



## La idea poliédrica de Derecho

### The polyhedral idea of Law

*Jesús Eduardo Funes Sesman\**

Recepción: 20/06/2024

Aceptación: 03/06/2026

#### RESUMEN

El presente artículo aborda la discusión generada en torno a la idea que se tiene de Derecho y su impacto en la realidad social. Mediante una metodología comparativa, se pone en discusión la visión de diferentes autores, cuyas percepciones en ocasiones se encuentran y en otras resultan ser diametralmente opuestas lo que provoca una discusión en torno a la idea de Derecho. Dicho análisis toma como base la evolución social y la función del derecho a través de la historia, evidenciando la necesidad de un derecho con mayor sentido de adaptabilidad y flexibilidad para lograr una mayor permeabilidad en todos los estratos sociales y por ende, una mayor justicia social.

*Palabras Clave:* Derecho; evolución; idea; interpretación; flexible.

#### ABSTRACT

This article addresses the discussion generated around the idea of Law and its impact on social reality. Through a comparative methodology, the vision of different authors is put into discussion, whose perceptions sometimes meet and others turn out to be diametrically opposed, which provokes a discussion around the idea of Law. This analysis is based on social evolution and the function of law throughout history, evidencing the need for a law with a greater sense of adaptability and flexibility to achieve greater permeability in all social strata and, therefore, greater social justice.

*Keywords:* Law; evolution; idea; interpretation; flexible.

---

\* Licenciado en Sociología y maestro en Estudios para la Paz y el Desarrollo, ambas por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de México; doctor en Estudios Jurídicos por la Facultad de Derecho de la misma universidad, cuenta con Certificación como Mediador-Conciliador por el Poder Judicial del Estado de México. Docente de la Licenciatura en Medios Alternos y Solución de Conflictos y de la licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho, UAEMéx. Correo electrónico: jefuness@hotmail.com



## INTRODUCCIÓN

Es innegable la importancia, complejidad y multiplicidad del Derecho; por ello, se han generado numerosos debates en torno a su impacto dentro de la sociedad. A lo largo de la historia de la humanidad, y en particular durante la denominada era moderna, el Derecho se convirtió en un elemento regulador de la conducta humana. En consecuencia, las formas de interacción de los individuos se moldearon en relación directa a lo dispuesto en las leyes. La característica fundamental de esta concepción radica en que tuvo como eje central la idea positivista, lo que contribuyó al mantenimiento del *estatus quo*.

El ideario moderno propugnaba por un orden y una disciplina que permitieran a la sociedad alcanzar los ideales de la ilustración. En esa misma línea, el Derecho se modernizó desligándose progresivamente de la idea de justicia divina para impulsar una concepción basada en la ciencia cuyo fin sería alcanzar la justicia social.

En la actualidad, la justicia se encuentra en una crisis caracterizada por la ralentización en cuanto al tratamiento y solución de casos y la poca legitimidad por parte de la sociedad. Esta situación obliga a replantear el papel del Derecho para que sea capaz de responder las nuevas exigencias y demandas sociales. La rigidez e inmovilidad del aparato judicial ya no resultan compatibles con la dinámica contemporánea, pues, de mantenerse estas condiciones podrían provocar un desgaste y un colapso donde las estructuras jurídicas quedarían paralizadas y disfuncionales.

Esta crisis del Derecho es proclive a que se agudice, debido al cambio de paradigma que las sociedades del mundo están sufriendo, esto es, se encuentran transitando de la era moderna a la llamada era posmoderna, cuyas características versan sobre: un protagonismo de los antivalores, las formas de convivencia tan poco personales, la celeridad en la forma de vida, la poca asimilación de los fenómenos que ocurren día con día y la escasa reflexibilidad individual. Lo anterior ha promovido una sociedad ambigua donde no se tiene claro el camino o la forma en la que va a actuar en ciertas situaciones.

La pregunta que debe fungir como eje para construir una nueva idea de derecho es: ¿Cómo regular una sociedad con características líquidas donde la condición de vaciamiento en cuanto a la identidad, el miedo a la obsolescencia y el constante sentimiento de riesgo surgen continuamente con una variabilidad poco o nada previsible?

Por ello, son urgentes estudios multidisciplinarios para abonar al debate de una nueva idea de Derecho con características posmodernas y se pueda construir una sociedad regulada bajo los términos de la llamada posmodernidad. No se puede ordenar a una sociedad con un sistema jurídico que no logre paliar los efectos negativos y fenómenos violentos que se originan en la realidad.

El paradigma de sociedad moderna se ha resquebrajado dando paso a un nuevo paradigma que se construye día con día y cuyas características son cambiantes, lo que significa un gran reto para el Derecho. Como lo menciona Bauman (2017) en su célebre obra *Modernidad líquida*:



La tarea de construir un nuevo orden mejor para reemplazar al viejo y defectuoso no forma parte de ninguna agenda actual [...] La disolución de los sólidos, el rasgo permanente de la modernidad ha adquirido por lo tanto un nuevo significado, y sobre todo ha sido redirigida hacia un nuevo blanco: uno de los efectos más importantes de ese cambio de dirección ha sido la disolución de las fuerzas que podrían mantener el tema del orden y del sistema dentro de la agenda política. (p. 11)

La contienda a la que se enfrenta el Derecho es comprender la forma en cómo la posmodernidad ha ido cambiando al mundo y por ende a las sociedades, no sólo al individuo como tal, sino a todas las estructuras que configuran la realidad social. El Derecho debe preocuparse por adaptarse a dicha realidad y analizar la forma en cómo debe actuar ante los nuevos conflictos originados por esta misma dinámica.

Para poder observar la crisis jurídica con mayor claridad, es necesario analizar la forma de evolución que ha tenido la idea de Derecho y el impacto social que éste tiene en la configuración de las estructuras para que de esa forma se pueda comprender y visualizar alternativas para un derecho del siglo XXI.

## LA IDEA POLIÉDRICA DE DERECHO

En la historia moderna de la humanidad han surgido ideas con respecto al Derecho, percepciones de una realidad donde surge la necesidad de un orden. Cabe mencionar, que no se pretende realizar en este artículo un análisis exhaustivo de cada modelo iusfilosófico, sino sólo centrarse en la forma evolutiva de la idea de Derecho.

Para dar inicio es necesario centrarnos en el llamado iusnaturalismo<sup>1</sup> (y su ramificación que parte de la idea de lo natural), el cual contiene todo un andamiaje ideológico y conceptual. Para algunos teóricos, esta idea deviene desde los griegos, sin embargo, es con la paz de Westfalia donde se potencializa tomando al ser humano como ente perteneciente a una naturaleza que no puede desconocer o negar. La idea del iusnaturalismo no se queda en lo abstracto ya que toma al individuo como expresión materializante de la realidad, este individuo al interactuar en la

---

<sup>1</sup> El iusnaturalismo contiene una ramificación importante, ya que deja ver la importancia de los cambios sociales y cómo se transforma el discurso a raíz de las instituciones que tienen el mando. El ejemplo más visible es el de la religión, donde nace el *iusnaturalismo teológico*, cuyos representantes, según algunos autores como García Máynez, se pueden encontrar a Sócrates, Sófocles, Platón y Aristóteles; sin embargo, su auge se da a raíz de los textos de San Agustín y Santo Tomás de Aquino, los cuales creen en una ley divina, la cual es justa ya que deviene de la voluntad de Dios.

La otra rama que surgió fue el *iusnaturalismo laico o racional*, el cual parte de la premisa de que el derecho es un elemento surgido de la interacción del hombre en sociedad y de la necesidad de ordenarla y donde el derecho natural sea la fuerza de cohesión. Sus exponentes (aunque todos ellos con ciertas diferencias en su pensamiento parten también de la misma base), son: Hugo Groccio, Altusio, Locke, Rousseau, Hume, Burke, Baruch Spinoza, Immanuel Kant, Samuel Pufendorf y Gottfried Leibnitz.



sociedad adquiere valores generando una moral. El iusnaturalismo reconoce que debe de haber normas, pero todas ellas deben de estar construidas bajo el Derecho natural.

Según Lon L. Fuller (citado en Atienza, 2003, p. 296), el derecho natural no tiene relación ni con la religión ni con el absolutismo moral, además éste no se puede tomar como un derecho por encima del positivo, sino que tiene un carácter procedimental o institucional y que forma parte del mismo derecho positivo; surge lo que él mismo denomina moralidad interna del Derecho.

La noción básica para entender el Derecho no es la de norma ni la de sistema normativo, sino la de procedimiento. De ahí que critique a las concepciones normativistas (como las de Kelsen o Hart) y que vea el Derecho como una empresa, como una actividad encaminada a un fin: sujetar la conducta humana al gobierno de normas. Lo que a él le importa, sobre todo, son las “formas básicas del orden social”, esto es, los procedimientos que ordenan la sociedad (la costumbre, los contratos, la legislación, la aplicación judicial del Derecho) y que dan lugar a diversas formas de Derecho (Atienza, 2003, p. 296).

La importancia de la idea iusnaturalista, radica en que rompe el paradigma establecido hasta el siglo XV, donde se pensaba que lo justo o injusto, lo bueno o lo malo lo determinaba la autoridad, es decir, el rey o el sacerdote.

A través de pensadores como Johannes Altusio y Hugo Grocio se transita a una percepción de la realidad distinta, donde la tesis central se podría resumir de la siguiente manera: El carácter justo o injusto, bueno o malo de una acción no depende de lo que diga la ley del país ni depende de ninguna autoridad. Inaugurando una idea nueva de sociedad y de Derecho.

Para el iusnaturalismo una acción es objetiva, por ello no se pierde en la subjetividad del individuo; todo ser humano puede diferenciar el carácter de una acción y juzgarla. A partir de ello, se puede ilustrar con la revolución francesa donde pensadores como Voltaire y Diderot, entre otros, impulsaron dicho movimiento que logró eliminar un régimen absolutista bajo los principios de igualdad, libertad y fraternidad; lo que desencadenó la creación de los derechos del hombre y del ciudadano. De igual manera pensadores europeos como John Locke, Rousseau, David Hume y Edmund Burke, se les cataloga iusnaturalistas por su visión de una ley natural que determina las acciones del individuo.

A finales del siglo XX, surgió una nueva oleada de pensamiento cuyo móvil es la naturaleza, llamado Neoiusnaturalismo, esta corriente tiene como máximo representante a un pensador inglés, John Finnis, el cual propone configurar al Derecho natural dentro del ámbito deontológico dejando a un lado lo ontológico, es decir:

Como una serie de principios morales cuya función es guiar (y justificar) el Derecho positivo, pero no suministrar los criterios con que establecer la validez del Derecho y, por tanto, con los de separar el Derecho del no-Derecho [...] el Derecho natural son los principios de la razón práctica que ordenan la vida del hombre y de la comunidad. (Finnis, citado en Atienza, 2003, p. 305)



El neoiusnaturalismo entonces, tiene una idea de Derecho basado en el orden que se expresa mediante el ejercicio de la autoridad de la vida social dirigida a la realización del bien común. Se puede decir entonces, que la idea iusnaturalista en general percibe a la naturaleza, a la norma y a la moral como tres elementos fundamentales para ordenar a una sociedad de manera objetiva y transformarla. La idea de la ley natural logró el cambio social y político que ha marcado de manera imborrable la realidad actual.

Otra idea que ha dejado una impronta muy importante dentro de la historia del Derecho es la del iuspositivismo o positivismo jurídico (con sus variantes)<sup>2</sup>, ésta tiene como elemento diferencial con el iusnaturalismo, que separa la ley y la moral. Esta percepción de la realidad ha generado formas, conceptos y un lenguaje especializado, con la finalidad de crear una artificialidad de la realidad donde lo subjetivo se deja a un lado, en otras palabras, una gran parte de la naturaleza del ser humano se trata de dejar a un lado y se impone la ley para su organización.

El positivismo jurídico nace de ordenar de manera objetiva a la sociedad a través de normas creadas por una institución específica. Esto es, se quiere controlar a la sociedad con normas hechas por los legisladores y que quedan escritas, dejando a un lado si son justas o injustas, viables o inviables.

Resulta interesante analizar la necesidad de escribir la ley y con ello el surgimiento de nuevas formas punitivas. La idea de positivizar (generar y escribir) o dejar en el ámbito abstracto del

---

<sup>2</sup> Las diferentes clases de iuspositivismo se podrían clasificar en: **iusformalismo**, el cual se centra en separar a la ciencia jurídica de la ética, además el derecho es un elemento que no puede centrarse en lo bueno o malo del deber ser, es lo que es. Los representantes más importantes son: Jeremy Bentham, John Austin y Hans Kelsen. Éste último rompió con las ideas pasadas del derecho ya que “marcó el inicio de una etapa inédita, al separar tajantemente a la ciencia del derecho de elementos ideológicos tanto teológicos como metafísicos, como son el concepto de justicia y la idea de derecho natural. En su *Teoría pura del derecho*, construye una ciencia jurídica mediante la aplicación de un método puro, que consiste en hacer a un lado todo lo ajeno al derecho” (Flores, 1997, p. 1016).

Otra clase de iuspositivismo recibió el nombre de **iusrealismo o realismo jurídico**, el cual, “el derecho no consiste exclusivamente en normas. El derecho no se identifica con un deber ser sino con un ser; este ser puede identificarse con la norma, pero también con el hecho no se puede reducir al Estado, sino que debe incluir a la sociedad [...] La ciencia del derecho se debe ocupar fundamentalmente del ser de la conducta humana entendida como un conjunto de fenómenos o hechos eficaces o reales, y no de las normas formales o vigentes ni de los valores justos o naturales. Por tanto, para el iusrealismo el derecho como objeto de estudio no son las normas ni los valores sino los hechos” (Flores, 1997, p.1019). Los representantes de esta idea son: Francois Géný, Eugen Ehrlich, Philipp Heck, Hermann Kantorowicz y Ernst Fuchs.

Para algunos autores, también resulta importante resaltar la percepción del derecho desde el **realismo jurídico norteamericano y escandinavo**; el primero tiene como representantes a William James, John Dewey, Wendell Holmes, Pound, Benjamín, Cardozo, entre otros. “La faceta más característica del realismo norteamericano consiste en que sus representantes tratan de minimizar el elemento normativo y prescriptivo del derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del mismo. Así, el derecho se convierte en un conjunto de hechos, en lugar de normas” (Flores, 1997: 1023). La idea escandinava de derecho se centra en que “la naturaleza del derecho se identifica con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas o comandos: El derecho no es otra cosa que los hechos sociales (Flores, 1997: 1024). Uno de sus máximos exponentes es Alf Ross.



lenguaje hablado a la ley ha sido un debate que hasta la actualidad se ha dado, por ello resulta importante analizar a los clásicos como, por ejemplo, Niklas Luhmann (2002) el cual describe una de las motivaciones para escribir la ley:

La escritura (...) tuvo la gran ventaja de hacer reconocibles las desviaciones que podían perderse con facilidad, debido al acaloramiento en la disputa verbal. La escritura, atenta a esas desviaciones, sirve para fijar lo acontecido y así de manera anticipada evitar conflictos (p. 311).

Sin embargo, continua Luhmann (2002):

...en la discusión antigua se menciona una y otra vez, que la escritura se presta más al engaño y a la posibilidad de falsificación que la comunicación verbal entre presentes. Más tarde, la versión escrita asume la función de publicación y de poner de manifiesto que el Derecho es para cualquier persona (p. 311).

La tendencia científica positiva impulsó la escritura y con ello se impulsó también la construcción de la verdad. La tendencia escrita otorgaba dos beneficios, la generación de las verdades en los discursos y “mayor libertad de utilización en situaciones imprevistas: dependiendo, siempre, de un mayor cuidado de la redacción de los textos” (Luhmann, 2002, p. 311).

Es en la redacción, donde el Derecho genera su identidad moderna y su poder, ya que como se explicó anteriormente, generó su propio vocabulario, sus propias formas; limitando su accesibilidad a una elite y excluyendo a la mayoría de los individuos.

La utilización de la escritura corre en paralelo a la transformación del modo de diferenciación de la sociedad: de una diferenciación segmentaria a una estratificada y que, además, la escritura favorece ese proceso. Por ese camino se llega a una concentración inusitada de recursos materiales y simbólicos en las clases altas o, en estratificaciones, marcadas, en la burocracia (Luhmann, 2002, p. 314)

Por ende, el Derecho se convirtió en una disciplina en cierta medida elitista y clasista; donde en su búsqueda de una identidad personal y separada a otro tipo de disciplinas, generó un coto de poder basado en el lenguaje escrito y las formas, discriminando a todos aquellos que no formaban parte de éste.

Sólo cuando la escritura está disponible en formas fáciles de percibir, entonces es que ya está creado el medio por el que los textos jurídicos pueden diferenciarse de otros tipos de textos. Únicamente entonces el Derecho se vuelve autónomo en el sentido de que no sólo utiliza la escritura, sino que se apoya en una clase de textos que se deslindan de otros (Luhmann, 2002, p. 315).

Con todo esto, la idea de Derecho positivo fue permeando a varios países con el único objetivo de controlar a sus sociedades mediante la escritura, ya que ésta otorga la sensación de seguridad y dominio, por la única razón de que aquello que se escribe no se pierde y aquel que escribe tiene la autoridad de hacerlo, por lo tanto, crea una verdad. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿lo que está



escrito es justo y si no es justo qué prosigue? Porque el simple hecho de escribir una ley no significa que encierra en ella el pensamiento global de una sociedad. Con respecto a lo anterior, Contreras (2013) sostiene que los principios del derecho natural contienen un grado de generalidad, lo que obliga a que los procesos se den mediante una razón práctica. Solo a través de esa razón se podrán traducir las exigencias del iusnaturalismo en normas aplicables.

Luhmann (2002) apoya dicha tesis al realizar la pregunta:

¿A qué necesidad responde la escritura? Entonces veremos que además del interés por adelantarse a los recuerdos, fueron los problemas de tipo normativo los que desataron la necesidad de la escritura. La escritura está relacionada con la (anticipación de los desengaños) (p. 316).

Pero qué pasa si una ley está mal escrita o no es justa, el jurista y filósofo John Rawls (2015) en su obra *Teoría de la justicia* la responde en el primer párrafo de la obra:

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento [...] de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. (p. 17).

En consecuencia, el tener una ley escrita no garantiza que sea inviolable o no pueda tener fallas en su realización, se comprende el punto acerca de la falta de rigurosidad y practicidad del Derecho natural, pero también el Derecho escrito contiene elementos de igual preocupación. El iuspositivismo se hizo parte de la vida del individuo, lo cosificó y le impuso formas de comportamiento.

La importancia del lenguaje y de la escritura en la etapa moderna, se caracterizó por ser un parte aguas en la forma de idear y de percibir la realidad y como tal, surgieron elementos y mecanismos que antes no existían, por lo cual tuvo que nombrarlas y darles un sentido; el lenguaje sufrió dichas consecuencias gracias a los cambios sociales, políticos y económicos que se gestaron y consolidaron, de igual manera, el discurso jurídico moderno generó formas y nuevas realidades, por lo cual nuevos códigos y nuevos castigos.

En esa tónica, la modernidad y el iuspositivismo rompieron paradigmas y con ello transformó todo el sistema jurídico. Un ejemplo de ello es el concepto de crimen, cambió de connotación:

...el crimen, en el sentido penal del término o, más técnicamente, la infracción, no ha de tener en adelante relación alguna con la falta moral o religiosa. La falta es una infracción a la ley natural, a la ley religiosa, a la ley moral; por el contrario, el crimen o la infracción penal es la ruptura con la ley, ley civil explícitamente establecida en el seno de una sociedad (Foucault, s.f., p. 39).

En ese sentido, Terragni (2000) retoma a Hobbes, Spinoza y Locke, ya que "*ratifican que el fin de la pena no puede ser otro que la corrección o eliminación de los delincuentes y la intimidación de los ciudadanos, para arribar al concepto de pena como retribución jurídica por mandato divino*" (p. 91). El objetivo disciplinario de la modernidad, aquel que rompa el contrato



social tendrá que sufrir las consecuencias de éste y además recibirá un castigo que servirá como enseñanza a toda la población, se utilizaba entonces el castigo como una pedagogía social.

Dicha enseñanza colectiva se sustentaba en la práctica del suplicio, Foucault (2011) define a éste como: “*una pena corporal, dolorosa, más o menos atroz, decía Jaucourt, que agregaba: Es un fenómeno inexplicable lo amplio de la imaginación de los hombres en cuestión de barbarie y de crueldad*” (p. 38). Los suplicios jugaron un papel fundamental en la organización social y aunado a la carga violenta se le sumaba la ideología religiosa, por lo que, el papel de dicha práctica cubría con todo el espectro de un individuo y de la colectividad.

Al paso de los años, el Derecho utilizó el suplicio no sólo como un castigo y enseñanza colectiva, se fue especializando, generando categorías de delitos que merecían dicho castigo:

El suplicio penal no cubre cualquier castigo corporal: es una producción diferenciada de sufrimientos, un ritual organizado para la marcación de las víctimas y la manifestación del poder que castiga, y no la exasperación de una justicia que, olvidándose de sus principios, pierde toda moderación. En los excesos de los suplicios, se manifiesta toda una economía del poder. El cuerpo supliciado se inscribe en primer lugar en el ceremonial judicial que debe exhibir, a la luz del día, la verdad del crimen. (Foucault, 2011, p. 40)

Como toda práctica, el suplicio cayó en un exceso que trataba al cuerpo del individuo bajo la idea de que un criminal no era digno de tratarse como un ser humano, el discurso jurídico provocó la normalización de prácticas punitivas, desarrollando cierto desinterés a los actos de justicia y en ocasiones generando empatía con los criminales por lo salvaje de los castigos, lo que provocó un hastío por parte la población y una discusión en el gobierno.

Thouret abrió la discusión relativa a la organización del Poder Judicial, ya que parecería que éste había perdido su objetivo real cayendo en una desnaturalización en Francia por:

Una apropiación privada: los oficios de juez se venden; se transmiten por herencia; tienen un valor comercial y la justicia que se administra es, por ello, onerosa. Por una confusión entre dos tipos de poder: el que administra la justicia y formula una sentencia aplicando la ley, y el que hace la ley misma. En fin, por la existencia de toda una serie de privilegios que vuelven desigual el ejercicio de la justicia. (citado en Foucault, 2011, p. 83).

El cambio se inició con el secularismo, donde lo religioso empezó a dejarse de lado, mientras que lo político tomaba el lugar primordial. Foucault (s.f.) en su obra *La verdad y las formas jurídicas*, analiza tres principios fundamentales de lo punitivo, éstos basados en las ideas de Beccaria, Bentham y Brissot, los cuales elaboraron el primer y segundo código penal francés. El primer principio establece que: “para que haya infracción es preciso que haya también un poder político, una ley, y que esa ley haya sido efectivamente formulada” (pp. 39-40). Este punto nos ilustra en el sentido de la importancia de un organismo o institución vigilante, que garantice la aplicabilidad de ley y que le otorgue legitimidad, el punto cuestionable y por el cual se le critica al perfil positivo de ley es que, sólo las conductas definidas y clarificadas en una ley se pueden penalizar o reprimir, por ende, conforme se necesite controlar a una sociedad en crecimiento, de manera proporcional crecerá el número de leyes.



Por su parte el segundo principio relacionado con la idea de lo punitivo establece lo siguiente:

Que estas leyes positivas formuladas por el poder político de una sociedad, para ser consideradas buenas, no deben re transcribir en términos positivos los contenidos de la ley natural, la ley religiosa o la ley moral. Una ley penal debe simplemente representar lo que es útil para la sociedad, definir como reprimible lo que es nocivo. (Foucault, s.f., p. 40)

En este punto sale a relucir uno de los principios del sistema capitalista, “*la razón instrumental*”, una forma de racionalizar el mundo a través de su utilidad y su fin, lo importante y lo que merece castigo es aquello que es útil y se ha desvirtuado. Lo que confirma el vínculo entre el sistema económico y el sistema jurídico.

Por último, el tercer principio que Foucault (s.f.) analiza se vincula con los dos anteriores: “*una definición clara y simple del crimen. El crimen no es algo emparentado como pecado y la falta, es algo que damnifica a la sociedad, es un daño social, una perturbación, una incomodidad para el conjunto de la sociedad*” (p. 40). En este principio se desfigura la idea del individuo para anteponer a éste la idea de sociedad o comunidad, es decir, se deja de pensar en el uno para empezar a pensar en la sociedad, siendo ésta el elemento central del sistema jurídico, todo aquello que la perturbe o dañe debe de ser corregido.

Lo anterior provocó un cambio en los conceptos y definiciones de muchos elementos que en la época feudal se utilizaban y se interpretaban de otra forma, al igual que se integraron otros con un nivel de especificación mayor, generando ideas novedosas para solucionar conflictos. Es por ello por lo que Foucault (s.f.) pregunta:

Si el crimen es un daño social y el criminal un enemigo de la sociedad, ¿cómo debe tratar la ley penal al criminal y cómo debe reaccionar frente al crimen? Si el crimen es una perturbación para la sociedad y nada tiene que ver con la falta, con la ley de venganza, la redención de un pecado. (p. 40).

Según Hugo Grocio “*el proceso del derecho penal es contractual: así, el que comete un delito se obliga a sufrir una pena, que es la consecuencia de aquél*” (citado en Terragni, 2000, p. 91). Por ende, el Derecho penal moderno transformó las relaciones sociales, cuya naturaleza es eminentemente subjetiva, en relaciones contractuales, reduciendo el proceso a un castigo.

Las ideas de Beccaria y Bentham, retomadas por Foucault (s.f., pp. 40-41), ya que éste retoma los cuatro tipos de castigos modernos: El primero se sustenta en la importancia del contrato social y como tal, aquel que lo viole no merece estar dentro de la sociedad y amerita la expulsión de esta. El segundo castigo tiene un perfil psicológico tratando de generar en el criminal una especie de trauma donde deje una marca tan profunda que no pueda soportar el desprecio de la sociedad, por lo que, Foucault lo toma como un castigo basado en la exclusión. La tercera forma de castigo es social, esto quiere decir que, si el criminal dañó a la sociedad luego entonces, tiene que reparar el daño de alguna forma que pueda beneficiar a la misma. Y la cuarta forma se asocia a la idea de que el criminal no pueda volver a cometer un delito, que no vuelva a dañar a la



sociedad, el mecanismo que se presta para tal objetivo es la ley del Talión, el que robe se le quitan sus bienes y el que mate se le mata.

Estas cuatro formas modernas de castigo no tuvieron el éxito que preveían aquellos fundadores del primer código penal postrevolucionario, cada una de ellas con el tiempo se fueron difuminando, permitiendo el crecimiento de los crímenes y la corrupción en la aplicación de la ley. En el siglo XVIII, surge una pena que *“apenas había sido mencionada por Beccaria y que Brissot trataba de manera muy marginal: nos referimos al encarcelamiento, la prisión [...] surge a comienzos del siglo XIX como una institución de hecho, casi sin justificación teórica”* (Foucault, s.f., p. 41).

La nueva forma de castigo basada en el encarcelamiento trajo consigo también, un cambio en el código penal, la medición de los delitos tenía una nueva forma de conceptualizarse y de tipificarse con el único objetivo de imponer una pena justa. Uno de los objetivos que se fueron construyendo sobre la práctica fue tratar de que el individuo como un elemento que necesariamente tenía que obedecer la ley, y para ello creó instrumentos muy poco perceptibles, pero con un alto impacto en el individuo recluso.

La idea originaria de Bentham y que más tarde desarrolló y criticó Foucault, se convirtió en la forma de control más efectiva en esa época, el panóptico. Su función se centraba en “inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción” (Foucault, 2011, p. 217).

La modernidad se caracterizó por modificar y reeducar el comportamiento del ser humano, decantando así en una sociedad disciplinada. “El panóptico puede ser utilizado como máquina de hacer experiencias, de modificar el comportamiento, de encauzar o reeducar la conducta de los individuos” (Foucault, 2011, p. 220). Lo cual muestra la necesidad de dicha época de imponer una disciplina fundada en discursos ideologizados por el poder en turno, la lógica que se imponía en dicha sociedad se basaba en una serie de estatutos y leyes que debían de ser obedecidos, crear mecanismos para vigilar que la sociedad los cumpliera y en el caso de que no lo fuera así, se hacían acreedores de un castigo.

El poder disciplinario en efecto es un poder que, en lugar de sacar y retirar, tiene como función principal la de enderezar conductas, o sin duda, de hacer esto para retirar mejor y sacar más. No encadena las fuerzas para reducirlas; lo hace de manera que a la vez pueda multiplicarlas y usarlas. En lugar de plegar uniformemente y en masa todo lo que le está sometido, separa, analiza, lleva sus procedimientos de descomposición hasta las singularidades necesarias y suficientes. “Encauza” las multitudes móviles, confusas, inútiles de cuerpos y de fuerzas en una multiplicidad de elementos individuales pequeñas células separadas, autonomías orgánicas, identidades y continuidades genéticas, segmentos combinatorios. La disciplina “fabrica” individuos: es la técnica específica de un poder que se da los individuos a la vez como objetos y como instrumentos de su ejercicio. (...) El éxito del poder disciplinario se debe sin duda al uso de instrumentos simples: la inspección jerárquica, la sanción normalizadora y su combinación en un procedimiento que le es específico: el examen (Ríos Roza, 2010, pp. 3-4).



Es así, como la modernidad estructuró una forma de vida y de pensar, donde las reglas parecerían sólidas y cuyos individuos que se atrevían a violar cualquiera de ellas recibirían un castigo. Todo conflicto en la sociedad moderna encontraba solución a través de los mecanismos dispuestos en el sistema jurídico, la existencia de abogados, jueces y cortes, lograron una cierta irresponsabilidad en el ciudadano, ya que éstos descargaban las consecuencias de sus actos en la figura del abogado, el cual, basándose en su ingenio y sagacidad en el manejo de la ley, podía conseguir la absolución de todo castigo.

Durante el siglo XIX e inicios del XX, la cárcel se gestó como el lugar de castigo por excelencia, se crearon líneas de acción contra las personas encerradas ahí, tratando de facilitar su inserción en la sociedad y que al mismo tiempo se arrepintieran de los delitos cometidos. La realidad era muy distinta, la cárcel enmascaraba las problemáticas sociales generadas por el sistema económico y político, que en contubernio provocaban pobreza, exclusión, drogadicción, extorsión y robos. Un reclusorio hacía las veces de fachada ante las anomías surgidas y que el gobierno no podía ante ellas, en ese momento empezó el declive de la idea de la cárcel como mejor opción punitiva.

Bajo dicho contexto surgió en las últimas décadas una nueva visión del positivismo, denominada postpositivismo; la cual tiene como máximo representante a Ronald Dworkin (2002), el cual tiene una idea de Derecho basada en tres tesis: la primera tiene que ver con los principios, la segunda con los derechos y la tercera con la interpretación. Y es precisamente en la última tesis donde se precisa la nueva perspectiva:

Un sistema jurídico contiene reglas y principios, pero esos son más bien los materiales por utilizar para resolver litigios, no el Derecho mismo. Para Dworkin (...) no es una realidad que se ofrezca ya acabada a los jueces y a los teóricos del Derecho, sino una empresa, una institución en marcha en la que éstos han de participar. (Atienza, 2003, p. 308)

Ronald Dworkin (2002), piensa que el Derecho:

...será económicamente más eficiente si da margen para que los jueces tengan en cuenta el influjo económico de su decisión; pero con eso no se responderá la cuestión de si es justo que así lo hagan o de si podemos considerar los estándares económicos como parte del derecho existente, o de si las decisiones basadas en el influjo económico son, por esa razón, portadoras de mayor o menor peso moral. (p. 50)

Dworkin piensa desde el punto de vista interno del Derecho y cómo elementos externos pueden influir a la justicia, pero también:

...entiende al Derecho como una praxis social, un fenómeno universal [...] la tesis de este filósofo parte del supuesto que los individuos también pueden tener derechos que son anteriores a los creados explícitamente por la legislación [...]. El conjunto de reglas del sistema jurídico de ninguna manera agota la totalidad de elementos componentes del sistema. (Rojas Amandi, 2006, p. 358)



Se podría decir que la comunidad juega un papel fundamental ya que de ésta y su consenso surgen las leyes.

La idea del iuspositivismo junto con sus variantes, resultan de suma importancia para la vida del individuo y para entender la forma en cómo la sociedad se ordenó, pero al mismo tiempo se crearon vicios que hasta el día de hoy persisten y existe el peligro de que puedan elevar su nivel de impacto negativo, unos ejemplos que reflejan lo anterior pueden ser: la corrupción, la poca fiabilidad en las instituciones de justicia y el poco respeto al estado de derecho. En estos días, el tener una ley escrita no garantiza su efectividad ya que puede perderse en los vericuetos del lenguaje jurídico o en las antinomias que surgen por elaborar leyes de manera expedita sin antes someterse a un juicio racional.

Es por ello, que a raíz de las ideas de Dworkin surgieron un grupo de pensadores cuya idea de Derecho resulta ecléctica, ya que no sólo se concentran en una sola idea, sino que entremezclan el iusnaturalismo, iuspositivismo y el realismo jurídico, con la intención de abrir el espectro de estudio y de entendimiento de la realidad actual, además toman fenómenos como el de la globalización y la crisis del Estado, abriendo la posibilidad de un debate con respecto al papel del Derecho. Entre esos teóricos se ubican: Neil MacCormick, Joseph Raz, Robert Alexy, Carlos Nino o Luigi Ferrajoli; identificados con el paradigma constitucionalista (Atienza, 2003).

Existen visiones como la de John Austin, donde tiene una percepción de la idea de Derecho sumamente positivista, ya que el sustento de este son las fuentes; lo que quiere decir que es una idea cuadrada, pesada y limitada, cuyo fin es ordenar a la sociedad bajo una perspectiva coercitiva (de castigo). Uno de los grandes vicios que se desencadenan a raíz de esta idea, es la de pretender encerrar a la realidad en las leyes, cuando las leyes emanan de la realidad (Douglas-Scott, 2013, p. 47).

Para Jürgen Habermas, el asunto de la idea de Derecho se sustenta en la legitimidad, ya que las sociedades actuales viven un proceso de secularización, donde los referentes religiosos o morales, parecería, que se encuentran en un proceso de desaparición por lo cual, Habermas recurre a la democracia como elemento cohesionador y de consenso entre los ciudadanos. El fin del Derecho, desde la perspectiva habermasiana, tiene que ver con la democracia y su fuerza legitimadora de la ley (Douglas-Scott, 2013, p. 49).

Desde la visión marxista, existe la idea de un Derecho que justifica y enmascara al régimen o sistema en cuestión, por ende, el derecho es un instrumento del poder para portar y extender mensajes ideológicos. Entonces, el fin del derecho es proteger al sistema ya que al pertenecer a la superestructura dependerá entonces de la economía (Douglas-Scott, 2013, p. 50).

Existen ciertas diferencias entre la idea de Derecho weberiana y marxista, la cual la ilustra de manera clara Sionaidh Douglas-Scott en su obra *Law after modernity* (2013, p. 52). Por ejemplo, para el marxismo la base de todo, es decir la estructura de la sociedad, es la economía y si se cambian las formas económicas cambia toda la superestructura, que es donde se encuentra el derecho. Bajo esa lógica, éste es un instrumento del mercado, genera leyes y normas que



procuran la estabilidad y el mantenimiento del estatus quo o del sistema imperante. Mientras que, para Weber, la ley se encuentra en la estructura burocrática, lo cual niega que el Derecho esté vinculado con el capitalismo, sino que está vinculado con las creencias y actitudes de los individuos.

Hans Kelsen (2009) tiene una idea de un Derecho autónomo, donde puede construir sus propios objetos y discursos bajo el positivismo:

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. (p. 40)

El problema con la idea kelseniana es que encuentra un límite en relación con la era en la cual quiere seguir permeando, en otras palabras, la posmodernidad no reconoce universalismos, mientras que para Kelsen (2009):

La teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. (p. 107)

Por su parte, Fuller (citado en Douglas-Scott, 2013, p. 96) catalogado como realista, piensa que la ley es el elemento fundamental, y se entiende como el deber ser, donde el derecho y la moral se mezclan, ya que se necesita un compromiso personal y moral.

La idea de Hart, versa en que es “*un sistema que se integra por reglas diferentes desde un punto de vista lógico. Según él, cualquier sistema jurídico cuenta con dos grupos de reglas que se diferencian lógicamente por la función que cada uno de ellos cumple*” (Rojas Amandi, 2006, p. 358). Se podría decir, que el fin del derecho es regular el comportamiento a través de reglas primarias y secundarias.

He aquí, pues, los tres problemas recurrentes: ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas? El principal propósito de la mayor parte de la especulación sobre la “naturaleza” del derecho ha sido eliminar dudas y perplejidades acerca de estas tres cuestiones. (Hart, 1980, p. 16)

Manuel Atienza (2018) en su obra *Filosofía del derecho y transformación social*, concuerda con Ihering, de que el Derecho tiene:

Que asegurar las condiciones de vida de la sociedad, concepto este último que él entiende en un sentido amplio y en donde incluye tanto bienes individuales como sociales de muy diversa índole: no solo la existencia física, sino también el honor, el amor, la actividad, la instrucción, la religión, el arte y la ciencia. (p. 33)



El mismo Atienza (2018), explica la forma en cómo Ihering clasifica dichas condiciones de vida: las extrajurídicas, las cuales tienen un carácter natural y no tienen ningún vínculo con el derecho, ya que al ser natural el Derecho no tiene injerencia ya que éste sólo actúa para los hombres. La segunda clasificación son las jurídicamente mixtas, las cuales no dependen directamente o de manera primigenia del Derecho, sólo interviene en los casos cuando falla alguno de los tres instintos naturales: el instinto de conservación, el instinto sexual y el amor a la ganancia. Y, por último, las puramente jurídicas, estas condiciones son aquellas donde el derecho interviene de manera directa en la sociedad con el único fin de dar seguridad (la vida, la propiedad, la libertad).

Puede observarse entonces, que la idea de Derecho de Ihering versa en servir a la sociedad, por lo cual define al Derecho como: *“el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad en el sentido más amplio de la palabra, asegurado mediante la coacción externa por el poder público”* (Atienza, 2018, p. 34).

Otro de los puntos importantes de la teoría de Ihering es su visión positivista “laxo”, en el sentido de que concibe al Derecho y a la moral como fenómenos diferenciados, pero no separados, para él el Derecho y la moral son dos procesos continuos, ya que los dos se dedican al orden social (Atienza, 2018, p. 34). Por lo cual, la idea es más completa, abarcadora e incluyente desde la perspectiva de la sociedad actual. Atienza aclara su propia idea de Derecho. Para él, es una práctica social y por lo cual existen tres 3 componentes:

1) una concepción dinámica del Derecho, lo que supone considerarlo no simplemente como un hecho social, sino –cabría decir- como un artefacto social (extraordinariamente complejo) inventado para cumplir ciertos propósitos; 2) la distinción, dentro de esa compleja realidad, de dos dimensiones, una organizativa o autoritativa y otra finalista o axiológica, y articuladas de tal forma que la segunda no puede reducirse a la primera, sino que, más bien, goza de cierta preeminencia; y 3) la necesaria vinculación de la práctica jurídica con valores morales objetivos o, si se quiere, con la idea de justicia. (Atienza, 2018, p. 35)

En resumen, podemos observar que la idea ha sido un elemento de suma relevancia para crear conceptos y con ello formas de estudiar y cambiar las estructuras sociales. Una idea tiene en sí, una carga valorativa importante ya que *“quien asume una idea de Derecho en cuanto práctica social presupone que esa es la forma correcta (o la más correcta) de ver al Derecho”* (Atienza, 2018, p. 25). Es así, como lo menciona Stammler: *“La misión de la idea del Derecho es ofrecer un punto de mira que nos sirva de orientación para todas las aspiraciones jurídicas concebibles”* (Stammler, citado en Atienza, 2018, p. 28).

Resulta fundamental el debate en torno a la idea, ya que de esa forma se podrá modificar la percepción y con ello las formas, con la finalidad de crear un nuevo Derecho que sea transformativo, flexible, expedito y con un grado mayor de justicia.



## CONCLUSIONES

Como se ha visto, resulta fundamental pensar y reflexionar en torno al papel que juega la idea a la hora de pensar en el Derecho. Esta realidad posmoderna exige modificar la forma en cómo se ha construido, por ende, se necesita una idea que pueda contener los elementos necesarios para fluir de la misma manera que lo hace la sociedad.

Se ha observado la evolución de la idea de Derecho en la historia. El contexto, las interacciones y el ambiente político de las diferentes épocas promovieron un cambio en la percepción del Derecho, logrando con ello la creación de mecanismos y por ende una transformación de este. En nuestros días resulta evidente que México se encuentra en una transición cultural entre lo moderno y lo posmoderno, es por ello por lo que se debe de encontrar a través del debate una nueva idea de Derecho que pueda acoplarse a las exigencias coyunturales, al contexto, a las interacciones y los cambios vertiginosos característicos del siglo XXI. Por consecuencia, es urgente que se debata la idea de Derecho actual, para modificar desde la raíz, desde el origen de este y transitar a una visión posmoderna, donde la adaptabilidad y flexibilidad tendrían que ser los principios básicos del mismo.

Un Derecho líquido (en términos de Bauman), podría ser la base para configurar la nueva visión e idea de un Derecho posmoderno, flexible, adaptable y ligero. De este modo, se rompe con los paradigmas jurídicos clásicos, sin embargo, la urgencia actual necesita que se transformen las instituciones modernas para poder resolver las conflictividades actuales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. (2003). *El sentido del derecho*. Ariel.
- Atienza, M. (2018). *Filosofía del derecho y transformación social*. Trotta.
- Bauman, Z. (2017). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- Contreras, S. (2013). Derecho positivo y derecho natural: Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación. *Kriterion: Revista de Filosofía*, 54(127), 43-61.
- Douglas-Scott, S. (2013). *Law after modernity*. Hart Publishing.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Foucault, M. (s.f.). [www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40496.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40496.pdf).  
Obtenido de *La verdad y las formas jurídicas*:  
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40496.pdf>
- Foucault, M. (2011). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI.
- Hart, H. L. (1980). *El concepto de derecho*. UNAM.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Luhmann, N. (2002). *El Derecho de la sociedad*. Universidad Iberoamericana .
- Rawls, J. (2015). *La teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Ríos Roza, C. E. (2010). Sociedades disciplinarias y sociedades de control. Del sujeto a la subjetividad-acción. *VI Jornada de socioogía en la UNLP* , 3-4.



Funes Sesman, Jesús Eduardo. “La idea poliédrica de Derecho”. *Prospectiva Jurídica*, México, UAEM, año 16, número 32, julio-diciembre 2025, pp. 01-16, ISSN 2007-8137, e-ISSN 2683-2577

Rojas Amandi, V. M. (2006). El concepto de Derecho en Ronald Dworkin. *Revista de la Facultad de Derecho de México* , 56 (246), 355-415.

Terragni, M. A. (2000). *Estudios sobre la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Universidad del Litoral.