez Martín, Diego, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 68-69.

¹¹ Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI editores, 2005, p. 9.

¹² Villoro Toranzo, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004, p. 62.

¹³ *Ídem*

proyectarlas con anticipación a un futuro no necesariamente inmediato. A ello se sigue la posesión de un sistema de comunicación, como lo es la palabra hablada, la cual permite a su vez, organizar y transmitir las experiencias¹⁴. Lo que se transfiere es la cultura, esta es la respuesta humana a la realidad, a su propio logro. Al humano no le queda más remedio que adoptar condiciones de su propia vida; ya no vive solamente en un puro universo físico, sino en un universo simbólico: el lenguaje, el mito, el arte y la religión, se erigen como partes de este universo¹⁵.

El término cultura sugiere una continuidad en el crecimiento, propia de la vida, autonomía, desde luego, pero también una cierta fragilidad y dependencia de un entorno. En una palabra, la acepción que aquí prevalece es la de *cultura animi*; a saber, el pleno desarrollo del espíritu humano con toda su potencialidad¹⁶.

Entonces, es válido afirmar, que tener cultura es ir más allá de la animalidad, para acceder a la humanidad, propiamente dicha¹⁷. Es decir, surge un proceso de socialización¹⁸.

Los grandes cambios que periódicamente se manifiestan en la constitución de las sociedades, no pueden ser efecto de la casualidad ni de la fuerza sola. La causa que los produce debe ser potente, y esa causa debe residir en el hombre. Si las leyes de la asociación humana no son las mismas que en la antigüedad, es que algo ha cambiado en el hombre¹⁹.

Una parte de nuestro ser se modifica de siglo en siglo: es nuestra inteligencia, nunca estática, siempre en progreso, y a causa de ella, nuestras instituciones y nuestras leyes están sujetas al cambio²⁰. Empero, el pasado nunca muere por completo. Bien

¹⁴ (...) *El lenguaje es una herramienta de vida que amplía enormemente nuestra capacidad de adaptación. Nos ayuda a aprender y compartir las experiencias de los demás, incluso de quienes ya murieron (...) El lenguaje nos permite aprender la cultura, que podemos imaginar inicialmente como un modelo o diseño de vida en sociedad (...)*. Phillips, Bernard. *Sociología del concepto a la práctica*, México, McGraw Hill, 1982, p. 28.

¹⁵ Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, pp. 64-65

¹⁶ De Koninck, Thomas, *De la dignidad humana*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 21.

¹⁷ Beuchot, Mauricio, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸ "... la socialización es el proceso por medio del cual el organismo individual se transforma en persona, el animal humano en ser humano. Sólo por medio de la socialización puede perpetuarse la sociedad, existir la cultura, convertirse el individuo en persona..."; Sánchez Azcona, Jorge, *Normatividad social*, ensayo en Sociología jurídica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 409.

¹⁹ De Coulanges, Fustel, *La ciudad antigua: Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, 15a. ed., Porrúa, México, 1996, pp. 1-2.

²⁰ Existen múltiples ejemplos de lo aseverado. Uno de ellos se manifiesta claramente en la evolución del Estado moderno, el cual ha pasado por diversos estadios; a saber: el feudalismo (como antecedente); los reinos medievales; los reinos prenacionales de la Edad Media; los reinos nacionales; el Estado absolutista; el Estado liberal; el Estado intervencionista y el Estado neoliberal. Véase: Aguilar Camacho, Mario Jesús, *Acto de gobierno: Valoración jurídico-política*, Porrúa Hermanos, México, 2005.

puede el ser humano olvidarlo, pero siempre lo conserva en sí, pues tal como se manifiesta en cada época, es el producto y resumen de todas las épocas precedentes.

Aunado al discernimiento intelectual, obran adjuntas la sensibilidad estética y moral, cuanta habida de la diversidad de culturas y de obras de la cultura que son evidenciadas en virtud de los avances tecnológicos. El elemento común de las obras de la cultura es que ofrecen significado y sentido al destino humano; las mejores obras de la cultura sobreviven a menudo a aquellos que las crearon e incluso a las sociedades en las que nacieron. No sólo dan testimonio de la grandeza del espíritu humano sino que contribuyen de modo esencial a la cohesión de las comunidades y a sus tradiciones²¹.

La cultura es, antes que nada, un sistema; es decir, que sus elementos se interrelacionan en ciertos modos específicos. Existe unidad entre tales elementos: es imposible entender cabalmente el significado de cualquier aspecto de una cultura si está separado de su contexto cultural.

Recaséns²² afirma que en el conjunto de obras culturales u objetivaciones de la vida humana, vemos la manifestación de una serie de funciones de esta, advirtiendo que los hombres han hecho y hacen siempre en su vida –en todas las épocas y en todas las situaciones históricas- las siguientes tareas: preocupaciones sobre la dependencia de una realidad superior trascendente (religión), ensayos de conocimiento, regulación moral del comportamiento, tentativas de dominio de la naturaleza en torno (técnica), expresión artística de emociones, normación jurídica de las relaciones sociales, actividades económicas, etc., resultando que esas funciones responden a la esencia misma de la vida humana y constituyen notas constantes de esta.

El contenido de la ciencia, del arte, de la filosofía, de la técnica, del Derecho, de la economía, es a su vez, variable entre cada pueblo; es decir, si bien existe un sentido generalizado funcional de tales menesteres culturales, difieren en cuanto a sus consecuencias o productos.

Cabe citar en este punto dos claros ejemplos.

El primero de ellos, es referente a la *técnica*. Lo destaca Phillips²³ (tomado del trabajo de Edward Hall), al señalar la manera distinta en que los pueblos se orientan respecto del espacio, contrastando la forma en que en los países latinoamericanos se

²¹ De Koninck, Thomas, *op. cit.*, p. 22.

²² Recaséns Siches, *Tratado general de sociología*, Porrúa, México, 1968, p. 170.

²³ Phillips, Bernard, *op. cit.*, p. 34.

edifican las casas-habitación, en correspondencia con esa misma actividad verificada en los Estados Unidos de Norteamérica:

(...) Las diferencias culturales se revelan en diferentes formas, una de ellas es la orientación espacial del individuo. Edward Hall describe algunas de estas diferencias:

La casa entre los latinos a menudo es construida alrededor de un patio que está próximo a la calle pero oculto a los extraños detrás de un muro. Los técnicos norteamericanos que viven en América Latina suelen quejarse de que se sienten “alejados” del mundo. En Estados Unidos realmente el vecino está muy cerca. Es posible pedir prestadas cosas, incluyendo alimentos y bebidas, pero también hay que llevar al vecino al hospital en caso de emergencia (...).

Para Phillips, ello es una acentuación del valor igualdad, ampliamente difundido en los norteamericanos²⁴, pues relaciona esa *praxis* edificatoria con la permisividad de que sus niños jueguen con los niños del vecino o su costumbre de abrir la casa a la vista de todos, su complacencia de pedir o dar prestado a sus vecinos²⁵. A ello vale la pena agregar la alta percepción de seguridad (pública) que genera en los estadounidenses mayor confianza en el prójimo, reforzada por el respeto a la autoridad, situación que difiere abismalmente con los países latinoamericanos, y en específico con México²⁶.

El segundo ejemplo a utilizar, de índole *jurídico*, lo encontramos en Recaséns²⁷, quien dice: “(...) El contenido del Derecho en una nación difiere del que tuvieron los ordenamientos jurídicos de otros pueblos y de otras épocas, pero la función a la que se encamina el Derecho en todas las comunidades y de todas las etapas es la misma: la seguridad en la vida colectiva queriendo orientarse hacia la justicia (...).”

Así, hallamos un grupo de aspiraciones colectivas, propias del género humano: libertad, igualdad, seguridad, es decir, justicia.

²⁴ También Phillips informa sobre los resultados de la investigación de Robin M. Williams, quien destaca una lista de los valores ampliamente compartidos por los norteamericanos, enunciando, entre otros, a) la conquista y el triunfo; b) la actividad y el trabajo; c) la orientación moral; d) las costumbres humanitarias; e) la eficiencia y practicidad; f) el progreso; g) la comodidad material; h) la igualdad; i) la libertad; j) la conformidad externa; k) la democracia. *ibídem*, pp. 42-45.

²⁵ *Ibídem*, p.34.

²⁶ En la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2013, realizada en México por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el 44% de la población encuestada en el rubro “Población de 18 años y más por entidad federativa según percepción de la seguridad en la colonia o localidad, marzo-abril 2013”, manifestó sentirse insegura. <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/tabuladosbasicos/tabgeneral.aspx?c=33623&s=est>. Recuperado el 14 de enero de 2014.

²⁷ Recaséns Siches, Luis, *loc. cit.*

En efecto, hay elementos constantes y generales entre todas las varias culturas o, dicho en otras palabras, si bien las variantes culturales son muchas, tienen sin embargo, sus límites. Muestra de ello son las relaciones familiares, las cuales son constantes, a pesar de las muy variadas formas que toman en cada cultura en particular. Se ha descubierto igual que hay constantes universales en todos los idiomas; todos constan de vocales y consonantes, todos tienen la forma de expresión sujeto-predicado²⁸.

Todo lo anterior confirma una verdad que se ha formulado también desde el punto de vista filosófico²⁹: la realidad de que es esencial la característica del hombre el ser siempre diferente y no obstante, siempre hacer lo mismo.

Recaséns apunta que "(...) El hombre hace siempre lo mismo, pero eso mismo que se hace siempre, lo hace siempre de maneras diferentes. El hombre cumple siempre las mismas funciones, pero siempre las desenvuelve de diversa manera: hace las mismas cosas, pero cada vez en forma nueva (...)." ³⁰

3.1. Control social y cultura jurídica.

La vida en sus orígenes, seguramente no fue nada fácil. La carencia de sustento, techo y seguridad individual; el lenguaje incipiente, el instinto de autoconservación, la necesidad de vivir en grupo para perpetuar la especie, dividir el trabajo y establecer una defensa eficiente contra la flora y fauna de un agresivo ecosistema, son circunstancias que, lejos de poder darnos certeza de las condiciones de la vida primitiva, al menos podrán crear en nuestras mentes una vaga idea del principio de los inicios.

Nietzsche cita:

(...) Por más que miro a los hombres, ya con mirada benévola, ya con malos ojos, les veo siempre ocupados a todos, y a cada uno en particular, en la misma cosa: en hacer lo que conviene a la conservación de la especie humana. Y no por amor a la especie, sino sencillamente porque no hay en ellos nada tan antiguo, tan fuerte, tan irresistible, tan inexorable como aquel instinto, puesto que tal instinto es precisamente la esencia de nuestro rebaño (...).³¹

²⁸ *Ibidem*, p. 185.

²⁹ Véase: Frondizi, Risieri, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

³⁰ Recasens Siches, Luis. *loc. cit.*

³¹ Nietzsche, Friedrich, *La gaya ciencia*, Madrid, Libsa, 2000, p. 5.

En estas condiciones, podemos afirmar que la injusticia y el abuso del poder han nacido de la mano de la justicia y la equidad, mucho antes de que al ser humano se le ocurriera inventar las normas que rigieran su existencia.

Es decir, desde las primeras asociaciones humanas encontramos ya hechos extra y antisociales, que a su tiempo se convertirían en extra y antijurídicos. Son un despilfarro de energía, son deslealtad para con la asociación humana apenas naciente, como hoy lo son para la sociedad adulta; pero son tan humanos como la persona misma. Diríase que la humanidad nació con vocación innata para el mal, al igual que con vocación para su contraria, la solidaridad que lo combate y mediante la cual ha de ascender hasta las cumbres de su propio perfeccionamiento³².

Ya dijo Aristóteles que el hombre es un ser esencialmente sociable³³, y una vez asociado en razón del amparo colectivo ofrece a cambio su disponibilidad personal, disolviéndose en una extensa trama familiar, naciendo en consecuencia las primeras tribus.

Siguiendo las ideas de Malo Camacho³⁴, desde las más diversas perspectivas, histórica, sociológica, económica, política, psicológica, o de cualesquiera otra índole, es cierto que invariablemente aparece reconocida esta necesidad social del ser humano, esencia que resume la condición de imprescindible relación en que el hombre vive, en la que se identifica a sí mismo y se manifiesta, lo que da sentido a la convivencia y permite entender, igualmente, el sentido de la afirmación de que existir y coexistir no son la misma cosa, ya que sólo se existe coexistiendo.

Al respecto, basta considerar que únicamente en el seno social puede el hombre satisfacer no sólo sus carencias, sino sus instintos más primarios y atávicos, como pudieran ser, los de conservación y reproducción.

Por ende, es esencial para el Derecho, la importancia de la relación social, pues el hombre es un individuo relacional, un ente de convivencia. Así pues, en esa convivencia, concurren conductas tachadas de “antisociales”, formas de actuar u omitir reprobadas por el conglomerado, y este, en respuesta al individuo que no pudo conservar la paz social, elabora un sistema normativo que pretende, en primera instancia, reprimir los ataques

³² Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano: parte general*, 7a. ed., México, revisada, puesta al día y adicionada con índices y textos legales, Antigua Librería Robredo, 1965, p. 15.

³³ *Zoón politikón*

³⁴ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, (teoría de la ley penal, teoría general del delito, teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable, teoría de la pena), 5a. ed., Porrúa, México, 2003, pp. 19-23.

injustos de los individuos particulares a otros de sus congéneres, en protección de la cohesión social.

Al equilibrarse las fuerzas y los intereses entre los diversos grupos y reconocerse las jerarquías, se conforma y generaliza la estructura de poder del grupo social, lo que es un fenómeno político natural de todas las sociedades del mundo, independientemente de las características que identifiquen esa misma estructura. Lo cierto es que en todas las sociedades del mundo se reúnen grupos dominantes y grupos dominados, que son cambiantes, pero siempre se presentan³⁵.

Se indicó *ut supra* que la cultura es un sistema. A ello hay que agregarle que ese sistema jerarquiza normas y valores, así como un amasijo de costumbres y tradiciones. Conviene pues definir esos conceptos.

Por *norma* se entiende una expectativa ampliamente compartida en la sociedad³⁶. Es una expectativa, en la medida en que se espera que los miembros del grupo cumplan con aquella. Se refleja en una regla conductual. En caso de incumplimiento, generaría una coacción, siendo esta el origen de la norma jurídica.

Por *valor* se comprende un estándar compartido de lo que es correcto, deseable y digno de respeto en el seno social³⁷. En cada sociedad algunos valores son más estimados que otros; la puntualidad, por ejemplo es un valor altamente estimado por la cultura inglesa.

Costumbre será la forma habitual, común y usual en que un grupo hace las cosas³⁸; saludar, comer con tenedores y cuchillos, usar sombrero, portar corbata son ejemplos.

Tradicición es una idea vigorosa de lo bueno y lo malo que exige unos actos y prohíbe otros³⁹.

Todo ello configura como constante social, la necesidad de regular las conductas de los individuos, es decir, la de controlar los comportamientos del ser humano que convive con otros.

Independientemente de las características de la estructura de poder, invariablemente se revela en todo grupo social una cierta forma de control que, por lo demás, es también indispensable para mantener el orden social dentro del grupo en que se manifiesta. Dicho control puede ser institucionalizado o difuso⁴⁰. Institucionalizado, es el que aparece

³⁵ *Ibidem*, p. 21.

³⁶ Phillips, Bernard, *op. cit.*, p. 41.

³⁷ Ritzer, George, Gelles, Richard J. et al., *Sociología*. México, McGraw-Hill, 2001, p. 65.

³⁸ Horton, Paul B., y Hunt, Chester L., *Sociología*, México, McGraw-Hill, 1988, p. 61.

³⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁰ Malo Camacho, Gustavo, *loc. cit.*

incorporado dentro de la estructura del gobierno, en alguna de las diversas instituciones políticas, sociales, culturales, económica, deportiva, educativa, o de cualquier otro tipo que la conforman, integradas dentro de la estructura del poder establecido. Por otra parte, se denomina control social difuso, a las diversas formas de control que, existiendo y mostrándose en la sociedad, no aparecen integradas como parte de la estructura gubernamental⁴¹.

Las religiones —en primer lugar quizá la Iglesia católica y en un grado un poco menor las iglesias protestantes, el judaísmo y el Islam— son ejemplos de órdenes normativos institucionalizados que divergen, por lo regular, del derecho del Estado y que, tanto en el pasado como en el presente, han desencadenado, y desencadenan, múltiples conflictos con otros órdenes normativos, tanto jurídicos como sociales⁴². Las persecuciones de judíos (*pogromos*), las cruzadas, la guerra santa islámica (*jihad*), las inquisiciones, son testimonios no sólo del pasado, si no que todavía provocan atrocidades en la actualidad, en la antigua Yugoslavia, en Sudán, la India, Pakistán, Afganistán. También en Alemania hay conflictos en torno a los crucifijos en los salones escolares, la dispensa a las niñas musulmanas de la clase de deporte, la aceptación del aborto, la contratación de maestras musulmanas que utilizan el velo islámico, o el reconocimiento de las fiestas islámicas o judías. Las sectas con actividades a nivel mundial, como la cienciología, los testigos de Jehová, los adventistas, los menonitas, los mormones, están menos organizadas, pero sus divergencias respecto de valores y mandamientos de conducta son mucho mayores⁴³.

Es el Estado (nacional), quien en una sociedad organizada, detenta el control institucionalizado de la misma, pues este se encuentra en relación directa con la estructura misma de poder existente.

A la par, hay un Estado mundial que, como consecuencia del imperativo jurídico y político universal está encomendado a la humanidad en sentido jurídico-moral, ha de ser

⁴¹ Por ejemplo, el ciudadano común y corriente (con su denuncia o al emitir su querrela), es un agente del control social informal, dado que los órganos de investigación solo se enteran de la posible comisión de los ilícitos, a través de la *notitia criminis*; así, la sociedad es el ojo que vigila. Véase: Bersitáin, Antonio, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana* (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 23

⁴² (...) *Como elementos desestabilizantes de la coexistencia pacífica, encontramos a los fundamentalismos que, sean del signo que sean, hacen desaparecer la diversidad que hay dentro del Islam, del Cristianismo, del Judaísmo o de las cosmovisiones profanas. El denominador común entre los fundamentalismos es intentar imponerse sobre las demás cosmovisiones de manera exclusiva y excluyente (...)*: Sanchis Vidal, Amelia, "Pensar el modelo intercultural desde el Derecho", *Revista de estudios jurídicos*, núm. 8/2008 Segunda Época, <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/15>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

⁴³ Gessner, Volkmar, "Comparación jurídica y pluralismo jurídico global", en Caballero Juárez, José Antonio, Concha Cantú, Hugo A. y Fix-Fierro, Héctor (coords), *Sociología del derecho, Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, volumen I: Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica, pp.103-104.

instaurado sistemáticamente como una república mundial complementaria, subsidiaria y además federal. En dicha república, claramente se puede advertir la división de poderes, antes bien, amalgamadas las funciones ejecutiva, legislativa y judicial en el seno de un solo órgano: la Organización de las Naciones Unidas, la cual pretende, desde su carta constitutiva, erigirse como la institución que cumpla con el ideal comunitario del reinado de la paz entre los individuos; por ende, asimismo detenta una especie de control social, aunque a nivel supranacional⁴⁴.

Ante la imposibilidad de estudiar y analizar a todas las culturas, un buen referente de las mismas (que no el único, pero sí muy significativo), lo es el derecho, pues este es un producto eminentemente social. De ahí que podamos distinguir culturas (jurídicas) nacionales y globales. Respecto de las primeras, el concepto alude a las experiencias, creencias, patrones aprendidos de comportamiento y valores compartidos por ciudadanos del mismo país que conforman el derecho interno. Por las segundas tendríamos un concepto más abierto, pues si bien comprenden los mismos elementos que desembocan en el fenómeno jurídico, se extienden más allá de los límites nacionales, pudiendo dos culturas compartir experiencias culturales y medios de adaptación a través del préstamo o la difusión tanto directa como indirectamente.

Lo anterior, se sigue hacer un breve análisis de las culturas jurídicas nacionales, así como de las culturas jurídicas globales. Ello nos conducirá a demostrar cómo el ser humano, que existe coexistiendo, ha construido formalmente diversos sistemas jurídicos de control social, resultado de una amalgama de experiencias históricas, que bajo la premisa de la adaptación, una determinada cultura jurídica cobra influencia en la conformación de otra.

3.1.1. Culturas jurídicas nacionales.

Hay tanto derecho estatal en la sociedad mundial como estados existen, e incluso más, en vista de que en los estados federales concurren competencias legislativas y judiciales independientes. El ámbito territorial de validez de las normas estatales se encuentra claramente delimitado. La población está sometida a un solo derecho estatal y, eventualmente, a varios derechos subestatales, pero no al derecho de otros estados⁴⁵.

⁴⁴ Rivero Evia, Jorge, "Sistemas supranacionales de impartición de justicia", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2013, año 1, núm. 2, ISSN 2007-6045. P. 53

⁴⁵ Gessner, Volkmar, *Op. Cit.*, p. 97.

El conocimiento de las reglas (jurídicas y no jurídicas) no es suficiente para poder comprender el orden social de una sociedad. El derecho puede ser descrito mejor como “derecho viviente” cuando se toma en cuenta de qué modo es interpretado, violado o utilizado estratégicamente en la sociedad, o bien, modificado por los modelos de la conducta social.

El concepto de “cultura jurídica” se ha desarrollado en función de este conocimiento necesario adicional. Dicho concepto ha conducido a realizar investigaciones sobre el pluralismo jurídico, la implementación de las normas intervencionistas del Estado, las tasas de litigios, la corrupción, la influencia sobre los procesos legislativos, el corporativismo, la exportación del derecho y otros muchos conjuntos de temas que también podemos explorar de manera precisa a través de la investigación empírica.

La doctrina se ha encargado de clasificar en “sistemas” a lo que en el presente trabajo se denomina como “culturas jurídicas nacionales”; esta última nomenclatura que se propone es con el afán de hacer patente la influencia que aquellos sistemas tienen en las diversas naciones del orbe.

Al efecto, acorde con David y Jauffret-Spinosi⁴⁶ las principales culturas jurídicas nacionales, serían las siguientes:

- a. Cultura jurídica romano-germánica (*civil law*);
- b. Cultura jurídica rusa;
- c. Cultura jurídica del *common law* (inglesa y norteamericana);
- d. Cultura jurídica musulmana;
- e. Cultura jurídica hindú;
- f. Cultura jurídica del extremo oriente (China y japonesa); y
- g. Cultura jurídica africana.

Justamente, ello denota que en nuestro mundo, cada Estado posee un derecho propio y a menudo diversos derechos se aplican simultáneamente dentro de un mismo Estado y es patente también que algunas comunidades no estatales poseen igualmente su derecho: derecho canónico, derecho musulmán, derecho hindú, derecho judío. Existe también –como se ha apuntado en otro trabajo⁴⁷- un derecho internacional cuya vocación es regular, a nivel universal o regional, las relaciones entre Estados y el comercio internacional.

⁴⁶ David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

⁴⁷ Véase: Rivero Evia, Jorge, “Sistemas supranacionales de impartición de justicia”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2013, año 1, núm. 2, ISSN 2007-6045. Pp. 53 -84.

Las diversas culturas jurídicas se expresan en idiomas múltiples, conforme a técnicas diversas, elaboradas por sociedades cuyas estructuras, creencias y costumbres son igualmente muy variadas.

Ahora, si bien la multiplicidad de tales culturas es una realidad, no obstante todas ellas persiguen la misma finalidad: la seguridad y la justicia. Las diferencias existentes serían mayormente técnicas. Un ejemplo de ello lo vemos a continuación: "(...) El derecho de los Estados Unidos de América y de Inglaterra difiere porque el primero admite, mientras que el segundo rechaza un control de la constitucionalidad de las leyes. El derecho inglés difiere del francés porque el primero norma el trust en tanto que el segundo lo ignora (...)".⁴⁸

Sin embargo, tales naciones tienen un orden jurídico basado en principios y valores que van más allá de la regla técnica del derecho, pues como uno de los bienes jurídicos tutelados contemplan a la vida humana, estableciendo las sanciones correspondientes cuando aquella es mancillada.

Veamos a continuación algunos rasgos de esas culturas jurídicas y la influencia de estas en los diversos estados nacionales.

3.1.1.1. Cultura jurídica romano-germánica (*civil law*).

Dentro de las primeras familias de derecho que se pueden identificar en el mundo contemporáneo, se encuentra la familia romano-germánica. La familia romano-germánica goza de una tradición muy antigua; está íntimamente relacionada con el sistema de derecho de la antigua Roma; una evolución milenaria alejó de manera considerable no sólo las reglas de fondo y de procedimiento sino también la concepción misma del derecho y de la regla de derecho admitidas en la época de Augusto o de Justiniano⁴⁹.

Esta cultura jurídica influyó en diversos lugares del mundo; rebasó las fronteras del antiguo Imperio romano y conquistó entre otros los países de toda América Latina, de gran parte de África, los países del Cercano Oriente, Japón e Indonesia.

Esa expansión obedeció en parte a la colonización y en parte a que la recepción fue facilitada por la técnica jurídica de la codificación, técnica habitualmente adoptada por los sistemas de derecho romanistas en el siglo XIX. El movimiento legislativo que se

⁴⁸ David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁹ (...) *La familia neoromanista es la más antigua, la de mayor influencia y la más ampliamente distribuida. Se considera la tradición legal de mayor importancia no sólo por la influencia sobre sistemas legales nacionales, sino también porque ha tenido gran impacto sobre el pensamiento legal internacional (...)*. Sirvent Gutiérrez, Consuelo y Villanueva Colín, Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Oxford University Press Harla, 1996, p. 6.

expresó en algunos países, atribuible a la bonanza económica que se registra en los países occidentales, favorece la aproximación al sistema romano-germánico de países como China, Japón o algunos países de África, pero tan sólo en algunas disciplinas del derecho (el derecho mercantil y el derecho penal fundamentalmente)⁵⁰.

Sus características generales consisten en que su base o fundamento es el derecho romano, las fuentes de derecho son comunes y difieren de las previstas en el *common law*; la norma jurídica está encaminada a dirigir la conducta de los ciudadanos y es necesario que se encuentre codificada, requiriéndose de un proceso legislativo en el cual se toman en cuenta los principios generales del derecho como la justicia y la equidad. Otro punto a subrayar es la división entre el derecho público y el privado⁵¹. Al efecto, podemos destacar como rasgos generales:

- a. Existe una constitución escrita basada en códigos de ley específicos (por ejemplo, códigos que cubren el derecho civil, penal, mercantil, administrativo, etc.) consagrando derechos y responsabilidades básicas.
- b. Sólo las promulgaciones legislativas son consideradas obligatorias para todos. Hay poco margen para la creación judicial del derecho; ciertos tribunales pueden anular las leyes y reglamentos y sus decisiones en tales casos son vinculantes para todos.
- c. Existe menos libertad para contratar - Por ley, hay muchas provisiones implícitas dentro del contrato y las partes no pueden contratar fuera de ciertas provisiones.

Un sistema de derecho civil es más preceptivo que un sistema de derecho anglosajón. Sin embargo, el gobierno aún debe considerar si se necesita una legislación específica para que ya sea límite el alcance de cierta restricción o de una legislación específica para un sector.

3.1.1.2. Cultura jurídica rusa.

Un sistema singular se distinguió, durante mucho tiempo, de entre los grandes sistemas de derecho, de las otras concepciones del derecho conocidas en la época en el ámbito universal: el sistema socialista o soviético. Este sistema de derecho fue el resultado de una evolución histórica particular ocurrida a principios del siglo XX en Rusia. Este país, hasta entonces gobernado por un régimen zarista absolutista, adoptó una doctrina filosófico-económica que tuvo su origen en el pensamiento alemán a fines del siglo XIX: la tesis marxista que debía conducir al comunismo. Esta idea económica tuvo

⁵⁰ David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*, p.21.

⁵¹ Sirvent Gutiérrez, Consuelo y Villanueva Colín, Margarita, *op., cit.*, p. 36

importantes repercusiones en la noción misma del sistema jurídico. Esta concepción del derecho implicaba mucho más que un cambio en el espíritu de los intelectuales y dirigentes que aplicaban la teoría marxista; conforme a esta tesis, el derecho debía paulatinamente desvanecerse. Una sociedad sin derecho debía nacer con el advenimiento del comunismo, pero este acontecimiento nunca acaeció, y durante toda la vigencia del periodo soviético el derecho debió ser utilizado. De este modo hubo un sistema de derecho soviético hasta la desaparición de la URSS, que se convirtió en Rusia⁵².

En efecto, el desmoronamiento del derecho socialista ocurrido en la URSS posibilitó reformas jurídicas de una amplitud excepcional. La determinación de instaurar en Rusia una economía de mercado hizo que emergieran planteamientos totalmente nuevos. Los juristas se percataron rápidamente de los vacíos jurídicos o de la insuficiencia de las reglas hasta entonces aplicadas.

La Constitución vigente, así como las diferentes codificaciones habían sido elaboradas en una sociedad socialista. Los principios elaborados para una sociedad planificada y la concepción socialista del régimen de propiedad se tornaron súbitamente incompatibles con la adhesión a las nociones jurídicas de estado de derecho y de propiedad, principios fundamentales en las democracias occidentales. Se hizo menester por lo tanto legislar en casi todos los ámbitos. Durante el periodo de la *Perestroika* se promulgaron leyes numerosas, que concedían cierto lugar a la iniciativa privada.

Se afirma que el derecho ruso está impregnado de modelos extranjeros; empero, ello no se efectuó de manera coherente ni predeterminada; asimismo, la cultura jurídica nacional no siempre ha estado lista para integrar leyes demasiado novedosas. La inercia del pasado y la permanencia de cierto nacionalismo jurídico son incontestables. Así, la Federación Rusa no abandonó el principio de la unidad del derecho civil. Se omitió deliberadamente la elaboración de un Código de Comercio. La tradición socialista se impuso asimismo en la adopción de un nuevo código de la familia, distinto del Código Civil. Un análisis de los textos legislativos de adopción reciente permite apreciar con claridad el arraigo de la tradición socialista al lado de los principios clásicos de la economía de mercado⁵³.

Las características generales son:

⁵² David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, p. 115.

⁵³ *Ibidem*, p. 172-173.

- a. Se basa en un sistema de estado en transición. La influencia de las tradiciones y del sistema jurídico soviético todavía es fuerte, lo que se expresa en la costumbre de administración vertical y en la debilidad de la cultura del estado de derecho.
- b. La transformación del sistema jurídico ruso en los años 1990 permite hablar de su regreso al sistema Romano Germánico. Mientras tanto, conserva muchas especialidades tradicionales, lo que admite caracterizarla como un sistema jurídico extraeuropeo en el marco del sistema occidental. Al mismo tiempo, muchas prestaciones no se habitan en Rusia, debido a que los institutos formales no funcionan, actuando los institutos y las costumbres informales y tradicionales.
- c. La fuente básica del derecho ruso es el acto jurídico normativo escrito, una forma de fijación documentada de las normas del derecho. Está relacionado con las tradiciones del positivismo jurídico típico para el estado soviético. La influencia de la jurisprudencia y de la doctrina queda insignificante todavía, aunque hay esferas donde estas tradiciones se encuentran paso a paso superadas.
- d. A pesar de haber ratificado los tratados internacionales y reconocido las normas *jus cogens*, Rusia tarda mucho en introducirlos en su sistema jurídico. El sistema se mantiene aislado, orientado hacia sus tradiciones nacionales, lo que obstaculiza la creación de un efectivo sistema de protección de derechos humanos y el fomento de relaciones de mercado.
- e. El sistema del Poder Público se caracteriza por las posiciones muy fuertes del poder ejecutivo a perjuicio de los poderes legislativos y judiciales, lo que impide el desarrollo del estado de derecho y conlleva a la conservación de un fomentado sistema de normas y costumbres administrativas que sustituyen a las leyes. Sólo hay salida de esta situación a condición de que se constituya el poder judicial independiente.

3.1.1.3. Cultura jurídica del *common law* (inglesa y norteamericana).

Morineau⁵⁴ utiliza tres acepciones para referirse al *common law*: la primera, restringida, sirve para designar a la rama más antigua del derecho inglés. La segunda, más amplia, incluye también a la otra rama, la *equity*, y entonces nos referimos al orden jurídico de Inglaterra en su conjunto. Por último, la tercera acepción, que tiene una connotación todavía más desenvuelta, se maneja para aludir a la familia jurídica que se

⁵⁴ Morineau, Marta, *Introducción al sistema de common law*, en Kurczyn Villalobos, Patricia, ¿Hacia un nuevo derecho del trabajo? México, UNAM, Institución de Investigaciones Jurídicas, 2003, p 8.

fue formando al extenderse tanto el dominio político, como el derecho inglés a otros lugares, más allá de Inglaterra.

El derecho inglés no conoció ni la renovación por el derecho romano, ni de la renovación por la codificación, que son las características del derecho francés y de los otros derechos de la familia romano-germánica. Se desarrolló de manera totalmente autónoma, y sólo percibió de forma limitada y ocasional la influencia del continente europeo. El jurista inglés, quien subestima la continuidad de los derechos continentales al percibir que la codificación significa una ruptura con la tradición de esos derechos, se complace en resaltar la continuidad histórica de su cultura jurídica; el derecho inglés ha sido el producto de una larga evolución, que no ha sido perturbado por ninguna revolución⁵⁵.

Se pueden reconocer en la historia del derecho inglés cuatro periodos principales. El primero es el periodo anterior a la conquista normanda de 1066. El segundo, va de 1066 al advenimiento de la dinastía de los Tudores (1485), el periodo de la formación del *common law*, en la cual un sistema de derecho nuevo, común a todo el reino, se desarrolla y substituye a las costumbres locales. El tercer periodo, de 1485 a 1832, está principalmente marcado por el progreso, paralelamente al *common law*, de un sistema complementario y ocasionalmente rival, que se manifiesta en las “reglas de *equity*”. El cuarto periodo, que empieza en 1832 y que persiste en la actualidad, es el periodo moderno en el cual el *common law* debe afrontar un desarrollo sin precedente de la ley, acomodarse a una sociedad cada vez más dirigida por la administración y confrontarse constantemente con el derecho comunitario y europeo.

El derecho elaborado en Inglaterra desde la conquista normanda, por obra principal de las Cortes Reales, tuvo una expansión considerable. El *common law* devino uno de los grandes sistemas de derecho del mundo, paralelamente a los derechos romanistas.

La Corona inglesa logró establecer tres tribunales, con sede en la ciudad de Londres, en la Sala de Tribunales de Westminster, que fueron el Tribunal del Fisco (*Court of Exchequer*), con competencia en materia hacendaria; el Tribunal del Banco del Rey (*Court of King's Bench*), con jurisdicción tanto civil como penal y el Tribunal de Causas Comunes (*Court of Common Pleas*) con jurisdicción civil. Para resolver los casos de su competencia, los tribunales reales debieron buscar lo que había de “común” en las costumbres locales, para así crear un derecho unificado, reglas, que aunque en un

⁵⁵ David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*, p. 212.

principio tuvieran como base a estas costumbres, deberían ser, en adelante, las normas aplicables a todo el país, en otras palabras, constituirían un derecho común a todo el territorio, así surgió el *common law* o la *comune ley*, como la llamaron los normandos⁵⁶.

En un principio, los tribunales reales funcionaron como tribunales de excepción, frente a las cortes locales de los condados (*County Courts* o *Hundred Courts*). Era necesario, para lograr su intervención, solicitar y pagar al canciller, que era el funcionario de más alto rango de Palacio, un *writ* o autorización real. Ya que muchas de las demandas para las que los particulares requerían un *writ* eran semejantes, su texto se estandarizó, o sea, que los litigantes obtenían formatos, que sólo debían completar con los datos particulares del caso, a estos formatos se les llamó “formas de acción”⁵⁷.

Cuando las demandas de los particulares aumentaron, este sistema de emisión de los *writs* se hizo insuficiente y frente al descontento de la población, hubo que buscar algún remedio, y así apareció la segunda gran rama del derecho inglés, la *equity*. De tal manera, en el siglo XIV, los particulares, al no poder obtener justicia de los tribunales reales, empezaron a llevar sus quejas directamente al rey, quien a su vez, las turnó al canciller, como la persona adecuada para resolverlas, pues además de ser el funcionario más cercano a su persona, así como su confesor, también se le consideró como el guardián de la conciencia del monarca.

Se puede decir que la *equity* nació como rama complementaria del *common law*, para remediar situaciones que este último, debido a su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver. La jurisdicción de *equity* se extendió a situaciones nuevas, no contempladas por el *common law*, dando lugar, en el ámbito procesal, a la creación de nuevas instituciones que vinieron además a ampliar el campo del derecho sustantivo.

La expansión del derecho inglés, sin embargo, no acaeció sin que el *common law* en este devenir, tuviera ciertas alteraciones necesarias para adaptarlo a las condiciones particulares de los países en donde tuvo lugar la recepción de este sistema. Las transformaciones del *common law*, en estos países son de importancia y de naturaleza diversas, vinculadas íntimamente con las relaciones más o menos cercanas que el país de recepción conservó con Inglaterra, con la mayor o menor diversidad de fuentes geográficas, con la eventual influencia de una civilización autóctona aún presente o con diversos elementos de diferenciación.

⁵⁶ Morineau, Marta, *op. cit.*, p.11.

⁵⁷ *Ídem*.

Los primeros establecimientos ingleses en lo que es actualmente el territorio de los Estados Unidos de América, se remontan al siglo XVII: la constitución de las colonias por los Ingleses en Jamestown, en Virginia (1607), en Plymouth, en Massachussets (1620), en Maryland (1632); la colonia de Nueva York, fundada inicialmente por los holandeses, pero que se convirtió en inglesa en 1664; la colonia de Pennsylvania, cuyo origen fue sueco, se trocó en inglesa en 1681. Es en esta forma como emergen las trece colonias que fueron constituidas en 1722.

¿A qué derecho estaban sometidas estas trece colonias inglesas? Si la interrogante se formula en la plaza de Londres la respuesta a esta pregunta se referirá al célebre caso Calvin, resuelto en 1608, y consiste en la siguiente respuesta: el *common law* de Inglaterra es en principio aplicable; este derecho migra con los súbditos ingleses, quienes lo portan con ellos, en especial cuando los súbditos ingleses se establecen en territorios que no están sometidos a naciones civilizadas. Las colonias inglesas en América se encontraban en este supuesto. El *common law* en consecuencia fue el derecho que fue recibido, y con el *common law* la legislación (*statutes*) que, hubieren sido promulgadas con anterioridad a la colonización, y que pudieron haberlo completado o modificado. La fecha considerada es según Kant, para el conjunto de las trece colonias americanas, el año 1607, en el cual la primera colonia fue fundada⁵⁸.

El derecho de los Estados Unidos de América tiene por resultado, de manera general, una estructura análoga a aquella del *common law*. Esta, empero es una observación usual; en tanto más se ahonde en este temas, se puede llegar a la conclusión sobre las múltiples diferencias estructurales entre los derechos norteamericano e inglés, aunque la brevedad de estas líneas impiden profundizar al respecto, reservando el tema para posteriores investigaciones.

No obstante, una diferencia fundamental, que amerita ser destacada si acaso someramente, es la relativa a la distinción, que se hace en Estados Unidos de América, pero no en Inglaterra, entre el derecho federal y el derecho de las entidades federativas⁵⁹.

⁵⁸ David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, p. 212

⁵⁹ Puede afirmarse que en los Estados Unidos de América no hay un *common law federal*; si bien los cincuenta derechos judiciales que pueden ser identificados en las cincuenta entidades federativas, en teoría son diferentes, se pueden considerar bastante próximos los unos de otros; asimismo, la noción de la *Equity* por parte de la jurisdicción en los Estados Unidos tiene sus matices, pues ante la inexistencia de jurisdicciones especializadas en la aplicación del derecho canónico, estos tribunales se han anexado la esfera que en Inglaterra era de la competencia de las jurisdicciones eclesiásticas; a saber: la competencia de las jurisdicciones de *Equity*, consideraron los norteamericanos, debía necesariamente ser admitida en cuanto que el derecho no ofreciera ningún *remedy*. Así el derecho no le proporcionaba ningún *remedy* en las relaciones entre cónyuges, por el sólo hecho de que consideraba al varón y a la mujer como una sola persona; y por lo tanto ninguno de los cónyuges, podía actuar uno en contra del otro. Al concepto de *Equity* en los Estados

Como características generales de esta cultura jurídica se incluyen:

- a. No siempre existe una constitución escrita o leyes codificadas;
- b. Las decisiones judiciales son forzosas; las sentencias del tribunal de última instancia pueden ser anuladas por el mismo tribunal o a través de legislación;
- c. Amplia libertad de contratación; son pocas las disposiciones implícitas en un contrato (sin embargo, las disposiciones que protegen a los consumidores privados pueden ser implícitas);
- d. Habitualmente, todo está permitido si no está prohibido por la ley.

Un sistema de derecho anglosajón es menos preceptivo que un sistema de derecho civil. Por lo mismo, un gobierno bien pudiese querer tutelar a sus ciudadanos mediante legislación específica.

3.1.1.4. Cultura jurídica musulmana.

La cultura jurídica musulmana es una de las muchas facetas de la religión del Islam. Incluye por una parte un *àqîda*; el *àqîda* es una teología que determina los dogmas y precisa en lo que la comunidad musulmana debe creer y por otra parte la *charî'a* que prescribe a los creyentes lo que deben hacer o dejar de hacer. La lectura de la *charî'a*, es decir, la vía a seguir en vista de su "comprensión exacta" (*fiqh*) constituye lo que se ha denominado el "derecho musulmán"⁶⁰. Esta "ciencia" le prescribe a la comunidad islámica cómo debe según el Islam, regir su conducta sin que se pueda diferenciar con claridad en el principio, las obligaciones que el musulmán tiene hacia sus semejantes (obligaciones civiles, filantropía, entre otros) de las relaciones que debe de tener con Dios (rezo, ayuno, entre otros).

No obstante, los jurisconsultos musulmanes distinguen claramente los derechos de Dios de los derechos de los individuos. Aun cuando la noción de obligación gravita en torno a las nociones de la *charî'a* y del *fiqh* existe un espacio para la noción de derecho. Por un lado, aceptando los límites a las obligaciones ("Dios impone a cada hombre sólo aquello que puede llevar" dice el Corán) y por otro lado, precisando el contenido de los derechos reconocidos a los individuos. Su falta de observancia conlleva la aplicación de sanciones que en principio debe fijar el juez musulmán.

Unidos se le dio una extensión que sorprendió a los juristas ingleses; las controversias relativas a la anulación del matrimonio y al divorcio fueron consideradas en los Estados Unidos perteneciente a la noción de la Equity mucho antes que estas materias fueran materia de una legislación. *ibidem*, pp. 301-302.

⁶⁰ Cuestión tachada como "inapropiada" por David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*, p. 331.

El sistema musulmán no se estructuró exclusivamente sobre los fundamentos del Corán y de la *Sunna* (la tradición del Profeta Mahoma). Una inmensa doctrina ha sido elaborada en el transcurso del tiempo por los *fouqahâ* (teólogos-juristas). El derecho musulmán no se observa en principio, más que para gobernar las relaciones entre musulmanes; los feligreses de otras religiones que vivan en un país del Islam están sometidos a las reglas de la *dhimma* (protección tutelar).

Los trazos de esta cultura jurídica son⁶¹:

a. No está codificado en un cuerpo único. Esto se debe, entre otros factores al hecho de que la ley islámica admite en el seno del Islam la posibilidad de múltiples interpretaciones, no sólo en el ámbito de grandes corrientes sino incluso a partir de reflexiones de juristas islámicos individuales, siendo todo ello partes de la *charî'a*.

b. Se señala a Dios como legislador supremo, allí donde otros sistemas jurídicos se remiten a elementos humanos (Asambleas, Parlamentos, etc.). Por ello la palabra de Dios constituye el componente normativo de tipo marco que se refleja en un texto positivo, El Corán, texto que contiene principios normativos de tipo dogmático e inmutable y con alcance universal, definidos por los doctores en Ciencias islámicas de todos los tiempos.

c. Su origen divino conlleva que la *charî'a* no pueda ser derogada por ninguna otra fuente del derecho ni por ningún poder político islámico. Teóricamente el poder político de los países musulmanes está obligado a legislar conforme a las prescripciones del Derecho islámico.

d. Todos los hombres son iguales ante los ojos de Dios por tanto el Derecho islámico debe ser aplicado por igual a todos, incluyendo a las altas magistraturas del Estado (Rey, presidente, altos funcionarios, etc.)

e. A pesar de su vocación universal, el Derecho islámico sólo regula algunas materias jurídicas abordadas directa o indirectamente por sus fuentes. Por ello siempre tuvo que coexistir, a lo largo de la historia, con el Derecho emanado del poder político, encargado de regular las demás materias del ordenamiento jurídico.

f. Cuestiones específicas.

- Préstamos de dinero. Esta cultura proscribía la usura. El concepto que el préstamo de dinero forme a priori un ratio positivo está vedado en la normativa islámica. Así toda transacción que se forje en un ámbito del derecho islámico deberá tener en cuenta este factor. En virtud de esta norma se han generado diferentes tipos de instituciones de orden financiero y un sistema bancario particular, donde la entidad participa también de los

⁶¹ http://www.islam.com.ar/Islam/Archivos/06_derecho_Islamico.pdf. Recuperado el 14 de febrero de 2014.

riesgos del préstamo otorgado en el caso de ser destinado a un fin comercial privado o público. Esta veda en la aplicación de intereses también influyó en toda la legislación islámica en cuanto a la formación de sociedades comerciales.

- Herencia y Testamento. Las leyes sobre herencia otorgan al individuo el derecho de disponer de sus bienes. En el marco del Islam existen disposiciones específicas a tal fin. El beneficio de los bienes de un difunto se otorga a sus familiares directos y si bien se tiene el derecho a generar un testamento, el mismo guarda restricciones. Hay igualdad entre parientes del mismo grado, que son acreedores de la herencia luego que se descuenta de la misma los gastos inmediatos al fallecimiento así como también sus deudas. En tercer término se ejecuta el testamento que no puede exceder un tercio del total de los bienes a favor de otros, particulares o entidades, que no sean parientes. Son herederos de primera clase, aunque con distintas proporciones, la esposa o esposo, padre, madre, hijos o hijas. Luego, hermanos o hermanas del difunto u otros parientes alejados, tíos, tías, sobrinos entre otros de acuerdo a las particularidades del caso.

- Los bienes de la sociedad. El sujeto de derecho, al pertenecer a un esquema social como lo es el Estado, tiene diferentes obligaciones hacia el mismo. Una de ellas es el ámbito impositivo. El tributo primigenio de naturaleza islámica es el "*Zakat*", es uno de los pilares obligatorios que debe cumplimentar el fiel musulmán. El destino de lo recaudado a través de este impuesto, contribuye en un estado islámico a mejorar la situación económica de sectores necesitados, así como también emprendimientos puntuales que tengan como fin el bien general.

- El matrimonio, el divorcio y la poligamia. El casamiento en el derecho islámico constituye el establecimiento de un contrato de características civiles, a través de una propuesta con su debida aceptación, en la cual contratan ambas partes por acuerdo propio y en ningún caso compulsivo. Los juristas coinciden en que ninguna de las partes debe ser obligada o arreglada una unión de este tipo en contra del deseo de los contrayentes. El mismo se formaliza, en la mayoría de los casos, ante testigos capacitados. Existen algunos impedimentos para llevar a cabo algunas uniones relacionadas con grados de parentescos consanguíneos y también en casos de amamantamiento por parte de la misma persona. Entre las condiciones para un matrimonio se encuentra la dote que debe recibir la novia. Esta es acordada por las partes y pasa a formar parte del patrimonio exclusivo de la contrayente, ya que el marido no posee derecho alguno sobre el dinero de la dote. Al ser el matrimonio un contrato de naturaleza civil se pueden incluir diferentes cláusulas en el mismo. El divorcio es una norma que aparece desde los comienzos de la

legislación islámica. Aunque la disolución de una pareja es posible, se recomienda agotar las instancias a fin de no llegar a la ruptura. A tal fin, entre otras alternativas, se pueden designar mediadores de ambas familias a fin de salvaguardar la pareja. De producirse el divorcio, existe normativa que restringe los tiempos para otorgar la posibilidad de contraer matrimonio nuevamente, como en el caso de la mujer, esperar un período determinado a fin de saber si está embarazada. Existe en el derecho islámico legislación acerca de la poligamia. Como es sabido esta costumbre estaba extendida mucho antes del advenimiento del Islam, y su práctica aparece mencionada en otras escrituras sagradas. Al principio, la estipulación de la normativa, poseía un carácter restrictivo en cuanto al número de mujeres que podía tomar un hombre, con el espíritu de limitar el mismo en contra de lo que era el uso y la costumbre de ese momento. Luego en la interpretación posterior, la recomendación coránica insta al creyente a practicar la monogamia, y de hecho es la actitud que prevalece entre los musulmanes.

3.1.1.5. Cultura jurídica hindú.

La cultura jurídica hindú se integra con el derecho de la comunidad que, en la India o en otros países del Sudeste asiático o de África, se adhieren al hinduismo. El hinduismo corresponde, más que a un dogma, a una determinada concepción del mundo y a la manera en que los hombres deben comportarse. El hinduismo recomienda a sus adeptos cierto modo de vida, ligado a su condición en la sociedad, de suerte que sus preceptos asumen, en una gran medida, la función que en otras sociedades desempeña la regla de derecho. La inmensa mayoría de habitantes de la India se adhiere a esta doctrina, que desempeña, en consecuencia, un papel importante, en las relaciones que afectan particularmente el “*status personal*”.

Un sector amplio de las relaciones sociales, sin embargo, está gobernado actualmente en la India por reglas de alcance nacional, inspiradas de las concepciones inglesas (*common law*), a causa del largo período del dominio colonial británico. Muchas de las leyes indias contemporáneas muestran una gran influencia europea y estadounidense. Varios actos y ordenanzas primero introducidas por los británicos están aún vigentes.

Durante el diseño de la Constitución de la India, leyes de Irlanda, de los Estados Unidos, Reino Unido, y Francia fueron sintetizadas para conseguir un conjunto de leyes indias, las que están actualmente en vigor. Las leyes de la India se asocian también a las pautas de Naciones Unidas sobre el Derecho de los derechos humanos y Derecho

ambiental. Ciertos tratados internacionales sobre comercio, tales como los de propiedad intelectual, son aplicados también en la India.

La cultura jurídica hindú, tal cual se presenta hoy en día, es difícil de ser catalogada. Por el contrario, está en plena evolución. No obstante ello, se pueden identificar ciertas notas distintivas que lo caracterizan⁶²:

- a. La preeminencia de los textos de ley
- b. La continuación del *common law*, no tanto por su contenido, como por sus métodos de trabajo: consulta de precedentes, conducción de debates durante el proceso, redacción de resoluciones;
- c. La función que asume el juez: creación de reglas de derecho, ante la ausencia del legislador e incluso, en ocasiones en su contra. Finalmente, el juez indio tiene la tendencia de poner el derecho al servicio de la justicia, tal y como le resulta de las mismas circunstancias del caso;
- d. El derecho cambia de región a región y según las costumbres de cada lugar;
- e. Predomina el marido, por ejemplo, si el marido muere la mujer debe ser incinerada junto con él;
- f. Existe un severo sistema de castas, el cual fue introducido por la invasión indogermánica. Divide en 4 clases a las personas y relaciona a cada clase con una parte del cuerpo del dios *Brahmán*;
- g. Persiste la poligamia y el matrimonio entre niños.

3.1.1.6. Cultura jurídica del extremo oriente (China y Japón).

La concepción del orden social, que se mantiene dentro de los cánones de la tradición china, que se desarrolló al margen de toda influencia extranjera hasta el siglo XIX y difiere sustancialmente de la concepción occidental. El postulado de sus fundamentos, al margen de todo dogma religioso, sostiene que existe un orden cósmico, que consiste en una recíproca interacción entre el cielo, la tierra y los hombres. Cielo y tierra obedecen a reglas inmutables; por su parte los hombres son los arquitectos de sus propios actos; de la manera en que se conduzcan va a depender el orden o el desorden en el mundo. La armonía de la que depende el equilibrio del mundo y la felicidad de los hombres comprende un doble aspecto. Es en primer término una armonía entre los hombres y la naturaleza. El comportamiento de los hombres debe estar coordinado con el

⁶² David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, pp. 383-384.

orden de la naturaleza. Resulta de una gran oportunidad, para evitar epidemias, malas cosechas, inundaciones, terremotos, considerar el ciclo de las estaciones, la posición de los astros, los acontecimientos de la naturaleza para lograr los actos de la vida pública y privada. Los gobiernos en particular deben dar el ejemplo de una vida conforme al orden de la naturaleza, esa es su función esencial. La virtud y la moralidad son más relevantes para los servidores públicos que los conocimientos técnicos. Por ello, la labor del derecho ocupa un segundo lugar, ya que:

(...) Las leyes no constituyen el medio natural en la solución de controversias entre los hombres. La ley puede tener una función útil al proponer modelos de conducta a los hombres o que formular amenazas contra quienes tuvieran una conducta antisocial, pero no por ello debe concluirse que la ley deba obedecerse a la letra; una gran discreción debe ser ejercida en su aplicación y en su ejecución. El ideal consiste en que las leyes jamás deban ser aplicadas, y que los tribunales no tengan jamás que pronunciar resoluciones (...).⁶³

Como se observa, la fuente esencial del derecho chino anterior a la llegada del socialismo fue la costumbre; con el advenimiento de la doctrina socialista, se adoptó la ideología marxista-leninista. Sin embargo, el mercado y la potenciación de China como uno de los referentes globales, han provocado una profunda transformación de su cultura jurídica. Una muestra de ello es la Constitución de 1982 (en vigor, no obstante algunas reformas), que establece en sus artículos 6-12 el primado de la economía del estado y de la economía colectiva, en el numeral 18, la autorización de la inversión extranjera y el reconocimiento, en los artículos 55-56, de los derechos de los ciudadanos (expresión, prensa, trabajo, descanso, educación, indemnización contra el Estado).

Por su parte, la cultura jurídica de Japón ha pasado por diversas fases históricas, acorde con las eras de sus emperadores. La occidentalización del derecho japonés se inició con el advenimiento de la era *Meiji*, como una medida para poner fin a la inequidad de los tratados de comercio que algunas potencias occidentales (fundamentalmente por los Estados Unidos, Reino Unido, Rusia, Francia, los Países Bajos) habían impuesto al Japón en 1858 y que este percibía como un agravio nacional. Resultó más cómodo para el Japón adoptar, en un breve lapso de tiempo, la codificación que incorporarse paulatinamente al *common law*. No obstante, desde de 1869 se emprendió la tarea de traducir los códigos franceses⁶⁴.

⁶³ *Ibidem*, pp. 387-388.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 410.

El derecho japonés en la actualidad se encuentra situado incuestionablemente, tanto en los textos legales como en su literatura jurídica, muy próximo a los derechos occidentales. El influjo del derecho norteamericano en el derecho constitucional, la influencia alemana y francesa en el Código Civil, hacen que el derecho japonés tenga rasgos de un verdadero derecho occidental.

Ahora bien, la cultura jurídica japonesa tiende hacia la solución de conflictos a través de medios alternos. En efecto, una primera clase de mecanismos de conciliación (*jidan*) se sitúa conforme a la tradición, en una etapa prejudicial. Recurrir a los tribunales continúa siendo en la percepción japonesa, un comportamiento reprobable. Antes de la resolución judicial se intentará acudir a mediadores de cualquier índole, e intentar regular amigablemente la controversia que emerge. La gran mayoría de las controversias en la especie se agotan en la mediación⁶⁵.

3.1.1.7. Cultura jurídica africana.

Las costumbres del África, antes de la colonización eran múltiples; cada comunidad resultaba autosuficiente en sus modos y costumbres propias. Las diferencias entre costumbres de una misma región o de una misma etnia, se referían a aspectos secundarios. Sin embargo estas variaciones cobraban mayor importancia, cuando salían del marco de estas referencias. En África encontrábamos tribus con un modelo de régimen monárquico y tribus de régimen democrático; existen tribus, empero con sistemas, en donde es difícil identificar elementos que pudieran asemejarlos a una organización política específica. La organización de la familia en algunas ocasiones describe un modelo lineal patriarcal y en otras ocasiones un modelo lineal matriarcal; a pesar de estos dos modelos contienen entre sí numerosas variantes. El valor de la tierra está sujeto por doquier a reglas muy diferentes.

La costumbre está vinculada en el espíritu de los africanos, a un orden mítico del universo. La observancia de la costumbre es un testimonio de respeto a los ancestros, cuyas osamentas están mezcladas con el suelo y cuyos espíritus velan sobre los vivos. Transgredir la costumbre hace que se incurra en el enorme riesgo de activar reacciones insospechadas, pero sin duda desfavorables, de los genios de la tierra, en un universo en donde todo está vinculado, lo natural y lo sobrenatural, la conducta de los hombres y los fenómenos de la naturaleza.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 415.

El Cristianismo y el Islam, llegaron con la colonización de aquellos territorios, y fue muy variable su efecto en las múltiples costumbres ya apuntadas, la cuales continuaron practicándose, incluso cuando pudieran haber sido contrarias a la nueva fe adoptada; esta aseveración rige por igual a un país cristianizado que a uno islamizado: el hombre es un pecador, y en la Ciudad de Dios, las sociedades humanas son iguales tanto en África, como en cualquier otra parte del mundo⁶⁶.

Si bien el derecho consuetudinario respondía a necesidades propias de sociedades agrícolas estáticas, los dirigentes de los Estados africanos actuales quieren realizar en la estructura misma de sus sociedades, a través de reformas profundas y colmar el “abismo cultural” que separa actualmente a las poblaciones urbanas con las del campo, a los intelectuales y otros reformadores y a la masa de ciudadanos; desean desarrollar sectores nuevos en la economía y para ello operar reformas legales en torno a la propiedad.

Así, tras la independencia de los pueblos africanos, se ha emprendido una importante obra que se ha propuesto revisar todas las leyes existentes, tanto en los Estados de tradición británica, como en aquellos de tradición francesa o belga, así como en Etiopía. A partir de ese momento, más de cien códigos han sido promulgados en los países africanos francófonos. En Etiopía se publicaron cinco códigos, a partir de los años de 1957 a 1965 y de 1957 a 1965 cuyo contenido corresponde en gran medida al de los Códigos napoleónicos. Leyes de similar importancia fueron promulgadas igualmente en los países anglófonos de África, particularmente en Ghana, en Nigeria, y en el África oriental⁶⁷.

3.1.2. Culturas jurídicas globales.

Los derechos humanos se erigen como *el producto del desarrollo de las vivencias de Justicia*⁶⁸ del conglomerado y así, es lógico comprender que las culturas jurídicas partan de esa experiencia humana⁶⁹.

Hoy podemos afirmar la existencia de una *jurisdicción internacional de las libertades*⁷⁰, que implica la presencia de expresiones que tienden hacia la construcción de

⁶⁶ *Ibidem*, p. 425.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 440.

⁶⁸ Villoro Toranzo, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004.

⁶⁹ A ese atributo se le denomina “historicidad”. Al respecto, Carbonell expone: “... *La historicidad de los derechos significa (...) que los derechos tienen una edad, para decirlo con Bobbio. Es decir, que van surgiendo tal como lo van permitiendo las condiciones sociales e ideológicas (...)*”. Carbonell, Miguel, *Los derechos en la era de la globalización... op. cit.*, p. 330.

culturas jurídicas globales. En efecto, la proliferación de los sistemas supranacionales de impartición de justicia marca esa tendencia, la cual se percibe a través de los siguientes rasgos:

a) A partir de la Declaración de 1948, los derechos dejan de ser una cuestión interna de la incumbencia exclusiva de los Estados, y saltan por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales, convirtiendo a las personas también en sujetos de ese nuevo derecho, en la medida en que tienen asegurado un *status supranacional* e, incluso, bajo ciertas circunstancias, el acceso a una jurisdicción más allá de las fronteras nacionales, a la que podrán acudir en caso de que les sean violadas tales prerrogativas.

b) Así, surge un derecho de acción; por este, se entiende una potestad autónoma de carácter constitucional (Carnelutti, Alcalá Zamora, Couture), pero ahora, derivado del fenómeno que se intenta explicar y medir, cambia su base de sustentación individualista, en una típicamente social, emergiendo pues, la acción procesal como derecho humano a la justicia (Cappeletti, Fix-Zamudio). Entonces, se refleja que el derecho de acción (independiente del de petición), garantiza muchas libertades de la humanidad, que de ese modo gozan de una coraza *supralegal*, generando en su derredor, una nueva protección sustancial.

c) Esto se observa claramente en los tratados internacionales, que avalan el acceso a la jurisdicción a nivel supranacional, pues los principios y garantías del debido proceso están reconocidos tanto en pactos o convenios internacionales, como en importantes declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos, adoptados por la Asamblea General de la ONU y de la OEA, tratados entre los que cabe destacar fundamentalmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) El derecho internacional ha reconocido principios y garantías del debido proceso que son comunes a ambas partes en el proceso judicial —víctimas e imputados, o demandantes y demandados—, algunas de las cuales tienen carácter de garantías inderogables, es decir, que no son susceptibles de suspensión, afectación o limitación bajo ninguna circunstancia. Entre los principios, derechos y garantías comunes se pueden mencionar los siguientes: principio de legalidad; principio de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia; principio de publicidad procesal; derecho de acceso a la jurisdicción; derecho a un juez competente, independiente e imparcial, derecho a un juez natural predeterminado por la ley; derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a un juicio justo;

⁷⁰ Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 174.

derecho a un trato humano; derecho a la celeridad judicial, y derecho a un recurso efectivo.

e) Respecto a estos principios y garantías comunes, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8) establece que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”; y en su artículo 10 manda que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

f) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVIII, reconoce el derecho a la justicia, al declarar que “toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

g) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 2.3 que cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: + toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; + la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; + las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. El Pacto también dispone en su artículo 14.1 que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

h) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, reconoce en su artículo 8.1 que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier

acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. También apunta en su artículo 25, que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

i) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales marca, asimismo, en su artículo 6, que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. En su artículo 13, el Convenio Europeo ordena que “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio oficial de sus funciones”.

j) Por otra parte, en el derecho internacional de los derechos humanos se reconoce un amplio catálogo de principios, derechos y garantías propios del imputado, entre los que se mencionan los siguientes: el principio de presunción de inocencia; el principio de irretroactividad de la ley penal; el principio de la responsabilidad penal individual; el derecho a la defensa y a la asistencia letrada; el derecho a comunicarse con su defensor en forma confidencial y sin demora ni censura; el derecho a disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa; el derecho a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos, de los motivos de la detención y de la autoridad que la ordena; el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa —*non bis in ídem*—; el derecho a no ser encarcelado por el incumplimiento de deudas o de obligaciones contractuales; el derecho a no ser obligado a declarar ni a confesarse culpable; el derecho a un intérprete o traductor; el derecho de protección contra todo tipo de detención ilegal o arbitraria; el derecho al *hábeas corpus*; el derecho a que en el proceso penal se asegure que la libertad personal será reconocida y respetada como regla general y la prisión preventiva como la excepción, y el derecho a indemnización por error judicial.

k) De igual forma, se consignan ciertos derechos de protección especial de los imputados, entre ellos: el derecho de protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; el derecho de protección contra la incomunicación; el derecho de protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias, y el derecho de protección contra las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias.

l) El derecho internacional de los derechos humanos también ha reconocido importantes principios, derechos y garantías en favor de las víctimas de delitos, de abuso del poder y de violaciones de derechos humanos, Asimismo, cobra capital importancia los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, pronunciados también en el seno de la ONU, en donde se pondera la relevancia de que a las víctimas se les conceda el acceso a la justicia.

De la enunciación de dichas normas, puede advertirse claramente, que el derecho internacional (de los derechos humanos), contiene un extenso catálogo de garantías inderogables del debido proceso, y desarrolla significativas disposiciones y prohibiciones para los Estados con el fin de garantizar la protección de derechos fundamentales de las personas, especialmente encaminadas a proteger el derecho a la vida, la integridad, seguridad y libertad personales.

En tal sentido, se reconoce el carácter inderogable de esas garantías, concibiéndose el derecho al debido proceso como parte indivisible del acceso a la justicia⁷¹.

Ahora bien, dicha oleada normativa no ha resultado suficiente, pues las garantías que el ser humano ha conquistado, podrían quedar truncas, al trasponer determinadas fronteras; de ahí que se ha pensado la conformación de una *lex universalis* válida en todo momento y en todo lugar, a lo cual responde el movimiento de la *justicia supranacional*, cuya base es el derecho intercultural.

4. Diagnóstico latinoamericano.

Quizás sea nuestra mayor desgracia el que no podamos ver sino nuestro reflejo en todo aquello que nos rodea. Entender suele ser adaptar algo a nosotros mismos, a nuestras categorías lógicas, a nuestras necesidades y deseos. Por lo tanto, comprender,

⁷¹ Quispe Remón, Florabel, *op. cit.*, p. 528.

de alguna manera, significa “matar” aquello que se comprende. Por ello, los encuentros entre culturas que han tenido lugar en nuestra historia no han sido otra cosa que un combate entre dos miradas que sólo se veían a sí mismas⁷².

Este es el proceso que se empieza a producir en el momento en que tiene lugar el encuentro entre las culturas americanas y las europeas, principalmente la castellana, desde finales del siglo XV. La mirada de España, el proyecto castellano en América queda retratado en las siguientes palabras de Bibar a Pedro de Valdivia: “(...) Trabajaba de todo corazón con servir a Dios y su rey en traer los indómitos, bárbaros indios en el conocimiento de nuestra Santa Fe Católica y a la obediencia y vasallaje de la corona real de nuestra madre España y en acrecentar nuestra santa religión cristiana y los patrimonios y rentas reales (...).”⁷³

Claramente se observa que la expansión de la fe, el aumento de los dominios del rey y la obtención de riquezas eran los tres fines inseparables buscados por los españoles.

En efecto, hace cinco siglos que nuestro territorio fue sometido a un proceso de actualización histórica incorporativa, como resultado de las dos sucesivas revoluciones tecnológicas: la mercantil (siglo XVI) y la industrial (siglo XVIII). Las potencias ibéricas, como “imperios mercantiles salvacionistas”, llevaron a cabo nuestra integración a la civilización mercantil en la forma de colonialismo, y las potencias norteamericanas, como imperios industriales, practicaron el neo-colonialismo que aún perdura, aunque el centro se haya desplazado a América del Norte y sea ya factible reconocer que nos hallamos en otra revolución, que es la tecno-científica⁷⁴.

La destrucción de las culturas originarias, la muerte de sus habitantes en magnitud tal que alarmó a los propios colonizadores y la esclavitud mediante el transporte de africanos, señalan las características más salientes del colonialismo, en tanto que el neo-colonialismo, practicado una vez consumada la independencia política, se destacó por cruentas luchas que terminaron por imponer el poder de minorías locales pro-consulares de los intereses de las potencias industriales y que continuaron o consumaron la empresa del colonialismo, desencadenaron guerras de destrucción interminables, transportaron población marginada europea para reemplazar a la local despreciada como inferior e

⁷² Pérez Collados, José María. *El proceso intercultural de formación de los derechos del hombre. El caso hispanoamericano*. Anuario Mexicano de Historia del Derecho. Volumen VI, México, UNAM, 1994. p. 188.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 121-122.

impulsaron una limitada secundarización de la economía, en la medida en que lo requería una mayor complementariedad con el centro.

Como consecuencia de una incorporación forzada que implantó un control social transculturado, funcional para sus objetivos colonialistas y neo-colonialistas. En ambos momentos, la ideología se justificó con nuestra “incuestionable inferioridad”, dentro de un “marco teórico” teocrático en el colonialismo (inferioridad por no haber recibido el mensaje cristiano) y de un “marco científico” en el neo-colonialismo (inferioridad por no tener el mismo grado de “civilización” o por ser biológicamente inferiores)⁷⁵.

Hoy nos encontramos en la tercera revolución tecnológica con consecuencias planetarias: la revolución tecno-científica.

Los países centrales pugnan por el dominio tecnológico en áreas tales como la teleinformática, la tecno-biología, la energía nuclear y la robótica. Las consecuencias de esta revolución son aún imprevisibles.

Lo cierto es que Estados Unidos, Europa, Rusia y Japón se disputan esas tecnologías en miras a la obtención de resultados productivos inmediatos y, al no escatimar esfuerzos en ese sentido, la velocidad de renovación en esos campos es vertiginosa. Esta aceleración histórico-tecnológica produce ya efectos hasta ahora no conocidos en las relaciones de los países centrales. En tanto que algunos logran paliarlos —como Japón o Europa— los Estados Unidos, en la década de los años ochenta del siglo XX, llevaron a cabo una “tercerización” de su economía, que desplazó enormes masas humanas del sector secundario al de servicios, evitando la desocupación, pero provocando un grave descenso de ingresos medios y un aumento de la polarización de la riqueza.

El impacto tecnológico produce o tiende a producir la reducción de las clases obreras centrales, en tanto que va sumergiendo a nuestro margen en una situación desesperada. Los elementos que nos permitían reclamar cierto respeto en el intercambio eran, básicamente, la mano de obra barata y la disposición de materias primas y alimentos. La primera ya no interesa al poder central, en tanto que la segunda tiende a perder interés rápidamente como consecuencia de su reemplazo con nuevas tecnologías.

El deterioro de la posición latinoamericana en cuanto a términos de intercambio es notorio. A esto debe agregarse que el endeudamiento de los países del área lleva a límites en que cualquier beneficio de la balanza comercial es absorbido por el centro, sin que reste la menor posibilidad de acumulación de capital productivo y, pese a ello, no

⁷⁵ *Ibidem*, p. 123.

alcanza más que para pagar una parte de los intereses, en tanto que los restantes siguen acumulándose y la deuda aumentando, habiendo pasado de treinta mil millones de dólares en 1972 a cuatrocientos mil millones en 1988, lo que se produjo en la década anterior como consecuencia de la abundancia de medios de pago en los países centrales y a la concesión irresponsable de créditos cuyo pago se sabía imposible, destinados a armamentos, obras faraónicas o especulación financiera pura y simple, frecuentemente a dictaduras militares introducidas con beneplácito o apoyo directo de los mismos prestamistas. El servicio de esta deuda se va acercando a lo que en 1972 era el total de la deuda.

La brusca restricción de las importaciones a casi un cincuenta por ciento entre 1981 y 1983 solamente, provocó una recesión sólo comparable con la de 1930: aumento de la desocupación y del subempleo, deterioro de la renta *per cápita* de cerca del diez por ciento a partir de 1980 y del salario próximo al 20%, con clara disminución del porcentaje presupuestario destinado a salud y educación.

Esta situación crítica no surte los mismos efectos sobre la totalidad de la población de nuestro continente, sino que uno de los sectores más afectados es el de las clases marginales urbanas, causando allí un considerable aumento de pobreza absoluta.

De no modificarse y revertirse la actual tendencia, estaremos fuera de toda competencia internacional, con una población joven considerablemente deteriorada por efecto de carencias alimenticias y sanitarias elementales y con deficiente educación, con notoria marginación urbana en términos de pobreza absoluta, con una alta reducción de la clase obrera.

Sin lugar a dudas, la situación es sumamente peligrosa, pero también creemos que el margen sorteará el peligro, que nuestros pueblos sabrán unirse a tiempo, que podremos lograr una transferencia tecnológica conveniente y adoptar las medidas económicas de integración regional, desarrollar nuestra capacidad de consumo y en lugar de sufrir otra etapa de actualización colonial, protagonizar una de aceleración histórica, pese a no ignorar todos los sacrificios que esto nos demandará.

Una pieza clave para sortear el peligro de un tecnocolonialismo es el manejo de un derecho intercultural, pues precisamente la adaptación a las nuevas exigencias globales, a través del diálogo entre culturas permitirá una mayor comprensión entre los individuos de distintos orígenes.

Pérez Collados⁷⁶ presenta varios ejemplos que permiten –contrario a lo que algunos críticos piensan- extraer del pasado ciertos hechos con significado válido en la actualidad, pues refieren a tradiciones culturales. Uno de ellos afirma que la estructura moral de las culturas nahuas era más flexible que la europea y que su consideración de los valores religiosos era menos dogmática. El encuentro con un nuevo sistema ético generó una tendencia a la adaptación, actitud que contrasta con la posición exclusivista de los cristianos: Moctezuma II se convenció al ver a Hernán Cortés, de que se trataba del regreso de Quetzalcóatl.

Y dando un paso más hacia atrás, puede sostenerse que el germen de los derechos humanos presenta sus antecedentes desde la organización jurídica romana y el pensamiento cristiano⁷⁷. Efectivamente, el concepto “ciudadano romano” hace referencia al hecho de que una categoría de hombres –desde luego, no todos los hombres-, tenían un conjunto de derechos inalienables y, sobre esa base, el pensamiento cristiano comentaría la idea de “hombre”. San Pablo diría que “no hay ya judío, o griego, no hay siervo o libre, no hay varón o hembra, porque todos sois uno en Cristo Jesús”.

De tal forma que, a través de la historia, si bien se han dado varios choques entre culturas (más o menos violentos), hay algo tan común entre todas: la humanidad, que descubre poco a poco que los estándares de vida deben conducir hacia la concreción de un “ciudadano del mundo”, cuya base sea un derecho intercultural.

4. Conclusión: El derecho intercultural como producto del florecimiento de la humanidad (las capacidades humanas básicas).

¿Podemos aseverar que existen condiciones básicas asimilables a todos los seres humanos, con independencia de su origen, etnia, nación, condición o cultura?

Se ha sostenido que no hay un solo bien colectivo que pudiera maximizarse sin demérito de otros⁷⁸, que no es competencia del Estado la promoción de una sola idea de lo bueno, sino fundamentalmente establecer las reglas del juego justo, para que sean los propios sujetos los que decidan qué bienes han de perseguir.

Es evidente que cuando distintas culturas conviven juntas, en países vecinos o en el mismo país, pueden tener diferentes visiones de los derechos humanos. Las

⁷⁶ *Ibidem.* pp. 189-190.

⁷⁷ Pérez Collados, José María. *Op, cit.*, p. 211.

⁷⁸ En efecto, los derechos humanos, en cuanto tales, son indivisibles e interdependientes, por lo que el disfrute de los derechos económicos y sociales está íntimamente relacionado con el goce de los derechos civiles y políticos. Los unos dependen de los otros y deben ser respetados en la misma medida.

situaciones más extremas se puedan dar cuando alguna cultura no los conozca o no los entienda, o habiéndolos conocido y entendido, los rechaza o no los cumpla. ¿Qué hacer con una cultura que se comporta así? Algunos dirán que hay que someterla a toda costa; otros, que hay que respetar su idiosincrasia y dejarla actuar como quiera.

Siguiendo las ideas de Beuchot⁷⁹, estimamos que ninguna de esas respuestas es satisfactoria. Ello implicaría una retórica de la prevaricación, pues se trata de evitar el recurso de la violencia y la imposición, usado en ocasiones para defender los derechos humanos. De lo que se trata es de comprensión, adaptación y docencia: "(...) la labor del filósofo tiene un valor importante de educador cultural. Desde la antropología filosófica y la ética tiene que saber enseñar a las culturas a tratar de comprenderse y de valorarse (...)"⁸⁰.

Por ejemplo, si dentro de un mismo país, como México o en algunas regiones de África, hay pueblos, etnias o culturas que no aceptan los derechos humanos, o no todos (como los de las mujeres o de los niños) o los entienden de manera muy distinta, tiene que buscarse un acuerdo respecto de la correcta comprensión y valoración de tales derechos. Hacia esto apunta el derecho intercultural, como una disciplina jurídica comprensiva de todas las culturas, pues los derechos humanos tienen una aspiración universal y se presentan como un límite al relativismo, un valladar basado en la dignidad del ser.

Entonces, es posible aglomerar, en un proyecto de sociedad civilizada una pluralidad de capacidades y ámbitos evaluativos que implican respetar la dignidad singular de cada persona.

A ello se le denomina *el enfoque de las capacidades*⁸¹, propuesto por Martha Nussbaum, fincado sobre un esquema de justificación de los principios constitucionales básicos que deben ser asumidos y respetados por la autoridad política, y como baremo de lo que la dignidad humana requiere. Asimismo, dicho enfoque funciona -en un sentido más débil- como el espacio de comparación de la calidad de vida de la gente.

Las capacidades humanas básicas para Nussbaum son las siguientes:

* *Vida*. Poder vivir hasta el término de una vida humana de una duración normal; no morir de forma prematura o antes que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla.

⁷⁹ Beuchot, Mauricio. *Op. cit.* p. 17.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁸¹ Sahúí Maldonado, Alejandro, *Igualmente libres., Pobreza, justicia y capacidades*, México, ediciones Coyoacán, 2009, p. 169.

* *Salud física*. Poder mantener una buena salud, incluida la salud reproductiva; recibir una alimentación adecuada; disponer de un lugar adecuado para vivir.

* *Integridad física*. Poder moverse libremente de un lugar a otro; estar protegido de los asaltos violentos, incluidos los asaltos sexuales y la violencia doméstica; disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección en cuestiones reproductivas.

* *Sentidos, imaginación y pensamiento*. Poder usar los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento, y hacerlo de manera “auténticamente humana”, un modo que se cultiva y se configura a través de una educación adecuada, lo cual incluye la alfabetización y la formación matemática y científica básica, aunque en modo alguno se agota en ello. Poder usar la imaginación y el pensamiento para la experimentación y la producción de obras y eventos religiosos, literarios, musicales, etc., según la propia elección. Poder usar la propia mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión tanto en el terreno político como en el artístico, así como de la libertad de prácticas religiosas. Poder disfrutar de experiencias placenteras y evitar los dolores no beneficiosos.

* *Emociones*. Poder mantener relaciones afectivas con personas y objetos distintos de nosotros mismos; poder amar a aquellos que nos aman y se preocupan por nosotros, y dolemos por su ausencia; en general, poder amar, penar, experimentar ansia, gratitud y enfado justificado. Que nuestro desarrollo emocional no quede bloqueado por el miedo y la ansiedad. (Defender esta capacidad supone defender formas de asociación humana de importancia crucial y demostrable para este desarrollo.)

* *Razón práctica*. Poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente sobre los propios planes de la vida. (Esto implica una protección de la libertad de conciencia y de la observancia religiosa.)

* *Afiliación*. En dos vertientes:

A) Poder vivir con y para los otros, reconocer y mostrar preocupación por otros seres humanos (empatía), participar en diversas formas de interacción social; ser capaz de imaginar la situación de otro. (Proteger esta capacidad implica proteger las instituciones que constituyen y promueven estas formas de afiliación, así como proteger la libertad de expresión y de asociación política.)

B) Que se den las bases sociales del autorrespeto y la no humillación; ser tratado como un ser dotado de dignidad e igual valor que los demás. Eso implica introducir disposiciones contrarias a la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión y origen nacional.

* *Relación con otras especies.* Poder vivir una relación próxima y respetuosa con los animales, las plantas y el mundo natural.

* *Juego.* Poder reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas.

* *Control sobre el propio entorno.* En los siguientes ámbitos:

A) *Político.* Poder participar de forma efectiva en las elecciones políticas que gobiernan la propia vida; tener derecho a la participación política y a la protección de la libertad de expresión y de asociación.

B) *Material.* Poder disponer de propiedades (ya sean bienes muebles o inmuebles), y ostentar los derechos de propiedad en un plano de igualdad con los demás; tener derecho a buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás; no sufrir persecuciones y detenciones sin garantías. En el trabajo, poder laborar como un ser humano, ejercer la razón práctica y entrar en relaciones valiosas de reconocimiento mutuo con los demás trabajadores.

A partir de esta lista se observa la pluralidad de aspectos que Nussbaum ha estimado condiciones básicas, mínimas, para una vida humana floreciente, digna y valiosa y que permiten establecer el fundamento de un derecho intercultural, es decir, un derecho común a todas las culturas.

De lo que se trata es de huir del peligro de la injusticia y de la violación de los derechos humanos, bajo la perspectiva docente y académica, propia de la ciencia del derecho, evitando el univocismo y el equivocismo; a saber, aplicar idénticamente a todos los pueblos las leyes y aun los derechos humanos, sin ningún matiz (sin excepción) y, por otro lado, de dejar que cada cultura entienda, valore o utilice a su modo tales derechos, sin considerar ningún criterio objetivo, en referencia al relativismo, que los priva de su sentido universal. Como se ve, la propuesta es hacia la defensa de la universalidad de los derechos humanos, pero una universalidad diferenciada⁸².

De tal manera que es menester con base en lo anteriormente referido, sentar las bases de una nueva disciplina jurídica, denominada *Derecho intercultural*, cuyo programa mínimo abarque temas atinentes a la Ética de los derechos humanos, Filosofía jurídica, Sociología jurídica, todo ello en el contexto de la globalización, a fin de hallar y ponderar esos valores atribuibles a todos los seres humanos, con independencia de su origen, nacionalidad, credo o preferencia. Y a la par, plantear derechos de las culturas (a la propia conservación o preservación, a la preservación de su lengua, de su religión, de sus creencias y costumbres).

⁸² Beuchot, Mauricio, *Op. cit.*, p. 113.

REFERENCIAS.

- AGUILAR CAMACHO, Mario Jesús, *Acto de gobierno: Valoración jurídico-política*, Porrúa Hermanos, México, 2005.
- ARAGÓN ANDRADE, Orlando, “Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 118, enero-abril de 2007, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BERISTÁIN, Antonio, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana* (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI editores, 2005.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en Cienfuegos Salgado, David, Esquivel Leyva, Manuel de Jesús, Morales Sánchez, Julieta (coords), *Temas de migración y derecho*, México, Fundación Académica Guerrerense, 2008.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano: parte general*, 7a. ed., México, revisada, puesta al día y adicionada con índices y textos legales, Antigua Librería Robredo, 1965.
- CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro y SÁNCHEZ TRUJILLO, María Guadalupe, “El artículo 2º Constitucional ¿Pluralismo jurídico en México?”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (Coords.) *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- DE COULANGES, Fustel, *La ciudad antigua: Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, 15a. ed., Porrúa, México, 1996.
- DE KONINCK, Thomas, *De la dignidad humana*, Madrid, Dykinson, 2006.
- ENRÍQUEZ, David. “Interculturalismo y transdisciplinariedad”: coordenadas en el mapa del Derecho comparado sustentable, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 132 septiembre - diciembre de 2011, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

RIVERO EVIA, Jorge. Fundamentos de Derecho Intercultural. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2014, año 2, núm. 4, ISSN 2007-6045. Pp. 15-58.

FRONDIZI, Risieri, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

GESSNER, Volkmar, "Comparación jurídica y pluralismo jurídico global", en Caballero Juárez, José Antonio, Concha Cantú, Hugo A. y Fix-Fierro, Héctor (coords), *Sociología del derecho, Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, volumen I: Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica.

GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, "Hacia una formación jurídica intercultural", *Hechos y Derechos, Revista electrónica de opinión académica*, número 16 julio-agosto de 2013, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/HechosyDerechos/cont/16/art3.htm>.

Recuperado el 15 de enero de 2014.

GUTIÉRREZ, Consuelo y VILLANUEVA COLÍN, Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Oxford University Press Harla, 1996.

HÖFFE, Otfried, en sus versiones en español son: *Ciudadano económico, ciudadano del estado, ciudadano del mundo: ética política en la era de la globalización*, trad. de Carlos Díaz Rocca, Buenos Aires, Katz editores, 2007, vol. 3024 de Conocimiento (katz) y *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000.

HORTON, Paul B., y HUNT, Chester L., *Sociología*, México, McGraw-Hill, 1988.

MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, (teoría de la ley penal, teoría general del delito, teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable, teoría de la pena), 5a. ed., Porrúa, México, 2003.

MOHR, Richard, "La conversación de la humanidad": La crítica universalista del pluralismo jurídico. *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, número 26, enero-agosto de 2007, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México.

MORINEAU, Marta, *Introducción al sistema de common law*, en Kurczyn Villalobos, Patricia, ¿Hacia un nuevo derecho del trabajo? México, UNAM, Institución de Investigaciones Jurídicas, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich, *La gaya ciencia*, Madrid, Libsa, 2000.

OLIVA MARTÍNEZ, Daniel y BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

PHILLIPS, Bernard, *Sociología del concepto a la práctica*, México, McGraw Hill, 1982.

RECASÉNS SICHES, *Tratado general de sociología*, Porrúa, México, 1968.

RIVERO EVIA, Jorge. Fundamentos de Derecho Intercultural. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2014, año 2, núm. 4, ISSN 2007-6045. Pp. 15-58.

RITZER GEORGE, Gelles, RICHARD J. *et al.*, *Sociología*. México, McGraw-Hill, 2001.

RIVERO EVIA, Jorge, "Sistemas supranacionales de impartición de justicia", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2013, año 1, núm. 2, ISSN 2007-6045.

SAHUÍ MALDONADO, Alejandro, *Igualmente libres., Pobreza, justicia y capacidades*, México, ediciones Coyoacán, 2009.

SÁNCHEZ AZCONA, Jorge, *Normatividad social*, ensayo en Sociología jurídica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SANCHIS VIDAL, Amelia, "Pensar el modelo intercultural desde el Derecho", *Revista de estudios jurídicos*, núm. 8/2008 Segunda Época, <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/15>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y VILLANUEVA COLÍN, Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Oxford University Press Harla, 1996.

VILLORO TORANZO, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

http://www.islam.com.ar/Islam/Archivos/06_derecho_Islamico.pdf. Recuperado el 14 de febrero de 2014.

<http://www.marshallmcluhan.com/bibliography/>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/tabuladosbasicos/tabgeneral.aspx?c=33623&s=est>.

Recuperado el 14 de enero de 2014.

<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/15>. Recuperado el 16 de enero de 2014.

Recepción: 26 de abril de 2014.

Aceptación: 30 de mayo de 2014.