

José Francisco Báez Corona**

El realismo mágico jurídico (recreación legal de una ficción literaria con especial referencia a Latinoamérica)*

The magic juridical realism (legal recreation of
a literary fiction with special reference to
Latin America)

Recibido: 23 de febrero de 2015 / Aceptado: 3 de abril de 2015

<http://dx.doi.org/10.17081/just.20.28.1032>

Palabras clave:

Derecho y literatura, Latinoamérica,
Realismo jurídico y
Realismo mágico jurídico.

Resumen

El presente trabajo constituye un análisis crítico de la realidad social y legal compartida en la mayoría de los países latinoamericanos desde la perspectiva de un concepto literario como lo es el realismo mágico y con un enfoque filosófico representado en el realismo jurídico. La mezcla y satirización de ambos conceptos da lugar a un nuevo *constructo*: el realismo mágico jurídico, el cual, en síntesis, representa la crítica de la separación cotidiana de la realidad normativa y la realidad social.

Key words:

Latin America, Law and literature,
Legal magical realism and
Legal realism.

Abstract

This essay is a critical analysis of the social and legal reality shared in most Latin American countries, from the perspective of a concept and literary trend as is the magical realism and a philosophical approach represented in the legal realism. The mixture and satire of both concepts gives rise to a new construct: the legal magical realism, which in essence represents the critique of daily separation of normative reality and social reality.

Referencia de este artículo (APA): Báez Corona, J. F. (2015). El realismo mágico jurídico (recreación legal de una ficción literaria con especial referencia a Latinoamérica). En *Justicia*, 28, 15-31. <http://dx.doi.org/10.17081/just.20.28.1032>

* Artículo derivado de la línea de investigación: "El derecho en el contexto de la transdisciplinariedad", desarrollado con el apoyo del Sistema Nacional de Investigadores (SIN) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México (CONACYT), llevado a cabo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana (UV), México.

** Licenciado en Derecho y en Pedagogía (UV), Especialista y Maestro en Docencia Universitaria (Universidad de Xalapa, UX), Doctor en Derecho Público graduado con honores (UV); actualmente es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana y miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT. Es autor y coordinador de diversas publicaciones periódicas y bibliográficas de circulación nacional e internacional editadas por la Universidad Veracruzana, la Universidad de Xalapa y la Editorial Académica Española. Ha participado en diversos foros nacionales e internacionales, así como en comisiones expertas de evaluación. Se especializa en temas de didáctica jurídica, derechos humanos y el estudio de la ciencia jurídica con un enfoque transdisciplinario. baez.corona@gmail.com

Estamos cayendo en este pensamiento poco mágico, donde transformar o anular la ley, modifica las cosas.
(Cossío, 2015, p.20)

Hay unas pocas experiencias fundamentales y es indiferente que un escritor, para transmitir las, recurra a lo “fantástico” o a lo “real”, a Macbeth o a Raskolnikov, a la invasión de Bélgica en agosto de 1914 o a una invasión de Marte.
(Borges, 1955, p.X)

INTRODUCCIÓN

A grandes rasgos, el realismo mágico como corriente literaria plantea escenarios en los que se muestra lo irreal, místico o sobrenatural como algo cotidiano; relatando historias en las cuales se presentan, recurrentemente, situaciones fuera de la línea de la normalidad, pero que a nadie parecen extrañarle. Caso semejante se presenta en aquellos países en los que sus sistemas normativos se convierten en una ficción sesgada de la realidad, en los que la sociedad vive una situación completamente diferente a lo que expresan sus textos legales. Elementos “anormales” como la evasión, impunidad y corrupción son habituales, sin embargo, a nadie parece sorprenderle.

Para la construcción del concepto, a través del presente artículo se realiza un análisis general de las relaciones entre derecho y literatura, lo cual proporciona un sustento teórico y metodológico para, posteriormente, analizar el realismo mágico como corriente literaria en su comparación con el realismo jurídico como corriente

filosófica, jurídico-social, lo cual permite consolidar el término de realismo mágico jurídico y ejemplificar algunas de sus manifestaciones en Latinoamérica.

No son extrañas ni nuevas las relaciones entre derecho y literatura, baste recordar que:

Así pues, la literatura, aunque sea ficción, aporta al derecho la visión de una sociedad determinada en el tiempo y en el espacio, con sus ventajas y desventajas, con lo positivo y negativo de los seres humanos que la conforman, así como con sólidas descripciones de ella, basadas en lo que realmente aconteció y que pretende ser, ni más ni menos, que la verdad. O, dicho de otra manera, mientras el derecho define la sociedad ideal –la sociedad que debe ser pero que muchas veces no es–, la literatura, a través de los ojos del narrador, muestra la sociedad que realmente existe. Ambas, como reitera el autor, son visiones de la existencia humana, aunque cada una de ellas con sus propios códigos, parámetros y discursos (Martínez, 2010, p.IX).

En algunos casos, el derecho se acerca a la sociedad real a través del planteamiento de la sociedad ideal; en otros la literatura describe la realidad social incluso mejor que las normas jurídicas, mientras que también en la ficción literaria se pueden vislumbrar los acontecimientos futuros, tal como busca de la misma manera preverlos el legislador. El problema se presenta cuando las normas jurídicas se tornan una ficción que a la realidad le es ajena, como si un halo mágico invisible no permitiera verlas y permanecieran ahí siendo ignoradas sin que a nadie le extrañe; ese es el realismo mágico jurídico.

Sobre las relaciones del derecho y la literatura

A algunos puede parecer inverosímil que dos disciplinas que tienen su objeto de estudio en campos aparentemente tan apartados pudieran tener aspectos en común. Por un lado, el derecho, que busca regir la realidad, encausarla con reglas coercibles; por otro, la literatura, que persigue más bien la transmisión de ideas, sentimientos, experiencias, usando para ello, en algunos casos, a la realidad como pretexto. Sin embargo, pese a esta diferencia inicial, sus puntos convergentes son mucho más ricos y amplios que los divergentes.

La primera semejanza pudiera plantearse considerando la siguiente reflexión de Faustino Martínez:

¿Existe algún aspecto de la vida que pueda quedar al margen del derecho? Pocos o muy pocos, por no decir ninguno, escasos y en muy contadas circunstancias. ¿Existe algún campo de la vida que pueda verse postergado por la literatura, que pueda quedar al margen de un proyecto literario, cualquiera que sea su manifestación externa, ya teatro, ensayo, poesía, novela, cuento? Casi ninguno es la respuesta otra vez. Ambas disciplinas, artes o ciencias, según los casos, las visiones y los enfoques que se defiendan, proceden a extender la totalidad de sus influencias y de sus perspectivas sobre el conjunto global de las conductas humanas (Martínez, 2010, p.XVII).

Es decir, tanto el Derecho como la Literatura son disciplinas con pretensiones universales. Legislador y escritor pretenden abarcar los más amplios y variados aspectos de la vida humana

en muy diversos ámbitos espaciales y temporales, por ello quedan muy pocos aspectos que escapen a estas disciplinas tan apegadas tanto a la realidad como a la ficción, esto último, desafortunadamente para el Derecho.

Existe una profunda correspondencia, pues, tanto el derecho es tema de la literatura como la literatura lo es del derecho. Más en concreto: el derecho genera normas con relación a la literatura, como las relativas a la libertad de expresión, propiedad intelectual o contratos editoriales. Por su parte, “la literatura, a despecho de sus pocos lectores, suele ser reflejo de su tiempo, al momento de dar noticia de las concepciones legales de la época” (Larrañaga, 1987, p.12). “Los temas jurídicos han estado presentes a lo largo de la historia de la literatura. Por solo mencionar algunas obras u autores modernos y contemporáneos: *Crimen y castigo*, de Dostoievski; *La colonia penitenciaria* y *El proceso*, de Kafka; *El hombre que fue jueves*, de Chesterton; *Michael Kohlhaas*, de Kleist y tantas novelas y obras de teatro inspiradas en expedientes judiciales, como las piezas dramáticas que puso en escena el chihuahuense Víctor Hugo Rascón Banda; que dan testimonio de ese maridaje” (Pérez, 2012, p.IX). En este sentido, “Literatura y Derecho debieran complementarse para, en una sana autocrítica, actualizarse y adecuarse a los tiempos que corren acercándose al grueso de la sociedad civil” (Larrañaga, 1987, pp.12-13). De acuerdo con Gómez (2008) es ejemplo de ello el empleo de la literatura como instrumento crítico del derecho que permea cada uno de

los tres grandes apartados de la Filosofía Jurídica de Bobbio.

En opinión de Pérez Vázquez (2012), derecho y literatura se relacionan también en sus dimensiones: estética, interpretativa y expresiva. Estética en tanto que ambas, en la mayoría de los casos, procuran un uso elegante del lenguaje. Interpretativa ya que tanto los profesionales del derecho como los críticos literarios son intérpretes. Y, finalmente, existe una dimensión expresiva que vincula al derecho con la literatura: tanto el litigante como el novelista o el poeta, en muchos de sus argumentos, apelan a las emociones de su interlocutor. Los profesionales del derecho, críticos literarios, novelistas, poetas, dramaturgos y ensayistas son todos escritores. La pretensión de aproximar ambas esferas de la actividad humana no es tan novedosa como pudiera parecer en principio.

Con relación a ello, Gómez Romero (2008) narra que ya en el año 1825 el juez estadounidense Benjamín N. Cardozo deploraba, en quienes ejercían la profesión jurídica, la “divertida o cínica indiferencia” que solían mostrar hacia el arte y la literatura, invitándoles a mejorar y enriquecer el estilo literario en los expedientes judiciales. “La mayoría de nosotros”, manifestaba optimista Cardozo, “estaremos de acuerdo, pienso, no solamente en que el estilo no constituye un mal en el Sahara de una opinión judicial, sino que incluso puede significar un positivo, siempre que sea el estilo adecuado”. Cardozo, de este modo, concibió el Derecho –actividad necesariamente medida por la palabra– como un

espacio particularmente propicio para el cultivo artístico del lenguaje.

Hay también estudios particulares de relevancia que conviene citar en el análisis de las relaciones entre derecho y literatura. No pueden omitirse los trabajos de Martha Nussbaum, quien en sus publicaciones plantea diversos argumentos para justificar el impacto jurídico y político de las novelas, los cuentos y, en general, las obras literarias destinadas a narrar una historia. Nussbaum considera que la narrativa se encuentra en el origen de determinadas instituciones que, una vez que se han sometido a la pertinente crítica, pueden servir como auxilio en la construcción de las teorías políticas y morales adecuadas para el debate sobre cuestiones de justicia. Asimismo, sostiene que la poesía entre otros géneros literarios puede ser útil para el desarrollo de algunas “aptitudes morales” sin las cuales los ciudadanos no lograrían modificar su realidad social, pese a que tuvieran a su disposición –y comprendieran cabalmente– las conclusiones normativas de una teoría moral, por excelente que esta sea (Gómez, 2008, pp.29-30).

En opinión de Gómez Romero (2008):

“Una situación analógica se ha presentado respecto a los temas que vertebran al movimiento Law and literatura. Entre los ejemplos que cabría traer a colocación para apoyar esta información destaca aquella corriente iusfilosófica que reivindica cierta complementariedad metodológica entre la actividad hermenéutica realizada por el crítico literario y aquella llevada a cabo por el jurista, cuyas protestas abarcan cuestiones jurídicas” (p.10).

Por otro lado, Radbruch, un muy destacado

representante de la filosofía jurídica, ha mencionado que: “Es justo reconocer que los testimonios de los poetas acerca del Derecho son, no pocas veces, de mayor peso y fuerza probatoria que los de los especialistas del Derecho, por la sencilla razón de que tienen raíces existenciales más profundas, que se hallan no solo en el pensamiento, sino en toda la personalidad” (Larrañaga, 1987, p.32).

Finalmente, en este trabajo se establece una relación más entre derecho y literatura al recurrir a una figura literaria para hacer un análisis crítico del derecho: hacer uso de una metáfora creada en la literatura para aterrizarla en un concepto que satiriza el derecho: el realismo mágico jurídico.

El realismo mágico en la literatura

Podría ser casual, o quizá no lo sea, que esta corriente literaria haya tenido fuerte arraigo e incluso su desarrollo principal en América Latina, la misma zona geográfica en donde ahora se postula el estudio del “realismo mágico jurídico”. Los contrastes de la idiosincrasia mestiza, la cosmovisión de un mundo de riqueza y diversidad son terreno fértil para el cultivo de ambas expresiones.

Existe un marcado consenso en que “el realismo mágico, como término, fue utilizado por primera vez en el año 1925 por el crítico de arte alemán Franz Roh (1890-1965) en su libro titulado: *Realismo Mágico: Post expresionismo. Problemas de la pintura más reciente*” (Villate, 2005, p.14). Sin embargo, fue en Latinoamérica, entre los años 40 y 60 del pasado siglo, en don-

de el término, que ya había caído en desuso en Europa, fue acogido y redimensionado para explicar la manera en que varios representantes de la llamada literatura del “boom” juegan con la mezcla de elementos que mistifican una realidad que por otro lado es tan cercana a lo histórico.

El “Boom Latinoamericano” hace referencia a la literatura publicada en esta región a partir del tercer cuarto del siglo XX que dio difusión mundial a los autores del centro y sur del continente americano. Los textos del Boom se distinguieron por tener una serie de innovaciones técnicas en la narrativa y su fuerza se liga al desarrollo de obras mágico-realistas de tan distintos años como: *Hombres de maíz* (1948) de Miguel Ángel Asturias; *El reino de este mundo* (1949) de Alejo Carpentier; *La isla virgen* (1942) y *Siete lunas y siete serpientes* (1970) de Aguilera Malta; *Pedro Páramo* (1955) de Juan Rulfo y *Cien años de soledad* (1967) de Gabriel García Márquez, entre muchas otras. A decir de Clifford, los inmensos aportes de estos autores al realismo mágico transformaron el modo en una concepción antropológica-cultural o “surrealismo etnográfico” que se convirtió en el grito de guerra de muchos de los autores del “boom”. Como técnica narrativa, el realismo mágico se emplea a modo de representación transcultural en la que las voces de la cultura dominada son capaces de reinscribirse en la dominante (Ruiz, 2010).

La implicación de la palabra “mágico”, dentro de esta estética literaria, tiene que ver con la manera en que este término incluye y respeta los mitos dentro del contexto realista de su escritura, agregando a esto elementos sobrenaturales

y creencias populares. Es inevitable que en un relato de realismo mágico haya “componentes de lo fantástico”. Lo real y lo irreal interactúan simultáneamente haciendo presencia dentro del mismo texto, lo cual aparentemente resulta contradictorio, pero dentro del contexto literario no lo es (Villate, 2005).

Una de las características más sobresalientes del realismo mágico consiste en presentar motivos de lo irracional, integrados completamente en la vida cotidiana (Ruiz, 2010). Existen muchos textos jurídicos vigentes en los cuales hay una interacción prácticamente imperceptible entre elementos reales e irreales, es decir, normas que efectivamente se aterrizan en la realidad y otras tantas que únicamente existen en el texto de la ley, pero se alejan totalmente de la situación vivida.

María-Elena Ángulo, entre otros críticos, han considerado el realismo mágico como un discurso narrativo específico de Latinoamérica porque “ayuda a elucidar problemas de raza, clase y género” (Ruiz, 2010, p.177). A través de esta expresión, América Latina contempla su rostro heterogéneo, siempre contrastante, “refleja su situación actual y permanente de quiebre entre paradigmas”. Se ha dicho también que es “producto de las discrepancias entre dos visiones (...) de ese momento: la cultura de la tecnología y la cultura de la superstición. Además, surgió como modo de reaccionar mediante la palabra a los regímenes dictatoriales de la época”.

Ante tantas razones que constituyen, explican y justifican el origen de esta corriente literaria y su arraigo en los pueblos latinoamericanos, no

es descabellado imaginar que las mismas características de contraste, mitificación y la actitud de aceptación hacia lo irreal puedan encuadrar perfectamente en otras manifestaciones culturales como la que ahora se postula: el realismo mágico jurídico.

Como corriente literaria, los textos del realismo mágico no pretenden crear una ilusión inconsciente y delirante como el surrealismo, sino la realidad verdadera y perfecta. Tan perfecta que posee una tendencia a ser fantástica pero a la vez apegada a la vida cotidiana, relacionada con eventos de la realidad histórica y sociopolítica totalmente identificables para el lector.

Algunas características reconocidas en el realismo mágico son:

- Contenido de elementos mágico/fantásticos, percibidos por los personajes como parte de la “normalidad”.
- Elementos mágicos nunca explicados.
- Presencia de lo sensorial como parte de la percepción de la realidad.
- El tiempo es percibido como cíclico, no como lineal, según tradiciones disociadas de la racionalidad moderna.
- Se distorsiona el tiempo para que el presente se repita o se parezca al pasado.
- Transformación de lo común y cotidiano en una vivencia que incluye experiencias “sobrenaturales” o “fantásticas”.
- Preocupación estilística, partícipe de una visión “estética” de la vida que no “excluye la experiencia de lo real”.
- El fenómeno de la muerte es tenido en cuenta, es decir, los personajes pueden morir y

luego volver a vivir (Instituto de Estudios Superiores la Aldea de San Nicolás, 2015, p.4).

Finalmente, conviene aclarar que aun cuando la connotación del calificativo “mágico” como atributo de la realidad en la corriente literaria siempre es positivo y alude principalmente a una expresión estética con las características que se han mencionado y se retomarán más adelante para vincularlas al concepto de realismo mágico jurídico; en este segundo concepto el calificativo “mágico” resultará más bien satirizante, característico de una realidad que nadie cuestiona pero que no deja de alejarse de un “deber ser” plasmado, por otro lado, de manera explícita, formal y como un compromiso del Estado en las normas jurídicas.

El realismo jurídico: una crítica al dogmatismo

Esta idea, que se critica radicalmente y que consiste en afirmar que el derecho se reduce única y exclusivamente a lo que se plasma por escrito en el mundo normativo, es en parte la que ha propiciado que la norma jurídica transite desasociada de la realidad y es herencia, un hijo ilegítimo, del positivismo dogmático del derecho.

El positivismo, que tiene como uno de sus principales representantes a Hans Kelsen, en su origen no busca alejar al derecho del aspecto práctico-social, sino más bien pretende limpiarlo de los factores subjetivos y valorativos planteados por el iusnaturalismo como, por ejemplo, los criterios de justicia natural o divina. Al res-

pecto, la opinión de Kelsen es ilustrativa: “La justicia es, ante todo, una característica posible pero no necesaria de un orden social. Solo secundariamente, una virtud del hombre” (Kelsen, 1995, p.9). El pensador austriaco se refiere en las citadas líneas a la justicia como valor extranormativo. Para él, y en general dentro del pensamiento positivista, la justicia existe dentro de la norma regulada por el Estado, por lo cual la justicia, vista como un valor intrínsecamente válido, es un accesorio que puede o no tener el ordenamiento jurídico.

El principio esencial de la llamada igualdad ante la ley no significa otra cosa sino que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca. Si el derecho otorga derechos políticos solamente a los hombres y no a las mujeres, a los ciudadanos nativos y no a los extranjeros, a los miembros de una religión o raza y no a los de otra, se respetará el principio de igualdad ante la ley cuando los órganos encargados de la aplicación del derecho resuelvan en los casos concretos que una mujer, un ciudadano extranjero o un miembro de una religión o raza determinada no tiene derecho político alguno (Kelsen, 1995, p.5).

Esta idea de suyo resulta errónea. Una evidencia histórica de ello se representa por los atroces resultados a que este pensamiento, llevado al extremo, condujo al justificar el régimen jurídico nazi antisemita, lo que agravó aún más sus efectos nocivos para el derecho, cuando se interpretó, equivocadamente, que la “teoría pura del derecho” (Kelsen, 1982) implica que lo único puro en el estudio jurídico es la norma y por

tanto se deben dejar de lado no solo los aspectos ético-valorativos, sino incluso los sociales que implican la aplicación del derecho, poniendo énfasis en el estudio de normas declarativas y dejando en segundo plano la formación práctica procesal y su estudio.

Es en este punto y de este origen que surge, como hija ilegítima del positivismo jurídico, esa idea “dogmática”, satirizada en este documento como “mágica”, de asumir que cuando una ley dice que cualquier situación “debe ser” de tal modo se implica necesaria e inmediatamente que la realidad “es” o cambia conforme se ordena.

El desdén por el estudio de lo social en el dogmatismo se ve reflejado en el uso de los conceptos “derecho positivo” y “derecho vigente”, los cuales desde esta óptica resultan prácticamente sinónimos, refiriéndose ambos a las normas jurídicas reconocidas así por el Estado. No así desde una perspectiva más amplia. Aunque las locuciones derecho vigente y derecho positivo suelen ser empleadas como sinónimos, tal equiparación es indebida pues no todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente. La costumbre aceptada por la integridad política es de derecho positivo, pero carece de validez formal. Y a la inversa: las disposiciones que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, mas no siem-

pre son acatadas. La circunstancia de que una ley no sea obedecida, no quita a esta su vigencia, pero sí se puede afirmar que no son derecho positivo (Martínez, 2007, p.277).

Este reclamo, a que el derecho atienda los aspectos de aplicación y eficacia, se constituye de manera estructural desde el enfoque denominado “realismo jurídico”. El realismo jurídico sostiene que la realidad social, como parte integrante de la naturaleza del derecho, es tan fundamental como lo normativo y lo axiológico, ya que de poco sirve una norma jurídica vigente, perfectamente redactada y avalada por los poderes estatales, con fundamento en valores esenciales y justos; si dicha norma se queda únicamente escrita, como letra muerta, sin aplicarse para regular las relaciones en una sociedad. El estudio del Derecho, por tanto, tiene como eje fundamental su campo de aplicación: la esfera donde incide en los hechos sociales.

El principal problema que se analiza desde la dimensión fáctica del derecho es su eficacia, es decir ¿qué tanto la norma creada se cumple o respeta? Y ¿qué tanto la norma está funcionando para resolver problemáticas de la sociedad? Por ello el fin que se persigue dentro de esta esfera del derecho es el bien público, es decir, procurar el bienestar de la mayor cantidad de personas posible dentro de una sociedad.

Otra afirmación del enfoque realista es que la eficacia del derecho se vincula con el bienestar común y una sociedad que está en paz, ya que “también es evidente que del respeto de los derechos de las personas y del puntual cumplimiento de sus deberes depende, en gran parte, la

paz social y la justicia, así como el bienestar y la calidad de vida de los seres humanos” (Torré, 2003, p.109).

Es relevante para los postulados de este trabajo apuntar sobre el origen geográfico de ambas posturas, ya que mientras el positivismo es de fuerte arraigo en los países latinoamericanos, el realismo corresponde más bien a los sistemas de origen anglosajón. El positivismo, en su confrontación con el iusnaturalismo, permeó desde la antigüedad al pensamiento del sistema jurídico romanista que privilegia la redacción de normas escritas, mismo que fue traído a los países latinoamericanos a través de la conquista española y portuguesa. Por otro lado, el realismo jurídico es una concepción mucho más reciente, se diría que moderna, “con múltiples variantes que suele ser dividida de acuerdo a coordenadas espaciales, así puede hablarse de realismo norteamericano y escandinavo principalmente” (Bouvier, 2011, p.27), por lo cual, como teoría y filosofía del derecho ha sido mayor su arraigo e impacto en países de tradición oral.

Los pensadores más representativos del realismo tienen su origen en dichas latitudes, entre los escandinavos se puede mencionar a Karl Olivecrona, sueco, autor de *El derecho como hecho* (1980) y *Lenguaje jurídico y realidad* (2007); Alf Ross, noruego, con sus obras *El concepto de validez y otros ensayos* (2014), *Sobre el derecho y la justicia* (2005) y *Hacia una ciencia realista del Derecho* (1997). Por otro lado, algunos representantes de la escuela norteamericana, “quienes a pesar de no haberse reconocido como una escuela, ni haberse identificado a sí

mismos como realistas, fueron inspiración para la formación y creación de Escuelas y diversas tendencias críticas sobre el Derecho” (Campos, 2013, p.37); son Pound Roscoe, autor de *Justicia conforme a derecho* (1995) y Jerome Frank con su trabajo *Derecho e incertidumbre* (2001).

Algunas de las afirmaciones sustantivas que se formulan desde el realismo jurídico son:

1. La crítica del sistema jerárquico para ordenar las normas: no existe un sistema jerárquicamente ordenado por el poder. El “sistema” no preexiste a la interpretación y aplicación del Derecho.
2. La crítica del enfoque en el derecho sustantivo: es necesario ocuparse de aquello que los tribunales hacen y no tan solo de aquello que dicen hacer.
3. La crítica a la argumentación silogística: esto es, la idea según la cual los jueces razonan silogísticamente cuando deciden una cuestión y toman en consideración una ley que les precede.
4. Rechazo de las teorías idealistas: el derecho puede ser exhaustivamente descrito a la luz de los principios empiristas.
5. Distinción entre formulaciones normativas (textos) y normas (o formulaciones interpretadas): una formulación normativa se transforma en una norma a través de los enunciados interpretativos (adscriptivos) desarrollados por jueces (Bouvier, 2011, pp. 28-32).
6. La crítica al abismo que existe entre la norma jurídica como esta aparece en los textos y lo que es en la realidad.

7. Una percepción de la falta de correspondencia entre el carácter abstracto de las normas generales y la individualidad de los casos concretos.
8. Conciencia de la naturaleza creadora de la función judicial (Campos y Sepúlveda, 2013, p.38).

En suma, esta teoría representa un reclamo por un derecho más vívido, que despierte del dogmatismo de las normas y se aterrice en la realidad. Pugna por unir la cuerda por la que transita el quehacer social cotidiano con la que avanza conforme al derrotero que señalan las normas jurídicas. Crítica al formalismo, como en este trabajo se le satiriza.

El realismo mágico jurídico: la satirización del dogmatismo en Latinoamérica

Una vez sentadas las bases que permiten aceptar antecedentes de algún contacto entre derecho y literatura, así como de los movimientos del realismo jurídico y mágico en cada uno de los espacios disciplinares respectivamente, es pertinente coaligar ambas nociones para dar construcción y ejemplos de la viveza del realismo mágico jurídico.

La literatura siempre ha jugado un papel de espejo de la sociedad, de reflejo de la misma, de esa sociedad buena o mala, en la que aparece insertada, con ánimo descriptivo, crítico o satírico, pero siempre con la intención de plasmar todo lo que la sociedad vive, siente, sufre, padece. La interacción es total. Por ese motivo, la literatura es magnífico termómetro para medir el grado de formación de una sociedad y la conciencia que la

propia sociedad tiene de sí misma. Los literatos son interlocutores válidos —no son los únicos— para conocer el modo de pensar, las mentalidades y las realizaciones de esos pensamientos. Y por medio de esa literatura no jurídica podemos llegar también al conocimiento de lo jurídico, de cómo es y cómo se aplica ese derecho dado, creado, querido o no querido, aceptado o criticado (Martínez, 2010, p.XXII)

Así como el realismo mágico surge como un movimiento característico de una sociedad de contrastes, entre las ideas democráticas y las dictaduras, el misticismo y la religión, la tradición y las tecnologías; también el realismo jurídico reclama la vigencia efectiva de las normas, su aplicación viva en la realidad, a partir de un contraste, el que se presenta entre la norma escrita y el orden social. El concepto propuesto aquí: Realismo Mágico Jurídico, constituye esa suma de reclamos ante los contrastes en las sociedades latinoamericanas, una crítica irónica a los efectos que el positivismo y dogmatismo jurídico, aunadas a una serie de prácticas y costumbres, han tenido en los sistemas legales de la región, al generar una normatividad cada vez más perfecta pero paradójicamente cada vez más apartada de la realidad social.

Paulatinamente, las normas jurídicas, tanto las de carácter general como las específicas, se van llenando de excepciones en su aplicación, toda vez que la práctica cotidiana se convierte en una costumbre contraria a la norma, misma que se va tornando en una ficción, que aparece ahí, que mucha gente conoce y no obstante la vulnera, pero a nadie parece extrañarle ni sor-

prenderle, como si la norma se convirtiera en una suerte de aspecto mágico en medio de la realidad.

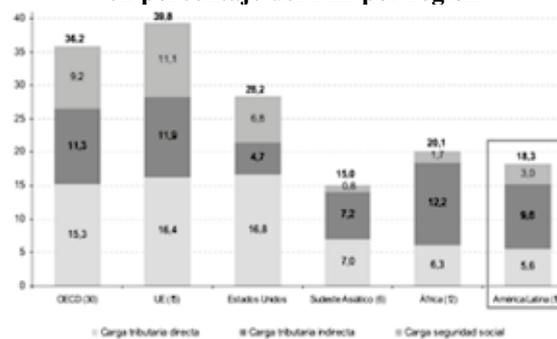
La norma existe en los textos, en los códigos y los libros. La realidad también existe pero es contraria a la norma, a la vida social. El día común de cada ciudadano transcurre percibiendo este contraste con la normalidad, alimentándolo, mientras a nadie parece sorprenderle; se trata entonces de un Realismo Mágico Jurídico.

Se pueden citar muchos ejemplos al respecto. Una muestra muy clara son las disposiciones tributarias, en las cuales se establece como obligación para todos los ciudadanos contribuir al gasto público, en muchos casos, como el mexicano, incluso a nivel constitucional. No obstante, existen en la región los más bajos índices de eficacia en la recaudación fiscal, considerando, inclusive, la tendencia en aumento en las últimas dos décadas. En promedio, solo el 20 % del Producto Interno Bruto deriva del cumplimiento de los obligados con sus cargas fiscales, porcentaje que se encuentra muy por debajo del promedio de otros países y regiones del mundo, conforme se expresa en la gráfica 1.

Así como en los textos y relatos del realismo mágico se aprecian contenidos de elementos mágicos/fantásticos, percibidos por los personajes como parte de la ‘normalidad’; en ejemplos como este apreciamos en la realidad social costumbres extranormativas o contranormativas que son percibidas como parte de lo cotidiano. Prácticas como el no expedir o solicitar comprobantes, mantener precios de venta diferentes antes y después de impuestos, reportar salarios

distintos a los recibidos, son tan comunes y normales que tienen como efecto los bajos índices de recaudación referidos, convirtiendo la norma en una ficción inmersa en la realidad.

Gráfica 1. Recaudación tributaria en porcentaje del PIB por región



(Gómez, 2010, p.7)

Otra característica del realismo mágico que se puede traer a colación para el análisis del realismo mágico jurídico en Latinoamérica es “la presencia de elementos mágicos nunca explicados”, característica que hace pensar en la impunidad presente en el sistema. Ante la realidad que describen las normas jurídicas, las violaciones al orden normativo, particularmente en materia penal, aparecen como sucesos no deseados, irregularidades, las que en teoría, de acuerdo a la misma realidad normativa, deberían ser perseguidas y castigadas, no obstante, la falta de este permite afirmarlos como sucesos mágicos que nunca fueron explicados. En el realismo mágico jurídico la impunidad representa que no existe explicación o sanción ante las faltas a la ley.

La impunidad se define como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investiga-

ción con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas” (ONU, 2005).

La impunidad debe ser entendida como la “falta de castigo”, la ausencia de cumplimiento de la ley. Es decir, no importa la existencia de la tipificación del delito y su sanción, pues quien transgrede la ley tiene por seguro que no será castigado. Mágicamente el castigo se convierte en ficción y los elementos violatorios son mitificados, pero a la vez tan reales, se asumen con normalidad por el núcleo social, a la vez que se genera el temor de tocar dichos temas. Esto desencadena diversos componentes que repercuten en ilegitimidad del sistema completo; al existir personas que transgredan, instituciones que no hacen cumplir la ley existente, entes de seguridad que sopesan su actuación en función de que el delito no será castigado, entre otros. Todo esto nutre al sistema político, al sistema de partidos, al sistema electoral y peor aún, al sistema de justicia y seguridad (Dabroy, 2015, p.1).

Es también muy sencillo corroborar dichas afirmaciones con referentes empíricos:

Cada día se cometen un sinnúmero de hechos delictivos y contra la vida en América Latina. Amnistía Internacional de Venezuela (AIVEN), publicó recientemente datos alarmantes donde se señala a la región como el lugar del planeta donde más homicidios se cometen. Cifras de la Coalición Latinoamericana para la Prevención de la Violencia Armada (CLAVE), indican que el

42 % del total de homicidios con armas de fuego se cometen en la zona. Al existir corrupción de las instituciones que deben garantizar la seguridad y la justicia, las personas suelen perder credibilidad en los sistemas democráticos y se decantan por opciones que suponen la utilización de la “mano dura” o la violencia de Estado a través de regímenes autoritarios como solución a su problemática de vida diaria.

Los problemas de ilegitimidad de la democracia relacionados a hechos delictivos y homicidios son aún mayores en los países en los cuales existió o existe (como el caso colombiano), un conflicto armado interno; Guatemala y El Salvador en Centroamérica son dos ejemplos claros al respecto. Según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la organización Small Arms Survey: Guatemala, El Salvador, Colombia, Jamaica y Sudáfrica son los Estados con el mayor número de crímenes violentos en el mundo. La impunidad ha sido un caldo de cultivo perfecto para que los mismos se multipliquen exponencialmente en lugar de reducirse (Dabroy, 2015, pp.4-5).

De esta manera, la impunidad permite la transformación de lo común y cotidiano en una vivencia que incluye experiencias no extranaturales como en las recreaciones literarias, sino extranormativas, a tal grado que la contradicción se llega a dar no solo respecto de las normas y la sociedad sino de las normas respecto de sí mismas, ya que también ha sido práctica común en los sistemas jurídicos latinoamericanos, después de atravesar por periodos dictatoriales,

la emisión de leyes de armisticio que por decreto pretenden transformar no solo la realidad actual, sino la historia, que al estilo de los relatos literarios del boom latinoamericano “se percibe como cíclica, no como lineal” ya que constantemente se repite.

Entonces cuando se habla de impunidad en Latinoamérica, también se debe hacer referencia a la que generan las “normas legales” que la proclaman o la imponen, después de que se cometieron las atrocidades que quieren olvidarse o perdonarse, con vocación de aplicación y efectos hacia el futuro. El dictador se sabe impune durante su mandato o el encabezado por los suyos. El periodo que le preocupa es el posterior, consciente de que antes o después su tiempo se acabará y entonces podrá ser objeto de persecución, incluso por el propio Estado, ya democrático, o por las víctimas que exigen justicia (Garzón, 2010, p.3).

La impunidad por decreto ha contribuido a generar un realismo mágico jurídico con el cual no solo se asume en forma necia que el presente cambia por el simple efecto de una norma legal, sino además que se puede transformar el pasado, hacerlo olvidar y sembrar semillas para un futuro irreal. Sin embargo, esta pretensión se logra solo en la versión oficial porque en la realidad vivida, en la conciencia colectiva de los ciudadanos, los actos impunes continúan lacerando y mancillando las memorias de las víctimas.

Otra manifestación del Realismo Mágico Jurídico se presenta, en el ejercicio de la práctica jurisdiccional, por la dependencia exagerada a los expedientes escritos. “El uso excesivo del

medio escrito y el culto al expediente judicial, la falta de intermediación del juez y la delegación de funciones en personal subalterno, la magnitud del retardo en los procesos y el crecido número de presos sin condena, son algunos de los principales síntomas de una justicia manifiestamente insatisfactoria” (Pasará, 2015, p.1). “Hay un dicho popular entre abogados mexicanos: lo que no está en el expediente, no existe” (Pérez, 2012, p.XVII). El expediente constituye entonces una realidad que mágicamente se constituye en la única realidad, aun por encima de los hechos materiales, no importa lo que en realidad haya ocurrido, importa lo que aparezca asentado en el expediente. Carece de significancia también lo que diga la norma o a quien de hecho asiste la razón.

Cuestiones místicas ocurren en un proceso: el acusado nunca conoce al juez que lo sentenció, las autoridades crean pruebas (Lora, 2006, p.110); y, sin embargo, la sociedad asume que las cosas son así y a nadie parece extrañarle, pese a la vulneración de derechos y de las normas que reconoce la sociedad, injusticias producto de la corrupción.

Esta constituye un mal secreto y silencioso que afecta a las diferentes sociedades a nivel global. Es otro elemento mágico en el sistema jurídico, pues, pese a lo evidente que pueda ser, resulta muy complicada su medición dado que implica actos de los cuales los involucrados se han beneficiado indebidamente y, en consecuencia, su intención no será de denuncia sino de ocultamiento respecto del acto. La corrupción

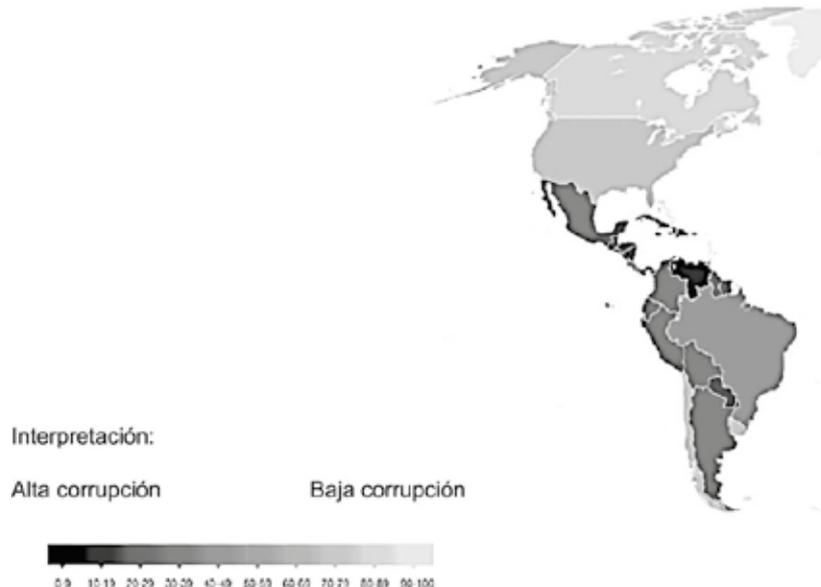
en un país se convierte en otro elemento místico, se asemeja a algún espécimen que tan pronto se ve descubierto busca de inmediato un nuevo escondite sin dejar pista atrás de su paradero (Báez & Jongitud, 2014, p.123). Es un problema acentuado en muchos países latinoamericanos conforme se ilustra en la gráfica 2.

Lo “mágico” del sistema normativo radica en lo contradictorio, lo irreal, lo que existe solo de

téntico o, mejor aún, a una concepción integral y congruente del derecho como norma, valor y realidad.

Se han presentado tres breves y sintéticos ejemplos de dichas circunstancias, pero de la misma forma pareciera “mágico” en muchos países de la región afirmar normativamente tantos postulados de justicia, vida digna, libertad de expresión, democracia, debido proceso, los

Gráfica 2. Mapa de la corrupción en América de acuerdo al Índice de Percepción de la Corrupción (2012)



acuerdo al formalismo dogmático en la ley, pero no es en absoluto apegado a la realidad material. Cuando se propone este concepto, se hace como una crítica, como una invitación a quitar el velo que mágicamente provoca la inercia de las cosas y la sociedad. El “Realismo Mágico Jurídico” es un concepto que se asienta como crítica, para ser erradicado, para mutar a un realismo jurídico au-

derechos humanos en lo general.

CONCLUSIONES

Alguna vez Gabriel García Márquez dijo: “Mi problema más importante era destruir la línea de demarcación que separa lo que parece real de lo que parece fantástico. Porque en el mundo que trataba de evocar, esa barrera no

existía. Pero necesitaba un tono inocente, que por su prestigio volviera verosímiles las cosas que menos lo parecían, y que lo hiciera sin perturbar la unidad del relato” (Cit. Bradley, 2000, p.VII).

Esta bella evocación literaria, que resume la vocación del realismo mágico, se ha retomado en este trabajo para criticar la perversión del sistema jurídico en varios ejemplos dentro de los países latinoamericanos, lacerados por vicios como la evasión, impunidad y corrupción, los cuales, aunados al dogmatismo jurídico, han provocado en muchos estudios del derecho la omisión de la realidad, sustituyéndola por el análisis estéril de la ficción normativa.

Lastimosamente, pareciera que el problema más importante de los legisladores y juristas en diversos ejemplos latinoamericanos ha sido destruir la línea de demarcación que separa lo que dice la ley de lo que ocurre en la realidad. Por su prestigio las constituciones, leyes y reglamentos se vuelven verosímiles, y se utilizan como instrumentos de engaño para el pueblo, al que se le ofrecen las reformas normativas como grandes logros y hazañas, cuando apenas constituyen un primer paso para transformar la realidad.

Por ello, la absolutamente cuestionada separación del mundo normativo y la realidad social, criticada por el realismo jurídico, se satiriza y se reclama en su debida correspondencia al calificarla como “realismo mágico jurídico”.

En el constructo del concepto “realismo mágico jurídico”, el término “realismo” se usa con cierta ironía, ya que si bien el realismo jurídico

toma a la realidad como sustento de la vida jurídica; entiende que el derecho vivido es el único derecho. El “realismo mágico jurídico” reconoce esta realidad y también la considera aun a sabiendas que en ella se encuentra un contraste absoluto con la normatividad declarada por los Estados.

La norma jurídica, heterónoma y con las características de la coercibilidad, se ha quedado a la zaga de la sociedad en general; las obras jurídicas se refieren a lo que debió haber sido o a lo que debe ser; casi nunca a lo que es: la dinámica social tiende a rebasarlas (Larrañaga Salazar, 1987, p.12).

REFERENCIAS

- Báez, J. F. & Jongitud, J. C. (2014). La influencia de la corrupción sobre el derecho a una educación de calidad. Un estudio de correlación. En *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 17(33). Colombia: Universidad Militar de Nueva Granada.
- Borges, J. L. (1955). “Prólogo a la edición castellana de *Crónicas marcianas*”. En R. Bradbury, *Crónicas marcianas*. Argentina: Ediciones Minotauro.
- Bouvier, H. (2011). “Lenguaje y teoría del derecho. Tensiones en una variante de realismo jurídico”. En *Discusiones. Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, (35). México: ITAM.
- Bradley, P. (2000). *Images, I magination and memory*. Inglaterra: Liverpool University Press.

- Campos, E. & Sepúlveda, B. (2013). *El realismo jurídico norteamericano: escuela de derecho*. Chile: Universidad de Chile.
- Cossío Díaz, J. R. (2015). *Sesión del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 10 de febrero de 2015*. Descargado 11 de febrero de 2015. En https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/10022015PO.pdf
- Dabroy, J. (2015). *La impunidad como amenaza latente del sistema democrático en América Latina: La CICIG y su lucha contra la impunidad en Guatemala*. Descargado 21 de febrero de 2015. De http://mx.boell.org/sites/default/files/downloads/Ensayo_Premio_Jahir.pdf
- Frank, J. (2001). *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara.
- Garzón, B. (2010). "Sobre la impunidad". En *Aportes. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)*, 3(13). España.
- Gómez Romero, L. (2008). *El tiempo de los débiles*. (Primera edición). México: UNAM.
- Gómez Sabaini, J. C. (2010). *Evasión tributaria y equidad en América Latina*. Argentina: CEPAL.
- Instituto de Estudios Superiores la Aldea de San Nicolás, Departamento de Lengua Castellana y Literatura, García Márquez. La narrativa contemporánea y el Realismo Mágico. Descargado 30 de enero de 2015. De: <http://www.ieslaaldea.com/documentos/doculengua/narrativa.pdf>
- Isonomía (2011). En *Discusiones, Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (35). México: ITAM.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1995). *¿Qué es la justicia?* (tr. Ernesto Garzón Valdez). México: Fontamara.
- Larrañaga Salazar, E. (1987). *Derecho y literatura*. México: Eón Editores.
- Lora, E. (2006). *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. Colombia: Mayol.
- Martínez Martínez, F. (2010). *Literatura y derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Martínez Marulanda, D. (2007). *Fundamentos para una introducción*. Colombia: Editorial Universidad de Antioquia.
- Olivecrona, K. (1980). *El derecho como hecho*. España: Labor.
- Olivecrona, K. (2007). *Lenguaje jurídico y realidad*. México: Fontamara.
- Organización de las Naciones Unidas (2005). *Conjunto actualizado de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Definición I: "Impunidad". Descargado 15 de enero de 2015. De: Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1.
- Pasará, L. (2015). *Reforma procesal y reforma judicial*. Descargado 21 de febrero de 2015. De http://mx.boell.org/sites/default/files/downloads/Ensayo_Premio_Jahir.pdf

- Pérez Vázquez, C. (2012.) *Derecho y poesía: una relación interpretativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM.
- Roscoe, P. (1995). *Justicia conforme a derecho*. México: Colofón.
- Ross, A. (2014). *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontamara.
- Ross, A. (1997). *Hacia una ciencia realista del derecho*. Argentina: Abeledo Perrot.
- Ross, A. (2005). *Sobre el derecho y la justicia*. Argentina: Ceudeba.
- Ruiz Serrano, C. (2010). “El realismo mágico de las últimas décadas en Hispanoamérica y Rusia: ¿hibridez o desaparición?”. *Anales nueva época: lo fantástico del norte y del sur*, (11).
- Torré, A. (2003). *Derecho*. Argentina: Lexis Nexis.
- Villate Rodríguez, C. (2005). *Realismo Mágico latinoamericano, aproximaciones a su influencia en el periodismo de Héctor Rojas Herazo y Gabriel García Márquez*. Colombia: Universidad Javeriana.