



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN CIENCIAS MÉDICAS,
ODONTOLÓGICAS Y DE LA SALUD
CAMPO DEL CONOCIMIENTO EN LAS CIENCIAS DE HUMANIDADES EN SALUD
CAMPO DISCIPLINARIO DE BIOÉTICA

**LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DEL DERECHO COMO PUNTO DE
INTERSECCIÓN EN LA BIOÉTICA**

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRA EN CIENCIAS
PRESENTA:

ALEXANDRA OLMOS PÉREZ

Tutor: Dr. Víctor M. Martínez Bullé-Goyri

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

México D.F., Enero 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

CONTENIDO

1. Reseña curricular del alumno	3
2. Introducción.....	5
3. Justificación.....	7
4. Viabilidad.....	8
5. Antecedentes.....	8
6. Análisis de los antecedentes.....	9
a. El pensamiento ético.....	9
b. La bioética.....	12
c. Derecho, moral y bioética.....	14
d. El principalismo de Beauchamp y Childress.....	17
e. El casuismo de Jonsen y Toulmin.....	25
f. El equilibrio reflexivo y la ponderación lógica.....	35
g. El surgimiento de la axiología.....	37
h. Los primeros axiólogos.....	41
i. Los desarrollos del debate.....	44
j. La ética material de los valores: Scheler y Hartmann.....	44
k. Las posturas de García Morente y Frondizi.....	47
l. La axiología jurídica.....	50
m. Los valores en el pensamiento jurídico iberoamericano.....	54
n. Aportaciones del debate axiológico.....	60
o. La teoría de los derechos humanos.....	62
7. Objetivo general.....	70
8. Objetivos particulares.....	70
9. Metodología.....	71
10. Infraestructura.....	71
11. Resultados esperados.....	71
12. Referencias bibliográficas.....	72

Alexandra Olmos Pérez

alexandra_olmos@hotmail.com

(044) 5585344222

Curriculum vitae

Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Graduada con Mención Honorífica. (Generación 2006-2011). Tesis ganadora del Segundo Lugar Premio Leyes de Reforma a las Mejores Tesis en Derecho 2011 categoría Licenciatura: “La selección del sexo del descendiente. Una propuesta desde la bioética”.

Trabajos publicados

- “Implicaciones éticas de la eugenesia humana”, revista Mundo Verde, CEJA-UNAM, en línea <http://www.revistamundoverde.net/articulos/eugenesia-a-debate> 14 de agosto 2012
- “Ser padres es un derecho: ¿Qué prefieren, niño o niña?”, Revista Mundo Verde, CEJA-UNAM, en línea <http://www.revistamundoverde.net/articulos/ser-padre-es-un-derecho-%C2%BFque-preferes-nino-o-nina> 3 de mayo 2012
- “El respeto a la dignidad y la autonomía del paciente. Un nuevo paradigma de la atención médica”, en coautoría con Víctor M. Martínez Bullé-Goyri, en Jurípolis, Vol. 1, No. 13, Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales de la Escuela de Humanidades y Ciencias Sociales del Tecnológico de Monterrey, México, 2012, pp. 227-240.
- “Pruebas en el proceso penal a partir de las reformas de junio 2008”, en Islas Colín, Alfredo, Et. Al. (coord.), *Juicios orales en México*, Tomo II, Flores Editores /UJAT/CONTRIB/UANL/EGAP-ITESM, México, 2012, pp. 319-341.
- “Procedimientos para grupos vulnerables y otros procedimientos especiales”, en coautoría José Luis Prado Maillard, en Islas Colín, Alfredo, Et. Al. (coords.), *Juicios orales en México*, Tomo III, Flores Editores /UJAT/CONTRIB/UANL/EGAP-ITESM, México, 2011, pp. 1-20
- “Procedimientos especiales en el sistema acusatorio penal”, en coautoría José Luis Prado Maillard, en Domínguez Náñez, Freddy, Et. Al. (coords.), *Juicios orales en México. Crítica y Análisis*, Tomo V, Jurídica & Law Press /UJAT/CONTRIB/UANL/EGAP-ITESM, México, 2011, pp. 37-54.
- “Las víctimas en el sistema acusatorio penal”, en coautoría con Alfredo Islas Colín, en Islas Colín, Alfredo, Domínguez Náñez, Freddy Altamirano Santiago Mijael, (coords.) *Juicios orales en México*, Tomo I, Flores Editores /UJAT/CONTRIB/UANL/EGAP-ITESM, México, 2011, pp. 307-336.
- “Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección de la salud” en *Revista Amicus Curiae*, Facultad de Derecho UNAM-SUA, año I, núm. 10, octubre 2010, En línea: <http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/articulos.html>
- “Implementación de la reforma penal constitucional para una mejor tutela de los derechos humanos” en Patiño Manffer, Ruperto y Ángeles Ríos Ruiz, Alma de los, en *Derecho penal. Temas de actualidad*, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, México, 2010, pp. 113-126.

Participación en eventos académicos

- Agosto 22 de 2013, Participación en la Mesa Redonda “Derechos Humanos y grupos vulnerables” en el marco del Congreso Internacional Individual Rights and Regional Integration, organizado por el Tecnológico de Monterrey y la Università Degli Studi Di Perugia, con el tema “Los Derechos de los Pacientes”.
- Julio-Agosto de 2013, Participación en el Curso Permanente de Ética de la Facultad de Derecho de la UNAM con el tema “Introducción a la bioética”.
- Abril 24 de 2013, Impartición con la Conferencia “El derecho a una muerte digna y la legislación en México”, en el Seminario Nacional de Bioética “Humanismo, cimiento de la salud”, que se llevó a cabo en el Hospital Tláhuac “Dra. Matilde Petra Montoya Lafragua”.

- Abril 22 de 2013, Impartición de la Conferencia “El enfoque axiológico en la bioética” en el Curso “Calidad en el cuidado enfermero al paciente oncológico”, que se llevó a cabo en el Instituto Nacional de Cancerología.
- Marzo 19 de 2013, Participación en el Seminario sobre el libro “Voluntades Anticipadas en México. Vivir la Muerte con Dignidad”, como coautora del libro junto con el Dr. Víctor Martínez Bullé-Goyri y comentarista, el cual se llevó a cabo en la Comisión Nacional de Bioética. La obra se encuentra actualmente en prensa como publicación en coedición entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el Programa Universitario de Bioética de la UNAM, y la Comisión Nacional de Bioética.
- Noviembre 26 de 2012, Participación con el tema “Reflexión sobre el concepto de dignidad humana”, en el Curso: “Ética, legislación e investigación en Enfermería”, que se llevó a cabo en el Instituto Nacional de Cancerología.
- Junio 7 de 2012, Coordinadora del Simposio “Bioética y Responsabilidad” y participación con la ponencia “Selección del sexo por family balancing” en el V Congreso Internacional de Bioética en la Universidad Autónoma del Estado de México.
- Mayo 26 de 2011, Impartición de la Conferencia “Autonomía personal y voluntades anticipadas” junto con el Dr. Víctor Martínez Bullé-Goyri en el IV Congreso Internacional de Bioética en la Universidad Autónoma del Estado de México.

CURSOS: 15-17 junio 2011 - Harvard Clinical Bioethics Course Harvard Medical School, Boston, MA, USA.

IDIOMAS: Inglés y Francés, avanzados.

Introducción

La reflexión bioética se caracteriza por ser de carácter interdisciplinario, y en ese sentido, el derecho es una de las áreas del conocimiento que participan en este proceso. La toma de decisiones en cuestiones de bioética debe tomar en cuenta los puntos de vista del derecho, y no verlo únicamente como una herramienta útil para institucionalizar los acuerdos y decisiones a los que se lleguen; el derecho tiene también algo que aportar y tiene que ver aquello que considera valioso y digno de protección, es decir con una noción acerca de lo valioso, entendido como aquello considerado por las sociedades humanas como importante y susceptible de constituir una base de obligaciones exigibles.

El análisis sobre los problemas bioéticos se ha centrado en la aplicación de ciertos principios, que son cuatro en la bioética principalista propuesta por Beauchamp y Childress, -que por ser la más difundida será punto de partida para este trabajo- los autores de *Principles of Biomedical Ethics*: beneficencia,¹ no maleficencia,² respeto a la autonomía³ y justicia⁴ para pasar a la toma de decisiones. Bajo el llamado modelo principalista, los principios iluminan a los casos desde un estadio superior y los casos permiten aterrizar a los principios -el llamado equilibrio reflexivo.⁵

Este enfoque -que originalmente fue planteado para el ámbito biomédico, y se ha extendido a toda la bioética sin medir las consecuencias o analizar la aplicabilidad o inaplicabilidad de dichos principios a todos los dilemas bioéticos-, además de ser insuficiente en la práctica, puesto que no contiene realmente líneas de acción concretas, ha generado la reducción de todos los conflictos en el ámbito bioético a una aplicación casi sistemática de dichos principios, sin que realmente haya una reflexión detrás de dicha aplicación acerca del contenido y las implicaciones de los mismos -todos podemos decir que debemos ser justos, sin ponernos nunca de acuerdo sobre qué es ser justos- y se ha perdido la reflexión sobre la idea de valor, que debería ser central para determinar los límites en el actuar humano y para

¹ “Principle of beneficence refers to a statement of moral obligation to act for the Benefit of others”, Beauchamp, Tom L. and Childress, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 6a ed., Oxford University Press, New York, USA, 2009, p. 197.

² “*The principle of nonmaleficence imposes an obligation not to inflict harm on others*”, *Ibidem*, p. 149. Al respecto, nos dice Diego Gracia: “Es importante diferenciar claramente el principio de no-maleficencia del principio de beneficencia...Nunca es lícito hacer el mal, pero a veces no es lícito hacer el bien. En cualquier caso, ambos principios pueden reunirse en uno solo, que mande no hacer mal a nadie y promover el bien”, Gracia, Diego, *Fundamentos de bioética*, 3ª ed., Triacastela, Madrid, España, 2008, p. 103.

³ “*Respect, in this account, involves acknowledging the value and decision-making rights for persons and enabling them to act autonomously, whereas disrespect for autonomy involves attitudes and actions that ignore, insult, demean, or are inattentive to others rights of autonomous action*”, Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), p. 103.

⁴ Después de analizar varias concepciones sobre el concepto de justicia, dicen Beauchamp y Childress: “*We have suggested a general perspective from which to approach these problems. In particular we have proposed that society recognizes global rights to health and enforceable rights to a decent minimum of health care within a framework for allocation that incorporates both utilitarian and egalitarian standards*”, *Ibidem*, pp. 280-281.

⁵ *Vid.*, *Ibidem*, pp. 381- 387.

una protección efectiva, cuestión que empobrece el análisis y vuelve cuestionables las decisiones tomadas, puesto que es en torno a la idea de valor que podemos realmente realizar una adecuada valoración bioética.

Asimismo, la reducción a los hechos, como propuso una de las corrientes críticas al principalismo, la casuística -especialmente la que emplean Jonsen y Toulmin-, que se basa en el estudio de casos paradigmáticos para la toma de decisiones y el abandono de la universalidad de los principios, no nos permite conocer las verdaderas razones que se encuentran detrás de la toma de decisiones, cayendo incluso en una argumentación puramente retórica que da por sentado el sustento de valores que existen en la sociedad que han permitido incluso la existencia misma del caso paradigmático, en el cual se basa el casuismo como punto de partida.

Los métodos de toma de decisiones derivados de las corrientes principalistas y casuistas son sin duda el resultado de malas interpretaciones acerca de dichas posturas. En ese sentido, podemos ver que la motivación, fundamentación y justificación de las decisiones es inadecuada e insuficiente, y en ocasiones esto puede verse plasmado en el ámbito de lo jurídico a través de normas que van surgiendo para regular cuestiones que preocupan a la bioética.

En el universo de lo jurídico existen diversos criterios orientadores de la conducta humana: normas o reglas, principios y valores. La principal diferencia entre las normas o reglas y los principios y valores, además de su estructura es la posibilidad de acudir a la coercibilidad para asegurar su cumplimiento, y por supuesto los mecanismos específicos que existen para lograr su positividad, es decir su carácter institucional, así como el lenguaje prescriptivo en que se formulan las normas—supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Los principios por su parte son mandatos de optimización —en el sentido de que admiten grados en su cumplimiento-, que además pueden complementar a las normas o reglas, especialmente en su aplicación e interpretación. Pero los límites verdaderos de la hermenéutica no son los principios, sino los valores. Los valores son exigencias del deber ser. La distinción entre valor y principio es que “el principio enuncia la ocasión de realizar un valor”,⁶ es decir que la diferencia es la estructura normativa de los principios. La positividad de una norma o regla es simplemente una interpretación y expresión de esa exigencia del deber ser, y la efectividad de la norma o regla es un intento de realización del valor. La diferencia entre los valores y los principios no es simplemente de abstracción, ni se trata de generalidad-especificidad, sino que de alguna manera los principios también son interpretaciones y expresiones de los valores, y deben ser siempre interpretados a la luz de ellos.

Los principios pueden ponderarse en casos concretos, pero su contenido, sus alcances, e incluso la ponderación misma depende siempre de la manera en que los interpretemos, y para hacer una buena hermenéutica es necesario entender que los principios contienen o deben contener o expresar valores, y que por ello es importante que al pensar en la aplicación de un principio —pensemos en los principios que propone el principalismo norteamericano clásico de Beauchamp y Childress- debemos primero preguntarnos qué valores están en juego, cómo se afectarían, y sobre todo hacerlo con referencia al sistema

⁶ Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1993, p. 393.

de valores en que estamos haciendo la reflexión. Los dilemas bioéticos, así como los jurídicos, no son solamente un choque de normas o de principios, sino de valores.

Si las interpretaciones que hacemos de las normas o reglas se piensan únicamente en virtud de una serie de principios que no son a su vez sometidos a ejercicios hermenéuticos en situaciones concretas, no estamos haciendo un trabajo completo. Asimismo, si interpretamos en virtud de los fenómenos que surgen efectivamente, es decir si únicamente nos servimos de los intentos que hemos hecho para la realización de los valores –y aquí nos referimos a los casos que revelan la efectividad de las normas, reglas o principios- no estaremos reflexionando acerca de las verdaderas exigencias del deber ser, que si bien no son inamovibles, estáticas y universales en un sentido tiránico, si tienden a ser la base del tejido social, y de alguna manera dotan de congruencia a las relaciones que se dan en un contexto cultural específico.

El deber ser debe ser entendido como la expresión de las exigencias que los valores nos imponen, y dicha expresión existe en el mundo moral y en el mundo jurídico. El universo de lo jurídico incluye una dimensión axiológica, y son precisamente los valores una especie de puente que une derecho y moral, por lo tanto las exigencias morales son pueden llegar a ser jurídicas, y las exigencias jurídicas también son -o deben ser- morales. Si cortamos ese canal de comunicación sacando de nuestro concepto del derecho a los valores, reduciendo lo jurídico a la positividad, estamos generando un modelo en el que la moral y el derecho corren por caminos separados, en el cual el derecho se queda sin elementos propios para interpretarse a sí mismo más allá de lo estrictamente normativo, y será la moral siempre un orden superior al cual deberá acudir el derecho ante su autoinsuficiencia puesto que al interior del derecho, no tendríamos nada que nos permitiera realmente generar nuevos paradigmas, teorías, e interpretaciones, ya que lo jurídico se agotaría en la dimensión formal.

Los derechos humanos son el ejemplo más claro de la conexión derecho-moral, y están fundados precisamente en el valor dignidad, que pertenece a la intersección entre lo jurídico y lo ético: el mundo de los valores. Sin embargo, esto no quiere decir que solamente en los derechos humanos existe esa conexión, ya que el valor dignidad es solamente uno de los componentes de ese conglomerado axiológico, que si bien podemos decir que es uno de los más importantes, y que puede ser incluso el epicentro de la estimativa contemporánea, existen mucho otros valores que son igualmente importantes, como por ejemplo la vida, entendida como valor en sentido amplio, y que es precisamente el fundamento de la bioética.

Justificación

El tema de investigación es de gran relevancia, puesto que retoma el debate que existe en torno al concepto de derecho en su relación con la moral, pero con la finalidad de plantear la función del derecho en la bioética de manera que no solamente se enriquezcan ambas disciplinas, sino que también la reflexión y la deliberación bioética se fundamenten en una visión adecuada del fenómeno jurídico como uno de sus componentes de interdisciplina.

La intención es encontrar en el elemento axiológico una base no solamente teórica, sino práctica, que pueda contextualizar sin relativizar los problemas bioéticos, y reorientar la discusión hacia los valores, que constituyen el epicentro de la discusión bioética, y que a su vez son fundamento, contenido y fin del fenómeno jurídico.

Si bien los derechos humanos se han convertido en paradigma jurídico de la expresión de valores, no son la única manera en que el derecho incorpora y proyecta su dimensión axiológica, y esto es algo que no debe perderse de vista cuando se integra la visión jurídica a la bioética.

Viabilidad

La investigación no partirá desde cero, ya que se ha iniciado con la elaboración del marco teórico, para dotar de estructura al trabajo y poder elaborar conclusiones, pero también hacer una propuesta teórica en torno al problema de investigación que sea una aportación novedosa y una aproximación que además constituya una valiosa aportación a la bioética a partir de un planteamiento sólido de filosofía jurídica.

Antecedentes

Para poder abordar el tema, es necesario primero entrar al análisis de ciertos conceptos y su desarrollo. En primer lugar, es fundamental estudiar cómo se generó el pensamiento ético, y algunos de sus paradigmas más relevantes, hasta llegar a la propuesta de la bioética, que incluso podría considerarse una nueva forma de construcción del pensamiento deliberativo.

A continuación, es necesario esclarecer la relación derecho-moral, así como las diferencias e interacciones que existen entre ambos sistemas normativos, puesto que es precisamente en este aspecto en que se basa la relación del derecho con los valores; también es fundamental analizar la forma en que el derecho participa en la bioética, para poder avanzar hacia una propuesta nueva acerca de la visión del derecho en la bioética.

Uno de los principales problemas que se pretende atender con la propuesta de investigación, es precisamente el del método de reflexión y deliberación que el derecho emplea para participar en la bioética, y en ese sentido es importante comprender dos metodologías existentes que han tenido la mayor difusión en la práctica y que han sido adoptadas por los operadores jurídicos en muchas ocasiones para aproximarse a los dilemas bioéticos: el principalismo y el casuismo, a través de sus principales y más conocidos defensores, Tom L. Beauchamp y James F. Childress en el caso del primero y Albert Jonsen y Stephen Toulmin en el caso del segundo. Es también importante conocer bien las críticas que se han hecho a estos planteamientos metodológicos, para conocer sus aportaciones y deficiencias para en análisis, la reflexión y la deliberación bioética, especialmente desde una perspectiva jurídica.

Posteriormente, debe abordarse el surgimiento de la axiología como una disciplina filosófica independiente, que demanda el análisis particular del problema de los valores, y que ha generado una serie de posturas y matices que han traído conclusiones sin duda relevantes para el pensamiento filosófico con consecuencias conceptuales que impactaron

el mundo de lo político y lo jurídico. Es por ello que no podemos dejar de lado la influencia que tuvo la axiología en la filosofía del derecho, hasta la creación de lo que conocemos como axiología jurídica, que sin duda nos dejará ver diversas posturas y concepciones en torno al fenómeno de lo jurídico, y que conlleva en sí una idea de hombre, de Estado y de sociedad y cultura.

Finalmente, como aspecto teórico ineludible al hablar de valores y derecho, abordaremos un análisis acerca de un modelo teórico que se ha constituido en el paradigma moderno de construcción y realización de valores al interior del universo de lo jurídico, que son los llamados derechos humanos, que además son producto de una reflexión desde una perspectiva moral que integra una visión y una comprensión más compleja del derecho como una herramienta protectora de ciertos valores sociales ya no solamente como mandatos de optimización, sino como mandatos de aspiración, que pretenden una protección de uno de los valores más importantes para el derecho, que además se ha constituido en su epicentro: la dignidad humana.

En torno a estos aspectos, se cuenta con un marco referencial básico estructurado, pero para poder fundamentar de manera exitosa la propuesta es necesario profundizar y analizar con detención las implicaciones que tienen las diversas posturas, y entañar los conceptos filosóficos de manera que puedan servir como marco teórico para proceder a generar conocimiento.

Análisis de los Antecedentes

El pensamiento ético

La primera vez que el hombre estuvo en contacto con el mundo que lo rodea, sin duda experimentó una sensación de profundo asombro, e inmediata e inevitablemente reaccionó ante él, estableciendo así una relación con lo extraño a él, con lo externo. Ese universo maravilloso que se presenta ante sus ojos, ese caos perfecto, es el primer objeto que el hombre elige como objeto de reflexión filosófica. Así es que ideó categorías para ordenar y comprender las cosas y la manera en que funcionan, así es como se transformó, en palabras de Ernst Cassirer, en un animal simbólico,⁷ característica que le ha permitido desarrollar desde el lenguaje, hasta el arte, la historia y la ciencia.

Esa reacción o intuición que tiene el hombre sobre el universo, implica automáticamente una apreciación axiológica. El hombre reconoce ciertos elementos esenciales en las cosas que le imponen la necesidad de valorarlas, es decir de dejar de ser indiferente ante ellas.

El pensamiento filosófico pronto trasladó su objeto al *ser* del ser humano. Mientras que los primeros filósofos presocráticos –desde Tales de Mileto hasta Anaximandro- trataban de explicar el universo, colocándose como espectadores de la verdad, los sofistas reubican al hombre como el punto de convergencia y fuente de la verdad. La apropiación de su propia libertad, que lo desata de las fuerzas externas del universo que determinan su destino, colocando a éste en sus propias manos, fue un primer paso para el desarrollo de la ética. Pero fue el pensamiento socrático el primer indicio de la tradición ética en Occidente.

⁷ Vid., Cassirer, Ernst, *An essay on man*, Yale University Press, 1944.

Para Sócrates, personaje que conocemos solamente a través de los escritos de otros, las enseñanzas de los sofistas eran hipócritas y contradictorias, puesto que no es el hombre, en palabra de Protágoras, la “medida de todas las cosas”, sino que las cosas están ahí, y el hombre debe esforzarse por conocerlas, no a través de la retórica y la argumentación, sino de la razón, puesto que en la medida en que lo haga, podrá cumplir con su deber. La virtud fue el parámetro ético de la filosofía griega en Sócrates y su discípulo, Platón, y el primer paso para llegar a ella era reflexionar sobre el universo y sobre uno mismo; aquél que actúa mal es porque no conoce. En el pensamiento socrático, y posteriormente en el platónico, la verdad se convierte en normativa.

La muerte de Sócrates fue el momento de la consolidación de su pensamiento, el símbolo del nacimiento de la ética occidental. A falta de obra escrita, la condena y muerte de Sócrates a manos de los atenienses de la época, quienes lo acusaron de pervertir a los jóvenes con sus enseñanzas, fue la mayor contribución que este hombre hizo a la filosofía. Un hombre que muere en defensa de sus ideales, y que convencido de tener la razón, se entrega a las leyes de su ciudad. A partir de ese momento, dice Jaeger, “todas las nuevas ideas éticas o religiosas que surgían, todos los movimientos espirituales que se desarrollaban, invocaban su nombre”.⁸ Es justo decir que en Grecia se fundó la filosofía occidental, y que Sócrates fundó la ética.

A tres pueden reducirse las cuestiones que constituyen el fondo de toda la Ética, y en torno a las cuales vienen girando todas las discusiones filosófico-morales desde que Sócrates, queriendo acabar con la anarquía moral ocasionada por los sofistas, trató de arrancar aquella ciencia de la funesta tutela de los dioses helénicos para fundarla y reedificarla sobre la razón. ¿En qué consiste el bien moral? ¿Cuál es la facultad o el medio en que hemos de conocer y apreciar el bien moral? ¿Qué condiciones interiores y exteriores se necesitan para realizar el bien moral?⁹

A partir de entonces, reflexionamos sobre la esencia de lo *bueno* y lo *malo* para guiar nuestra conducta y para generar normas de carácter moral, que son necesarias para una convivencia lo más armónica posible en sociedad. El griego había vencido a la vida con su libertad, y así como los héroes de los poemas homéricos, aquel individuo excepcional que desafió al destino y a su propia muerte y que pudo alcanzar la eternidad en la memoria de la humanidad, debemos ser todos los hombres. No era tarea fácil, puesto que la virtud era una cuestión que integraba la salud del cuerpo y, sobre todo, del espíritu. Era este el sentido de la existencia, conocer la verdad para poder llevar la mejor vida posible, o mejor aún *ser el mejor hombre posible*, en encontrar la felicidad, diría Aristóteles.¹⁰ Sócrates fue un héroe, pero un héroe bastante distinto de aquellos que viven en La Ilíada y La Odisea: el héroe ético.

Sin embargo, el ideal del hombre virtuoso, que en el mundo helénico se convirtió en el objetivo del actuar humano, fue popularizado a raíz de las religiones monoteístas que se expandieron por Europa a la caída del Imperio romano -que había heredado la tradición del

⁸ Jaeger, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, libro tercero, FCE, México, 2001, p. 389.

⁹ Gafo, José Domingo, “Crisis moral”, *Boletín de ética*, núm. 3, vol. 3, año 1911, p. 7

¹⁰ *Vid.* Granja Castro, Dulce María, “Aristóteles y las virtudes”, Platts, Mark, (comp.), *La ética a través de su historia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México, 1998, pp. 24-39.

pensamiento griego, pero se convirtió en la ciudad del jurista, de la política y de la ley más que del filósofo, la verdad y la ética-, especialmente de la cristiana, que no impulsaron la educación de sus seguidores, sino su ignorancia y ciega obediencia. A partir de entonces, la virtud podía ser alcanzada por cualquier hombre, simplemente siguiendo una serie de reglas impuestas por un ser supremo, que lo único que pide es una fe que no sea cuestionada por la razón. Pero aun así, la vida humana no dejaba de tener un sentido, puesto que obedeciendo aquello que nos pide el ser supremo, podemos vivir una vida después de la muerte, que es mucho mejor que la vida terrenal, puesto que en ella habremos de desprendernos de todo aquello que nos causa dolor, incluyendo al cuerpo mismo, y no existirá la muerte ni el sufrimiento. El *ethos* gira en torno a la trascendencia del alma, y una libertad para llegar a ella que es resultado de la voluntad creadora de Dios, que se manifiesta a los hombres en la creación divina de todo aquello que existe, y que les manda “crear para conocer” la única verdad, que es él mismo.

Con el advenimiento del siglo XV comienza el final de lo que llamamos edad media, y que precisamente fue la etapa intermedia entre el esplendor helénico y el renacimiento. Los inicios de esta nueva etapa coinciden con el desarrollo del pensamiento nominalista y racionalista, que deposita su confianza de nuevo en la razón del hombre para el conocimiento de la verdad, desvinculándose de la fe como camino hacia ella, y reafirmando así la idea de libertad y autonomía de la voluntad en el hombre como amo de su destino.¹¹ El desarrollo de la ciencia, que se había atenuado en siglos anteriores, vuelve a brillar con toda su fuerza, iniciándose así en una trayectoria imparable en la que el método científico será la guía del conocimiento de la humanidad.

Hacia el siglo XVIII, simbolizado por el racionalismo ilustrado y las ideas de la universalización del conocimiento, la *techné*, técnica o arte de hacer algo, se fue convirtiendo lentamente en tecnología, es decir en capacidad modificadora, creadora, innovadora, que, llegando el siglo XIX, abrió paso a la llamada Revolución Industrial, que parecía haber llegado a resolver los problemas que planteaba la satisfacción de las necesidades humanas¹². Sin embargo, fue entonces que el hombre fue testigo de las repercusiones que podían tener sus acciones, puesto que la evolución del proceso de producción generó condiciones laborales injustas para la población obrera, que se veían reemplazados por el trabajo de las máquinas, lo cual tecnificaba y abarataba el trabajo humano.

Las teorías evolucionistas potencializaron ese sentimiento de competencia que existía entre los individuos por la apropiación de los recursos materiales, puesto que la selección natural, que funcionaba en virtud de la capacidad adaptativa, se daba entre los individuos incluso de la misma especie. El hombre se encuentra inmerso en una tragedia nueva, en la que la regla

¹¹ “...de esta forma, el hombre es caracterizado, ante todo, como una 'esencia libre', y esta libertad fue contemplada como el componente esencial y último de la humanidad, de modo que decir 'racional' era sinónimo de decir 'libre' ”, Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, UNAM, México, 1999, p. 301.

¹² Thomas Malthus, en su obra “Ensayo sobre el principio de la población” de 1798, había externado una preocupación dado el crecimiento geométrico de la población frente a un crecimiento aritmético de los recursos, es decir que la población humana estaba teniendo un crecimiento ilimitado ante unos recursos limitados. Lo que sugería Malthus era que los recursos se estaban acabando, y parece que el mensaje fue recibido en el sentido de que había que optimizar los recursos, acapararlos y explotarlos cada vez más.

es adaptarse o morir, y su respuesta fue emplear a la tecnología para cubrir sus necesidades en este nuevo entorno de escasez.

Así empezó la carrera por la vida -y del consumo-, que parecíamos haber ganado cuando en 1953 Watson y Crick afirman haber descifrado su secreto al determinar finalmente cuál era la estructura del ADN, que parecía abrirnos una puerta hacia una infinidad de posibilidades: ¡tenemos a la vida en nuestras manos!

La bioética

No en vano nos han dicho que tengamos cuidado con lo que deseamos. La vida entra en la esfera del actuar humano, cuestión que es totalmente nueva para él. Con el *boom* en la ciencia y la tecnología, empezaba a configurarse un nuevo tipo de *homo*, aquél que tiene la posibilidad de ser arquitecto de su vida y de su futuro y no solamente de la suya, sino de lo que le rodea: el nuevo *homo faber*. Pero éste tiene no solamente la capacidad de crear, sino también la de destruir, lo que quedó muy claro durante las dos guerras mundiales que marcaron al siglo XX. El problema es que la “materia prima” del *homo faber* de la modernidad es la vida, y es eso mismo lo que está en riesgo. Dice Juliana González que “ el siglo XX representó, en efecto, la ruina de lo humano del hombre y a la vez trajo consigo una nueva aurora del ímpetu ético (y axiológico) de la humanidad. Nunca quizás los valores y los contravalores habían sido tan agudamente manifiestos, en tanto que dos absolutos antitéticos, como en estos tiempos de luz y de extrema oscuridad, cuya doble contradictoria presencia aún sigue viva”.¹³ Si bien esto es cierto, también lo es que el siglo XX vio el doloroso despertar de la conciencia humana al hecho de que, contrario a lo que creíamos

...no es la Ética como la Filosofía especulativa, por ejemplo, ni como la Física, la Mecánica, la Técnica agrícola y otras ciencias o artes por el estilo. De éstas podemos prescindir, sin ellas es posible la vida social; sin moral, no. La inmoralidad es absolutamente enemiga de la vida social; por eso, afortunadamente, ni existió ni existirá una sociedad totalmente inmoral. Se concibe un individuo inmoral o totalmente inmoral; pero no se concibe, ni es más posible una sociedad, un agregado de hombres, que se relacionen de algún modo, sin observar las leyes más fundamentales de la Ética y el derecho: la disolución y la muerte serían su consecuencia y su sanción inevitables. No solamente es cierto que la moral *debe ser* el fundamento del orden social, sino que *de hecho* lo es de un modo necesario.¹⁴

En el momento en que la vida misma se convierte en objeto -por no decir en víctima- de la acción humana, ésta se convierte en objeto de la ética. Pero la ética por sí sola, es insuficiente para resolver los dilemas que se le plantean, necesitando abrirse y salir de sí misma para interactuar con otras áreas del conocimiento. Es cierto que la ética aplicada tampoco trabaja aislada, pero existe una diferencia más allá de lo gradual en la manera en que la ética aplicada interactúa con otros conocimientos y la manera en la que lo hace en el seno de la bioética.

¹³ González Valenzuela, Juliana, “Introducción”, en *Perspectivas de bioética*, FCE/UNAM/CNDH, México, 2008, p. 13.

¹⁴ Gafo, *op. Cit.* (nota 9), p. 3

Por otro lado, retomando una hermosa referencia que hace Fernando Savater en su *Ética para Amador*, si bien la ética surge para el hombre en el momento en que se enfrenta a otro hombre, como cuando Robinson Crusoe ve la huella de Viernes en la arena, así la bioética surge cuando el hombre encuentra la huella de la naturaleza, o de la vida.¹⁵

Es así que en 1970, Van R. Potter, bioquímico estadounidense especialista en cáncer, hace un llamado a la prudencia, mediante un artículo publicado en la Revista *Perspectives in Biology and Medicine* intitulado “*Bioethics, The Science of Survival*”, el cual dio lugar un año después al libro “*Bioethics. Bridge to the Future*”. Ésta fue la primera vez que se empleó la palabra bioética en un texto,¹⁶ y fue empleada por Potter para denominar a su propuesta: una nueva disciplina, con un método interdisciplinario, que estableciera relaciones entre las ciencias naturales y las ciencias sociales para hacer posible la continuación de la vida en el planeta. El nombre *Bioethics*, dice Potter, es empleado “*in order to emphasize the two most important ingredients in achieving the new wisdom that is so desperately needed: biological knowledge and human values*”.¹⁷

La bioética no es una rama de la filosofía -o de la filosofía moral-, sino que la filosofía es una de las varias disciplinas que conforman a la bioética. La ética de la bioética no es solamente la ética filosófica, o la ética médica o la ética jurídica. No es reductible a una ética aplicada,¹⁸ porque la misma ética necesita salir de sí o entrar a analizar objetos de estudio ajenos al que estrictamente le corresponde temporalmente para entrar a la bioética, espacio en donde se encuentran las ciencias y las humanidades, estableciendo un diálogo para la reflexión en relación a los conflictos que los descubrimientos científicos y los avances tecnológicos, y el impacto que generan en relación al *deber ser* las nuevas dimensiones conocidas del *ser*, con la finalidad, dice Juliana González, de “imprimirle cualidad de bondad a las nuevas posibilidades de la vida”¹⁹ que abren la ciencia y la tecnología, así como de conservar una calidad de vida acorde con la dignidad.

La reflexión bioética, en palabras de Potter, pretende generar sabiduría suficiente para manejar el conocimiento,²⁰ no para limitarlo, sino para orientarlo, a fin de que sea posible

¹⁵ *Vid.*, Sabater, Fernando, *Ética para Amador*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, pp. 123-143.

¹⁶ Ya había empezado a gestarse esta idea de vincular a las ciencias y las humanidades para desarrollar una ética en torno al tratamiento de la vida y las ciencias de la salud -en 1966 Hans Jonas había publicado *The Phenomenon of Life. Toward a Philosophical Biology*, y en 1969, Daniel Callahan y Willard Gaulling fundaron el Institute of Society, Ethics and the Life Sciences en Nuevo York, el cual se convertiría después en el Hastings Center-, pero el término “*Bioethics*” se atribuye a Potter, aunque en 1927, un teólogo y filósofo alemán, Fritz Jahr, ya había publicado un artículo intitulado “*Bio-Ethics: A Review of the Ethical Relationships of Humans to Animals and Plants*”.

¹⁷ Potter, Van Rensselaer, *Bioethics. Bridge to the Future*, Prentice-Hall, Nueva Jersey, EUA, 1971, pp. 2. Más adelante justifica su propuesta: “*I have taken the position that biology is the science that can most fruitfully be combined with the humanities and that both are necessary for survival*” (Idem, pp. 25). También habla de la imposibilidad de prescindir de las ciencias naturales: “*The idea that man’s survival is a problem in economics and political science is a myth that assumes that man is free or could be free from the forces of Nature. These disciplines tells us what men want, but it may require biology to tell what man can have...*”, *Ibidem*, pp. 26.

¹⁸ “...lo que más ha contribuido a la crisis de esta moral artificial, y, más o menos, a la crisis de la moralidad que hoy experimentamos, ha sido y aún es el afán de agregar a la Ética problemas que le son bastante ajenos o totalmente extraños...”, Gafo, *op. Cit* (nota 9), p. 6

¹⁹ González, *op. Cit.* (nota 13), p. 43

²⁰ “*Knowledge of how to use knowledge*”, lo que él llama *wisdom*. *Vid.*, Potter, *op. cit.* (nota 17).

asegurar la continuidad de la vida como la conocemos. Acerca de esta cuestión, profundiza Hans Jonas, cuando establece que la responsabilidad surge del poder transformador del hombre, pero sobre todo del valor de aquello sobre lo cual el hombre es capaz de ejercer dicho poder, especialmente la idea misma de hombre.²¹

Con anterioridad mencionamos que la ética había dotado a la existencia humana de un sentido, que no se había perdido con la llegada del monoteísmo, pero que poco a poco se fue confundiendo con la sensación de insaciabilidad y de necesidad de consumo. La tecnología, se suponía, iba a hacer nuestra vida más cómoda, liberándonos de la lucha por la supervivencia -de la biología- logrando la satisfacción de nuestras necesidades materiales para poder ocuparnos de nuestras necesidades espirituales, pero en el camino, lo que perdimos fue la razón de la vida misma. En el intento de ser más libres, nos convertimos cada vez más en esclavos de nosotros mismos. Leo Strauss dijo

La crisis de Occidente consiste en que su objetivo se volvió incierto. Occidente tuvo alguna vez un objetivo claro, un objetivo en el que todos los hombres estarían unidos, y por ende tenía una visión clara de su futuro en tanto futuro de la humanidad. Ya no poseemos esa certeza y esa claridad. Algunos incluso perdieron la esperanza en el futuro y esta falta de esperanza explica muchas formas de la degradación contemporánea de Occidente.²²

Hoy en día, no sabemos para qué estamos aquí, y esa es una gran pérdida de la civilización occidental, que se entregó a la razón, a la ciencia y luego se abandonó en la comodidad de la tecnología hasta darse cuenta que, no solamente no había logrado lo que buscaba -satisfacer sus necesidades-, sino que ya se le olvidó qué era lo que debía realmente buscar.

Derecho, moral y bioética

Tanto la moral como el derecho son sistemas normativos de la conducta humana que se generan culturalmente y que apuntan a la obediencia, exigencia e institucionalización de sus normas, y en ese sentido se complementan. La moral regula la conducta, pero el derecho puede ser empleado para preservar a la moral, sin que esto implique que ésta sea inmutable.²³ Sin embargo, tanto las normas jurídicas como las morales son, a su manera, expresiones del deber ser, que no es más que las exigencias que los valores nos imponen, y ambas constituyen herramientas que emplea el hombre para proteger aquello que considera

²¹ Vid., Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad*, 2ª ed., Herder, Barcelona, España, 2004.

²² Strauss, Leo, *La ciudad y el hombre*, Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 12.

²³ Sobre la idea de que el derecho puede provocar que la moral se vuelva estática, dice Devlin: “*I do not see why it should have that effect. At worst it leaves morality as mobile as the law; and though it may not be easy to change the law, it is far easier than to change a moral belief in a community. In fact, for practical reasons the law never attempts to cover the whole of public morality and the area left uncovered is naturally that which is most susceptible to change. But assume that it did cover the whole of public morality, its effect would be not to freeze but to regulate the process of liquefaction and to help distinguish the changes which are motivated by a genuine search after moral improvement from those which are relaxation into vice*”, Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, New York, USA, 1970, p. 115. Esto quiere decir que el derecho tampoco busca legitimar o prolongar un *status quo*, sino cuidar aquello que la sociedad establece como importante. Tanto la moral como el derecho son productos sociales y como tales dependen de la evolución misma del hombre dentro de la sociedad.

importante para él, es decir valioso, en el contexto en el que se encuentra, así como para la posibilidad de la convivencia social; tanto derecho como moral apuntan a la realización de valores.

Ambos se componen de normas y principios, de deberes y obligaciones, pero la diferencia principal entre un sistema y otro es que el derecho puede hacerse cumplir aún en contra de la voluntad del sujeto a través de una serie de instituciones, es decir que es coercible, y además forma parte de un sistema en el que existen relaciones distintas que en el plano de la moral, en el sentido de que integra la idea de autoridad, y por lo mismo, son fundamentales y centrales para el derecho las nociones de legitimidad, legalidad y por supuesto validez. Sin embargo, vale la pena analizar lo que nos dice al respecto Germán Bidart Campos:

Puede creerse que si el fenómeno jurídico –o la juridicidad- sólo existe en la positividad, y que todo lo previo o anterior carece de juridicidad, es porque a eso previo o anterior le falta algún elemento esencial o constitutivo de la juridicidad. Si ese elemento es la coacción o la coercibilidad, lo descartamos, porque negamos que ellas sean esenciales al derecho. En el mundo jurídico (derecho positivo) hay casos en que la coercibilidad falta, o no es necesario acudir a ella porque se da la obediencia y el funcionamiento más o menos espontáneos (o sea, sin coacción ni amenaza de ella).²⁴

No es posible, como se pretendió por mucho tiempo, separar por completo derecho y moral, puesto que existe un punto de intersección que hemos mencionado con anterioridad: los valores. La moral y el derecho son expresiones distintas del deber ser, y aunque desde el punto de vista de la positividad –que se refiere a mecanismos establecidos para la formalización de una norma jurídica- es posible identificar claramente la diferencia entre una norma jurídica y una moral, lo importante es que la verdadera eficacia de las normas - que no siempre depende de la coercibilidad y que no siempre corresponde con la positividad. Decimos esto porque es en la eficacia donde veremos –o intentaremos ver- cristalizada la realización del valor –o de nuestra interpretación contextual del valor. Como podemos ver, tanto el derecho como la moral son sistemas normativos que pretenden regular la conducta del hombre en tanto ser libre. Sin embargo, la relación entre derecho y moral ha sido objeto de grandes debates entre las diversas corrientes iusfilosóficas; por un lado algunas llegan incluso a negar que exista o que deba existir nexo alguno entre estos dos, estableciendo la validez del derecho únicamente en función de su positividad²⁵ -es decir de su existencia en virtud de requisitos formales establecidos dentro del orden jurídico

²⁴ Bidart, *op. Cit.* (Nota 6), p. 107.

²⁵ Ejemplo de lo anterior, tenemos a Hans Kelsen, que estableció que “*A definite legal order may or may not correspond to a certain moral order; but the validity of the legal order does not depend on its correspondence to a moral order. It may, from the point of view of a certain moral order, be considered as morally good or morally bad...Hence law must be distinguished from justice. A statement about the law must not imply any judgment about the moral value of the law, about its justice or injustice; which, of course, does not exclude the postulate that the law should be just*”, Kelsen, Hans, “*What is the Pure Theory of Law?*”, *Tulane Law Review*, Vol. 34, Tulane University Law School, New Orleans, Louisiana, USA, 1959-1960, p. 273. Lo que Kelsen parece establecer es la independencia de la validez del derecho de la moralidad del derecho, separando el ser del deber ser del derecho.

en que nos encontremos-, y, por otro lado, hubo algunas que llegaron a negar la validez positiva del derecho en caso de que contraviniera la moral.²⁶

En cuanto a la relación del derecho con la bioética, Juliana González nos dice que “Es manifiesto que la ética requiere del derecho para la eventual institucionalización y puesta en práctica de sus principios, tanto como el derecho requiere sustentarse en valores éticos y en una concepción básica de la idea del hombre y de la naturaleza humana”.²⁷ La relación entre la bioética y el derecho es fundamental, puesto que la vida, que constituye el vértice de la reflexión bioética, es un tema central para el derecho, el cual lo reconoce como un bien jurídico tutelado, y así está establecido en prácticamente todos los sistemas jurídicos. El derecho, en su papel regulatorio y gracias a su naturaleza normativa, es un instrumento muy útil capaz de contemplar -si no es que ya lo hace- aquellos dilemas que preocupan a la bioética.

Asimismo, el derecho implica una serie de bienes y valores que se han vuelto a su vez problemas bioéticos, por lo que la relación entre ambas disciplinas se ha vuelto innegable y necesaria, puesto que éste se ha convertido en una herramienta para darle estructura y fuerza a la reflexión generada en aquélla, aportando también su propio sistema de valores.

Debemos comprender que la justicia no se encuentra implícita en la existencia de las normas jurídicas y dejar de lado la visión puramente punitiva, prohibitiva o coercitiva del derecho, que resalta como única característica distintiva de éste la coercitividad, provocando la exclusión del derecho de la reflexión bioética, para comenzar a generar una teoría de los valores desde el punto de vista jurídico a fin de que éste pueda realmente aportar al diálogo interdisciplinario y ayudar a la construcción de una verdadera bioética.

Recientemente se ha comenzado a hablar del llamado Bioderecho, es decir de una nueva rama del derecho que constituye una síntesis entre el derecho como disciplina y la bioética. El problema es que dicha concepción, además de ser conceptualmente errónea, puesto que en realidad no podemos hablar de una nueva rama del derecho como tal, puesto que el valor vida no es algo novedoso como bien jurídicamente tutelado, así que serán las diversas ramas del derecho existentes -como el derecho penal, civil, procesal, constitucional, internacional o administrativo, entre otros- las que se encargarán de las problemáticas que surjan de nuevos descubrimientos científicos o tecnológicos que se relacionen con la vida, ubica al Bioderecho como una síntesis entre derecho y bioética, entendiendo a éste último como “el brazo armado de la Bioética”, es decir que “ésta fija las reglas éticas, aquél las impone mediante su obligatoriedad y las sanciones correspondientes”,²⁸ excluyendo al

²⁶ Así tenemos que Radbruch escribió: “...si bien es cierto que el Derecho no puede realizar directamente la moral, puesto que ésta es, necesariamente obra de la libertad, si puede hacerla posible; el Derecho es la posibilidad de la moral, con lo cual queda dicho se está que es también la posibilidad de lo inmoral, con lo que se distingue de la moral por su contenido...El Derecho, distinto de la moral por su contenido, se halla, consiguientemente, unido a ella por un doble vínculo: la moral es el fundamento sobre el que descansa la validez del derecho, porque el hacer posible la moral constituye una meta del orden jurídico”, Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, 1ª ed., 9ª reimpresión, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 42, México, 2005, p. 56.

²⁷ González Valenzuela, Juliana, *Genoma humano y dignidad humana*, Editorial Anthropos/Facultad de Filosofía y Letras UNAM, Barcelona, España, 2005, pp. 63.

²⁸ Figueroa Yáñez, Gonzalo, “Bioderecho”, en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Tomo II, Comares, Granada, España, 2011, p. 153.

derecho de la reflexión bio-ética. Si el Bioderecho pretende ser una síntesis entre bioética y derecho, es lógicamente falso que a la vez constituya una parte del derecho, ya que tendría entonces una categoría de todo y no de parte, y no se puede ser todo y parte a la vez.

El derecho cuenta con un bagaje axiológico muy rico, que debería formar parte de la deliberación y la toma de decisiones en cuestiones bioéticas. Si nuestra visión del derecho se limita al elemento institucionalizador y coercitivo, su intervención será siempre a posteriori, es decir después de la toma de decisiones, y no podrá incorporarse al diálogo interdisciplinario, sino que únicamente servirá como una herramienta para dar certeza a lo que se haya establecido al interior de la discusión bioética, lo cual empobrece a la bioética misma.

Aun cuando empleamos y necesitamos al derecho para responder la pregunta ¿cómo debo proteger?, La bioética se enriquece al preguntar a las diferentes disciplinas y áreas del conocimiento que se integran y participan en ella ¿qué debo proteger?, y ¿por qué debo protegerlo?, y esto no debe excluir al derecho.

El principalismo de Beauchamp y Childress

El 8 de agosto de 1945 las potencias vencedoras en la segunda guerra mundial –Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética- firmaron la Carta de Londres decidieron constituir un tribunal militar *ad hoc* -competente para conocer de los crímenes de guerra, contra la humanidad y contra la paz- con la finalidad de enjuiciar a los líderes del régimen nazi, responsables del Holocausto.

El tribunal se instaló en la ciudad de Nüremberg, Alemania, y fue a raíz de dichos juicios – en los que se acusaban a 20 individuos pertenecientes al personal médico del régimen nazi y se sentenciaron a 9 personas a cadena perpetua y a 7 más a muerte por homicidio, tortura y otras atrocidades cometidas en nombre de la ciencia y la medicina- que se redactaron los diez principios básicos²⁹ que deben tenerse en cuenta para realizar experimentos en seres humanos, los que se conocen como el Código de Nüremberg de 1947.

²⁹ 1) el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial; 2) el experimento deberá ser tal que prometiera dar resultados beneficiosos para el bienestar de la sociedad, y que no pudieran ser obtenidos por otros medios de estudio. No podrán ser de naturaleza caprichosa o innecesaria; 3) El experimento deberá diseñarse y basarse sobre los datos de la experimentación animal previa y sobre el conocimiento de la historia natural de la enfermedad y de otros problemas en estudio que puedan prometer resultados que justifiquen la realización del experimento; 4) el experimento deberá llevarse a cabo de modo que evite todo sufrimiento o daño físico o mental innecesario; 5) no se podrán realizar experimentos de los que haya razones *a priori* para creer que puedan producir la muerte o daños incapacitantes graves, excepto, quizás, en aquellos experimentos en los que los mismos experimentadores sirvan como sujetos; 6) el grado de riesgo que se corre nunca podrá exceder el determinado por la importancia humanitaria del problema que el experimento pretende resolver; 7) deben tomarse las medidas apropiadas y se proporcionarán los dispositivos adecuados para proteger al sujeto de las posibilidades, aun de las más remotas, de lesión, incapacidad o muerte; 8) los experimentos deberán ser realizados sólo por personas calificadas científicamente. Deberá exigirse de los que dirigen o participan en el experimento el grado más alto de competencia y solicitud a lo largo de todas sus fases; 9) en el curso del experimento el sujeto será libre de hacer terminar el experimento, si considera que ha llegado a un estado físico o mental en que le parece imposible continuar en él; 10) En el curso del experimento el científico responsable debe estar dispuesto a ponerle fin en cualquier momento, si

Así se sujeta, por primera vez a nivel internacional, la actuación de los investigadores en el ámbito de las ciencias médicas a normas jurídicas y se obliga al Estado a hacer valer estas normas dentro de su territorio. Fue así como la ética médica se convirtió en una cuestión relevante a nivel internacional, puesto que en el ámbito clínico está en juego también la integridad personal y, por lo tanto la dignidad humana.

No obstante lo anterior, en 1966, Henry K. Beecher, profesor de anestesiología de la Universidad de Harvard, publicó un artículo en el *New England Journal of Medicine* intitulado “Ethics and Clinical Research”, donde hablaba de casos de experimentos realizados sobre seres humanos realizados en los Estados Unidos y financiados con recursos públicos, que evidentemente no cumplían con las normas y principios éticos aplicables a la investigación clínica establecidos en el Código de Nüremberg.³⁰

Esto, aunado a las revelaciones sobre los experimentos realizados sobre personas con sífilis en Tuskegee, Alabama –publicados el 26 de abril de 1972 en el New York Times- dio lugar a la *Patient Bill of Rights* de la *American Medical Association* en 1973 y luego a que en 1978, con base en los trabajos de la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, redactara un informe en el cual se establecieron los principios básicos rectores en toda decisión de bioética -respeto a la autonomía, beneficencia y justicia-, así como los requisitos mínimos del consentimiento informado, conocido como el Informe Belmont, en cuya elaboración participaron personajes como Tom Beauchamp y James Childress, y que después dio lugar a su obra *Principles of Biomedical Ethics*, publicándose su primera edición en 1979.

Dicha obra, constituye la principal referencia -o por lo menos la más conocida y difundida- de la corriente de pensamiento conocida como principialismo o principialismo.³¹ Los autores parten de la moralidad común³² para establecer los 4 principios³³ que constituyen

tiene razones para creer, en el ejercicio de su buena fe, de su habilidad comprobada y de su juicio clínico, que la continuación del experimento puede probablemente dar por resultado la lesión, la incapacidad o la muerte del sujeto experimental.

³⁰ Vid. Beecher, Henry K., “Ethics and Clinical Research”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 274, núm. 24, Boston, EUA, junio 1966, pp. 1354-1360.

³¹ “El término principialismo se usa en Bioética para referirse a un corriente de pensamiento que privilegia principios abstractos, de validez aparente o absoluta, cuya formulación, especificación, justificación y aplicación son parte de la deliberación moral”, Lolás Stepke, Fernando, “Principialismo (ético)”, en Romeo Casabona, *op. Cit.* (nota 28), p. 1305.

³² La moralidad común es definida por los autores como “*The set of norms shared by all persons committed to morality...the common morality is applicable to all persons in all places, and we rightly judge all human conduct by its standards...the common morality is not relative to cultures or individuals, because it transcends both.*”, Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), p. 3. Más adelante, dicen Beauchamp y Childress “The four clusters of principles we present do not constitute a general ethical theory and provide only a framework of norms with which we can start in biomedical ethics” (*Ibidem*, p. 16).

³³ La diferencia entre principios y reglas es que, si bien ambos conceptos se refieren a normas generales que establecen obligaciones y derechos, “...rules are more specific in content and more restricted in scope than principles. Principles do not function as precise guides to action that direct us in each circumstance in the way that more detailed rules and judgments do”, *Ibidem*, p. 13.

deberes *prima facie*³⁴ -es decir evidentes o aparentes a primera vista, pero que no son absolutos, sino que pueden ser sometidos a un proceso de balanceo o *balancing*³⁵- en el ámbito de la biomedicina.

De acuerdo con Beauchamp y Childress, respeto a la autonomía,³⁶ beneficencia,³⁷ no maleficencia³⁸ y justicia³⁹ permiten derivar un contenido moral básico, sin que sea necesario acudir a las teorías éticas para la toma de decisiones. Si bien no sostienen una postura anti-teórica, consideran que las teorías no debe esperarse derivar reglas concretas,⁴⁰ además de que es mucho más complicado alcanzar un consenso en el plano teórico⁴¹ y de que la mayoría de las teorías tienen puntos débiles, que pueden ser subsanados al complementarse entre ellas.⁴²

Los autores no desarrollan en sí una teoría ética,⁴³ sino que buscan que los 4 principios se complementen con diversos factores,⁴⁴ así como de los casos prácticos,⁴⁵ para un análisis

³⁴ Este concepto es tomado de W.D. Ross como algo distinto a obligaciones absolutas: “*A prima facie duty is one that must be fulfilled unless it conflicts, on a particular occasion, with an equal or stronger obligation. This type of obligation is always binding unless a competing moral obligation outweighs it in a particular circumstance*”, *Ibidem*, p. 15.

³⁵ “*Balancing is the process of finding reasons to support beliefs about which moral norm should prevail...Accordingly, balancing consists on deliberation and judgment about the relative weights or strengths of norms*” *Ibidem*, p. 20.

³⁶ “*Respect, in this account, involves acknowledging the value and decision-making rights for persons and enabling them to act autonomously*”, *Ibidem*, p. 103.

³⁷ “*Principle of beneficence refers to a statement of moral obligation to act for the Benefit of others*”, *Ibidem*, p. 197.

³⁸ “*The principle of nonmaleficence imposes an obligation not to inflict harm on others*”, *Ibidem*, p. 149. Al respecto, nos dice Diego Gracia: “Es importante diferenciar claramente el principio de no-maleficencia del principio de beneficencia...Nunca es lícito hacer el mal, pero a veces no es lícito hacer el bien. En cualquier caso, ambos principios pueden reunirse en uno solo, que mande no hacer mal a nadie y promover el bien”, Gracia, Diego, *op. Cit.* (nota 2), p. 103.

³⁹ Después de analizar varias concepciones sobre el concepto de justicia, dicen Beauchamp y Childress: “*We have suggested a general perspective from which to approach these problems. In particular we have proposed that society recognizes global rights to health and enforceable rights to a decent minimum of health care within a framework for allocation that incorporates both utilitarian and egalitarian standards*”, Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), pp. 280-281.

⁴⁰ “*We have not defended what is sometimes called an 'antitheoretical' position; indeed we have encouraged moral theories in defense of the common morality. However, we have argued that general ethical theories should not be expected to yield concrete rules or judgments capable of resolving all contingent moral conflicts*”, *Ibidem*, p. 397.

⁴¹ “*...affiliation with a single type of ethical theory is precarious in general ethics as well as in biomedical ethics*”, *Ibidem*, p. 361; “*Convergence as well as consensus about principles among a group of persons is common in assessing cases and framing policies, even when deep theoretical differences divide the group*”, *Ibidem*, p. 362.

⁴² “*In the absence of general agreement about the inadequacy of theories, we cannot rely on any given theory as an adequate basis for moral justification*”, *Ibidem*, p. 371. Los autores intentan armonizar el contenido de las diversas teorías y así compensar los errores que comete cada una de ellas: “*Our goal is to eliminate what is unacceptable in each type of theory and to appropriate what is relevant and acceptable for biomedical ethics*”, *Ibidem*, p. 333.

⁴³ “*We do not claim to have developed a comprehensive ethical theory...at most, we present only elements of a comprehensive general theory*”, *Ibidem*, p. 333.

⁴⁴ “*The implementation of moral principles and rules must take into account factors such as feasibility, efficiency, cultural pluralism, political procedures, pertinent legal requirements, uncertainty about risk, and*

que no está basado en un método deductivo o inductivo, sino en lo que ellos llaman equilibrio reflexivo,⁴⁶ que busca establecer precisamente un equilibrio o coherencia entre las convicciones o juicios morales -casos concretos- y las premisas o principios morales.⁴⁷

Las críticas hacia el principalismo de Beauchamp y Childress han sido muy fuertes, especialmente desde el punto de vista de aquellos que sostienen un enfoque universalista y fundacionalista de la moral, así como de aquellos que sostienen una visión práctica y casuística-empírica de la moral.⁴⁸

Dentro de los principales argumentos encontramos su poca efectividad práctica, es decir su insuficiencia para establecer guías para la acción concreta. Al respecto, nos dice Victoria Camps:

...no es difícil llegar a un acuerdo sobre los universales éticos, precisamente porque son abstractos y, por lo tanto, ambivalentes. Ése es el problema de los universales, de los códigos éticos constituidos por grandes principios, como los cuatro relativos a la bioética: es fácil estar de acuerdo con ellos, pero sirven poco como guía inequívoca en la práctica. El precio del pacto que consiguen es su propia indeterminación o indefinición...Es decir, no dudamos de que no hay que hacer daño, que hay que procurar el bien, respetar la autonomía y hacer justicia. Pero discrepamos sobre lo que pueda significar mantener tales principios en casa caso

noncompliance by patients", *Ibidem*, p. 9.

⁴⁵ "Neither general principles nor paradigm cases without principles can guide the formation of justified moral beliefs. Principles need to be made specific for cases, and case analysis needs illumination from general principles", *Ibidem*, p. 381.

⁴⁶ "Several models of method and justification operate in ethical theory and contemporary biomedical ethics. We analyze and evaluate three influential models. The first model approaches justification and method from a top-down perspective that emphasizes moral norms...and ethical theory...the second approaches justification and method from a bottom-up perspective that emphasizes precedent cases in moral tradition, experience, and particular circumstances. The third refuses to assign priority to either a top-down or a bottom-up strategy. We adopt a version of the third", *Ibidem*, p. 369.

⁴⁷ "The goal of reflective equilibrium is to match, prune, and adjust considered judgments and their specifications to render them coherent with the premises of our most general moral commitments" (*Ibidem*, p. 382). Al respecto, dicen Beauchamp y Childress: "The state of reflective equilibrium is an idealization that can never be comprehensively realized, but it is not a utopian vision toward vision which we cannot make progress", *Ibidem*, p. 383.

⁴⁸ "Accordingly, *Principles of Biomedical Ethics* has been criticized both by theorists who are in favor of particularist approaches in ethics and those who endorse universalist, comprehensive theories. Particularists argue that general principles cannot have a primary justificatory role in ethical reasoning, because the primary normative task is to correctly to assess particular cases. According to their position, principles could at best function as rules of thumb, without being assigned an independent normative status. In contrast, proponents of universalist, comprehensive theories argue that postulating "mid-level" principles without providing a foundational justificatory framework is theoretically insufficient. Common to both critical positions is the underlying assumption that for the principle-based approach the principles are the only valid reference point for moral justification. Therefore both contend that there is substantially more to ethical justification than mere reference to principles", Schmidt-Felzmann, Heike, "Pragmatic Principles. Methodological Pragmatism in the Principle-Based Approach to Bioethics", *The Journal of Medicine and Philosophy*, Nos. 5-6, Vol. 28, Oxford Journals, Houston, Texas, USA, 2003, pp. 586-587.

concreto...Y ésa es la cuestión ética que corresponde resolver, no la de los principios fundamentales.⁴⁹

Es pertinente dicha observación, que también ha sido hecha por unos de los más importantes críticos del principalismo -especialmente el de Beauchamp y Childress-, que son K. Danner Clouser y Bernard Gert: "...the so called "principles" function neither as adequate surrogates for moral theories nor as directives or guides for determining the morally correct action. Rather they are primarily chapter heading for a discussion of some concepts which are often only superficially related to each other".⁵⁰ Beauchamp y Childress no creen que la moralidad o la ética puedan resolver una solución para cada problema,⁵¹ y establecen que los principios tienen una cobertura más amplia, y en ese sentido, en la última edición de 2009 de *Principles of Biomedical Ethics* aceptan las ideas de Henry Richardson acerca del *specified principlism*,⁵² diciendo en el prefacio: "*The problems of bioethics are often problems of getting just the right specification of principles*".⁵³

Sin embargo, comulgamos con la crítica en el sentido de que las palabras "Beneficencia", "No maleficencia", "Autonomía" y "Justicia", no constituyen guías para la acción por sí solas, sino que debe dotárseles de contenido a través de la reflexión moral.

Sobre este aspecto, nos dice Olga Campos:

El objetivo de la propuesta principalista es conseguir una simplicidad metodológica mediante la asunción de unos determinados universales que no costará demasiado reconocer, en tanto que son abstractos y ambivalentes. Sin embargo precisamente por ello pueden resultar poco útiles como guía práctica. De esta forma, puede que se consiga un lugar común en la bioética, pero pagando el precio de la indeterminación. Tal indeterminación se traduce en la ambigüedad en el momento en que cualquiera de esos principios se contextualiza. Es decir, finalmente para

⁴⁹ Camps, Victoria, "Un marco ético para la bioética", en Herrera Guido, Rosario, (coord.), *Hacia una nueva ética*, Siglo XXI editores-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2006, pp. 39-40.

⁵⁰ Clouser, K. Danner y Gert, Bernard, "A Critique of Principlism", en Jecker, Nancy S., Jonsen, Albert R. y Pearlman, Robert A., *Bioethics. An Introduction to the History, Methods and Practice*, 3a ed., Jones & Bartlett Learning, 2012, p. 165.

⁵¹ "We simply lack a single, entirely reliable way to resolve many disagreements, despite methods of specifying and balancing. Neither morality nor ethical theory has the resources to provide a single solution to every moral problem", Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), p. 24)

⁵² Principalismo especificado, que quiere decir contextualizar a los principios generales al caso concreto, dándoles de ese modo una aplicación práctica concreta, cuestión que además elimina, según los autores, la posibilidad de un intuicionismo, puesto que se parte de una base común: "'Specified principlism', as I call this model, has the following features: (1) It has one or more (probably more) general principles 'at the top'; (2) It employs casuistry but is by no means reducible to it; (3) It allows the drawing and explication of relationships between norms of different levels, relationships usually irreducible to 'derivation' or 'entailment'; and (4) It allows for discursive justification throughout the system", DeGrazia, David, "Moving Forward in Bioethical Theory: Theories, Cases and Specified Principlism", *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 17, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 1992, p. 523.

⁵³ Beauchamp y Childress, Prefacio a la sexta edición, *op. cit.* (nota 1).

muchos los cuatro principios sólo servirán cuando sean interpretados por una determinada teoría ética.⁵⁴

Los dilemas bioéticos son conflictos de valores y no basta con decir que hay que concretizar y contextualizar ciertos principios, sino que hay que entrar a analizar las cuestiones de fondo en cada caso, no basándonos simplemente en intuiciones, sino en razones de peso moral que puedan justificar la toma de decisiones, y para ello es necesaria una base común de valores, no en el acuerdo artificial y ficticio sobre palabras: “principlism simply gives us important sounding words, but these words have very little substance”.⁵⁵

Otra gran objeción que se ha hecho al método de Beauchamp y Childress es la falta de fundamentación,⁵⁶ sistematicidad y de coherencia teórica, y el enfoque antológico⁵⁷ que hace de las teorías éticas. Al respecto, dado que los autores desarrollan sus principios con base en diversas teorías éticas, asegurando que ninguna por sí sola puede dar una respuesta a los dilemas éticos que se suscitan en el ámbito que les preocupa, los críticos les han acusado de emplear teorías que son opuestas y cuya aplicación simultánea es contradictoria, además de que nunca especifican cómo pueden coexistir en el plano práctico.⁵⁸ Clouser y Gert dicen:

...if a genuine theory has more than one general principle, the relationship between them is cleraly stated...Unlike principlism, we are not given a number of conflicting principles and then told to pick whatever combination we like...[In the principle approach] we do not get a specific directive for action. Partly, that is because each "principle" includes quite disparate moral matters, unrelated by systematic considerations... it is not an adequate moral theory simply to say that all of these kinds of considerations must be included. That is all that principlism does. Rather,

⁵⁴ Campos Serna, Olga, *Bioética principalista. El papel de la tradición nortamericana*, En línea: http://cfj.filosofia.net/2008/textos/bioetica_principalista.pdf p. 6, consultado en diciembre de 2011.

⁵⁵ Green, Ronald M., Gert, Bernard, and Clouser, K. Danner, “The Method of Public Morality versus the Method of Principlism”, *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 18, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 1993, p. 479.

⁵⁶ “...a striking peculiarity of Beauchamp and Childress’ account was their apparent disinterest in aligning themselves with one of the dominant theories in philosophical ethics. Rather, by focusing on the four principles, wich were at times labeled ‘mid level principles’, they appealed to a common ground between different ethical theories, regardless of possible differences ar the foundational level”, Schmidt-Felzmann, *op. cit.* (nota 48), p. 586.

⁵⁷ El enfoque antológico, es según varios críticos, una especie de relativismo, en el que se exponen diversas teorías morales y se elije la más conveniente conforme a la situación, de manera ecléctica y asistemática: “to apply competing theories, without any attempt to show how the theories can be reconciled. In effect, the ‘anthology’ approach is that of principlism”, Gert, Bernard, and Clouser, K. Danner, “A Critique of Principlism”, *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 15, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 1990, p. 231.

⁵⁸ “The proponents of principlism claim to derive principles from several different theories, none of which they judge to be adequate, and then they urge the student or health care professional to apply one or more of these competing principles to a given case. There is no attempt to show how or even whether these different principles can be reconciled. There is no attempt to show that the different theories, from which the principles are presumably derived, can be reconciles, or that any of the theories can be revised so as to remove its defect and inadequacies”, Clouser, Danner y Gert, *op. cit.* (nota 50), p. 165.

an adequate theory must show how all of these considerations should be integrated... principlism lacks systematic unity, and thus creates both practical and theoretical problems. Since there is no moral theory that ties the "principles" together, there is no unified guide to action which generates clear, coherent, comprehensive, and specific rules for action nor any justification of those rules... In principlism each discussion of a "principle" is really an eclectic discussion that emphasizes a different type of ethical theory, so that a single unified theory is not only not presented, but the need for such a theory is completely obscured. Rather we are given a number of insights, considerations, and theories, along with instructions to use whichever one or combination of them seems appropriate to the user. But what is needed is that which tells us what actually is appropriate in a consistent and universal fashion... Principlism, in failing to operate within an overall unified moral theory, defaults to eclectic, *ad hoc* "theories" which ultimately obfuscate moral foundations and moral reasoning.⁵⁹

Esta es una de las críticas más recurrentes y más fuertes a la metodología propuesta por Beauchamp y Childress, en el sentido de que lo que intentan es establecer un método para la deliberación moral, sin tener bases de teoría moral o ética alguna. En ese sentido, coincidimos en que *"Trying to theorize without a theory is difficult, if not impossible"*,⁶⁰ ya que la deliberación moral debe basarse en razones acerca de porqué hemos tomado la decisión, sobre todo dado que esta decisión puede afectar a terceros -y en el caso de la bioética tiene un impacto especialmente fuerte-, por lo que es indispensable la justificación de nuestro razonamiento. Una metodología aislada de un sistema coherente, no puede ser consistente.

De lo anterior deriva la crítica que se hace respecto a la dificultad para establecer criterios de ponderación entre principios, cuestiones que pueden dar como resultado que el sujeto tome una decisión con base en su propia interpretación, que puede no ser la más adecuada, de los principios, sin que sean claros los motivos que fundamentan la decisión moral. Acerca de este punto, Beauchamp y Childress responden que únicamente aquella teoría que logre dotar de suficiente contenido a sus normas para evitar conflictos en cualquier contexto podría ser realmente objetiva, y una vez más niegan que hasta ahora exista tal teoría.⁶¹ Sin embargo, la aplicación de un método falto de claridad resulta invariablemente en incertidumbre:

...the lack of indexical ordering of principles...and the meaningless talk about 'weighing' the principles if there is no common unit of weight...the principles are extremely malleable and as such can be fashioned to accommodate a wide variety of views...without a unified foundation these principles can be used in a completely ad

⁵⁹ Gert, Bernard, y Clouser, *op. cit.* (nota 57), pp. 222-228, corchetes añadidos.

⁶⁰ Smith Iltis, Ana, "Bioethics as Methodological Case Resolution: Specification, Specified Principlism and Casuistry", *The Journal of Medicine and Philosophy*, No. 3, Vol. 25, Oxford Journals, Houston, Texas, USA, 2000, pp. 273.

⁶¹ "Only a theory that could put enough content in its norms to escape conflicts and dilemmas in all contexts could live up to the Clouser-Gert demand [to be determinate enough to provide a decision procedure to adjudicate conflicts]. No theory approximates this ideal", Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), p. 373, corchetes añadidos.

*hoc fashion. That is two persons using these principles correctly can reach very different conclusions.*⁶²

Beauchamp y Childress son claros al definir a la moralidad común como algo trascendente a las culturas y a los individuos⁶³ en que no desean caer en un relativismo,⁶⁴ ni tampoco en un intuicionismo,⁶⁵ sin embargo, al no establecer un marco teórico en el cual apoyar la metodología que proponen, no pueden evitar caer en cierto intuicionismo y relativismo, aún cuando ellos niegan sostener este tipo de posturas. Es claro que debemos respetar la tabla de valores de cada sociedad, así como las creencias de cada individuo, además de que no debemos ignorar por completo que el proceso de valoración de cualquier fenómeno no es absolutamente objetivo en el sentido de que la intuición del sujeto no agregue nada de valor al fenómeno.⁶⁶ Sin embargo, tampoco podemos caer en una absoluta incertumbre moral, sin

⁶² Green, Gert, y Clouser, *op. cit.* (nota 55), pp. 479-483.

⁶³ Véase la definición que dan los autores de la moralidad común en notas anteriores.

⁶⁴ “*we accept moral pluralism (or relativism) in particular moralities, but we reject a historical moral pluralism in the common morality*”, Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), 2009, p. 4.

⁶⁵ Se ha acusado a Beauchamp y Childress de sostener una versión de intuicionismo moral, que ha sido entendido como “*an unreasoned judgment, one that is immediately made without reference to apparent thought processes*”, DeMarco, Joseph P., and Ford, Paul J., “Balancing in Ethical Deliberation: Superior to Specification and Casuistry”, *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 31, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 2006, pp. 492-493. No obstante, la definición que hacen del proceso de ponderación o *balancing* (véase en notas anteriores) deja ver que en realidad no es la intención de los autores apelar a un intuicionismo en ningún momento, ya que es un proceso de búsqueda de *razones*. Aunado a ello, Beauchamp y Childress establecen una lista de seis condiciones para reducir el intuicionismo, la parcialidad y la arbitrariedad al momento de ponderar la injerencia de un principio [*“1. Good reasons can be offered to act on the overriding norm rather than on the infringed norm; 2. The moral objective justifying the infringement has a realistic prospect of achievement; 3. No morally preferable alternative actions are available; 4. The lowest level of infringement, commensurate with achieving the primary goal of the action, has been selected, 5. Any negative effects of the infringement have been minimized; 6. All affected parties have been treated impartially,* Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), p. 23]. Si bien podría argumentarse que dichas condiciones no resuelven el problema de la arbitrariedad, no puede decirse que los autores defienden o incorporan un intuicionismo como parte del proceso de deliberación ética, aunque no logran establecer cómo no caer en él.

⁶⁶ Al respecto, consideramos de gran relevancia la postura de Rizieri Frondizi en torno al debate que existe entre las teorías objetivistas y subjetivistas del valor. Las teorías objetivistas del valor sostienen que las sensaciones de agrado o desagrado que tenemos ante los objetos son discutibles, y si es posible dicha discusión es porque existe la convicción de que los valores están de cierta manera dados y que depende de nosotros descubrirlos o, mejor dicho, intuirlos. En ese sentido, la apreciación de los valores desde un punto de vista objetivista –es decir que sostiene que el valor existe independientemente del sujeto que lo percibe y no debe su existencia a la percepción de éste- se funda en lo que la cosa *es*, es decir que depende de lo que captamos de la esencia de la cosa el cómo la valoramos; “el valor es anterior a la valoración”, Frondizi, Rizieri, *¿Qué son los valores?*, 3ª ed., 7ª reimpression, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 135, México, 1972, p. 28. Así para los objetivistas, las cosas no deben su valor al hecho de que nosotros las deseamos, sino que las deseamos precisamente por el valor que poseen. Es así que la valoración es también distinta al acierto en la valoración, es decir que podemos valorar correcta o incorrectamente un objeto. Por otro lado, las teorías subjetivistas establecen que el valor de las cosas se lo da el sujeto que las percibe, es decir el hombre. En este sentido, no hay una valoración correcta o incorrecta, puesto que es una cuestión subjetiva. Mientras que las corrientes objetivistas se centran en el valor como objeto, las corrientes subjetivistas se centran en el sujeto como “elemento fundamental en la constitución del valor”, Remolina Vargas, Gerardo, “*La formación de los valores*”, *En línea: www.ucn.cl/ofec/VALORES.pdf*, Consultado en diciembre de 2011. Para estas teorías “el valor es una creación del sujeto o corresponde fundamentalmente a su situación de agrado o desagrado, placer o dolor. El valor, según esta corriente, es un estado subjetivo, de naturaleza sentimental, aunque mantiene una referencia al objeto a través de un juicio existencial” , *Idem*.

establecer ciertos mínimos que puedan en determinado momento guiarnos para la toma de decisiones y su justificación, especialmente tomando en cuenta que, en cuestiones de bioética, lo que está en juego es la vida misma.

No podemos arriesgarnos a la simplicidad, puesto que ejercer un poder que se tiene sin observar el deber que nos es impuesto, deber que puede provenir de la naturaleza misma de las cosas que caen bajo nuestro poder de acuerdo con Jonas, es actuar irresponsablemente. El hombre es el único ser capaz de ejercer un poder sobre sí mismo, y al constituir un bien de primer orden la esencia humana, ésta se convierte en objeto del deber, pero también sucede lo anterior con la naturaleza en su conjunto.

El método propuesto por Beauchamp y Childress, como hemos visto, ha sido objeto de crítica en cuanto a su poca aplicabilidad práctica debido a sus deficiencias teóricas. Pero independientemente de dichas críticas, hay que recordar que este método fue planteado para el ámbito biomédico, y sin embargo se ha extendido a toda la bioética sin medir las consecuencias o analizar la aplicabilidad o inaplicabilidad de dichos principios a todos los dilemas bioéticos, lo cual ha generado la reducción de todos los conflictos en el ámbito bioético a una aplicación casi sistemática de dichos principios, sin que realmente haya una reflexión detrás de dicha aplicación acerca del contenido y las implicaciones de los mismos.

El casuismo de Jonsen y Toulmin

Esta metodología es de fundamental relevancia, no solamente en el ámbito de la bioética, sino en el ámbito de la toma de decisiones en general. Se basa en las particularidades de una situación, y en una combinación entre el método inductivo y analógico, derivado del pensamiento aristotélico y la concepción práctica e inmanente de la ética y los valores. Desde el punto de vista del derecho, el casuismo o casuística cobra un papel fundamental en el desarrollo del contenido moral del derecho, es decir que en gran parte, el derecho se construye y se transforma de manera práctica, sin obviar que su lógica responde a la interpretación racional del universo por parte del hombre.

El derecho romano se basó en el desarrollo de principios y la construcción de un orden jurídico basado en la *iurisprudentia* o las opiniones de los jurisconsultos, y en su génesis la costumbre constituyó la fuente primordial de obligaciones, que con el tiempo fueron consolidándose como cánones o máximas, que hacia el siglo VI, bajo el imperio de Justiniano, fueron recompiladas en el *corpus iuris civilis*,⁶⁷ el cual indudablemente fungió

Frente a una inacabable discusión entre estas dos posturas, aparentemente irreconciliables y llenas de matices al interior de cada una, nos dice Frondizi a manera de síntesis, que los valores son algo mucho más complejo “esto es, que el valor sea el resultado de una tensión entre el sujeto y el objeto, y ofrezca, por tal razón, una cara subjetiva y otra objetiva, engañando a quienes prestan atención a una sola faz”, *Ibidem*, p. 35. Los valores, dice el autor, son “la síntesis de reacciones subjetivas frente a cualidades que se hallan en el objeto”, *Ibidem*, p. 199. Una cuestión que nos permite comprender el pensamiento de Frondizi, es la que se refiere al pluralismo axiológico, puesto que nos permite ver que, si bien existen contextos diferentes que pueden condicionar la intuición valorativa, también nos muestra que hay cuestiones fundamentales que no cambian independientemente de cuestiones contextuales.

⁶⁷ El *corpus iuris civilis* se integraba por el Código, la Institutas, las Novelas y el Digesto o Pandectas. Este último contenía las principales obras de los grandes jurisconsultos romanos a manera de precedente. *Vid.* Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., Porrúa, México, 2008.

como principal herramienta difusora que resultó en la recepción del derecho romano en el mundo occidental a través de los glosadores y posglosadores.

Generalmente pensamos que la tradición del derecho romano es totalmente distinta y separada de la tradición del derecho anglosajón. No obstante lo anterior, tanto el sistema romano clásico como el sistema medieval inglés comparten ciertas características, como son la primacía de lo procesal y el empleo de la casuística, entre otras. Asimismo, el derecho romano tuvo cierta influencia en el derecho anglosajón, siendo el sistema de la *equity*,⁶⁸ que en 1485 surge como sistema complementario al *common law* en virtud de su excesiva procedimentalidad y rigidez, el cual incorpora más elementos del derecho canónico, que a su vez fue desarrollado a partir de la tradición romanista, y que dotó de flexibilidad al derecho inglés.⁶⁹

Las instituciones jurídicas de la tradición anglosajona actualmente parten de la idea del *case law*, es decir el derecho tradicionalmente constituido por las decisiones judiciales. Es conocida la famosa frase “*The life of the Law has not been logic, it has been experienced*”. El profesional del derecho debe hacer referencia a los principios enunciados en las resoluciones de los tribunales. El punto central del *case law* es encontrar la *ratio decidendi*, es decir la razón de la decisión o fundamento de la resolución de un caso, y distinguirla del *obiter dictum*, es decir de aquellas consideraciones no fundamentales que acompañan esa decisión. Es precisamente la *ratio decidendi* lo que constituye la base del precedente judicial. Asimismo, en virtud de la concreción de las decisiones, es posible separarse de ellas a través de la técnica de la *distinction*, es decir establecer las razones por las cuales un caso en particular es sustancialmente diferente al del precedente y, por tanto, no deben emplearse las mismas razones para deliberar acerca de él.

En ese sentido, el derecho inglés da prioridad a conocer las razones concretas de una decisión:

...para el jurista inglés un sistema de derecho fundado exclusivamente en la ley no sería sino una concepción abstracta de los preceptos y en todo caso una dirección muy genérica de la conducta humana...en tanto que fundamental el derecho en las decisiones judiciales permite presentarnos un sistema abierto.⁷⁰

⁶⁸ La *equity* permitía al juez reconocer excepciones en la aplicación de una norma general. El *writ* se había establecido como recurso básico para el inicio de una acción procesal en el *common law*, y en ese sentido el *writ* equivalía a la acción, y habiendo sido limitado el número de writs, también lo eran las acciones. El *common law* se erigió así como un sistema eminentemente procesal (de ahí el dicho “*Remedies precede rights*”). La *equity* era el conjunto de normas elaboradas y aplicadas por la figura del canciller a fin de dar respuesta a aquellos casos que quedaban fuera de la jurisdicción de los tribunales del *common law* en virtud de la excesiva rigidez formal de los writs. El procedimiento en la *equity* se distinguía del *common law* por iniciar con una petición y no una demanda, por ventilarse ante un juez y nunca ante un jurado, y en que su resolución consistía en un decreto que no solamente establecía el pago de daños y perjuicios, sino que podía consistir en una prevención del daño (*injunction*) orden de investigación, de cumplimiento exacto (*specific performance*) o la rescisión (*rescission*). Ambas jurisdicciones fueron combinadas a través de la *Judicature Act* de 1873-1875. Vid. López Monroy, José de Jesús, *Sistema jurídico del common law*, 4ª ed., Porrúa, México, 2006.

⁶⁹ Vid. Margadant, Guillermo F., *La segunda vida del derecho romano*, Porrúa, México, 1986.

⁷⁰ López Monroy, *op. Cit.* (nota 68), p. 126

Lo anterior no significa que el derecho inglés carezca de seguridad jurídica, puesto que precisamente el carácter vinculante del precedente, la regla del *stare decisis et non quia movere*, le permite desarrollarse de acuerdo a las construcciones que desde el punto de vista histórico-social se han dado en el ámbito judicial.

Como ya mencionó con anterioridad, la estrategia o metodología propuesta por Beauchamp y Childress ha sido objeto de varias críticas. Entre sus principales críticos, se encuentran también Albert R. Jonsen y Stephen Toulmin, quienes también formaron parte de la comisión redactora del Informe Belmont, quienes en 1988 publicaron su libro *The Abuse of Casuistry*, proponiendo la recuperación de la metodología casuística para la deliberación ética. La observación que hicieron Jonsen y Toulmin fue que, durante las sesiones de dicha comisión, los miembros parecían ponerse más fácilmente de acuerdo sobre las cuestiones prácticas que acerca de las razones detrás de sus decisiones: en el momento en que la discusión era llevada a un nivel de principios, el consenso se desvanecía.⁷¹ La división que se había hecho en filosofía moral entre el hecho (el ser) y el valor (deber ser) es puesta bajo tela de juicio, dicen los autores, bajo la necesidad de concreción y particularidad en el ámbito de la moral que surge en el contexto en que se redacta el Informe Belmont.

Los autores distinguen dos posturas éticas, por un lado aquella que busca principios eternos e invariables, cuyas implicaciones prácticas se encuentran ausentes de toda excepción, y otra que pone mayor énfasis en los detalles particulares de las circunstancias de un caso. Basándose en la concepción ética de Aristóteles,⁷² Jonsen y Toulmin sostienen el carácter práctico de la ética, por lo tanto, los argumentos morales son retóricos,⁷³ es decir un

⁷¹ “Members of the commission were largely in agreement about their specific practical recommendations; they agreed what it was they agreed about; but the one thing they could not agree on was why they agreed about it. So long as the debate stayed on the level of particular judgments, the eleven commissioners saw things in much the same way. The moment it soared to the level of ‘principles’, they went their separate ways”, Jonsen, Albert R., Toulmin, Stephen, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, University of California Press, California, USA, 1988, p. 18. Esta misma observación la hace Toulmin en su ya clásico artículo “How Medicine Saved the Life of Ethics”, publicado en la revista *Perspectives on Biology and Medicine*, en 1982. En dicho artículo, Toulmin afirma que durante la primera mitad del siglo XX, la discusión ética se centró en cuestiones metaéticas y clasificaciones de carácter analítico, y que fueron los nuevos retos impuestos a la ética desde el campo de las ciencias de la vida, particularmente de la medicina, lo que llamó nuevamente la atención a la necesidad de la aplicación de la ética. *Vid.* Toulmin, “How Medicine Saved the Life of Ethics”, *Perspectives on Biology and Medicine*, No. 25, Vol. 4, John Hopkins University Press, pp. 736-750.

⁷² La phronesis o sabiduría práctica se basaba en la capacidad de sensibilidad ante la epikeia – concepto que hace alusión a lo justo y lo razonable- dadas las circunstancias particulares de una situación y no solamente conocer las reglas de carácter moral. La prudencia es deliberar bien, y requiere conocer las circunstancias particulares “porque se ordena a la acción, y la acción se refiere a las circunstancias particulares”, Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 22^a ed, Porrúa, México, 2010, p. 105. En la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles da un claro ejemplo de casuística: “Llamo término medio de una cosa a lo que dista igualmente de uno y otro de los extremos, lo cual es uno y lo mismo para todos. Mas con respecto a nosotros, el medio es lo que no es excesivo ni defectuoso, pero esto ya no es uno ni lo mismo para todos... Si para alguien es mucho comer por valor de diez minas, y poco por valor de dos, no por esto el maestro de gimnasia prescribirá una comida de seis minas, pues también esto podría ser mucho o poco para quien hubiera de tomarla: poco para Milón, y mucho para quien empiece los ejercicios gimnásticos”, *Idem*, p. 29.

⁷³ La casuística hereda de la retórica la preocupación acerca de la decisión sobre un caso, a la luz de ciertas máximas morales establecidas, a través de una serie de argumentos y énfasis en las circunstancias de los actos

encuentro entre la lógica y la ética. Lo que importa para las cuestiones jurídicas y morales es la habilidad de distinguir aquellas circunstancias que distinguen a un caso, y en ese sentido hablan de “casos paradigmáticos”, en virtud de los cuales podemos conocer o elaborar las máximas morales; se trata de una especie de inductivismo.

El casuismo, entonces, consta de 6 elementos fundamentales, dicen los autores:

1. Paradigma y analogía, que significa una taxonomía de casos.⁷⁴
2. Máximas morales, que derivan de los casos paradigmáticos y que constantemente entran en colisión al momento de que se presenta un caso nuevo.
3. Circunstancias, puesto que la habilidad o sensibilidad ante ellas son lo importante para el juicio moral.⁷⁵
4. Probabilidad, ¿qué arriesgo si me equivoco?
5. Acumulación de argumentos, y no una argumentación puramente lógica.⁷⁶
6. Consejo sobre la licitud o permisibilidad de una acción en particular. Se trata de decisiones de carácter práctico.

En ese sentido, Jonsen y Toulmin presentan su definición de casuística:

The analysis of moral issues, using procedures of reasoning based on paradigms and analogies, leading to the formulation of expert opinions about the existence and stringency of particular moral obligations, framed in terms of rules or maxims that are general but not universal or invariable, since they hold good with certainty only in the typical conditions of the agent and circumstances of action.⁷⁷

El método casuístico es distinto a la ética situacional o de situaciones (situation ethics), puesto que, si bien ésta se basa en casos, no reconoce ni emplea principios morales, además de no solamente pone énfasis en las circunstancias, sino que reduce el fenómeno moral a

y de las personas, y la finalidad de llegar a una conclusión.

⁷⁴ Vale la pena tomar en cuenta la observación que al respecto hicieron Beauchamp y Childress: “*We cannot simply appeal to the fact that one case is similar to another to reach a moral conclusion. We must show that the two cases are similar in and not dissimilar in morally relevant respects. It is not enough to know that certain features of a case are morally significant. We must know how they are significant. Such cross-case evaluation seems to require general principles or rules*”, Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), p. 379

⁷⁵ “...in law and in morals, reasonably enough, what matters most is an ability to recognize, in full subtlety, and detail, the relevant features of any particular case –both circumstances of the action and ‘conditions of the agent’- and to present them bearing on the present issue in terms that ‘speak to the conditions’ of the current audience”, Jonsen y Toulmin, *op. cit.* (nota 71), 1988, p. 258.

⁷⁶ “Casuistical argument resembles the rhetorical and commonsense discourse that piles up many kinds of argument in hopes of showing the favored position in a good light. The ‘weight’ of a casuistical opinion came from the accumulation of reasons rather than from the logical validity of the arguments or the coherence of any single ‘proof’”, *Ibidem*, p. 256

⁷⁷ “El análisis de asuntos morales, empleando procedimientos racionales basados en paradigmas y analogías, derivando en la formulación de opiniones expertas acerca de la existencia y la rigidez de obligaciones morales particulares, enmarcadas en términos de reglas o máximas que son generales pero no universales o invariables, puesto que son sostenibles con certeza únicamente en las condiciones típicas del agente y las circunstancias de la acción”, *Ibidem*, p. 257

ellas, y no emplea la analogía ni el paradigma, sino que entiende y resuelve los casos de manera totalmente aislada.

La casuística supone una confrontación entre valores en una situación práctica, y tiene una estrecha relación con el probabilismo, es decir con la doctrina, desarrollada principalmente por Bartolomeo Medina en el siglo XVI, que establece que una opinión puede ser probable en virtud de los argumentos que la sostienen. En ese sentido, basta con que una opinión sea probable para que sea sostenible.⁷⁸

Los argumentos, dicen Jonsen y Toulmin, se dividen en teóricos y prácticos. Los primeros son independientes de las circunstancias y se establecen de manera deductiva, mientras que los segundos toman en cuenta la experiencia para resolver un caso práctico, y en ese sentido se establecen de manera analógica. Así, existen dos posturas acerca de la argumentación moral, la primera que adopta una visión geométrica del razonamiento moral y pone su fe en principios universales, eternos e incontestables, y la segunda que sostiene una concepción retórica sobre el razonamiento moral y que entiende a las reglas y principios generales como aplicables en ciertos casos, y jamás a través de ejercicios deductivos. Siguiendo a Aristóteles, los argumentos morales son argumentos retóricos y prácticos: “*They are concerned not with theoretical relations internal to a system of concepts but with relating and applying those concepts outwardly, to the world of concrete objects and actual states of affairs*”.⁷⁹ En ese sentido, el razonamiento práctico en la ética implica ejercer el juicio, de sensibilidad práctica.

A lo largo de la obra *The Abuse of Casuistry*, los autores desarrollan la historia de la casuística, principalmente en la tradición cristiana, puesto que el derecho canónico aporta importantes elementos a la casuística.⁸⁰ De manera especial ponen atención a algunos casos en particular en que la institución medieval de la iglesia cristiana, heredera del modelo de enseñanza casuístico y taxonómico proveniente del derecho romano, estudia la aplicación de máximas que eran consideradas divinas, como lo son los mandamientos de Dios, a los casos particulares. Ejemplo de ello fueron los llamados libros penitenciales, que establecían una especie penitencia tasada dependiendo de la gravedad del pecado conforme a las circunstancias, y que existieron en la alta edad media.⁸¹ El interés que tienen dichos libros para los autores, es su idea de la diferencia dependiendo de la seriedad del pecado, y la proporcionalidad de la pena a las circunstancias. Así el derecho canónico medieval se erigió

⁷⁸ El probabilismo, explican los autores, fue dividido por Gabriel Vázquez, quien estableció que la probabilidad de una opinión puede provenir de manera intrínseca o extrínseca; la primera depende de los argumentos y la segunda de la persona que emite dichos argumentos, es decir que se trata de un criterio de autoridad.

⁷⁹ Jonsen y Toulmin, *op. cit.* (nota 71), p. 327

⁸⁰ “The rich heritage of canon law contributed several important elements to later casuistry: a strong appreciation of diversity and practicality, awareness of the necessity for interpretation, understanding of the need to correct and mitigate the generality and rigor of law in the uniqueness of situations, and, finally, the pedagogical technique of cases illustrating how all this is to be accomplished, *Ibidem*, p. 117

⁸¹ Dichos libros establecían una especie de taxonomía de actos pecaminosos, y tomaban en cuenta variaciones particulares hasta incluir el rango o nivel social de la persona, y preveían la conmutación de la pena. *Vid.* Vanina Neyra, Andrea “Los libros penitenciales: la penitencia tasada en la alta edad media”, *Anales de Historia Antigua, Medieval y Moderna*, Vol. 39, Instituto de Historia Antigua y Medieval de la Facultad de Filosofía y letras de la UBA, Buenos Aires, Argentina, 2006, pp. 216-226.

en torno a las respuestas de las autoridades eclesiásticas a los casos particulares. Regresando a la historia del derecho inglés, vemos que el sistema de la *equity*⁸², a finales del siglo XV, surge para complementar y mitigar el carácter rígido y procedimental que había adquirido el *common law* a través de los *writs*, y en ese sentido, este subsistema surge para resolver casos excepcionales, es decir que el criterio general, el *writ*, no incluía.

Las circunstancias que rodean un caso pueden afectar la gravedad del acto, y por tanto atenuar o aumentar el castigo, pero también pueden transformar la naturaleza misma de un acto. Un ejemplo de ello podría ser que privar a una persona de la vida en defensa de la propia vida, no es considerado ya como un acto ilícito, y ya no es visto como un homicidio, sino como defensa. Esta idea surge del pensamiento de Tomás de Aquino, quien también estableció la llamada doctrina del doble efecto, es decir la distinción entre las consecuencias deseadas y no deseadas de un acto, siendo relevantes para el juicio moral aquellas que son deseadas.⁸³

En 1968 el parlamento inglés aprobó la *Toleration Act*, con la cual se elimina la posibilidad de castigar judicialmente el pecado. Esto, de acuerdo a Jonsen y Toulmin, constituye un fuerte golpe a la tradición casuística que venía gestándose en el cristianismo. Asimismo, la casuística había proliferado en virtud del sacramento de la confesión individual y la penitencia en la tradición cristiana, que fueron arduamente atacadas por el protestantismo, lo cual, junto con el racionalismo secular que surge en el siglo XVI, debilitó fuertemente a esta metodología. Pero lo que realmente condenó al casuismo como metodología, fue la obra satírica de Blaise Pascal, llamada *Les lettres provinciales*, que constaban de 18 cartas, la primera escrita el 23 de enero de 1656, y que se encuentran inmersas en la controversia que se suscitó en aquella época entre los jansenistas⁸⁴ y los jesuitas, que habían sido los más prolíficos proponentes del casuismo.⁸⁵ Pascal, defensor del jansenismo por cuestiones políticas, expuso las enseñanzas morales de los jesuitas como laxa, y a la casuística como un método apto para aquellos que carecían de la capacidad de evaluar situaciones complejas sin dejar atrás sus convicciones, y así exponía casos ridiculizando la manera en que los jesuitas empleaban el casuismo para resolver sus casos. Para Pascal, el jesuita pecaba de soberbia, puesto que partía de la limitada y viciada razón humana para dictar reglas. Dicen Jonsen y Toulmin: “*Pascal’s attack demolished the reputation of casuistry for*

⁸² Aristóteles entendió a la equidad o lo equitativo como algo superior que la justicia, en el sentido de que la ley habla en general, en términos absolutos, y es la equidad la que subsana el error resultando de dicho absolutismo. Así es que la naturaleza de lo equitativo es “ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general”, Aristóteles, *op. Cit.* (nota 72), p. 97.

⁸³ “A single act, says Aquinas, may have two effects, one of them intentional and the other going beyond intention. The moral quality of the act depends on the nature of the effect that was intended” Sin embargo continua “Yet even with proper intention, an act is vitiated if it is not proportioned to the intended end” , Jonsen y Toulmin, *op. cit.* (nota 72), p. 22. Así, con el tiempo llega a desarrollarse un concepto del acto intrínsecamente malo, es decir independiente de las consecuencias.

⁸⁴ Doctrina basada en el pensamiento de Cornelius Jansen, que proponía la exaltación de los textos de Agustín de Hipona.

⁸⁵ “...the Jesuits were trained not only to be humanists and theologians, but also casuists, and the words ‘casuistry’ and ‘Jesuitry’ were fated, for better or for worse, to become near synonymus”, Jonsen y Toulmin, *op. cit.* (nota 71), p. 151.

all subsequent generations. In most western languages, the term 'casuistry' came to mean 'a quibbling, evasive way of dealing with difficult cases of duty; sophistry'".⁸⁶

Sin embargo, afirman los autores, Pascal se equivocó en ciertos aspectos de su crítica. En primer lugar, se basó en compendios de casos resueltos por los jesuitas, lo cual descontextualiza algunos de ellos. En segundo lugar, el autor no comprendió la idea del probabilismo, es decir que algunas acciones pueden ser permisibles en ciertos casos, si existen argumentos de suficiente peso. Pero sobre todo, Jonsen y Toulmin se preocupan sobre una cuestión central: Pascal no critica a la casuística como tal, sino al alegado laxismo de los jesuitas. En ese sentido, la crítica no debe entenderse como dirigida al método, sino a la corrupción en que éste puede caer, por tanto, al confundir Pascal ambos aspectos, debemos tomar su crítica en su justa proporción.⁸⁷ Es por ello que Pascal abusó – de ahí viene el título del libro- de la retórica al hacer su crítica de la casuística: “*The abuse of casuistry – not the misuse of case methods in moral argument, but the insulting scorn to which they have been subject since Pascal attacked the Jesuits in The Provincial Letters- has thus been almost entirely unjustified*”.⁸⁸

En ese sentido, la casuística, empleada de manera adecuada, no tiene por qué caer en la extrema permisibilidad, o en la inequidad absoluta. Asimismo, afirman Jonsen y Toulmin, la crítica que establece que la casuística, al responder a una cuestión tradicional en el sentido de que los casos paradigmáticos develan una lógica argumentativa y derivan en una serie de máximas de manera inductiva, no permite la crítica de dicha lógica, es errónea, puesto que esto forma parte de la agenda de la misma casuística. Sin embargo, no debe obviarse lo que dicen Beauchamp y Childress: “*There can be a 'tyranny' of the paradigm case just as there can be a tyranny of rigid principles*”.⁸⁹ Para algunos, la debilidad de la casuística reside precisamente en su aceptación exagerada en las prácticas del pasado, y la visión que mantiene de la ética como una suma de las respuestas que intuitivamente hemos dado a determinados casos.⁹⁰

Tampoco es correcto afirmar que ninguna teoría moral será reconocida para los casuistas, sino que es necesario interpretar a la teoría como una perspectiva limitada que puede siempre ser complementada, por lo que nunca una sola teoría podrá proporcionarnos toda la verdad.

Una de las grandes críticas que se han hecho al casuismo es que no toma en cuenta la existencia de valores en la sociedad, y que el método basado en el caso únicamente podrá funcionar en la medida en que sigan existiendo intuiciones morales y axiológicas compartidas. El método que describen Jonsen y Toulmin en su obra fue el de la iglesia cristiana, que sin duda contaba con un sólido sustento de valores compartidos, y en ese

⁸⁶ Jonsen y Toulmin, *op. cit.* (nota 71), p. 238.

⁸⁷ “His critique was not directed against casuistry as such but against one particular corruption of casuistry: extreme laxism... The critique of laxism is a very different thing from a critique to casuistry as such”, *Ibidem*, pp. 246-247.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 343-344.

⁸⁹ Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), p. 379.

⁹⁰ “Casuistry seems too accepting of prevalent beliefs and practices... their method might suffer from ideological distortions and lack of critical edge”, DeGrazia, *op. cit.* (nota 52), p. 517.

sentido es que fue posible y exitoso hasta cierto punto el casuismo en ese contexto.⁹¹ La creencia de que el *common law* constituye un claro ejemplo del desarrollo de un sofisticado sistema de principios y normas a partir de los casos sin recurrir a una teoría moral es insostenible, puesto que la sociedad comparte una serie de valores que permitieron precisamente dicho desarrollo. Asimismo, la selección misma de los casos paradigmáticos se realiza en función de una serie de concepciones morales que permiten distinguir aquellos casos moralmente relevantes, así como establecer una taxonomía de los casos.⁹²

Se ha argumentado con frecuencia que no puede entenderse que exista una sola teoría moral que pueda ser universal.⁹³ Sin embargo, desde el punto de vista de la bioética –que es uno de los campos en los que se ha pugnado por la utilización del método casuístico, aunque claro que Jonsen y Toulmin nunca mencionan a la bioética, sino a la ética como su campo de aplicación-, el enfoque necesariamente local que resulta de la casuística, puesto que el caso está rodeado de circunstancias que responden a una realidad y a un contexto específico, impide que nos sea útil para problemas desde el punto de vista global, como pueden ser muchos de los problemas que enfrenta la bioética.

Desde el punto de vista metodológico, algunos críticos afirman que el casuismo en sí no se encuentra ausente de dificultades en su aplicación. Jonsen y Toulmin no consideran los casos que concuerden ambiguamente con el paradigma o precedente, o que sean similares a diversos paradigmas o precedentes que sean distintos entre sí,⁹⁴ e incluso un caso totalmente novedoso en el que no pueda apelarse a ningún paradigma o precedente. Si bien puede pensarse que en esos casos podemos apoyarnos en el carácter retórico y en el probabilismo, es indudable que de cierto modo es necesario referirse a ciertos aspectos teóricos al hacerlo, y siendo que en el campo de la bioética los problemas se caracterizan por su relación con el desarrollo de la ciencia y la tecnología, sería complicado no hacerlo.

Es innegable que existen determinadas normas que carecen de una aplicabilidad absoluta y universal, y que es fundamental poner atención a las circunstancias que rodean un caso. El derecho en la bioética no puede basarse en una serie de principios o máximas inquebrantables. En ese sentido, diversos autores han afirmado que las proposiciones jurídicas son en sí de carácter dialéctico. Dice Manuel Atienza:

⁹¹ Vid. Wildes, Kevin WM., S.J., “The priesthood of bioethics and the return of casuistry”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, No. 18, Oxford Journals, Houston, Texas, USA, 1993, pp. 33-49.

⁹² “...it [casuistry] does not acknowledge or account for the way in which different theoretical preconceptions help determine which cases and problems get selected in the first place. Another problem is that it does not explain what allows us to group different cases into distinct categories or to process from one category to another. In other words, the casuists’ account for case analysis fails to supply us with principles of relevance that explain what binds the cases together and how the meaning of one case points beyond itself toward the resolution of subsequent cases”, Arras, John D., “Getting Down to Cases: The Revival of Casuistry in Bioethics”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, No. 16, Oxford Journals, Houston, Texas, USA, 1991, p. 40.

⁹³ Vid. Englehart, H. Tristram Jr, “Confronting Moral Pluralism in Posttraditional Western Societies: Bioethics Critically Reassessed”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, No. 36, Oxford Journals, Houston, Texas, USA, 2011, pp. 243–260

⁹⁴ Vid. DeGrazia, *op. cit.* (nota 52)

Los argumentos dialécticos –los de la tónica- se diferencian de los apodícticos, porque parten de lo simplemente opinable o verosímil, y no de proposiciones primeras o verdaderas. Pero por lo demás, las conclusiones dialécticas son, al igual que las apodícticas y a diferencia de las erísticas y de las pseudoconclusiones, formalmente correctas. La diferencia esencial radica, pues, en la naturaleza de las premisas, que, en el caso de los argumentos dialécticos son *endoxa*, esto es, proposiciones que parecen verdaderas a todos o a los más conocidos o famosos.⁹⁵

La casuística guarda una estrecha relación con la retórica y la tónica, que conforme a la concepción aristotélica tiene por objeto “conclusiones que deriven de proposiciones que parecen verdaderas con arreglo a una opinión acreditada”.⁹⁶ “Los tónicos”, dice Atienza, “deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas...Por otro lado, los tónicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien la cuestiona”.⁹⁷

Para Aristóteles, la Tónica o *ars inveniendi* es una meditación prelógica, en que primero se lleva a cabo la *inventio* y posteriormente la *conclusio*, es decir que la tónica señala las premisas, mientras que la lógica las recibe para trabajar con ellas en un momento posterior.⁹⁸ La tónica para Aristóteles es una técnica del pensamiento problemático⁹⁹, y los *topoi* eran “puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad”.

Cicerón retoma la tónica aristotélica, pero “en Cicerón desaparece la distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico, pero en su lugar surge una distinción, que tiene un origen estoico...entre la invención y la formación del juicio...la tónica sería el arte de hallar argumentos. La formación del juicio, por el contrario, consistiría en el paso de las premisas a la conclusión”¹⁰⁰ En ese sentido se dice que el nivel de tónica en Cicerón es inferior a la de Aristóteles, puesto que reduce el ejercicio retórico a la cuestión lógica o de formación del juicio, es decir a la utilidad meramente práctica, es decir dando prioridad a los resultados y no a las causas.

Theodor Viehweg, en su obra “Tónica y Jurisprudencia”, observa que en la modernidad, occidente abandonó la tónica y la sustituyó por el método deductivo. Dice el autor

la categoría del sistema deductivo aparece, al final, como algo inadecuado, casi como un impedimento a la vista...Se observa que la lógica es tan indispensable en

⁹⁵ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 134, IJ-UNAM, México, 2005, p. 32.

⁹⁶ Viehweg, Theodor, *Tónica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, España, 1964, p. 36

⁹⁷ “Los tónicos”, dice Atienza, “deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas...”Por otro lado, los tónicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien la cuestiona”, Atienza, *op. Cit.* (nota 95), p. 34

⁹⁸ Viehweg, *op. Cit.* (nota 96), p. 58

⁹⁹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁰⁰ Atienza, *op. Cit.* (nota 95), p. 33.

nuestro terreno como en cualquier otro y que se la menciona con frecuencia, pero en el momento decisivo, tiene que conformarse con un segundo puesto. El primero lo ocupa el *ars inveniendi*, como pensaba Cicerón, cuando decía que la tópica precede a la lógica. Se sigue de ello que antes y después, se debe conceder un interés sustancial a la tópica. Es, sin embargo, totalmente consecuente oponerse a ella si se quiere emprender la tarea de cientificar la técnica jurídica.¹⁰¹

Para Viehweg “la deducción hace innecesaria la invención”,¹⁰² siendo el sistema mismo el que resuelve los problemas y califica las proposiciones de verdaderas o falsas, sin que puedan calificarse de aceptables o defendibles. Acerca de los axiomas o principios, dice Viehweg

Los axiomas, como proposiciones nucleares del derecho, continuarán siendo, sin embargo, lógicamente arbitrarios, y las operaciones intelectuales para elegir precisamente un axioma y no otro, conservarán un resto tópico inevitable. Pero en esto radica el riesgo, pues los axiomas tienen que dar respuesta al problema de la justicia.

En ese sentido, su propuesta es desarrollar un estilo especial de búsqueda de premisas, que con apoyo en puntos de vista aprobados, sea a su vez inventivo poniendo énfasis en el problema, y en ese sentido concebir al derecho no como algo dado, sino como algo por construir, que es responsabilidad del jurista, como se hacía en el derecho romano del cual resultó el *ius civile*.¹⁰³

Sin embargo, uno de los grandes teóricos del derecho en la actualidad, Ronald Dworkin, afirma que la acentuación del hecho que derivó de las posturas iusrealistas terminó por eliminar los problemas morales de principio que constituyen el núcleo del derecho.

La postura de Dworkin no se apoya en la existencia de un derecho natural conformado por principios universales, unitarios e inmutables, ni considera que los derechos tengan un carácter metafísico especial, sino que “parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principio que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones”.¹⁰⁴

Dice Dworkin: “lo que yo quiero es oponerme a la idea de que 'el derecho' sea un conjunto fijo de estándares, de la clase que sean”,¹⁰⁵ y en ese sentido niega que el derecho consiste solamente en reglas, “las que sólo con base en su origen pueden ser examinadas por cuanto hace a su validez o pertenencia al sistema y que sólo de esa forma se pueden distinguir de las normas de otros tipos de sistemas normativos como sería la moral o las reglas de trato

¹⁰¹ Viehweg, *op. Cit.* (nota 96), pp. 121-122

¹⁰² Viehweg, *op. Cit.* (nota 96), p. 63.

¹⁰³ Viehweg nos dice que “La raíz de todo está simplemente en que el problema toma y conserva la primacía. SI la jurisprudencia concibe su tarea como una búsqueda de lo justo dentro de una inabarcable plétora de situaciones, tiene que conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto a la aporía fundamental, esto es, de ser 'móvil'”, Viehweg *op. Cit.* (nota 96), p. 142.

¹⁰⁴ Calsamiglia, Albert, “Ensayo sobre Dworkin”, en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, España, 2002, p. 11

¹⁰⁵ Dworkin, *op. Cit.* (nota 104), p. 188

social”¹⁰⁶. Para dar cuenta de ello, Dworkin apela a aquellas situaciones en las que el sistema jurídico, desde el punto de vista positivo, no dispone de una regla explícita que establezca un criterio para solucionar el caso, los llamados *casos difíciles*, negando la discreción judicial.¹⁰⁷ Es por ello que, si bien Dworkin reconoce que las reglas, dado su carácter todo o nada¹⁰⁸ de las normas, no pueden ser aplicadas en todos los casos, cuestión que preocupa a los casuistas por igual, sostiene la tesis de la existencia de una verdad moral en el derecho, es decir que sí hay una respuesta correcta, y establece que el argumento práctico que apela a una variedad de respuestas aceptables en un caso difícil es equivocado.

Para Dworkin, la práctica judicial implica la interpretación de una concepción del derecho.¹⁰⁹ El autor de *Taking Rights Seriously* entiende al derecho como una realidad mucho más compleja, y afirma que en los casos difíciles los juristas razonan con base en estándares que no funcionan como una norma, sino que operan como principios¹¹⁰ o directrices políticas,¹¹¹ que no son ajenos al universo jurídico. Así, afirma Dworkin “los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no derechos legales ni de estrategia. Estos problemas quedaron enterrados por la insistencia en un enfoque jurídico convencional. Pero, si la jurisprudencia ha de tener éxito, debe poner al descubierto estos problemas y encararlos como problemas de la teoría moral”.¹¹²

El equilibrio reflexivo y la ponderación lógica

Si bien en un inicio el casuismo fue propuesto como un modelo opuesto por parte de los críticos al principalismo, con el tiempo se han interpretado como dos caras de la misma moneda en la reflexión bioética: los principios generales iluminan a los casos prácticos para la toma de decisiones, pero a la vez los casos prácticos definen la aplicación y el alcance de los principios generales. Incluso Beauchamp y Childress acogen las aportaciones del casuismo y las incorporan abiertamente a su propio modelo a través del método del equilibrio reflexivo. Dicen Beauchamp y Childress

Neither general principles nor paradigm cases without principles can guide the formation of justified moral beliefs. Principles need to be made specific for cases,

¹⁰⁶ Rojas Amandi, Víctor Manuel, “El concepto de derecho de Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LVI, Núm. 246, Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, P. 356

¹⁰⁷ “insisto en que, incluso en los casos difíciles, se puede decir sin riesgo de error que el proceso apunta más bien a descubrir que a inventar los derechos”, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, España, 2002, p. 397

¹⁰⁸ “Las normas son, o bien aplicables, o bien no aplicables. Esto significa que, si se realizan los presupuestos de la hipótesis normativa en ellas prevista, la consecuencia de derecho debe aplicarse; en cambio, cuando no se cumplen los mismos, dicha consecuencia no debe aplicarse”, Rojas Amandi, Víctor Manuel, “El concepto de derecho de Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LVI, Núm. 246, Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, p. 378

¹⁰⁹ Dworkin establece que hablar de que alguien tiene un derecho implica reconocer que es incorrecto interferir el hacer de esa persona, lo cual es distinto a juzgar si es bueno o malo que lo haga.

¹¹⁰ Definidos como “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, político o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”, Dworkin, *op. Cit.* (nota 104), p. 72

¹¹¹ Dworkin llama así “al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”, *Ibidem*, p. 72.

¹¹² *Op. Cit.* (nota 104), p. 51

and case analysis needs illumination from general principles. Some general rules lack an adequate justification without support from more specific considered judgments. There is no fixed order of inference or dependence from general to particular or from particular to general.¹¹³

De hecho parece que los autores entienden al equilibrio reflexivo como una síntesis entre la objetividad y universalidad de los principios y la subjetividad y particularidad de los casos, o bien como un método conciliatorio de análisis. Rodolfo Vázquez habla en el mismo sentido de que en torno a la problemática que deriva del papel de la ética en la bioética existen dos puntos de vista encontrados:

Por una parte, se cree que ante la imposibilidad de alcanzar algún consenso entre las diferentes teorías morales, el filósofo “modesto” debe limitarse al oficio técnico de su disciplina. Por la otra, el filósofo “ambicioso” piensa que cualquier decisión pública se inscribe en un marco teórico que debe aplicarse a la resolución de cada uno de los casos que se presentan a su consideración. Los filósofos ambiciosos, a su vez, abogan por una concepción generalista de la moral (ética deontológica, utilitarista, de derecho natural, por ejemplo) o bien por una concepción particularista (contextualismo, casuística, ética del cuidado, de la virtud, entre otras posibles). En un terreno intermedio, que señala las limitaciones de cada una de las dos posiciones extremas, se ubican aquellos filósofos que apelan a un “equilibrio reflexivo” entre principios generales y convicciones particulares, o bien reconocen la primacía de los principios pero no con un carácter absoluto, sino con un valor *prima facie*. Por cierto, estas dos últimas no son excluyentes.¹¹⁴

El equilibrio reflexivo que adoptan Beauchamp y Childress representa entonces un método basado en la consistencia en el razonamiento moral que sirve para dotar de utilidad práctica a los principios, sin que se niegue por un lado la imparcialidad, y sin ignorar por otro lado que el discurso moral debe tener un vínculo con la realidad. “La consistencia en el razonamiento moral”, dice Vázquez, “significa aceptar las implicaciones de las razones o principios a los que uno apela en la resolución de los casos particulares”¹¹⁵. Es así que lo que se busca es, más que alcanzar la coherencia sistemática, reconocer la relación entre los juicios particulares con los principios sirviendo éstos como razones o justificación de aquéllos, y la construcción de una teoría moral a través de la elección de principios.

Dentro de los esfuerzos que se han hecho para matizar la universalidad de los principios - hablamos aquí de los principios en general y no solamente los que proponen Beauchamp y Childress-, encontramos diversas propuestas hermenéuticas que pretenden armonizar la convivencia entre ellos en el ámbito práctico, puesto que se entiende que en el caso concreto puede darse una contradicción entre dos o más principios. Ejemplo de lo anterior es la propuesta de Robert Alexy, que parte de que los principios exigen la máxima realización posible, y en ese sentido formula la llamada ley de la ponderación, que es

¹¹³ Beauchamp y Childress, *op. cit.* (nota 1), p. 381

¹¹⁴ Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 19-20.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.36

formulada de la siguiente manera: “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de no de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”,¹¹⁶ lo cual implica primero definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios (leve, medio o grave), sin ser esta estimación arbitraria sino razonable y plausible; segundo, la importancia de la satisfacción del principio contrario; y tercero definir si la importancia de la satisfacción de este justifica la restricción o no satisfacción del primero. La propuesta de Alexy parte entonces de una concepción sistemática de los principios, y es por ello que se trata de una herramienta de carácter lógico, que asigna a su vez valores aritméticos para llegar a una solución.

El equilibrio reflexivo no establece un contenido para los principios que habrán de tomarse en cuenta, ni un parámetro para desentrañar los valores en juego en cada caso. Un dilema en bioética tiene que ver con valores que se encuentran integrados en una sistema moral universal, pero también en un sistema moral particular o local dentro de un contexto social específico, pero el contenido de estos valores no será objeto de discusión en un equilibrio reflexivo.

Por su parte, la propuesta lógica de ponderación propuesta por Alexy reduce el universo de lo axiológico a una serie de variables dentro de un sistema, y parece ignorar que, si bien un orden jurídico puede ser concebido como un sistema que integra reglas y principios, no es posible resolver los dilemas tan complejos que se plantean a la bioética dando por hecho una vez más una serie de principios y limitándose únicamente a asignarles un valor aritmético para concederles prioridad en un caso concreto a unos sobre otros.

El derecho contiene principios *prima facie* -los principios generales del derecho y otros principios de carácter moral- y contiene también normas en estricto sentido, pero si se pretende que el derecho sea un reflejo de los valores de una sociedad es necesario mantener abierta la posibilidad de discutir más allá de la aplicabilidad de dichos principios y reglas y entrar al análisis a partir de la dimensión axiológica, es decir la construcción de valores en el derecho de las cuales derivan precisamente los principios y las reglas.

El surgimiento de la axiología

Si bien es cierto que la axiología como tal no surge como disciplina filosófica sino hasta el siglo XX, existió un concepto con el cual los filósofos en general hicieron referencia a la dimensión de valor: el bien o lo bueno. El concepto de bien siempre ha estado presente en la reflexión filosófica,¹¹⁷ y de cierto modo los filósofos clásicos, reflexionan acerca de la dimensión axiológica sin que sea su objetivo hacerlo.¹¹⁸

¹¹⁶ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, CNDH-CEDH Agusalientes, México, 2008, p. 13.

¹¹⁷ Dice Ortega y Gasset que la idea de lo bueno fue la que más se aproximó al pensamiento acerca de la idea de lo valioso, aunque hoy entendamos que el bien es solamente una especie de valor, Véase Ortega y Gasset, José, *¿Qué son los valores? Aproximación a una estimativa*, Ediciones Encuentro, España, 2004.

¹¹⁸ Incluso hay posturas entre los filósofos clásicos que podríamos calificar de relativistas o negadoras de la dimensión axiológica, como Demócrito o Epicuro.

La ética en el pensamiento clásico se enfocaba en la idea del sujeto moral como central y no en la corrección de la acción, es decir que se encontraba más bien fundamentada en la idea de virtud, asociada en cierto sentido a los diversos roles sociales que desempeñan las personas,¹¹⁹ y en ese sentido las acciones son correctas o no en función de la virtud del agente que las llevara a cabo.¹²⁰ Nos dice García Máynez que Aristóteles no se limitaba a ofrecer una definición formal del deber –y de hecho en la *Ética nicomaquea* no emplea el concepto del deber como lo entendemos ahora o de las reglas-, sino que “nos brinda una vasta ‘fenomenología de la conducta recta’, orientada hacia la descripción del *contenido* de las virtudes”,¹²¹ por lo que para el Estagirita, la virtud entendida como excelencia de carácter era una cuestión práctica –y no tanto un arquetipo ideal como lo es en la filosofía de Platón-, cuyo contenido se definía como punto medio entre dos vicios –uno por exceso y uno por defecto-, y que eran a su vez componentes de una vida buena, es decir una vida humana buena conforme a lo que es bueno para el hombre, entendido como concepto funcional o dotado de una teleología “natural”.

Al respecto, MacIntyre explica que el concepto de lo humano en la filosofía clásica hacía referencia de manera implícita al valor, puesto que la ontología de los griegos era una ontología funcional, por llamarle de cierta manera, ya que todo ser implicaba su finalidad o naturaleza, y en ese sentido “los hechos de la acción humana incluyen los hechos acerca de lo que es valioso para los seres humanos (y *no* sólo los hechos acerca de lo que consideran valioso)”¹²². En esa misma línea, siguiendo los planteamientos de los defensores de la teoría de la virtud, nos dice que el formalismo característico de la moral moderna se debe al abandono de la dimensión teleológica de lo humano, lo cual dio como resultado un esquema moral basado en preceptos y una naturaleza humana sin fin alguno, que de hecho no tendría por qué orientarse a dichos principios, y que es precisamente al romperse esa conexión¹²³ que surgen los problemas para la fundamentación de la moral.¹²⁴

¹¹⁹ Existen posturas relativistas de la virtud, como es la de MacIntyre, pero también existen posturas, que eran muy aceptadas sobre todo en la filosofía clásica griega acerca de la unidad de la virtud. Sin embargo, siendo las virtudes una cuestión práctica, necesariamente tienen que ver con el desempeño en sociedad, que no necesariamente implica que el hombre no es agente moral de manera intermitente, es decir que desaparezca una vez que no se encuentra interactuando en sociedad, sino que, en una visión extrema como podría ser la de Aristóteles, la virtud debe cultivarse en todo momento. Así es que podemos decir que hay concepciones de virtud que se basan en una concepción más universal de la naturaleza humana, y otras que se relacionan más con las diferentes “máscaras” o los roles que los individuos llevan a cabo en su vida social.

¹²⁰ “...la ética de la virtud se centra en el agente, y no en el acto; en el carácter, y no en la conducta...la ética de la virtud está principalmente orientada a resolver la pregunta de qué tipo de persona debe uno ser.”, Amaya, Amalia, *Virtudes Judiciales y Argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Serie Temas Selectos de Derecho Electoral; 6, México, 2009, p. 7

¹²¹ García Máynez, Eduardo, *El problema de la objetividad de los valores*, El Colegio Nacional, México, 1969.

¹²² MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, 2ª ed., Trad. de Amelia Balcarcel, Crítica, Barcelona, España, 1984, p. 112

¹²³ La moral como obediencia –a Dios o a la Ley- fue una noción que permeó durante el pensamiento filosófico que incluye premisas de carácter religioso; esto tiene que cambiar forzosamente cuando “la moralidad ya no recurre a nada que trascienda el mundo natural en que vivimos; y dentro de éste, la naturaleza humana que todos tenemos en común nos permite autogobernarnos”, Schneewind, Jerome B., *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, Fondo de Cultura Económica, México,

No obstante, la idea de la vida buena responde en gran medida a consideraciones acerca de lo valioso para el ser humano. La virtud puede entenderse como la dimensión práctica del valor, o literalmente la construcción de ideales de carácter con base en las abstracciones del mundo axiológico: “El juicio moral de valor no descansa en la existencia del modelo; antes bien, la elección del último se basa en dicho juicio”.¹²⁵ Esto quiere decir que el valor es siempre el fundamento de la conducta humana, y las apreciaciones que hacemos de lo valioso definen lo que entendemos por correcto o incorrecto, y que desde una óptica aretaica o de la virtud (*areté*), la definición del agente virtuoso tiene que ver igualmente con esta estimación. De hecho, Hartmann sostiene que la noción de virtud que fue central para la ética griega es de hecho un concepto axiológico-material, ya que el contenido de la virtud no emana de observaciones empíricas sino de exteriorizaciones de juicios morales de valor. De cierto modo las virtudes no son sino proyecciones de las ideas acerca de los valores.

La virtud aristotélica es la que permite al hombre alcanzar la eudaimonía,¹²⁶ pero a su vez no es simplemente un medio para el fin del hombre, sino que forma parte de ese mismo fin, pero podemos claramente entender que las virtudes son una dimensión práctica del valor, o una expresión encarnada de los valores, y que por tanto, si los valores orientan la conducta, las virtudes son expresiones de ideales de la conducta que establecen guías concretas de acción, y en sí al ser llevadas a cabo permiten la realización de los valores, y son a su vez dicha realización.

Lo que es cierto es que de manera explícita en la filosofía clásica no se hablaba del valor como una categoría moral, sino que estaba inmerso en la idea de la vida buena o de fin último, y de hecho sí se hablaba de ciertos conceptos que son valores en sí, pero nunca como entes dotados de una ontología o una materialidad independiente; es así que se hablaba de la justicia, pero fundamentalmente fue tratada como una virtud humana –que además ha sido causa de dificultades desde el punto de vista aristotélico, puesto que en realidad no es fácil definirla como un punto medio entre dos vicios-, y que muchos otros valores como la belleza, la paz, la santidad, el bien, la verdad, entre otros, fueron abordados por innumerables pensadores a lo largo de la historia, pero que jamás se trató a *lo valioso* como una dimensión filosófica independiente.

La diferencia fundamental entre el tratamiento que dieron estas posturas al concepto de valor y la manera en que se abordó el tema en lo que llamamos modernidad es la relación del ser con el valer, es decir que el parteaguas es la distinción ser y valor como dimensiones independientes por parte de la axiología.

Lo que marca la distinción entre la manera en que se abordó esta idea en la modernidad tiene que ver con la concepción de la relación ser-valer, ya que los antiguos entienden al valor identificado con el ser, mientras que para los modernos ser y valor son dos

2009, p. 442.

¹²⁴ “...el precio pagado por la liberación frente a lo que parecía ser la autoridad externa de la moral tradicional fue la pérdida de cualquier contenido de autoridad para los posibles pronunciamientos morales del nuevo agente autónomo”, *Ibidem*, p. 94

¹²⁵ García Máynez citando a Hartmann, *op. Cit.* (nota 121) pp. 57

¹²⁶ Concepto que muchas veces se ha equiparado a la idea de felicidad, pero que en la ética aristotélica tiene que ver más bien con un estado de plenitud, como fin último para la ontología funcional del hombre.

dimensiones diferentes e independientes.¹²⁷ Esto sin duda es precisamente lo que dio origen a lo que llamamos “falacia naturalista”, ya que este argumento lógico sostiene que es falso derivar proposiciones deontológicas de premisas ontológicas, sin embargo, dice Alasdair MacIntyre, la concepción clásica, especialmente la aristotélica,¹²⁸ planteaba una ontología humana que partía de un concepto funcional del hombre, como ya hemos mencionado. A lo que se refiere con esto el autor es que el concepto *hombre* incluía en su ser el deber ser, su teleología, ya que el objeto implicaba su finalidad o su naturaleza por lo que, dice el autor, no es correcto hablar de falacia naturalista en la concepción clásica, aunque con la fragmentación o el divorcio que se empieza a gestar desde la ilustración entre el ser y el deber ser sea lógicamente válido este argumento.¹²⁹ Sin embargo, en el pensamiento clásico, el problema del valor a través de su identificación con el bien fue siempre en estricta vinculación con el ser.

La ética de las virtudes plantea al agente moral como concepto central de la ética. Una vez que la idea de naturaleza, que es autoreguladora y que incluye al hombre, se substituye por la de un creador, cuya voluntad ha permitido la existencia del hombre como un ente casi separado, o por lo menos superior de la naturaleza, la noción del deber se torna fundamental y central en la ética. El hombre es amo y señor de todo lo que existe, pero siempre tiende hacia su creador, que le impone ciertas obligaciones: ya no es teleología intrínseca, sino extrínseca.

En el paradigma del cristianismo, que marca profundamente el pensamiento medieval en la filosofía occidental, podemos identificar la idea de valor con la idea de Dios, en el sentido de Dios como el bien supremo, como el valor más alto. Para Tomás de Aquino, exponente fundamental del pensamiento cristiano medieval, si bien es claro que el fin último de la vida humana es central en su planteamiento para la construcción de una ética y una moral – lo cual no deja dudar de la influencia aristotélica en su pensamiento-, entiende que el hombre encuentra en Dios su perfección y bien absolutos en un nivel trascendente de su teleología, cuya representación concreta es sin duda un bien inmanente, es decir el bien común, para lo cual juega un papel central la idea de la virtud –nuevamente una idea protagónica en la ética aristotélica que se basa en una concepción funcional del hombre, siendo ambas posturas teleológicas.¹³⁰

En la filosofía de la ilustración, que es antesala de la modernidad, se vive una ruptura con la visión teocéntrica del universo para centrarse en una visión antropocéntrica, y es el sujeto – el hombre- quien, a través de la razón, podrá conocer la verdad. A través de ese proceso se le resta importancia a la dimensión trascendente, y se rompe con la idea unitaria del orden, del bien y del valor, haciendo énfasis en la libertad y la autonomía, siendo el individuo

¹²⁷ El mundo de las ideas en el pensamiento de Platón implica dos grados del ser, las ideas y las cosas, no una división entre ser y deber ser.

¹²⁸ Aristóteles entendía al ser como una unidad y a la forma como la esencia misma del ser, que es ahí donde se separa del pensamiento platónico, puesto que niega la separación entre la esencia y la existencia, entre la idea y la cosa. Identificaba al bien con el fin o la causa final, que estaba implícito en la forma esencial. El bien es la perfección del ser.

¹²⁹ De esto que, según MacIntyre, “el principio 'ninguna conclusión debe de premisas es' se convierta en una verdad sin fisuras para filósofos cuya cultura sólo posee el vocabulario moral empobrecido”, MacIntyre, *op. Cit.* (nota 122), p. 83.

¹³⁰ Véase, Beuchot, Mauricio, “Ética y justicia en Tomás de Aquino”, en Platts, *op. Cit.* (nota 10), pp. 41-54.

quien asigna el valor y ya no el objeto valorado el que lo impone. Ya no existe una visión del hombre como un ser teleológico, porque esto implicaría una finalidad impuesta, y la idea ilustrada es la del individuo autónomo y racional que es capaz de regular su conducta con desapego a cualquier voluntad externa.¹³¹

Hume y Bentham, pensadores representativos de la época, sostuvieron un subjetivismo axiológico, aunque no tocaron el tema del valor como una dimensión independiente, pero es precisamente aquí donde vemos el rompimiento definitivo entre ser y deber ser. Kant por su parte sostuvo que el único valor en sí mismo es la buena voluntad, por lo que igualmente hace depender el valor del sujeto, de su libertad.

Los primeros axiólogos

No se hace explícito el problema del valor hasta el siglo XIX con Herman Lotze, que propuso la escisión del ser y el valor, comenzando así la reflexión autónoma del valor y con ello el nacimiento de lo que hoy conocemos como filosofía de los valores o axiología. Para Lotze la existencia de los objetos no depende de la conciencia del sujeto, sino que da por hecho la inteligibilidad del mundo que los rodea. En ese sentido, es necesario hacer explícita la concepción mecanicista del universo, que tuvo gran influencia en aquel momento en todos los ámbitos del conocimiento: los acontecimientos son una manifestación lógica de un supuesto anterior, que es necesario conforme a lo establecido en el orden natural.

Lotze entiende sin embargo que el conocimiento adquirido en función de esta lógica no sirve como base para descifrar el significado o el valor del universo, puesto que para ello es necesario un principio que permita relacionar los fines del universo y su contenido con el significado que se desprende de él, trascendiendo entonces la esfera del ser, que se rige por el mecanicismo, y se mueve a una esfera de valor. En ese sentido, las ciencias naturales tienen como objeto conocer el ser, mientras que la filosofía debe ocuparse el problema del valor -que se encuentra para Lotze ligado a la noción de sentido o *telos*-, separándose así claramente estas dos áreas del conocimiento humano; esta dimensión de la realidad, lo valioso, no permite y no requiere respuestas objetivas, pero a su vez no queda excluida la posibilidad de su conocimiento.

Si bien existe un fin universal, Lotze no elimina la libertad humana, puesto que entiende que el hombre se orienta hacia su propio bien, y busca la felicidad, pero explica que los valores son parte de una dimensión universal y absoluta, a través de la cual se vinculan con el orden objetivo axiológico, por lo que al participar en la realización de un valor personal, a su vez participa en los valores del universo, en su sentido moral, al cual no accedemos por la razón sino a través del sentimiento de valor.¹³²

¹³¹ Uno de los planteamientos fundamentales de la ética kantiana es que “una moralidad de tiranía y servilismo sólo puede evitarse si Dios y el hombre forman una comunidad moral cuyos miembros sean mutuamente comprensibles porque aceptan los mismos principios...Dios y nosotros podemos compartir ser miembros de una sola comunidad moral sólo si todos legislamos por igual la ley que hemos de obedecer”, por lo tanto “es la voluntad la que ocasiona la moralidad”, Schneewind, *op. Cit.* (nota 123), pp. 600-604.

¹³² *Cfr.* De la Torre Martínez, Carlos, *La recepción de la teoría de los valores en la filosofía del derecho*, IJ-UNAM, México, 2005, Capítulo 2, p. 35 y ss.

La crisis de los valores ilustrados despertó sin duda el interés de la filosofía en los valores. Nietzsche fue fundamental en la denuncia de dicha crisis, puesto que entendía que la moral se había convertido en un instrumento de sumisión, y en ese sentido afirma que los valores son creaciones humanas y que el fenómeno moral no existe, sino solamente las interpretaciones morales de los fenómenos. El nihilismo se presenta como un “proceso de desvalorización de todos los valores que tienen como principio de determinación un elemento suprasensible, es la negación de todo valor que se sitúa por encima del ser”,¹³³ lo cual no implica necesariamente una aniquilación sino una transmutación de los valores, que se determinen a partir del ser mismo. Para Nietzsche los valores deben tender a la vitalidad, la potenciación de la existencia humana y de la voluntad de poder, siendo tal vez el más radical individualista en ese sentido.

Más adelante surge una corriente de pensamiento que fue fundamental para que la axiología permeara en el campo de la filosofía jurídica: el neokantismo. De manera general podríamos decir que los filósofos pertenecientes a esta corriente sostenían dos tesis centrales: la existencia de un imperativo categórico de conducta, entendida como una actividad selectiva y reflexiva, y que éste es demostrable pudiendo prescindir del empirismo y basándose en un método meramente filosófico,¹³⁴ sin llegar a hacer planteamientos metafísicos.

Se habla de que hubo dos principales escuelas dentro del neokantismo: la escuela de Baden, y la escuela de Marburgo. La primera se centró en la reflexión de la filosofía de los valores, es decir en determinar el deber ser de lo real haciendo referencias a valores.

Un primer exponente de esta escuela fue Wilhelm Windelband, quien sostuvo que la clave de la historia eran los valores, y que ésta era ciencia puesto que es considerada una realización progresiva de aquellos, y que a través de la historia es precisamente como llegamos a conocer los valores. Este es otro rasgo distintivo que podremos apreciar en los pensadores neokantianos, la importancia que dan a las ciencias sociales y de la cultura, especialmente a la historia. Para Windelband, las valoraciones particulares existen por debajo de los valores absolutos, y éstos no deben su existencia al número de valoraciones particulares que coincidan en ellos, sino que tienen una validez ideal: no lo que es, sino lo que debe ser; los valores dotan de universalidad y de validez general a las particularidades que surgen en la realidad histórica.¹³⁵

Otro importante pensador es Heinrich Rickert, quien consideró que los valores son una cuestión suprahistórica y no empírica. Continuando con la premisa antes mencionada de Lotze, Rickert entiende que las ciencias naturales han de orientarse hacia una parte de la realidad, aquella que es reductible a leyes generales y necesarias, mientras que las ciencias históricas se enfocarían a la singularidad de los fenómenos. Un problema constante en la historia como disciplina es determinar qué fenómenos son esenciales para el conocimiento histórico, es decir cómo podemos saber qué sucesos son relevantes para la historia, ¿qué es lo histórico? Esto es en sí una valoración, es decir que el historiador debe llevar a cabo un

¹³³ *Ibidem*, p. 52

¹³⁴ *Cfr.* Nakhnikian, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Fontamara, México, 1991, pp. 57-63.

¹³⁵ *Cfr.* De la Torre, *op. Cit.* (nota 132), Capítulo 3, p. 62 y ss.

proceso de valoración para delimitar su objeto. Ahora, en todo objeto cultural, como es el que estudia la historia, se integra la categoría axiológica –por lo que se distingue del conocimiento nomotético o de las ciencias naturales, que se basa en leyes, y se constituye en un conocimiento ideográfico, que tiene que ver con el significado-, aunque la historia no emite, o debe emitir, juicios de valor, es decir que no juzga, pero el significado cultural o la relevancia histórica de un fenómeno tiene que ver sin duda con valores.

Para Rickert existen 3 grados de validez de un valor: el personal, que depende de los juicios subjetivos, los reconocidos por la generalidad, y finalmente los objetivos, es decir que valen por sí mismos y reclaman un reconocimiento, sin que esto implique que no estén vinculados con la realidad. La realidad a su vez tiene 3 dimensiones: el ser, los valores abstractos y el sentido, que es precisamente la conexión entre el ser y los valores. La cultura es el proceso de realización de los valores generales en el transcurso de la historia. Esto es relevante porque el hombre es el único ser que reacciona ante los valores; es el único ser histórico, y el único ser jurídico.¹³⁶

Max Weber hablaba de que las ciencias de la cultura –aquellas que buscan conocer los fenómenos de la vida según su significado cultural, de las cuales forman parte la historia, la antropología, la sociología y por supuesto el derecho-, tienen como objeto los valores, que son el criterio para distinguir aquello que es esencial, y para delimitar el ámbito de la ciencia social misma. Esta necesidad de hacer referencia a valores no implica una subjetividad en las ciencias, porque éstas no emiten juicios de valor, pero al ser los valores criterios de delimitación del objeto de estudio, forman parte necesariamente de ellas y a la vez de la dimensión de la realidad que constituye su objeto. Para Weber, sin embargo, los valores no son objetivos, sino subjetivos, ya que es imposible dar una justificación científica de los valores elegidos, y la ciencia puede determinar los medios pero no los fines.¹³⁷

Franz Brentano, otro importante exponente en el campo de la axiología -aunque nunca habló propiamente de valores, sino de “lo bueno”-, inserta de manera explícita la dimensión emotiva o sentimental en la moral, sin menoscabar la objetividad en el pensamiento y conocimiento moral. Brentano niega toda dimensión ideal (reísmo), y afirmaba que lo único existente es el acto bueno o el objeto valioso, es decir los valores concretizado en el ser, y la actitud que tenemos frente al valor pueden ser negar o afirmar su valor, pero nunca de manera independiente del ser. Esto quiere decir que los valores son dependientes del ser, y que nosotros reaccionamos ante ellos, pero esto no resta objetividad a lo bueno o valioso.¹³⁸

Contrario a lo que sostuvo Brentano, Alexius Meinong, por su parte, entendía que el valor era llegar a ser valorado. Meinong afirmaba que las cosas tienen valor cuando y en la medida en que nos agradan. Su teoría del objeto, que distinguía el ser de un objeto del *ser así* o esencia de un objeto, permitía que la esencia fuera independiente del ser, por lo que consideraba posible valorar el ser en sí de objetos ideales, lo cual fue muy importante para

¹³⁶ Cfr. *Ibidem*, Capítulo 3, p. 68 y ss.

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*, Capítulo 3, p. 79 y ss.

¹³⁸ Cfr. *Ibidem*, Capítulo 4, p. 87 y ss.

el desarrollo de la fenomenología. Esto marca con más fuerza la separación del ser y el valer, y niega que la existencia real sea un requisito para todos los valores.¹³⁹

Los desarrollos del debate

Como podemos apreciar, empieza a ser notorio que se van generando dos grandes postulados en torno a la relación sujeto-valor-objeto, por una parte el subjetivismo, y por otra el objetivismo. Las teorías objetivistas del valor sostienen que las sensaciones de agrado o desagrado que tenemos ante los objetos son discutibles, y si es posible dicha discusión es porque existe la convicción de que los valores están de cierta manera dados y que depende de nosotros descubrirlos o, mejor dicho, intuirlos. En ese sentido, la apreciación de los valores desde un punto de vista objetivista –es decir que sostiene que el valor existe independientemente del sujeto que lo percibe y no debe su existencia a la percepción de éste- se funda en lo que la cosa es, es decir que depende de lo que captamos de la esencia de la cosa el cómo la valoramos.

Así para los objetivistas las cosas no deben su valor al hecho de que nosotros las deseemos, sino que las deseamos precisamente por el valor que poseen. Es así que la valoración es también distinta al acierto en la valoración, es decir que podemos valorar correcta o incorrectamente un objeto. Por otro lado, las teorías subjetivistas establecen que el valor de las cosas se lo da el sujeto que las percibe, es decir el hombre. En este sentido, no hay una valoración correcta o incorrecta, puesto que es una cuestión subjetiva.¹⁴⁰ Mientras que las corrientes objetivistas se centran en el valor como objeto, las corrientes subjetivistas se centran en el sujeto como elemento necesario para la constitución del valor. Para estas teorías el valor es una creación del sujeto, es un estado subjetivo, sentimental o emocional. Mencionamos con anterioridad a la fenomenología, y ahora habremos de hablar un poco de su importancia para la axiología. La fenomenología es un método que se basa en prescindir de las particularidades de un objeto y la referencia a su existencia, así como nuestros sentimientos hacia él y concentrarnos en el fenómeno concreto, es decir, en pocas palabras, intuir la esencia sin hacer consideraciones sobre la existencia. Su aportación es importante puesto que permite hacer referencia al valor sin hacer consideraciones a su existencia.

La ética material de los valores: Scheler y Hartmann

Max Scheler es uno de los más grandes e influyentes exponentes de la filosofía de los valores, y precisamente se basó en este método para formular su teoría. Lo que él busca es relacionarse con los objetos – con los valores, que son esencias- a través de un realismo no

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*, Capítulo 2, p. 93 y ss. Véase también García Máynez, *op. Cit.* (nota 121), 1969.

¹⁴⁰ Johannes Hessen, hace una muy interesante defensa en contra del escepticismo lógico, y por tanto es un argumento interesante en contra del subjetivismo y el escepticismo axiológico. Dice Hessen que quien sostiene la afirmación de que nada es verdadero, está defendiendo en sí una pretensión de verdad, y que, de manera similar, al exponer una teoría subjetivista o escéptica en relación a los valores diciendo “no existen los valores” o “los valores son relativos”, está a su vez expresando un juicio estimativo como verdadero. Hessen defiende una fundamentación del objetivismo axiológico desde tres perspectivas: la fenomenológica (exigencias del objeto de reconocimiento axiológico), ontológica (que tiene que ver con la naturaleza compartida entre los hombres que aspira a la realización de valores), y la filosófica-cultural (que tiene que ver con la idea de que el esfuerzo cultural presupone los valores). Al respecto, véase García Máynez, *op. Cit.* (nota 121), pp. 33-38.

racionalista ni empirista –es decir que no se base en la presuposición de abstractos ni en la experiencia sensible-, y para ello distingue 3 tipos de hecho, los naturales, que son saberes del sentido común, los científicos, y los fenomenológicos, que son saberes filosóficos. Estos últimos se refieren al modo de ser de las cosas, y su contenido se nos revela a través de la intuición de la conciencia inmediata, idea fundamental en la fenomenología. Scheler sostiene el carácter trascendental del conocimiento –“más allá de sí”.

Scheler se opone a Kant y se preocupa por un *a priori* material y ya no solamente formal, por lo que no distingue los valores de los bienes y los fines, y les da un trato empírico, es decir dependiente de la existencia particular y contingente de esos bienes y fines. Los valores son independientes de sus depositarios y guardan entre ellos una jerarquía objetiva; son cualidades *materiales* que pueden presentarse en 3 dimensiones: como cualidades objetivas puras, como momentos parciales de bienes, o como el valor concreto de una cosa¹⁴¹.

Lo apriorístico es entonces lo dado en la experiencia a través de la intuición, y aquí podemos apreciar la influencia de la fenomenología. Es por ello que para Scheler es fundamental recuperar la dimensión emocional, que de ninguna manera es reductible a lo sensible, sino por el contrario, debe ser objetiva. La dimensión axiológica es inaccesible a la razón, sin embargo es aprehensible objetivamente a partir del sentir intencional, y tiene un orden absoluto e inquebrantable. Si bien podemos elegir valores, Scheler afirma la existencia de dicho orden y propone una jerarquía que en realidad es un ejemplo que él mismo reconoce puede variar a lo largo de la historia, por lo que su plena intuición no es posible. El valor sin embargo se convierte en estándar de la moralidad: la bondad o maldad de un acto depende de su realización de valores, y aquí encontramos vinculados totalmente la noción de valor con la noción de deber, por ello se dice que la ética de Scheler es una ética de los valores; el valor determina el deber ser, que no es otra cosa que un valor no realizado que exige realización.

Scheler distingue el valor en sí, es decir objetivo, del conocimiento que el sujeto tiene de él, y explica que para acercarnos al conocimiento de una ética material absoluta y tener una vivencia completa de los valores es necesaria la cooperación entre los diversos *ethos*, es decir las variaciones que existen en torno a la percepción sentimental de los valores y reglas de una sociedad.¹⁴²

Probablemente el más grande exponente de la axiología sea Nicolai Hartmann, además de que, como veremos, su pensamiento tuvo una enorme influencia en la filosofía del derecho iberoamericano. Su ética, al igual que la de Scheler, quien de cierto modo es su antecedente, está basada en la pregunta acerca de los valores, e igualmente emplea el método fenomenológico.¹⁴³ Para Hartmann el conocimiento ontológico es distinto a la

¹⁴¹ Scheler niega que los valores propiedades de las cosas o que dependan de ellas, y entiende que las cosas son donde los valores de hacen reales, puesto que son ideales.

¹⁴² Cfr. De la Torre, *op. Cit.* (nota 132), Capítulo 4, p. 100 y ss. Véase también García Máynez, *op. Cit.* (nota 121), 1969.

¹⁴³ Hartmann decía que la filosofía tiene como finalidad responder 3 preguntas: ¿qué podemos conocer?; ¿cómo debemos conducirnos?; ¿qué nos es lícito esperar? La segunda corresponde a la ética, es decir que tiene como objetivo el sentido de lo existente, es decir que la ética no indica lo que debemos hacer en cada situación, sino que enseña cómo descubrir lo que constituye el deber, es decir que nos enseña a juzgar. Para

fenomenología, puesto que ésta estudia al fenómeno tal y como se manifiesta, y no tal como *es*; la ontología clásica deriva todo el conocimiento del ser a partir de un principio filosófico, y la fenomenología parte del conocimiento científico y penetra hasta lo más profundo del ser. Considera al valor un ser ideal pero trascendente, previo a la existencia del hombre. En ese sentido, como ser ideal, los valores también *son*, es decir que gozan de existencia. Esto es de gran relevancia puesto que la axiología surge precisamente de la distinción entre ser y valer como dos dimensiones distintas. Lo que hace Hartmann es desvincular los conceptos esencia-ideal y existencia-real.

La descripción que hace Hartmann acerca de los valores es que son apriorísticos –no solamente en virtud de la intuición inmediata, sino de su existencia previa a la experiencia-, ideales, independientes, objetivos y universales como esencias y que son normativos, es decir que son principios de deber ser, y es así como se realizan o se vinculan con la realidad, sin ser dependientes de ella.¹⁴⁴ Aquí permea una idea que explicamos con anterioridad que es que aprehendemos los valores a través del sentimiento del valor, que implica que los valores se nos presentan en toda su plenitud, y que lo valioso nos llama, nos mueve hacia él. Es una postura objetivista, puesto que es claro que el sujeto no puede modificar la esencia del valor, ni crear ni transformar valores, y en ese sentido los valores no cambian, sino que lo que cambia es nuestra percepción de ellos.

Este es un argumento fundamental que ha sido empleado en contra del relativismo. Esto quiere decir que no hay grados en los valores y que, si bien existe una relatividad histórica en el hombre y la manera en que percibe e intuye los valores, no significa que dicha relatividad corresponda a los valores.¹⁴⁵ Lo que cambia es la percepción y la interpretación que el hombre da a los valores, que puede variar según las circunstancias o el contexto.¹⁴⁶ Hartmann de hecho habla de que la axiología tiene como tarea fundamental establecer una jerarquía entre los valores, aunque niega una estructura jerárquica y lineal, pero entiende que el papel de la ética es armonizar la multiplicidad que existe en las percepciones que tenemos de los valores.

Hartmann, el interrogante axiológico es de mayor relevancia que el interrogante acerca del deber, y de hecho la primera abarca a la segunda pues no puedo saber cuál debe ser mi conducta si ignoro qué es valioso y qué carece de valor, García Máynez, *op. Cit.* (nota 121), pp. 38-40.

¹⁴⁴ Nos explica García Máynez que para Hartmann los valores ostentan un carácter de principios, en el sentido de que no dependen de que se les realice o no, aun cuando no sean indiferentes a su realidad o irrealidad, *Ibidem*, p. 47

¹⁴⁵ Al respecto, vale la pena hablar de la confusión entre objetividad de los valores y la generalidad o particularidad de los juicios estimativos. Se ha dicho que las opiniones socialmente dominantes influyen en los sujetos que valoran. Sin embargo, dado que la sociedad no puede ser la medida de los valores, y por tanto no podemos descansar la objetividad en el argumento de la generalidad de los juicios estimativos, tampoco podemos afirmar la relatividad en virtud de la particularidad de los juicios. Esto quiere decir que la sociedad no es la medida de los valores ni para afirmar su objetividad ni para negarla como pretendió la escuela sociológica francesa (véase Caso, Antonio, *El concepto de la historia universal y la filosofía de los valores*, Ediciones Botas, México, 1993); “Cuando un juicio es verdadero, en nada perjudica a su verdad el no ser acatado por todos los hombres; cuando es falso, el reconocimiento de todos los hombres en nada le ayuda a ser verdadero”, Pfänder, Alejandro, *Lógica*, citado en García Máynez, *Ibidem*, pp. 29.

¹⁴⁶ “La diferencia está en nuestros sistemas de creencias, no en nuestros valores”, Rachels, James, *Introducción a la filosofía moral*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 556, México, 2007, p. 49.

Los valores son entonces, para Hartmann, susceptibles y aspirantes a su realización, pero evidentemente pueden no serlo, ya que su actualización no es necesaria para que puedan existir, e incluso la realidad misma puede contradecirlos y no por ello eliminarlos o la posibilidad de su existencia. García Máñez hace una descripción muy hermosa para explicar un poco más el pensamiento de Hartmann:

El sentido estimativo es comparable a un cono de luz que se desplaza sobre el horizonte ideal de lo que vale. La conciencia de cada hombre y cada época se proyecta sobre ese horizonte e ilumina algunas porciones del mismo, descubriendo así determinados valores. En rigor no debería de hablarse de *transmutación* o *inversión* de lo valioso. Los valores no se crean ni se transforman; se descubren o se ignoran. Del mismo modo, el rayo de luz, proyectado desde el faro, ilumina más no crea, el horizonte marino.

Las variaciones de la intuición axiológica no alteran ni destruyen el objeto a que se hallan referidas. Éste permanece incommovible e inmutable, y los cambios sólo atañen al sujeto o, para hablar rigurosamente, a los límites de su intuición emocional. Volviendo a la imagen, podríamos decir que el movimiento, así como la mayor o menos intensidad del cono de luz que recorre el horizonte de los valores, en nada modifican ese horizonte. Si algunos sectores no son descubiertos o permanecen semiocultos en la bruma, no se debe a que no existan, sino a la dirección o debilidad de los rayos luminosos. Tan erróneo sería negar la existencia de valores no descubiertos, como poner en duda la de una roca no iluminada por la luz de un faro.¹⁴⁷

Una de las más interesantes ideas de Hartmann a nuestro parecer es que entiende que precisamente de la tensión entre la dimensión axiológica y la ontológica, surge la deontológica; el deber implica dirección hacia algo, y ese algo son los valores, nuevamente el contenido del deber, como lo serían para Scheler.¹⁴⁸

Las posturas de García Morente y Frondizi

En el pensamiento latinoamericano, Manuel García Morente es una referencia importante en filosofía, y por supuesto que abordó el tema de los valores. García Morente sostenía que, en la vida del hombre, había cosas reales, objetos ideales y valores. Los primeros dos existen en un sentido ontológico, es decir que *son*; lo real es lo que tiene causa y produce efectos y lo ideal es lo que tiene fundamento y consecuencia.

Sin embargo, los valores no *son*, es decir que no existen ontológicamente hablando. Los valores, dice García Morente, *valen*. Es así que los valores no son entes, sino valentes. Son cualidades de cosas –puesto que los juicios de valor, a diferencia de los juicios de existencia, no añaden ni quitan nada a la esencia o existencia de la cosa sobre la que se

¹⁴⁷ García Máñez, *op. Cit.* (nota 121), p. 81.

¹⁴⁸ La idea de la voluntad como origen del deber que resulta de los planteamientos kantianos es rechazada desde este planteamiento, puesto que si los valores son el contenido del deber, y éstos existen independientemente de la conciencia, entonces no pueden ser creados por la voluntad, aunque somos libres de captarlos o ignorarlos: “los valores son objetos posibles de una intuición estimativa, pero no surgen con ella...al 'intuir' los valores el sujeto es puramente 'receptivo'”, *Ibidem*, p. 72

enuncian-, sin poder separarse de las cosas –es irreal, puesto que no equivale a ninguna de las cualidades primarias o secundarias que tienen los objetos reales¹⁴⁹-, es decir que se adhieren a otro objeto, entendiendo que “no hay cosa alguna ante la cual no adoptemos una posición positiva o negativa”,¹⁵⁰ es decir, que “no hay cosa alguna que no tenga valor”¹⁵¹, y que a cada valor corresponde un contravalor.

La no indiferencia que tenemos ante las cosas puede ser positiva o negativa, pero ello no es una cuestión meramente subjetiva de agrado o desagrado o de sentimientos.

Asimismo, los valores no están sujetos a las categorías de cantidad, tiempo y espacio, de lo que deriva que sean absolutos.¹⁵² Esto quiere decir que no hay grados en los valores y que, si bien existe una relatividad histórica en el hombre y la manera en que percibe e intuye los valores, no significa que dicha relatividad corresponda a los valores. Lo que cambia es la percepción y la interpretación que el hombre da a los valores, que puede variar según las circunstancias o el contexto.

Uno de los pensadores contemporáneos que mejor ha abordado el tema del valor, y que no podemos dejar de mencionar, es Rizieri Frondizi. Para Frondizi, existen tres preguntas fundamentales: ¿qué debo hacer?, ¿qué puedo hacer?, y ¿quién soy?. La tercera pregunta requiere un análisis acerca de la idea de valor. La conducta humana, dice Frondizi “se propone siempre un objetivo, un fin un propósito, que puede estar equivocado, pero no ausente.”¹⁵³ La calidad de la conducta humana en ese sentido es evaluada, tanto en sus móviles como en sus consecuencias, conforme al valor que la orienta. La libertad exige, dice Frondizi, un contenido, y es decir que lo que importa no es tener libertad, sino lo que hacemos con la libertad; una libertad de no hacer nada, por ejemplo, no tiene sentido, su fin depende de un valor.¹⁵⁴

La caracterización que hace Frondizi de los valores es muy interesante. Dice el autor: “A mi juicio, el valor tiene este doble carácter: está inmerso en la realidad empírica y no se agota en ella. Pertenece a la realidad en forma de bienes u objetos valiosos, pero ellos no lo colman, pues podemos crear los que no existían y que son aún más valiosos que los conocidos”¹⁵⁵, asimismo, continúa diciendo que “el valor tiene otra cara, la deseabilidad, que le permite servir de guía a nuestros deseos...El valor tiene, pues, realidad empírica en los bienes, pero los trasciende”.¹⁵⁶

Uno de los planteamientos más interesantes de Frondizi es esta reconciliación que hace entre las posturas objetivistas y relativistas en torno al valor, a las que él llama

¹⁴⁹ Las cualidades primarias son aquellas sin las cuales los objetos no podrían existir, mientras que las cualidades secundarias, también llamadas sensibles, nos permiten percibir al objeto, como son el color, el sabor, etc. Frondizi, *op. Cit.* (nota 66), p. 18.

¹⁵⁰ García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 18ª ed., Porrúa, México, 2005, P. 274.

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² “La diferencia está en nuestros sistemas de creencias, no en nuestros valores”, Rachels, *op. Cit.* (nota 146), p. 49.

¹⁵³ Frondizi, *op. Cit.* (nota 66), p. 439.

¹⁵⁴ *Vid., Ibidem*, p. 463-468.

¹⁵⁵ *Vid., Ibidem*, p. 474.

¹⁵⁶ *Vid., Ibidem*, p. 475. En cuanto a la deseabilidad, nos dice Frondizi que es una cualidad del valor, *Ibidem*, p. 476

interpretaciones unilaterales del valor. Frente a una inacabable discusión entre estas dos posturas, aparentemente irreconciliables y llenas de matices al interior de cada una, nos dice Frondizi a manera de síntesis, que los valores son algo mucho más complejo “esto es, que el valor sea el resultado de una tensión entre el sujeto y el objeto, y ofrezca, por tal razón, una cara subjetiva y otra objetiva, engañando a quienes prestan atención a una sola faz”.¹⁵⁷ Los valores, dice el autor, son “la síntesis de reacciones subjetivas frente a cualidades que se hallan en el objeto”.¹⁵⁸

Para Frondizi entonces hay tres elementos que contribuyen a formar el valor: un sujeto (individual o colectivo), un objeto y una actividad que podemos llamar valoración.¹⁵⁹ La relación entre estos tres se trata de una interrelación, es decir que si no hay alguno de ellos, no es posible hablar de un valor, por lo que sostiene que el valor es una cualidad estructural, que quiere decir que depende de sus componentes pero no solamente de la suma de ellos, sino que lo fundamental es la relación entre ellos. Asimismo, la situación en la que se da dicha relación es fundamental para el valor, y es precisamente la situación lo que nos permitirá dar una importancia mayor a un valor sobre otro.¹⁶⁰ Frondizi nos dice que la ética tradicional entendía que un conflicto moral se suscitaba cuando había una lucha entre el valor positivo y el negativo, es decir entre hacer el bien y hacer el mal; la dificultad para la moral es cuando surge el conflicto entre dos valores positivos, es decir cuando hay un choque entre dos deberes.¹⁶¹ Frondizi reconoce al hombre la capacidad creadora de valores, pero sobre todo porque afirma que la sociedad, al crear algo nuevo, produce nuevos valores susceptibles de incorporarse a las instituciones sociales.¹⁶²

Hay un pasaje de Frondizi que nos dice mucho acerca de lo que piensa en relación al hombre como sujeto axiológico, y de los valores no solamente como motor de la ética, sino como parte de la idea misma de las categorías de lo humano:

Sin un valor que la impulsara, la historia se convertiría en una serie de actos repetitivos, mecánicos, rutinarios. El tiempo sería del reloj, cuyas manecillas dan vueltas incesantemente, al mismo ritmo, indiferentes, sobre el mismo cuadrante. Para él, mediodía y medianoche son idénticos; las estaciones no cuentan y los cataclismos y revoluciones lo dejan imperturbable. Porque el reloj mide el tiempo físico, pero ignora el tiempo histórico, la vivencia individual, la angustia de la espera y el aburrimiento de las horas que pasan sin sentido. El reloj es ajeno al valor; el hombre en cambio, es un ser que valora, crea nuevos valores y distingue lo bueno de lo malo, lo mejor de lo peor.¹⁶³

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 35.

¹⁵⁸ *Vid., Ibidem*, p. 199.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 537.

¹⁶⁰ Frondizi aborda el tema de la “jerarquía de los valores”, y la entiende como una cuestión que se conceptualiza como rígida e inmutable, o como un ordenamiento lineal, y sin embargo afirma que la superioridad de un valor depende de su naturaleza que siempre está inmersa en la interrelación de los tres componentes sujeto-objeto-actividad de valorar, *Vid., Ibidem*, pp. 552-564. Más adelante, nos dice el autor: “Flexibilidad no implica relativismo. En cada situación concreta un valor es superior a otro”, *Ibidem*, pp. 569.

¹⁶¹ *Vid., Ibidem*, p. 571.

¹⁶² *Ibidem*, p. 454.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 452.

En ese sentido, para Frondizi toda actividad humana, todos nuestros esfuerzos deben estar orientados por el anhelo de alcanzar un valor superior al existente, lo que confiere a la vida un sentido de superación.¹⁶⁴

El hombre es el único ser capaz de intuir y de realizar los valores –de ahí su personalidad ética y no solamente ontológica¹⁶⁵–, lo que no puede existir sin el hombre *es el deber ser*, no el valor ni el ser, que existen independientemente de él; el hombre como posibilitador de la *realización* de los valores –por lo cual los valores son el contenido del deber ser del hombre - es una de las grandes aportaciones del neokantismo, y tiene mucha injerencia en la manera en que se conciben el derecho y el Estado.

La axiología jurídica

Si analizamos el pensamiento de Georg Jellinek, podemos empezar a aterrizar todo este desarrollo de la axiología en el campo jurídico y político. Jellinek establece que la teoría general del Estado tiene como objetivo encontrar el principio fundamental del Estado, que es concebido por el autor como un ser tridimensional que posee una realidad sociológica como construcción social, una realidad jurídica como institución jurídica, y una dimensión axiológica, que implica su fin último o teleología, que no solamente determina su ser, sino que le da validez.

Jellinek hablaba del tipo ideal del Estado, que estaba conformado por el deber ser o los valores, y el tipo real, que son los elementos típicos del Estado desde el punto de vista de su ser, como dos cosas independientes. En ese sentido el tipo real debe tender hacia el tipo ideal, y se habla de que Jellinek sostiene una postura teleológica histórica del Estado, puesto que hace depender sus fines de la conciencia colectiva en un momento histórico, y no los establece como inmutables.¹⁶⁶

Acercándonos más al ámbito de la filosofía jurídica, Emil Lask sostuvo que por un lado el derecho puede tener una existencia fáctica, empírica, histórica, pero por otro lado tiene una relación con valores. Aquí podemos apreciar plenamente una vinculación explícita de la idea de la teleología del derecho con el mundo de los valores, que permite por una parte estudiar al derecho a partir de un método empírico, pero a su vez someterlo a consideraciones axiológicas, y en ese sentido Lask distingue dos niveles de análisis, introduciendo un dualismo metódico en el estudio del derecho: la ciencia del derecho y la filosofía del derecho.

Lask no entra a analizar la naturaleza de los valores o su relación con la realidad, aunque sí reconoce que ésta es sustrato de aquellos. Lo que sí hace Lask es otorgar un valor originario y propio al derecho, y establecer que todo objeto susceptible de ser captado por el derecho implica un *télos*.¹⁶⁷

Una importantísima aportación a la filosofía jurídica que no podemos dejar de lado es la que hizo Gustav Radbruch, quien reconoce al derecho como obra humana y, como tal,

¹⁶⁴ *Vid., Ibidem*, p. 578.

¹⁶⁵ Véase García Máynez, *op. Cit.* (nota 121) p. 97.

¹⁶⁶ *Cfr.* De la Torre, *op. Cit.* (nota 132), Capítulo 5, p. 138 y ss.

¹⁶⁷ *Cfr. Ibidem*, Capítulo 5, p. 151 y ss.

producto cultural, fenómeno que por tanto es comprensible a través y en relación a su referencia a valores.

Aquí es donde podemos apreciar con mayor claridad como se inserta la idea del hombre como posibilitador de la realización de los valores, puesto que Radbruch entiende a la cultura como la instancia intermedia entre ser y valor, y el derecho, no debemos olvidar, es un producto de la cultura. El derecho no es ya el “mínimo ético”, porque el contenido de la moral y el derecho coinciden parcial y causalmente, la moral es fin y fundamento del derecho, y la norma se constituye en deber en la medida en que realiza valores; el derecho es posibilitador de la moral, es decir que es su medio, al igual que el hombre lo es para los valores.

El derecho será derecho siempre que su sentido sea la justicia, siendo así evidente que es éste para Radbruch el valor al que se dirige y del cual deriva el derecho. En ese sentido, cualquier orden normativo que pretenda constituirse en derecho debe orientarse al valor justicia, como valor meramente formal, puesto que desde el punto de vista material, el derecho se orienta a un valor final que puede ser individualista, colectivista o transpersonalista, y aquí es una decisión política y ética establecer hacia cuál habrá de hacerlo.¹⁶⁸

Aquí es donde se han hecho críticas al pensamiento de Radbruch, puesto que se dice que sostiene un relativismo, aunque sea gnoseológico y no ontológico, ya que de cierto modo afirma que el papel de la filosofía del derecho no es afirmar la elección de un valor como único verdadero y adecuado como fin del derecho, sino esclarecer el valor y extraer su significado, es decir que no toma la decisión, sino que la hace necesaria, y entiende que es distinto conocer que confesar un valor, por lo cual algunos teóricos como Carl August Emge le hicieron críticas en el sentido de que los valores debían ser objetivos y orientadores del derecho.

Vale la pena resaltar el pensamiento de Max Ernst Mayer, quien sostuvo que es el interés común lo que ordena a los valores dentro de un grupo o cultura, entendiendo que la cultura contiene una dimensión real y una axiológica. El derecho como realidad cultural cobra sentido orientándose a valores, que pueden ser absolutos o relativos. Mayer sin duda está en desacuerdo con la concepción formal que hace Radbruch de la justicia, y establece que “de un principio vacío no se puede derivar ninguna valoración o ninguna idea de rectitud que sirva como elemento crítico al derecho”.¹⁶⁹

Para Mayer existen grados de condicionalidad de los valores para con la cultura, y esto de cierta manera establece una crítica del valor. El valor humanidad es el supremo valor cultural, y por lo tanto la base de la idea del derecho, cuyo ideal pretende la realización, aunque siempre está determinada por el contexto cultural. Una vez más podemos apreciar la relación tan estrecha que establece la Escuela de Baden entre valor-cultura-derecho.

Helmut Coing es también un teórico de gran relevancia para el desarrollo de la axiología jurídica, cuyo pensamiento se ve evidentemente marcado por la disputa que se generó en el

¹⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, Capítulo 5, p. 160 y ss. Véase también Radbruch, Gustav, *op. Cit.* (nota 26).

¹⁶⁹ Legaz y Lacambria, Luis, *Filosofía del derecho*, Traducción de Julius Springer, Labor, Barcelona, España, 1937, p. 150.

siglo XX en torno a los límites del derecho positivo. Coing parte de una pregunta: ¿Es el derecho, como producto cultural e histórico, una creación arbitraria de la libertad humana o, por el contrario, se entrecruzan en él conexiones esenciales morales y objetivas, en cuyos límites debe quedar comprendido todo derecho positivo?¹⁷⁰ Para Coing el derecho no es una creación arbitraria, aunque sí una creación humana que sin duda sirve a ciertos fines y objetivos, que en este caso son la seguridad y a la realización de los valores de la justicia, la honestidad y la libertad.

En ese sentido, Coing parte de la intencionalidad del derecho, participando en él las dimensiones emotivas y sentimentales del hombre. Los contenidos normativos del derecho son entonces determinados a partir de valoraciones tanto a nivel individual como colectivo, que conforman su contenido. Coing afirma que la idea del derecho se encuentra fundamentada en valores objetivos que constituyen su contenido normativo desde el punto de vista material, y no es el hombre entonces quien los crea, sino que los reconoce a través del sentimiento y la experiencia, lo cual sin duda implica una limitación en su aprehensión, aunado a que los valores son interpretados inevitablemente a partir de un contexto histórico y cultural concreto. Advierte que la idea de derecho -es decir todos aquellos contenidos morales que se encuentran ligados a él- nunca es algo acabado y absoluto, y que no puede presentarse al hombre fuera de la historia.

Pero aquí es precisamente donde habla del derecho, ya no como solamente descriptivo, sino valorativo: poner un freno por una parte y por otro lado permitir e incluso promover ciertas conductas implica valorar, es decir que elaborar y aplicar la ley implica emitir un juicio de valor conforme a los valores que deben estar y los que ya se encuentran contenidos en las normas. Esto no implica que el derecho habrá de realizar todos los valores, o dicho de otro modo absorber a la moral.

La consideración de los valores como datos previos –a manera de datos empíricos- en la elaboración del derecho fue una idea importante, que es recogida en el pensamiento de Heinrich Henkel, quien además agrega que existen muchos otros datos relevantes para la configuración jurídica, que se pueden desprender de la estructura ontológica de las cosas o bien de la cultura y las creaciones humanas que de ella derivan, pero a su vez entiende a los valores como objetivos a alcanzar por el derecho. En ese sentido hablamos de un relacionismo valorativo objetivo (valor-sujeto-objeto-situación vital), cuyo concepto central es el llamado orden social de valores, que es el orden común a los diversos grupos sociales que integran una comunidad política –como bien puede ser el Estado- que de cierto modo resume el pluralismo axiológico y posibilite la convivencia, es decir valoraciones unitarias, supraindividuales e intersubjetivas que se generan en la sociedad a manera de conciencia colectiva, sin ser absolutas, ni impuestas, sino que se constituyen libremente y de manera incluyente.

Para Henkel, los seres humanos somos “presa de lo que vale”, y por tanto nuestra conciencia estimativa nos hace sentir el deber de realizar los valores, es decir a contribuir a la realización del sentido del mundo.¹⁷¹

¹⁷⁰ *Cfr.* De la Torre, *op. Cit.* (nota 132), Cap. 5, p. 200 y ss.

¹⁷¹ García Máynez, *op. Cit.* (nota 121), pp. 130-131.

El papel de derecho en este esquema es, por una parte, de protección, pero por otro tiene una función conciliadora, y de promoción del impulso valorativo. La idea del derecho no tiende entonces a un solo valor, sino a varios, pero sobre todo tres fundamentales: justicia, oportunidad o finalidad, y seguridad jurídica.¹⁷² Entre estos tres valores existe polaridad, sin embargo existe un valor supremo, entendiendo que el derecho no puede ser un fin en sí mismo: el bien común, que no es más que un perfecto equilibrio entre el bien individual y el bien común.

Y aquí Henkel entiende que la positividad no es suficiente para determinar la validez del derecho, puesto que son los valores los que lo dotan de un contenido material. Esta idea es central en el debate acerca del problema de la validez del derecho, puesto que se empieza a distinguir claramente la validez formal de la material, y si bien no es posible argumentar, como lo haría el iusnaturalismo, que el derecho puede ser supratemporal o inmutable, si es necesario complementar la perspectiva histórica y empírica que aporta el positivismo con una dimensión axiológica, que constituye el fundamento y el fin del derecho.

El pensamiento de Hans Kelsen es indudablemente uno de los más difundidos, por lo menos en la tradición jurídica iberoamericana, y uno de los más relevantes y extraordinarios exponentes del positivismo jurídico. La Teoría pura del derecho, que es la propuesta central de Kelsen, tiene como objetivo resolver el ser del derecho, es decir lo que es y cómo es, pero no cómo debe ser. La validez del derecho no depende de su correspondencia con sistema moral alguno, sino de su *pertenencia* al orden jurídico, la cual es determinada en función de una norma fundamental.¹⁷³

Otro importantísimo pensador, influenciado enormemente por el pensamiento kelseniano, es Norberto Bobbio, quien, si bien admite que es necesario hacer una crítica valorativa sobre el derecho positivo, y en ese sentido el derecho será válido mientras realice ciertos valores, como son el orden, la paz o la seguridad jurídica, separa el ser del deber ser del derecho, estableciendo que los hechos o el ser deben constituir el objeto de la ciencia y los juicios o el deber ser el de la filosofía, estableciendo claramente dos momentos en el pensamiento jurídico: la ciencia del derecho y la filosofía del derecho. El derecho, para Bobbio, tiene un valor instrumental, puesto que no es su vigencia o positividad lo que lo convierten en algo valioso, sino su función de realizar valores.¹⁷⁴

Uno de los principales críticos del pensamiento positivo así planteado, sin dejar de ser positivista –aunque algunos le llamen incluso *soft positivism*– fue H.L.A. Hart, quien no niega las conexiones entre derecho y moral o el derecho y los valores, pero sigue dejando fuera la dimensión axiológica, reduciendo el derecho a una serie de normas o reglas, que igualmente deben ser interpretadas como parte de un sistema en virtud de un estándar de pertenencia, a lo que él llama regla de reconocimiento.¹⁷⁵

¹⁷² Estos mismos valores son en los que se basó Radbruch para hablar de las antinomias de la idea del derecho.

¹⁷³ Cfr. De la Torre, *op. Cit.* (nota 132), Capítulo 6, p. 236 y ss.

¹⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, Capítulo 6, p. 239 y ss.

¹⁷⁵ La diferencia fundamental entre la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart es que la norma fundamental es una norma no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia jurídica, mientras que la regla de reconocimiento es una norma positiva, pero no una norma promulgada, sino una regla

La oposición más importante entre concepciones filosófico-jurídicas ha sido entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. El iusnaturalismo puede ser abordado desde una perspectiva religiosa o secular, pero en general lo que pretende es juzgar la validez del derecho a partir de los fines del hombre, y no separa el ser del deber ser, puesto que de cierto modo el ser implica el deber ser.

Dentro de los pensadores iusnaturalistas más recientes podemos destacar, por ejemplo, a Johannes Messner, quien hablaba de los fines existenciales que se encuentran implícitos en la naturaleza humana, siendo necesario que el derecho corresponda con dichos fines.¹⁷⁶ Otro teórico importante es Alfred Verdross, quien sostiene que los valores se aprehenden a través de la razón conociendo los fines a los que tiende la naturaleza humana, y que el valor moral de la conducta depende de la realización de dichos fines. Para Verdross, el fundamento de la ley es la *dignidad*.¹⁷⁷ Otro importante exponente del naturalismo es John Finnis, quien habla de que existen valores universales no deducidos, y que al derecho positivo le toca determinar y concretizar los valores de la ley natural.¹⁷⁸ Dice Finnis: “*There are some human good that can be secured only through the institutions of human law, and requirements of practical reasonableness that only those institutions can satisfy*”,¹⁷⁹ y en ese sentido reconoce al derecho como el único capaz de llevar a cabo la función de resguardar determinados bienes y valores conforme a un estándar de razonabilidad.

Los valores en el pensamiento jurídico iberoamericano

La axiología jurídica en el pensamiento iberoamericano se vio también influenciada enormemente por estos debates en torno al desarrollo de la axiología jurídica.

Juan Llambías de Acevedo sostuvo una concepción eidética del derecho, es decir que parte de una epistemología basada en la intuición de las esencias, y lo entiende como un medio al servicio de los valores, a los cuales define como momentos del ser –que son la esencia, la existencia y el valor. Los problemas del derecho son axiológicos.¹⁸⁰

Pero tal vez en donde más podemos identificar la influencia de la axiología, es en el pensamiento de Luis Recaséns Siches y Eduardo García Maynez. Por su parte, Recaséns habla de una estimativa jurídica, que es la parte de la filosofía del derecho que estudia los valores que éste debe realizar, y cuyo principal objetivo es determinar criterios metajurídicos para emitir un juicio acerca de la validez del derecho. En ese sentido, propone a los valores como criterios estimativos, y busca superar la dualidad ser y deber ser.

Al respecto nos dice Recaséns:

social convencional tácitamente aceptada. Sin embargo, comparten ciertos aspectos como su estatus pre-jurídico, convencional, el hecho de que su función es determinar la validez de las normas sin estar ellas sometidas a que se cuestione su validez propia, Guastini, Ricardo, “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, *Analissi e diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, 2005, pp. 203-207.

¹⁷⁶ Cfr. De la Torre, *op. Cit.* (nota 132), Capítulo 6, p. 250 y ss.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, Capítulo 6, p. 254 y ss.

¹⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, Capítulo 6, p. 257 y ss.

¹⁷⁹ Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, USA, 2011, p.2.

¹⁸⁰ Cfr. De la Torre, *op. Cit.* (nota 132), Capítulo 7, p. 270 y ss.

Entre la realidad y el valor, entre el ser y el deber ser, tiene que darse una relación recíproca de mutua vocación, pues pertenece a la esencia misma de los valores una pretensión de ser realizados, de ser cumplidos, precisamente en determinadas realidades, en unos hechos específicos y, correspondientemente, de otra parte, urge reconocer que hay realidades en las cuales deben ser encarnados unos ciertos valores –y no otros- hasta el punto de que cuando no ocurra así, esas realidades nos parecen injustificadas a pesar de ser reales, es decir *son* pero no *debieran ser*.¹⁸¹

Para poder comprender algunas cuestiones relacionadas con la postura de Recaséns, vale la pena analizar el pensamiento de José Ortega y Gasset, que se interesó mucho por la axiología desde una postura abiertamente vitalista. Ortega habla de que existen dos mundos independientes: el del ser y el del valer, y dice “el ser puede no tener ningún valor, y el no ser valer mucho, como es el caso de la justicia”.¹⁸²

Para el filósofo español, es fundamental no caer en racionalismos ni relativismos extremos,¹⁸³ y sostiene una postura objetivista.¹⁸⁴ En su concepción, los valores son propiedades del objeto similares a las propiedades sensibles, pero que no son captadas de manera idéntica, puesto que no son aprehensibles por los sentidos, sino por nuestra capacidad estimativa¹⁸⁵:

Una cosa no es, pues, un valor, sino que tiene valores, es valiosa. Y estos valores que en las cosas residen son cualidades de tipo irreal. Se ven las líneas del cuadro, pero no su belleza: la belleza se 'siente', se estima. El estimar es a los valores lo que el ver a los colores y el oír a los sonidos. Cada objeto goza, por tanto, de una especie de doble existencia. Por una parte es una estructura de cualidades reales que podemos percibir; por otra es una estructura de valores que sólo se presentan a nuestra capacidad de estimar. Y lo mismo que hay una experiencia progresiva de las propiedades de las cosas –hoy descubrimos en ella facetas, detalles que ayer no habíamos visto-, hay también una experiencia de los valores, un descubrimiento sucesivo de ellos, una mayor fineza en su estimación. Estas dos experiencias –la sensible y la estimativa- avanzan independientemente una de otra.¹⁸⁶

¹⁸¹ Recaséns Siches, Luis, “Derecho natural y axiología”, en Bagolini, Luigi, et. Al., *Simposium sobre derecho natural y axiología*, UNAM, 1963, p. 121.

¹⁸² Vid. Ortega y Gasset, *op. Cit.* (nota 117).

¹⁸³ “Nosotros no podemos alojar nuestro espíritu en ninguna de las dos posiciones: cuando lo ensayamos, nos parece que sufrimos una mutilación”, Ortega y Gasset, José, *El tema de nuestro tiempo*, Obras Completas, Tomo III (1917-1925), Santillana, Madrid, España, 2005, p. 578.

¹⁸⁴ “La belleza del cuadro no consiste en el hecho –indiferente para el cuadro- de que nos cause placer, sino que, al revés, nos parece un cuadro bello cuando sentimos que de él desciende suavemente sobre nosotros la exigencia de que nos complazcamos”, *Ibidem*, p. 584.

¹⁸⁵ Estimar, nos dice Máynez, citando a Ortega y Gasset, es “una función psíquica real –como el ver, como el entender- en que los valores se nos hacen patentes”, y en ese sentido, “los valores no existen sino para sujetos dotados de la facultad estimativa, del mismo modo que la igualdad y la diferencia sólo existen para seres capaces de comparar”, *op. Cit.* (nota 121), p. 21.

¹⁸⁶ Ortega y Gasset, *op. Cit.* (nota 183), p. 595

Podemos distinguir en el pensamiento del autor que existen cosas (objeto valioso – valor del objeto), cosas valiosas (objeto + valor del objeto), y valores de las cosas (objeto valioso – objeto).¹⁸⁷

Los valores para Ortega y Gasset son siempre positivos o negativos, pero dado que el valor positivo es superior al negativo, siempre preferimos a aquél, y en ese sentido la preferencia nos revela una determinada jerarquía que es inmutable y fija. Una mala elección o una equivocación puede suceder, pero incluso habla de que hay personas que tienen una “enfermedad estimativa”, es decir que anteponen constantemente los valores negativos a los positivos.¹⁸⁸ Sin embargo, no es verdad que solamente existe una perspectiva correcta, sino que “la perspectiva es uno de los componentes de la realidad. Lejos de ser su deformación, es su organización”,¹⁸⁹ y en ese sentido dos hombres pueden encontrarse frente a una misma cosa, y no estimarla de la misma manera. Esto no quiere decir, como ya se mencionó, que Ortega adopta una postura relativista o que favorezca una tiranía de la cultura, sino que por el contrario nos dice que no podemos poner a la vida al servicio de la cultura¹⁹⁰, y que es precisamente al valor de lo vital al cual debemos someter toda razón.¹⁹¹

Recaséns toma del vitalismo la idea de la vida humana como realidad fundamental, siendo el centro de esa vida la pregunta por los motivos, los fines y el sentido, por lo que se trata de un raciovitalismo. Los valores son inmanentes a la vida humana, es decir que tienen una objetividad intravital,¹⁹² y en ese sentido no tiene sentido hablar de valores o absolutos independientes de esta vida, puesto que por el contrario cobran sentido en las circunstancias concretas, y por ello sostiene un perspectivismo, en el que cada vida humana aprehende la realidad desde un punto de vista propio –“nada es para mí ni tiene sentido para mí fuera del marco de mi vida”¹⁹³-, incluso entiende a la justicia como un valor formal, poniendo énfasis no en qué es justicia sino en qué es *lo justo*, lo cual necesariamente requiere voltear a ver el contexto.

Aquí una reflexión importante que podríamos hacer es que si bien los objetos o las cosas pueden tener un valor independientemente de que sean intuitos como valiosos, sin un sujeto ¿de qué sirven? Recaséns habla de que

Toda axiología tiene su raíz y la condición de su posibilidad en ideas de valor que son *a priori*, es decir, que no se fundan sobre la percepción, aunque muchas veces las intuyamos con ocasión de esa percepción, y aunque en alguna manera estén condicionados por ella, en cuanto a su captación, vocación y actualización. El

¹⁸⁷ Vid. García Máynez, *op. Cit.* (nota 121), pp. 24-25.

¹⁸⁸ Ortega y Gasset, *op. Cit.* (nota 183), p. 596

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 613.

¹⁹⁰ “La razón es sólo una forma y función de la vida. La cultura es un instrumento biológico y nada más. Situada frente y contra la vida, representa una subversión de la parte contra el todo. Urge reducirla a su puesto y oficio”. *Ibidem*, p. 593

¹⁹¹ “La razón pura tiene que ceder su imperio a la razón vital”, *Ibidem*, p. 593

¹⁹² “ Los valores tienen una dimensión objetiva, pero su objetividad es inmanente a la vida humana, es decir que solamente su objetividad está referida y tiene sentido únicamente en la vida humana. Esto no quiere decir que el hombre crea los valores, sino que se trata de una objetividad intravital”, Recaséns Siches, *op. Cit.* (nota 181), p. 128

¹⁹³ *Ibidem*, p. 128. Continúa el autor “objetividad dentro de la vida humana y para la vida del hombre, referida a esta vida en general, y además, también, a las situaciones particulares de la vida”, *Ibidem*, p. 29

reconocimiento de que la raíz o *cimentación primaria* de la axiología jurídica sea un *a priori* no significa que los juicios de valor en materia jurídica excluyan otros ingredientes diversos de origen empírico.¹⁹⁴

Al respecto, Récasens reconoce que “aunque el concepto de derecho debe ser una noción universal, contiene necesariamente la referencia intencional a unos valores”,¹⁹⁵ y en ese sentido concibe al derecho, coincidiendo en gran medida con García Maynez, como una obra humana social, un hecho, con una forma normativa específica, es decir con un carácter coercitivo, que está encaminada a la realización de ciertos valores. La distinción que hace Récasens con la moral es que ésta valora la conducta desde un punto de vista absoluto del fin supremo del hombre, es decir que su contenido axiológico es más amplio.

En ese sentido, Récasens clasificó las proposiciones normativas en dos:

Las proposiciones de forma normativa, cuyo contenido tiene origen en una elaboración humana.

Las proposiciones normativas, que incluyen una normatividad tanto formal como material, es decir cuyo contenido en la expresión de un valor o sus consecuencias.¹⁹⁶

Dice Récasens “una norma significa que entre las varias posibilidades básicas de comportamiento hay algunas elegidas, y, por lo tanto, hay otras rechazadas. Las posibilidades elegidas son, porque resultan preferidas a otras. Esta preferencia se funda sobre una valoración”,¹⁹⁷ y por ello el derecho positivo no tendría sentido si no se encuentra referido a un juicio de valor, que constituye su fundamentación misma. Nos dice Recaséns:

..aunque las normas del derecho positivo son elaboradas empírica y pragmáticamente por los hombres, y aunque desde el punto de vista formal emanan del mandato del poder político, ellas no pueden ser de ningún modo entendidas simplemente como meros hechos. En todo caso son hechos humanos, y, en tanto que tales, tiene *esencialmente un sentido*, una significación. *Este sentido consiste fundamentalmente en la referencia a valores*. La normatividad del derecho positivo carecería de sentido si ella no estuviese referida a un juicio de valor, que es precisamente lo que la inspira. La conducta social está regulada de determinada manera, porque e cree que esta manera es *mejor* que otras posibles regulaciones.¹⁹⁸

No obstante, apunta que si bien es indudable que el derecho encarna valores, pero no surge únicamente en virtud de ellos, sino estimulado por necesidades sociales, que constituyen los valores fundacionales del derecho. En ese sentido, los valores son realidades históricas.¹⁹⁹

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 127.

¹⁹⁵ Récasens Siches, Luis, “La filosofía del derecho en México durante el siglo XX”, en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, Vol. IV Filosofía Jurídica, IJ-UNAM, 1979, p.60

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 61-62.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 64

¹⁹⁸ Recaséns Siches, *op. Cit.* (nota 181), p. 125.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 131.

En ese sentido, vemos como ambos juristas consideran al derecho como un fenómeno complejo que no es reductible a una sola dimensión, ya sea fáctica o efectiva, normativa o positiva, o axiológica.

Por su parte, Eduardo García Máynez entiende que la filosofía del derecho comprende por una parte a la axiología jurídica como la doctrina del deber ser del derecho, y a la teoría fundamental del derecho que se preocupa por el ser del derecho. Sin embargo la teoría fundamental del derecho no puede prescindir del elemento teleológico, y es ahí cuando tiene relación con la axiología, y aquí podemos ver como Máynez entiende que, de cierto modo, el ser del derecho implica de cierto modo su deber ser, como lo harían los pensadores clásicos según nos explica Macintyre.

García Máynez sostiene que son las virtudes intrínsecas del objeto lo que debe excitar nuestra capacidad estimativa, es decir que el objeto le impone al ente capaz de comprenderlo la de sentir y de responder ante su valor la exigencia de estimarlo como valioso.²⁰⁰

El valor es el fundamento del deber, y la validez de la norma depende de los valores que exige su realización

El interrogante axiológico es de mayor momento que el del deber; su significación metafísica más profunda, su contenido más rico y amplio. La primera cuestión abarca en su seno a la segunda, pues no puedo saber cuál debe ser mi conducta si ignoro qué es valioso y qué carece de valor. La solución de aquel problema depende, por consiguiente, de la del otro.²⁰¹

García Máynez entiende al derecho como un concepto complejo integrado por una parte positiva, una parte histórica o real, y una parte axiológica, que no son tres aspectos ni dimensiones distintas, sino integrantes de un mismo objeto e irreductibles, y en constante vinculación. Es así que García Máynez entiende que el valor justicia entra en un proceso dialéctico que explicita esta interrelación: preservación de un orden jurídico que se estima justo, afirmación de los ideales de justicia aún no realizados y finalmente la realización momentánea de estos ideales a través de movimientos sociales que imponen un nuevo orden.

“La expresión validez del derecho”, nos dice Eduardo García Máynez, “posee dos acepciones principales: una jurídico-técnica y otra metajurídica o filosófica”.²⁰² La primera depende de que una norma jurídica haya sido creada de acuerdo con el proceso que el sistema jurídico al que pertenece establece para ello; en este sentido hablamos de una norma positiva. Por otro lado, la validez en sentido metajurídico o filosófico se relaciona con el ideal de justicia, es decir con un deber ser: la validez de una norma positiva depende de que sea justa; una norma positiva debe ser justa. Continúa García Máynez diciendo que

²⁰⁰ García Máynez, *op. Cit.* (nota 121), pp. 16-17.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 40

²⁰² García Máynez, Eduardo, “El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho”, *Ensayos filosófico-jurídicos 1934/1979*, 2ª ed., UNAM, México, 1984, P. 9

El problema del deber ser ha sido resuelto por la filosofía moderna en función del concepto de valor. Todo deber ser refiérese de manera directa o indirecta, inmediata o mediata, tácita o expresa, a un valor que el sujeto ha de realizar. Las normas expresan precisamente la necesidad moral de que el destinatario realice un valor o serie de valores, cuya actualización depende del arbitrio y capacidades del obligado. Todo deber ser relaciónase con un valor por realizar; hay que discutir, por tanto, que relaciones median entre los dos conceptos a que acabamos de hacer referencia.²⁰³

Para García Maynez “El sistema normativo es sólo una parte o elemento del orden jurídico, a saber, el conjunto de los preceptos integrantes de la regulación bilateral, externa y coercible de tal comportamiento”,²⁰⁴ y continúa diciendo que “el Derecho como orden concreto sólo puede existir cuando los destinatarios de sus sistema normativo ajustan normalmente su conducta a las prescripciones de éste”²⁰⁵ y, en ese sentido, “la eficacia de dicho sistema es, por ende, un elemento estructural de todo orden jurídico”.²⁰⁶ Esto no implica reducir el valor de un orden jurídico a su eficacia, sino que “la eficacia de dicho sistema es, por ende, un elemento estructural de todo orden jurídico”²⁰⁷ y que “la validez intrínseca, en sentido axiológico-material, de un orden jurídico depende del grado en que su eficacia condicione la efectiva realización de los valores a que su sistema normativo debe tender”,²⁰⁸ apelando así a un argumento del carácter teleológico de los valores en el orden jurídico, es decir que entiende que el sentido del derecho es la realización de determinados valores.

Para García Maynez la concepción del derecho como facultad es insuficiente, porque únicamente describe los límites del derecho, pero no su esencia. Asimismo, García Maynez clasifica a los valores jurídicos en tres categorías:

1. Fundamentales, que con la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.
2. Consecutivos, que son la libertad, la igualdad y la paz social, los cuales son consecuencia de la armónica realización de los valores fundamentales.
3. Instrumentales, que son las garantías procesales y constitucionales.²⁰⁹

Así se establece la relación entre el derecho y el deber ser y del deber ser con los valores, pero dado que “el análisis de las relaciones entre conceptos supone el previo conocimiento de los preceptos que se pretende relacionar”,²¹⁰ de acuerdo con este autor, es indispensable analizar la teoría de los valores para resolver los problemas relativos a la validez del derecho en sentido filosófico.

Otro jurista que comparte esta concepción del derecho y del deber ser como fundamentado en la idea de valor, es Miguel Reale. Para él, la experiencia jurídica es una síntesis

²⁰³ *Ibidem*, p. 27.

²⁰⁴ *Op. Cit.* (nota 195), pp. 55.

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁷ *Idem*.

²⁰⁸ *Idem*.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 58.

²¹⁰ García Máynez, *op. Cit.* (nota 202), p. 27.

indisoluble de tres dimensiones: hecho, norma y valor. Esto es lo que conocemos como tridimensionalismo en la filosofía del derecho, aunque Reale le agrega “jurídico concreto”²¹¹, pero que finalmente busca una integración en el conocimiento jurídico y no separar en niveles o disciplinas jurídicas el estudio de cada uno de estos elementos. Sin embargo, Reale niega la existencia apriorística del valor, pues dependen de los fines de la actividad humana, es decir de los fines del hombre.

Reale entiende al valor como un fenómeno histórico-cultural, es decir vinculado necesariamente a la realidad, pero no reductible a ella. La cultura es entonces sintética de ambas esferas, y el hombre valor y a su vez fuente de todo valor, sin que esto implique subjetivismo, ya que los valores no emanan de la conciencia individual sino del espíritu humano, que es además histórico y nunca absoluto, por lo que los valores tienen una objetividad ontológica relativa. La norma, y aquí se apoya en Hartmann, resuelve la tensión entre el ser y el valor, y así deberá ser entendida su interpretación, por lo que el derecho es una realidad procesal dialéctica.²¹²

Aportaciones del debate axiológico

Recientemente otros pensadores han abordado el tema de la axiología, como es el caso de Ronald Dworkin, quien en su obra *Justice for Hedgehogs* presenta una argumentación en contra del escepticismo en torno al valor, afirmando que el escepticismo moral es en sí una postura moral, pero sobre todo sostiene la unidad del valor, entendiendo que los problemas que tenemos son de interpretación, la cual siempre se refiere valores. “*Living well means not just designing a life, as if any design would do, but designing it in response to a judgment of ethical value*”,²¹³ nos dice Dworkin, y en ese sentido la reflexión acerca de los valores es lo que debe normar nuestra conducta en sociedad, entendiendo que existe un valor objetivo de la vida humana bien vivida, y que mostrar importancia por la vida de toda persona, incluyendo la nuestra, y en ese sentido tomar en serio nuestra vida, es el presupuesto de la dignidad. Podemos equivocarnos en nuestra interpretación, siempre y cuando mostremos una actitud que refleje que valoramos nuestra propia vida y la de los demás, y debemos buscar vivir una buena vida. Asimismo, Dworkin afirma que existe un mundo objetivo de valores.²¹⁴

Es así como el problema del valor ha sido abordado desde diversas perspectivas dentro de la filosofía jurídica como un tema central, puesto que tiene que ver con la fundamentación

²¹¹ “Una regla de derecho positivo puede ser considerada perfecta cuando, promulgada por una autoridad legítima teniendo en vista el bien común, encuentra, en virtud de su valor ético y de su racionalidad, la adhesión o asentimiento de los miembros de una comunidad; en esa regla se integran, plenamente armonizados, la validez ética, la sociológica y la forma técnica-jurídica”, Reale, Miguel, “Fundamentos do direito”, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, 1940, p. 258, citado en De la Torre Martínez, Carlos, *Op. Cit.*

²¹² *Cfr.* De la Torre, *op. Cit.* (nota 132), Capítulo 7, p. 302 y ss.

²¹³ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, USA, 2012, p. 212

²¹⁴ “*That there are truths about value is an obvious, inescapable fact*”, *Ibidem*, p. 24.

misma del derecho, con sus fines, con su estructura, pero también con la vida humana y sus fines tanto individuales como colectivos, elemento que no solamente debe ser el vértice de la reflexión jurídica, sino que posibilita el fenómeno jurídico mismo, es decir que la reflexión en torno al valor es al final una reflexión acerca de nuestra vida misma. El derecho, como expresión de la cultura, que es a su vez parte de la vida humana, no puede desvincularse del ámbito axiológico, pues son las estimaciones que hacemos lo que orienta nuestra conducta, que constituye en su manifestación externa el objeto del derecho desde el punto de vista normativo.

Como podemos ver, el concepto de derecho ha sido objeto de una amplísima reflexión filosófica, que también a través de la axiología ha integrado diversas perspectivas, pero finalmente debemos concebirlo como algo complejo, cuya definición unidimensional puede ser demasiado rígida y por tanto excluir ciertos aspectos que intervienen de manera dinámica para la construcción del universo de lo jurídico.

Lo que podemos concluir en este apartado es que el derecho es una categoría humana, es decir que es una creación o una herramienta que empleamos los seres humanos, y que es una expresión de nuestra interpretación del deber ser. Los valores, si bien pertenecen a una dimensión característicamente humana -la axiológica-, no son una categoría humana, en el sentido de que no son creaciones meramente humanas, sino que son resultado de la interacción humana (subjetiva) con el entorno (objetivo); lo humano, lo subjetivo, posibilita pero no crea el valor. Las categorías humanas nos ayudan a ordenar racionalmente el mundo para comprenderlo (como el tiempo, por ejemplo), y se han ido insertando en nuestra relación con el entorno a tal grado que no podemos concebirlo sin ellas; no es fácil concebir al universo como caos, como azar o como tautología desde el punto de vista teleológico, es decir que la finalidad de la naturaleza sea solamente ser.²¹⁵ El derecho es la categoría humana que nos permite ordenar ciertos aspectos de nuestro entorno, y por lo tanto necesariamente depende de otras categorías humanas, pero también de las interpretaciones que cultural e históricamente hacemos de nuestra relación con el entorno, es decir de nuestra interpretación de los valores.

El derecho resguarda y protege los valores, pero también participa en ellos, es decir que como producto de la cultura y por lo tanto dinámico, como todo lo humano, y en virtud de su elemento fáctico puede a su vez influir en un sistema de valores, puede ser un instrumento de cambio, y puede ofrecer nuevas interpretaciones y construcciones e incluso dar lugar a nuevas valoraciones y nuevas formas de realizar los valores.

²¹⁵ Digo esto pensando en que el valor intrínseco (que desde luego es percibido en cierto modo y grado por el humano) de la naturaleza deriva de que su proceso o los procesos que la integran continúan y siguen aparentemente en un sentido: reproducir lo vivo, seguir existiendo. Keekok Lee nos dice que el valor intrínseco de lo natural deriva de su esfuerzo por seguir existiendo, y en ese sentido, deriva la dimensión axiológica de la ontología, sobre todo de esa existencia independiente. Los valores para el autor existen independientemente de su reconocimiento o intuición por parte del sujeto (hombre), sin que esto implique restarle importancia al sujeto que valora, ya que sin él no existirían los valores articulados y reconocidos (*vid.* Lee, Keekok, *The Natural and the Artefactual*, Lexington Books, USA, 1999)

Una vez que hemos analizado los principales planteamientos que se han hecho en torno al valor, especialmente en el ámbito de la filosofía del derecho, es necesario que hagamos un análisis acerca de un modelo teórico que se ha constituido en el paradigma moderno de construcción y realización de valores al interior del universo de lo jurídico, que son los llamados derechos humanos, que además son producto de una reflexión desde una perspectiva moral que integra una visión y una comprensión más compleja del derecho como una herramienta protectora de ciertos valores sociales ya no solamente como mandatos de optimización, sino como mandatos de aspiración, que pretenden una protección de uno de los valores más importantes para el derecho, que además se ha constituido en su epicentro: la dignidad humana.

La teoría de los derechos humanos

La historia del desarrollo de los derechos humanos sin duda inicia con el pensamiento filosófico moderno, y estuvo en un inicio vinculada en gran medida con el iusnaturalismo, pero también fue resultado de diversos movimientos sociales en contextos espacio-temporales distintos, que a lo largo aportaron a construir esto que hoy podemos denominar prácticamente sistema de los derechos humanos. Desde la edad media con las ideas de la escolástica que aportaron una concepción del ser humano como centro de la sociedad y portador de una dignidad especial –la dignidad humana,²¹⁶ concepto que se convierte en epicentro de todo este desarrollo teórico-, hasta las declaraciones y los derechos estamentales en el mundo anglosajón que se apoyaron en concepciones abiertamente individualistas y liberales, y posteriormente en la Europa continental con la Declaración Francesa de 1789 con el estandarte de los derechos civiles y políticos, hasta su adopción como bandera internacional a través de la Declaración de 1948 en el escenario de la posguerra, los derechos humanos se han ido convirtiendo en un elemento esencial de los Estados que pretenden ser democráticos,²¹⁷ y además se han convertido en un tema que no solamente interesa al campo de la ética o la moral, sino que permeó el universo de lo jurídico hasta el punto de constituir un criterio de legitimación y legalidad de todo orden jurídico - democrático y constitucional-, y siguen avanzando hacia concepciones que pretenden

²¹⁶ El concepto de dignidad ha sido centro de debate filosófico, e incluso ha sido tachado como un concepto de origen religioso o de pretensión metafísica, pero para nosotros, y para efectos de este trabajo, entenderemos por dignidad humana el trato que merecemos por ser lo que somos, lo cual claramente implica una concepción del ser, entendiendo que dicha concepción es siempre una construcción que requiere de la alteridad, es decir del otro que no es el yo, porque es en el otro en quien me reconozco o me distingo, y además frente a quien hago valer mi dignidad. Sin el otro, no tiene sentido hablar de dignidad, ni sería posible construir la noción del propio ser. También debemos tomar en cuenta que el contenido del concepto dignidad, como todo valor, es interpretado en situación, es decir históricamente, porque depende de la idea de *lo humano* o de humanidad, que no es estática, puesto que evoluciona y se construye en sociedad en diversos contextos espacio-temporales.

²¹⁷ Al respecto podemos ver que el término mismo de democracia se ha concebido como inseparable de la noción de derechos humanos: “En su acepción más lineal y simple, la esencia de la forma democrática de Estado o democracia, consiste en una organización jurídico-política (que desde ya conviene anticipar que es 'constitucional' porque 'constituye' al Estado con una 'Constitución' en sentido material o real) basada en el reconocimiento y respeto a la dignidad del hombre, a su libertad y a sus derechos”, Bidart, *op. Cit.* (nota 6), p. 50.

ser más sociales y con enfoques cada vez más comunitarios, sobre todo si pensamos en derechos de interés difuso o llamados de tercera generación.

Si bien se habla de que el constitucionalismo fue un punto de partida para el surgimiento de los derechos humanos,²¹⁸ hoy en día podríamos decir que el constitucionalismo se basa precisamente en ellos, puesto que una noción central para el modelo constitucional es la legitimidad de la actuación de la autoridad,²¹⁹ y es justamente ahí en donde hemos colocado a los derechos humanos, como categoría jurídica esencial y central, como un “banco de pruebas”²²⁰ para el sistema jurídico que existe en un Estado constitucional democrático. De hecho, los derechos humanos se han convertido en fuente de principios generales del derecho. Nos dice Germán Bidart Campos: “...la filosofía y la ideología de los derechos humanos son una fuente de los principios generales, si por fuente entendemos que aquéllas hacen ingresar a los principios generales el de que hay que respetar, promover y dar efectividad a los derechos humanos”.²²¹ En el mismo sentido, nos dice el autor

No sería extravagante proponer que, aun sin confundir los valores con los “principios” del derecho, ni a éstos con el “sistema” de valores, el Estado democrático fundado en la filosofía y la ideología de los derechos humanos, contiene entre sus principios generales uno que, aproximadamente, reza así: el sistema de valores propio del orden jurídico democrático debe ser preservado y promovido en la interpretación y aplicación del orden normativo. De esta manera, tal sistema de valores entraría a integrar el conjunto de los principios generales del derecho, y por ese conducto se canalizarían simultáneamente los derechos humanos.

Pero ¿qué son los derechos humanos? Existen diversas concepciones y definiciones que rebasan sin duda el objetivo de este trabajo.

Antonio Pérez Luño aborda una distinción conceptual que existe entre derechos humanos y derechos fundamentales

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se

²¹⁸ “La historia de los derechos fundamentales está inexorablemente ligada al surgimiento del Estado constitucional como forma de organización del poder y como representación de un nuevo sistema de relaciones entre gobernantes y gobernados”, Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa/UNAM/CNDH, México, 2005, pp. 30-31.

²¹⁹ “La historia de los derechos fundamentales está inexorablemente ligada al surgimiento del Estado constitucional como forma de organización del poder y como representación de un nuevo sistema de relaciones entre gobernantes y gobernados”, *Ibidem*, p. 36.

²²⁰ Escalona Martínez, Gaspar, “La naturaleza de los derechos humanos”, en Gómez Sánchez, Yolanda, *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, CNDH/UNED, México, 2004, p. 129.

²²¹ Bidart, *op. Cit.* (nota 6), p. 52.

tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.²²²

En ese sentido, Pérez Luño entiende que los Derechos Fundamentales son derechos delimitados espacial y temporalmente,²²³ puesto que son una expresión positiva de concreciones axiológicas, es decir que su fundamento es un sistema de valores previo. Los derechos fundamentales, nos dice el autor, que son un conjunto de valores objetivos básicos, que representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, y su función es “sistematizar el contenido axiológico objetivo del orden democrático.”²²⁴ Lo que Pérez Luño observa es que “los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”²²⁵, y los entiende como una expresión del conjunto de valores o decisiones axiológicas básicas de una sociedad. Para el autor, el contenido de los derechos fundamentales debe estar orientado a la consecución de los fines y valores constitucionales.²²⁶

El autor acentúa la idea del consenso como esencial en el concepto de derechos fundamentales, como expresión de la construcción de valores democráticos. La propuesta de Pérez Luño –que el mismo autor califica como iusnaturalismo crítico- es entender que los valores y derechos básicos se fundan en “una actitud intersubjetivista” es decir

...el reconocimiento de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de tales derechos y valores. Consenso que, por otra parte, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales que constituyen un soporte antropológico.²²⁷

Otro importante filósofo del derecho que ha abordado el tema de los derechos humanos desde el punto de vista conceptual que vale la pena sin duda mencionar es Gregorio Peces-Barba, quien entiende a los derechos humanos como un concepto histórico que aparece a partir del tránsito a la modernidad²²⁸ y que sustituye, o al menos complementa, a las ideas del derecho como orden creado por Dios –el iusnaturalismo religioso- y desarrollado el legislador humano, o como *id quod iustum est*, lo que es justo, y que se descubre en la relación humana concreta.²²⁹

²²² Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 8ª Ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2004, p. 46.

²²³ *Ibidem*, p. 47.

²²⁴ *Cfr. Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*, p. 21.

²²⁶ *Ibidem*, p. 25.

²²⁷ *Ibidem*, p. 136.

²²⁸ Dice el autor que los derechos humanos surgen de la integración de tres grandes aportaciones históricas: liberalismo, socialismo y democracia, *Cfr. Peces-Barba, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*, EUDEMA, Madrid, España, 1991, p. 90

²²⁹ *Ibidem*, p. 20

Para Peces-Barba, el término derechos humanos es usado cuando hacemos referencia por un lado a una pretensión moral fuerte, revestida de carácter jurídico –lenguaje deóntico, estructura normativa y consecuencia jurídica o posibilidad de coercitividad, por ejemplo- que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna, o bien para identificar un sistema de derecho positivo o derechos subjetivos. En ese sentido, su definición de derechos humanos es la siguiente:

...pretensión moral justificada sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del hombre, y a su recepción en el derecho positivo, para que pueda realizar eficazmente su finalidad.²³⁰

Podemos ver que el autor refiere una noción teleológica del derecho y del hombre, y que como fundamento además encuentra el valor dignidad. Peces-Barba nos dice que si nos olvidamos del para qué “los derechos son un espíritu sin fuerza”.²³¹ Entonces los derechos humanos para el autor son una pretensión moral justificada, un subsistema dentro del sistema jurídico y una realidad social, lo cual coincide mucho con las concepciones tridimensionales del derecho. Dichos derechos han tenido un proceso histórico: positivización, generalización, internacionalización, y finalmente su especificación.²³²

Dicho lo anterior, podemos decir que se trata de instituciones que buscan concretar las exigencias del deber ser –es decir de los valores- imponiendo no solamente límites al poder público, sino también obligaciones para con las personas y grupos sociales, y que por tanto son objeto de reconocimiento a través de su positivización en normas, y de protección a través de diversas garantías institucionales.

Otra cuestión que vale la pena decir de los derechos humanos es que, como mencionamos, ordenan en gran medida la actuación de los poderes públicos, y por tanto son sin duda materia constitucional, pero además de esto son hoy en día criterios de constitucionalidad, legitimidad y legalidad, en el sentido de que el respeto a los derechos humanos es un requisito para cualquier acto del Estado, pero además la promoción de estos derechos en las instituciones y frente a terceros se ha convertido en fundamentación para efectos de validez –e incluso de vigencia²³³- de las normas, políticas públicas y programas gubernamentales, e incluso tiene relevancia para el control de la constitucionalidad y la convencionalidad, y en ese sentido tiene una

²³⁰ *Ibidem*, p. 90

²³¹ *Idem*.

²³² *Ibidem*, pp. 134 y ss.

²³³ Es necesario hacer la distinción, ya que si bien solamente es válido el derecho que es acorde a la realización de valores, o en este caso al respeto por los derechos humanos, eso no quiere decir que el derecho injusto no es derecho. La vigencia tiene que ver con cuestiones procedimentales y positividad, que no bastan para la validez, pero la validez requiere un mínimo de vigencia, por lo que tampoco se trata de cuestiones completamente aisladas. Aunado a lo anterior, la existencia del derecho no descansa por completo en la validez, ni en la vigencia, porque también es importante su eficacia, véase Bidart, *op. Cit.* (nota 6), pp. 111-114.

relación muy importante con una noción que es central al hablar de la relación derecho-política en la actualidad: el Estado de Derecho.²³⁴

Pero más allá de eso, y volviendo a nuestro tema, los derechos humanos se han convertido en el paradigma actual de realización de los valores en el ámbito del derecho. Nos dice Bidart:

...los derechos humanos traducen, expresan y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el status material de la persona humana. Y a ello añadiríamos que tal sistema cultural, una vez plasmado constitucionalmente, se expande a todo el orden jurídico del Estado que le sirve de guía para la interpretación...los derechos humanos integrados al orden público jurídico del Estado hacen de principio de unidad de dicho orden en cuanto éste se engarza en el sistema de valores que aquéllos presuponen y se informa en sus pautas, lo cual vale no sólo para orientar la ya referida interpretación, sino además para promover el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de valores...²³⁵

En el mismo tenor, nos dice Antonio Pérez Luño

El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. Sin que quepa considerar estas tres cuestiones como compartimentos estancos habida cuenta de su inescindible correlación. Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional entre Estado de derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de derecho.²³⁶

En ese sentido, podemos decir que los derechos humanos son la lógica bajo la cual se encuentran estructurados los Estados Constitucionales democráticos en la actualidad, y que además marcan la pauta no solamente para su legitimación y la validez de los actos de autoridad, sino en vehículo para la interpretación y el desarrollo de todo el orden jurídico hacia los valores que los derechos humanos protegen, especialmente el valor dignidad humana, que es el valor central o el vértice de todo este paradigma

²³⁴ “Esta función legitimadora de los derechos humanos hace parte de la legitimidad sociológica, o sea, de lo que en el sistema social de valores es visto, representado y tenido como legítimo en relación con el Estado, el poder, con el gobierno, con el derecho, con la política y, ampliamente, con la misma persona humana comprometida en todas esas realidades de su vida individual y social, *Ibidem*, p. 273.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 61-62.

²³⁶ Pérez Luño, *op. Cit.* (nota 222), p. 19. Sobre esta relación entre Estado de derecho y derechos fundamentales nos dice el autor: “...cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los Derechos Fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los Derechos Fundamentales se refuerza la implantación del Estado de Derecho”, *Ibidem*, p. 26.

jurídico-filosófico-político. Por ello decimos hoy en día que los derechos humanos son el ejemplo más claro de relación derecho-moral, puesto que surgen de la intersección específica entre ambos sistemas normativos en el valor dignidad.

Es cierto que los derechos humanos son un concepto histórico –lo cual no quiere en ningún momento decir que no sea posible hacer fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos-²³⁷ pero “el modo de realización de los derechos exigido por el valor es, por propia naturaleza y vocación de la encarnadura histórica del mismo valor, variable y dependiente de las situaciones sociopolíticas-jurídicas”,²³⁸ y en ese sentido son una interpretación –que como toda hermenéutica es histórica²³⁹- de la expresión del deber ser, o mejor dicho de las exigencias del valor, y por tanto son un paradigma de axiología jurídica,²⁴⁰ ya que son a su vez expresiones de los valores, valores en sí mismos –porque son considerados como valiosos²⁴¹

-, y son criterios para acciones que implican valoración como la interpretación y la aplicación de normas y principios, y también tienden a la realización de los valores en la dimensión jurídica de las sociedades humanas.

²³⁷ Al respecto, nos dice Germán Bidart Campos: “No hay que confundir esta visión historicista de los derechos con la tesis que coloca a la historia como su fundamento filosófico. El fundamento no está en la historia, no es la historia, no está en lo contingente y mudadizo; pero el fundamento supra y extrahistórico impregna de historicidad a los derechos porque es ese mismo fundamento el que presta razón para que los derechos se sitúen, se temporalicen, se pretendan, se representen, se conciban, y se positivicen en la historia”, Bidart, *op. Cit.* (nota 6), p. 119.

²³⁸ *Ibidem*, p. 34

²³⁹ “El valor y su deber ser ideal vale y exige en todas partes y en todo tiempo para todos los hombres. Pero como el valor se dirige a éstos, y ellos protagonizan en el mundo una vida –humana y social- histórica, la inevitable intersección del valor con la realidad histórica hace que el 'descendimiento' del primero a la segunda se preñe de la contingencia, la mutabilidad y la temporalidad que son propias de las obras de cultura o, en forma más simple, del hombre concreto, existencial o... 'situado'. La libertad de los derechos del hombre son situacionales, están en situación, se viven en situación, se valoran en situación”, *Ibidem*, p. 35.

²⁴⁰ “...la teoría de los valores nos enseña que las exigencias de su deber ser ideal no son autoejecutorias, sino que –encaminadas al hombre- precisan del concurso humano para que el valor se realice con signo positivo, hay que averiguar qué posibilidades y qué imposibilidades se interponen en el obrar humano cuando sus protagonistas emprenden la tarea cultural de realizar esos valores. Esto es muy cierto en el campo de los valores jurídico-políticos, que es el que nos atañe con relación al tema de los derechos. Juega aquí el albedrío propio de la persona humana en un primer espacio, que es el de sus opciones valorativas. ¿Quiere el hombre, elige el hombre, realizar positivamente aquellos valores que proporcionan vigencia sociológica a sus derechos? Si en la alternativa se decide por un 'no', parece que allí concluye todo: los derechos humanos no alcanzarán aquella vigencia. Pero previamente a esa opción, el hombre tiene que haber accedido al conocimiento, a la 'develación', al descubrimiento de los valores, porque no puede elegir realizarlos o no si primero no los conoce. Y por aquí se entronca el libre albedrío con la capacidad cognoscitiva, que es histórica, o sea, que transcurre desde la ignorancia hasta el conocimiento.”, *Ibidem*, pp. 235-236. Más adelante, en relación a la eficacia –que es un intento de realizar la interpretación del deber ser del valor- nos dice el autor: “En un segundo espacio, y supuesto un conocimiento promedio suficientemente amplio y claro del valor, al que se agregue la decisión libre de realizarlo positivamente, hay que computar los escenarios de esa realización, tanto los que proporcionan facilidades y posibilidades como los que presentan obstáculos o resultan reacios”, *Idem*.

²⁴¹ “¿Por qué queremos que en el derecho positivo 'haya' derechos del hombre? Seguramente, porque los valoramos como importantes, y si así lo creemos, ha de haber un sustento que los arraigue y les confiera dicha trascendencia”, *Ibidem*, p. 84

Los derechos humanos son el ejemplo más claro de la conexión derecho-moral, y están fundados precisamente en el valor dignidad, que pertenece a la intersección entre lo jurídico y lo ético: el mundo de los valores. Sin embargo, esto no quiere decir que solamente en los derechos humanos existe esa conexión, ya que el valor dignidad es solamente uno de los componentes de ese conglomerado axiológico, que si bien podemos decir que es uno de los más importantes, y que puede ser incluso el epicentro de la estimativa contemporánea, existen mucho otros valores que son igualmente importantes, como por ejemplo la vida, entendida como valor en sentido amplio, y que es precisamente el fundamento de la bioética.

Una cuestión que vale la pena analizar es la distinción tan tajante que se hace entre la normas de carácter constitucional. Se habla de normas orgánicas que por una parte responden a la pregunta ¿quién manda?, y por otro lado ¿cómo se manda?, y que las normas de derechos humanos entendidos como expresión concreta de valores responden a la pregunta ¿qué se manda?²⁴² Pareciera que hay tres tipos de norma, pero en muchas ocasiones las normas orgánicas no son “puras” porque a su vez integran y responden a valores. Pensemos en las normas que establecen la estructura del Estado, o en concreto las normas que establecen el proceso de creación de normas, que en el fondo también tutelan valores democráticos. No solamente las normas de derechos humanos protegen valores, aunque tal vez sea más explícito su contenido axiológico.

Los principios de división de poderes, de distribución de competencias, e incluso las normas que regulan y organizan el poder público, las normas de carácter penal o procesal, y las normas electorales, o que establecen los términos del pacto federal o la distribución de competencias entre los diversos órdenes y niveles de gobierno, y las que establecen la forma de gobierno también responden a la pregunta ¿qué se manda?, y de cierto modo, todas las normas, y especialmente las constitucionales, aunque algunas más directamente que otras, responden a las tres preguntas.

Otro aspecto relevante tiene que ver con la interpretación de las normas constitucionales. Muchas veces se toman a las normas constitucionales, especialmente a las normas de derechos humanos, como criterio último de interpretación o como fundamento del orden jurídico. Sin embargo, Pérez Luño nos dice

La interpretación de los valores superiores en nuestra Constitución por los legisladores y por jueces, como por los demás operadores jurídicos, es importante, pero no puede olvidar que parte del dato previo, que no se inicia desde la nada. Y ese dato previo de los valores no es una fórmula vacía, sino que tiene un núcleo central de sentido formado por la reflexión racional y por la tradición histórica de la cultura democrática.²⁴³

²⁴² Vid. Pérez Luño, *op. Cit.* (nota 222).

²⁴³ *Ibidem*, p. 256.

Lo que nos dice el autor es que los valores como expresión de la historia y de la cultura son el dato previo conforme al cual debe interpretarse toda norma contitucional, incluidas las normas de los derechos humanos.

El *deber ser* debe ser entendido como la expresión de las exigencias que los valores nos imponen, y dicha expresión existe en el mundo moral y en el mundo jurídico. El universo de lo jurídico incluye una dimensión axiológica, y son precisamente los valores una especie de puente que une derecho y moral, por lo tanto las exigencias morales son jurídicas, y las exigencias jurídicas también son -o deben ser- morales. Si cortamos ese canal de comunicación sacando de nuestro concepto del derecho a los valores, reduciendo lo jurídico a la positividad, estamos generando un modelo en el que la moral y el derecho corren por caminos separados, y entenderemos a los derechos humanos como “derechos morales”²⁴⁴ que tienen una pretensión de positividad, pero que pertenecen al mundo de la ética, siendo que en realidad son derechos en sentido estricto. En ese sentido el derecho se queda sin elementos propios para interpretarse a sí mismo, y será la moral siempre un orden superior al cual deberá acudir el derecho ante su autoinsuficiencia. Coincidimos con lo que dice Germán Bidart Campos: “Si la estimativa jurídica se atrofia o desaparece, nos quedamos huérfanos en el campo de los derechos humanos”²⁴⁵, puesto que al interior del derecho, no tendríamos nada que nos permitiera realmente generar nuevos paradigmas, teorías, e interpretaciones, ya que lo jurídico se agotaría en la dimensión formal.

En apoyo a nuestro argumento, Peces- Barba, a quien ya hemos citado, nos dice que si nos olvidamos de la fundamentación, caemos en un funcionalismo de los derechos

...cuando se vacía de contenido a los derechos, y se les reduce a una técnica de control social...que transforma a los derechos humanos en una técnica operativa, imprescindible para la dinámica del sistema y desprovista de cualquier connotación ética los derechos son una fuerza sin conciencia.²⁴⁶

Para el autor “En los derechos fundamentales el espíritu y la fuerza, la moral y el derecho están entrelazados y la separación los mutila, los hace incomprensibles”. Los derechos, nos dice el filósofo del derecho, tienen una raíz moral en su fundamentación, pero es en su relación con la política que llegan a pertenecer al mundo jurídico para lograr o para poder pretender eficacia en la vida social. No podemos hablar de derechos humanos si no son susceptibles de integrarse en el derecho positivo²⁴⁷, y aquí es el Estado, como punto de referencia de la realidad jurídica en la modernidad,²⁴⁸ quien tiene el papel de convertir a las exigencias morales en derecho positivo. Sin embargo, “Tampoco tendría sentido hablar de un

²⁴⁴ Cabría la pregunta ¿podemos hablar de derechos no-morales o inmoraes?

²⁴⁵ Bidart, *op. Cit.* (nota 6), p. 70

²⁴⁶ Peces- Barba, *op. Cit.* (nota 228) , p. 90

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 91.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 92

concepto de un derecho, al que no se le pueda encontrar una raíz ética vinculada a las dimensiones centrales de la dignidad humana”²⁴⁹.

Sobre esa tríada moral-Estado-derecho, o ética-política-derecho, nos dice Peces-Barba

En el mundo moderno una determinada concepción de la moralidad, una moral humanista de la libertad y de la dignidad, y una concepción política – también propia del mundo moderno, que asume esos valores morales y los convierte en valores políticos, los propios de una democracia pluralista, de un Estado social y democrático de derecho-, coinciden en un Ordenamiento cuyos valores jurídicos son los derechos fundamentales, pero que no se entienden desvinculados de los valores morales y políticos que los justifican. Son moralidad legalizada.²⁵⁰

Objetivo general

Elaborar una propuesta teórico-conceptual en torno a la dimensión axiológica del derecho en el ámbito de la bioética, que permita concebir al derecho, además de un instrumento de institucionalización, un área de conocimiento susceptible de aportar y desarrollarse al interior del debate interdisciplinario en la construcción de la bioética.

Objetivos particulares

1. Establecer la necesidad de la relación derecho-bioética y la existencia de la relación derecho-valores.
2. Analizar la relación derecho-moral, para elaborar una propuesta teórico-conceptual.
3. Analizar dos métodos de deliberación bioética, el principalismo de Beauchamp y Childress y la casuística de Jonsen y Toulmin, con la finalidad de conocer si han sido suficientes y adecuados desde el punto de vista del derecho como métodos de reflexión y deliberación.
4. Analizar el desarrollo de la axiología, especialmente en el ámbito jurídico, y establecer una postura en relación a la idea del valor dentro del concepto de derecho.
5. Analizar la teoría de los derechos humanos como paradigma actual de la construcción y realización de valores en el ámbito jurídico a través de sus elementos históricos, filosóficos y jurídicos.
6. Establecer la importancia de recuperar la dimensión axiológica del fenómeno jurídico en la reflexión y la deliberación bioética.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 91

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 92. En esta obra, Peces-Barba hace una cita de Blaise Pascal, que expone en términos muy sencillos la necesidad de la relación del derecho como posible vehículo para el ejercicio del poder público del Estado con los valores: “...La justicia sin la fuerza es impotente, la fuerza sin justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha, porque siempre hay malvados. La fuerza sin la justicia es acusada. Hay que poner juntas la fuerza y la justicia y para eso hay que hacer que lo justo sea fuerte o que lo que es fuerte sea justo”, Pascal, Blaise, *Les pensées*, en la edición de las obras completas de Pascal, París, Du Sevil, 1963, citado en Peces-Barba, *Ibidem*, p. 91.

Metodología

Será una investigación documental, que pretende hacer análisis de carácter teórico-conceptual para elaborar una propuesta desde un punto de vista filosófico. Se llevará a cabo revisión bibliográfica y hemerográfica sobre los principales exponentes de los debates que se apuntaron en el marco teórico, y será interpretada la información de manera que permita avanzar hacia la construcción de una postura original.

El esquema general que se propone para el desarrollo de la investigación, es el siguiente:

I- INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

***INTRODUCCIÓN**

1. EL DERECHO EN LA BIOÉTICA
2. EL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA MORAL
3. MÉTODOS DE DELIBERACIÓN EN BIOÉTICA
 - *EL MÉTODO PRINCIPALISTA
 - *EL ANÁLISIS BIOÉTICO BASADO EN EL CASO

II- LA APORTACIÓN DE LA AXIOLOGÍA

1. LOS VALORES EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO PRE-MODERNO
2. LA AXIOLOGÍA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA
3. LA AXIOLOGÍA JURÍDICA

III- LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICO-JURÍDICA EN LA REFLEXIÓN Y DELIBERACIÓN BIOÉTICA

1. EL PARADIGMA ACTUAL DE CONSTRUCCIÓN Y REALIZACIÓN DE VALORES EN EL ÁMBITO JURÍDICO: EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS
2. IMPORTANCIA DE LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICO-JURÍDICA EN LA REFLEXIÓN Y LA DELIBERACIÓN BIOÉTICA.

Infraestructura

La investigación requiere recursos para acceder al material bibliográfico y hemerográfico, para lo cual se buscará el apoyo del CONACyT.

Resultados esperados

Una propuesta original, novedosa y viable desde el punto de vista teórico-conceptual y práctico, que realmente pueda servir para enriquecer la concepción del fenómeno jurídico y que esto tenga como consecuencia una participación del derecho en la bioética más adecuada con las exigencias que la realidad actual le impone.

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, CNDH-CEDH Agusalientes, México, 2008
- Amaya, Amalia, *Virtudes Judiciales y Argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Serie Temas Selectos de Derecho Electoral; 6, México, 2009
- Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 22ª ed, Porrúa, México, 2010
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 134, IIJ-UNAM, México, 2005
- Beauchamp, Tom L. and Childress, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 6a ed., Oxford University Press, New York, USA, 2009
- Beecher, Henry K., “Ethics and Clinical Research”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 274, núm, 24, Boston, EUA, junio 1966, pp. 1354-1360
- Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1993
- Bindé, Jérôme (Dir.), *¿Hacia dónde se dirigen los valores? Coloquios del siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México 2006.
- Bloch, Ernst, *Natural Law and Human Dignity*, traducción de Dennis J. Schmidt, The MIT Press, USA, 1986.
- Campos Serna, Olga, *Bioética principalista. El papel de la tradición nortamericana*, En línea: http://cfj.filosofia.net/2008/textos/bioetica_principalista.pdf p. 6, consultado en diciembre de 2011
- Camps, Victoria, “Un marco ético para la bioética”, en Herrera Guido, Rosario, (coord.), *Hacia una nueva ética*, Siglo XXI editores-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2006, pp. 37-47.
- Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa/UNAM/CNDH, México, 2005
- Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, UNAM, México, 1999
- Caso, Antonio, *El concepto de la historia universal y la filosofía de los valores*, Ediciones Botas, México, 1993
- Cassirer, Ernst, *An essay on man*, Yale University Press, 1944
- Clouser, K. Danner y Gert, Bernard, “A Critique of Principlism”, en Jecker, Nancy S., Jonsen, Albert R. y Pearlman, Robert A., *Bioethics. An Intorduction to the History, Methods and Practice*, 3a ed., Jones & Bartlett Learning, 2012, PP. 161-165.
- De la Torre Martínez, Carlos, *La recepción de la teoría de los valores en la filosofía del derecho*, IIJ-UNAM, México, 2005
- DeGrazia, David, “Moving Forward in Bioethical Theory: Theories, Cases and Specified Principlism”, *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 17, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 1992, pp. 511-539.
- DeMarco, Joseph P., and Ford, Paul J., “Balancing in Ethical Deliberation: Superior to Specification and Casuistry”, *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 31, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 2006, pp. 483-497.
- Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, New York, USA, 1970
- Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, USA, 2012
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, España, 2002
- Englehart, H. Tristram Jr, “Confronting Moral Pluralism in Posttraditional Western Societies:Bioethics Critically Reassessed”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, No. 36, Oxford Journals, Houston, Texas, USA, 2011, pp. 243–260.

- Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, USA, 2011
- Fronzoni, Risieri, *¿Qué son los valores?*, 3ª ed., 7ª reimpression, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 135, México, 1972
- Gafo, José Domingo, “Crisis moral”, *Boletín de ética*, núm. 3, vol. 3, año 1911
- García Máynez, Eduardo, “El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho”, *Ensayos filosófico-jurídicos 1934/1979*, 2ª ed., UNAM, México, 1984
- García Máynez, Eduardo, *El problema de la objetividad de los valores*, El Colegio Nacional, México, 1969
- García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 18ª ed., Porrúa, México, 2005
- Gert, Bernard, and Clouser, K. Danner, “A Critique of Principlism”, *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 15, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 1990, pp. 219-236.
- Gómez Sánchez, Yolanda, *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, CNDH/UNED, México, 2004
- González Valenzuela, Juliana, “Introducción”, en *Perspectivas de bioética*, FCE/UNAM/CNDH, México, 2008
- González Valenzuela, Juliana, *Genoma humano y dignidad humana*, Editorial Anthropos/Facultad de Filosofía y Letras UNAM, Barcelona, España, 2005
- Gracia, Diego, *Fundamentos de bioética*, 3ª ed., Triacastela, Madrid, España, 2008
- Green, Ronald M., Gert, Bernard, and Clouser, K. Danner, “The Method of Public Morality versus the Method of Principlism”, *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 18, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 1993, pp. 477-489.
- Guastini, Ricardo, “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, *Analissi e diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, 2005.
- Jaeger, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, libro tercero, FCE, México, 2001
- Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad*, 2ª ed., Herder, Barcelona, España, 2004
- Jonsen, Albert R., Toulmin, Stephen, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, University of California Press, California, USA, 1988
- Kelsen, Hans, “*What is the Pure Theory of Law?*”, *Tulane Law Review*, Vol. 34, Tulane University Law School, New Orleans, Louisiana, USA, 1959-1960
- Lee, Keekok, *The Natural and the Artefactual*, Lexington Books, USA, 1999
- Legaz y Lacambria, Luis, *Filosofía del derecho*, Traducción de Julius Springer, Labor, Barcelona, España, 1937
- López Monroy, José de Jesús, *Sistema jurídico del common law*, 4ª ed., Porrúa, México, 2006.
- Macintyre, Alasdair, *Tras la virtud*, 2ª ed., Trad. de Amelia Balcarcel, Crítica, Barcelona, España, 1984
- Margadant, Guillermo F., *La segunda vida del derecho romano*, Porrúa, México, 1986.
- Nakhnikian, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Fontamara, México, 1991
- Ortega y Gasset, José, *¿Qué son los valores? Aproximación a una estimativa*, Ediciones Encuentro, España, 2004
- Ortega y Gasset, José, *El tema de nuestro tiempo*, Obras Completas, Tomo III (1917-1925), Santillana, Madrid, España, 2005

- Peces- Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*, EUDEMA, Madrid, España, 1991
- Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 8ª Ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2004
- Platts, Mark, (comp.), *La ética a través de su historia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México, 1998
- Potter, Van Renselaer, *Global Bioethics. Building on the Leopold Legacy*, Michigan State University Press, USA, 1988.
- Potter, Van Rensselaer, *Bioethics. Bridge to the Future*, Prentice-Hall, Nueva Jersey, EUA, 1971
- Rachels, James, *Introducción a la filosofía moral*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 556, México, 2007
- Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, 1ª ed., 9ª reimpression, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 42, México, 2005
- Recaséns Siches, Luis, “Derecho natural y axiología”, en Bagolini, Luigi, et. Al., *Simposium sobre derecho natural y axiología*, UNAM, 1963
- Récasens Siches, Luis, “La filosofía del derecho en México durante el siglo XX”, en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, Vol. IV Filosofía Jurídica, IIJ-UNAM, 1979
- Remolina Vargas, Gerardo, “La formación de los valores”, *En línea: www.ucn.cl/ofec/VALORES.pdf*, Consultado en diciembre de 2011.
- Rojas Amandi, Víctor Manuel, “El concepto de derecho de Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LVI, Núm. 246, Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, pp. 355-415.
- Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Tomo II, Comares, Granada, España, 2011
- Sabater, Fernando, *Ética para Amador*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991
- Schmidt-Felzmann, Heike, “Pragmatic Principles. Methodological Pragmatism in the Principle-Based Approach to Bioethics”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, Nos. 5-6, Vol. 28, Oxford Journals, Houston, Texas, USA, 2003, pp. 581-596.
- Schneewind, Jerome B., *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., Porrúa, México, 2008
- Smith Iltis, Ana, “Bioethics as Methodological Case Resolution: Specification, Specified Principlism and Casuistry”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, No. 3, Vol. 25, Oxford Journals, Houston, Texas, USA, 2000, pp. 271-284.
- Strauss, Leo, *La ciudad y el hombre*, Katz Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006
- Toulmin, “How Medicine Saved the Life of Ethics”, *Perspectives on Biology and Medicine*, No. 25, Vol. 4, John Hopkins University Press, pp. 736-750.
- Vanina Neyra, Andrea “Los libros penitenciales: la penitencia tasada en la alta edad media”, *Anales de Historia Antigua, Medieval y Moderna*, Vol. 39, Instituto de Historia Antigua y Medieval de la Facultad de Filosofía y letras de la UBA, Buenos Aires, Argentina, 2006, pp. 216-226.
- Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004

Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, España, 1964

Wildes, Kevin WM., S.J., "The priesthood of bioethics and the return of casuistry", *The Journal of Medicine and Philosophy*, No. 18, Oxford Journals, Houston, Texas, USA, 1993, pp. 33-49.

Por mi raza hablará el espíritu

Ciudad Universitaria, Octubre de 2013

Alexandra Olmos Pérez

Víctor M. Martínez Bullé-Goyri

Responsable de la Entidad Académica