



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO**

LOS VALORES MORALES JURÍDICOS

**TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA:
CÉSAR ROBERTO HERNÁNDEZ AGUILAR**

**TUTOR:
ALEJANDRO NAVA TOVAR
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

CIUDAD DE MÉXICO, DICIEMBRE, 2020.



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.

ÍNDICE

	Página
Introducción	5
I. Ubicación de la teoría de los valores morales jurídicos dentro de la filosofía moral y filosofía del derecho	15
1.1. Conceptos fundamentales de filosofía moral	16
1.2. Breve narrativa de la evolución histórica de la filosofía moral	23
1.3. Teorías metaéticas contemporáneas	34
1.3.1. El relativismo moral	35
1.3.2. El emotivismo	38
1.3.3. El prescriptivismo	41
1.3.4. La ética del discurso	45
1.4. La filosofía del derecho. Teorías acerca de su relación con la moral	50
1.4.1. Teorías positivistas (excluyente e incluyente)	52
1.4.2. Teorías no-positivistas (excluyente, incluyente y súper-incluyente)	55
1.5. Delimitación de la tesis de los valores morales jurídicos dentro de las teorías expuestas	59
II. De los valores morales a la naturaleza del derecho	65
2.1. Moralidad social	67
2.2. Obligatoriedad de los valores	79
2.3. Moralidad jurídica	93
2.4. Los valores morales jurídicos. Su alcance en torno a la naturaleza del derecho	106
III. El contenido de la moralidad jurídica	123
3.1. Justicia	124

3.2. Igualdad	139
3.3. Libertad	153
3.4. Seguridad jurídica	165
Conclusiones	175
Fuentes de consulta	185

Introducción

En más de una ocasión, un texto es atractivo en la medida en que el escritor es claro en sus ideas y sabe transmitirlos. La relevancia de iniciar adecuadamente una novela, curso, o trabajo académico es de tal magnitud que, si el autor es impreciso, o por ejemplo, omite mencionar los temas a abordar o conceptos principales a utilizar, se corre el riesgo grave de que el lector pierda el interés, o incluso de conservarlo, caiga en interpretaciones erradas sobre el pensamiento del autor.

Por esa razón, la finalidad de este apartado introductorio es tratar de explicar, con la mayor claridad posible, un esbozo general del contenido de la tesis aquí defendida, el orden propuesto para su estudio, así como las premisas que lo componen. Para emprender esa labor, el título de esta investigación es un buen punto de partida.

El título «*Los valores morales jurídicos*», tiene su origen en la reflexión acerca de la relación que guarda el derecho con la moral, uno de los debates más recurrentes desde el siglo anterior en el ámbito de la filosofía del derecho, y que en actualidad dista de resolverse.

Como su título pretende indicarlo, la tesis de los valores morales jurídicos defiende la postura de una relación necesaria entre el derecho con la moral, a partir de la adhesión de ciertas teorías jurídicas y éticas contemporáneas. Tales herramientas sentarán las bases que llevarán a un tránsito que va desde la moral de la sociedad a la existencia de ciertos valores morales colectivos, los que a la postre forman parte de la naturaleza del derecho. Valores que no solo guían su discurso e integran los instrumentos empleados por el sistema jurídico para tener eficacia, sino que al formar parte de él, desaparecerlos puede conllevar a la propia desaparición del derecho.

Las ideas mencionadas en el párrafo anterior, revelan de forma discreta la estructura de esta investigación y son primordiales para comprenderlo en su integridad. La tesis procura elaborar una exposición sobre ellas que se encuentre acompañada de la definición de todos los conceptos relevantes, la forma en la que

ciertos autores los han comprendido, así como el camino elegido para sostener las conclusiones a las que se arriba.

Una descripción bastante simplificada de la tesis de los valores morales jurídicos, la dividiría en tres apartados principales como se propone en el capitulo, y podría sintetizarse en las siguientes preguntas: a) ¿Dónde se encuentra ubicada la tesis de los valores morales jurídicos dentro de las diversas áreas del conocimiento?, b) ¿qué es la tesis de los valores morales jurídicos?, y c) ¿cuáles son los valores morales jurídicos?

El Capítulo I, titulado «*Ubicación de la teoría de los valores morales jurídicos dentro de la filosofía moral y filosofía del derecho*» se ocupa de la primera cuestión. Como su nombre lo indica, busca identificar la compatibilidad de la tesis aquí defendida con diversas teorías sobre la naturaleza de los enunciados morales y del derecho. Expresado de otra forma, tiene como objetivo encontrar las áreas a las que pertenece la teoría de los valores morales jurídicos.

Para lograr su cometido, el Capítulo I proporciona conceptos y definiciones preliminares que son retomados en capítulos posteriores. Durante gran parte de la tesis se busca dejar en claro el alcance de conceptos de la filosofía moral, porque al ser esta una investigación dirigida principalmente a juristas, es más factible la posibilidad de incurrir en ambigüedades con el terreno de la ética que los conceptos asociados con el ámbito jurídico.

Expresiones como «*moral*», «*ética*», así como sus categorías específicas «*moral de deber*» y «*moral de aspiración*», y los campos de estudio que puede comprender la ética tales como la «*ética Descriptiva*», «*ética normativa*» y «*metaética*», son conceptos recurrentes e importantes en el desarrollo de esta investigación. De entre todos los conceptos mencionados, destaca la metaética, por tratarse de un conocimiento de segundo nivel que busca explicar el significado de los enunciados morales, y del que emanan la totalidad de las teorías de la filosofía moral repasadas en el primer bloque del trabajo.

A partir de estas bases, el primer bloque de la investigación comprende un repaso sobre distintas teorías de la filosofía moral y de la filosofía del derecho. Se trata de estudios generales que a pesar de tener cierto grado de profundidad en

cuanto a las ideas principales de cada teoría, de ninguna forma sustituyen la lectura integral de quienes las postulan. No obstante, servirán de preámbulo suficiente para que el lector conozca en qué medida la tesis de los valores morales jurídicos toma elementos valiosos de tales teorías, y si es posible encuadrar esta tesis en alguna de ellas.

La lectura del Capítulo I puede visualizarse como una especie de plano cartesiano donde la recta vertical está compuesta por las teorías de la filosofía moral, la recta horizontal por las teorías de la filosofía del derecho, y la coordenada que se busca hallar es la tesis de los valores morales jurídicos. Imagen que para mayor claridad se encuentra plasmada al final del bloque correspondiente.

Dentro de las teorías de la filosofía moral contenidas en esta tesis, el lector podrá encontrar las principales ideas del relativismo de Steven Lukes, el emotivismo de Stevenson, el prescriptivismo de Hare, y la ética del discurso explicada desde el enfoque de Karl Otto Apel. De cada una de ellas se explica la manera en que pretenden justificar la naturaleza de los juicios morales y su posterior compatibilidad con la tesis de los valores morales jurídicos.

Aunque los detalles correspondientes pueden observarse en el desarrollo del capítulo, debe decirse a manera de breve adelanto que la teoría de la ética del discurso es la que resulta ser afín con la tesis de los valores morales jurídicos. Las principales razones obedecen a que la ética del discurso califica la corrección de acciones de acuerdo con una relación dialógica que toma en cuenta elementos ideales y reales, además de la posible visión de todos los afectados.

La tesis de los valores morales jurídicos busca precisamente la existencia de valores que sean producto de una argumentación racional como medio indispensable para lograr objetivos comunes, donde se vele por los intereses de todas las partes, incluidos los de todas las posiblemente afectadas, y no solo que sean ideales para determinadas sociedades, u obtenidos mediante simples consensos. Es en la ética del discurso donde se ubica el presente trabajo en la línea vertical del mencionado plano cartesiano.

En cuanto a la otra parte del plano, esto es, aquella donde se describen las teorías jurídicas contemporáneas, cabe acotar que esta tesis decantó por elegir las

a partir de lo que ellas digan sobre la relación del derecho con la moral. Al respecto, las denominaciones de tales teorías se toman de la clasificación que identifica Robert Alexy en diversas de sus obras, en las que divide las corrientes jurídicas entre las que defienden una «*tesis de la separación*» y las que sostienen una «*tesis de la conexión*».

También se empleará la terminología de Alexy para identificar aquellas tesis mayormente inclinadas hacia presupuestos de corrección, y en lugar de hablar de «*naturalismo*» se utilizará la expresión «*no-positivismo*». Así, las tesis mencionadas en este trabajo irán de un positivismo excluyente e incluyente hasta un no-positivismo excluyente, incluyente y súper-incluyente, donde podrá notarse que la teoría de los valores morales jurídicos encuentra mayor concordancia con el no-positivismo incluyente.

Lo anterior, porque como se explicará con la debida exhaustividad en el apartado respectivo, el no-positivismo incluyente reconoce una doble naturaleza del derecho. Una dimensión ideal que versa sobre la pretensión de corrección que tiene aparejado el discurso jurídico, y una dimensión real concentrada en la seguridad jurídica como fuente de garantía para el cumplimiento y fortalecimiento de las relaciones sociales sin renunciar a presupuestos morales.

De esta manera, la pregunta: «*¿dónde se encuentra ubicada la tesis de los valores morales jurídicos dentro de las diversas áreas del conocimiento?*», encontrará su respuesta en el Capítulo I, en el sentido que se apoya sustancialmente en la ética del discurso y el no-positivismo incluyente, para emitir sus propios postulados.

El segundo planteamiento referente a «*¿qué es la tesis de los valores morales jurídicos?*», es respondido en el Capítulo II titulado «*De los valores morales a la naturaleza del derecho*», donde tan luego se sabe sobre qué terreno camina la teoría inmersa en este trabajo, corresponde desarrollarla.

El rumbo que toma el Capítulo II, es una especie de tránsito que va de la moralidad social a la institucionalización de tales valores mediante el sistema jurídico. Es el capítulo que conforma la estructura general de la tesis de los valores

morales jurídicos, la justificación de su existencia, necesidad e importancia de su vigencia.

Este sendero comienza con la explicación sobre qué es la moralidad social, entendida de forma general como una serie de valores que persiguen fines colectivos, y que solo pueden comprenderse a partir de la premisa básica de la convivencia.

El estudio de la moralidad social comprendido en este trabajo tendrá el principal objetivo de evidenciar que la moral no es estrictamente personal como pudiera pensarse, y que la aceptación de pautas morales puede obedecer a diversas fuentes externas de índole económica, política, cultural, o del propio derecho.

La siguiente parada en el tránsito hacia a los valores morales jurídicos, consistirá en reflexionar si la moralidad social puede ser obligatoria. En esta parte del trabajo se cuestionará si el hecho de imponer un valor moral mediante la fuerza u otros mecanismos coercitivos puede, en determinado momento, conllevar a sacrificar la propia corrección de un valor moral.

Para constatar si esto es cierto, se analizarán las causas que originan que ciertas conductas o principios sociales sean interiorizados por las personas y posteriormente sean vistos en virtud de los roles a cumplir dentro de la sociedad, ya sea por función de utilidad, o porque es un mínimo necesario para subsistir como una comunidad, como una garantía de respeto a la individualidad, o como medios de control del egoísmo de otras personas.

Con esta serie de ideas se pretende establecer que debido a las variadas razones de adopción de ciertos valores, se hace necesario tornarlos obligatorios para preservar la existencia de la sociedad misma y para aspirar a ser una mejor comunidad. Pero por la propia naturaleza de algunos valores no todos podrán sostener su corrección tan pronto se vuelven obligatorios.

Sin embargo, sobre aquellos valores que logren conservar su carga de corrección ante la posibilidad de hacerlos exigibles mediante la coerción, se propondrá establecer una clasificación que divida los mecanismos encargados de esa labor, en «*institucionalizados*» y «*no institucionalizados*», donde en los primeros se halla el derecho a través de sus normas jurídicas.

Como hasta aquí puede verse, esta tesis defenderá la necesidad de normas jurídicas y de la coerción como un elemento necesario para comprender el derecho. Sin la coerción, las disposiciones jurídicas tendrían la misma poca vinculatoriedad que cualquier valor o pauta moral. En este punto, se reconocerá que un valor moral puede ser tanto valor moral en sí mismo, como un valor jurídicopreciado y reconocido por el derecho en cualquiera de sus mecanismos. Y aquellos valores morales que rebasen la positivización y se infiltren en la manera en cómo es reconocido el derecho, conformarán lo que este trabajo definirá como «*moralidad jurídica*».

La moralidad jurídica es un concepto primordial para esta investigación, su presencia en el tránsito de la moralidad social hacia la naturaleza del derecho, representa la idea de que existen ciertos valores que son tomados por el derecho, el cual los incorpora más allá de positivizarlos en normas o convertirlos en principios, y al mismo tiempo los hace compatibles con la coerción del sistema jurídico. En los apartados conducentes esto implicará considerar que la moralidad jurídica y los valores que la componen, se encuentran en las dos dimensiones de la naturaleza del derecho sostenidas por el no-positivismo incluyente de Alexy.

Dentro del mismo Capítulo II se hará referencia a las características propuestas que deben tener los valores que integran la moralidad jurídica, los cuales serán llamados «*valores morales jurídicos*». Se establecerá que si un valor moral cumple con tres requisitos esenciales (referirse a personas, ser de índole social y ser compatibles con la coerción sin perder su propia corrección), entonces puede, en principio, ser catalogado como un «*valor moral jurídico*».

Como se expuso al comienzo de este apartado introductorio, un valor moral jurídico forma parte del discurso del derecho y a su vez se trata de un medio para darle eficacia. En otras palabras, está presente en la naturaleza del derecho, ya sea de manera explícita o implícita, y es un instrumento indispensable para explicar una necesaria conexión el derecho y la moral.

La parte final del Capítulo II se ocupa de exponer ampliamente en qué consiste un valor moral jurídico, y por qué es importante para la naturaleza del derecho, al grado de tener que ser necesario en la dimensión ideal, y materializado en la

dimensión real, porque de lo contrario no se podría hablar de la existencia de un sistema jurídico.

En breves términos, el recorrido desde la moralidad social hasta los alcances de los valores morales jurídicos contiene la estructura general de esta investigación, donde se buscará defender que el derecho y la moral están estrechamente unidos mediante los valores morales jurídicos.

Hasta este apartado es evidente la influencia del no-positivismo incluyente en la tesis de los valores morales jurídicos, pero nada se ha dicho sobre la importancia de la ética del discurso en la existencia de valores sociales que logran establecerse en la naturaleza del derecho.

Pues bien, la relevancia de la ética del discurso se verá reflejada hasta el Capítulo III, titulado «*El contenido de la moralidad jurídica*», que a su vez responderá a la tercera pregunta «*¿cuáles son los valores morales jurídicos?*», planteada al comienzo de esta introducción.

Mientras el Capítulo I delimita el campo de estudio de la tesis de los valores morales jurídicos, y el apartado II se dedica a desarrollar la estructura de la teoría, el Capítulo III estará encaminado a exponer su contenido específico. En él se pretende justificar por qué valores como la justicia, la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica satisfacen los requisitos y condiciones exigidos para ser catalogados como valores morales jurídicos.

El estudio de cada valor, aunque no en el mismo orden, sigue un patrón similar. De todos ellos, se hará una referencia sobre la manera en que ha sido comprendido y clasificado por diversos autores, estudio que tiene como finalidad demostrar las vertientes sobre las cuales pueda verificarse la satisfacción de los requisitos que debe cumplir todo valor moral jurídico.

Del mismo modo, el estudio del Capítulo III contará con una serie de argumentos para defender la presencia de los mencionados valores en las dimensiones de la naturaleza del derecho, es decir, por qué forman parte del discurso jurídico y de qué manera se materializan.

Y es en este momento donde, si resultó clara la exposición sobre los postulados de la ética del discurso contenida en el Capítulo I, podrá verse su

presencia implícita, y en algunos casos explícita, dentro de cada uno de los valores morales jurídicos, pues los estudios respectivos de la justicia, la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica están redactados de tal manera que denoten que nadie que pueda verse afectado por la transgresión de esos valores, aceptaría racionalmente su desaparición.

Expresado de otra forma, se plantea que sobre los valores morales jurídicos exista un interés común en una comunidad ideal y real de comunicación de materializarlos o de que sean deseables para todos, y ante la imposibilidad de que puedan llevarse a cabo de mejor manera que la propuesta de vivir en una sociedad de reglas jurídicas, se hace necesario que el derecho los absorba y los integre a su naturaleza.

El primer valor sometido a estudio será la justicia. Término que desde el principio podrá generar cierta reticencia por parte del lector al tratarse de un concepto sumamente ambiguo. Debido a la imposibilidad de entender y definir a la justicia, este trabajo partirá de una crítica a la injusticia, tal como lo hace Amartya Sen, e intentará justificar que es una aspiración racional no necesariamente hipotética, y por ende, es una exigencia de índole colectiva.

Entonces, si el derecho combate a la injusticia mediante el emprendimiento de ciertas acciones que pueden tornarse coercibles, y se vale de ella como un estandarte de legitimación en su discurso, la justicia se tratará de un auténtico valor moral jurídico.

El siguiente valor a estudiar en el Capítulo III será la igualdad. De entre los demás valores morales jurídicos, la igualdad será catalogada como un valor moral social por excelencia, donde el papel del derecho, de forma similar al combate a la injusticia, tiene en su discurso y planes fácticos el combatir la desigualdad mediante la creación de instituciones que ayuden a producir cambio en las actitudes y en los factores económicos, políticos o culturales que fomenten tratos desiguales injustificados.

En este apartado el lector también podrá encontrar una descripción acerca de la división conocida entre «*igualdad formal*» e «*igualdad material*», donde al final

del camino se sostendrá que solo las dos vertientes juntas pueden integrar el valor moral jurídico que representa la igualdad en su integridad.

Ligado a este valor moral jurídico, la libertad se coloca como el tercer presupuesto moral que se analizará en el capítulo final de la investigación. En su desarrollo podrá visualizarse que la libertad puede ser entendida en tres corrientes principales, conocidas como «*libertad negativa*», «*libertad positiva*» o «*reflexiva*» y «*libertad social*», y de todas ellas solo la última satisface los requisitos para ser considerada como un valor moral jurídico.

La clasificación de las vertientes de la libertad a repasar en el Capítulo III tiene su origen en la obra de Axel Honneth, quien se inspiró en otros autores como Hegel e Isaiah Berlin. Gracias al trabajo de Honneth en la libertad puede notarse de forma expresa la influencia de la ética del discurso en esta tesis, en razón de que deja de ser un anhelo de la experiencia puramente subjetiva para trasladarla al plano de la realidad en donde las personas se ven como la contraparte del otro.

A mayor abundamiento, no está de más decir que, no obstante que la libertad cumpla los estándares para ser reconocida como un valor moral jurídico, se consideró importante incluir una reflexión en torno a si el derecho en realidad es un fenómeno que la suprime. El resultado de esta problemática busca establecer que ante todo es preferible la existencia del sistema jurídico en donde se regule la libertad social, a vivir bajo otros poderes fácticos.

El último de los valores morales jurídicos propuestos será la seguridad jurídica. Este es quizá el más peculiar de los abordados en el Capítulo III, debido a que no sigue el sendero establecido en Capítulo II al tratarse de un valor que deriva del propio derecho.

A pesar de tales particularidades, se vindicará la moralidad social de la seguridad jurídica a partir del propio de derecho, y para ello se tomará como referencia la postura de Arcos Ramírez, así como la llamada «*moral interna del derecho*» descrita por Lon L. Fuller.

Del contenido de las obras de estos autores se busca hacer explícito que si la seguridad jurídica no satisface presupuestos mínimos con fines de corrección que

garanticen en los gobernados cierta previsibilidad del derecho para guiar sus propias vidas, entonces está destinado al fracaso.

Con todo lo descrito en esta no tan breve introducción, se espera despertar un interés del lector para leer la totalidad de este trabajo. Y con independencia de que al final del recorrido se puedan o no compartir las ideas plasmadas en su desarrollo y conclusiones, esta tesis cumplirá su objetivo en la medida que contribuya a la discusión sobre la naturaleza del derecho y sea considerada seriamente la posibilidad de valerse de otras áreas como la filosofía moral para explicarla.

Adicionalmente, aunque esta investigación en su mayoría está compuesta por reflexiones de índole teórica, se espera que su impacto pueda trascender al plano fáctico. Porque si los operadores y destinatarios del derecho dejaran de limitarse a verlo como un medio de regulación de la conducta humana o en grados extremos, una herramienta de opresión para minimizar derechos y libertades, entonces quizá podría convertirse en una herramienta eficaz para combatir la injusticia, reducir la desigualdad social, privilegiar el ejercicio de la libertad en un contexto social, y obtener mediante la seguridad jurídica, una forma de planificar nuestras vidas.

I. Ubicación de la teoría de los valores morales jurídicos dentro de la filosofía moral y filosofía del derecho

La postura que se defenderá en este trabajo toma elementos de dos áreas del conocimiento: el derecho y la ética, ambas desde una perspectiva filosófica.

Por una parte, es una tesis jurídica porque dentro de sus fines busca explicar una de las propiedades que se atribuye a la naturaleza del derecho, la de su relación con la moral. Por otro lado, el contenido ético de la investigación se halla en que pretende problematizar acerca del surgimiento y fuente de algunos valores.

Para explicar esta última afirmación, dentro de este capítulo se expondrá de manera sintetizada el pensamiento de algunos juristas, quienes en algún apartado de sus obras dedicaron varias líneas a la relación del derecho con la moral, y la abordan desde distintas aristas, ya sea en relación con el grado de influencia de moral en el derecho, o bien, su relevancia para garantizar la vigencia el sistema jurídico.

Todas estas teorías tienen un común denominador: su punto de inicio es el derecho. Buscan comprender qué es y/o cómo debe ser un sistema de normas jurídicas, a partir de ahí, analizan el nivel de intervención y los tipos de problemas donde aparece la moral. A diferencia de esa línea de pensamiento, la presente investigación comienza desde la perspectiva moral que en muchas ocasiones ya se da por presupuesta.

Es distinto afirmar que el derecho se justifica o necesita de la moral para considerarse a sí mismo derecho, a sostener que determinados valores surgen o encuentran su fundamento del derecho. Este último es el aspecto ético de la investigación, de ahí el título de «*Los valores morales jurídicos*», debido a la intención de justificar la existencia de ciertos valores en el derecho y no la del derecho derivado de su contenido moral, este trabajo parte de la ética y culmina en el derecho.

En tal virtud, para elaborar una teoría como la que aquí se planteará, primeramente debe partirse de algunos conceptos de ética y derecho, así como su naturaleza. Es por ello, que este primer capítulo proporcionará algunos elementos

conceptuales necesarios dentro de la filosofía moral y de la filosofía del derecho. Adicionalmente, contará con una breve exposición sobre las principales teorías que en cada una se han desarrollado.

El objetivo de la explicación es que al finalizar este capítulo, el lector conozca en qué teorías morales y jurídicas puede encontrarse la tesis de los valores morales jurídicos; además, como se apuntó, la referida delimitación permitirá comprender distintos conceptos fundamentales dentro de la filosofía moral, idóneos para evitar imprecisiones lingüísticas técnicas cuando se aborden planteamientos de mayor complejidad.

1.1. Conceptos fundamentales de filosofía moral

Un sistema jurídico está compuesto de normas que esencialmente sirven para la solución de casos concretos. Dentro de la función jurisdiccional, por ejemplo, los tribunales emiten sus sentencias con base en la legislación, precedentes, disposiciones reglamentarias, principios generales del derecho, entre otros. Sin embargo, su aplicación y utilidad resulta insuficiente para resolver un considerable número de controversias, en esos supuestos la justificación de un fallo requiere de otros elementos, como aquellos que los juristas denominan discrecionalidad judicial, la cual incluye métodos de interpretación, control de la constitucionalidad, ejercicios de ponderación, etcétera. A continuación, se expone un caso en el que fue necesario emplear una de estas herramientas.

Una niña de seis años fue atendida en el área de urgencias de un hospital a raíz de un diagnóstico de leucemia linfoblástica aguda, una hematóloga llevó a cabo la evaluación del estado de salud de la menor, e informó a los padres del tratamiento médico que consideraba idóneo, el cual incluía la realización de transfusiones sanguíneas. En respuesta, los padres expresaron que su deseo era buscar una medida distinta debido a que profesaban la religión de los testigos de Jehová y sus creencias prohíben tales prácticas. Frente a esa negativa, la autoridad competente intervino para iniciar un procedimiento de tutela y asumir la facultad provisional de autorizar la transfusión sanguínea. La madre reclamó ante un Juez de Amparo que

fue desplazada de forma injustificada en su derecho a decidir libremente sobre la salud de su hija con base en sus creencias religiosas. El caso llegó a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien negó el amparo a la madre, al considerar que el Estado puede interferir válidamente en la autonomía familiar con el objeto de impedir una afectación a la vida y salud de un menor¹.

El asunto reseñado fue resuelto a través de un ejercicio de ponderación. En términos generales, la ponderación deriva de la colisión de dos principios del mismo rango reconocidos por el sistema jurídico, en la que uno tiene que ceder ante otro, sin que signifique declarar inválido al principio desplazado, ya que la solución debe procurar su mayor satisfacción o menor restricción. La ponderación parte de la premisa que los principios tienen un valor, el cual puede variar en atención a las circunstancias de los casos concretos en que se evalúa cuál de ellos tiene mayor peso².

Es menester señalar que la ponderación realizada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivó del reconocimiento constitucional y convencional de distintos principios: la protección de la familia reconocida en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el interés superior de la niñez y la libertad religiosa, prevista en los artículos 4o. y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente, así como el derecho a la protección de la vida establecido en el precepto 4.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

El ejemplo narrado es uno de tantos problemas jurídicos en los que la toma de una decisión puede ser discutible, pero que al final, cualquiera de las posibles soluciones tendría sustento en fuentes difícilmente controvertibles. Sin embargo, ¿qué sucedería si el mismo caso fuera discutido sin acudir al plano jurídico? La madre seguramente reiteraría la importancia de su libertad de creencias y el respeto a su autonomía familiar. Por otro lado, quizá la hematóloga que recomendó la transfusión sanguínea insistiría en proteger la vida y salud de la niña. Expresado de

¹ Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo en Revisión 1049/2017, de 15 de agosto de 2018.

² Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos Fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pp. 70 y 71.

otra manera, ambas partes alegarían la protección de aquello que consideran bueno o correcto.

La breve narrativa de un caso hipotético sin que existan las herramientas empleadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretende resaltar que suprimir el contenido jurídico de una controversia fácilmente puede convertirla en un problema distinto, como pudiera ser moral.

Dentro del ámbito jurídico es complicado que un jurista perteneciente a los Estados Unidos Mexicanos rechace con argumentos válidos que la libertad de religión, autonomía familiar, niñez, vida y salud, son valiosas para el Estado. No obstante, en un contexto distinto, la sociedad tiene un consenso generalizado sobre su importancia. Este hecho denota que posiblemente existan algunos presupuestos aceptados por sí solos sin exigir mayor explicación, muchos menos jurídica. El problema surge si en una situación concreta, dos o más personas discrepan sobre cuál de esos presupuestos debe privilegiarse, debido a que elegir un bando dentro de la discusión, requerirá al menos una explicación para convencer a la contraparte.

Aquí vale preguntarse si la postura adoptada es la adecuada, o incluso si existe algún razonamiento con la suficiente fuerza para respaldarla. El primer cuestionamiento, referente a los principios que se elijan, lleva consigo algo denominado «*juicios de valor*», mientras el segundo, está encaminado a la búsqueda de su justificación y naturaleza. En diferentes proporciones, todos los planteamientos descritos constituyen el objeto de estudio de la filosofía moral³.

Este apartado pretende explicar algunos de los elementos insertos implícitamente en el párrafo anterior, y que constituyen conceptos fundamentales dentro de la filosofía moral. La importancia de distinguirlos e identificarlos será útil para delimitar el área de estudio de esta investigación. El primero de los conceptos por analizar es la «*moral*».

³ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *Historia de la ética*, trad. de Roberto Juan Walton, Barcelona, Paidós, 2017, p. 23.

Se denomina «*moral*» al conjunto de reglas, normas o juicios de valor que impulsan las actuaciones de las personas como miembros de grupos sociales, por ejemplo, saber si en determinado contexto alguien puede mentir para ayudar a otro⁴.

De acuerdo con Lon. L. Fuller, la moral puede clasificarse en «*moral de aspiración*» y «*moral de deber*». La moral de aspiración fue mayormente expresada en la filosofía griega, es la moral de la vida ejemplar, de la excelencia y realización más completa de las facultades humanas, o en otras palabras, es aquella iniciada en la cumbre del logro humano. Por otra parte, la moral de deber comienza en la base, prescribe las normas básicas sin las cuales es imposible lograr una sociedad ordenada, no condena a las personas por no aprovechar las oportunidades para lograr la completa realización de sus facultades, sino por no respetar los requisitos mínimos de la vida social⁵.

Los modelos teóricos contemporáneos se inclinan mayoritariamente hacia la fundamentación y naturaleza de la moral de deber. Una posible respuesta se halla dentro de la premisa desarrollada en el caso de la niña que requería una transfusión sanguínea, donde se apuntó la existencia de un cierto acuerdo general de la sociedad actual sobre aspectos mínimos que es importante salvaguardar, como la vida, la autonomía familiar, la salud, entre otros. La comprobación empírica de tal uniformidad al menos en principios básicos, permite elaborar una teoría sobre su corrección o naturaleza, sobre una base ligeramente más estable.

Lograr un consenso de esta naturaleza sobre los parámetros de excelencia y realización a que hace referencia la moral de aspiración, hasta este momento ha sido imposible. Por ende, hacer filosofía sobre ella o incluso pretender justificar su corrección deviene una tarea más compleja.

Después de la moral, los siguientes elementos fundamentales dentro de la filosofía moral, que a continuación se explican son la «*ética descriptiva*», «*ética normativa*» y «*metaética*», todas ellas con el común denominador «*ética*».

⁴ Cfr. Patzig, Günther, *Ética sin metafísica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Ediciones Coyoacán, 2000, p. 7.

⁵ Cfr. Fuller, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, pp. 12 y 13.

En términos generales, la ética constituye una reflexión superior a la moral cuya tarea principal es la indagación sobre tres problemas: se pregunta sobre el papel de las reglas morales en la sociedad, si es posible determinar qué es lo bueno y correcto, e indaga sobre su naturaleza y fundamentación⁶. La división de estos problemas como está redactada es útil para la identificación automática de los campos de estudio de los tres tipos de ética mencionados.

El primero de los problemas de la ética, referente al papel de las reglas morales en la sociedad, corresponde a la llamada «*ética descriptiva*». En ella se habla de códigos morales, escalas de valores, descripción de sus orígenes, y comparación de sistemas morales, siempre con el cuidado de no realizar enunciados normativos. Un enunciado de tal naturaleza necesariamente implica que el hablante emita un juicio de valor, ya sea de deber o corrección⁷.

Expresado en un ejemplo: cuando alguien elabora un estudio jurídico, y afirma que «*la Suprema Corte de Justicia de la Nación privilegió el derecho a la vida de la menor con base en el precepto 4.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos*», no emite un juicio de valor, simplemente describe cómo resolvió ese tribunal a partir de una disposición de derecho internacional, por ende, su aseveración encuadra invariablemente en la ética descriptiva; por otro lado, si en lugar del enunciado expuesto, el dicente estableciera que «*fue moralmente adecuado que el Estado protegiera a la niña por encima de la libertad de creencia familiar*», sin duda alguna realiza una aseveración de carácter normativo, que es ajena a la ética descriptiva, y pasa a formar parte de otra vertiente especializada de la ética denominada normativa⁸.

Las investigaciones de la ética descriptiva resultan idóneas para áreas de conocimiento como la antropología, historia o sociología, y se limita a preguntarse qué es lo que en algún lugar o momento determinado se tiene por bueno o correcto;

⁶ Cfr. Von Kutschera, Franz, *Fundamentos de ética*, trad. de María Teresa Hernández-Pérez, Madrid, Cátedra, 1982, pp. 51-54.

⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 51.

⁸ Para diferenciar la ética descriptiva de la normativa, Kutschera utiliza ejemplos similares al aquí apuntado, analiza el derecho de la libertad expresión como enunciado normativo donde se expresa un juicio de valor en defensa de esa libertad, en contraposición con la simple descripción de la disposición establecida en la Constitución alemana.

en contraposición, la ética normativa busca responder qué es lo bueno o correcto, es decir, pretende hacerse y fundamentarse en enunciados normativos⁹.

Así, la ética normativa impacta dentro de los campos de la cultura al igual que la ética descriptiva, pero busca influir en la vida práctica. Por mencionar un caso, la política se interroga sobre los efectos que produce una acción o programa colectivo a partir de relaciones con una estructura de poder, pero en la toma de decisiones en problemas específicos, la ética normativa tratará de establecer una justificación objetiva del por qué esa acción o programa colectivo contiene o no valores deseables¹⁰.

Ahora bien, los estudios éticos no se agotan en aquello que determina la ética normativa. Mientras esta se ocupa de problemas morales clásicos como lo debido, el tipo de acciones correctas o incorrectas, qué clase de persona debemos ser, o cómo podemos vivir nuestra vida, existe otra vertiente denominada «*metaética*», la cual busca indagar sobre la existencia de propiedades morales que permitan decidir acerca de la corrección o falta de corrección de las afirmaciones hechas por la ética normativa, en otras palabras, cuestiona si es posible el conocimiento moral. De esta forma, la ética normativa emite juicios de primer orden, y la metaética, de segundo¹¹.

La metaética tuvo gran plenitud durante el comienzo del siglo pasado, al grado de emplearse como un sinónimo de filosofía moral. Este hecho obedeció a que los filósofos contemporáneos consideraron que los problemas morales clásicos inherentes a la ética normativa constituían una materia no filosófica, ya que no buscaban explicar adecuadamente el significado y justificación de los juicios morales, sino únicamente describir y elaborar enunciados normativos¹².

No obstante que la metaética constituye un análisis de segundo orden, aquí se comparte la postura de pensadores como Gilbert Harman, relativa a que la

⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 52.

¹⁰ Cfr. Villoro, Luis, «Ética y Política», en Villoro, Luis (coord.), *Los linderos de la ética*, México, Siglo XXI, 2015, pp. 1 y 3. Aunque Villoro no usa el término *normativo*, es habitual entender la palabra ética, en la configuración de la ética normativa.

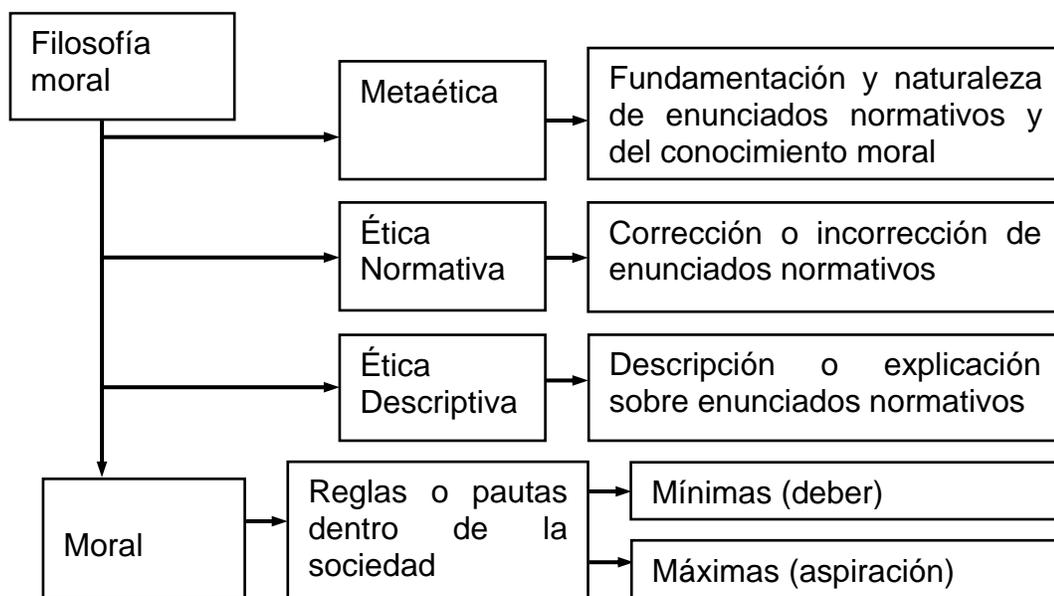
¹¹ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 35-37.

¹² Cfr. Harman, Gilbert, *La naturaleza de la moralidad*, 2a. ed., trad. de Cecilia Hidalgo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2009, p. 7.

filosofía moral no se agota en la explicación del significado y justificación de los juicios morales¹³; al contrario, un conocimiento de ese nivel requiere de la mayor cantidad posible de elementos y herramientas, que pueden ser proporcionadas por la propia moral, así como por la ética normativa y descriptiva. Es gracias a los estudios sociológicos, antropológicos y a la indagación sobre los enunciados normativos, que el filósofo moral está en aptitud de problematizar y justificar la existencia y naturaleza de propiedades morales.

La tesis que sostiene esta investigación es de corte metaético. A pesar de que en algunos momentos se describan reglas morales, o se plasmen referencias a la posible la corrección o incorrección de enunciados normativos, uno de sus objetivos principales consiste en identificar, de entre tantas fuentes, la justificación y naturaleza de valores, cuyos orígenes y permanencia en el tiempo derivan de un contexto específico, en el caso jurídico.

Lo hasta aquí expuesto es resumido en el siguiente esquema:



¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 8.

1.2. Breve narrativa de la evolución histórica de la filosofía moral

Los filósofos morales actuales distinguen con claridad los tres campos de la ética reseñados en el apartado anterior, y desarrollan sus investigaciones dentro de un área particular. El trabajo técnico y la división especializada de la filosofía moral no siempre sucedió de esa manera, es resultado de una evolución constante, impregnada tanto de contribuciones intelectuales con inclinación hacia la mayor objetividad posible, como también de modelos que buscaron justificar regímenes políticos y religiosos totalitaristas. Los conceptos morales objeto de estudio de los filósofos de tiempos recientes, derivan en gran parte del examen de los pensadores de una época anterior¹⁴.

Para llevar a cabo la narrativa acerca de la evolución histórica de la filosofía moral, se tomará como punto de partida la división hecha por John Rawls, quien identifica dos periodos de la filosofía moral denominados «clásico» y «moderno», el primero entendido como aquel desarrollado en la Grecia antigua, con especial atención en Sócrates, Platón, Aristóteles; y el segundo, comprendido entre los años 1600 a 1800¹⁵.

La filosofía moral clásica nació de un marco histórico y cultural en el que la religión no ofrecía idea alguna sobre qué es el bien supremo. Por ende, los filósofos griegos buscaron elaborar nociones sobre este, adecuadas para la sociedad de la época, y concibieron la conducta virtuosa como un tipo de bien al que había que buscar acomodo junto a los demás bienes de la buena vida¹⁶.

Debido a que este trabajo se desarrolla dentro del ámbito de la metaética, escapa de sus fines analizar minuciosamente el esquema de pensamiento de los grandes filósofos griegos, porque ellos se ocuparon de una moral de aspiración como la explicada por Fuller. No obstante, las siguientes líneas serán dedicadas a dos aspectos que es importante resaltar y que serán retomados en apartados

¹⁴ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵ Cfr. Rawls, John, «Introducción: la filosofía moral moderna, 1600-1800», en Herman, Bárbara (comp.), *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, trad. de Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, 2007, p. 29.

¹⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 32 y 33.

posteriores: la incitación a la reflexión por parte de Sócrates, la precomprensión de justicia en los griegos, y la búsqueda del bien supremo.

De Sócrates no se ha descubierto fuente directa alguna, para conocerlo es sabido que es necesario acudir a las obras de sus discípulos. Platón, uno de sus alumnos directos, lo describe en sus «*Diálogos*» como una persona que se daba a la tarea de hacer más sabios a los demás, obligándolos a descubrir su propia ignorancia mediante un método llamado «*mayéutica*» que generalmente llevaba a sus interlocutores a un estado de irritación tan grande, que a la postre le costó la vida luego de un juicio iniciado en su contra¹⁷.

Exasperar a un interlocutor apenas constituye una forma convincente de educación moral, pero la mayéutica empleada por Sócrates, buscaba producir una reflexión, de entre otras, sobre temas morales. Estaba encaminada a asegurar una transformación en los oyentes, más que a obtener una conclusión determinada¹⁸.

Resalta en Sócrates el hecho que no obstante negar su propia sabiduría y las acusaciones en su contra, aceptó su destino al afirmar que ni ante la injusticia o la guerra debe maquillarse para evitar la muerte a cualquier precio, nunca denotó una actitud renuente a su condena, incluso adujo durante el juicio lo malo y vergonzoso que es cometer injusticia y desobedecer al que es mejor, sea dios u hombre.¹⁹

Este último acontecimiento denota qué tan comprometido estaba Sócrates con el sistema político griego y su aspiración a la justicia como elemento indispensable para mantener la vigencia del Estado.

Después de Sócrates, un avance significativo sobre las cuestiones morales se hace notar en Platón. De entrada, en el primer libro de «*La República*», se discute sobre la imposibilidad de definir qué es la justicia a partir de ejemplos. En una charla en la que inicialmente interviene Céfalo, pero que concluye con Trasímaco y Sócrates²⁰, se afirma que la justicia no puede definirse como el decir la verdad y

¹⁷ Cfr. Platón, *Diálogos I*, trad. de J. Calonge, Madrid, Gredos, 1981, pp. 148-186.

¹⁸ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹ Cfr. Platón, *op. cit.*, pp. 167 y 182.

²⁰ De acuerdo con autores como Alasdair MacIntyre, es difícil identificar en qué momento se transmiten enseñanzas del propio Sócrates, y en cuál es un vocero de Platón. Aunque para el caso expuesto, es evidente que la idea de definir *justicia* es propia de este último.

devolver lo que se ha recibido, tampoco como hacer bien a los amigos y mal a los enemigos²¹.

La conversación entre estos tres personajes, pone en evidencia la postura platónica acerca de la justicia, que contiene una doble naturaleza, primero en el Estado y luego en el alma²². Por un lado, Sócrates expone que en ningún gobierno, el gobernante dispone lo que le conviene, sino lo que favorece al gobernado, y a aquel para el que emplea su arte; también defiende la función del artesano y trabajador, quienes obtienen un beneficio para sí mismos y para los demás gobernados a través de la organización y disposición del gobernante. Por otra parte, atribuye funciones al alma como el prestar atención, gobernar o deliberar, y explica que los hombres justos aparecen como más sabios y capaces en su actuar, un hombre justo vive mejor que un injusto, por tanto más feliz²³.

MacIntyre sintetiza la visión de justicia de Platón, como aquella en la que todos conocen su posición, ya sea de gobernadores, artesanos y trabajadores natos, sin que deba perderse de vista que durante esa época estaba permitida la esclavitud. La justicia no pertenece a una u otra clase, ni a la participación y relación entre ellas, sino a la sociedad en cuanto funciona como un todo²⁴.

El tercero de los filósofos más importantes de la Antigua Grecia en orden cronológico es Aristóteles, cuya obra principal «*Ética Nicomáquea*» comienza con la aseveración que «*todo arte y toda investigación e, igualmente, toda actividad y libre elección parecen tender a algún bien.*»²⁵ Tal afirmación dice bastante sobre el resto de su trabajo, el cual se refiere a una ética en función a una meta.

Aristóteles consideraba a la ética como parte de la política porque esta última regula qué ciencias y aprendizajes son necesarios en las ciudades, tales como la estrategia, la economía y la retórica. Luego, si la política prescribe qué se debe hacer y qué se debe evitar, su fin invariablemente incluye los fines de los demás

²¹ Cfr. Platón, *Diálogos IV*, trad. de Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1988, pp. 63 y 65.

²² Cfr. MacIntyre, Alasdair, *op. cit.*, p. 48.

²³ Cfr. Platón, *Diálogos IV*, *op. cit.*, pp. 83, 88, 89, 99 y 101.

²⁴ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *op. cit.*, pp. 51 y 52.

²⁵ Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, trad. de Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1998, p. 131.

campos de conocimiento, incluida la ética, de modo que constituirá el bien del hombre²⁶.

A diferencia de la cuestión de justicia en Sócrates y Platón, Aristóteles se preguntó cuál es la meta de la política y el bien supremo entre todos los que pueden realizarse. Concluyó que ese bien es la felicidad. Para Aristóteles el término «*felicidad*» no tiene una connotación como la conocida en la actualidad, incluso desdeña relacionarla con la idea del placer, la riqueza o los honores²⁷.

La vida feliz es aquella que se rige conforme a la virtud, y esta vida tiene lugar en el esfuerzo²⁸. La felicidad es un bien perfecto y suficiente, que se elige por ella misma y nunca por otra cosa. Es una actividad de acuerdo con la virtud porque requiere de cierto aprendizaje de continuo ejercicio y una vida entera²⁹.

En otras palabras, la felicidad como bien supremo, consiste en una actividad del alma acorde con la virtud, «*feliz*» es un predicado que debe aplicarse a toda una vida, las acciones o estados particulares que la integran se juzgan como virtuosos, pero el todo se evalúa como feliz o infeliz³⁰.

Lo hasta aquí señalado aparentemente dice poco sobre qué es felicidad, pues al hablar de un actuar acorde con la virtud, debe saberse primero qué es la virtud. Para Aristóteles, la virtud es un modo de ser selectivo en un término medio entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto, expone casos particulares como el miedo y la audacia, el primero es un cobarde y el segundo es un temerario. El dominio de estos vicios en el término medio, es la moderación³¹.

Actuar dentro de un término medio en estos supuestos, es obrar de acuerdo con la virtud, el que dirige su alma acorde con la virtud, adquiere el bien supremo que es la felicidad.

Mediante la breve descripción de algunas ideas acerca de aspectos éticos en Sócrates, Platón y Aristóteles, puede convalidarse lo apuntado al comienzo de este apartado, es decir, la dirección de la filosofía moral clásica hacia una moral de

²⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 132 y 133.

²⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 134-136.

²⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 394.

²⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 142, 149 y 150.

³⁰ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *op. cit.*, p. 75.

³¹ Cfr. Aristóteles, *op. cit.*, pp. 171-173.

aspiración en la que no se busca satisfacer mínimos de conducta o reglas de convivencia básicas, sino la exaltación y búsqueda de la excelencia y la virtud.

El paso de la filosofía moral clásica a la moderna, surgió de acuerdo con Rawls, como consecuencia de tres factores históricos: la fragmentación de la unidad religiosa de la Edad Media, la evolución del Estado moderno con su administración central, y los avances científicos de esa época. A diferencia de la filosofía moral clásica que era resultado de la razón, libre y disciplinada, la filosofía moral moderna emanó de la subordinación de la Iglesia o el Estado, de ahí que varios pensadores de la época consideraron que los deberes y obligaciones descansaban en una ley divina o en la facultad de determinadas personas para ejercer el poder³².

Paralelamente a esas teorías, los conflictos religiosos también dieron pauta a que filósofos morales del siglo XVIII intentaran establecer una base para el conocimiento moral ajena de la autoridad eclesiástica y accesible para cualquier persona razonable y consciente³³.

Dentro de este apartado se destacarán algunos aportes desarrollados durante la filosofía moral moderna, en específico los que tuvieron inclinación hacia tres ámbitos: el Estado moderno, Dios y la razón.

En el primer grupo puede colocarse a Thomas Hobbes, cuya obra «*Leviatán*» principalmente es empleada dentro de la filosofía política, pero contiene elementos importantes de filosofía moral. En los primeros capítulos del texto Hobbes sostiene que amor y deseo son la misma cosa, el único rasgo distintivo es que el deseo está en la ausencia del objeto, y el amor en la presencia de este³⁴.

La definición de bueno y malo, deriva del concepto del deseo o amor: lo que de algún modo es objeto de cualquier apetito humano o deseo humano es lo que con respecto a él se llama «*bueno*», y el objeto de su odio y aversión es «*malo*». Por ende, las palabras «*bueno*» y «*malo*» siempre se usan en relación con la

³² Cfr. Rawls, John, *op. cit.*, pp. 33-35.

³³ Cfr. *Ibidem*, p. 37.

³⁴ Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatán*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 41.

persona que las utiliza o de un juez a quien los hombres le permiten establecer e imponer como sentencia, su regla del bien y del mal³⁵.

Para Hobbes, la naturaleza ha hecho a los hombres iguales en facultades del cuerpo y espíritu, aun cuando uno sea más fuerte en cuerpo o en mente. De esta igualdad en cuanto a capacidades deriva la igualdad de esperanza respecto a la consecución de fines. Surge la desconfianza cuando dos hombres desean la misma cosa, ya que ambos se vuelven enemigos y tratan de aniquilarse, la única limitante es el poder del otro. Ante tal situación, el procedimiento más razonable es la protección a sí mismo mediante la anticipación, dominar por medio de la fuerza o astucia durante el tiempo preciso para que ningún poder pueda amenazarle. Cuando todos los hombres viven sin un poder común que atemorice a todos, se hallan en una condición de guerra³⁶.

La inclinación hacia la paz llega según Hobbes, gracias al temor a la muerte, al deseo de una vida confortable, y la esperanza obtenerla por medio del trabajo. Estima que ante el derecho de naturaleza que confiere al hombre la libertad de usar su propio poder como quiera, una ley de la naturaleza exige que se acceda, si los demás también lo consienten y mientras sea necesario para la paz, a renunciar a ella en forma recíproca³⁷.

Es así como se justifica la existencia del Estado, entendido como la causa final de los hombres que aman la libertad y el dominio sobre los demás, el único camino para defenderse contra la invasión de extranjeros o injurias ajenas, que asegura la actividad y frutos de la tierra y vida satisfecha en conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, que puedan reducir su voluntad a una. El titular de esta voluntad se denomina «soberano» y cada uno de los que lo rodean son «súbditos»³⁸.

Para finalizar, Hobbes considera que, para hablar de justicia, es necesaria la existencia del Estado, debido a que en el estado natural de guerra nada es injusto. La justicia nace con la propiedad, y la propiedad es creada por el Estado. En este

³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 42.

³⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 101.

³⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 106 y 107.

³⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 137-141.

sentido, antes de que pueda haber una denominación de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, y tal poder no existe antes de erigirse el Estado cuyas leyes siempre serán justas³⁹.

Aunque más adelante Hobbes menciona los ejes de un Estado cristiano, su pensamiento giró en torno a la creación del Estado mismo entendido. «*Leviatán*» ha sido criticado de múltiples formas, principalmente porque contiene una severa tendencia hacia la defensa del absolutismo; además de que su contractualismo está basado en la sumisión y dominación para privilegiar a un soberano con el derecho de la fuerza quien emite los mandatos que todos deben obedecer.⁴⁰

Sin embargo, a Hobbes debe reconocérsele la siguiente lección: al adoptar una concepción en la que afirmó la existencia de una naturaleza humana intemporal, puso en evidencia que una teoría moral es inseparable de una teoría de la naturaleza humana⁴¹. Del mismo modo, debe resaltarse que en «*Leviatán*» se involucra la idea de seguridad y paz como elementos necesarios dentro de un Estado, por lo que expresa una defensa de corrección sobre reglas que él mismo consideró valiosas para un grupo de personas unidas, con independencia de los motivos para asociarse.

Mientras Hobbes respaldó al Estado como elemento necesario para controlar el estado de naturaleza de las personas, hubo otros filósofos que apoyaron gran parte de su pensamiento en Dios, de entre ellos destaca Gottfried Leibniz, quien trató de superar las objeciones a la fe cristiana y quiso mostrar que es plenamente compatible con la creencia razonable⁴².

Para Leibniz existen diversas perfecciones en la naturaleza, como el poder y la ciencia, pero Dios es un ente que posee absolutamente todas, él no tiene límites, su sabiduría es suprema e infinita, obra del mundo más perfecto tanto en el sentido metafísico como moral⁴³.

³⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 118, 119 y 285.

⁴⁰ Cfr. Bloch, Ernst, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de Felipe González Vicén, Madrid, Dykinson, 2011, pp.118 y 119.

⁴¹ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *op. cit.*, p. 153.

⁴² Cfr. Rawls, John, *op. cit.*, p. 149.

⁴³ Cfr. Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Discurso de metafísica*, 3a. ed., trad. de Julián Marías, Madrid, Alianza, 2017, pp. 63 y 64.

Ahora, por el simple hecho que Dios posea todas las perfecciones, no significa para Leibniz que las reglas de la bondad o la naturaleza sean buenas por la simple razón formal que las ha hecho Dios. Pensar lo contrario, es decir, justificar algo solo porque Dios así lo quiso, es destruir todo su amor y gloria para sustituirla por un ser despótico que se parecería más a un tirano⁴⁴.

En «*Discurso de metafísica*» Leibniz expone que Dios es un ser tan perfecto, que su comprensión llega más allá de los seres finitos, por ende, basta con creer en que él hace todo del mejor modo, y obrar de acuerdo con su «*voluntad presuntiva*», lo que implica contribuir con todo el poder humano al bien general. En este sentido, Dios tiene su voluntad particular, y hay que confiar en ella. Su voluntad se ve reflejada en su papel con las acciones de otras criaturas, particularmente las que son racionales, y esta consiste en que si una acción es buena, es porque Dios así la quiso y ordenó, pero si es mala, corrige su malignidad y recompensa su mal con creces, de suerte que al final hay más perfección en toda la serie⁴⁵.

Si bien la única causa externa que actúa sobre las personas es Dios, eso no significa que las ideas sean solo de él, pues es inconcebible que alguien piense con las ideas de otro. Dios solo inclina el alma sin obligarla, es decir, plasma en las personas una voluntad que tiende al bien, pero deja al ser finito la elección de lo que parece mejor sin obligarla⁴⁶.

Rawls entiende que cuando Leibniz dijo que Dios «*inclina al alma sin obligarla*», se refirió a que al ser perfecto, siempre ve la respuesta, el análisis completo, actúa con pleno entendimiento, pero determina la voluntad de las personas con la facultad de deliberar y razonar para que ellas elijan lo que parece lo mejor. Así, la elección del ser finito es contingente⁴⁷.

A partir de la facultad que Dios brindó a los seres racionales para deliberar, surge la interrogante si Dios determina al pecado. A esta posible objeción Leibniz sostiene que no se puede pensar en lo que no se puede conocer, y hay que actuar de acuerdo con el deber que todos conocen. Dios siempre ha sabido que habrá un

⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 65.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 68-72.

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 106 y 107.

⁴⁷ Cfr. Rawls, John, *op. cit.*, p. 182.

cierto Judas, y del mal que se haga, Dios lo compensará con creces, y sacará de él un bien mayor⁴⁸.

Más allá del tema metafísico, en la filosofía moral de Leibniz destaca la posibilidad de discernir acerca de lo que es bueno y correcto a través de la deliberación. Discernir implica realizar un ejercicio de reflexión para resolver un problema, en el caso moral. Elegir una de entre varias opciones de solución, significa que la persona la asumió como la más adecuada, e implica que considera la existencia de razones que la justifican. De este problema se ocupó el tercer grupo de filósofos modernos.

Los filósofos modernos que buscaron el fundamento de la deliberación en problemas morales tienen como principal característica la defensa de la razón como la base para la calificar las acciones buenas y correctas, y tuvieron en Immanuel Kant a uno de sus más grandes exponentes. La pretensión de Kant era la de elaborar una filosofía moral pura, limpia de todo lo empírico o perteneciente a la antropología, cuyo fundamento de la obligación sea buscada exclusivamente «*a priori*» en conceptos de la razón pura⁴⁹.

Como la fuente de la moralidad es «*a priori*», Kant afirma al comienzo de «*La fundamentación de la metafísica de las costumbres*» que no hay nada en el mundo ni fuera de él que pueda considerarse bueno sin restricción, excepto una buena voluntad. Esta última no es buena por lo que efectúe o realice, tampoco por su adecuación para alcanzar algún fin propuesto, es buena solo por el querer, es buena en sí misma⁵⁰.

Como el valor moral de una acción no depende del efecto que la persona espera de ella, Kant halló su fundamento en lo que denominó el principio del querer, en el cual una acción por deber tiene un valor moral solo cuando la razón quiera universalizarla. Así, formula una ley que determina la voluntad para que pueda llamarse buena en absoluto y sin restricción alguna⁵¹. A esta ley la llamó el

⁴⁸ Cfr. Leibniz, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

⁴⁹ Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Buenos Aires, Losada, 2015, p. 18.

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 27 y 28.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 36.

«imperativo categórico», y textualmente dice «obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal»⁵².

El mismo Kant explica la aplicación del imperativo categórico en casos concretos, como aquel en que una persona desea pedir dinero a préstamo pero sabe que no podrá pagarlo. Si el sujeto, luego de preguntarse a sí mismo si es contrario al deber salir de sus apuros a partir de una promesa que sabe no cumplirá, decide hacerlo, entonces esa será su máxima de acción. Para saber si su actuar es acorde al deber, el procedimiento del imperativo categórico transforma tal máxima de acción en ley universal. Al hacerlo, es evidente que la propia ley será contradictoria, pues la universalidad de una ley que diga que quien crea estar apurado puede prometer lo que se le ocurra sin cumplirlo, haría imposible la promesa misma y nadie creería en alguna, porque todas serían un engaño⁵³.

Es pertinente precisar que el imperativo categórico kantiano es distinto del enunciado «no hagas a los demás lo que no quieras te hagan a ti». El mismo Kant considera como trivial esa directiva o principio, y por tanto no puede ser universal, ya que no contiene los deberes para consigo mismo, de caridad para con los demás, o de unos hacia otros⁵⁴.

Rawls desarrolla este argumento mediante el ejemplo parcialmente expuesto por el mismo Kant. Sostiene que si en un juicio se emplea la máxima «no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti», entonces un criminal puede sostener ante el juez que si él estuviera en su lugar, no querría que lo sentenciaran, lo que sería inaceptable⁵⁵.

También es importante mencionar, que la aplicación del imperativo categórico no es exclusiva de intelectuales o iluminados. Kant hizo su fórmula pensando en todos los seres racionales, quienes para saber si su acción tiene un valor moral, solo les bastará preguntarse a sí mismos si quisieran que su máxima se convierta en ley universal⁵⁶.

⁵² *Ibidem*, p. 70.

⁵³ *Cfr. Ibidem*, pp. 71 y 72.

⁵⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 82.

⁵⁵ *Cfr. Rawls, John, op. cit.*, p. 149.

⁵⁶ *Cfr. Kant, Immanuel, op. cit.*, p. 41.

El gran aporte del imperativo categórico radicó en la aplicación de un principio llamado «*de la autonomía de la voluntad*». Kant afirmó que las teorías sobre la moralidad anteriores fracasaron porque siempre pensaron a la persona sometida a una ley. La existencia de una ley (sea la que fuera) siempre llevaba consigo algún interés, atracción o coacción, porque no surgía de la propia voluntad, era una voluntad forzada. El imperativo categórico alejó la moralidad del ámbito teológico y político, dio prioridad a la persona racional como fin en sí mismo, quien tiene la voluntad para legislarse y juzgarse por las leyes que ella misma se provee⁵⁷.

Kant ha sido criticado porque sostuvo la corrección de las acciones únicamente con elementos «*a priori*» sustentados en la autonomía de la voluntad y la razón, lo que convierte sus postulados en una teoría moral internalista. El problema de estas teorías es que tienden al subjetivismo en el que personas diferentes parecen ser capaces de adoptar diferentes principios morales sin ser irracionales y podría volver justificable cualquier tipo de acción⁵⁸.

No obstante, la relevancia de Kant dentro de la filosofía moral es innegable, gracias a sus aportes las doctrinas morales subsecuentes tuvieron giros radicales y avances significativos, pues se alejaron de la defensa teológica de los valores, dieron importancia a la autonomía de la voluntad, y en muchas de ellas se dejó de problematizar sobre la corrección o incorrección de los juicios morales, para ocuparse de su fundamentación y naturaleza.

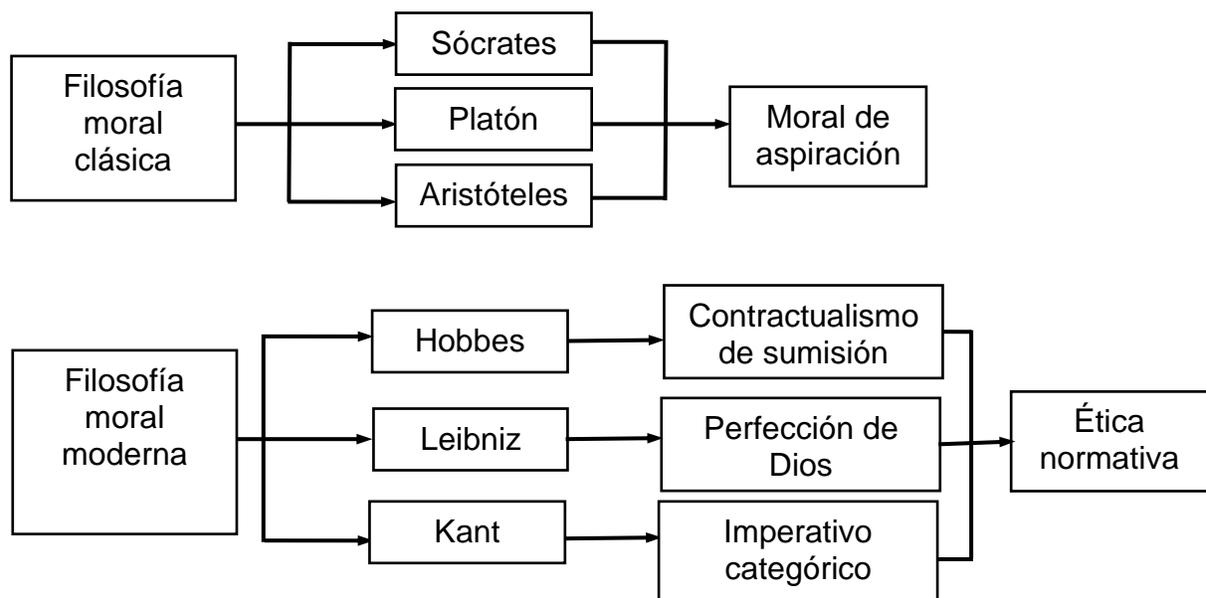
Una vez concluido este repaso histórico, es posible destacar dos diferencias entre la filosofía moral clásica y moderna: en la primera, los griegos se preocuparon por señalar qué forma de vida debía tener un hombre virtuoso, exaltaban valores como la justicia y la felicidad, en suma, de una moral de aspiración; entre tanto, la filosofía moral moderna indagó sobre la naturaleza de las personas, de los elementos básicos para mantener el orden y la paz, así como la búsqueda de los fundamentos de las acciones correctas y justas, es decir, dedicó sus estudios a la moral de deber, así como a la ética normativa explicada en el apartado anterior.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 86.

⁵⁸ Cfr. Harman, Gilbert, *op. cit.*, p. 108.

A partir de 1800 la filosofía moral continuó en constante evolución. A los dos períodos históricos clásico y modernos apuntados por Rawls, puede añadirse otro comprendido entre los siglos XIX y XX, en el cual los filósofos problematizaron si el razonamiento moral es susceptible de criterios de verdad, objetividad, o incluso si es posible su existencia. Los mencionados avances, específicamente los del último siglo, fueron de tal magnitud, que durante este periodo surgió la metaética, reflexión de segundo orden de la que se hizo una breve descripción, y de la que corresponde hablar en el siguiente apartado.

Por ahora, y para fines de mayor claridad, el siguiente esquema ayudará a simplificar la comprensión de división histórica de la filosofía moral aquí narrada:



1.3. Teorías metaéticas contemporáneas

Se dijo al comienzo del capítulo que la metaética busca indagar sobre la justificación y explicación del significado de los enunciados normativos y juicios de valor. También se apuntó que esta investigación defiende la postura referente a que algunos valores surgen y justifican su trascendencia temporal en el derecho.

Consecuentemente, con el objeto de saber si el derecho puede tener las características necesarias para ser considerado como fundamento de algún valor,

es primordial indagar sobre algunas las teorías metaéticas del siglo XX. Conocer sus principales postulados permitirá situar la tesis de los valores morales jurídicos en una o varias vertientes de la metaética.

El presente apartado versa precisamente sobre las principales teorías de la filosofía moral contemporáneas. Al final de la exposición de cada una se sintetizarán sus elementos indispensables y aportes al conocimiento de la moralidad, útiles para sustentar a la existencia de valores morales jurídicos. La primera de estas teorías que será objeto de estudio es el relativismo.

1.3.1. El relativismo moral

«La autoridad de las normas morales es relativa al tiempo y lugar»⁵⁹. Esta oración sintetiza gran parte de la corriente denominada «*relativismo moral*».

Para el relativismo, una persona actúa de forma errada cuando condena prácticas como inmorales, ya que su punto de vista está enfocado desde la primera persona, y adopta una posición moral en la que califica y evalúa otras acciones morales a partir de lo que él considera lo que él mismo y los demás deberían hacer, qué es correcto y qué no, qué es obligatorio o está prohibido, qué es bueno y qué es malo, sin hacerlo desde la perspectiva del otro⁶⁰.

El relativista moral sostiene que el razonamiento de un ser humano y la aplicabilidad de sus normas morales solo alcanzan a los límites de su religión, cultura e idioma, lo que significa que los enunciados normativos y los valores no son rotundos y absolutos, sino relativos. Por tal razón, existen diversas morales, lo que equivale a afirmar que existen enfoques divergentes de lo que constituye el bien y mal, la virtud y el vicio, el daño y el bienestar, etcétera⁶¹.

Un postulado básico del relativismo es que la corrección de lo que una sociedad realiza no deriva de la forma en que lo ve una persona externa, sino en la

⁵⁹ Lukes, Steven, *Relativismo moral*, trad. de Bernardo Moreno Carillo, Madrid, Paidós, 2011, p. 35.

⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 37.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 38-43.

manera en que dicho pueblo lo mira⁶². Lukes menciona el ejemplo de los ritos de iniciación que incluyen la ablación del clítoris, practicado por ciertas comunidades.

De acuerdo con muchos esa práctica debería llamarse «*mutilación genital femenina*» por constituir una violación al derecho humano de la integridad corporal, debido al dolor que provoca, la exclusión del placer sexual, y numerosas complicaciones de salud a corto y largo plazo. Sin embargo, el relativismo sostendría que un juicio moral de esa naturaleza, soslaya que tales ritos a menudo van acompañados de una ceremonia destinada a honrar y dar la bienvenida a las niñas en sus respectivas comunidades, y en muchos sitios se considera que ayuda a favorecer una identidad de género, a mantener su limpieza, mejorar su cuerpo estéticamente, conservar la virginidad y el honor familiar⁶³.

Con base en lo expuesto, es evidente que los relativistas rechazan la objetividad de los valores. Para ellos existen muchas morales y ninguna perspectiva está privilegiada respecto de otras, o en otras palabras, no existe base moral desde la cual todo pueda evaluarse⁶⁴.

Es importante puntualizar que el mensaje del relativismo moral no es el de «*tolerar*» a los demás, sino el de la «*abstención*» de formular juicios morales, negarse a juzgar las creencias y prácticas de los demás⁶⁵. «*Tolerar*» es un término prohibido para los relativistas morales, porque para que exista, necesariamente debe haber algo que sea tolerado, tiene que existir alguna creencia, práctica o modo de vida que un grupo pueda pensar como equivocado, erróneo o indeseable⁶⁶; tolerar implica hacer juicios morales con base en lo que equivocadamente se cree objetivo.

Uno de los puntos débiles de una teoría relativista es el hecho que al fundar la moralidad en la cultura y la costumbre, consiente que si estas cambian, también cambia lo que es correcto e incorrecto. Gilbert Harman menciona el caso de la

⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 60.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 92.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 164.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 189.

⁶⁶ Cfr. Williams, Bernard, *La filosofía como una disciplina humanística*, trad. de Adolfo García de la Sienra, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 148 y 149.

esclavitud, pues por el hecho de que haya sido una norma consuetudinaria, no significa precisamente que tal práctica sea correcta⁶⁷.

Adicionalmente, al relativismo moral también pueden contraponerse teorías como la «*del espectador imparcial*», en la que se sostiene que en todos los casos las personas deben analizarse no solo a la luz con la que naturalmente se ven a ellas mismas, sino con las que naturalmente los ven los demás⁶⁸. Expresado en el mismo supuesto de la esclavitud, un individuo que la ejerce sobre otro, debería visualizar no solo su posición de propietario del esclavo, sino asumir, entre otras posturas, la del propio esclavo, para así saber qué tan correcta es la situación.

A pesar de las críticas, el relativismo moral contiene aspectos altamente rescatables. Entre sus principios implícitos se encuentra el respeto por la autodeterminación de los pueblos y a las costumbres, el principio de no intervención, y lo más importante para esta investigación: que no obstante su limitación geográfica y cultural, los valores tiene una fuente específica.

El relativismo es clasificado como una teoría «*externalista*» de los valores porque defiende que la moralidad surge de algún tipo de ley creada dentro de la sociedad. En contraposición a este tipo de teorías, existen algunas denominadas «*internalistas*» en las que la moralidad deriva del pensamiento mismo, surge de conocimiento derivado de la psicología humana o de la racionalidad «*a priori*», un ejemplo de este pensamiento es el «*emotivismo*», cuyos principios generales serán expuestos en el siguiente apartado⁶⁹.

Previo a continuar con la siguiente exposición, es importante mencionar que si bien el relativismo moral es de corte externalista y postula que los valores surgen de, entre otros entornos, por la sociedad, no es una teoría compatible con la tesis de los valores morales jurídicos, ya que no es un modelo universalista, entendido este último no como aquel que considera validez atemporal e inmutable de los

⁶⁷ Cfr. Harman, Gilbert, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁸ Cfr. Smith, Adam, *La teoría de los sentimientos morales*, 3a. ed., trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza, 2016, p. 178.

⁶⁹ Cfr. Harman, Gilbert, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

valores, sino como uno que busca la justificación a través de un consenso humano que engloba en última instancia a la humanidad entera⁷⁰.

La necesidad de un modelo universalista para la elaboración de la tesis de los valores morales jurídicos es necesaria porque está en la pretensión del orden jurídico el ser universal. Aunque el derecho regule aspectos internos inherentes a un Estado, su regulación no es parcial, busca tomar posición respecto de relaciones humanas no reguladas, por tanto, teorías como el relativismo moral, carecen de la fuerza suficiente para fundamentar la propuesta que aquí se desarrolla⁷¹.

1.3.2. El emotivismo

Robert Alexy describe al emotivismo como aquella teoría que sostiene que las expresiones usadas en los enunciados normativos tienen la función de expresar o provocar sentimientos o actitudes⁷².

El principal exponente del emotivismo en el siglo XX fue Charles L. Stevenson, quien adujo que las palabras emotivas son aptas para expresar tanto los sentimientos de la persona que habla, como para provocar sentimientos en la persona que escucha, y su uso en gran medida depende de los hábitos de ambos⁷³.

El uso de los términos emotivos permitió a Stevenson buscar una respuesta sobre cuál es la naturaleza de los enunciados éticos, así como su diferencia con los enunciados científicos, y determinó que los primeros poseen un significado que es, aproximada y parcialmente imperativo, lo cual implica que los juicios éticos estén relacionados con el acuerdo y desacuerdo en la actitud⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. Todorov, Tzvetan, *Las morales de la historia*, trad. de Marta Bertran Alcázar, Barcelona, Paidós, 1993, p. 253.

⁷¹ Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, trad. de José Medina Echavarría, Madrid, Reus, 2007, p. 335.

⁷² Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Isabel Espejo y Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 56.

⁷³ Cfr. Stevenson, Charles L., *Ética y lenguaje*, trad. de Eduardo A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1984, p. 49.

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 35.

Un desacuerdo en la actitud de los que se ocupa el emotivismo supone una oposición de aspiraciones, exigencias, preferencias o deseos, y tienen relación con la manera en que las cosas son apreciadas favorable o desfavorablemente; difieren de los desacuerdos en la creencia, porque estos últimos son propios de las discusiones dentro de la Física, Química u otra ciencia similar, debido a que tienen injerencia en la forma en que las cosas son descritas y explicadas⁷⁵.

Para Stevenson, la actitud en los juicios éticos tiene por objeto recomendar la aprobación o desaprobación de algo, y esto supone mucho más que una descripción desinteresada o un frío debate referente al hecho de que algo ya ha sido aprobado o de que lo será espontáneamente⁷⁶.

Dentro del emotivismo de Stevenson los imperativos impactan en las oraciones con contenido ético porque se usan para alentar, cambiar o corregir el comportamiento y los fines de las personas. Esta relación entre los imperativos y las oraciones con contenido ético se encuentran en definiciones que denominó «*modelo*», cuyo contenido es el siguiente:

- a) «*Esto es malo*» significa «*desapruebo esto, desapruébalo tú también*».
- b) «*Debe hacer esto*» significa «*desapruebo que deje esto sin hacer, desapruébalo tú también*».
- c) «*Esto es bueno*» significa «*apruebo esto, apruébalo tú también*»⁷⁷.

Los dos últimos enunciados de cada definición modelo, constituyen un enunciado declarativo y un imperativo, respectivamente. En los primeros se describen las actitudes del hablante (desapruebo esto, desapruebo que deje esto sin hacer y apruebo esto), mientras en los segundos la misma persona trata de cambiar o de afirmar las actitudes del interlocutor⁷⁸.

Dentro de las objeciones que se plantean al emotivismo, se le cuestiona si puede dar cuenta del razonamiento moral. Si en alguna discusión una persona afirma la corrección de determinada conducta, será extraño que cuando se le pregunté el por qué considera correcta tal acción, responda que esa es solo su

⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 16 y 17.

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 23 y 24.

⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 32.

⁷⁸ Cfr. *Ídem*.

manera de sentir acerca de ello, pues si piensa que algo es bueno, deben existir razones relevantes para concluir de esa manera⁷⁹.

Tal objeción es respondida por el mismo Stevenson, quien consciente que los enunciados declarativos e imperativos no pueden probarse derivados de criterios de verdad, sostiene que puede dárseles apoyo a través de preguntas tan simples como un «¿por qué?». Una formulación de esa índole implica que el interlocutor muestra titubeo en seguir el imperativo, pues no hará algo porque se lo dicen. Si el hablante muestra que el imperativo satisfará la mayoría de sus deseos, las dudas desaparecerán⁸⁰.

Otra de las críticas planteadas al emotivismo, consiste es que no puede dar cuenta del por qué algunas veces se efectúa un juicio moral y posteriormente se dice qué es erróneo. Si los juicios morales son sentimientos y actitudes, no es claro cómo podrían, de este modo, ser erróneos⁸¹.

Aun con las inconsistencias del emotivismo, esa teoría tiene bastantes cosas a su favor identificadas por Harman. La primera es que ofrece una explicación verosímil del desacuerdo moral, que consiste en el desacuerdo en la actitud. En segundo lugar da cuenta de la importancia de los problemas morales en la vida cotidiana y del modo en que las actitudes están vinculadas a nuestros actos. Finalmente, pensar que se debe hacer algo es estar motivado, y viceversa, calificar algo de incorrecto implica estar motivado a no hacerlo. El emotivismo puede fundamentar tales problemas⁸².

Con todos los beneficios que conlleva, el emotivismo tampoco es una teoría en la que pueda sustentarse la tesis de los valores jurídicos. Las dos principales razones son su carácter internalista y la falta de justificación acerca de los juicios de valor.

Cuando se habló del relativismo, se explicó que en una teoría internalista la moralidad deriva del pensamiento mismo y surge de conocimiento derivado de la psicología humana o de la racionalidad «*a priori*». La dificultad de estas teorías

⁷⁹ Cfr. Harman, Gilbert, *op. cit.*, p. 49.

⁸⁰ Cfr. Stevenson, Charles L., *op. cit.*, p. 37.

⁸¹ Cfr. Harman, Gilbert, *op. cit.*, p. 50.

⁸² Cfr. *Ibidem*, p. 45.

radica en que tiende al subjetivismo, derivado de los hechos manifiestos de la psicología humana y los límites manifiestos de la racionalidad. El emotivismo, como gran parte de las teorías internalistas, respalda que personas diferentes parecen adoptar diferentes principios morales sin ser irracionales⁸³.

En relación con la segunda razón alusiva a la falta de justificación acerca de los juicios de valor, esta no puede ser rescatable bajo el argumento de Stevenson, es decir, a través de preguntas como un «¿por qué?». Al respecto, Richard M. Hare sostiene que la función de provocar sentimientos que producen efectos de mandato en el emotivismo puede ser engañosa. Decirle a alguien que haga algo y lograrlo son cosas distintas, pues si el interlocutor no está dispuesto a asentir lo que se le dice el hablante, entonces se puede acudir a la retórica, a la propaganda, tretas psicológicas, amenazas, soborno, al ridículo u otros medios. En otras palabras, el éxito al finalizar la discusión moral solo se juzgaría por sus efectos, pero parece impugnar la racionalidad de los juicios morales⁸⁴.

Para finalizar, se ha dicho que el emotivismo sostiene que los enunciados normativos tienen una connotación aproximada y parcialmente imperativa. Ahora corresponde analizar una teoría sustentada de forma total en imperativos.

1.3.3. El prescriptivismo

Adicionalmente a la crítica expuesta hacia al emotivismo, Richard M. Hare sostuvo que utilizar la cláusula «*apruebo*» o «*desapruebo*» para sustituir la corrección o incorrección en determinados enunciados, solo reduce los imperativos a oraciones indicativas, pero no da alguna solución sobre la naturaleza de los juicios morales⁸⁵.

A diferencia del emotivismo, la tesis central de Hare dentro de su obra «*El lenguaje de la moral*», consiste en demostrar que la razón por la cual las acciones son relevadoras de principios morales, es porque su función es guiar el

⁸³ Cfr. *Ibidem*, p. 50.

⁸⁴ Cfr. Hare, Richard M., *El lenguaje de la moral*, trad. de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975, pp. 22-25.

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 18.

comportamiento, y por ende, el lenguaje de la moral es una clase de lenguaje prescriptivo.⁸⁶ Por tal motivo, Alexy denomina a esta teoría como «prescriptivismo»⁸⁷.

La forma más simple del lenguaje prescriptivo, es la oración imperativa común y corriente. Como las oraciones imperativas pueden entenderse de distintas formas, Hare las identifica solo como «mandatos»⁸⁸. Una oración imperativa es distinta de una indicativa, de ahí la crítica hacia el reduccionismo del emotivismo de los primeros de tipo de oración a los segundos. Ahora corresponde explicarla.

Primeramente, una oración indicativa es usada para decirle a alguien que algo es el caso; por su parte, una oración imperativa es utilizada para decirle a alguien que haga algo que sea el caso⁸⁹.

Otra forma de distinguir entre ambos tipos de oraciones es a través de los llamados «frástico» y el «néustico». Ambos derivan de palabras griegas en las que frástico consiste en señalar o indicar, mientras néustico significa «mover la cabeza en señal de asentimiento» también entendido como «hágalo»⁹⁰. Tales términos se ejemplifican en las siguientes oraciones:

- a) Tú cerrar la puerta en el futuro inmediato, por favor.
- b) Tú cerrar la puerta en el futuro inmediato, si.

En ambos enunciados hay un «frástico», en el caso, la temporalidad de futuro inmediato que implica el cerrar la puerta; mientras solo la segunda parte de ambas oraciones contendrá un «néustico» porque complementa implícita o explícitamente con un «por favor» o un «si»⁹¹. Los enunciados indicativos solo contienen un «frástico», y los enunciados imperativos contendrán tanto «frástico» como «néustico».

Saber que los enunciados imperativos contienen «frástico» y «néustico», conlleva a entender que están regidos por el estado de cosas sobre el que versan⁹².

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 13.

⁸⁷ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 74.

⁸⁸ Cfr. Hare, Richard M., *op. cit.*, p. 16.

⁸⁹ Cfr. *Ídem*.

⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 28.

⁹¹ Cfr. *Ídem*.

⁹² Cfr. *Ibidem*, p. 31.

Pero también llevó a Hare a afirmar que la influencia del «*néustico*» atribuye la función de los juicios morales que deben ser para prescribir o guiar elecciones, es decir, implican una respuesta a alguna pregunta de forma «¿*qué hacer?*», ya que ningún juicio moral puede ser solo un enunciado indicativo⁹³.

En este sentido, para Hare toda conclusión que derive en un juicio moral debe implicar un imperativo, y para que este pueda incluirse en tal conclusión, las premisas necesariamente deben contener un imperativo, que puede ser explícito o implícito, a este último se le denomina «*imperativo hipotético*»⁹⁴.

Para el prescriptivismo no existen los principios morales autoevidentes. La razón es porque aun cuando los juicios morales derivan de imperativos que guían la conducta, también contienen premisas menores indicativas que señalan la situación fáctica concreta, la cual no puede eludirse. Por tanto, los enunciados imperativos deben tener una regla general que es necesario observar en ciertos casos, pero la situación indicativa puede variar el supuesto y señalar casos excepcionales en los que se puede transgredir el imperativo⁹⁵.

Hare señala dos casos de excepción para transgredir los principios morales, el primero se da cuando el principio establece que en ciertas circunstancias se debe realizar cierto tipo de acción, pero basta con que se realice en la mayoría de los casos, la excepción será correcta siempre que no sean demasiado numerosas en relación con el número total de casos; el segundo caso no prevé excepciones por restricción numérica, son por las peculiaridades de los casos en que pueda presentar⁹⁶.

Contrario a lo que se pensaría, las excepciones dentro de los imperativos dan muestra de su rigor, pues al añadir la referida excepción a un principio como «*nunca hay que decir algo que es falso*», se crea una nueva regla como «*nunca hay que decir algo que es falso, salvo en tiempo de guerra para engañar al enemigo*». En

⁹³ Cfr. *Ibidem*, p. 37.

⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 41.

⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 49-56.

⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 56 y 57.

estos casos, la excepción al principio se torna explícita y es incluida en el imperativo⁹⁷.

Hasta este momento, el prescriptivismo solo explica cómo funciona la moralidad como imperativos, y los casos de excepción en que los principios generales pueden o deber ser desatendidos, pero ahora corresponde responder por qué tenemos principios. Para Hare, los principios son enseñados a lo largo de la vida, cada generación presupone ciertos principios y los inculca. En las etapas iniciales de la vida los principios que adoptan las personas son provisionales, como el ejemplo «*nunca digas algo que es falso*»⁹⁸.

Los principios provisionales se transforman continuamente con las decisiones, al decidir se crean las excepciones. Actualizar una nueva excepción con algún tipo de decisión no implica que las personas tengan alguna habilidad misteriosa para saber qué saber, sino que las decisiones también se basan en principios. Hablar de principios es, además de imperativos, de la inclusión de lenguaje valorativo. Para el prescriptivismo formular un juicio de valor es adoptar una decisión de principio⁹⁹.

En síntesis, la teoría de Hare consta de dos partes: el análisis de los imperativos, así como del lenguaje valorativo. La unión de ambas partes defiende la tesis que los juicios morales implican necesariamente imperativos¹⁰⁰.

El principal aporte del prescriptivismo es que justifica sin violar reglas lógicas cómo una premisa fáctica llega a un modelo de razonamiento moral, es decir, explica la transformación de un hecho a un valor, con base en la introducción de premisas imperativas explícitas o implícitas¹⁰¹.

Sin embargo, a la teoría de Hare se le ha objetado que con todo y las excepciones de principios basadas en más principios, llega un momento en que la cadena de razonamientos no puede justificarse, y todo llega a la simple adhesión de una elección, esto es, el prescriptivismo constituye una reafirmación de la idea

⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 58.

⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 65.

⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 69-73.

¹⁰⁰ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 74.

¹⁰¹ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *op. cit.*, pp. 279 y 280.

que detrás de las valoraciones morales, no hay ni puede haber mayor autoridad que la de las elecciones propias¹⁰².

En conclusión, la teoría del prescriptivismo difícilmente aceptaría que determinados principios o valores morales surjan del derecho, debido a que su estudio sobre la moralidad está completamente inclinado hacia el análisis del lenguaje, pero no justifica un origen último o fundamentación filosófica sobre ellos.

Además, la universalidad de los juicios morales dentro del prescriptivismo, radica en el número de excepciones emanadas de los enunciados indicativos, por lo cual, todas las excepciones se convierten en principios, pero no da cuenta del porqué se elige un supuesto u otro en determinados casos concretos.

Los vacíos dentro del prescriptivismo se ven superados en una teoría que también se ocupa del lenguaje de la moral, pero complementa su estudio con la búsqueda de su fundamentación dentro de un campo específico, en el caso, de la argumentación. A esta última teoría se le denomina «*ética del discurso*».

1.3.4. La ética del discurso

Con fines de mayor claridad dentro de la exposición de la teoría a la que corresponde este apartado, es pertinente retomar algunos puntos del repaso histórico de la filosofía moral, específicamente en el pensamiento de Kant.

Cuando se habló de Kant, se hizo referencia al imperativo categórico, que textualmente dice «*obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal.*»¹⁰³ También se dijo que tal postulado deriva de un conocimiento «*a priori*» basado exclusivamente en la razón pura.

Relacionado con estos conceptos, Kant consideró que todo ser racional es un legislador interno, que se juzga a sí mismo y a sus acciones. Tales acciones implican que el ser racional debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás, nunca como

¹⁰² Cfr. MacIntyre, Alasdair, *op. cit.*, p. 280.

¹⁰³ Cfr. Kant, Immanuel, *op. cit.*, p. 70.

un simple medio, sino siempre como fin en sí mismo. El enlace entre distintos seres racionales implica un reino de los fines¹⁰⁴.

La importancia de estos últimos postulados kantianos en el estudio que ahora corresponde realizar, consiste en que la ética del discurso retoma y modifica la tesis de Kant, porque contiene un «*a priori*» racional de fundamentación para el principio de la ética, pero lo enfoca dentro de la forma especial de comunicación llamada «*discurso argumentativo*»¹⁰⁵.

Karl Otto Apel denomina «*ética del discurso*» a la caracterización del discurso argumentativo como medio indispensable para la fundamentación de las normas consensuales de la moral y del derecho. De lo que se trata es que las personas asuman la responsabilidad solidaria por las consecuencias a escala mundial de las actividades colectivas, o en otras palabras, la cooperación solidaria de individuos ya en la fundamentación de las normas morales y jurídicas susceptibles de consenso tal como sea posible, por medio del discurso argumentativo¹⁰⁶.

De acuerdo con la ética del discurso, el discurso argumentativo debe posibilitar la fundamentación última del principio ético que debe conducir ya siempre todos los discursos argumentativos. Dicho de otra forma, los discursos presuponen ya por sí mismos un principio ético que puede servir como criterio formal para el procedimiento y para los resultados pretendidos de esos discursos¹⁰⁷. Un ejemplo de esos principios éticos presupuestos pueden ser las reglas fundamentales del discurso práctico formuladas por Alexy, que entre otras cosas, aseguran la sinceridad en una discusión y obligan a estar dispuestos a actuar coherentemente¹⁰⁸.

La ética discursiva pretende descubrir mediante el «*discurso reflexivo-argumentativo*» en el propio discurso, un «*a priori*» irrefragable para todo

¹⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 86 y 87.

¹⁰⁵ Cfr. Apel, Karl Otto, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, trad. de Norberto Smilg, Barcelona, Paidós, 1991, p.147.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 148.

¹⁰⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 150.

¹⁰⁸ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p.186.

pensamiento filosófico¹⁰⁹, de ahí que Apel considera que tiene un carácter «*filosófico-trascendental*»¹¹⁰. Este «*a priori*» es distinto al kantiano, quien para poder pensar en la autonomía de la voluntad recurrió al «*reino de los fines*»; la ética discursiva mantiene el apriorismo y sustituye el «*yo pienso*» del imperativo categórico por el «*yo argumento*»¹¹¹.

La transformación lingüística del «*yo pienso*» al «*yo argumento*» muestra que cuando se argumenta públicamente se tienen que presuponer en todo momento las condiciones normativas de posibilidad de un discurso argumentativo ideal como la única condición imaginable para la realización de nuestras pretensiones normativas de validez, de ese modo se reconoce necesaria e implícitamente el principio de una ética del discurso: la presuposición de la capacidad de argumentación¹¹².

Al reconocer la posibilidad de argumentar también se presupone el reconocimiento de la corresponsabilidad e igualdad de derechos de todos los participantes en la comunicación, porque la argumentación «*ideal*» siempre tendrá como finalidad la capacidad «*universal*» de consensuar todas las soluciones de los problemas, en tales presupuestos se implica un principio ético-discursivo que Apel llama «*principio de universalización*»¹¹³. Es a través del principio de universalización que la ética del discurso supera el «*reino de los fines*» de Kant.

Adicional a la argumentación «*ideal*», la ética del discurso incluye la exigencia que se produzcan discursos reales para la formación de consenso, en los que se delega a los propios afectados la fundamentación concreta de las normas para garantizar un máximo de adecuación a la situación y la utilización del principio de universalización descrito en el párrafo anterior¹¹⁴.

En efecto, la ética discursiva no puede partir del ideal en el que todos los entes son racionales o de una comunidad ideal. Tiene que estar ligada a la realidad y la

¹⁰⁹ La argumentación es irrefutable en el plano filosófico porque no puede ser rechazada, de alguien que no argumenta, no puede obtenerse algo. Cfr. Apel, Karl Otto, *op. cit.*, p.154.

¹¹⁰ Cfr. *Ibidem*, p.150.

¹¹¹ Cfr. *Ibidem*, p.154.

¹¹² Cfr. *Ídem*.

¹¹³ Cfr. *Ibidem*, p.158.

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p.160.

historia, conectada a la eticidad concretada históricamente en las correspondientes formas de vida¹¹⁵.

La ética discursiva, a diferencia de la racionalidad kantiana, no acepta partir de un punto de vista ajeno a la historia, tiene que considerar la historia humana, también la de la moral y la del derecho, como elementos necesarios en discursos reales, en los que deben tener parte también el saber de los expertos. De este modo, a juicio de Apel, se da la posibilidad de una cooperación de la filosofía con las ciencias sociales, se trata de reconstruir la situación histórica a la que hay que conectar una aplicación políticamente responsable de la ética del discurso en el contexto de una forma de vida particular¹¹⁶.

Previo a exponer algunas de las ventajas de la ética del discurso sobre las demás teorías reseñadas dentro de este capítulo, cabe hacer una importante precisión: aunque la ética del discurso se refiera la posibilidad de consenso, la corrección o incorrección de las acciones no está supeditada al acuerdo de los interesados, pues su racionalidad no es de índole estratégica, sino consensual-comunicativa¹¹⁷.

En el caso de la racionalidad estratégica, esta sugiere un acuerdo en el sentido de un equilibrio de intereses¹¹⁸, pero en la racionalidad consensual-comunicativa, se refiere a casos de conflictos de intereses. La ética discursiva rechaza el primer modelo porque en él es posible remitirse a un objetivo superior común y, de esta forma, encontrar una base para un acuerdo sobre normas que responda al interés de todas las partes, se trata de un compromiso de intereses estratégicamente solucionado; sin embargo, no sigue el principio ético de fundamentación de las normas de universalización de los intereses de todos los afectados¹¹⁹.

Una vez concluido el breve paréntesis, la ética discursiva destaca sobre distintas teorías metaéticas, entre otras, por las siguientes razones:

¹¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p.167.

¹¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p.169.

¹¹⁷ Cfr. Apel, Karl Otto, *Estudios éticos*, trad. Carlos de Santiago, México, Fontamara, 1999, p. 203.

¹¹⁸ Un ejemplo de acuerdo en sentido de intereses es el caso del contractualismo de Hobbes, mencionado en páginas precedentes, y por el propio Apel. *Ídem*.

¹¹⁹ *Ídem*.

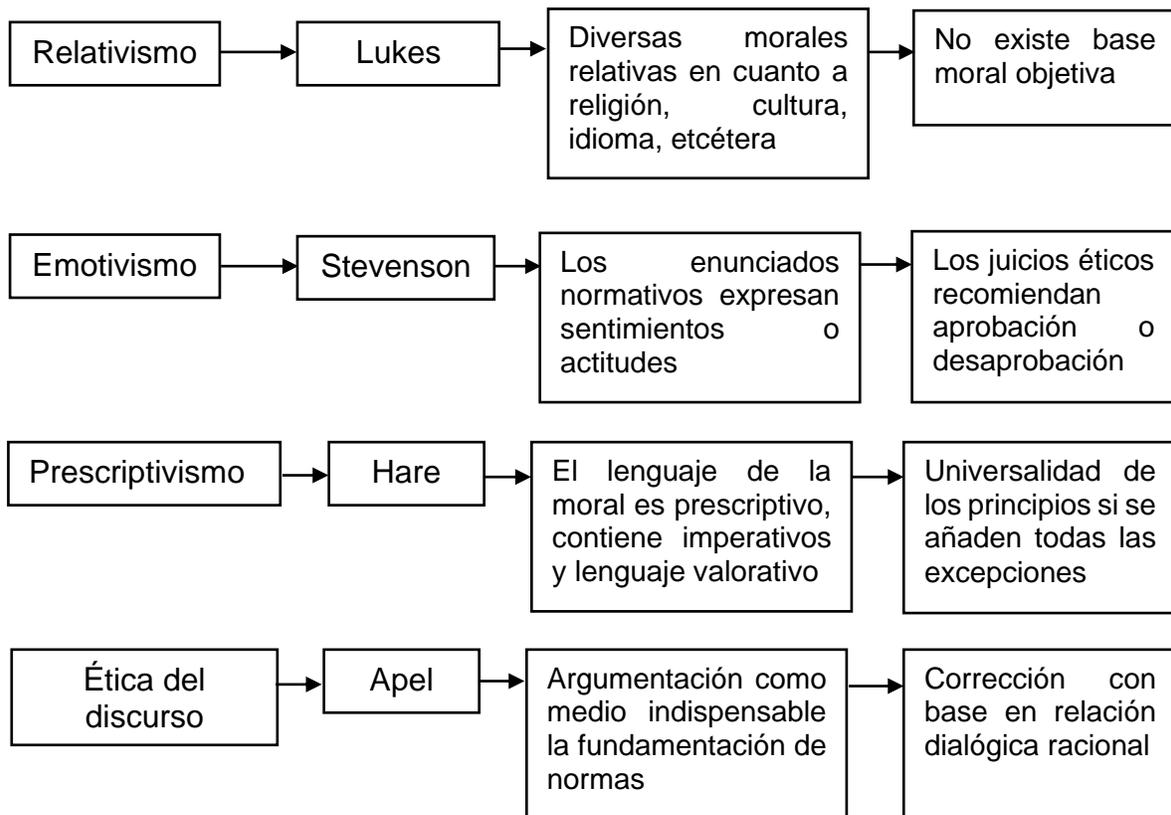
a) Supera la tendencia subjetivista del racionalismo kantiano, ya que tiene un carácter «a priori», pero también «a posteriori».

b) No califica la corrección o incorrección de acciones de acuerdo con el simple consenso, o conforme al contexto cultural, sino con base en una relación dialógica que toma en cuenta elementos ideales y reales, además de la visión de los afectados en tales acciones.

c) A través de la argumentación se presuponen reglas implícitas propias del discurso, las cuales facilitan una discusión objetiva y alejada de dogmatismo.

d) Considera a la argumentación como un medio indispensable para la fundamentación de normas, incluidas las de la moral y el derecho

Más adelante se explicará por qué la ética del discurso es compatible con la tesis de los valores morales jurídicos. Por el momento, el siguiente esquema sintetiza lo hasta aquí expuesto en relación con las teorías metaéticas aquí explicadas:



1.4. La filosofía del derecho. Teorías acerca de su relación con la moral

Al comienzo de este capítulo se dijo que la tesis de los valores morales jurídicos es una postura primordialmente ética, pero que también contiene elementos jurídicos. Dentro del apartado anterior se expusieron los aspectos principales de algunas teorías metaéticas contemporáneas, y debido a ese estudio, se pudo realizar un esquema vertical con los puntos más relevantes de cada una. Ahora corresponde delimitar la proporción jurídica de este trabajo, y verificar en qué teoría puede localizarse la tesis aquí defendida dentro de la filosofía del derecho.

Para responder a esa interrogante primeramente es necesario tener una noción sobre qué es la filosofía del derecho. Sobre ese tópico Alexy sostiene que, al igual que la Filosofía en general, la filosofía del derecho se dirige a responder las preguntas acerca de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, lo que puede conocerse, pero en relación con el derecho. Cuestionamientos que invariablemente buscan desentrañar su naturaleza, y permiten definirla como el razonamiento acerca de la naturaleza del derecho¹²⁰.

Comprender que la definición de Alexy es breve en extensión gramatical pero amplia en contenido, puede realizarse si se contrasta con otra proveniente de un contexto geográfico y cultural distinto, como la propuesta por Rolando Tamayo, quien define a la filosofía del derecho como una reflexión sobre los principios del derecho y los problemas fundamentales de la teoría jurídica, e implica una reflexión sobre la naturaleza y funciones de este, su relación con la moral, la eficacia del orden jurídico y su obediencia¹²¹.

Como puede observarse, ambas definiciones son coincidentes en cuanto a que la filosofía del derecho, al igual que la filosofía moral analizada en apartados anteriores, implica una reflexión sobre problemas fundamentales, en este caso, del derecho. Otra similitud en sus concepciones es notable cuando Tamayo se refiere

¹²⁰ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., p. 38.

¹²¹ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, Fontamara, 2011, p. 139.

a la relación del derecho con la moral, la cual puede entenderse como aquella explicación sobre lo que debe hacerse o es bueno como lo propone Alexy.

Antes de continuar con las distintas percepciones sobre la naturaleza del derecho propias de la filosofía, es necesario puntualizar que a pesar de las similitudes entre la definición de Alexy con la de Tamayo, este último añade una variante controvertible, y que puede sintetizarse de la siguiente manera: la filosofía del derecho reflexiona sobre la eficacia del orden jurídico y su obediencia.

El último enunciado del párrafo anterior será correcto siempre que la eficacia y la obediencia se presupongan como elementos cualitativos dentro de la naturaleza del derecho. Pensar otra finalidad de tal término, es propio de otra área, específicamente de la Sociología Jurídica, cuyas pautas son las más idóneas para el caso de estudios cuantitativos en donde invariablemente puede medirse la eficacia de un determinado orden jurídico.

Al descartar el término «*eficacia*» de las definiciones analizadas de Alexy y Tamayo, ambas coinciden que en la filosofía del derecho se reflexiona sobre la naturaleza del derecho. Empero, esta aseveración pudiera ocasionar una circularidad advertida por Alexy, la cual resulta del hecho que, por una parte, la filosofía del derecho no pueda definirse sin usar el concepto de derecho, mientras que, por otra parte, en cuanto razonamiento acerca de la naturaleza del derecho, tiene la tarea de explicar qué es el derecho¹²².

Este planteamiento fue resuelto por Alexy, quien expuso que la manera de evitar caer en la circularidad señalada es iniciar con una precomprensión del derecho, la cual, debido a que el derecho como fenómeno es altamente complejo, necesita del conocimiento de las variantes existentes, y analizar la relación que tienen todas ellas con las propiedades del derecho¹²³.

Analizar detalladamente todas las variantes y precomprensiones sobre qué es y cómo debe ser el derecho, implicaría realizar una recopilación y réplica de todos aquellos grandes juristas y filósofos, lo que traerá como consecuencia alejarse de

¹²² Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., p. 38.

¹²³ Cfr. *Ibidem*, p. 39.

la pretensión de este capítulo inicial, cuyo objetivo principal es delimitar en qué vertiente teórica puede localizarse la tesis de los valores morales jurídicos.

Es por tal motivo que el estudio de este apartado dedicará su atención a las corrientes filosóficas de la naturaleza del derecho en su relación con la moral. Para comprender esta relación primero es necesario identificar dos de las tendencias más debatidas durante el último siglo: la «*tesis de la separación*» y la «*tesis de la conexión*».

La «*tesis de la separación*» es defendida por todos los positivistas. En términos generales señala que no hay conexión necesaria entre el derecho como es y el derecho como debe ser. Dicho de otra manera, no hay conexión necesaria entre validez jurídica y corrección jurídica con mérito y corrección moral. Esto implica que todas las teorías positivistas se limitan a dos elementos, específicamente, a la expedición autoritativa y a la eficacia social¹²⁴.

En contraposición a la tesis de la separación, los no-positivistas defienden la «*tesis de la conexión*», según la cual hay una vinculación necesaria entre validez jurídica o corrección jurídica con el mérito y corrección moral. La característica de tales teorías radica en que además de los dos elementos incluidos dentro de las teorías positivistas, añade un tercero: el de la corrección del contenido¹²⁵.

Las distinciones brevemente apuntadas entre el positivismo y no-positivismo servirán de base para abordar las siguientes líneas, las cuales serán dedicadas a describir corrientes específicas de ambas posturas filosóficas. Una vez concluida la descripción y comentarios sobre estas vertientes, se determinará en cuál de ellas se localiza la tesis de los valores morales jurídicos.

1.4.1. Teorías positivistas (excluyente e incluyente)

De acuerdo con Alexy, el positivismo puede entenderse de dos maneras con base en la influencia que los aspectos morales tengan sobre la naturaleza del

¹²⁴ Cfr. Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, trad. de Manuel Atienza et. al., Madrid, Trotta, 2016, p. 73.

¹²⁵ Cfr. *Ídem*.

derecho. Las dos formas son llamadas «*positivismo excluyente*» y «*positivismo incluyente*»¹²⁶.

El positivismo excluyente defiende que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho. Por otro lado, el positivismo incluyente señala que la moral no está excluida de forma obligada pero tampoco es necesariamente incluida¹²⁷.

Un ejemplo de positivismo excluyente es la Teoría pura del derecho, sostenida por Hans Kelsen, quien desde el primer capítulo, sostiene que su propuesta es única y exclusivamente conocer el objeto del derecho, responder a la pregunta de qué es y cómo se forma, y no la cuestión de cómo debe ser o cómo debe formarse¹²⁸.

Aquí vale hacer un pequeño paréntesis con la finalidad de disipar algunas interpretaciones realizadas al pensamiento de Kelsen. Es un error afirmar que el positivismo excluyente como el kelseniano parte de la premisa referente a que la aplicación de una norma válida es sinónimo de justicia. El mismo Kelsen sostuvo que su teoría estaba imposibilitada para definir el término «*justicia*», porque no es susceptible de conocimiento racional, y la comprendió como un orden incluso superior al derecho positivo y diferente de él, trascendente de toda experiencia, un eterno anhelo del ser humano dentro de un orden social cuya meta se alcanza con la satisfacción de todos¹²⁹.

Expresado de otra manera, el positivismo excluyente busca responder al cuestionamiento sobre cómo es el derecho, por lo que descarta el aspecto ideal de cómo debe ser, pero no necesariamente por considerar inexistente a la moral, sino porque no le interesa, es ajena al derecho porque estima que no existe algún método que permita afirmar si un juicio moral es verdadero o falso, ya sea porque es un aspecto metafísico o simplemente por escepticismo.

Ejemplificada una postura de positivismo excluyente, corresponde ahora abordar el positivismo incluyente, en el que uno de sus defensores, H.L.A. Hart, explica la relación del derecho con la moral, y refirió que el derecho de todo estado

¹²⁶ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., p. 80.

¹²⁷ Cfr. *Ídem*.

¹²⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, p. 41.

¹²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 49.

moderno muestra en mil puntos la influencia de ideas morales que en forma silenciosa ha incorporado los principios de justicia, y que ningún positivista puede negar esa circunstancia, o que la estabilidad de un sistema jurídico dependa en parte de los tipos de concordancia con la moralidad¹³⁰.

El positivismo incluyente de Hart es evidente porque a pesar de aceptar que la moral ha influido en el desarrollo de los sistemas jurídicos, no es un elemento necesario para comprender el derecho. Para explicar con detalle esta última aseveración primero es necesario hacer una distinción entre los conceptos restringido y amplio de derecho.

Un concepto amplio conlleva a considerar como derecho a todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema, incluso si atentan contra la moral de una sociedad determinada. Por su parte, en un concepto restringido, se excluye del significado de derecho a las reglas moralmente ofensivas¹³¹.

De los dos conceptos mencionados, Hart elige el amplio, es decir, aquel que considera que el derecho puede estar compuesto por reglas injustas, y justifica su decisión porque ese concepto permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, así como nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; por otro lado, rechaza acoger un concepto restringido porque negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar¹³².

Expresado de otra forma, el positivismo incluyente de Hart no niega que el derecho y la moral guarden relación, pero esta última es contingente porque acoge un concepto amplio de derecho, el cual resulta más apropiado porque permite sostener la existencia de validez jurídica y al mismo tiempo respeta la elección moral individual. De lo contrario, elegir un concepto restringido deja de lado que la moralidad está sujeta a múltiples aristas dependientes de los casos concretos en que se presente un dilema de esa índole.

¹³⁰ Cfr. Hart, L.A., *El concepto de derecho*, 3a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 251 y 252.

¹³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 258.

¹³² Cfr. *Ibidem*, pp. 260 y 261.

1.4.2. Teorías no-positivistas (excluyente, incluyente y súper-incluyente)

Antes de explicar en qué consisten las teorías no positivistas, conviene precisar que a diferencia del positivismo que es denominado excluyente o incluyente, por la exclusión o inclusión de la moral, el no-positivismo se refiere a la inclusión o exclusión, pero de la seguridad jurídica.

Ahora es necesario retomar el tema de la tesis de la conexión que defienden estas últimas. Como un planteamiento introductorio, ya se dijo que la tesis de la conexión presupone una relación entre el derecho con la moral. Para explicar más a fondo, se requieren dos argumentos, el primero encaminado a la pretensión de corrección y la coerción como propiedad esencial del derecho, y el segundo donde añade el argumento de injusticia extrema.

En primer lugar, Alexy plantea la necesidad de coerción como una cuestión casi natural, porque un sistema que en ningún caso autorice el uso de la coerción o la sanción no sería siquiera un sistema jurídico. La coerción es necesaria si el derecho pretende ser una práctica social que satisface sus propósitos formales básicos¹³³.

Por su parte, el argumento de corrección sostiene que los actos institucionales siempre están conectados con el acto no-institucional de afirmar que el acto jurídico se produce de una manera sustancial y procedimentalmente correcta. Y esa afirmación de corrección está conectada con la garantía de justificabilidad, y con una expectativa de aceptación¹³⁴. Aterrizado al aspecto judicial, Alexy sostiene que, en una decisión de esa índole, «*se plantea necesariamente la pretensión de que el derecho se aplica rectamente, aunque esta pretensión pueda cumplirse en muy escasa medida*»¹³⁵.

El argumento de la pretensión de corrección es de relevancia porque incide en la posibilidad del conocimiento moral, o mejor dicho, si la justificación moral puede existir de cierta manera. En este sentido, de forma automática descarta su

¹³³ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., pp. 89 y 90.

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 63.

¹³⁵ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 314.

compatibilidad con diversas teorías metaéticas como el relativismo y emotivismo¹³⁶, ya señaladas en apartados anteriores.

Más adelante se desarrollará el argumento de la injusticia extrema. Previo a ello, corresponder abordar los tipos de no-positivismo, los cuales, como se dijo, sustancialmente se determinan sobre tres diferentes maneras a partir del efecto que tienen los deméritos morales sobre la validez jurídica. A estas vertientes sobre la naturaleza del derecho, Alexy las ha denominado: no-positivismo excluyente, no-positivismo incluyente y no-positivismo súper-incluyente¹³⁷.

La forma más radical es el no-positivismo excluyente, pues en una expresión simplificada presupone que todo defecto moral conduce a la invalidez jurídica. Con esto, en los casos en los que surgen defectos morales se da como consecuencia la exclusión de los hechos sociales de las fuentes del derecho¹³⁸.

No habrá mayor mención de esta vertiente sobre la naturaleza del derecho, ya que de acuerdo con Alexy, solo es posible encontrarla en la literatura¹³⁹, y no aporta elementos de relevancia para los fines de esta investigación.

La segunda vertiente del no-positivismo, denominada como incluyente, sostiene que los defectos morales no siempre socavan la validez jurídica, lo harán solo si se traspasa el umbral de la injusticia extrema.¹⁴⁰ Los planteamientos del no-positivismo incluyente se limitan a una posición intermedia de modo que los juicios morales no siempre penetran en la validez jurídica, solo bajo ciertas condiciones¹⁴¹.

Para ejemplificar este tipo de postura, Alexy emplea el argumento de la injusticia extrema del que se hizo alusión, y toma como referencia la conocida fórmula Radbruch, la cual dice:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e

¹³⁶ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., p. 81.

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 81.

¹³⁸ Cfr. Alexy, Robert, *La doble naturaleza...*, cit., p. 75.

¹³⁹ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., pp. 81 y 82.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 82 y 83.

¹⁴¹ Cfr. Alexy, Robert, *La doble naturaleza...*, cit., p. 76.

inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva alcance una medida tan insostenible, que deba considerarse como falso derecho y ceder el paso a la justicia¹⁴².

Otra manera de concebir al no-positivismo incluyente es que el derecho es necesario para asumir la existencia de un ordenamiento jurídico, pero por sí solo es insuficiente para comprenderlo, y la moral es el elemento que lo complementa.

La relevancia del no-positivismo incluyente radica en que su comprensión acerca de la naturaleza del derecho conlleva un análisis que fácilmente puede relacionarlo con la filosofía moral desarrollada en apartados anteriores.

En ella, el derecho es visto desde una perspectiva que expresa una unión entre hechos y valores. En palabras de Bernard Williams se trata de un concepto denso, es decir, un término que parece expresar cómo es el mundo y al mismo tiempo su aplicación comporta una determinada valoración de la situación, de las personas o las acciones, o en otras palabras, simultáneamente describe y prescribe¹⁴³.

El presente trabajo defiende tanto la teoría no-positivista incluyente de la naturaleza del derecho, como la postura que es un concepto denso; más adelante se profundizará sobre estas ideas.

Para concluir con las nociones sobre la naturaleza del derecho, Alexy añade un tercer tipo de no-positivismo, al que llama no-positivismo súper-incluyente. Esta versión al igual que el no-positivismo excluyente resulta radical, ya que mientras esta última expresa un sesgo hacia lo que debe ser del derecho, el no-positivismo súper-incluyente expresa uno igual a favor del ser del derecho. O en otros términos, es una versión claramente extrema de inclusión que pueda ostentar un no-positivismo¹⁴⁴.

El no-positivismo súper-incluyente es la contraparte radical del no-positivismo excluyente porque va hacia el extremo de sostener que la validez jurídica no se ve afectada por cualquier defecto moral. A primera impresión, Alexy refiere que pudiera

¹⁴² Cfr. Radbruch, Gustav, *Relativismo y derecho*, 2a. ed., trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Temis, 2009, pp. 34 y 35.

¹⁴³ Cfr. Williams, Bernard, *La ética y los límites de la filosofía*, trad. de Sergi Rosell, Madrid, Cátedra, 2016, p. 167.

¹⁴⁴ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., pp. 85 y 86.

ser una versión del positivismo, pero esta percepción es engañosa, y se puede identificar tan pronto se ve que existen dos tipos de conexión entre el derecho y la moral: una «*clasificatoria*» y otra «*calificatoria*»¹⁴⁵.

El efecto de una conexión clasificatoria es la pérdida de validez jurídica. Por el contrario, el efecto de una conexión calificatoria produce deficiencia jurídica, la cual crea una obligación legal o al menos, un empoderamiento por parte de los tribunales para anular sentencias injustas¹⁴⁶.

Un ejemplo de corriente no-positivista súper incluyente es notable en la teoría de John Finnis. Dentro de «*Ley natural y derechos naturales*» Finnis expone que el derecho es un acto que puede y debería ser guiado por reglas y principios morales, que tales normas morales son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho o mera decisión, y además, justifican la misma institución del derecho positivo, así como las principales instituciones reguladas y sostenidas por el derecho¹⁴⁷.

Adicionalmente, Finnis explica que el gobernante no tiene derecho a ser obedecido, pero tiene la autoridad para dar orientaciones y de crear leyes moramente obligatorias y que él mismo tiene responsabilidad de cumplir. Un gobernante posee la autoridad en beneficio del bien común, y por tanto, si usa su imperio para adoptar disposiciones contrarias al bien común, o cualquiera de los principios básicos de razonabilidad prácticas, esas disposiciones carecen de por completo de autoridad, no logran por sí mismas, crear obligación moral en absoluto¹⁴⁸.

En síntesis, el no-positivismo súper-incluyente, asimila a niveles tan altos la validez jurídica con la corrección moral, que impide distinguir en qué momento interviene cada uno.

Como ha quedado evidenciado, el debate sobre la naturaleza del derecho dista mucho de llegar a su final. Si bien las teorías radicales difícilmente son defendidas

¹⁴⁵ Cfr. Alexy, Robert, *La doble naturaleza...*, cit., p. 75.

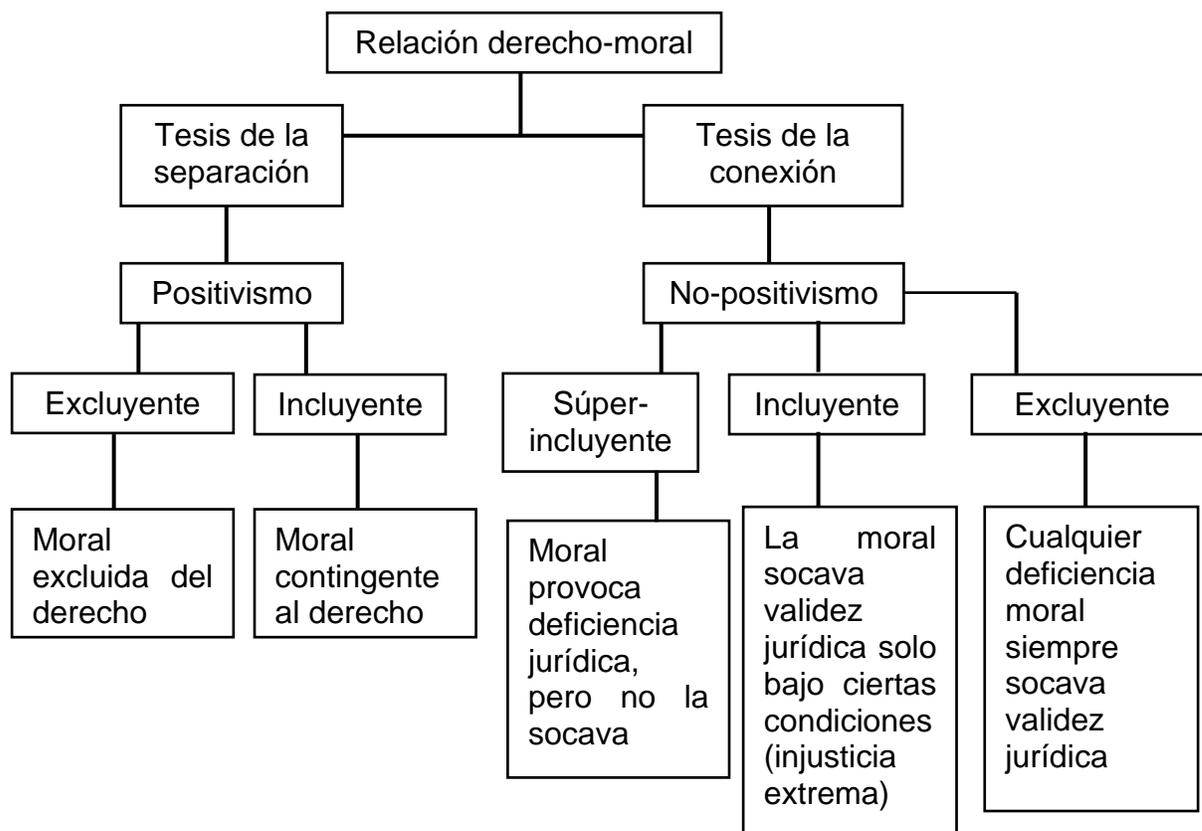
¹⁴⁶ Cfr. *Ídem*.

¹⁴⁷ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 317.

¹⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 387.

en la actualidad, las tendencias más neutrales tampoco han disminuido las discusiones filosóficas, porque tanto el positivismo incluyente como el no-positivismo incluyente no han terminado de justificar hasta qué punto llega la contingencia de la moralidad en un sistema jurídico, o bien, cuáles son los fundamentos morales que pueden socavar la validez jurídica.

Para finalizar, las ideas principales de este apartado se concentran en el siguiente esquema:



1.5. Delimitación de la tesis de los valores morales jurídicos dentro de las teorías expuestas

La tesis de los valores morales jurídicos pretende justificar la fundamentación y naturaleza de determinados valores a través del derecho. Al comienzo de este capítulo se hizo mención que este trabajo es una tesis preponderantemente ética, pero con amplio contenido de filosofía del derecho. Ahora corresponde delimitarla.

Dentro de este Capítulo I se mencionaron cuatro teorías metaéticas: el relativismo, el emotivismo, el prescriptivismo y la ética del discurso. En todas se identificaron los aspectos criticables, así como algunas de sus ventajas. De entre todas, la ética del discurso es el modelo que resulta más viable para desarrollar la tesis de los valores morales jurídicos.

En relación con el relativismo, se dijo que uno de sus aspectos más valiosos es el de su respeto a la autodeterminación de las comunidades, porque el nacimiento y conceptualización de los juicios morales siempre estará limitada al contexto sociológico y antropológico; empero, es incompatible con la tesis de los valores morales jurídicos, por dos razones.

En primer lugar, porque la abstención de juicios morales ni siquiera posibilita la discusión. Sin ella es difícil llegar a los consensos necesarios sobre la necesidad e idoneidad de valores, porque a final de cuentas, no existe base moral.

En segundo término, se apuntó en el apartado correspondiente que el relativismo es una teoría de corte no universalista. La universalidad del valor, también se explicó, no es sinónimo de atemporalidad o inmutabilidad, sino de buscar justificación a través de argumentación racional. En este sentido, si el derecho, como se adujo con anterioridad, busca tomar posición sobre las relaciones, es evidente que tiene una tendencia universalista contraria a cualquier tipo de postulado relativista.

Por cuanto hace al emotivismo, tampoco resulta un modelo metaético compatible con la tesis que defiende este trabajo. El principal motivo es que al reducir los juicios morales a una mera expresión de actitudes y emociones, no puede dar cuenta del razonamiento moral, pues si se le pregunta a una persona sobre la corrección o incorrección de una acción, no resulta válido en un discurso racional que solo responda que fue su sentir acerca de ello.

El carácter internalista del emotivismo también tiende al subjetivismo¹⁴⁹, el cual es contrario a la tesis de los valores morales jurídicos que se adhiere al no-positivismo incluyente.

¹⁴⁹ Cfr. Harman, Gilbert, *op. cit.*, p. 7.

Por otra parte, la tesis del prescriptivismo de Hare da una justificación sobre el razonamiento moral, pero su inclinación hacia el análisis del lenguaje, no explica por qué o cómo puede surgir un valor.

Cuando Hare habla de cómo se obtienen imperativos que constituyen juicios morales, lo ejemplifica a través de un razonamiento en el que añade premisas de enunciados indicativos con imperativos, estos últimos explícitos o implícitos¹⁵⁰. Sin embargo, al hablar de los principios que rigen a tales imperativos, se limita a sostener que los principios se enseñan, es decir, pasan de generación en generación¹⁵¹.

La aseveración de Hare toma en cuenta el aspecto histórico de los valores, acepta que no son inmutables y se pueden adecuar de acuerdo con las circunstancias de los casos específicos. Aun así, continúa sin dar justificación del por qué una acción puede constituirse un valor; de ahí que no resulta valiosa para los fines pretendidos en esta investigación.

En las relatadas condiciones, es evidente que la tesis de los valores jurídicos resulta más compatible con la última de las teorías metaéticas aquí analizadas: la ética del discurso. Las ventajas y herramientas que se pueden obtener de la ética del discurso en relación con la postura que aquí se defiende son las siguientes:

a) Supera el imperativo categórico de «*obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal*»¹⁵² y lo modifica por ejercicios argumentativos.

b) Acepta la objetividad de los valores y la justifica a través de discursos argumentativos tanto reales como ideales.

c) Es una teoría que busca la fundamentación última de los principios éticos¹⁵³. Dentro de este tipo de fundamentación último puede encontrarse el discurso jurídico.

¹⁵⁰ Cfr. Hare, Richard M., *op. cit.*, p. 40.

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 64.

¹⁵² Cfr. Kant, Immanuel, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵³ Cfr. Apel, Karl Otto, *Teoría de la verdad y ética...*, *cit.*, p.150.

d) El alcance de un consenso estratégico no determina la corrección o incorrección de enunciados normativos, lo hace un consenso racional y comunicativo¹⁵⁴.

La tesis de los valores morales jurídicos ha sido delimitada dentro de las teorías metaéticas. Ahora corresponde verificar si alguna teoría jurídica puede respaldarla. Antes de ello, es importante señalar que si bien la tesis de los valores morales jurídicos es de corte ético al buscar justificar la relación moral-derecho, su objetivo también implica que a partir de comenzar con la moral, se justifique una relación derecho-moral.

En este sentido, el positivismo excluyente no es una teoría compatible con el objetivo de esta investigación. Es notorio que si el positivismo radical rechaza la inclusión de aspectos morales, le será irrelevante investigar si un valor, como la justicia, pueda encontrar justificación en el discurso jurídico, pues como se ha dicho, únicamente le interesa la dimensión del «*ser*» en el derecho, no así la del «*deber ser*».

Por otro lado, una teoría menos radical como el positivismo incluyente tampoco es acorde con la tesis de los valores morales jurídicos. La razón es simple: aun cuando acepta la relación del derecho con la moral, la considera contingente. Por tanto, al no ser necesaria, esta investigación se agotaría en demostrar la relación moral-derecho, pero no podría desarrollar los argumentos subsecuentes, encaminados a demostrar la tesis de conexión necesaria entre derecho-moral.

Relativo a las teorías no-positivistas, el no-positivismo excluyente y súper incluyente también se desestiman como respaldo en una tesis como la aquí defendida.

Primeramente, el no-positivismo excluyente defiende la objetividad del valor, pero dista de reconocer la relevancia de la validez jurídica. Si este trabajo se apoyara en una teoría de esta naturaleza, se convertiría en una tesis absolutamente ética y no tendría sentido hacer alusión al derecho, pues cualquier defecto moral sería relevante para suprimirlo.

¹⁵⁴ Cfr. Apel, Karl Otto, *Estudios...*, cit., p. 203.

Por otro lado, el no-positivismo súper-incluyente es una postura que acepta la validez jurídica, pero no puede sustentar la tesis de valores morales jurídicos, ya que como más adelante se explicará, la fundamentación de un valor moral jurídico emana del derecho, entendido como un sistema reconocido dentro de un discurso racional y objetivo, que no puede moldearse o declararse deficiente por una apreciación subjetiva de valores.

Expresado de otra manera, la incompatibilidad del no-positivismo súper-incluyente, al confundir tanto la noción entre derecho y moral, que está alejado de encontrar objetividad en ambos, hace imposible sostener que un valor emane del derecho mismo.

Finalmente, el no-positivismo incluyente es una vertiente que puede justificar la tesis aquí defendida. Ya que reconoce que el derecho contiene una doble naturaleza. Esta dualidad, de acuerdo con Alexy, defensor del no-positivismo incluyente, presupone que el derecho contiene dos principios, el principio de justicia, y el principio de seguridad jurídica¹⁵⁵.

La seguridad jurídica, constituye un principio formal del que se reconoce la autoridad y eficacia del derecho. Por su parte, el principio de justicia es material o sustantivo, exige que una decisión sea moralmente correcta¹⁵⁶. La tesis de los valores morales necesita de ambos: de presuponer la existencia del derecho como un elemento donde existan mínimos elementos de seguridad jurídica, para al mismo emplearlo como fundamento de valores surgidos de las relaciones sociales; o, también entiende al derecho como un concepto que describe y prescribe al mismo tiempo.

Las razones por las que una teoría del no-positivismo incluyente respalda de mejor manera la relación moral-derecho y derecho-moral a que se refiere esta investigación, se enlistan a continuación:

a) Acepta explícitamente la relación del derecho con la moral y defiende el elemento coercitivo del derecho sin renunciar a su pretensión de corrección.

¹⁵⁵ Cfr. Alexy, Robert, *La doble naturaleza...*, cit., p. 75.

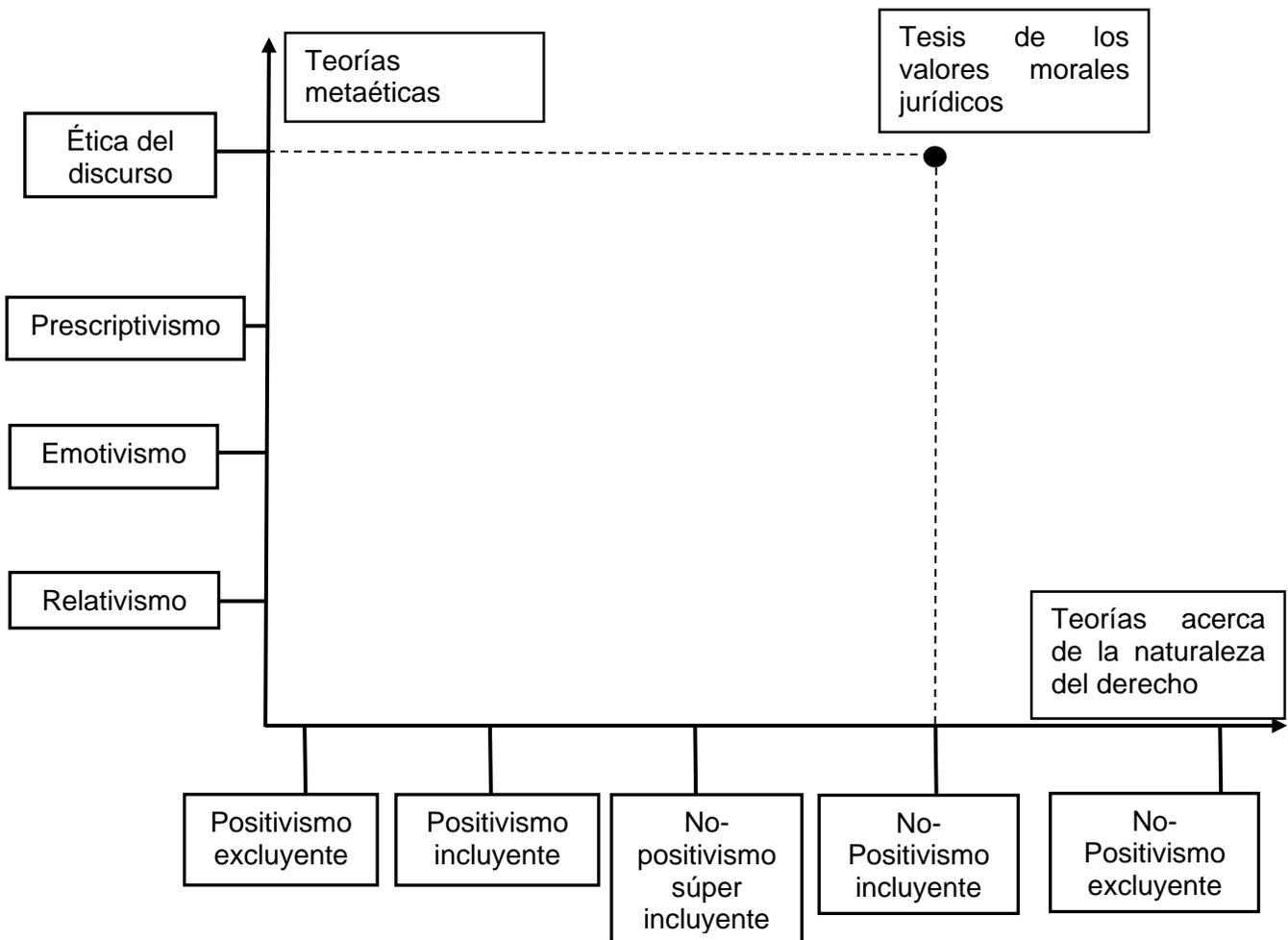
¹⁵⁶ Cfr. *Ídem*.

b) Sostiene que el derecho es un concepto denso, explicado anteriormente como aquel que al mismo tiempo describe y prescribe.

c) Acepta la objetividad de presupuestos morales.

En suma, la tesis de los valores morales jurídicos encuentra su respaldo dentro de la filosofía moral en la ética del discurso, mientras que en el plano de la filosofía del derecho en el no-positivismo incluyente.

Con el objetivo de sintetizar lo desarrollado en este capítulo y localizar el terreno teórico del que surge la tesis de los valores morales jurídicos que se explicará en los siguientes capítulos, a continuación se plasma un esquema elaborado al estilo de los planos cartesianos en Geometría, el cual puede resultar de utilidad para el lector:



II. De los valores morales a la naturaleza del derecho

En el capítulo anterior se estableció que la finalidad de la tesis de los valores morales jurídicos, es defender la existencia de valores morales que necesariamente surgieron o encuentran su fundamento y vigencia en el derecho, al grado que este último los ha asimilado y torna imposible, o al menos sumamente difícil, hablar de ellos separadamente.

Además, se dijo que la postura en cuestión estaría sustentada en un estudio que implique hacer un tránsito de la moral hacia el derecho, con base principalmente en los postulados de la «*ética del discurso*», y el «*no-positivismo incluyente*», de los cuales se expusieron las ventajas que tienen sobre otras teorías de la filosofía moral y de la filosofía del derecho.

En este sentido, mientras el apartado anterior se ocupó de la delimitación de las herramientas teóricas necesarias para el desarrollo de este trabajo, el presente capítulo tiene como objetivo principal explicar cómo es que ciertos valores han llegado a institucionalizarse jurídicamente, y por qué el derecho los ha asimilado a tal grado, que pueden considerarse parte esencial de él.

Para llevar a cabo esa tarea, el primer paso consistirá en romper con uno de los dogmas enseñados durante los primeros semestres de la academia jurídica: que las normas morales son internas.

Aunque el tema de la moralidad de corte internalista fue abordado brevemente en el Capítulo I, debe precisarse que en ese momento el enfoque fue solo orientado a una cuestión descriptiva para fijar una base sólida para la tesis de los valores morales jurídicos. Ahora, el estudio correspondiente pretende demostrar desde una perspectiva crítica, que los valores dependen en muchos aspectos, de cuestiones externas, que al no ser divinas, tienen que ser humanas, y por ende sociales, surgidos por algún tipo de ley social impuesta por la costumbre, o bien, por la presión social¹⁵⁷.

Sobre este último punto, también cabe reiterar la aclaración hecha en el primer capítulo relativa a que una moralidad externalista que asume que las leyes sociales

¹⁵⁷ Cfr. Harman, Gilbert, *op. cit.*, p. 109.

son impuestas por la costumbre no es compatible con la tesis que aquí se defiende, pues si la moralidad depende única y exclusivamente de un factor cultural y geográfico como el caso de la costumbre, entonces el concepto de derecho también tendría una variación de significados y alcance como morales existan.

Aclarados estos aspectos, la línea argumentativa que seguirá la primera parte de este capítulo, buscará establecer que la gran mayoría de los valores constituyen pautas fijadas por la vida en sociedad. Este será el primer esbozo para llegar a los valores morales jurídicos.

Una vez que se justifique que muchos de los valores morales derivan de aspectos externos a los pensamientos de las personas, la siguiente tarea de este capítulo será probar que los valores pueden ser coercibles desde distintos frentes, que varían de acuerdo con la importancia que les dé la propia sociedad.

En relación con la coercibilidad, en su oportunidad se buscará poner de manifiesto que constituye una herramienta necesaria para la fijación y conservación de la moralidad social predominante, y que aun cuando tal coerción se ha intentado ejercer desde soluciones precarias como la violencia o movimientos de grupos pacíficos de presión social, es inevitable que en algún momento deba llegarse a la institucionalización para evitar la destrucción del entorno social.

La propuesta que se defenderá por cuanto hace a la institucionalización de algunos valores, será similar, aunque con sus respectivas variantes, a la sostenida por Alexy para justificar la existencia del discurso jurídico, en el sentido que las normas jurídicas emitidas en su gran mayoría por los principios de representación, son razonables y necesarias porque brindan la posibilidad de alcanzar soluciones vinculantes que en el discurso práctico están limitadas¹⁵⁸.

La institucionalización de los valores morales representa para este trabajo el tránsito de la moralidad social a la moralidad jurídica. Este camino comprenderá el estudio de algunas causas por las que el derecho es obedecido, su influencia en la mentalidad de las personas, y el cómo su asimilación en la sociedad ha generado que a las premisas anteriormente respaldadas en la corrección o incorrección con

¹⁵⁸ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 202.

base en presupuestos morales, ahora se sustentan en el derecho, al que incluso se le ha terminado por atribuir esa cualidad moral, pero con dotes de autoridad.

Finalmente, el último rubro de esta segunda parte de la investigación, consistirá en evaluar qué tipo de valores pueden integrar la llamada moralidad jurídica, cuáles son sus características, así como por qué están presentes en la naturaleza misma del derecho, tanto en su aspecto real como en su dimensión ideal; lo anterior, en el entendido que como se verá en el apartado correspondiente, la tesis de los valores morales jurídicos defiende la idea de una naturaleza dual del derecho.

Todo lo anteriormente expuesto, representa una breve descripción del contenido de este capítulo en el que se encuentra gran parte de la justificación de este trabajo. Por ahora, para iniciar corresponde hablar sobre el papel que desempeña la moralidad social en la vida cotidiana y por qué las ideologías de los últimos siglos han influido en su contenido.

2.1. Moralidad social

Es innegable que cada persona tiene percepciones únicas sobre lo que considera bueno o correcto; sin embargo, tales pensamientos no siempre se exteriorizan. Uno de tantos motivos que pueden explicar esta circunstancia, consiste en que en muchas ocasiones, la opinión particular difiere de los protocolos sociales adoptados por la mayoría, por lo que una persona mantiene en secreto algunas de sus convicciones si considera que la comunidad puede criticarlo, rechazarlo, o hasta excluirlo.

La disparidad recurrente entre lo que se piensa moralmente con lo que se expresa en el ámbito social, ha llevado a que autores como García Máynez estimen que las normas morales son unilaterales e internas bajo el argumento que no pueden ser exigidas por otro, y por tanto, persiguen fines personales; características

que las hacen distintas al derecho porque este último es coercible y se encarga de fines colectivos¹⁵⁹.

A lo largo de este capítulo se verá que la división entre las características de las normas morales y jurídicas, no puede ser concebida de la manera en que Máynez lo hizo; para ello, del tema de la unilateralidad se ocupará el apartado 2.2 titulado «*Obligatoriedad de los valores*», por ahora corresponde referirse al tema de la internalidad de las normas morales.

Sobre este tópico, sostener que la moral persigue fines personales, conlleva a la conclusión apresurada de afirmar que las normas morales son valores propios y que bien pueden desdeñar el contexto social; sin embargo, se pierde de vista que los valores no surgen de la nada, son inculcados e impuestos por diversos frentes, desde la microesfera familiar al aparato estatal, y en la medida que el sujeto crece los hace suyos.

Efectivamente, si la moral emanara completamente de un aspecto interno, entonces puede asumirse que una persona que siempre ha vivido aislada tendría la plena capacidad de discernir sobre lo correcto o lo incorrecto, lo que sería un absurdo, porque este ser humano desconocería por completo temas que en la sociedad contemporánea resultan elementales, como la propiedad, el valor de la libertad, o la dignidad humana.

Luego, con independencia de que el argumento anterior pueda ser o no debatible, la postura tajante referente a que la moral persigue fines personales y el derecho fines colectivos, en la actualidad carece de sustento; y para demostrarlo, este apartado se ocupará de defender la existencia de una moralidad social.

Para comenzar, se propone que el lector imagine una noticia en pleno Siglo XXI, que describa el hallazgo de una pequeña civilización situada en algún lugar poco explorado, y que por obvias razones, se desconozcan la totalidad de sus costumbres.

Si se llevara a cabo un estudio antropológico sobre los comportamientos que pudiera tener esa comunidad, sin importar lo alejada de la civilización predominante,

¹⁵⁹ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 62a. ed., México, Porrúa, 2010, pp. 15-21.

se obtendría una curiosa similitud con estas últimas: un individuo, ya sea miembro de un Estado urbanizado o de este grupo de personas recónditas y poco conocidas para la mayoría, es parte de su respectiva comunidad porque entiende, al menos en sus aspectos esenciales, cómo se comportan los demás y las reglas que debe seguir para no ser excluido o sancionado; además, su conocimiento básico y permanencia en la agrupación, puede derivar de la búsqueda de satisfacción de necesidades personales, un sentido de supervivencia, o simplemente porque así lo ha asimilado por la costumbre.

Cualquiera que sea la razón para adoptar el sentido de pertenencia con otras personas, lleva consigo la premisa básica de convivencia, en la que a pesar de la posibilidad de que una persona tenga fines egoístas, su subsistencia, bienestar y existencia particular necesariamente están ligadas con la subsistencia, bienestar y existencia particular de otros, o resumido en palabras de Hegel, «*promoviendo mi fin promuevo lo universal, que promueve a su vez mi fin.*»¹⁶⁰

La promoción de bienes ajenos en lugar de los propios, tiene múltiples beneficios personales. Hume, por ejemplo, destaca que formar una sociedad garantiza fuerza, capacidad y seguridad, atributos que un solo ser humano es incapaz de satisfacer en su integridad, pues las capacidades físicas naturales de las personas, no corresponden con todas las necesidades que tiene, por tanto, solo la sociedad es capaz de suplir esos defectos, a través de conjunción de fuerzas, virtudes y división de trabajo¹⁶¹.

Adicional a las razones particulares de cada individuo para integrarse a una sociedad, se ha llegado a sostener que las interacciones entre personas incluso tienen una meta colectiva, denominada «*bien común*». Finnis aclara que este término no debe entenderse en términos utilitaristas, sino como un conjunto de condiciones que capacita a todos los miembros de una misma comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables¹⁶².

¹⁶⁰ Hegel, G. W. Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de José Luis Vermal, Barcelona, Edhasa, 2005, p. 305.

¹⁶¹ Cfr. Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, 4a. ed., trad. de Félix Duque, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 653 y 654.

¹⁶² Cfr. Finnis, John, *op. cit.*, pp. 183 y 184.

Hasta aquí, la descripción de lo que algunos autores entienden como las razones para vivir en sociedad, controvierte una postura internalista en la que los valores son estrictamente personales, al poner de manifiesto la posibilidad real de una vida en la que todo ser humano que aspira hacia una meta, puede lograrla siempre que coopere en la materialización de los fines de los demás. Este es el primer componente de lo que en lo subsecuente será llamado «*moralidad social*».

Sobre los valores colectivos que ayudan a la conservación y permanencia de las sociedades, se hablará en el tema siguiente, llamado «*Obligatoriedad de los valores*».

Ahora bien, para comprender el segundo elemento de la moralidad social, no basta con teorizar sobre cómo se forman las sociedades y qué finalidad persiguen, debe atenderse a las circunstancias fácticas que nos rodean, pues de estas se pueden obtener bases más sólidas para entender el comportamiento humano, por lo que las conclusiones a las que se arribe, tendrán más probabilidad de ser acordes y funcionales con la realidad en la que vivimos.

Sobre las circunstancias fácticas actuales, este trabajo no desconoce que los beneficios de formar una sociedad, como los descritos por Hegel, Hume y Finnis, suelen estar restringidos solo para algunos sectores de la comunidad, y a su vez, estos pocos sectores tienen su propia minoría con ventajas exclusivas.

Como se estableció, el término «*sociedad*» ya no puede ser simplificado como una agrupación en la que diversas personas aspiran a lograr sus objetivos personales mediante la cooperación con otros. Una de varias causas, son los llamados procesos de globalización, que de acuerdo con Apel, conciernen a una expansión internacional de la economía, o para ser más precisos, al entrecruzamiento del capitalismo y tecnologías de la comunicación que exceden todo control por parte de los Estados¹⁶³.

Si bien tales procesos de globalización, tuvieron como fuente principal el respeto y garantía de algunos derechos y libertades, es evidente que estos solo se

¹⁶³ Cfr. Apel, Karl Otto, *La globalización y una ética de la responsabilidad: reflexiones filosóficas acerca de la globalización*, trad. de Ricardo Maliandi, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, p. 163.

han materializado para contados miembros de la civilización, quienes, a lo largo de los últimos siglos, han convertido el aparato económico, en un sistema de consumismo con tendencia totalitaria que determina, no solo las ocupaciones, aptitudes y actitudes, sino también las necesidades y aspiraciones individuales¹⁶⁴.

Como puede verse, el impacto de los procesos de globalización no se limita a la modificación de las circunstancias económicas de las sociedades, sus consecuencias incluso han trascendido en el sistema de necesidades y estilo de vida de las personas.

En el ámbito temporal, el panorama sobre el sistema económico actual aparentemente no se verá modificado en un futuro cercano, autores como Marcuse incluso piensan que el capitalismo seguirá siendo capaz de incrementar el nivel de vida para una parte de la población, a pesar y a través de la producción intensificada de los medios de destrucción y el despilfarro de los recursos, pues sigue teniendo como base la creciente productividad de trabajo, el aumento de la tasa de natalidad, las economías de defensa, y el fortalecimiento de las relaciones entre países capitalistas¹⁶⁵.

Con independencia de la opinión que cualquiera tenga acerca de los procesos de globalización económica u otros factores que dan forma a la estructura social, el punto a resaltar para los fines de este trabajo, es que un estudio de la moralidad social tiene que asimilar las problemáticas actuales, para así comprender el mecanismo de su moralidad en el mismo ámbito temporal y con previsión hacia el futuro.

Expresado de otra forma, planteamientos hipotéticos como la «*posición original*» descrita por Rawls, caracterizados por la representación de un «*status quo*» en el que se explique el surgimiento de los valores¹⁶⁶, tienen que ser complementados, modificados o incluso replanteados con base en una variable empírica para dar cuenta sobre la moralidad social, porque al soslayar los elementos

¹⁶⁴ Cfr. Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional*, trad. de Antonio Elorza, Barcelona, Planeta, 2010, p. 36.

¹⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 70.

¹⁶⁶ Cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 121 y 135.

fácticos, se alejan de las problemáticas sociales y olvidan que muchos de los valores, han sufrido y sufrirán variaciones en generaciones próximas.

Las anteriores reflexiones, conllevan a establecer otra premisa de este capítulo: para entender el funcionamiento de la moralidad social, se debe estar consciente de las circunstancias fácticas que la rodean, por mencionar algunos ejemplos, del proceso de globalización brevemente reseñado, las condiciones socioeconómicas, avances tecnológicos, guerras, escasez de recursos naturales, situación ambiental, minorías con desventajas por factores económicos, políticos, o culturales, entre otros de igual importancia. Este es el segundo componente de lo que aquí se denomina «*moralidad social*».

Al respecto, conviene hacer la siguiente acotación: estar consciente de las circunstancias apuntadas en el párrafo anterior, de ninguna manera implica el dominio y manejo de una cuestión cuantitativa, es decir, que las estadísticas que ciertos organismos nacionales e internacionales pudieran tener sobre esos tópicos, no constituyen una labor que corresponda a este trabajo; el verdadero alcance de la premisa establecida, alude una comprensión de índole cualitativa, esto es, que el análisis de la moralidad social, debe iniciar con el conocimiento de las consecuencias que tienen los aspectos descritos en el párrafo anterior, en las pautas de conducta de las personas.

Para clarificar la postura principal de este apartado, a continuación, se desarrollan unas cuantas reflexiones de diversos autores sobre el efecto de los acontecimientos políticos, jurídicos, económicos y culturales, en el comportamiento moral de las personas:

a) En el ámbito de la política, un buen ejemplo puede hallarse en las experiencias de Alexis de Tocqueville, quien en su texto titulado «*La democracia en América*», describió su visión de Norteamérica a partir de un viaje que hizo en 1831, y señaló que al comparar el modelo democrático estadounidense con la aristocracia de algunos gobiernos europeos, destacó que en estos últimos, apenas se modifican las ideas y costumbres, porque en esos supuestos, las personas cuyo destino es obedecer, entienden y asimilan la honestidad, la gloria, la virtud o el honor de manera distinta que aquellos que mandan; mientras tanto, en los gobiernos

democráticos, a pesar de también contar con unas personas que mandan y otras que obedecen, no existía perpetuidad en el mando, lo que ocasiona que los perjuicios, usos y costumbres no sean propios, así como una perspectiva de igualdad imaginaria, a pesar de la desigualdad real de sus condiciones¹⁶⁷.

Entre otros tantos aspectos, Tocqueville también describió las diferencias sustanciales que en el ámbito familiar se producen entre los gobiernos aristocráticos con la democracia norteamericana. En la aristocracia de su época, el poder se dirigía directamente con el padre entendido como el jefe de la familia, este era quien gobernaba a los hijos, y no solo tenía un derecho natural, sino también político, era el autor, sostén y también su magistrado; por su parte, en la democracia, no había necesidad de un intermediario entre el gobernante y todos los ciudadanos, el padre solo era uno más cuya función en el seno familiar era dar afecto y experiencia, y lo más importante, tan luego los hijos se acercan a una determinada edad, comienza a trazarse su camino, y su propia conciencia moral¹⁶⁸.

b) En lo referente al contexto jurídico, debe aclararse algo que quizá se considere una obviedad, y esto es, que resulta evidente que uno de los objetivos del derecho es buscar la adecuación de las conductas de las personas; sin embargo, no está de más puntualizar que el impacto jurídico sobre el comportamiento que ahora se estudia, y que es exclusivo para los fines de esta primera premisa, no estará enfocado en los comportamientos que el derecho expresamente desea modificar, sino en aquellas situaciones no previstas por él, pero que implícitamente transforman el modo de vida y pensamiento de la sociedad.

Lo anterior quedará más claro con el siguiente ejemplo: el derecho ha creado en todas las sociedades, una serie de conductas denominadas delitos, su finalidad es la protección de bienes que la sociedad considera valiosos, de ahí que si una persona lleva a cabo un acto u omisión que encuadre en esas conductas, el resultado esperado es que un tribunal dicte una sentencia que en muchos países conlleva a una pena que deberá ser compurgada en una prisión; hasta aquí, este

¹⁶⁷ Cfr. Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, trad. de Raimundo Viejo Viñas, Madrid, Akal, 2007, pp. 728-732.

¹⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 745-747.

es un aspecto explícito del derecho que busca modificar el comportamiento de las personas.

Sin embargo, todo este mecanismo descrito, implícitamente ha generado cambios en los juicios de valor de las personas, pues como apunta Foucault, sistemas disciplinarios como el régimen penitenciario, ocasionan procedimientos de individualización que marcan exclusiones, en este caso de los sentenciados; y la propia reclusión es vista como una técnica e institución para medir, controlar y corregir a los que la sociedad considera anormales, y a quienes incluso les tienen miedo¹⁶⁹.

Pero el tema no se agota con la opinión popular sobre las personas que están en prisión, Foucault también describió que aquellos detenidos que fueron puestos en libertad, estaban condenados fatalmente, porque siempre estarían bajo la vigilancia de la policía, les sería prohibido el acceso a determinados lugares, y pareciera que en todos lados estarían estigmatizados por sus antecedentes, lo que produciría la imposibilidad de encontrar trabajo, y en consecuencia, a una condena al hambre y a la miseria¹⁷⁰.

A través de este tipo de circunstancias, puede observarse que los efectos del derecho sobre el comportamiento de las personas, no siempre se limitan a lo que expresamente dicen las normas, estos pueden ser producto de circunstancias colaterales no contempladas al redactar una norma; por tal motivo, el derecho debe ser un considerado un elemento necesario para conocer la moralidad social.

c) Por su parte, el aspecto económico igualmente juega un papel relevante en este tema, y para los fines de este breve apartado, se tomarán como muestras las críticas hacia el sistema capitalista, por ser el que predomina en la época contemporánea, sin que esto necesariamente implique que se adopte una postura sobre la preferencia de un modelo u otro.

Precisado este punto, uno de varios supuestos en los que autores como Marx y Marcuse sostienen que producen cambios en el ámbito social derivados del tipo

¹⁶⁹ Cfr. Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, 2a. ed., trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 2009, pp. 231 y 232.

¹⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 311.

de orden económico predominante, es el ocasionado por el sistema de pagos; por ejemplo, Marx advirtió que las mercancías y el dinero, ponen de manifiesto una división social de trabajos como una condición necesaria para la existencia misma de la producción, e hizo una comparación interesante con la ropa, pues durante mucho tiempo nunca se requirió la ayuda de un sastre para vestir, pero la existencia de la actividad productiva, tiene como consecuencia la asimilación de la necesidad de un sastre¹⁷¹.

La importancia del capitalismo en la moralidad social no radica en el establecimiento de trabajos especializados como consecuencia del sistema de mercancías y dinero, sino en que, así como las mercancías tienen valores de uso, los trabajos también están representados en valores, de acuerdo con las cualidades de cada uno¹⁷².

En el caso de la asignación de valor a las mercancías, Marx no estaba tan alejado de la realidad actual al prever que un objeto puede adoptar características metafísicas para las personas, quienes con un carácter fetichista, se adhieren a los objetos al grado de considerarlos como figuras autónomas, dotadas de propia vida¹⁷³.

Esta especie de atribuciones que las personas dan a los productos o mercancías, en cierto punto han llegado a adoctrinarlos y manipularlos, y a medida que son asequibles a más individuos, se convierten en un modo de vida. A este tipo de conductas, Marcuse las ha llamado «*modelo de pensamiento y conducta unidimensional*», en el que las ideas, aspiraciones y objetivos, que trascienden por su contenido el universo establecido del discurso, son rechazados o reducidos a la racionalidad del sistema dado y su extensión cuantitativa de una nueva definición de esas ideas, aspiraciones y objetivos¹⁷⁴.

Por su parte, el trabajo sufre un fenómeno parecido, pero con consecuencias distintas. Para explicarlo, es necesario precisar cómo Marx concibió la división de

¹⁷¹ Cfr. Marx, Karl, *El capital*, trad. de Pedro Scaron, 27a. ed., México, Siglo XXI, 2007, t. I, vol. I, pp. 51-53.

¹⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 55.

¹⁷³ Cfr. *Ibidem*, pp. 87-89.

¹⁷⁴ Cfr. Marcuse, Herbert, *op. cit.*, p. 50.

trabajo en el sistema capitalista, y para tales efectos, la síntesis de Marcuse es ideal para simplificarlo de la siguiente forma:

El obrero en la sociedad capitalista produce bienes. La producción de bienes en gran escala requiere capital, es decir, grandes cantidades de riqueza utilizadas exclusivamente para promover la producción de bienes. Los bienes son producidos por empresarios independientes privados, con el fin de obtener una venta provechosa. El obrero trabaja para el capitalista, al cual entrega, a cambio de un salario contractualmente fijado, el producto de su trabajo. El capital tiene el poder de disponer de los productos del trabajo. Mientras más produce el obrero, mayor es el poder del capital y menores los medios que el obrero tiene de apropiarse de su producto. El trabajo se convierte así en víctima del poder que él mismo ha creado¹⁷⁵.

Así, a diferencia de otro sistema económico donde el trabajo pudiera ser un medio para que la persona logre su autorrealización, y el desarrollo pleno de sus potencialidades, dentro del capitalismo, se desvirtúan las facultades humanas del trabajador y se le imponen otras de las que no puede escapar. Luego, esa alineación de la persona con respecto a sí misma, transforma las relaciones personales y sus valores, y las agrupa, de ahí que se generen los «*status*» sociales de los individuos, de acuerdo con su nivel de vida, la satisfacción de sus necesidades, su libertad y poder¹⁷⁶.

d) Dentro del contexto cultural, la creación e imposición de valores y perjuicios suele ser más marcada que en los otros rubros descritos, pues en él, la historia juega un papel más relevante.

En efecto, la historia es un ejemplo claro de las limitaciones del internalismo de la moral, porque la recuperación del pasado ha servido para crear valores sociales compartidos, infundir la idea que un grupo o nación tuvieron un origen común, inculcar que la similitud de orígenes otorga una cohesión para enfrentar las dificultades del presente y confianza para asumir los retos futuros. La memoria

¹⁷⁵ Marcuse, Herbert, *Razón y revolución*, trad. de Julieta Fombona de Sucre, Madrid, Alianza, 2003, pp. 276 y 277.

¹⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 278 y 279.

histórica forma una identidad en perspectiva, une al pasado con el presente, y al hacerlo moldea el pensamiento de las personas¹⁷⁷.

Sobre este punto, conviene mencionar dos ejemplos sobre la cultura e historia, el primero relacionado con cuestiones de género, y el segundo inherente a la raza, ambos descritos por Chris Harman.

En lo referente al género, Harman describió que las mujeres salieron perdiendo con el ascenso del Estado, ya que en la toma de decisiones, pasaron a ocupar una posición de dependencia y subordinación hacia los hombres. Estos eran quienes controlaban las relaciones entre la unidad familiar y el resto de la sociedad, e imponían las medidas necesarias para asegurar la supervivencia de la familia¹⁷⁸.

Tal subordinación tuvo impactos distintos con base en el contexto cultural. En la religión, las diosas y sacerdotisas pasaron a tener roles secundarios y sobrevivir únicamente como figuras maternas o símbolos de belleza; en algunas sociedades se negó a las mujeres toda clase de derechos, en otras se les limitaba a poseer o heredar propiedades¹⁷⁹.

Aunque no es la intención de este trabajo realizar un ejercicio comparativo o crítico sobre la situación de las mujeres en los distintos países, estas aseveraciones pretenden poner de manifiesto que, en algunos sitios, las circunstancias relacionadas con la perspectiva de género son discrepantes, y que gran parte de estas diferencias obedecen a un contexto social.

Para finalizar, otro ejemplo de cómo la cultura influye en los juicios de las personas, se refiere a los orígenes del racismo. Para aludir a él, primero es necesario hablar sobre los siervos y los esclavos: los primeros eran medianamente libres, porque a pesar de cultivar su tierra para beneficio propio, se les obligaba a suministrar trabajo no remunerado, entre ellos, había un grupo denominado «*siervo por deudas*», los cuales eran personas que con su servidumbre pagaban una deuda, por lo que su trabajo podía ser gratis por varios años¹⁸⁰; por su parte, en el caso de

¹⁷⁷ Cfr. Florescano, Enrique, *La función social de la historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 21-23.

¹⁷⁸ Cfr. Harman, Chris, *La otra historia del mundo*, trad. de Alfredo Brotons Muñoz, Madrid, Akal, 2013, pp. 51 y 52.

¹⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 53.

¹⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 321 y 786.

la esclavitud, es de conocimiento común que estos no contaban con libertad de ningún tipo.

Ambas figuras, siervos y esclavos coexistían en las colonias de Norteamérica, por ende, trabajaban juntos y socializaban entre ellos. Debido a este hecho, Harman señala que hubo casos en los que siervos y esclavos se ayudaban mutuamente para fugarse, y esas acciones demostraron que los blancos pobres y los africanos podían unirse contra los terratenientes. La solución a este problema fue la imposición de una barrera racial¹⁸¹.

Surgieron diversas disposiciones para fortalecer esta barrera, tales como destierros de las colonias para aquellas personas que se casaran con esclavos negros, mulatos o indios, facultades para los dueños de los esclavos para decidir sobre la vida y la muerte, entre otras, que dieron inicio al desarrollo del racismo como ideología¹⁸².

Como el mismo Harman concluye, la fuerza ideológica del racismo lleva a pensar que ha existido siempre, fruto de la aversión innata por el origen étnico de las personas; sin embargo, el color de piel no se tenía por más importante a otras características físicas, el autor mencionado señala algunos casos como las funerarias egipcias, el Imperio Romano, y cuadros holandeses del siglo XIX, donde se ven personas con distintos colores de piel mezcladas libremente¹⁸³.

De todos los ejemplos reseñados en este apartado, se pueden obtener algunas conclusiones relacionadas con el tema de la moralidad social, que se enlistan a continuación:

a) La moral no es estrictamente personal, incluso una persona egoísta está obligada a contribuir, en un mínimo grado, en la persecución de los fines de los demás.

b) Aunque existan percepciones internas sobre lo bueno y lo correcto, también hay juicios de valor que son necesariamente inculcados, promovidos o impuestos por factores externos y de manera inconsciente.

¹⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 322.

¹⁸² Cfr. *Ibidem*, pp. 322 y 323.

¹⁸³ Cfr. *Ibidem*, p. 323.

c) Tales factores externos provienen de múltiples fuentes, entre otras, por la política, la economía, el derecho y la cultura.

d) Los incisos anteriores componen la llamada «*moralidad social*».

Sobre estos últimos aspectos, quizá el lector considere que gran parte de los ejemplos descritos no precisamente son coincidentes con los fines que una sociedad considera valiosos, sin embargo, no está de más reiterar que al inicio de este tema, se precisó que la intención era demostrar que ciertas percepciones morales, sean correctas o incorrectas desde el punto donde se observen, emanan de una vida social, y no necesariamente son internas.

Dicho lo anterior, la circunstancia de que existan valores sociales, y que estos sean fijados por elementos externos, no explica cómo las sociedades los hacen suyos, es decir, qué función cumplen para ser considerados valiosos, ni el cómo se mantienen vigentes e incluso llegan a ser obligatorios. De esta interrogante, y otras, se ocupará el siguiente apartado.

2.2. Obligatoriedad de los valores

En el apartado anterior, se mencionó que autores como Máñez sostuvieron que las normas morales son unilaterales, debido a que no pueden ser exigidas por otros. Ahora se tratará de probar lo contrario, esto es, que la moralidad puede ser exigida e incluso impuesta, y para demostrarlo, primero es conveniente hablar sobre la función social que tienen los valores.

En principio, debe asumirse que un juicio de valor, sea interno o externo, necesariamente lleva inmersa una idea de apoyo hacia ciertos principios, metas u objetivos, es decir, no puede existir una aseveración de corrección si la persona que la piensa o pregona no cree en ella. A esta inclinación o propensión que muestran los estados mentales de las personas de dirigirse hacia o sobre algo, John Searle, la denomina «*intencionalidad*»¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Cfr. Searle, John R., *Creando el mundo social*, trad. de Juan Bostelmann, México, Paidós, 2014, p. 48.

Searle distingue entre dos tipos de intencionalidad, «*individual*» y «*colectiva*». La primera solo tiene alcance en aquellas acciones que un individuo puede causar personalmente, mientras la segunda va más allá de los límites de causación individual, es más, ni siquiera es requisito que cada persona sepa cuál es la intencionalidad de los otros, todo lo que se necesita saber es que ellos comparten la misma meta colectiva que los demás, y que tienen la intención de hacer de su parte para lograrla¹⁸⁵.

En ambos tipos de intencionalidad, bien cabe encuadrar los tipos de valores internos y externos. Mientras los valores internos concuerdan con una intencionalidad individual, los valores externos, derivarán una intencionalidad colectiva. El interés ahora, se dirigirá hacia esta última.

Sobre la intencionalidad colectiva, Searle añade una característica que llama «*imposición de la función*». Para explicarla, sostiene que una función es una causa que sirve a un propósito, y ese propósito debe venir de alguna parte, en este caso, de los seres humanos, quienes la fijan no solo al considerar una estructura física, sino en virtud de la imposición y reconocimiento colectivo. En otras palabras, la intencionalidad colectiva y la asignación de la función, van de la mano¹⁸⁶.

Con base en lo expuesto, se puede afirmar que ciertos valores morales cumplen alguna función derivada de una intencionalidad colectiva. Ahora corresponde indagar en qué pueden consistir algunas de estas funciones. A continuación, se expondrán algunos ejemplos:

a) Utilidad. La expresión «*utilidad*», fue descrita por Jeremy Bentham como aquella propiedad en cualquier objeto por la que se produce un beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad, o en una interpretación opuesta, a impedir que se produzca un daño, dolor, mal o infelicidad¹⁸⁷. En términos de este principio, un valor sirve y tiene ese carácter porque incrementa la felicidad o la promueve.

En una primera impresión, parecería que la utilidad prácticamente abarca todas las funciones que pudiera tener un valor dentro de una sociedad, pues sería

¹⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 70-73.

¹⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 90-92.

¹⁸⁷ Cfr. Bentham, Jeremy, *Los principios de la moral y la legislación*, trad. de Margarita Costa, Buenos Aires, Claridad, 2008, p. 12.

difícil que alguien niegue que los valores promueven la felicidad de las personas; sin embargo, existen un par de inconsistencias en limitar el papel de los valores morales a una función meramente utilitaria.

La primera dificultad, se encuentra en el término «*felicidad*», uno de los ejes principales del principio de utilidad. John Stuart Mill, defensor del utilitarismo, vindicó que la felicidad no consiste en una vida de éxtasis y placer, sino como la existencia libre de dolor, tan rica como sea posible en goces, tanto por lo que respecta a la calidad como a la cantidad, una superioridad de los placeres mentales sobre los corporales¹⁸⁸.

El problema de posturas como las de Mill, es que carecen de un respaldo argumentativo objetivo, y su único sustento es la propia percepción del emisor, ya que tal y como Dworkin refiere, la gente discrepa acerca de qué es la felicidad, y la valora de distintas maneras, y si una comunidad propusiera igualar a todas las personas en cualquier cuestión relacionada con su felicidad, se estaría imponiendo necesariamente un juicio sobre qué vidas son buenas y cómo vivir bien¹⁸⁹.

La otra problemática que implica acotar la función de los valores morales a una cuestión de utilidad, radica en que, el valor moral pierde su propia naturaleza: la de su corrección. David Ross, explora este tópico de manera más clara, y expone que el defecto de las tesis utilitarias, es que ignora, o al menos no hace plena justicia al carácter personal del deber, debido a que normalmente, cuando existe un deber, en este caso moral, lleva consigo a la renuncia de algún placer o la obtención de la felicidad que deseamos¹⁹⁰.

Ante las deficiencias advertidas, una función utilitaria de los valores morales, debe ir acompañada de otras que soporten el nacimiento y eviten la ruptura de las sociedades, como la que ahora corresponde analizar.

b) Función cimentadora. La felicidad es uno de los anhelos más elevados de la vida. Bien puede clasificarse dentro de una moral de aspiración en los términos

¹⁸⁸ Cfr. Mill, John Stuart, *El utilitarismo*, 3a. ed., trad. de Esperanza Guisán, Alianza, 2017, pp. 61-70.

¹⁸⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 432 y 433.

¹⁹⁰ Cfr. Ross, W.D., *Lo correcto y lo bueno*, 2a. ed., trad. de Leonardo Rodríguez Duplá, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2001, pp. 37-40.

como Fuller la entiende, ya que implica un cierto concepto de alcanzar la excelencia, aunque nada diga en qué consiste¹⁹¹.

En contraposición, existen valores que lejos de buscar estándares superiores, tienen como objetivo establecer condiciones mínimas para lograr la convivencia social¹⁹², es decir, su importancia radica en incluso hacerla posible, o evitar que se debilite o desaparezca. Tales valores son los que satisfacen una función cimentadora.

Los mejores ejemplos están contenidos en las reglas del discurso recabadas por Alexy luego de hacer un repaso y crítica hacia algunos filósofos morales, y en este caso, específicamente a Hare. Alexy interpretó el principio de universalidad de Hare, y obtuvo una premisa a la que llamó «*la regla mínima*», la cual consiste en que todos los casos que son como *a*, deben ser tratados como *a*¹⁹³.

La regla descrita, y otras similares, constituyen elementos mínimos para siquiera estar en aptitud de llevar a cabo una discusión. El reconocer que a diario participamos e interactuamos con otras personas, supone al menos la existencia de reglas que plantean pretensiones de corrección¹⁹⁴; son estas pautas que contienen presupuestos morales de respeto y libertad, las que hacen posible la existencia de la misma sociedad, por lo que su permanencia resulta imprescindible en cualquier contexto donde interactúen personas.

Hasta aquí, las funciones de los valores reseñadas han obedecido a una escala que va desde las bases o estándares mínimos de la sociedad hasta sus mayores aspiraciones. Sin embargo, no todos los valores necesariamente encuadran en esos únicos dos supuestos, como se verá a continuación.

c) Garantizar individualidad. Al igual que el inciso anterior, algunos valores tienen como función establecer el inicio y soporte de la sociedad. De entre ellos, los relacionados con la autonomía, ocupan un peldaño especial, porque tienen la

¹⁹¹ Cfr. Fuller, Lon. L., *op. cit.*, pp. 25 y 26. Sobre la clasificación de la moral planteada por Fuller, véase el apartado 1.1. titulado «*Conceptos fundamentales de la filosofía moral*».

¹⁹² Cfr. *Ibidem*, pp. 39 y 40.

¹⁹³ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumenta...*, *cit.*, 2014, pp. 80 y 81.

¹⁹⁴ Cfr. Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón*, México, Anthropos, 2015, pp. 36 y 37.

habilidad para establecer un enlace sistemático entre la persona con el orden social, por lo que, sirven incluso para fincar las bases futuras de la colectividad¹⁹⁵.

En efecto, con la idea de que el valor del ser humano reside en su capacidad de autodeterminación, automáticamente se transforma la perspectiva acerca de las reglas de convivencia social, pues las reflexiones referentes a cómo se debe constituir esta última, tienen que dar cabida a los intereses y necesidades de sus miembros¹⁹⁶.

En sociedades occidentales actuales, como el Estado mexicano, los valores que tienen como función garantizar la autonomía de las personas, aluden a términos como «*dignidad*», que implica el tratar a un ser humano no como un medio para ser utilizado, sino como un fin en sí mismo, capaz de planificar su futuro¹⁹⁷.

Tal es la relevancia de la individualidad, que autores como Dworkin sostienen que sin importar los desacuerdos entre las naciones, o entre nosotros mismos sobre religión, derechos políticos o economía, todos deben ser tratados como seres humanos cuya dignidad es de importancia fundamental, por lo que ningún gobierno que suponga que algunas personas son de inferior estirpe, condone la humillación y la tortura por diversión puede afirmar que está adherido a una concepción inteligible de la dignidad humana¹⁹⁸.

Otro ejemplo de valor que garantiza la individualidad de la persona es la «*libertad*», cuyas concepciones y alcances específicos serán desarrollados ampliamente en el Capítulo III. Por ahora, basta mencionar que una idea quizá demasiado genérica sobre la libertad, implica la existencia de un nexo entre el «yo *individual*» y la sociedad, en la que las ideas de lo que es el bien para el individuo, contienen al mismo tiempo instrucciones para el establecimiento del orden social legítimo¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cfr. Honneth, Axel, *El derecho de la libertad*, trad. de Graciela Calderón, Buenos Aires, Katz Editores, 2017, p. 29.

¹⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 30.

¹⁹⁷ Cfr. Bieri, Peter, *La dignidad humana*, trad. de Francesc Pereña Blasi, Barcelona, Herder, 2017, p. 26.

¹⁹⁸ Cfr. Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 408-411.

¹⁹⁹ Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, p. 30.

Expresado de otra manera, la libertad es un valor que tiene, entre varias funciones más, un papel garante de la individualidad porque acepta que el valor del sujeto humano reside en su capacidad para la autodeterminación. Tal es su importancia, que los reclamos de justicia de la Modernidad solo son legitimados públicamente cuando hacen referencia de una u otra forma a la autonomía del individuo²⁰⁰.

Aunque más adelante se profundice en torno a estas ideas, debe decirse desde este momento, que la libertad no es entendida en este trabajo como la eliminación de imposiciones desde el exterior, o hacer siempre lo que se quiere. Comprender la libertad de esa manera sería incluso socialmente peligroso, o como Bloch describe «*una perfecta imagen del caos*»²⁰¹.

Esta percepción de la libertad, en la que todo individuo debe gozar el derecho de actuar a «*sus anchas*», sin restricciones externas y sin depender de la coerción de examinar sus motivos, conocida comúnmente como «*libertad negativa*», encuentra su contraste con la diversa llamada «*libertad reflexiva*», la cual estima que una acción no puede considerarse libre solo por el hecho de que sea ejecutada sin obstáculo, sino porque la intención de hacerla tiene su origen en la voluntad propia²⁰².

La libertad reflexiva es el instrumento que lleva a cabo la transición de las funciones de los valores que garantizan la individualidad, hacia los valores que suprimen el egoísmo que se verán a continuación, pues si la libertad constituye un acto reflexivo y esta reflexión es interpretada como un proceso de toda la vida de articulación del propio yo, entonces la concepción que resulte de justicia debe poder hacer posible un sistema en el que cada individuo pueda autorrealizarse sin perjudicar a los demás²⁰³.

d) Control del egoísmo. Este quizá es el papel que más acorde esté con la concepción generalizada de lo que se entiende como «*bueno*» o «*correcto*».

²⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 31 y 32.

²⁰¹ Cfr. Bloch, Ernst, *op. cit.*, pp. 278 y 279.

²⁰² Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

²⁰³ Cfr. *Ibidem*, pp. 58 y 59.

Para entender en qué consiste la función que los valores cumplen de controlar el egoísmo, primero es importante saber qué es el egoísmo. En términos generales, es la doctrina que sostiene que cada persona debe perseguir su propia y más alta felicidad como fin último, y aunque admite que los medios en ocasiones impliquen proporcionar placer o felicidad a otros, no olvida que ese no es el fin, sino la manera en que es feliz él mismo²⁰⁴.

La doctrina del egoísmo evidentemente se ha quedado limitada para explicar la función de los valores, ya que no tiene una respuesta para todos aquellos casos en los que las acciones de las personas no derivan de su autointerés, tales como salvar la vida de alguien en riesgo de la propia, negarse a confesar o proporcionar cierto tipo de información ante una la comisión de tortura, o el simple hecho de desear la felicidad de algún individuo cuando resulta notorio que en nada mejorara nuestra condición actual²⁰⁵.

Sin embargo, aun con todas las objeciones posibles hacia el egoísmo, es innegable la existencia de pensamientos de esa naturaleza, por lo que una función de los valores es controlar y reducir en la mayor medida posible los comportamientos egoístas. A continuación, un ejemplo de este tipo de valores que está ligado estrechamente con la idea de controlarlo: la justicia.

El contexto actual ha demostrado que la distribución de recursos, oportunidades, beneficios, ventajas, roles, cargos, y responsabilidades en general, varían de acuerdo con cada sociedad, sistema jurídico o modelo económico²⁰⁶; estas circunstancias fácticas en las que una persona posee gran parte de riquezas económicas y al mismo tiempo miles apenas tienen para alimentarse, han generado la existencia de otros valores que la sociedad reconoce como valiosos, como la justicia.

En efecto, autores como Hume señalan que la justicia deriva de un artificio y la convención de las personas, la cual sirve para establecer ciertas reglas, que

²⁰⁴ Cfr. Moore, George Edward, *Principia ethica*, 2a. ed., trad. de Adolfo García Díaz y Ana Isabel Stellino, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2018, pp. 176 y 177.

²⁰⁵ Cfr. Harman, Gilbert, *op. cit.*, p. 163.

²⁰⁶ Cfr. Finnis, John, *op. cit.*, p. 196.

restringan su egoísmo y su limitada generosidad. Es una especie de circularidad en la que el interés por uno mismo es el motivo originario para establecer la justicia, pero al mismo tiempo, tiene aprobación moral por la simpatía que genera del interés público por suprimir o controlar actos egoístas²⁰⁷.

Rawls amplía esta idea, y señala que a menudo, podemos sentirnos tentados a hacer trampa cuando vemos la posibilidad, por lo que se pierde de vista el interés de conservar las convenciones sociales. Pero, incluso con ese actuar egoísta, nunca dejamos de notar el daño que se nos hace cuando sufrimos la injusticia de los demás, o aun sin sufrirla de manera directa, nos desagrada lo que consideramos injusto. Esto es debido a que tales acciones las consideramos nocivas para la sociedad²⁰⁸; de ahí que la justicia cumpla con su función de controlar el egoísmo.

Hasta aquí se han expuesto cuatro funciones primordiales que desempeñan los valores morales, que van desde la obtención de los cimientos y principios básicos para mantener la existencia de una vida social, hasta las aspiraciones máximas de la humanidad, o bien, de la protección de la individualidad a controlarla para restringir egoísmos desmedidos. Todos los roles descritos, son de suma relevancia para comprender la vida como la conocemos.

Ante la importancia que representa la existencia de valores en las sociedades contemporáneas, resulta pertinente preguntarse si realmente pueden tener la característica de unilateralidad atribuida por autores como Máynez. La respuesta inmersa en este trabajo es que a pesar de que efectivamente existen valores cuya obligatoriedad no puede exigirse, tal circunstancia no puede constituir una regla, ya que gran parte de los valores, sobre todo los colectivos, tienden a ser bilaterales.

Algunos valores cuyas funciones son tan primordiales como constituir las bases de la sociedad o garantizar la colectividad, no pueden ser del todo unilaterales, pues con independencia que a través de las generaciones las personas los asimilen casi sin darse cuenta, varios de ellos suelen ser impuestos por diversos mecanismos, e incluso llegan a catalogarse como obligatorios.

²⁰⁷ Cfr. Hume, David, *Tratado de...*, cit., pp. 667 a 671.

²⁰⁸ Cfr. Rawls, John, «Hume III. La Justicia como virtud artificial», en Herman, Bárbara (comp.), *op. cit.*, p. 101.

Los mecanismos por los cuales los valores se tornan obligatorios se clasifican operacionalmente para los fines de esta investigación, de dos maneras: no institucionalizados e institucionalizados. Las formas no institucionalizadas serán todas aquellas que pueden estar o no reguladas en cualquier sistema jurídico, pero que, no estarán garantizadas por él, o bien, aunque lo estén, no son ni pueden ser sancionadas; en contraposición, los medios institucionalizados requerirán forzosamente estar incluidos en sistemas jurídicos, además de estar efectivamente garantizados.

Dentro de las formas no institucionalizadas para que un valor se convierta en obligatorio, el mejor ejemplo se encuentra en las guerras, revoluciones, o cualquier movimiento que necesariamente implique el uso de la violencia como medio comisivo.

Sobre el tema de violencia, esta puede ser entendida de múltiples formas, desde el simple ejercicio de la fuerza física de un individuo o un grupo en el cuerpo de un tercero o terceros sin el consentimiento de estos últimos, hasta una connotación más sociológica como agresiones de índole institucional. Cualquiera que sea el carácter que se le atribuya, la violencia siempre será incompatible con las normas propias de una sociedad civil, la solidaridad, libertad e igualdad de las personas, debido a que las víctimas adquieren la calidad de objeto, al que se puede agredir de cualquier manera como un animal perseguido en la caza²⁰⁹.

Ahora bien, cabe aclarar que para comprender a cabalidad el fenómeno de la violencia, es primordial saber que esta constituye siempre un medio, así lo sostiene Walter Benjamin, en su famoso ensayo «*Para la crítica de la violencia*», al referir que solo puede ser ubicada en el reino de los medios y no en el de los fines, y puntualizó que, dentro de los postulados del derecho natural, esta solo se emplea para el servicio de fines justos²¹⁰.

²⁰⁹ Cfr. Keane, John, *Reflexiones sobre la violencia*, trad. de Josefa Linares, Madrid, Alianza, 2000, pp. 61-63.

²¹⁰ Cfr. Benjamin, Walter, «Para la crítica de la violencia», en Murena, H.A. (comp.), *Ensayos escogidos*, trad. de H.A. Murena, Buenos Aires, El cuenco de la plata, 2010, pp. 153 y 154.

Es sabido que la afirmación del derecho natural descrita por Walter Benjamin no es del todo apegada a la realidad, ya que la violencia no siempre es ocupada con fines que la mayoría consideraría como justos, sin embargo, en ocasiones, como refiere Keane, un análisis ético de la violencia debe afrontar la posibilidad, de que en ciertos momentos y lugares sea el único recurso para construir o desarrollar una sociedad civil tolerante, pluralista y democrática²¹¹.

Es por esa razón que, doctrinalmente, se han justificado las guerras de agresión o intervencionismo humanitario, en las que la defensa internacional de los derechos humanos tiene carácter prioritario respecto de la soberanía de los Estados, por lo que el mantenimiento del orden internacional tiene la obligación y el derecho de intervenir e imponer con el uso de la fuerza, en aquellos casos en que el Estado es responsable de persecuciones de minorías religiosas, raciales, étnicas, crímenes de guerra, asesinatos, violaciones masivas o incluso genocidios²¹².

Escapa de la finalidad de esta investigación elaborar un estudio histórico sobre el impacto que han tenido la violencia y la guerra en la creación de los valores, resultaría tan extenso como una obra completa el detallar las múltiples revoluciones sociales que han marcado el paso desde el comunismo primitivo, esclavismo, feudalismo hasta el capitalismo²¹³, por lo que únicamente con fines explicativos, se mencionarán pequeños esbozos que pueden ser útiles para comprender los alcances de los movimientos violentos y armados.

Axel Honneth, por ejemplo, describe que no existió casi agrupación social que estuviera implicada en luchas por el reconocimiento social después de la Revolución Francesa que no escribiera en sus estandartes el lema de la libertad individual, ya que tanto simpatizantes de movimientos revolucionarios nacionales, defensores de la emancipación de la mujer, miembros del movimiento obrero, entre otros, lucharon contra formas jurídicas y sociales del menosprecio, a las que sentían incompatibles con las reivindicaciones de autorrespeto y autonomía individual²¹⁴.

²¹¹ Cfr. Keane, John, *op. cit.*, p. 67.

²¹² Cfr. Zolo, Danilo, *La justicia de los vencedores*, trad. de Elena Bossi, Madrid, Trotta, 2007, p. 71.

²¹³ Cfr. Guillén, Abraham, *Teoría de la Violencia*, Buenos Aires, Jamcana, 1965, p. 13.

²¹⁴ Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, p. 31.

La aseveración de Honneth es respaldada por Barberis, quien al hablar de la libertad como el punto de partida del liberalismo, expresó que al menos a partir de las tres grandes revoluciones occidentales (inglesa, americana y francesa), muchas doctrinas políticas consideran a la libertad como el valor fundamental, y específicamente el último de estos tres movimientos, fue el que modificó ese «*status*» originalmente reservado a algunos sujetos, para extenderlo a todos los ciudadanos o a todos los hombres²¹⁵.

Ya se dijo que la violencia necesariamente constituye un medio y nunca un fin, o en términos de Hannah Arendt, es instrumental, porque siempre precisa de una guía y una justificación hasta lograr lo que persigue²¹⁶; lo hasta ahora expuesto, explica cómo la violencia es una herramienta sumamente efectiva para derrocar sistemas e imponer ciertos valores en su lugar, como la libertad descrita en párrafos precedentes, pero nada dice respecto a cómo se mantienen estos valores vigentes.

En efecto, si la violencia no es un fin en sí mismo, entonces tampoco puede tener la fuerza suficiente para mantener la vigencia de un valor, ya que, de hacerlo, el valor dejaría de tener su principal característica: su corrección. Se actualizaría una contradicción performativa²¹⁷ porque, a manera de ejemplo, nadie consideraría valiosa la dignidad humana o siquiera relevante si existiese una agresión reiterada para mantenerla.

Debido a que los mecanismos no institucionalizados como la violencia o las guerras, carecen de garantías para el mantenimiento de la vigencia de los valores que sean congruentes con la propia corrección que tienen aparejada, es que surgen los medios institucionalizados para promoverlos, y garantizar su respeto y corrección sin que pierdan su esencia.

²¹⁵ Cfr. Barberis, Mauro, *Ética para juristas*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Trotta, 2008, pp. 89-92.

²¹⁶ Cfr. Arendt, Hannah, *Sobre la violencia*, trad. de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 2005, p. 70.

²¹⁷ Una contradicción performativa consiste en una contradicción entre una aserción explícita y una aserción implícita, en la cual la última se acepta como presupuesta necesariamente al llevar a cabo el acto que contiene la aserción explícita. La contradicción entre lo implícito y lo explícito es lo que explica el absurdo. Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., p. 65.

El mecanismo institucionalizado por excelencia para atribuir a los valores la calidad de obligatorios, se halla en las normas jurídicas. Incluso autores naturalistas como Finnis reconocen la relevancia del derecho para promover y garantizar comportamientos que las personas consideran valiosos, al señalar que hay bienes que solamente puede ser conseguidos mediante las instituciones humanas, y exigencias de la razonabilidad práctica que solo estas instituciones pueden satisfacer²¹⁸.

El impacto que el derecho y específicamente las leyes, tienen sobre el cumplimiento, y la vigencia de los valores morales, radica en la propia obligatoriedad intrínseca que la legislación posee. Aunque en ocasiones los sistemas jurídicos tienen origen en actos violentos como revoluciones o guerras, lo cierto es que su obligatoriedad ya no es improvisada, desordenada, y mucho menos equiparable a los actos que lo originaron, ya que después de estabilizarse, su validez y coercibilidad deriva de ciertos principios, pautas o reglas generales.

Uno de tales principios, es el de la publicidad del derecho, el cual implica que, la legislación, a diferencia de otro tipo de acciones que suelen ser desaprobadas socialmente, es dada a conocer para que pueda ser aplicada. Cuando Hegel habló de la publicidad, señaló que los gobernantes que han dado a sus pueblos un derecho ordenado y determinado, no solo se vuelven sus mayores benefactores, sino que además ejercen un gran acto de justicia²¹⁹.

La importancia de la publicidad en el derecho y sus leyes, radica en un principio que Fuller advirtió cuando expuso su famosa «*moral interna del derecho*», donde expresó que no puede haber una base racional para aseverar que una persona tenga obligación de obedecer una norma que no existe, o que se mantiene en secreto para él²²⁰.

Además de la publicidad, Fuller describió otra serie de elementos que originan una obligatoriedad derivada de una especie de reciprocidad entre el gobierno y los ciudadanos, y que componen la llamada «*moral interna del derecho*». No obstante

²¹⁸ Cfr. Finnis, John, *op. cit.*, p. 37.

²¹⁹ Cfr. Hegel, G. W. Friedrich, *op. cit.*, p. 305.

²²⁰ Cfr. Fuller, Lon. L., *op. cit.*, p. 49.

en el Capítulo III se hablará con más detalle sobre sus componentes, vale la pena mencionar algunos, entre ellos, la generalidad del derecho.

La generalidad del derecho, no es entendida por Fuller como la mayoría lo hace, es decir, como el principio en el que el derecho debe ser impersonal, sino como algo más obvio, esto es, que en el derecho deben existir reglas y no es posible proceder caso por caso porque de lo contrario su propia naturaleza sería un fracaso²²¹.

El derecho, a diferencia de otro tipo de mecanismos no institucionalizados, es coercible porque regula supuestos generales, y en el caso de los valores morales, son incontables las disposiciones legales que expresamente señalan su obligatoriedad. Sin la necesidad de realizar un ejercicio de derecho comparado, basta resaltar que en cualquier sistema jurídico existen instituciones que además de sostener el aparato gubernamental, velan por el cumplimiento de ciertas conductas que comúnmente protegen algo llamado «*bienes jurídicos tutelados*».

Estos bienes jurídicos, coinciden por regla general con valores que determinada sociedad considera como valiosos. En el caso de los delitos, la tipificación del secuestro busca proteger la libertad personal, el delito de violación pretende garantizar la libertad sexual de las personas, la prohibición de la tortura tiene como intención el respeto a la integridad física, y una lista extensa puede seguir.

Pero no basta que el derecho esté conformado por reglas para que de esta forma imponga la obligatoriedad de los valores, para ello resulta necesario integrar otros elementos descritos por Fuller en su moral interna del derecho, como es el caso de la promulgación y claridad de las leyes.

Por una parte, la promulgación, es coincidente con la obligación de que las leyes sean publicadas para que sean observadas. Los ciudadanos que acatan el derecho tienen por lo menos derecho a saber en qué consiste, de esta manera, el conocimiento que se tiene de la ley influye constantemente en forma indirecta en las acciones de muchos²²²; adicionalmente, la claridad es de suma trascendencia,

²²¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 56 y 57.

²²² Cfr. *Ibidem*, pp. 61 y 62.

debido a que una legislación oscura e incoherente puede hacer que la legalidad sea inaccesible para cualquiera, incluso irrealizable²²³.

Hasta ahora, los elementos descritos de la moral interna del derecho, sirven de base para justificar cómo el derecho dispone de herramientas de las que carecen los mecanismos no institucionalizados, y que hacen más simple la función de obligatoriedad de su contenido; sin embargo, esas características todavía no explican por qué un gran número de personas obedecen las disposiciones jurídicas.

En otras palabras, la publicidad, promulgación, claridad de las leyes, entre otras, únicamente constituyen un cúmulo de instrumentos que el propio derecho creó para que sean obligatorias ciertas conductas que protegen, promueven o garantizan valores, pero nada dice sobre el por qué la gente obedece al derecho.

Las causas pueden ser múltiples, y con independencia del modelo teórico que se adopte, como un contractualismo por egoísmo de Hobbes, ejercicios hipotéticos como el de Rousseau o Rawls, o las teorías más avanzadas del reconocimiento o de consenso descritas por Kaufmann, que comprenden al reconocimiento en una sociedad compleja donde el sistema político funciona cuando el sujeto se ajusta al sistema, o dicho de otra manera, que los sistemas de derecho solo pueden garantizar orden cuando la observancia del derecho está garantizada²²⁴, es innegable que el derecho existe porque también existen los desacuerdos que no pueden ser resueltos por la moral misma.

Tal como Alexy señala, numerosas son las exigencias morales y fines deseables que no pueden alcanzarse mediante la acción moral espontánea, la organización es necesaria y la organización presupone el derecho²²⁵. De ahí que resulte tan cierta la afirmación de Finnis relativa a que las leyes surgen de la naturaleza egoísta, pendenciera y litigiosa del hombre, donde solo en una sociedad de ángeles no habría necesidad de ellas²²⁶.

²²³ Cfr. *Ibidem*, pp. 74 y 75.

²²⁴ Cfr. Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de Ana María Montoya y Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 369.

²²⁵ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, *cit.*, p. 59.

²²⁶ Cfr. Finnis, John, *op. cit.*, p. 67.

Lo hasta aquí expuesto, representa para esta tesis la base del tránsito de moralidad social a la moralidad jurídica que será desarrollado en el siguiente apartado. Con la intención de que las ideas expresadas con anterioridad sean mejor comprendidas para abordar el tema subsecuente, enseguida se plasma una breve síntesis:

a) Todos los valores, sea internos o externos, necesariamente llevan consigo una carga de corrección.

b) Los valores morales pueden tener distintas funciones, que van desde crear los cimientos de la sociedad, hasta buscar el escalón más alto de la felicidad, o bien, desde el respeto de la individualidad, hasta el fomento de la colectividad y supresión del egoísmo.

c) Por regla general, los valores colectivos tienden a ser obligatorios por la sociedad.

d) Existen mecanismos para que un valor sea obligatorio, y estos pueden clasificarse en «*no institucionalizados*» e «*institucionalizados*».

e) El derecho, a través de la legislación, es un mecanismo institucionalizado para garantizar la obligatoriedad de los valores.

Al igual que en el apartado anterior, varias interrogantes surgen después de estas breves conclusiones. Una de ellas, es si el derecho es solo un mecanismo para garantizar ciertos valores de forma institucional, o si para garantizarlos, requiere llevarlos más allá de la positivización. Y si esto es correcto, si su impacto es suficiente para hablar de la existencia de una moral jurídica. Estas cuestiones constituyen el problema central del tránsito de la moralidad social a la jurídica y serán explicadas a continuación.

2.3. Moralidad jurídica

En una primera impresión, se podría objetar que la obligatoriedad de los valores desarrollada en el apartado anterior, no es otra cosa más que obligatoriedad de principios. Pero esta apreciación, además de no ser del todo correcta, requiere de ser puntualizada en los términos que se expondrán en los siguientes párrafos.

La primera precisión, es que un valor moral es distinto de un principio en derecho. Mientras en el modelo de los valores es lo mejor «*prima facie*», en los principios es debido «*prima facie*». Los valores son de carácter axiológico, los principios son de índole deontológica²²⁷.

Dentro del ámbito jurídico, los principios son entendidos por Alexy como «*mandatos de optimización*», es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, lo cual implica que pueden ser satisfechos en grados diferentes; de ahí que sean susceptibles de ponderarse con otros principios²²⁸.

Si se toma referencia la definición de principio proporcionada por Alexy, entonces será evidente que, a diferencia de un valor moral, los principios tienen como requisito esencial, el ser reconocidos por el sistema jurídico. Incluso hay quienes establecen que los principios desempeñan un papel estrictamente constitucional, debido a que no dicen nada sobre cómo actuar en situaciones concretas, sino únicamente proporcionan criterios para tomar posición ante este tipo de situaciones, pero que «*a priori*» aparecen indeterminadas²²⁹.

Con lo hasta aquí expuesto, tampoco debe resultar extraño afirmar que si un valor moral llega a ser reconocido por el derecho, entonces se convierte en un principio. Pero aunque esto es cierto de algún modo, el segundo aspecto a puntualizar, radica en que no puede pasar por alto que un valor moral no deja de serlo por el simple hecho que sea reconocido por el derecho.

Como se apuntó en el apartado 2.2, el derecho surge por la imposibilidad de que la moral resuelva los desacuerdos entre las personas. Eso significa que un valor jurídico califica a una conducta conforme a su adecuación para la vida humana en común. Empero, aunque un valor moral sea institucionalizado a través del derecho, es innegable que su calificación de corrección no derivará de lo que el sistema

²²⁷ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 125.

²²⁸ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2a., trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2013, p. 162.

²²⁹ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, p. 110.

jurídico determine, sino por una apreciación ética, o como Radbruch sostiene, su valor moral tendrá la calidad como buena y pura simplemente²³⁰.

Sobre esa línea argumentativa, un valor moral puede tener un carácter ambivalente, puede ser en el mismo momento tanto valor moral como valor jurídico. Es moral porque se considera éticamente correcto, y es jurídico porque el derecho lo reconoce en cualquiera de sus mecanismos.

Pero el alcance de los valores no está limitado a únicamente convertirse en principios luego de ser reconocidos por el derecho. Algunos de ellos, logran escalar un peldaño todavía más alto, suficiente como para infiltrarse en la manera en que es comprendido el derecho. Aquellos valores morales que tienen ese impacto, conforman lo que esta tesis define como «*moralidad jurídica*».

Ahora bien, la circunstancia de que el derecho esté compuesto por una moralidad jurídica, no implica desconocer o rechazar que al fenómeno jurídico se le atribuye, entre otras, la característica de la coerción.

La postura aquí defendida no controvierte ideas de corte positivista como la de Kelsen, quien concibe al derecho como un orden coactivo, una técnica social que consiste en que la situación social a la que se aspira, se consigue o se trata de materializar a través de la vinculación de la conducta humana a determinadas condiciones²³¹; ni tampoco la línea de pensamiento de autores contemporáneos como Raz, quien luego de analizar diversas posturas de Kelsen y Dworkin, concluyó que el derecho consiste en consideraciones positivistas autoritativas que los tribunales deben hacer cumplir²³².

En efecto, esta investigación no niega que la coerción constituye un elemento necesario para entender la naturaleza del derecho. Sin ella, las disposiciones jurídicas tendrían la misma vinculación que cualquier recomendación o pauta moral. La moralidad jurídica aquí propuesta, no busca controvertir las ideas positivistas que defienden la coercitividad como elemento intrínseco del derecho, únicamente

²³⁰ Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía...*, cit., p. 95.

²³¹ Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 57.

²³² Cfr. Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melon, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 225.

pretende sostener que existen ciertos valores que son tomados por el derecho, quien los incorpora más allá de convertirlos en principios.

Se dijo al final del Capítulo I, que a lo largo de este trabajo se defendería la idea de Alexy, referente a que el derecho tiene una doble naturaleza, una dimensión tanto real como ideal. Con independencia que más adelante se explicará en qué consiste, debe decirse que en términos amplios, la dimensión real parte de la idea que la necesidad de positividad se da por sentada, porque la aprobación autoritativa deriva de la exigencia de evitar los costos de la anarquía y la guerra, y asegurar las ventajas de vida social y la cooperación; por otro lado, la dimensión ideal se encuentra en la pretensión de que el derecho sea justo²³³. La particularidad de la moralidad jurídica, radica en que forma parte de ambas dimensiones como se verá en apartados subsecuentes.

Los valores específicos que componen la moralidad jurídica, serán ampliamente explicados en el Capítulo III. Ahora corresponde desarrollar cómo es que la moralidad jurídica se ha instituido y qué tipo de características generales tienen los valores que la componen. Para explicarlo, conviene hacer un breve recorrido acerca de la aceptación que las sociedades tienen sobre las normas jurídicas, el cual permitirá llegar a un argumento esencial para comprender en qué consiste tal dimensión ideal: la pretensión de corrección.

Cuando Hart criticó el modelo que concebía al derecho como una relación entre súbditos que prestan una obediencia habitual y un soberano que no obedece a nadie, advirtió que esa concepción simple no daba respuesta acerca de la obediencia ininterrumpida del sistema jurídico en el tiempo, esto es, cómo era posible que el derecho creado por un legislador antiguo, lo sea todavía para una sociedad posterior²³⁴.

Al problema del reconocimiento de la autoridad, Hart lo denominó un defecto de falta de certeza. La solución a tal defecto, culminó en la formulación de las conocidas reglas primarias y secundarias, en donde dentro de las segundas, introdujo la llamada «*regla de reconocimiento*», que podía asumir una enorme

²³³ Cfr. Alexy, Robert, *La doble naturaleza...*, cit., pp. 80 y 81.

²³⁴ Cfr. Hart, L.A., *op. cit.*, pp. 63-77.

variedad de formas, simples o complejas, desde un documento escrito a un monumento dotado de autoridad. Lo importante es que la referencia siempre esté revestida de autoridad, es decir, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla²³⁵.

La tesis de Hart fue a su vez estudiada y criticada por Dworkin, quien sobre la regla de reconocimiento advirtió que no puede ser válida en virtud que no está estipulada por una norma superior, lo cual significa que es la única norma de un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación²³⁶, rubro del que solo se mencionaron esbozos en el apartado anterior, pero que a continuación se retomará.

Esta última acotación es importante para los fines de este trabajo, porque a pesar de que el ataque de Dworkin al positivismo de Hart tomó un rumbo que culminó en la necesidad de principios y directrices políticas, es innegable que su aseveración tiene un impacto en la forma en que son concebidos los sistemas normativos. Porque sin importar de qué derecho se trate, sea tan básico como el de un soberano y sus súbditos, una estructura jerarquizada como la de Kelsen, o un modelo de reglas primarias o secundarias, el peldaño más alto o que sustenta la validez de las normas inferiores, no está supeditado a mayor validez que la aceptación de quienes viven en esas sociedades.

Lejos de los ejercicios hipotéticos contractualistas, difícilmente alguien se atrevería a decir que todas las personas que integran una sociedad aceptan de la misma manera las normas jurídicas que los rigen. Distintas son las razones y los niveles de aceptación que el derecho tiene hacia quienes va dirigido. De no haber tal discrepancia, o mejor dicho, de existir un consenso y aceptación total hacia el derecho, este último ni siquiera tendría razón de existir, sería tan superfluo como el mismo Kelsen describe, algo similar a «*encender una luz artificial cuando se disfruta de un sol resplandeciente*»²³⁷.

²³⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 115-118.

²³⁶ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2015, p. 70.

²³⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 50.

Debido a esta falta de uniformidad en el pensamiento de las personas, es imposible atribuir por completo la aceptación que tiene el derecho a la interioridad de los individuos hacia los que se dirige, o al menos hacerlo de manera uniforme, ya que es obvio que bastantes personas lo obedecen por simple obligación, e incluso otros lo rechazan.

Si esto es correcto, entonces la pregunta de por qué el derecho tiene aceptación general debe hallar parte de su respuesta en el mismo derecho, porque si este se limitara a imponer la coerción de manera indiscriminada, hace mucho se hubiera dejado de estudiarlo en las universidades. Entonces, ¿qué es lo que hace el fenómeno jurídico para garantizar una aceptación general de sus normas? La respuesta puede estar en la pretensión de corrección sostenida por Alexy.

Como se apuntó en el Capítulo I, Alexy defiende la idea que el derecho tiene inmersa una pretensión de corrección, la cual señala que los actos institucionales siempre están conectados con el acto no institucional normalmente implícito, de afirmar que el acto jurídico se produce de una manera sustancial y procedimentalmente correcta²³⁸. Dicho de otra manera, la pretensión de corrección trae aparejada una pretensión de fundamentabilidad²³⁹.

La importancia de la pretensión de corrección dentro del derecho, es de tal magnitud que el mismo Alexy describe que renunciar a ella, sería abandonar una práctica definida por las distinciones entre correcto y incorrecto, lo verdadero y lo falso, lo objetivo y lo subjetivo, e incluso la categoría del «*deber ser*» desaparecería. Para él, todos los sistemas jurídicos elevan necesariamente la pretensión de corrección, y si no la tienen, simplemente ese sistema no es jurídico²⁴⁰.

Para defender la existencia de la pretensión de corrección del derecho, Alexy se apoyó de la llamada «*contradicción performativa*», la cual fue brevemente explicada en una de las citas de este capítulo, pero que con el objeto de evitar regresiones innecesarias, vale reiterar que se trata de una contradicción entre una aserción explícita y una aserción implícita, en la cual la última se acepta como

²³⁸ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., p. 63.

²³⁹ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez...*, cit., p. 82.

²⁴⁰ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., pp. 65-69.

presupuesto necesariamente al llevar a cabo el acto que contiene la aserción explícita²⁴¹.

La contradicción performativa es ejemplificada, de entre otras maneras, en un hipotético fallo en el que un juez determina: «*se sentencia al acusado a la pena de prisión perpetua, a pesar de que esto es incorrecto, porque el derecho válido se interpretó de forma incorrecta*». Para Alexy, este tipo de sentencia es defectuosa, ya que la aserción explícita referente a que la sentencia es incorrecta, rompe con la aserción implícita relativa a que toda decisión judicial eleva siempre de una correcta aplicación del derecho, o dicho de otra manera, la contradicción entre lo implícito y lo explícito es lo que genera el absurdo²⁴².

Sobre este tópico, no es desconocido que la tesis de la pretensión de corrección formulada por Alexy ha sido objeto de diversas críticas, principalmente por parte de Eugenio Bulygin. A continuación, se analizarán un par de ellas.

En primer lugar, Bulygin sostiene que Alexy incurre en la siguiente contradicción:

Por un lado, Alexy afirma que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, como también los sistemas jurídicos formulan necesariamente una pretensión de corrección. Por consiguiente, la conexión entre el carácter jurídico de una norma y la pretensión de corrección es analítica, o -como lo formula Alexy- es una conexión clasificatoria. Por otro lado, Alexy afirma que la pretensión de corrección en el caso de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas tiene «*una relevancia exclusivamente cualificatoria*». Pero si se trata de una conexión meramente cualificatoria, entonces la pretensión de corrección no es necesaria en el caso de normas jurídicas aisladas; ellas son normas jurídicas, aun cuando no formulen tal pretensión²⁴³.

²⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 65.

²⁴² Cfr. *Ibidem*, pp. 63-65.

²⁴³ Alexy, Robert y Bulygin Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, trad. de Paula Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 45.

En síntesis, el argumento de Bulygin destacado, se centra en demostrar que es contradictorio afirmar que un sistema jurídico es tal, solo si contiene una pretensión de corrección, pero las normas jurídicas aisladas pueden no tener esa pretensión, e incluso así, continuar siendo jurídicas.

Otro razonamiento con el que Bulygin controvierte la postura de la pretensión de corrección, radica en sostener que Alexy, en su ejemplo del fallo judicial que incurre en una contradicción performativa, confunde dos funciones distintas del lenguaje. Porque un juez puede decir que su sentencia es justa o injusta, pero eso no se puede considerar como parte de la propia sentencia, debido a que esta última tiene una función específica de índole prescriptiva, y si el juez dice algo sobre su propia determinación, está haciendo una función descriptiva, expresando un punto de vista personal que no está relacionado con su comportamiento como juzgador²⁴⁴.

La respuesta que Alexy dio a los cuestionamientos de Bulygin, es por demás útil para la existencia de la «*moralidad jurídica*» que aquí se sostiene, pues marca una distinción importante de entre lo que se pretende, con lo que realmente se satisface. En líneas subsecuentes se explicará a detalle esta aseveración.

En principio, Alexy aclara que la pretensión de corrección tiene un papel clasificatorio, y de forma excepcional es cualificadorio. Es clasificatorio porque los sistemas jurídicos que no formulan la pretensión de corrección no son sistemas jurídicos, pero si la formulan y no la satisfacen, siguen teniendo ese carácter; luego, es cualificadorio tratándose de las normas jurídicas aisladas y decisiones judiciales, ya que, si estas no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección, únicamente conlleva a que son jurídicamente deficientes²⁴⁵.

Con la anterior afirmación, Alexy pone de manifiesto que la pretensión de corrección no ignora que los sistemas jurídicos pueden ser usados para fines completamente perversos contrarios a toda pauta de corrección. Lo que realmente busca, es demostrar que hasta los peores tiranos se esfuerzan por obtener una legitimación por medio de argumentos, o mejor dicho, que el derecho se vale de la

²⁴⁴ Cfr., *Ibidem*, pp. 49 y 50.

²⁴⁵ Cfr., *Ibidem*, pp. 54 y 55.

pretensión de corrección porque de ella obtiene una dimensión ideal que es necesaria y no contingente²⁴⁶.

Asimismo, Alexy insistió en que el ejemplo del fallo judicial que expresamente dice ser incorrecto, constituye una contradicción performativa. Por una parte, reconoce como cierta la afirmación de Bulygin relativa a que la calificación de la sentencia por parte del juez como incorrecta, efectivamente no tiene carácter prescriptivo, pero la pregunta sobre si la calificación de la sentencia como interpretación falsa puede ser parte de la sentencia no ha sido resuelta. La respuesta dependerá de qué se entiende por sentencia²⁴⁷.

Alexy consideró que Bulygin comprende las sentencias en su sentido estrecho, es decir, como simples decisiones, pero olvida que la sentencia en su sentido amplio, contiene elementos que van desde el nombre de las partes, fecha, y los fundamentos de la determinación judicial; de esta última percepción bien puede afirmarse que la sentencia que sostenga su propia incorrección es absurda, lo que actualiza la contradicción performativa²⁴⁸.

Para finalizar su respuesta a Bulygin, Alexy señala que las contradicciones performativas son meramente un medio con el cual se puede mostrar que ciertas reglas son necesariamente válidas²⁴⁹, y así también respaldar la tesis de la pretensión de corrección, que a su vez sirvió de base para que Alexy defendiera su postura acerca de la naturaleza dual del derecho. Pero el uso que esta investigación le dará a la pretensión de corrección es distinto, tiene un enfoque en el que a través de ella, se comprende que el derecho, además de ser válido, busca ser legítimo a través de un discurso en el que necesariamente está incluida la aquí llamada «*moralidad jurídica*». Si el derecho tiene una pretensión de corrección, eso significa que su discurso necesariamente incluye elementos axiológicos.

Tan luego se ha establecido que la moralidad jurídica se acota únicamente a aquellos valores morales que traspasan el umbral de positivización, incluso de nivel constitucional, debe entenderse en vía de exclusión, que un valor que solo se halla

²⁴⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 56.

²⁴⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 80.

²⁴⁸ Cfr., *Ibidem*, pp. 82 y 83.

²⁴⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 84.

en normas, no puede entrar en la categoría aquí propuesta, de ahí que a ningún fin conlleva exponer ejemplos de disposiciones de derecho positivo, pues además de correr el riesgo de incurrir en una falacia de generalización apresurada, solo se demostrarían algunas de las pretensiones que abarca el derecho, pero nada relevante acerca de su naturaleza.

Debido a la poca eficacia que tienen los ejemplos normativos para demostrar la existencia de la moralidad jurídica, surge la necesidad de buscar otras alternativas. Es aquí donde la aceptación del derecho y la pretensión de corrección juegan un papel importante, en virtud que prevén implícitamente que la moralidad jurídica solo puede perseguir cierto tipo de valores, y todos ellos deben estar encaminados a un ente específico: la persona.

Sin importar a qué corriente doctrinal se pertenezca, es complicado estar en desacuerdo con Finnis cuando afirma que el derecho, establecido para asumir un lugar directivo en el razonamiento práctico, existe en razón de las personas humanas: todos los miembros de la comunidad regulada por ese derecho y todas las otras personas incluidas en el ámbito del derecho²⁵⁰.

Efectivamente, aun cuando alguien mantenga una posición como la de Ernst Bloch, en la que se estime que la propiedad privada es la categoría dominante del derecho, al grado de que si la primera desaparece, el segundo también²⁵¹, no puede negarse que la propiedad privada existe, porque los seres humanos así lo dispusieron, el mismo Bloch lo reconoce al señalar que tal figura surgió como consecuencia de la división de trabajo y la facultad de disposición sobre fuerzas ajenas de producción y sus productos²⁵².

Y si esto no es suficiente, puede decirse que si bien la propiedad es un supuesto indispensable dentro del ámbito jurídico, es innegable que las situaciones que de ella se derivan, abarcan mayoritariamente relaciones de personas. Ejemplos son incontables, desde los contratos, los delitos que protegen el patrimonio,

²⁵⁰ Cfr. Finnis, John, «Teoría de la ley natural», trad. de Carlos I. Massini-Correas, en Saldaña Serrano, Javier y Massini-Correas, Carlos I. (eds.), *Estudios de teoría del derecho natural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 81.

²⁵¹ Cfr. Bloch, Ernst, *op. cit.* p. 323.

²⁵² Cfr. Bloch, Ernst, *op. cit.* p. 330.

licencias, permisos, autorizaciones y concesiones en materia administrativas, entre muchos otros.

Del mismo modo, incluso un sistema jurídico de acentuadas características capitalistas, siempre dirá que su finalidad última es la felicidad de las personas, a pesar de que en la realidad no se ponga en práctica. El discurso en esos casos es similar a lo que pretendía Radbruch que esta figura representara, esto es, que una unidad económica no solo exista en beneficio del interés adquisitivo de su propietario, sino al servicio del bienestar común, o en otras palabras, que tenga una función social²⁵³.

En suma, dentro de los valores que integran la moralidad jurídica no pueden incluirse aquellos estrechamente vinculados con la propiedad o factores económicos, que en resumidas cuentas, son derechos reales. De hacerlo, el derecho perdería su naturaleza de corrección porque colocaría a los factores materiales por encima de los personales. Es por eso que la moralidad jurídica solo puede estar compuesta por valores relacionados con la persona.

Otra característica primordial de los valores que componen la moralidad jurídica, se obtiene de lo expuesto en el apartado 2.1. titulado «*Moralidad social*», y se trata de su generalidad. Por generalidad de valores entiéndase valor social. Este rasgo deriva de dos razones: un valor social es menos subjetivo que un valor interno o particular, y a diferencia de este último, puede ser coercible, con lo que satisface la dimensión real del derecho.

Sobre el tema de la subjetividad, autores del Siglo XVII como Locke, saben que los hombres tienen principios prácticos opuestos, y que al estudiar la historia de la humanidad, se puede obtener que los valores que pudieran ser comunes en cualquier comunidad, serán solo aquellos absolutamente necesarios para la conservación de la sociedad humana²⁵⁴, es decir, valores sociales.

El ejemplo perfecto de valores internos o particulares que definitivamente no pueden componer la moralidad jurídica, se encuentra en el modelo de imperativos

²⁵³ Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía...*, cit., p. 95.

²⁵⁴ Cfr. Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2a. ed., trad. de Edmundo O'Gorman, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 47.

de Hare explicado en el Capítulo I, en específico los enunciados que derivados de reglas generales, son transformados para fijar nuevas reglas regidas por múltiples excepciones. A continuación, esto será explicado con mayor claridad.

Para Hare, las reglas morales son generales, y aparentemente hasta aquí no debería existir problema, porque es correcto observarlas en la mayoría de los casos; sin embargo, esa generalidad va perdiendo presupuestos para la subsistencia de la sociedad y la postre se convierte en valores internos, pues Hare añade excepciones que aunque para él solo transforman la regla moral en una nueva²⁵⁵, lo cierto es que estas nuevas pautas se dejan al libre albedrío de quien las decide aplicar.

Cualquier moral que lleve al extremo el libre albedrío particular, no puede formar parte de la moralidad jurídica. Tal conclusión obedece a que la moral jurídica está constituida únicamente por valores morales que superan el ámbito fáctico del derecho y llegan al aspecto conceptual. Si una moral particular integrase la moral jurídica, se actualizaría un absurdo, porque al ser particular, solo impactaría hasta la normativa vigente de uno o varios sistemas jurídicos, y quizá hasta sus principios constitucionales, pero no sería universal en ningún supuesto.

Por otro lado, tampoco todos los valores morales sociales forman parte de la moralidad jurídica aquí explicada. Solo pueden aspirar a serlo aquellos que puedan ser objeto de la coercibilidad del derecho, siempre que no pierdan su naturaleza de corrección. Este requisito es primordial, evita la posibilidad que un valor pierda su significado en aras de sacrificarlo por la naturaleza coercitiva del derecho.

Un ejemplo de este tipo de valor que no puede conformar la moralidad jurídica por las circunstancias mencionadas, es la felicidad, aspiración que la sociedad acepta generalmente como correcta, debido a que como Kant refiere, ser feliz es el anhelo de todo ser racional porque representa la conciencia del agrado de la vida, que acompaña permanentemente toda su existencia²⁵⁶; sin embargo, la felicidad no puede ser objeto de coercibilidad, por la sencilla razón que al serlo, dejara de ser felicidad y terminará siendo imposición.

²⁵⁵ Cfr. Hare, Richard M., *op. cit.*, p. 16.

²⁵⁶ Cfr. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, trad. de Dulce María Granja Castro, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 22, 23 y 27.

En contraposición, valores sociales como la justicia, son compatibles con la coercibilidad del derecho sin perder su propia corrección. Aunque en el capítulo posterior se profundice sobre el significado de este valor para la naturaleza del derecho, por ahora basta decir que así como es innegable que el concepto de justicia es cambiante y lleno de significados, también es cierto que la gran mayoría de personas aspiran a que la justicia se materialice.

En efecto, Ernst Bloch sostiene que cada quien cree saber lo que es justo, pero a pesar de las discrepancias que puedan originarse, con la palabra «*justicia*» siempre se quiere significar que las cosas sean como deben ser, sean adecuadas y por tanto, en su quicio²⁵⁷.

El papel del derecho en la justicia, surge precisamente porque dos o más personas tienen una disputa en la que cada quien considera tener la razón bajo el amparo de una causa justa. Aquí aparece que llamada «*justicia distributiva*» a la que Radbruch hizo referencia, consistente en aquella en la que se requieren por lo menos tres personas, una que impone cargas o distribuye las ventajas, que está en relación superior respecto a las otras dos, y que en ella tengan validez las relaciones de subordinación y suprasubordinación²⁵⁸.

La justicia distributiva entendida como Radbruch lo hacía, llevada al contexto de las sociedades presentes, involucra la existencia de tribunales y otros entes jurídicos que tienen como función principal, la de resolver controversias. Cuando el derecho interviene para dirimir conflictos entre personas, necesariamente emplea su dimensión real a través de la coercibilidad de sus decisiones, pero al mismo tiempo lleva aparejada una pretensión de justicia donde el valor moral está presente.

Luego, a diferencia de otros valores como la felicidad, la justicia no pierde su naturaleza de valor social por el hecho de ser objeto de coercibilidad mediante mecanismos jurídicos. El mismo Bloch, de forma literal reconoce «*una vez pronunciada la sentencia, es preciso inclinarse ante ella, y la vida pacífica continúa hasta la próxima*»²⁵⁹.

²⁵⁷ Cfr. Bloch, Ernst, *op. cit.* p. 51.

²⁵⁸ Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía...*, *cit.*, p. 95.

²⁵⁹ Cfr. Bloch, Ernst, *op. cit.* p. 54.

Si toda persona rechazara una sentencia que considera desfavorable y en su lugar hiciera lo que considera como justo, como arrebatar por la fuerza una propiedad o empleara medidas como la Ley del Tali3n, entonces la justicia en s3 misma no tendr3a sentido alguno, y el derecho tampoco.

Es as3, que de este apartado se obtienen las siguientes ideas principales:

a) Un valor moral es diferente de un principio. Y aunque un valor moral puede ser reconocido por el derecho como principio, ese hecho 3nicamente tendr3 como consecuencia que el valor moral posea un car3cter ambivalente: ser3 moral porque tiene una carga de correcci3n, y ser3 jur3dico porque el derecho lo reconoce.

b) Un valor moral puede estar presente en normas jur3dicas, desde normas que menor nivel o jerarqu3a, hasta disposiciones constitucionales.

c) Existen valores que escalan un pelda3o m3s alto, esto es, que rebasan el plano de la positivizaci3n y llegan al umbral conceptual del derecho. Estos valores, que dotan al derecho de una pretensi3n de correcci3n y aceptaci3n, comprenden la llamada «*moralidad jur3dica*».

d) Los valores que integran la moralidad jur3dica, deben satisfacer tres condiciones necesarias: ser valores que estrictamente se refieran a personas, tienen que ser valores sociales, y adem3s, ser compatibles con la coerci3n como dimensi3n real del derecho, sin que eso sacrifique su propia correcci3n.

Los valores que componen a la «*moralidad jur3dica*», ser3n catalogados como «*valores morales jur3dicos*», de ah3 el t3tulo de esta investigaci3n. En este apartado se explic3 qu3 caracter3sticas deben poseer; el siguiente, se dedicar3 a explicar en qu3 consisten y c3mo traspasan el plano de la positivizaci3n para alcanzar a modificar la forma en que es comprendido el derecho a nivel conceptual.

2.4. Los valores morales jur3dicos. Su alcance en torno a la naturaleza del derecho

A todo valor moral que cumpla los presupuestos descritos al final del apartado anterior, puede a3adirse la expresi3n «*jur3dico*». El t3rmino completo «*valor moral jur3dico*» define a todo valor moral que siempre estar3 presente en la naturaleza del

derecho, ya sea de manera explícita o implícita. Valores que son necesarios en la dimensión ideal, y materializados en la dimensión real. Si el valor moral jurídico desaparece por completo en alguna de estas dimensiones, entonces no se puede hablar de la existencia de un sistema jurídico. Un valor moral jurídico no solo justifica cómo la moral es incorporada por las instituciones del derecho, también explica la existencia de la necesaria conexión entre derecho y la moral. Cada una de estas aseveraciones se desarrollará puntualmente este apartado.

Pero antes de comenzar, se debe partir de la idea que la definición de cualquier concepto, siempre es útil para comprender su naturaleza. En términos generales, una definición, es una herramienta del lenguaje en la que, mediante un enunciado o varios, se determina el significado de un término o de una expresión compuesta que sirve para designar a un objeto. La forma estándar de una definición está integrada por un vocablo llamado «*definiendum*», y un «*definiens*» consistente en la expresión usada para definirla²⁶⁰.

Dentro de otro nivel de lenguaje, existen definiciones que no solo determinan el significado de objetos, sino que su alcance llega a cuestiones extralingüísticas, es decir, explican el significado de palabras. Estas últimas forman parte del denominado «*metalenguaje*»²⁶¹, y dentro de ellas se encuentran los intentos por explicar al derecho.

Para algunos autores como Guastini, la búsqueda por desentrañar la naturaleza del derecho, es una actividad eminente y meramente conceptual que responde a problemas de formulación y organización del conocimiento, y por tanto, ya no pertenece al metalenguaje, sino a un «*meta-metalenguaje*»²⁶².

Pues bien, con independencia de la postura que se adopte en torno a qué clasificación merece la explicación de la naturaleza del derecho, debe aclararse que dentro del mundo de las definiciones, por más exhaustiva que estas puedan ser, se tornará imposible o al menos complicado, definir un objeto, palabras o formular conocimiento en su totalidad, de ahí que, inevitablemente, siempre existe la

²⁶⁰ Cfr. Guastini, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 20 y 21.

²⁶¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 22 y 23.

²⁶² Cfr. *Ibidem*, pp. 25 y 26.

posibilidad de omitir o dejar de lado algún elemento relevante, por lo que resulta necesario, en ocasiones, dar por supuestas sin mayor explicación estas partes que pudieron omitirse.

Es por esa razón que el intento por explicar, no solo la naturaleza del derecho, sino algún otro concepto jurídico, por regla general contendrá elementos explícitos y otros que se dan por sentados, y aunque los primeros sean el signo distintivo o el sello particular de cada autor, sin los segundos, la definición propuesta carecería de sentido. A continuación, varios ejemplos:

John Austin definió a la ley positiva como aquella establecida por una persona soberana, o por un cuerpo soberano de personas que no tiene un hábito de obediencia a un superior humano determinado, para un miembro o los miembros de la sociedad que sí tiene el hábito obediencia o sumisión a ese soberano²⁶³.

En el caso de la definición de ley positiva por parte de Austin, los elementos explícitos radican en la figura del soberano y el hábito de obediencia. Sin embargo, para que la explicación de ley positiva guarde cierta congruencia, se requiere de varios presupuestos implícitos, uno de ellos, radica en el término «*independencia*».

Dentro del planteamiento de Austin, la explicación de ley positiva se agota en la definición señalada en líneas precedentes, pero él mismo reconoce que para comprenderla, debe entenderse que el soberano o cuerpo de soberanos, son independientes de los miembros de la sociedad que obedecen los mandatos, y viceversa, estos miembros son dependientes o súbditos²⁶⁴. Sin la existencia de los alcances de la expresión «*independencia*», no se podría explicar el hábito de obediencia y el alcance que tiene la figura del soberano.

Otro ejemplo de la importancia del contenido implícito, está en la manera en cómo Hegel entiende al derecho. Dentro del §29, de «*Principios de la filosofía del derecho*», señala que «*el que una existencia sea existencia de la voluntad libre, constituye el derecho, que es, por lo tanto, la libertad en cuanto idea.*»²⁶⁵

²⁶³ Cfr. Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de Juan Ramón de Páramo Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 198 y 199.

²⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 199 y 200.

²⁶⁵ Hegel, G. W. Friedrich, *op. cit.*, p. 106.

Comprender la connotación que Hegel le dio a esa definición no es algo sencillo, incluso representa al menos saber que tal percepción de derecho se plasmó en la introducción de los tres apartados de su obra, y que todos son coextensivos, es decir, en cada uno de ellos se expresa la idea del derecho, su concepto y su realización, con diferentes niveles de análisis en profundidad de la realidad jurídica²⁶⁶.

A partir de la lectura de la obra de Hegel, se advertirá que su definición inicial está repleta de elementos que no están explicitados, pero que a lo largo del texto se detallan y en conjunto, conforman un panorama más amplio del pensamiento hegeliano, por ejemplo, que la idea de la libertad tiene varias determinaciones particulares que Hegel da por sentadas, y que sin ellas, no se podría llegar a lo que más adelante denomina «*libertad autoconsciente*».

La moralidad, la eticidad, y el Estado, también son tópicos de los que se ocupa con posterioridad; elementos que están implícitamente presupuestos, y cada uno constituye un derecho peculiar, porque cada una de esas figuras, es para él una determinación y existencia de la libertad²⁶⁷.

Finalmente, un tercer caso en el que una definición contiene elementos implícitos, se expone el concepto de «*principios*» que hiciera famoso Alexy, y quien los concibe como «*mandatos de optimización*», caracterizados porque se tratan de normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, o en otras palabras, que pueden cumplirse en diferente grado desde de las posibilidades jurídicas determinadas por los principios y reglas opuestos²⁶⁸.

Para entender la definición de Alexy, no basta con acudir a la literalidad de los enunciados que la componen, se requiere ir más allá. Primeramente, la definición trae aparejada la necesaria existencia de dos principios que son opuestos en casos concretos, y que si bien Alexy lo menciona de forma expresa, esto trae como consecuencia dos conceptos esenciales, la colisión y la posterior ponderación.

²⁶⁶ Cfr. Amengual Coll, Gabriel *La moral como derecho. Estudio sobre la moralidad en la filosofía del derecho de Hegel*, Madrid, Trotta, 2001, p. 52.

²⁶⁷ Cfr. Hegel, G. W. Friedrich, *op. cit.*, p. 108.

²⁶⁸ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *cit.*, p. 125.

Tanto la ley de colisión como la ponderación son explicadas ampliamente por Alexy en «*Teoría de los derechos fundamentales*» y otras obras; y aunque válidamente se puede alegar que la definición de principios comprende explícitamente los dos términos mencionados, es innegable que su desarrollo se plantea en otros apartados de sus textos.

El punto al que se pretende llegar con los ejemplos de definiciones jurídicas, consiste en poner en evidencia que reducir el significado de un objeto, palabra, o formular conocimiento, a uno o varios enunciados será imposible hasta para las personas más especializadas en determinada materia, en este caso, el derecho.

Y aunque algunos autores tengan obras o textos completos donde se obtenga mayor información sobre su pensamiento, es innegable que no pueden considerarse como elementos explícitos en sus definiciones centrales, ya que algunos de estos temas merecen un especial desarrollo y tienen sus propias connotaciones, al grado que incluso pueden hallarse en otras obras.

Debido a estas circunstancias, en ocasiones las definiciones deben dar por sentados ciertos presupuestos; justificar cada elemento de una definición a través de particularidades inherentes a cada uno, es una labor incluso complicada para quien plantea una teoría, y aún más para aquellos que solo tienen como objetivo definir significados.

Al respecto, la tesis de los valores morales jurídicos, no descarta la infinidad de definiciones que ha tenido y seguramente tendrá el derecho durante el transcurso del tiempo. Lo que se plantea, es que todos los componentes de las definiciones, buscan explicar la naturaleza del derecho, y al mismo tiempo tales componentes se integran por otros que están implícitos, o bien, están presupuestos.

Expresado de otra manera: a una definición o explicación sobre la naturaleza de algún objeto o de una palabra, en este caso el derecho, se le puede requerir cierto grado de profundidad en torno a los elementos que integran tal definición o explicación, y al llegar a esa explicación, invariablemente se hallaran temas que quizá el autor que propone la definición ni siquiera pensó cuando la formuló, precisamente porque los dio por sentados.

Excavar en los puntos más recónditos de una definición, y de esta manera buscar demostrar la existencia de valores morales, pareciera implicar un cuestionamiento incisivo que necesariamente lleve a los resultados pretendidos de quien cuestiona los alcances de la explicación, y podría refutarse que al pedir una fundamentación para todo, hasta obtener una respuesta «*ad hoc*», solo llevaría las cosas a cualquiera de las alternativas inaceptables planteadas por el «*trilema de Münchhausen*».

En efecto, de pedir al que define o explica ese tipo de fundamentación extrema, se llegaría a una de las siguientes tres alternativas: a) un regreso al infinito, en el que habría necesidad de remontarse siempre en la búsqueda de fundamentos, pero que nunca proveería de fundamentos seguros; b) un círculo lógico, surgido porque en el procedimiento de la fundamentación se recurre a enunciados que ya antes se habían mostrado como enunciados que requieren fundamentación; o, c) una interrupción del procedimiento en un punto determinado, que implicaría una suspensión arbitraria del principio de fundamentación suficiente²⁶⁹.

En cualquiera de los tres puntos del trilema, la búsqueda de valores morales dentro de las premisas de autores que explican la naturaleza del derecho, probablemente culminaría en un dogmatismo, ya que en algún lugar tiene que ser suspendida la fundamentación del que propone la definición y algún elemento ya no podrá ser cuestionado²⁷⁰; sin embargo, la tesis de los valores morales jurídicos no busca llegar a esos extremos, o mejor dicho, pretende no apelar a indagar en la fundamentación última de definiciones, ante el riesgo de caer en dogmas.

En otros contextos, como en las teorías del discurso, se puede escapar del trilema de Münchhausen si la exigencia de fundamentación ininterrumpida es sustituida por una serie de exigencias en la actividad de fundamentación; Alexy llama a estos requerimientos como «*reglas del discurso racional*», las que a pesar de tampoco garantizar la certeza de todo resultado, lo caracteriza como racional²⁷¹.

²⁶⁹ Cfr. Albert, Hans, *Tratado sobre la razón crítica*, trad. de Rafael Gutiérrez Girardot, Buenos Aires, Sur, 1973, pp. 25 y 26.

²⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

²⁷¹ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 177.

La salida que la tesis de los valores morales jurídicos plantea en torno al trilema, tiene una connotación similar, pero con distinto alcance. Tal como sostuvo Alexy, la racionalidad es un buen sustituto para la imposibilidad de llegar a una certeza definitiva y absoluta del significado o naturaleza de los objetos, palabras y conocimiento. La diferencia entre la tesis de las reglas del discurso racional y la de los valores morales jurídicos, radica en que la segunda no puede valerse de sustituir la exigencia de fundamentación, porque precisamente los valores morales jurídicos, son elementos que fundamentan cualquier explicación acerca de la naturaleza del derecho.

Esta última aseveración, de inmediato excluye en la tesis de los valores morales jurídicos los primeros dos supuestos del trilema: el regreso al infinito y el círculo lógico.

En el caso del primero, un ejemplo que no es propiamente acerca de la naturaleza del derecho, puede ser el siguiente: Spinoza define a Dios como un ser absolutamente infinito²⁷². Un regreso al infinito sobre la fundamentación de su definición, puede derivar de una serie ilimitada de preguntas que nunca serán suficientes para el que cuestiona. El ejercicio hipotético podría ser, preguntar por qué Dios es un ser absolutamente infinito, a lo que se respondería que es porque no puede tener fin ni término; nuevamente se cuestionará por qué no tiene fin ni término, y se contestaría que es debido a no contar con límites, y continuaría la serie de preguntas y respuestas sin encontrar un final.

Pues bien, en el caso de los valores morales jurídicos no puede existir tal regreso al infinito, porque precisamente los valores morales jurídicos fundamentan la naturaleza del derecho; y aunque tales valores también deben justificar su aparición, como así se hará en el Capítulo III, las premisas que los constituyen deberían gozar de la suficiente racionalidad para no exigirles una fundamentación adicional, de lo contrario no proveerían de ningún fundamento seguro.

En un segundo término, los valores morales jurídicos también excluyen de forma tajante incidir en el círculo lógico descrito por el trilema. Un supuesto

²⁷² Cfr. Spinoza, Baruch, *Ética demostrada según el orden geométrico*, 3a. ed., trad. de Vidal Peña, Madrid, Alianza, 2011, p. 57.

hipotético de ese círculo, en el que en el procedimiento de la fundamentación se recurre a enunciados que ya antes se habían mostrado como enunciados que requieren fundamentación, podría acontecer si a Spinoza se le preguntara a qué llama «*libre*», y este respondiera que a aquellas cosas que existen en virtud de la sola necesidad de su naturaleza y que son determinadas por sí solas a obrar²⁷³.

El círculo se daría de la siguiente forma: cuestionarle por qué el término «*libre*», conlleva a cosas que son determinadas por sí solas, y que este respondiera que es debido a la inexistencia de impedimentos para hacerlo; la nueva pregunta consistiría en por qué no hay tales impedimentos, y el círculo se cerraría cuando Spinoza contestara que es porque aquello es libre.

Dentro de la justificación de los valores morales jurídicos, no puede ni debe actualizarse un círculo lógico. Para entenderlo con mayor claridad, cabe adelantar que la libertad es considerada por esta investigación como un valor moral jurídico. En este sentido, la justificación de la libertad como elemento necesario dentro de la naturaleza del derecho, versará en explicar por qué el derecho tiene que ser comprendido a través de la idea de la materialización de libertad, y qué características tiene esta última para ser estimada de esa manera; pero la explicación que pueda darse, nunca tendrá como fundamento que regresar al punto de partida y afirmar que la libertad es un valor moral jurídico porque pertenece al derecho.

La tercera alternativa establecida en el trilema de Münchhausen, es quizá la más difícil de evadir, porque en principio se ha sostenido que los valores morales jurídicos están en ocasiones implícitos en la naturaleza del derecho, y puede refutárseles que el camino de su obtención, emana de una suspensión arbitraria en el proceso de fundamentación.

La solución que aquí se plantea para que los valores morales jurídicos no sean un dogma arbitrario dentro del proceso de fundamentación, consiste en que los mencionados valores no constituyen por sí mismos la fundamentación final, sino que a su vez deben estar sustentados por otra serie de premisas, y estas premisas,

²⁷³ Cfr. *Ídem*.

no estarán dotadas de certeza absoluta, pero sí de racionalidad en términos de las reglas del discurso de Alexy.

Este amplio paréntesis referente a la explicación acerca de los procesos de fundamentación, ha sido útil para sostener unas cuantas afirmaciones en torno a los valores morales jurídicos que se enlistan a continuación:

a) Las posturas acerca de la naturaleza del derecho contienen elementos explícitos e implícitos;

b) Los elementos implícitos pueden ser los fundamentos, complementos o base de la explicación del contenido explícito;

c) Los aspectos implícitos deben ser a su vez justificados al menos en un proceso básico de fundamentación, lo que garantizará escapar del trilema de Münchhausen, así como la racionalidad de su inclusión implícita; y,

d) Los valores morales jurídicos, siempre están presentes en la naturaleza del derecho, ya sea de forma explícita o implícita.

Todas las aseveraciones anteriores encuentran respaldo en líneas precedentes, con excepción de la última, relativa a la presencia específica de los valores morales jurídicos en la naturaleza del derecho, la cual será el tema que se abundará a continuación. Para ello, es necesario profundizar sobre el breve esbozo apuntado en el Capítulo I, y en el apartado anterior «*La moralidad jurídica*», cuando se habló que el derecho tiene una doble naturaleza comprendida por una dimensión real y otra ideal, pues la presencia explícita o implícita de los valores morales jurídicos, varía de acuerdo con cada dimensión del derecho.

En aquellos apartados, se expuso que autores como Alexy sustentan su filosofía del derecho con base en la premisa que el derecho tiene una doble naturaleza, comprendida por una dimensión real o fáctica, así como una dimensión ideal o crítica, en donde el aspecto fáctico se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, mientras la dimensión ideal se encuentra ligada a la corrección moral²⁷⁴.

Al referirse a la dimensión real, Alexy alude a la coerción como el elemento central de la eficacia social del derecho. Para él, la inclusión de la coerción en el

²⁷⁴ Cfr. Alexy, Robert, *La doble naturaleza...*, cit., p. 25.

concepto de derecho es adecuada a su objeto, porque es necesaria si se busca cumplir en la mayor medida posible sus funciones formales básicas, ya que un sistema de reglas que en ningún caso autoriza el uso de sanciones, no es un sistema jurídico²⁷⁵.

Por su parte, el complemento a la dimensión fáctica o real de la naturaleza del derecho, es la dimensión ideal, la cual se encuentra materializada en la pretensión de corrección ampliamente explicada en el apartado anterior, y que en obvio de mayores repeticiones puede resumirse en un planteamiento en el que se sostiene algo porque es correcto, aunque en la práctica deje de serlo o lo sea en menor grado.

En este sentido, y al retomar lo abordado en relación con los elementos explícitos e implícitos en las definiciones, y en el caso específico, de la naturaleza del derecho, la tesis de los valores morales jurídicos plantea que estos se encuentran necesariamente presentes en ambas dimensiones de forma explícita o implícita, tanto en la ideal como en la real, aunque en la segunda su aparición pueda ser en menor grado.

Sobre la aparición de los valores morales jurídicos en la dimensión ideal del derecho, no cabría mayor discusión, su presencia ya sea explícita o implícita, incluso es necesaria porque la dimensión ideal precisamente es la carga de corrección del discurso jurídico. Es por esa razón, que en la señalada dimensión ideal, los valores morales jurídicos deben estar obligatoriamente presentes.

En relación con la dimensión real, surgen dos problemas al aseverar que los valores morales jurídicos están presentes. El primer obstáculo, obedece a que ante la carga de un valor moral en la dimensión real, se puede argüir que esa inclusión de corrección constituye precisamente la dimensión ideal del derecho. El segundo aspecto a superar, consiste en que, a pesar del discurso de corrección, los valores morales jurídicos no siempre se materializarán. Enseguida se estudiarán estos planteamientos.

Sobre el primer aspecto, esta investigación sostiene que los valores morales jurídicos deben estar implícita o explícitamente presentes en la dimensión real de la

²⁷⁵ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., p. 45.

naturaleza del derecho, y que esta presencia de moralidad no necesariamente es la misma a la que alude la dimensión ideal.

Si bien a lo largo de este capítulo, se ha dicho que la dimensión real del derecho se ocupa la eficacia social y la coerción, mientras que la dimensión ideal está enfocada en la carga moral, lo cierto es que la moralidad incluida en la dimensión ideal no se refiere a la materialización de los valores contenidos, sino únicamente al discurso jurídico, pues el derecho tiene la pretensión de ser justo.

Una forma de comprobar lo anterior, consiste en verificar la propuesta de Alexy del argumento de corrección como elemento de la dimensión ideal del derecho, en la que evidenció las contradicciones performativas en que incurre una constitución que sostenga «*X es una república soberana, federal e injusta*»²⁷⁶, o bien, un hipotético fallo judicial que diga «*se sentencia al acusado a la pena de prisión perpetua, a pesar de que esto es incorrecto, porque el derecho válido se interpretó de forma incorrecta*»²⁷⁷.

De ambos textos, el mismo Alexy destaca los absurdos que se actualizan, pues lo que se pretende implícitamente al expedir una constitución o una sentencia, radica en su corrección, o bien, en que el procedimiento que los que emanan, derivaron de actos procedimentalmente correctos²⁷⁸.

Pues bien, a diferencia de la dimensión ideal, donde la presencia de los valores morales jurídicos es discursiva, en el caso de la dimensión real del derecho, los valores morales jurídicos son incluidos en esta última porque su presencia es fáctica, es decir, alcanzan cierto grado materialización. Para explicarlo, vale la pena hacer mención de un ejemplo.

El artículo 14 de la Constitución mexicana señala que nadie puede ser privado de su libertad, propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. De su contenido, se puede validar que el valor moral está presente en la dimensión ideal, pues la disposición constitucional plantea

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 92.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 63.

²⁷⁸ *Cfr. Ibidem*, pp. 63 y 92.

implícitamente una carga moral de sostener la corrección que conlleva un debido proceso.

Sin embargo, en lo que corresponde a la dimensión real, su actualización no solo está ligada con la coerción, sino también con la eficacia social en los términos expuestos en líneas precedentes, razón por la cual, el valor moral estará presente en este último aspecto. En el caso específico del debido proceso, su materialización está constatada porque en México existen órganos jurisdiccionales estatales y federales que se encargan de la impartición de justicia.

Con el ejemplo anterior, y muchos otros donde el discurso de corrección se encuentra impregnado en el sistema jurídico, se satisface la dimensión ideal de la naturaleza del derecho. Con su materialización, es decir, con acciones que guardan relación con la eficacia del sistema jurídico, se cumple la presencia del valor moral jurídico en la dimensión real del derecho; con lo que se vence el primer problema planteado en párrafos precedentes.

Queda pendiente el otro obstáculo, relativo a que los valores morales jurídicos no siempre se materializan. Sobre este aspecto, la tesis de los valores morales jurídicos señala que, si el valor moral desaparece en cualquiera de las dos dimensiones de la naturaleza del derecho, tal sistema simplemente deja de ser jurídico, y esto incluye de forma obligada a la dimensión real.

Este último impacto del que se le dota al valor moral jurídico, tiene una connotación similar a la que Radbruch da a la justicia, y que dio origen a la que posteriormente sería llamada la Fórmula Radbruch, citada en apartados anteriores en su versión sintetizada, pero que en texto completo dice:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se resolvió con la primacía del derecho positivo sancionado, aun cuando por su contenido sea injusto e inadecuado para beneficiar al pueblo, hasta que la contradicción entre la seguridad jurídica y la justicia alcance una medida tan intolerable que el derecho, en tanto «derecho injusto», deba ceder a la justicia²⁷⁹.

²⁷⁹ Cfr. Radbruch, Gustav, «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», trad. de Alejandro Nava Tovar, en Nava Tovar, Alejandro (ed.), *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 220.

La Fórmula Radbruch, ha sido resumida por Alexy como «*la injusticia extrema no es derecho*»²⁸⁰. Su premisa principal sintetizada por Alexy es relevante porque reconoce la coerción y la eficacia social pertenecientes a la dimensión real de la naturaleza del derecho, e incluso permite que normas expedidas de manera apropiada, sean eficaces aun cuando sean injustas²⁸¹, pero al mismo tiempo, introduce otra premisa consistente en que debe existir una mínima materialización del valor, en este caso la justicia, para que el sistema siga siendo jurídico, porque de lo contrario, se deja de hablar de derecho.

La diferencia sustancial entre la Fórmula Radbruch y la tesis de los valores morales jurídicos, podría ser vista como la distinción entre género y especie. Mientras que la tesis de los valores morales jurídicos alude a diversos presupuestos morales incluidos en la naturaleza de derecho, la Fórmula Radbruch solo hace una alusión a uno de ellos, la justicia, que vale también adelantar, es un valor moral jurídico que se desarrollará ampliamente en el último capítulo.

Pero es la similitud, o el principio que rige a la Fórmula Radbruch, la que da sentido a la aseveración relativa a que los valores morales jurídicos tienen que ser materializados, al menos en un grado minúsculo, para que un sistema pueda ser catalogado como jurídico.

Es por esa razón, que un valor moral jurídico no es solo aquel que se pregona o plantea en el discurso moral de la dimensión ideal del derecho, sino también debe poder ser percibido fácticamente por la sociedad a la que se destina el sistema jurídico. En el caso de la justicia, Radbruch precisa en «*Cinco minutos de filosofía del derecho*», que premiar un asesinato de un oponente político mientras se castiga con penas crueles y degradantes los mismos hechos cometidos contra los correligionarios, significa que no hay justicia ni derecho²⁸²; esta es la esencia de la justicia, y los demás valores morales jurídicos en la dimensión real del derecho.

Por tales motivos, sistemas que, a pesar de tener una administración moderna, eficiente, con espíritu de invención científica, organización, técnica desarrollada e

²⁸⁰ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, cit., p. 70.

²⁸¹ Cfr. *Ídem*.

²⁸² Cfr. Radbruch, Gustav, «Cinco minutos de filosofía del derecho», trad. de Alejandro Nava Tovar, en Nava Tovar, Alejandro (ed.), *op. cit.*, p. 210.

instituciones que en principio presupondrían la integración de un modelo jurídico, no pueden serlo cuando tienen como proyecto la matanza masiva hacia un pueblo, como el caso del nazismo²⁸³.

Por lo contrario, pueden darse casos en los que, hasta un tirano o totalitarista, satisfaga en un mínimo grado su discurso impregnado de valores morales hacia los gobernados, y en este caso, se puede hablar de la materialización del valor moral jurídico, presupuesto indispensable para que su sistema tenga la connotación de jurídico.

Pues incluso el tirano sabrá que para mantener su poder, no bastan simples discursos que en principio cumplen la dimensión ideal del derecho, sino que será necesario realizar acciones mínimas para que en la mente de aquellos a quien va dirigida, exista un mínimo de confianza; si un tirano habla de valores como la libertad, justicia, equidad, o cualquier otro, no puede emplear acciones diametralmente opuestas, porque si bien en principio tendría éxito en sus pretensiones a través de la imposición del miedo, la historia ha demostrado que los regímenes caen por el descontento social.

Es de esta manera que, tal como se indicó al comienzo de este apartado, los valores morales jurídicos son necesarios en la dimensión ideal, y materializados en la dimensión real, y su desaparición en cualquier de estas dimensiones, no solo conlleva a un sistema defectuoso, sino a la inexistencia del sistema jurídico mismo.

Para finalizar se considera que, con las premisas hasta aquí desarrolladas, es suficiente para respaldar la última aseveración del párrafo inicial de este apartado, relativa a que un valor moral jurídico no solo justifica cómo la moral es incorporada por las instituciones del derecho, sino también explica la existencia de la necesaria conexión entre derecho y moral.

Como se planteó al comienzo del primer capítulo, la tesis de los valores morales jurídicos no tuvo como objetivo comprender qué es y/o cómo debe ser un

²⁸³ Cfr. Safranski, Rüdiger, *El mal o el drama de la libertad*, trad. de Raúl Gabás, México, Tusquets Editores México, 2014, p. 230. Cabe señalar, que Safranski únicamente describe cómo funcionó el asesinato de judíos, y se transformó el delito en un proceso de trabajo. La descripción es útil para describir lo que no constituye un sistema jurídico en los términos señalados.

sistema de normas jurídicas, su verdadero propósito consistió en indagar si existen determinados valores que surgen o encuentran su fundamento en el derecho, y que a la postre formen parte de él.

Es por ese motivo, que este Capítulo II, partió de un análisis acerca de qué tipo de valores integran una sociedad, desde valores personales hasta colectivos, para continuar con la verificación en torno hasta qué punto unos u otros podrían resultar obligatorios en contextos generales. Con base en tal camino, se justificó la incorporación de la moral en las instituciones jurídicas, pues solo estas últimas son capaces de hacer obligatorio a un valor a través de un mecanismo institucionalizado sin perder su propiedad de corrección.

Por otra parte, la conexión entre el derecho y la moral que sostiene la tesis de los valores morales jurídicos, existe porque los valores morales requieren del derecho para materializarse y perdurar en el tiempo, y debido a la necesidad de la sociedad por mantenerlos, los valores escalan peldaños que comienzan en la positivización dentro de la norma jurídica, continúan su ascenso para transformarse en principios constitucionales, y finalizan su proceso para añadirse a la naturaleza del propio derecho.

Sin los valores morales jurídicos, el derecho simplemente dejaría de ser siquiera parecido o conceptualizado como es conocido en la actualidad, incluso en sistemas donde la gran mayoría considera que hay grandes injusticias o desigualdades, ya que como se expuso a lo largo de este capítulo, la dimensión ideal del derecho, exige que un discurso jurídico que presuponga corrección de forma implícita o explícita, mientras que la dimensión real requiere una mínima materialización de ese discurso, porque de lo contrario, el derecho no sería distinto a las órdenes generales respaldadas por amenazas, cuyo modelo ha sido criticado y ampliamente superado desde el siglo pasado por personajes como Hart²⁸⁴.

Con lo hasta ahora explicado en este Capítulo II, se ha pretendido sostener la que la naturaleza del derecho no solo es coercitiva, sino también valorativa, y que en ambos lados están presentes una serie de exigencias morales, y aunque tales valores pudieron surgir por distintas circunstancias sociales y no solo jurídicas, a la

²⁸⁴ Cfr. Hart, L.A., *op. cit.*, pp. 24-26.

postre se han arraigado tanto en la naturaleza del propio derecho, que se han vuelto parte de él.

Con el objetivo de simplificar este apartado, así como la totalidad de este capítulo donde se encuentra inmersa gran parte de la propuesta de la tesis de los valores morales jurídicos, a continuación, se sintetizan algunas de las ideas principales dentro de los siguientes enunciados, que servirán para comprender la estructura de la postura de este trabajo:

a) Los valores morales no necesariamente son personales, también hay valores inculcados, promovidos o impuestos por factores externos.

b) Algunos valores morales provenientes de factores externos, tienden a ser valores colectivos.

c) Los valores morales provenientes de factores externos, o colectivos, componen la llamada «*moralidad social*».

d) La moralidad social puede llegar a ser obligatoria.

e) La obligatoriedad de la moralidad social puede ser institucionalizada o no institucionalizada.

f) La obligatoriedad institucionalizada deriva del derecho.

g) El derecho, dentro de los sistemas jurídicos puede contener valores morales en normas jurídicas, desde normas de menor nivel o jerarquía, hasta disposiciones constitucionales.

h) Existen valores que, adicionalmente, rebasan el plano de la positivización y llegan al umbral conceptual del derecho.

i) Los valores que rebasan el plano de la positivización, comprenden la llamada «*moralidad jurídica*».

j) Los valores que integran la moralidad jurídica, deben satisfacer tres condiciones concurrentes: ser valores que estrictamente se refieran a personas, tienen que ser valores sociales, y además, ser compatibles con la coerción como dimensión real del derecho, sin que eso sacrifique su propia corrección.

k) Si un valor satisface los presupuestos descritos, puede formar parte de la «*moralidad jurídica*», y a su vez, ser catalogado como «*valor moral jurídico*».

l) Un valor moral jurídico, está presente de manera explícita o implícita en la naturaleza del derecho.

m) El valor moral jurídico es necesario en la dimensión ideal del derecho en cuanto a la corrección del discurso, y debe ser mínimamente materializado dentro de la dimensión real.

n) Si un valor moral jurídico desaparece por completo tanto en la dimensión ideal como real del derecho, el sistema que lo integre no solo es defectuoso, sino que deja de ser jurídico.

En breves términos, todos los incisos descritos representan la estructura general de la tesis de los valores morales jurídicos, donde se explica el camino de la moral hacia el derecho y a su vez se fundamenta la relación entre ambos.

Como pudo verse a lo largo de este capítulo, y en el resumen contenido en líneas precedentes, el derecho y la moral están estrechamente unidos, tanto que el primero requiere del segundo para definirse y subsistir; además, que tal correspondencia puede ser vista de forma distinta a como se acostumbra en los libros de filosofía del derecho, esto es, en lugar de una relación justificada porque el derecho crea normas morales o porque tiene un discurso de corrección, la tesis de los valores morales jurídicos hizo un tránsito desde el tipo de valores morales que integran a una sociedad, hasta como su institucionalizan.

Pero esto solo compone el esqueleto de la teoría, pues hasta este momento únicamente se han mencionado pequeños esbozos de algunos de los valores morales que encajan con los lineamientos de la tesis, pero no se han enlistado en su totalidad, y tampoco se ha expuesto por qué satisfacen tales requisitos.

Luego de llevar a cabo la investigación correspondiente en torno a cuáles son los valores que acorde con su origen, naturaleza y funcionalidad, satisfacen todas las exigencias para ser llamados «*valores morales jurídicos*», se estima que provisionalmente, son cuatro: libertad, seguridad jurídica, justicia e igualdad. Las posturas filosóficas y jurídicas sobre sus significados y alcances, las dotan de las particularidades necesarias para considerarlos valores que se encuentran en ambas dimensiones de la naturaleza del derecho. Sobre cada uno de ellos se ocupará el siguiente capítulo.

III. El contenido de la moralidad jurídica

El presente capítulo tiene como principal objetivo exponer las razones por las que la justicia, igualdad, libertad y la seguridad jurídica, son cuatro valores morales que satisfacen los estándares de la tesis de los valores morales jurídicos y, por tanto, forman parte de la moralidad jurídica explicada en el Capítulo II.

Aunque no con el mismo orden, la estructura del estudio de todos los valores mencionados será encauzada en términos similares, y con la debida oportunidad se realizarán las acotaciones o variaciones en el orden que sean pertinentes en atención a las particularidades de cada uno.

En principio, cada valor será tratado desde un esbozo general, el cual consistirá en contextualizar la manera en cómo han sido estudiados o son concebidos desde el ámbito filosófico, y en algunos casos, tal estudio tendrá como implicación acudir a una breve descripción histórica. Con estas bases, se pretende demostrar que los valores en cuestión, efectivamente son valores morales colectivos, cuya garantía y vigencia es de vital importancia para la vida en sociedad.

Dentro del proceso de análisis, también se contará con una serie de reflexiones acerca de la presencia de los valores morales descritos en las dimensiones ideal y real del derecho, o dicho en otras palabras, por qué forman parte del discurso y de qué forma se materializan. A través de estas ideas, se busca corroborar que los valores morales no solo han sido acogidos por el derecho, sino que este los ha incorporado dentro de su naturaleza.

Por último, un tercer aspecto que abarcará el estudio de estos valores, estará enfocado en la explicación de por qué la justicia, igualdad, libertad y la seguridad jurídica son catalogados por esta tesis como «*valores morales jurídicos*», esto es, si además que el derecho necesita de estos valores en el plano conceptual, satisfacen los tres requisitos que debe tener todo valor moral jurídico y que se especificaron en el capítulo anterior.

Para terminar esta breve introducción del capítulo, no está de más reiterar que el hecho de que únicamente se hable de cuatro valores morales jurídicos, no es una limitante para que, con posterioridad, puedan añadirse otro tipo de valores que

satisfagan el estándar fijado en apartados precedentes, y que por ende, puedan ser considerados valores morales jurídicos; por ahora, la propuesta que aquí se incluye, únicamente comprende estos cuatro valores porque la actualidad del derecho así lo permite. En épocas anteriores, incluso la tesis permitiría la integración de menos valores, pero en el futuro, las posibilidades son inciertas. Una de las ventajas de la teoría de los valores morales jurídicos, es su adaptabilidad en el tiempo.

Hechas las observaciones preliminares, corresponde hablar del primer valor moral jurídico: la justicia.

3.1. Justicia

Uno de los primeros problemas para hablar acerca de cualquier valor moral, es que en ninguno de ellos existirá una definición aprobada por unanimidad ante la comunidad filosófica o jurista, o ni siquiera un consenso mayoritario. Mucho dependerá del contexto en el que sea explicado el valor y del alcance que se le pretenda dar.

La justicia y los demás valores morales jurídicos no son la excepción a esta regla y tampoco es el objetivo de este trabajo definir qué son, pero lo que sí se pretende, es demostrar su racionalidad, así como la identificación de mínimos criterios de objetividad que sirvan para incorporarlos de la moral social a la moralidad jurídica.

Desde el Capítulo I, se mencionó que el concepto de justicia es un tema discutido de siglos atrás, incluso desde la época de Sócrates y Platón²⁸⁵. Sin embargo, por diversas razones, aunque el transcurso de la historia ha sido de gran importancia para permitir que, en múltiples áreas del conocimiento pueda llegarse a hablar de certezas, no ha sucedido lo mismo en otras áreas de índole valorativa como la justicia.

Uno de los grandes primeros obstáculos que representa su análisis incide en el hecho que incluso en la actualidad, existe una larga lista de situaciones de la

²⁸⁵ Para mayor referencia, véase Capítulo 1.2.

vida cotidiana, en las que cada persona cree saber lo que es justo²⁸⁶, sin que sea posible llegar a un consenso.

En efecto, hay demasiados ejemplos de juicios de valor donde se pregona la justicia como elemento para justificar una opinión. La pena de muerte, la eutanasia, el aborto, la desigualdad por virtud del empleo, el feminismo, posturas partidistas y políticas, son pocas de las muchas situaciones sociales donde cualquier persona considera que la razón le asiste bajo el argumento de la justicia.

Cuestiones como las descritas, donde cada quien está convencido de saber qué es lo justo aun cuando en un caso concreto los puntos de vista difieran entre todas las partes interesadas, han obligado a llegar a extremos de afirmar que el término «*justicia*» no es susceptible de conocimiento racional, y por ende, que trasciende toda experiencia²⁸⁷.

Pero a pesar de existir opiniones desfavorables en torno a la racionalidad o a la calidad epistémica que pudiese tener reflexionar sobre cuestiones morales como la justicia, filósofos morales y políticos han hecho increíbles esfuerzos para darle un lugar especial de atención, y aunque escapa de los fines de esta investigación explicar cada una de sus concepciones y además resulta imposible, vale la pena mencionar de manera general sobre qué versan, pues de esta forma se podrán obtener ciertas conclusiones que ayudarán a validar la racionalidad que representa el valor moral, y su importancia como valor moral jurídico.

Como preámbulo y sin la intención de explicar cada una de las formas en que es entendida la justicia, cabe decir que autores como Chaim Perelman clasifican las concepciones más corrientes de la justicia, en aquellas que la definen como dar a cada quien: a) la misma cosa, b) según sus méritos, c) según sus obras, d) según sus necesidades, e) según su rango o f) según lo que la ley le atribuye²⁸⁸.

Todas estas vertientes o formas en que es entendida la justicia, pueden a su vez encuadrar en otras maneras de explicarla: la justicia distributiva y la justicia conmutativa. La primera, tiene por objeto la igualdad que toma en cuenta las

²⁸⁶ Cfr. Bloch, Ernst, *op. cit.*, p. 51.

²⁸⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 57.

²⁸⁸ Cfr. Perelman, Chaim, *De la justicia*, trad. de Ricardo Guerra, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1964, p. 17.

capacidades y los esfuerzos individuales para la atribución de las ventajas, en este tipo de justicia pudiera embonar la premisa de «*a cada quien sus méritos*». Por su parte, la justicia conmutativa no se ocupa de la vida individual toma en conjunto, pretende alcanzar la igualdad en todo acto jurídico, y está ligada a una justicia que restablece una igualdad afectada por otro²⁸⁹, en este tipo de clasificación, encuadra la justicia entendida como dar a quien según sus necesidades o según lo que la ley le atribuye.

Cabe resaltar que tanto la justicia distributiva como la justicia conmutativa, son conceptos que tienen su origen desde Aristóteles, quien precisamente estimó que la justicia distributiva hace alusión a que lo justo debe estar acuerdo con ciertos méritos, por lo que es una especie de proporción, mientras que la justicia conmutativa alude a que la ley trata a todos como iguales, y en casos de disputa, una juez restablece la igualdad²⁹⁰.

Pero aun cuando la generalidad y terreno donde circundan las teorías de la justicia antiguas y contemporáneas pareciera abarcar la totalidad de aspectos en los que el valor moral puede transitar, existen un par de aristas o perspectivas adicionales que pueden ayudar a comprender el fenómeno de la justicia y cómo puede ser estudiado, y en este apartado se hablará de cada una de ellas.

Cada una de estas perspectivas adicionales bien pueden complementarse y a la postre integrar una tesis completa. En la primera de ellas, el problema de la justicia es abordado desde un punto de vista teórico, donde a través de ejercicios hipotéticos, se busca indagar qué tipo de instituciones son las que resultan más acordes a lo que se denomina como justo, o expresado de otra forma, se trata de teorías que aspiran a la justicia. En contraposición, la segunda postura, lejos de idealizar y problematizar sobre qué es lo justo, busca combatir los problemas de extrema injusticia a través de la comparación y crítica de las instituciones existentes y su impacto en el comportamiento real de las personas. Ambas posturas serán materia de estudio en párrafos subsecuentes.

²⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 24 y 25.

²⁹⁰ Cfr. Aristóteles, *op. cit.*, pp. 245-249.

Dentro del primer grupo, esto es, aquellas tesis que pugnan por una percepción de justicia a través de la búsqueda de instituciones ideales basada en ejercicios hipotéticos, se encuentra la teoría plasmada en uno de los trabajos más complejos y reconocidos en el tema, «*Teoría de la justicia*» de John Rawls. En tal obra, se parte de la idea que la justicia es «*la primera virtud de las instituciones sociales*»²⁹¹, y para demostrarlo, toma como objeto primario a la estructura básica de la sociedad, específicamente el modo en que las instituciones²⁹² distribuyen derechos y deberes fundamentales y determinan la división de ventajas provenientes de la cooperación social²⁹³.

La obra de Rawls tiene dos grandes influencias, la primera es el contractualismo de Jean Jacques Rousseau, y en muy menor grado, elementos utilitaristas del pensamiento Jeremy Bentham. Referente al contractualismo, Rawls reconoce que el mérito de la terminología contractual, es trascendente en su teoría porque transmite la idea de que los principios de la justicia se pueden concebir como aquellos que serían escogidos por personas racionales, y de que tales concepciones se pueden explicar y justificar de esta manera²⁹⁴. Sobre esto se abundará más adelante.

Esta expresión, encuentra su respaldo en Rousseau, cuando afirmó que el contrato social tiene como problema fundamental encontrar una forma de asociación que defienda a la persona y sus bienes, con la unión de todos, esto es, el compromiso de un sujeto sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que tiene para consigo mismo²⁹⁵.

La tesis de Rawls parte del mismo principio, porque no se trata del bien de las mayorías sino el de todos, pues la justicia niega que la pérdida de libertad para

²⁹¹ Cfr. Rawls, John, *Teoría de...*, p. 20.

²⁹² Entendidas por el mismo Rawls como un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades; como ejemplos de institución, señala los ritos y los juegos, procesos judiciales y parlamentarios, mercados y sistemas de propiedad, Cfr. *Ibidem*, p. 62.

²⁹³ Cfr. *Ibidem*, p. 20.

²⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 29.

²⁹⁵ Cfr. Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Everardo Velarde, México, Ediciones Coyoacán, 1997, p. 19.

algunos se justifique por el hecho de que un bien mayor sea así compartido por otros²⁹⁶.

Por otro lado, la relevancia del utilitarismo en el pensamiento de Rawls, a pesar de no aportar elementos para sostener la teoría, puede verse reflejada en tres momentos indispensables porque es idónea como parámetro de su postura: en el primero, mientras la doctrina contractual acepta la prioridad de la justicia como correcta, el utilitarismo pretende explicarla como una ilusión socialmente útil; el segundo, radica en que el utilitarismo hace extensivo a la sociedad el principio de elección por cada hombre, en cambio, la justicia como imparcialidad, por tener una visión contractual, supone que los principios de elección social y por tanto los principios de justicia, son ellos mismos objeto de un acuerdo original; el último aspecto, es que el utilitarismo, es una teoría teleológica, mientras que la justicia como imparcialidad, es deóntica²⁹⁷.

Acotadas las bases de la teoría de la justicia de Rawls, conviene destacar sus dos elementos principales: una interpretación de lo que él propone como «*la posición original*», así como la definición de los principios disponibles en esta para ser elegidos; y, por otro lado, un razonamiento que establezca cuál de los principios será adoptado²⁹⁸.

En relación con «*la posición original*», se trata de una situación hipotética que incorpora rasgos característicos de la moral, definida de tal modo que sea un «*status quo*» en el cual, todo acuerdo que se obtenga sea equitativo; también es una situación simplificada en la cual individuos racionales, con ciertos fines, relacionados entre sí, habrán de escoger diversos cursos de acción, con la salvedad que lo mejor que cada uno puede hacer por sí mismo, no implica precisamente un beneficio, sino la de procurar menor afectación²⁹⁹.

Una vez asentada la posición original, Rawls establece las opciones de principios disponibles que pueden ser elegidos, las que reparte en cinco rubros: los dos principios de justicia (mayor libertad equitativa y justa igualdad de

²⁹⁶ Cfr. Rawls, John, *op. cit.*, p. 39.

²⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 39 y 40.

²⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 62.

²⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 119-121.

oportunidades); concepciones mixtas (principio de utilidad media genérico o sujeto a restricciones); concepciones teleológicas clásicas; concepciones intuicionistas (equilibrio de la utilidad a través de los principios de distribución y compensación); y, concepciones egoístas (dictadura, privilegiado, o general)³⁰⁰.

Ante la problemática a la que se enfrenta la posición original respecto de qué principios son los idóneos, Rawls supone que las partes que la integran se encuentran bajo un «*velo de ignorancia*», es decir «*no saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales*»³⁰¹.

El denominado «*velo de la ignorancia*» guarda relevancia en la doctrina de Rawls, porque implica un caso hipotético en el que las partes no conocen ciertos hechos, ni siquiera existe una concepción sobre el bien, la situación política o económica, lo cual conlleva a que únicamente en razón de sus circunstancias, escogerán aquellos principios con los cuales estén dispuestos a vivir, sea cual sea la generación a la que pertenezcan³⁰².

Al respecto, debe puntualizarse que el velo de la ignorancia, no puede ser entendido como una falta de razón, porque el propio Rawls sostiene que no obstante la posición original parte del supuesto que sus integrantes desconocen la concepción del bien, eso no significa que no tengan un mínimo de racionalidad, puesto que al elegir los principios que van a imperar, cada cual hace todo lo que puede por promover sus intereses, por lo que es factible suponer que, normalmente, preferirán tener más bienes sociales primarios que los menos³⁰³.

Como hasta aquí puede verse, el estudio de Rawls es sumamente complejo, y su aporte es relevante para comprender a grandes rasgos cómo es que la sociedad concibe o discierne de lo que es justo o no. No obstante, figuras como la posición original, los principios elegibles y el velo de la ignorancia distan de ser suficientes para explicar qué es o cómo se compone la justicia, especialmente en el

³⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 124.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 135

³⁰² Cfr. *Ídem*.

³⁰³ Cfr. *Ibidem*, p. 140.

aspecto fáctico, pues deja de considerar el factor del comportamiento real de las personas, al derivar de un ejercicio meramente hipotético.

En efecto, una de las principales críticas al trabajo de Rawls, es que centra su enfoque en la identificación de esquemas institucionales justos para la sociedad, pero deja de lado que la naturaleza de la sociedad, no necesariamente depende de puros aspectos institucionales, sino también del comportamiento real de la gente y sus interacciones sociales³⁰⁴.

Rawls es cuestionado porque presta su atención exclusivamente a las «*instituciones justas*», en lugar de centrarse en las «*sociedades justas*». Tal adición es importante, porque aun de aceptar la elección de principios e instituciones mediante un acuerdo unánime, subsiste la problemática en torno a cómo funcionarían las instituciones en un mundo en el que el comportamiento real de cada quien puede o no estar del todo conforme³⁰⁵.

Del mismo modo, el funcionamiento de las instituciones y principios elegibles no solo dependen de la naturaleza de la sociedad en cuestión, sino también de los patrones reales de comportamiento que cabe esperar³⁰⁶. De ahí que, a pesar de que el enfoque de Rawls integre un sistema con gran coherencia, lo cierto es que simplifica de manera drástica y formalista la tarea de combinar la operación de los principios de justicia con el comportamiento efectivo de la gente³⁰⁷.

Tesis como la de Rawls, han sido catalogadas dentro de una vertiente denominada «*institucionalismo trascendental*», la cual tiene dos características específicas: concentración en la identificación de la justicia perfecta, y dedicación a hacer justas a las instituciones. En contraposición, existe otra vertiente que lejos de ocuparse por encontrar esquemas o modelos de justicia, adoptó un enfoque comparativo que parte del estudio de las instituciones y comportamientos reales, orientado al avance la justicia y retroceso de la injusticia³⁰⁸.

³⁰⁴ Cfr. Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, México, Taurus, 2010, p. 38.

³⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 96.

³⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 98.

³⁰⁷ Cfr. *Ídem*.

³⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 37 y 38.

Uno de los principales trabajos que versa sobre sistemas comparativos, se halla en el texto de Amartya Sen titulado «*La idea la justicia*». Dentro de su obra, reconoce la labor de otros autores como Adam Smith, Marx y Mill, quienes a pesar de que propusieron formas variadas de entender la justicia y formalmente no elaboraron teorías para comprenderla, sus explicaciones implicaban comparaciones entre sociedades que ya existían, en lugar de reducir sus análisis a la búsqueda trascendental de una sociedad perfectamente justa³⁰⁹.

Antes de repasar las ideas de Sen, conviene hacer explícita la manera en que los demás autores mencionados se alejaron del institucionalismo trascendental y adoptaron en sus estudios un sistema comparativo para reducir la injusticia.

En primer lugar, Adam Smith es conocido por su famoso ensayo «*La riqueza de las naciones*» donde primordialmente buscó explicar cuáles son los gastos necesarios del Estado, los métodos para lograr que toda la sociedad contribuya a afrontar los pagos que le correspondan, así como las razones y causas que ha inducido a los estados modernos a hipotecar una fracción de sus ingresos o a contraer deudas³¹⁰.

Por su parte, es ampliamente conocido que Marx, en «*El Capital*» pugnó por un sistema socialista a partir de un análisis y crítica al modo de producción de capitalista, entre otros, al sistema de mercancías existente, las cuales estimó formaban en la mente humana figuras autónomas dotadas de vida en relación unas con otras y con los hombres, proceso al que denominó «*fetichismo*»³¹¹.

En cuanto a John Stuart Mill, uno de sus trabajos más reconocidos, es el texto «*Sobre la libertad*», en el que para analizar los límites del poder que la sociedad puede ejercer legítimamente sobre los individuos³¹², partió de la observación del comportamiento de comunidades reales, en específico de las sociedades del siglo XIX.

³⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 39.

³¹⁰ Cfr. Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, 3a. ed., trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza, 2011, p. 30.

³¹¹ Cfr. Marx, Karl, *op. cit.*, pp. 87-89.

³¹² Cfr. Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, trad. de César Ruiz Sanjuán, Madrid, Akal, 2014, p. 47.

Ahora bien, en relación con el pensamiento de Amartya Sen, su teoría parte del diagnóstico de la injusticia, pues considera que hacerlo así, sirve como señal de examen crítico y base para incluir maneras de cómo reducir la injusticia, en lugar de tan solo guiarse por la caracterización de sociedades perfectamente justas, tal como lo hace el institucionalismo trascendental³¹³.

Sen estima que el empleo de una perspectiva comparada, en contraste con teorías contractualistas, está comprometida con el combate de las injusticias, porque defiende la lucha contra la opresión, la esclavitud, sometimiento de mujeres, falta de cobertura sanitaria, tortura y hambrunas, e incluso señala que, al lograr cambios observables, lo único que se obtiene es reducir las injusticias, pero no tendrá nada que calificar como justicia perfecta³¹⁴

Mientras las teorías que parten de un institucionalismo trascendental, buscan responder «¿cómo serían las instituciones perfectamente justas?», la tesis de Sen se pregunta «¿Cómo debería promoverse la justicia?»³¹⁵. La diferencia radical entre estos dos cuestionamientos, evidencia la importancia que tienen las vidas y experiencias humanas sobre las instituciones.

La propuesta de Sen, presenta una teoría de la justicia en un sentido más amplio del término, su propósito es esclarecer cómo puede superarse la injusticia, y guiar la razón práctica para tomar decisiones sobre instituciones, comportamientos y otros aspectos determinantes. La confianza en la razón, lejos de desdeñar los impulsos y las actitudes mentales, reconoce su relevancia, asume que no todas las personas están de acuerdo en una proposición particular, y toma en cuenta la posibilidad de que existan varias posiciones razonables distintas sobre un mismo aspecto³¹⁶.

Efectivamente, Amartya Sen da por sentado que no hay irracionalidad en hacer elecciones y tomar decisiones que excedan los estrechos límites de la búsqueda exclusiva del interés propio. Estima que para que un pensamiento sea racional, basta que las elecciones y opciones puedan sobrevivir a un serio escrutinio

³¹³ Cfr. Sen, Amartya, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

³¹⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 15 y 16.

³¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 41.

³¹⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 22 y 23.

crítico personal, es decir, se puede ser racional sin que ello implique una dedicación altruista o bien la ganancia personal³¹⁷.

Sen es reconocido mayoritariamente por sus trabajos en materia de Economía. Por esa razón la perspectiva que tiene sobre la racionalidad, parte de la interpretación de un mundo real y no del ideal. La confianza que su teoría tiene en la racionalidad, bien puede derivar a que conoce las ideas de Smith mencionadas sobre el «*hombre económico*», las teorías económicas del bienestar o la racionalidad económica, cuyos postulados presuponen que los individuos en ocasiones persiguen sus intereses egoístas y deciden en función de sus preferencias³¹⁸.

Pero lejos de considerar que el ser humano es perverso o malvado, Sen es consciente que la racionalidad como característica del comportamiento para una elección, no excluye ni al altruista ni al que busca la ganancia personal; para él, la racionalidad es una disciplina permisiva, que exige la prueba del razonamiento, pero permite que el razonado autoescrutinio adopte formas muy diferentes, sin imponer uniformidad de criterio³¹⁹.

Consciente de la realidad que impera en el mundo, Sen también resalta que los estudios relacionados con el progreso, se enfocan limitadamente en elementos inanimados como el Producto Interno Bruto, pero no en las vidas humanas sobre las cuales tienen influencia. Por eso, su propuesta intenta retomar consideración en la libertad que realmente tenemos para escoger entre diferentes estilos y modos de vida, la capacidad y ventajas de las personas, o en otras palabras, el énfasis de su estudio, no está en los medios de vida, sino en las oportunidades reales de vivir³²⁰.

Para terminar con este breve repaso de algunas ideas que integran la teoría de la justicia de Sen, es imprescindible enfatizar el hecho que el propio autor reconoce que aun cuando su enfoque sobre los principios de la justicia no es definido en función de instituciones, estas juegan un significativo papel instrumental,

³¹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 225 y 226.

³¹⁸ Cfr. Calsamiglia, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, trad. de Hernando Valencia Villa, México, Fontamara, 2003, p. 40.

³¹⁹ Cfr. Sen, Amartya, *op. cit.*, p. 225.

³²⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 255 y 256.

pues una elección adecuada de instituciones ocupa un lugar de importancia crítica en la empresa del mejoramiento de la justicia³²¹.

Amartya Sen no menosprecia la importancia de las instituciones como elementos necesarios para aspirar a la justicia, al contrario, admite que cualquier teoría de la justicia debe otorgarles un papel importante, en especial en buscar instituciones que promuevan la justicia; el único conflicto realmente no es con ellas, sino con la perspectiva desde la que filósofos las miran, esto es, como manifestaciones directas de la justicia³²².

Tanto la tesis de Rawls como de Amartya, brindan un panorama general entre las teorías de la justicia basadas en el institucionalismo trascendental y tesis comparativistas, y en ambas podrá observarse que reconocen que las exigencias de la justicia suelen ser de índole colectiva.

Por un lado, se tiene una tesis contractualista que a partir de acuerdos hipotéticos justifica el nacimiento de las instituciones como entes que materializan la justicia para la sociedad; por el otro, teorías que reconocen que las instituciones y el comportamiento de las personas comprenden el rompecabezas completo con el que debe combatirse la injusticia del mundo actual. En ambos casos, no puede dejarse de lado que cuando cualquier persona evoca a la justicia, por regla general lo hace poniéndola en manos de otro, eso la torna un valor moral colectivo.

Considerar que la justicia es un valor colectivo, no desconoce que en la mente de cada persona existan opiniones sobre lo que puede ser o no justo, o que incluso si estuviera en sus manos, ellas mismas decidirían en situaciones particulares lo que es justo y actuarían en consecuencia.

Sin embargo, esta no es la clase de justicia que la generalidad de la población considera valiosa y pretende alcanzar, la justicia que la sociedad busca públicamente es la justicia social, donde cualquier persona que se considera acusada por imputaciones falsas confiará en que un juez resuelva su causa con justicia, donde un trabajador despedido injustificadamente esperará que las instituciones garanticen su justa remuneración, o donde un hijo y su madre o padre

³²¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 16 y 17.

³²² Cfr. *Ibidem*, p. 112.

abandonados buscarán que un tercero haga cumplir las obligaciones alimentarias de la persona que los dejó a la intemperie, entre otros muchos casos.

Y tal justicia social incluso está presente en todas las categorías plasmadas por Perelman descritas en párrafos precedentes. Porque fórmulas como dar a cada quien la misma cosa, según sus méritos, según sus obras, según sus necesidades, según su rango o según lo que la ley le atribuye, a pesar de ser en su mayoría vacías derivado de su incapacidad para responder cuáles son esos méritos, obras, necesidades, rangos o leyes³²³, al final de cuentas llegan al mismo punto, en el que dotan a algo o alguien de la fuerza suficiente para decidir cómo deberían y serán las cosas.

Luego, ese algo o alguien que dirime dos o más apetencias o pretensiones sobre lo mismo y que originan las disputas, necesariamente es una tercera persona a la que por alguna razón se le asiste de un poder imparcial para decidir. Este poder imparcial, dentro de un mundo institucionalizado, no es otro que el derecho³²⁴, el que a través de las normas jurídicas e instituciones, garantiza la obligatoriedad del valor moral que representa la justicia.

El derecho, además de hacer obligatorio el valor mediante la coerción, ha acogido a la justicia como un estandarte de legitimación en su discurso, y debido a su materialización ante la sociedad en que se desarrolla, sea cual sea el grado, ya no es un valor que deba plasmarse expresamente en las normas, y por ende, no tiene que ser positivado para saber de su existencia.

Dentro de la dimensión ideal y en cualquier lugar del mundo, el derecho, «*por su esencia, plantea una pretensión a la justicia*»³²⁵, esto es, pretende lucir ante la sociedad como una forma de garantizar la vida en armonía, en el que mediante normas legales y constitucionales se protejan ciertos derechos, por mínimos que estos parezcan entre un lugar u otro.

³²³ Kelsen catalogó a fórmulas de este tipo, o como «*dar a cada quien lo suyo*», como vacías, porque quedan sin respuesta y sus principios suponen que la cuestión ya está resuelta, y por ende, son útiles para justiciar cualquier orden social. Para mayor referencia, Cfr. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, pp. 45 y 46.

³²⁴ Cfr. Bloch, Ernst, *op. cit.* p. 53.

³²⁵ Radbruch, Gustav, *Filosofía...*, *cit.*, p. 68.

En lo que respecta a la dimensión real, se debe ser consciente que el sueño de la justicia perfecta es una labor del derecho jamás será completada o al menos no se vislumbra que así sea en los próximos años. Pero como ha quedado plasmado dentro de la breve reseña del pensamiento de Amartya Sen, el objetivo primordial actual, en este caso del fenómeno jurídico, es disminuir las brechas de la injusticia.

Y si la pregunta es ¿qué hace el derecho, en su aspecto fáctico, para combatir la injusticia? La respuesta se halla en múltiples puntos. Cuando Hegel hizo un tránsito del derecho abstracto al Estado, mencionó una serie de instituciones en las que se encomienda la administración de justicia, las cuales son creadas por el derecho, y que ahora podrían resultar útiles para ejemplificar la manera en que el fenómeno jurídico materializa el valor moral de la justicia.

Para Hegel, el derecho deviene exteriormente necesario como protección para la particularidad, ya que las leyes se construyen luego de haberse creado una multiplicidad de necesidades cuya consecución se entrelaza³²⁶. Dentro de las instituciones a que hizo referencia, se hallan los tribunales, cuya función principal es evitar las decisiones arbitrarias de los individuos, y donde todos los miembros de la sociedad tienen derecho a acudir a ellos³²⁷.

El derecho también crea otra serie de instituciones que buscan reducir la injusticia producida por las afectaciones a la personalidad o a la propiedad, y Hegel señala que la policía es la institución adecuada para evitar este tipo de acciones³²⁸. Si alguien desapodera a otro de sus pertenencias, propiedades, lo lesione, o afecta otro valor que la sociedad estima valiosa, la policía es una institución jurídica cuyo discurso y materialización fáctica deben buscar la disminución de la injusticia.

Además de los tribunales y la policía, el derecho se vale de la creación de instituciones de seguridad social, servicios de salud públicos, prisiones, agencias de investigación, y muchas otras para combatir las injusticias que se producen por la falta de igualdad en capacidades físicas, económicas y laborales.

³²⁶ Cfr. Hegel, G. W. Friedrich, *op. cit.*, pp. 327 y 328.

³²⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 341-343.

³²⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 351 y 352.

Por otro lado, no es desconocido que en cualquier lugar del mundo, bastantes de las instituciones mencionadas, han sido el medio comisivo para materializar grandes injusticias. Es evidente que incluso en los sistemas que pudieran calificarse como «*avanzados*», cualquier tribunal puede incurrir en errores y dictar un fallo contrario a las prescripciones legales, empero, en estos casos, si son minoría, no pueden tener la fuerza suficiente para afirmar que el sistema completo es injusto. Lo anterior, porque el simple hecho de que cualquier persona que considere injusto un fallo, pueda desacatarlo, simplemente sería una contradicción con el orden y paz que representa el derecho.

En el supuesto de fallos injustos, lo procedente es privilegiar otro valor: la seguridad jurídica. En interés de tal valor, el fallo de contenido injusto conserva su fuerza a través de la cosa juzgada³²⁹, por lo que una vez pronunciada la sentencia, «*la vida pacífica continúa hasta la próxima*»³³⁰.

Diferente situación sucede cuando la justicia desaparece por completo tanto en la dimensión ideal, como en la real del derecho. Si eso llegase a pasar, no existirá mejor explicación de lo que sucedería con el derecho que la parte conducente de fórmula Radbruch:

Donde no hay siquiera una aspiración de justicia, donde la igualdad, la cual integra el núcleo de la justicia, fue negada conscientemente en beneficio de la regulación del derecho, allí la ley no es solo «derecho injusto», sino que carece por completo de la naturaleza del derecho³³¹.

Una vez que se ha explicado por qué el valor moral que representa la justicia supera la positividad y está presente en la dimensión ideal y real del derecho, solo resta evaluar si a partir de la exposición efectuada en este apartado, la justicia satisface las tres condiciones para ser considerado un valor moral jurídico.

Acerca de la primera condición, la justicia es un valor encaminado prioritariamente al bienestar de las personas. Aquí no se pondrán en duda las

³²⁹ Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía...*, cit., p. 147.

³³⁰ Bloch, Ernst, *op. cit.* p. 54.

³³¹ Cfr. Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal...*, cit., p. 220.

ocasiones en cuales los conflictos donde se defiende la justicia, derivan de bienes reales, pero tampoco se niega, que en esos casos, el bien mueble o inmueble solo es el objeto de apropiación, posesión u otro, y la verdadera apreciación de la justicia, alude a darle a una persona lo que considera le corresponde.

Porque si una persona acude a un juez para litigar cualquier aspecto que incida en el patrimonio, la justicia no se enfoca primigeniamente en el objeto de apropiación, sino en que el juzgador resolverá de manera correcta en favor de una persona u otra. Y aun cuando el que dirima la controversia establezca la existencia de un derecho real, es innegable que la justicia no redunde o se queda con lo que representa el objeto inanimado, sino en la persona a la que se otorga lo que por derecho le corresponde.

Sobre la segunda condición de un valor moral jurídico, la justicia lo satisface, al tratarse de un valor social. Dentro de este apartado se dijo que a pesar de cualquier persona pueda tener su propia concepción de justicia, por regla general, se encomienda su materialización a un tercero imparcial.

Si a todas las personas se les dejara su libre albedrío para decidir lo que es justo o no, y actuar en torno al ideal propio, hubiesen sido innecesarias todas las disposiciones antiguas en las que se sancionaba al que actuara ocasionándole un perjuicio a otro. Códigos como el de Hammurabi, o incluso ordenamientos completos como el sistema jurídico romano carecerían de sentido si la justicia fuere un valor interno e individual.

La justicia es un valor social en virtud que presupone al menos la existencia de dos personas. En discusiones sobre justicia, siempre a alguien se le tilda de injusto y a otro de justo. Sumado a eso, la aparición de una tercera persona que decide por algún poder que le es conferido, torna a la justicia un valor de índole social.

Finalmente, la justicia cumple con el tercer requisito que todo valor moral jurídico requiere, a saber, es compatible con la coercibilidad del derecho sin sacrificar su propia corrección.

Sobre este punto, si un Juez pronuncia una decisión en torno a una controversia, o si la ley señala penas por la puesta en peligro o afectación de bienes

jurídicos tutelados, la justicia se encuentra presente en la propia sentencia, así como en el cumplimiento de la norma legal, y no afectará en nada al valor moral el hecho que para la ejecución de la sentencia o la imposición de las penas legales, el derecho se valga de la coerción que le caracteriza.

Tanto es así, que la justicia no solo es compatible con la coerción del derecho, sino que requiere de ella para materializarse. En los casos descritos, como el del fallo judicial y la sanción legal, la coerción intrínseca del derecho además de ser compatible con la pretensión de justicia, es necesaria para cumplir con la sentencia y con la ley.

Si no existiera la coerción como el complemento de la justicia, carecería de razón que las personas encomendaran a un tercero la resolución de conflictos o la existencia misma de las leyes, pues para desacatar ambas, bastaría que una de las partes no estuviera de acuerdo con la sentencia o que no les gustara el contenido de la norma. Disminuir la injusticia es posible en función a que el derecho es coercible.

Para terminar con este apartado y dar inicio al siguiente, debe enfatizarse la postura que Radbruch tuvo antes de la Segunda Guerra Mundial, y que aparentemente no modificó en sus escritos de posguerra, relativa a que el derecho plantea una pretensión de justicia, y la justicia exige generalidad de la ley, igualdad de todos ante ella³³². Al igual que Radbruch, este trabajo defiende la postura que la justicia no puede ser ajena a la igualdad, y debido a su relevancia tanto en la vida social como en el derecho, la igualdad también es un valor moral jurídico cuyo estudio corresponde abordar en el siguiente apartado.

3.2. Igualdad

A menudo suele decirse que una determinada decisión judicial o política pública es justa por el hecho de dar un tratamiento igualitario. Cuando se habla de la máxima «*a trabajo igual, salario igual*», repartición de alimentos equitativa entre

³³² Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía...*, cit., p. 68.

acreedores alimentarios, o custodia compartida de hijos, se afirma en la mayoría de los casos que hay justicia.

Y aunque en muchos supuestos, efectivamente un trato igual puede entenderse como un trato justo y ambos constituyen valores morales jurídicos, el concepto de justicia e igualdad son diferentes en cuanto a su naturaleza.

La errada equiparación entre la justicia y la igualdad como si se tratasen de sinónimos, parte de una serie de doctrinas que cifran su concepción de justicia en la igualdad por naturaleza del género humano³³³. El principal inconveniente de asumir tal postura, es que resulta un hecho que las características físicas y psicológicas intrínsecas difieren en cada persona, y no solo eso, factores externos de índole económica, social y política, son determinantes para aseverar que no todo tipo de trato igualitario será justo.

Las diferencias físicas y psicológicas entre las personas, su estilo de vida y condiciones externas que ni siquiera ellas pueden controlar, hacen imposible sostener la idea de que la igualdad es la materialización de la justicia. Puede haber igualdades justas e igualdades injustas.

De esta forma, a pesar que la justicia y la igualdad son valores que pueden coincidir en múltiples situaciones, ese hecho solo demuestra que en casos concretos una puede ser herramienta de la otra o viceversa.

Así, la igualdad tendrá que ver con la justicia solo cuando la situación específica corresponda a determinado criterio, el cual Bobbio denomina «*criterio de justicia*», y en el que se decidirá si esa igualdad es o no deseable³³⁴, o en otras palabras, si esa igualdad es o no justa.

En este sentido, si existen igualdades injustas o que no resultan deseables, ¿cómo puede entonces la igualdad ser un valor apreciado por la sociedad?

Para responder a esa pregunta, debe partirse de la premisa que la igualdad tiene múltiples aristas, y que en la mayoría de ellas, la opinión es coincidente en que debe existir un trato igual a todos los miembros de la sociedad. Por esa razón,

³³³ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 78.

³³⁴ Cfr. Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, trad. de Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, 1997, p. 62.

en términos generales, la igualdad social es preferible o deseable ante la desigualdad social. La igualdad es un valor en cuanto a su generalidad, son los casos concretos donde su corrección está sujeta a debate.

Pero esto solo traslada el problema a otra parte. Si se afirma que la igualdad social es deseable, nada se dice sobre los aspectos y prioridades que debe comprender, o en qué medida es deseable o posible extenderla a las áreas de las relaciones jurídicas, económicas y sociales, tal y como sostiene Nagel³³⁵. La línea que divide la corrección de la igualdad, a veces es tan subjetiva como la ideología de cada persona.

Nagel ejemplifica esta problemática en diversas situaciones. Por una parte, tratándose de la discriminación racial y sexual suscitada hace un par de siglos en Estados Unidos, plantea que actualmente los victimarios de ese tipo de discriminación no quieren volver a la situación privilegiada en la que primigeniamente se hallaban, porque sentirían que los beneficios conseguidos por esas desigualdades en el trato son poco limpios y hasta deshonorosos. En contraposición, cuando existe desigualdad económica, aquellos que resultan ganadores suelen considerarse a sí mismos como gente que se lo merece o que tiene suerte, pero no renuncian a sus beneficios porque consideran que los perdedores han tenido menos suerte³³⁶.

Pues bien, con independencia de que con posterioridad se aborden los parámetros de la igualdad que propone la doctrina para que tenga su lugar como un valor moral, lo hasta aquí señalado es suficiente para dejar en claro que la igualdad satisface dos de los requisitos necesarios para ser considerada como un valor moral jurídico: es un valor que se refiere a personas, y es de índole social.

En efecto, la igualdad es un valor dirigido a las personas como entes. Cualquier teoría que pugne por la igualdad, deberá considerar qué tipo de relaciones existen y cuáles deben instituirse entre las personas que integran la sociedad³³⁷. Cuando alguien requiere de la aplicación del principio de igualdad, sin importar en qué

³³⁵ Cfr. Nagel, Thomas, *Igualdad y parcialidad*, trad. de José Francisco Álvarez Álvarez, Barcelona, Paidós, 2006, p. 73.

³³⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 107 y 108.

³³⁷ Cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 55.

contexto, lo invoca como una regla de trato o compensación entre las ventajas que tiene una persona sobre otra, incluso si se llegase de hablar de bienes reales.

Asimismo, la igualdad es uno de los valores sociales por excelencia. La razón estriba en que un presupuesto para su aplicación es la presencia de una pluralidad de entes sobre los que debe fijarse el trato igualitario. En una sociedad donde solo una persona es libre o en un territorio donde solo habite una persona, no tendría sentido aplicar o siquiera hablar de un criterio de igualdad³³⁸. Si se quiere un trato igual, forzosamente se necesita de un parámetro que diga igual a quién o a quiénes debe ser el trato.

Por otro lado, resta dilucidar la satisfacción del requisito inherente a que todo valor moral jurídico debe ser compatible con la coerción del derecho sin sacrificar su propia corrección, sin embargo, para ello es necesario clarificar algunos de múltiples intentos por clasificar la igualdad, ya que solo de esa manera se podrá responder en primer lugar si la igualdad efectivamente representa un valor, y en caso de que esto sea así, se estará en posibilidad de explicar por qué es compatible con la coerción del derecho, y por tanto, si puede ser catalogado como un valor moral jurídico.

La línea que la doctrina ha seguido en torno a los estudios sobre la igualdad, generalmente la clasifica de dos maneras: «*igualdad formal*» e «*igualdad material*».

Sobre la igualdad formal, suele identificársele con la exigencia jurídica de igualdad ante la ley, y supone el reconocimiento de un estatuto jurídico para todos los ciudadanos³³⁹. Por esa razón, trae aparejada la idea que todos los que se someten al ordenamiento, tienen igual derecho a recibir la protección de los derechos que ahí se describan, y al mismo tiempo, es una conminación para no hacer distinciones o excepciones no previstas en la propia ley³⁴⁰.

A su vez, la igualdad ante la ley o igualdad formal puede ser comprendida de otras maneras. Pérez Luño realiza una descripción de estas vertientes del principio de igualdad formal, y la primera de ellas, la cataloga como una «*exigencia de*

³³⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

³³⁹ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 19.

³⁴⁰ Cfr. Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 49.

generalidad». En estos casos, la ley tiene que ser idéntica para todos, y no debe existir un tipo de estamento de personas dispensadas para su cumplimiento o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta a la del resto de los ciudadanos. Expresado de otra manera, es la exigencia de tipificación en términos impersonales y universales de los supuestos que han de servir de base para atribuir consecuencias jurídicas, lo cual excluye los mencionados privilegios³⁴¹. A este tipo de igualdad formal, autores como Pérez Luño, la han ligado estrechamente con el principio de legalidad³⁴².

Otra forma en la que Pérez Luño entiende la igualdad formal o igualdad ante la ley, es como una «*exigencia de equiparación*». A diferencia de la exigencia de generalidad, donde se establece un trato igual en situaciones iguales, la exigencia de equiparación presupone un trato igual en circunstancias o situaciones que a pesar de no ser coincidentes, se estima deben considerarse irrelevantes para el ejercicio de determinados derechos o de una misma reglamentación³⁴³.

A pesar que tanto la generalidad como la equiparación suponen una garantía frente a cualquier trato discriminatorio o privilegio, su alcance es distinto. La generalidad es un trato igual de lo igual, y la equiparación es el trato igual de lo que no lo es en el aspecto fáctico, pero se estima que jurídicamente debe serlo. La evidencia de que los hombres no son jamás enteramente iguales, obligó a los defensores de la igualdad a hacer abstracción de los rasgos diferenciales caracterizadores de las distintas personalidades para insistir en la igualdad a través de la equiparación³⁴⁴.

Los dos tipos de igualdad formal descritos, comprenden el tratamiento de circunstancias iguales y situaciones semejantes. Aunque no puede negarse su importancia, lo cierto es que si la igualdad formal se limitara a la exigencia de generalidad y equiparación, entonces se hablaría de un uniformismo que supone

³⁴¹ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 22.

³⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 24.

³⁴³ Cfr. *Ídem*.

³⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 25.

tratar todo de la misma manera, incluso cuando los supuestos de hecho que se producen en la vida cotidiana no permiten hacerlo de esa manera³⁴⁵.

La falta de dinamismo que presenta la exigencia de generalidad y equiparación, es subsanada por la igualdad formal a través de la «*exigencia de diferenciación*», la cual toma en consideración todas esas condiciones estructurales de la realidad que impiden que la igualdad ante la ley se convierta en un criterio uniforme que a la postre pudiera generar desigualdades reales³⁴⁶.

La formulación de la exigencia de diferenciación puede traducirse en criterios que asumen las situaciones particulares a través de pautas normativas, pero sin afectar la certeza de la ley³⁴⁷. Es una manifestación expresa en la norma, donde bajo determinadas condiciones, se destaca una diferencia en el trato justificada por las condiciones fácticas de la sociedad.

Las tres vertientes descritas, significan para Pérez Luño una respuesta a exigencias estructurales que afectan a determinadas condiciones o cualidades que deben concurrir en las leyes. Pero el principio de igualdad formal también debe entrañar una garantía de funcionalidad en los procedimientos de aplicación. Esta garantía es conocida como la «*exigencia de regularidad del procedimiento*»³⁴⁸.

A través de dicha exigencia, los ciudadanos sujetos a la ley también lo estarán a los mismos procedimientos. Su posición ante los órganos jurisdiccionales será de acuerdo con lo que indique la norma, y los tribunales no pueden modificar el sentido de sus fallos en casos sustancialmente idénticos³⁴⁹.

En apariencia, bastaría con los cuatro criterios de la igualdad formal para explicar por qué la igualdad es considerada como un valor. Si pudiera ser posible un ejercicio hipotético como la «*posición original*» en conjunto con el «*velo de la ignorancia*» de Rawls, en el que nadie sabría a qué tipo de sociedad se llegaría y puede tocar la peor suerte, es muy probable que nadie dudaría en preferir la igualdad formal sobre la desigualdad del mismo tipo.

³⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 28.

³⁴⁶ Cfr. *Ídem*.

³⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 29.

³⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 31.

³⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 31 y 32.

Sin embargo, aun cuando las exigencias de generalidad, equiparación, diferenciación y de regularidad del procedimiento sean llevadas al plano fáctico, se encuentran limitadas en la aplicación de medidas normativas, puesto que solo se fijan en el tratamiento jurídico y no en sus consecuencias reales³⁵⁰.

Permitir que la igualdad formal sea el único engranaje de la igualdad, limita el ámbito de su aplicación, pues en cualquiera de las cuatro exigencias descritas, la igualdad únicamente es plausible para aquellos a quienes ley prevé como sujetos de aplicación. Debido a este alcance coartado, la igualdad formal ha sido criticada porque solo aporta respuestas deficientes para solucionar la desigualdad de oportunidades generada por las posiciones desventajosas producidas por la realidad social y económica³⁵¹.

Nótese que durante gran parte de la exposición de la igualdad formal, se emplearon las expresiones «*hombres*» y «*ciudadanos*». Estos términos fueron colocados intencionalmente con el objetivo de resaltar las deficiencias de la igualdad formal. Tan solo en siglos anteriores, disposiciones relevantes a nivel continental como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, o constituciones como la mexicana de 1857, que privilegiaban la igualdad formal, olvidaban por completo la figura de las mujeres, quienes tampoco podían ser ciudadanas.

En opinión de Ricoy Casas, el cambio de orientación de la igualdad formal comenzó a gestarse a partir de la Segunda Guerra Mundial, derivado de la creciente importancia de las políticas que comenzaron a considerar la necesidad de los derechos sociales, y que culminó con añadir una nueva connotación, entendida como «*igualdad material*»³⁵².

La igualdad material, también conocida como «*igualdad sustancial*», es catalogada como el último escalón en la evolución del principio de igualdad, y proporciona a la igualdad formal una perspectiva teleológica, donde pretende corregir, completar y humanizar las normas jurídicas. A diferencia de su

³⁵⁰ Cfr. Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, p. 145.

³⁵¹ Cfr. Ricoy Casas, Rosa María, «El principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo», en Fabra Zamora, José Luis (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 2., pp. 1660 y 1661.

³⁵² Cfr. Ricoy Casas, Rosa María, *op. cit.*, p. 1660.

predecesora, la igualdad sustancial busca tomar en cuenta a las personas a las cuales se aplica la norma³⁵³.

Muestras de la trascendencia de la igualdad sustancial son descritas por Pérez Portilla en acciones como el trato preferencial justificado o trato diferencial permanente a personas con discapacidad³⁵⁴, las cuales buscan que las medidas normativas de diferenciación sean capaces de apuntar hacia una igualación de hecho en el ámbito vital que se estime importante³⁵⁵.

Del mismo modo que la igualdad formal, la igualdad material o sustancial ha intentado comprenderse desde distintos enfoques, que pueden ser teóricos, clasificados en «*igualdad de oportunidades*» e «*igualdad en los resultados*» o también prácticos, que a su vez se dividen «*igual satisfacción de las necesidades básicas*» e «*igualdad en la consecución de logros personales y de los fines sociales*»³⁵⁶. A continuación, se hará una breve referencia de cada uno.

Respecto de la igualdad sustancial teórica, primeramente destaca que es entendida como «*igualdad de oportunidades*», la cual está dirigida al punto de partida, busca ocuparse de la redistribución del acceso a las distintas posiciones de la sociedad, y trata de acoplar personas con dotes desiguales a esas posiciones para que sean accesibles a todos de acuerdo con una base competitiva. La idea primigenia consiste en que si todos parten del mismo punto, la posición que ocupen al final dependerá exclusivamente de ellos³⁵⁷.

En segundo lugar, la «*igualdad en los resultados*» es entendida como aquella dirigida a una igualdad de participación de todos los grupos en la fuerza de trabajo, en el acceso a la educación y facilidades para la adquisición de bienes y servicios, cuyo objetivo es superar la infrarrepresentación de grupos desaventajados en la

³⁵³ Cfr. Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, p. 145.

³⁵⁴ Cfr. Pérez Portilla, Karla, «Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja», en Arriaga, Carol B. y Carpizo, Jorge (coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 657.

³⁵⁵ Cfr. Pérez Portilla, Karla, *Principio de... op. cit.*, p. 140.

³⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 142 y 147.

³⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 155.

fuerza de trabajo y asegurar una participación equitativa. En esencia, es idónea para establecer medidas relevantes para superar las desventajas³⁵⁸.

Por su parte, las manifestaciones prácticas de la igualdad sustancial se ven reflejadas en primer plano, con la «*igual satisfacción de las necesidades básicas*». A partir de tal criterio, es necesaria una distribución desigual de recursos para nivelar los beneficios en los casos de necesidades fundamentales no satisfechas; el resultado final sería una mayor nivelación de la riqueza y de las oportunidades³⁵⁹.

Ejemplos de este tipo de igualdad es visto en programas de orden social o acciones que impliquen al menos garantizar el acceso al agua, servicios de salud, electricidad u otras condiciones necesarias para compensar las desigualdades fácticas en las que se encuentran determinados grupos vulnerables.

La otra cara de la igualdad material o sustancial en su vertiente práctica, es la «*igualdad en la consecución de los logros personales y en los fines sociales*», la cual, en síntesis plantea la ruptura de ciertos cánones o pautas de conducta que han orientado históricamente la asignación de puestos de liderazgo a determinadas personas por contar con características que en realidad no guardan relación con la capacidad de las personas³⁶⁰.

Una de las figuras que este tipo de igualdad pretende combatir es la desigualdad por razón de sexo³⁶¹. Sobre tal aspecto, Frances Olsen estima que la división entre lo masculino y lo femenino ha generado un sistema dual de pensamiento en el que los hombres suelen ser identificados con lo racional, la razón, el pensamiento, el poder y lo objetivo, mientras que la mujer con lo irracional, el sentimiento, la emoción, la sensibilidad y lo subjetivo; división que además de no tener sustento científico alguno, a la postre generó un sistema de jerarquías, en el que los hombres han dominado y definido tradicionalmente a las mujeres³⁶².

³⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 156.

³⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 158.

³⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 166.

³⁶¹ Cfr. *Ídem*.

³⁶² Cfr. Olsen, Frances, «El sexo en el derecho», trad. de Mariela Santoro y Christian Courtis, en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 481 y 482.

Una de las soluciones que se plantea para este tipo de distinciones es la igualdad de oportunidades en la que las posiciones estén abiertas a las mejores cualificaciones³⁶³, y no restringirla a otros parámetros que además de subjetivos, son discriminatorios.

Con esta, y otras propuestas, la igualdad en este aspecto pugna porque en puestos políticos, educación y oportunidades laborales se alcance la pluralidad y la representación de todos los grupos en todos los niveles, se busca una participación igual en un sistema que pretende eliminar todo tipo de exclusión por motivos discriminatorios³⁶⁴.

Si se conjuntan las premisas de las que parten tanto la igualdad formal como sustancial, podrá observarse que su calidad de valor moral es innegable. Ante todo, es preferible vivir en la igualdad que en la desigualdad, sobre todo si se desconoce la suerte que seguirá la vida de cada uno.

Adicionalmente, tampoco podrá negarse que una sociedad que permite desigualdades significativas en formas de ventajas e inconvenientes que no son responsabilidad personal, es percibida como una sociedad que sigue líneas moralmente arbitrarias, situación que incluso de no dañar a nadie, se contabiliza como algo malo en sí mismo³⁶⁵.

Con lo hasta aquí expuesto, queda en claro que solo un relativista o escéptico moral podría alegar preferencia por la desigualdad. La igualdad es un valor moral social porque en el aspecto formal busca que nadie tenga un trato preferente «*injustificado*» ante la ley, y en su vertiente material tiene como objetivo ayudar a los desaventajados por razones étnicas, de raza, de sexo, creencias, geográficas, físicas, laborales, económicas, u otras, para que tengan las mismas oportunidades desde el punto de partida hasta la consecución de sus metas personales.

Ahora solo queda explicar si la corrección que trae aparejada la igualdad no se ve sacrificada con la coerción como dimensión real del derecho, pues solo de esa forma podrá ser catalogada como un valor moral jurídico.

³⁶³ Cfr. Nagel, Thomas, *op. cit.*, p. 113.

³⁶⁴ Cfr. Pérez Portilla, Karla, *Principio de...*, *cit.*, p. 166.

³⁶⁵ Cfr. Nagel, Thomas, *op. cit.*, p. 117.

La respuesta a tal planteamiento, será similar a la que se efectuó cuando se habló del valor moral jurídico justicia, en el sentido que lejos de afectar la corrección de la igualdad, la coerción y las instituciones del derecho son necesarias para combatir la desigualdad.

Al respecto, las instituciones que cuenten con legitimidad de los integrantes de la sociedad, juegan un papel importante a la hora de producir igualdad social y económica³⁶⁶, pues ayudarán a producir el cambio en las actitudes de aquellas personas que buscan conservar ventajas indebidas por alguno de los factores ya descritos.

Del mismo modo, el derecho a través de las normas jurídicas, es considerada una herramienta indispensable para minimizar la desigualdad social. Por regla general, los sistemas jurídicos cuentan con leyes en las que mediante de acciones positivas o negativas, se pretende crear parámetros para medir la igualdad justificada y la desigualdad justificada.

Además, al tomar en cuenta un concepto de igualdad esencial como lo hace Alexy, en el que con la ayuda del concepto de arbitrariedad del trato desigual, se prohíban los tratos arbitrariamente desiguales³⁶⁷, se aporta un elemento estrictamente relacionado con la coerción del derecho, ya que la prohibición de tratamiento desigual arbitrario, está aparejada con una garantía para su cumplimiento.

Por tanto, cuando una autoridad emanada del derecho garantiza el cumplimiento del valor moral que representa la igualdad en su aspecto formal o material, invariablemente debe estar investida de la coerción que el propio derecho contiene en su dimensión real. Es por la compatibilidad y complementariedad de la coerción con la igualdad, que esta última cumple con el tercer requisito que debe tener todo valor moral jurídico.

Una vez que se ha establecido que la igualdad es un valor moral que cumple con los requisitos que debe tener todo moral jurídico, y de que se han explicado diversos alcances que puede tener, corresponde preguntarse si el valor puede

³⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 107.

³⁶⁷ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., p. 125.

hallarse implícita o explícitamente en la naturaleza del derecho, y en qué medida se encuentra presente dentro sus dimensiones ideal y real.

Sobre este rubro, es importante destacar que, aunque varias de las vertientes de igualdad se encuentran inmersas en normas jurídicas, solo algunas superan el plano de la positivización y forman parte de la naturaleza del derecho.

La gran variedad de sistemas jurídicos contemporáneos, los cuales están impregnados del modelo económico, político y cultural de las sociedades donde son vigentes, hacen imposible que toda vertiente o supuesto casuístico de igualdad pertenezcan a la naturaleza del derecho. Pero principios como los descritos relativos a la igualdad tanto formal como material, en sus aspectos más generales, son comprendidos necesariamente en la dimensión ideal como material del derecho.

En relación con la igualdad formal, no cabría mayor duda que el propio derecho, sin importar el sistema jurídico, la incorpora dentro de su dimensión ideal. Si el derecho plantea una pretensión de corrección, esta debe ir aparejada de un discurso en el cual se sostenga que nadie puede ser tratado distinto por ningún motivo. El derecho y sus mecanismos son aplicables para todo aquel que se halle en un supuesto normativo, o justificadamente se equipare.

Y aunque se enfatizó en párrafos precedentes que la igualdad formal, tratándose de la exigencia de la generalidad de la ley, es identificada con el principio de legalidad, no puede negarse su importancia dentro de la dimensión ideal del derecho. Todo discurso jurídico, con independencia de su contenido, parte de la premisa que regular la conducta de la sociedad es mejor que vivir ante la ausencia de normas, y una forma de garantizar ese control de la actividad social y evitar descontento de la mayoría, es a través de la igualdad formal.

Si la pretensión del derecho para instaurarse en la vida cotidiana fuera vista por cualquier sociedad de otra manera, como una defensa a la desigualdad en su aspecto formal, carecería de su propio sentido, e incluso ni siquiera hubiera tenido forma de sobrevivir al paso del tiempo. El derecho que propone tratos diferentes a los que prescribirán sus normas sin al menos exponer sustento alguno para ello, está destinado a ser desechado desde antes de materializarse o a ser sustituido mediante diversas maneras como la violencia.

Y no solo en el discurso, también la dimensión real del derecho depende en gran medida de la igualdad formal. Sobran movimientos sociales por falta de igualdad formal materializada. En México, por ejemplo, Soberanes destaca que desde «*Sentimientos de la Nación*», José María Morelos y Pavón pugnó por igualdad formal mediante el establecimiento de un derecho único, en el que las leyes generales comprendieran a todos, así como la proscripción de la distinción de castas³⁶⁸.

La revolución francesa también fue otro movimiento originado por falta de igualdad formal en la dimensión fáctica del derecho. Incluso el documento con el que se le identifica, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en varios de sus artículos, plasma la idea del principio de igualdad desde el nacimiento como una manera de desvanecer las barreras sociales entre los hombres, así como la igualdad entre los ciudadanos para acceder a cargos y empleos públicos contra el monopolio de los cargos en favor de las clases privilegiadas. De esta manera, la igualdad formal se materializa por la desaparición de los privilegios de nacimiento³⁶⁹.

Por otro lado, a pesar de la importancia que la igualdad formal tiene para la naturaleza del derecho, su alcance en la época actual ya no es suficiente para satisfacer lo que el derecho defiende como ideal y ejecuta para ser eficaz socialmente.

Puede decirse que la suficiencia de la igualdad formal como valor moral jurídico culminó al mismo tiempo en el que comenzó a tener auge la igualdad material, la cual, como se apuntó en líneas precedentes, a criterio de Ricoy Casas surgió durante y posterior a la Segunda Guerra Mundial.

La igualdad material o sustancial, actualmente se encuentra en la naturaleza del derecho tanto en su dimensión ideal como real. Al igual que con los otros valores morales jurídicos, si la dimensión ideal en sí misma es la carga de corrección del

³⁶⁸ Cfr. Soberanes Díez, José María, «El principio de igualdad en los Sentimientos de la Nación», en Ortiz Ortiz, Serafín y Soberanes Fernández, José Luis (coords.), *Los sentimientos de la nación de Morelos en Tlaxcala*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 42.

³⁶⁹ Cfr. Lions, Monique, «Los grandes principios de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadanos», en *Bicentenario de la Revolución Francesa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 152 y 153.

derecho, entonces no se podrá sujetar a discusión que la igualdad material, la cual busca reducir las desventajas sociales, está presente por el simple hecho de corregir, completar y sensibilizar a las normas jurídicas.

Respecto de la dimensión real del derecho, la igualdad material se encuentra inmersa en la eficacia social y la propia coerción. Sobre la eficacia social, la creación de instituciones igualitarias debe tener una aceptación en la sociedad, de otra manera no sobrevivirían con el pasar de las décadas³⁷⁰.

Medítese acerca de las instituciones cuyo objeto es el combate a las hambrunas, o a los programas sociales emanados del ordenamiento jurídico. Mientras el derecho no se valga de figuras cuyo estandarte son las acciones políticamente correctas para compensar la falta de oportunidades, evitar la exclusión injustificada de derechos o privilegios, o corregir las discrepancias económicas, cada vez será más difícil defender que el derecho un bien mayor a los males que provocaría su inexistencia.

En cuanto a la coerción, además de reiterar lo razonado párrafos atrás, relativo a que es una herramienta para materializar la igualdad, también es importante destacar que la igualdad a su vez puede constituir una pieza importante para legitimar la coerción.

Las sanciones para quienes se aprovechan de las capacidades físicas y psicológicas de otras personas, a los que se coloquen en ventajas laborales, políticas o económicas mediante la comisión de delitos, o desestabilicen los mecanismos que garantizan las igualdades que en principio rigen en una sociedad, son socialmente aceptadas con todo y los aparatos represivos que pudieran representar y contenerse en el derecho.

De esta manera, el valor moral que representa la igualdad, supera los parámetros que describen a todo valor moral jurídico, y en consecuencia, lo llevan a formar parte implícita o explícitamente de la naturaleza del derecho.

La importancia de la búsqueda y materialización de la igualdad es tanta, que acotarla solo al derecho representa un reduccionismo absurdo. Incluso en la igualdad se puede encontrar el complemento de otros valores como la libertad, tema

³⁷⁰ Cfr. Nagel, Thomas, *op. cit.*, p. 117.

del que corresponde hablar a continuación, y cuya relación entre ambos valores es descrita como Bloch de la siguiente forma: «*mientras la libertad no se halla unida de la manera más íntima a la igualdad, la libertad es solo una quimera*»³⁷¹.

3.3. Libertad

Una de las maneras en las que puede apreciarse la importancia de la igualdad en la materialización de la libertad, es a través del repaso de acontecimientos en los que ambas se encuentran inmersas. En la Revolución Francesa, por ejemplo, la libertad, como «*status*» originariamente reservado para algunos sujetos, fue extendida a todos los ciudadanos o a todos los hombres; hasta aquí, la libertad se materializó mediante una igualdad formal. Sin embargo, con el ascenso de la burguesía, prevalecieron abismales diferencias con el proletariado que constituían un desigualdad sustancial o material, hecho que tal como se verá más adelante, hace inconcebible la existencia de una libertad desigual³⁷².

La libertad, así como los demás valores morales descritos en apartados precedentes, no es un concepto que goce de uniformidad en cuanto a su significado, pero eso tampoco representa un obstáculo para sostener que, con sus debidas salvedades, satisface a cabalidad las características que debe revestir todo valor moral jurídico.

En cuanto al requisito referente a que todo valor moral jurídico debe estar encaminado estrictamente a personas, la libertad es de los principales valores que supera tal presupuesto con creces, incluso desde los primeros alcances del significado que tuvo la expresión «*libertad*». De acuerdo con Barberis, la libertad era comprendida en la Grecia antigua como un «*status*», donde «*libre*» significaba «*no esclavo*»³⁷³. De esta manera, si las personas podían ser consideradas como esclavos, entonces solo las personas pueden ser libres.

³⁷¹ Cfr. Bloch, Ernst, *op. cit.*, p. 294.

³⁷² Cfr. Barberis, Mauro, *op. cit.*, p. 92.

³⁷³ Cfr. *Ibidem*, p. 91.

A la simplicidad de la última expresión, se le puede refutar que, si la libertad únicamente constituye un «*status*», entonces carece de contenido valorativo, y por tanto, puede existir sin inconveniente, la posibilidad que también haya seres vivos u objetos libres, ya que la condición de «*libre*», está sujeta a la discrecionalidad de que así lo decidan cierto grupo de personas.

Llegar al extremo de sostener un pensamiento de esa naturaleza, conllevaría a afirmar que los animales u objetos bien pueden catalogarse como libres bajo cualquier argumento, por ejemplo, que serían libres porque salieron del espacio de la comunidad, de determinado territorio, entre muchos otros, circunstancia que a la postre conllevaría a rechazar que la libertad sea un valor que se refiere estrictamente a personas.

Por esa razón, la libertad entendida simplemente como un «*status*», dista de ser suficiente para ser comprendida como un valor moral jurídico, porque además de su vaguedad para saber si se refiere exclusivamente a personas, es inútil para explorar todas las connotaciones y alcances valorativos que históricamente se le han atribuido.

Si a la libertad se le considera un valor, entonces debe dotársele de contenido axiológico. Y aunque han habido un sinnúmero de intentos para comprender su alcance e importancia, varios de ellos se pueden clasificar en tres tipos: libertad negativa, libertad positiva o reflexiva, y libertad social³⁷⁴.

Sobre la «*libertad negativa*», Isaiah Berlin señala que sus implicaciones aparecen en la respuesta que contesta a la pregunta: ¿cómo es el espacio en el que al sujeto se le deja o se le ha de dejar que haga o sea lo que esté en su mano hacer o ser, sin la interferencia de otras personas? En este aspecto, una persona es libre en la medida en que ninguna otra u otras interfieren en su actividad. La libertad es simplemente el espacio en el que puede actuarse sin ser obstaculizado³⁷⁵.

³⁷⁴ La libertad negativa y la libertad positiva, forman parte de la clasificación elaborada por Isaiah Berlin, cuyas descripciones serán añadidas en referencias posteriores. Sobre la libertad social, Axel Honneth es quien, a partir de sus estudios sobre Hegel y Berlin, concluye que es viable considerar esta tercera vertiente.

³⁷⁵ Cfr. Berlin, Isaiah, «Dos conceptos de libertad», trad. de Ángel Rivero, en Rivero, Ángel (ed.), *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 2018, pp. 60 y 61.

En la libertad negativa entendida como Berlin lo hace, se pueden identificar pensamientos como el de Hobbes, quien la definió como la ausencia de oposición o impedimentos externos al movimiento, con la única salvedad que este último consideró que la expresión libertad puede aplicarse tanto a criaturas irracionales e inanimadas³⁷⁶.

No sobra mencionar que la tesis de Hobbes, tan solo representa un primer escalafón en las amplias variantes de interpretaciones en las que puede clasificarse la libertad negativa. Berlin implícitamente rechaza esta postura, porque dentro de su conocido ensayo «*Dos conceptos de libertad*», comprende a la libertad negativa como un concepto exclusivo de seres humanos, en el que la libertad es vista como el no ser importunado por otros, y cuanto mayor sea el espacio de no interferencia, mayor será la libertad³⁷⁷.

Consideraciones de libertad como la planteada por Hobbes, han sido puestas en tela de juicio y ampliamente criticadas, porque su propuesta de entender la libertad solo como la realización de objetivos propios sin impedimentos, en realidad se trató de una oposición con habilidad teórica a las ideas de libertad que podían impulsar el deseo de constituir asociaciones civiles³⁷⁸.

Pero la importancia de comprender la libertad entendida como Hobbes lo hace, para los efectos de este trabajo, radican en destacar que en las tesis que pueden clasificarse como defensoras de la «*libertad negativa*», no es necesario preguntarse si los objetivos del ente satisfacen condiciones de la libertad, porque no importa qué elección existencial se haga o qué deseos se satisfagan, el acto puro sin impedimentos, es suficiente para tildar de libre la acción resultante³⁷⁹.

Asumir que una persona es libre por el simple hecho de no presentar obstáculos, sin considerar lo que haga o deje de hacer, trae consigo aparejado el grave riesgo de que, bajo el argumento de ser libre, se puedan cometer las peores atrocidades. En esos casos extremos, nadie podría negar que Hitler, en ejercicio de su libertad, ordenó la privación de la vida a miles de judíos, o que cientos de

³⁷⁶ Cfr. Hobbes, Thomas, *op. cit.*, p. 171.

³⁷⁷ Cfr. Berlin, Isaiah, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

³⁷⁸ Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, p. 38.

³⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 40.

personas privadas de la libertad por la comisión de delitos contra la vida o la libertad sexual, lo hicieron al amparo de su propio ejercicio al derecho de libertad.

Ante un escenario tan lleno de absurdos posibles, quizá sería preferible asumir una postura en la que, ningún individuo pueda considerarse dueño de su vida y que no tenga derecho sobre sí, por lo que debería subordinarse a la totalidad ética³⁸⁰; empero, existen otros puntos intermedios que vale la pena resaltar y que quizá muestren variantes que las tornen más razonables.

En primer lugar, debe partirse de la idea, que la libertad de un ser humano no puede ser entendida de la misma forma que la de otros seres vivos. Al respecto, Günther Anders adecuadamente señala que, a diferencia de los animales que conocen por instinto el mundo material, como las aves o las avispas, las personas no prevén su mundo, están la espera de lo posible, lo transforman y lo construyen sobre miles de variantes históricas³⁸¹.

Comprender que las personas se descubren a sí mismas a lo largo de sus vidas, y transforman las condiciones de su existencia por decisiones tomadas sobre la marcha, da la pauta para hablar acerca de un tipo de libertad distinto a la libertad negativa. A la libertad negativa que se manifiesta en el individuo que actúa «a sus anchas», sin restricciones externas y sin examinar sus motivos, se opone la idea de la «libertad positiva» o «libertad reflexiva», según la cual es libre aquel individuo que logra relacionarse consigo mismo de forma tal que solo se deja guiar en su actuar por intenciones propias³⁸².

El sentido «positivo» de la palabra «libertad», para Berlin deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo. Donde se quiere que la vida propia y las decisiones dependan de la persona misma, y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean³⁸³.

En opinión de Axel Honneth, el núcleo de la libertad positiva o reflexiva, está constituido en primera instancia por la diferenciación entre acciones autónomas y

³⁸⁰ Cfr. Hegel, G. W. Friedrich, *op. cit.*, p. 159.

³⁸¹ Cfr. Anders, Günther, *Acerca de la libertad*, trad. de Virginia Modafferi y María Carolina Maomed Parraguez, Valencia, Pre-textos, 2014, pp. 67 y 68.

³⁸² Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, p. 48.

³⁸³ Cfr. Berlin, Isaiah, *op. cit.*, p. 76.

heterónomas. A través de esta distinción, el peso de la libertad fue desplazado de forma tajante, pues una acción no puede ser libre por el hecho de que sea ejecutada sin resistencia (acciones heterónomas), sino únicamente en el momento en el que la intención de ejecutarla tenga su origen en la voluntad propia (autonomía)³⁸⁴.

Honneth atribuye a Rousseau la idea de la libertad reflexiva, y se vale de algunos fragmentos de «*Emilio*» para ejemplificarla con claridad. Cuando Rousseau señala que, de entregarse a sus tentaciones y actuar según el impulso de los objetos externos, sería esclavo de sus vicios³⁸⁵, Honneth entiende que se trata de una crítica a la libertad negativa, la que para él realmente no es más que la reacción a estímulos sensoriales³⁸⁶.

En contraposición, para Rousseau, la verdadera libertad es aquella que consiste en que no puede quererse lo que conviene o lo que se estime mal, sin que nada extraño determine al individuo³⁸⁷. Expresado en términos de Honneth, la libertad reflexiva se actualiza cuando una persona realiza en el mundo su voluntad y no sus apetitos³⁸⁸.

Honneth profundiza acerca de la importancia de la voluntad en la libertad positiva, y estima que los postulados de Kant son idóneos para llegar a un siguiente nivel. A través del concepto de «*autodeterminación*», Honneth considera que Kant añade una variante para presentar la libertad reflexiva de una forma más precisa como el resultado de una autolegislación³⁸⁹.

El aporte que Kant hizo con su imperativo categórico, puso de manifiesto la importancia de la razón, la cual nos ha sido concedida como facultad práctica que debe tener influjo sobre la voluntad³⁹⁰.

Y esta razón, incita a llevar a cabo reflexiones como las que Berlin describió dentro de una serie de ejemplos de la libertad positiva, y que necesariamente aluden

³⁸⁴ Cfr. *Ídem*.

³⁸⁵ Cfr. Rousseau, Jean-Jacques, *Emilio, o De la educación*, trad. de Mauro Armiño, Madrid, Alianza, 1990, p. 378.

³⁸⁶ Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, p. 49.

³⁸⁷ Cfr. Rousseau, Jean-Jacques, *Emilio...*, *cit.*, p. 379.

³⁸⁸ Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, p. 49.

³⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 50.

³⁹⁰ Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación...*, *cit.*, p. 31.

a una especie de autodeterminación y voluntad de las acciones. En palabras de Berlin, todas las siguientes aseveraciones, se fundan en la idea de una libertad positiva:

Quiero ser el instrumento de mis propios actos voluntarios y no de los otros hombres. Quiero ser un sujeto y no un objeto; quiero persuadirme por razones, por propósitos conscientes míos y no por causas que me afecten, por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser accionado por una naturaleza externa o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de jugar mi papel como humano. Esto es, por lo menos, parte de lo que quiero decir cuando afirmo que soy racional y que mi razón es lo que me distingue como ser humano del resto del mundo³⁹¹.

Con las afirmaciones anteriores que representan el alcance de la libertad positiva, ya no debería quedar duda alguna en torno a que tal valor se refiere exclusivamente a personas, y por ende, satisface el primer requisito para ser considerada como un valor moral jurídico.

En efecto, la doctrina que entiende la libertad como la autonomía del individuo, necesariamente tiene por objeto al propio sujeto. Si las personas son los únicos entes que son capaces de darse leyes a sí mismas, y de operar según ellas³⁹², entonces la libertad reflexiva no puede comprender a otros seres vivos, ni a objetos inanimados.

El único inconveniente con los postulados o ideas de la libertad positiva o reflexiva respecto del impacto necesario para catalogar a la libertad como valor moral jurídico, incide en que, aun cuando se refieren estrictamente a personas, nada dicen acerca de su importancia social.

Cuando se habla de autolegislación, autonomía o autodeterminación como lo hace la libertad positiva, entonces se está en presencia de un conocimiento racional «*a priori*», que no necesita de comprobación en el mundo fáctico, y sería tal como Kant lo aduce, en el sentido que el concepto moral tendría su asiento y su origen

³⁹¹ Cfr. Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal...*, cit., p. 220.

³⁹² Cfr. *Ibidem*, p. 51.

completamente en la razón, la cual no puede ser abstraída de ningún conocimiento empírico, el que incluso sería contingente³⁹³.

Debido a que la libertad positiva o reflexiva no satisface el segundo presupuesto que los valores morales jurídicos requieren, esto es, el referente a que debe tratarse de valores sociales, es necesario apoyarse de un tercer tipo de libertad que doctrinariamente es llamada «*libertad social*».

La libertad social se encuentra íntimamente relacionada con la ética del discurso a la que se hizo referencia en el Capítulo I. Honneth considera que a partir de los modelos teóricos de comunicación de Karl Otto Apel y Habermas, se ofrece un esbozo de concepto de libertad que aunque se encuentra dentro del territorio de la libertad reflexiva, remite ya a la libertad social, puesto que solo la interacción intersubjetiva en el discurso posibilita la clase de autocontrol racional que fundamenta a la libertad reflexiva³⁹⁴.

Como se describió en el mencionado Capítulo I, la ética discursiva o ética del discurso, presupone el interés común de una comunidad ideal de comunicación, en la que las personas no necesariamente están obligadas a suprimir sus deseos egoístas o intereses personales, pero sí a lograrlos por medios estratégicos y la disciplina que haga valer dichos intereses a través de argumentos que sean aceptables para todos los afectados³⁹⁵.

Al respecto, Honneth estima que, desde este punto de vista de la ética del discurso, las personas solo pueden realizar los logros reflexivos de la libertad positiva cuando interactúan en una entidad social, que recíprocamente lleva adelante la misma clase de logro; sin embargo, aunque esto represente un pequeño bosquejo sobre una libertad social, queda pendiente concretizar cómo se desenvuelven fácticamente tales logros, pues en la ética discursiva, el «*discurso*» es entendido como un acontecimiento trascendental o metainstitución³⁹⁶.

³⁹³ Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación...*, *cit.*, pp. 56 y 57.

³⁹⁴ Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, p. 64.

³⁹⁵ Cfr. Apel, Karl Otto, «Semiótica trascendental y metafísica hipotética de la evolución: una respuesta peirceana o cuasipeirceana a un problema reiterado de la filosofía pos-kantiana», trad. de J.M. Carballido Cordero, en Nicolás, Juan A. y Molina-Molina, Laura (eds.), *Racionalidad crítica comunicativa*, Granada, Comares, 2017, vol. I, p. 408.

³⁹⁶ Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

Honneth encuentra la respuesta a las posibles deficiencias de la ética del discurso para explicar la libertad social, a través de un retorno al pensamiento hegeliano, donde el anhelo de libertad deja de constituir un elemento de la experiencia puramente subjetiva en el momento en que la persona se encuentra con otras cuyos objetivos se comportan de manera complementaria, y en el que ambos se ven como la contraparte del otro³⁹⁷.

Efectivamente, si se analiza tiempo atrás en Hegel, puede advertirse que sin referirse de forma expresa a la libertad social, entendió que el interés particular debe ser puesto en concordancia con lo universal, y que esta universalidad tiene su realidad inmediata en las instituciones³⁹⁸.

En este sentido, el anhelo de libertad solo se realiza dentro de instituciones o con ayuda de ellas, cuando una persona en el marco de prácticas institucionalizadas se encuentra con una contraparte a la cual lo conecta una relación de reconocimiento mutuo, porque pueden ver en las metas de ambos una condición de la realización de las propias metas³⁹⁹.

De esta forma, la libertad social no solo satisface el segundo requisito indispensable para catalogarla como un valor moral jurídico relativo a que sea un valor social, sino también el tercero que alude a ser compatible con la coerción que representa la dimensión real del derecho, sin que ello sacrifique su propia corrección.

En efecto, la ética del discurso y sus aportes para que a partir de la libertad reflexiva se considere la posibilidad de una libertad social, sumados con las premisas que construyeron la filosofía del derecho hegeliana, dan pauta para establecer que la libertad depende de una relación intersubjetiva entre las personas, además del establecimiento de instituciones, en este caso jurídicas.

En cuanto a si la libertad es un valor social, bastante se ha dicho. Ahora es idóneo hablar sobre el papel de las instituciones en su materialización. En relación con este aspecto, Honneth advierte que dentro de la doctrina hegeliana, son dos las

³⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 67 y 68.

³⁹⁸ Cfr. Hegel, G. W. Friedrich, *op. cit.*, pp. 382-384.

³⁹⁹ Cfr. Honneth, Axel, *op. cit.*, p. 68.

tareas esenciales de las instituciones en su realización. La primera como vías de mediación y la segunda como contribuyentes a facultar a las personas para comprender sus propias libertades⁴⁰⁰.

Por una parte, el rol de las instituciones como vías de mediación, consiste en ocuparse de que ciertas manifestaciones del comportamiento puedan ser entendidas mutuamente por los participantes como invitaciones a realizar un conjunto de objetivos complementarios; sin ellas, las personas simplemente no podrían saber de su dependencia mutua⁴⁰¹.

Por otro lado, las mismas instituciones también contribuyen a facultar a los individuos para comprender intersubjetivamente sus libertades, pues solo creciendo en prácticas cuyo sentido es la realización de objetivos complementarios, aprenden a considerarse miembros de comunidades que garantizan la libertad, conscientes de sí mismos⁴⁰².

Así, ante el innegable hecho que las instituciones, en este caso jurídicas, se valen de la coerción como elemento que garantiza el cumplimiento de los fines del derecho, tampoco podrá refutarse que libertad puede apoyarse en ella para protegerla cuando se vea afectada por la falta del reconocimiento intersubjetivo de otros sujetos.

Pues tal como señala Finnis, existen bienes humanos que solo pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana, y exigencias de la razonabilidad práctica que solo esas instituciones pueden satisfacer⁴⁰³.

Expresado de otra manera, sin las instituciones y la coerción por la que comúnmente es conocido el derecho, sería imposible el reconocimiento intersubjetivo de todos los individuos, porque bastará con la existencia de una sola persona con el poder suficiente que pretenda quebrantar las libertades de otro, para que nadie pueda oponerse sino a través de mecanismos no institucionalizados como la violencia.

⁴⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 73.

⁴⁰¹ Cfr. *Ídem*.

⁴⁰² Cfr. *Ídem*.

⁴⁰³ Cfr. Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 37.

Tan pronto se advierte que la libertad social es la única de las tres vertientes de libertad expuestas en este apartado, que satisface las condiciones concurrentes para ser catalogada como un valor moral jurídico, corresponder preguntarse si como los demás valores morales descritos en este capítulo, está presente en la naturaleza del derecho y en qué medida se encuentra inmersa en ella.

Al igual que todos los valores morales jurídicos hasta aquí desarrollados, la libertad también tiene relación y presencia indiscutible en la dimensión ideal del derecho. Sea desde la perspectiva del discurso que fuere, el derecho siempre trae aparejada de forma explícita la idea de la libertad.

El derecho, por más discutibles que puedan ser sus métodos en la dimensión fáctica, siempre justificará las medidas empleadas en la dimensión ideal. Aunque en su concepción más vaga y simple se limite a ser entendido como un sistema de reglas que regula la conducta de las personas, el discurso invariablemente dirá que tal regulación de conductas permite al mismo tiempo la protección de la libertad.

El verdadero problema sobre la presencia de la libertad en la naturaleza del derecho, surge en la dimensión real. Sobre la coerción y eficacia del derecho, llama la atención una pregunta que Berlin consideró importante, ¿cuánto gobierno tiene que haber? Por las razones que sean, la interferencia del Estado, o en este caso, el sistema jurídico, en principio debe trazarse una línea divisoria entre la vida pública y la vida privada, donde en esta última se materialice una especie de libertad en la que una persona pueda vivir a su gusto, creer lo que quiera o decir lo que guste, siempre que esto no interfiera en derechos semejantes de los demás⁴⁰⁴.

Pareciera que la cuestión está resuelta con la simple línea divisoria entre la regulación de la vida pública y la prohibición de invasión a la vida privada, pero eso solo es el punto de partida. En un ejemplo muy sencillo, Berlin explica posturas que reflejan la verdadera complejidad de los alcances de la libertad, y que pudieran hacerla hasta cierto grado incompatible con la dimensión real del derecho.

En el caso expuesto por Berlin, una de las posturas defiende que dejar una botella fuera del alcance de una persona dipsómana, no menoscaba sus libertades,

⁴⁰⁴ Cfr. Berlin, Isaiah, «Libertad», trad. de Julio Bayón *et. al.*, en Hardy, Henry (ed.), *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2017, p. 322.

porque al impedir que beba, aunque sea por fuerza, será una persona más sana y por tanto más capaz de realizar su papel como persona y como ciudadano. Por su parte, el otro extremo no niega que los comportamientos antisociales deban ser abordados, pero niega que tal restricción, aunque justificada, sea libertad⁴⁰⁵.

En este sentido, la premisa principal de la primera postura podría definirse en que, a mayor intervención justificada del derecho, mayor posibilidad de generar libertad autoconsciente; por el contrario, la segunda idea sostendría que, a mayor intervención del derecho, aun cuando sea justificada, solo reduce la libertad.

Y aunque pareciera que la segunda postura haría inconcebible que la libertad pueda estar presente en la dimensión real del derecho, esto no es del todo correcto. Porque a pesar de que el derecho, en principio, presupone una invasión a la libertad verificable en la medida en que regula la conducta de las personas, lo cierto es que incluso los defensores de esta idea, rechazarían la idea de la desaparición del Estado y del derecho, porque de hacerlo, se corre el grave riesgo de la desaparición de la propia libertad, derivada de la relevancia que en la actualidad tienen los poderes fácticos.

La cuestión es que, tal como plantea Nava Tovar, estamos tan acostumbrados en pensar en las distopías que pudieran representar los Estados totalitarios, que no se reflexiona sobre los peligros de las distopías producidas por la desaparición del Estado⁴⁰⁶, o en este caso, del derecho.

Incluso autores como Charles Taylor, alejados de los prejuicios de los que generalmente es objeto Hegel, estiman que el Estado, desempeña un papel importante en la vida humana, debido a que si bien, en su forma más primitiva, puede estar en oposición con el hombre que aspira a ser un individuo libre, tal oposición está destinada a ser superada, porque el individuo libre no puede realizarse como libre fuera del Estado. La libertad solo es real cuando expresada en forma de vida, y como una persona no puede vivir por sí misma, esta debe ser una

⁴⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 323.

⁴⁰⁶ Cfr. Nava Tovar, Alejandro, «Sociedad civil y estado en la filosofía práctica de Hegel», en Rojas Hernández, Mario y Vieweg, Klaus (coords.), *Reconocimiento, libertad y justicia. Actualidad de la filosofía práctica de Hegel*, México, Ítaca, 2014, p. 292.

forma colectiva, la cual se encuentra hallada en las normas jurídicas que forman parte del Estado⁴⁰⁷.

Consecuentemente, si la libertad debe ser verificable para materializarse, entonces no debe quedar duda en cuanto a que se encuentra de forma explícita en la dimensión real del derecho, aunque sobre los grados y alcances pueda discreparse en debates ajenos a los fines de este trabajo.

Con todo lo apuntado, se puede arribar a una serie de conclusiones en torno a la presencia de la libertad en la naturaleza del derecho

a) La libertad social es la única libertad que satisface los requisitos para ser considerada un valor moral jurídico.

b) La libertad está presente explícitamente en la dimensión ideal del derecho.

c) La libertad también se encuentra de forma explícita en la dimensión real del derecho.

d) Aunque pudiera decirse que a mayor invasión del derecho, menor es el ámbito de la libertad, el fenómeno jurídico sigue siendo la opción más efectiva para materializar mínimamente la libertad.

El derecho como medio para crear instituciones que a su vez sean útiles y necesarias para llevar a cabo los deseos de libertad autoconsciente de las personas a través de relaciones intersubjetivas, solo puede lograr ese fin siempre que su contenido normativo sea claro en cuanto a las reglas del sistema y eficaz en su aplicación.

Para que estos dos últimos supuestos se satisfagan en su integridad, resulta indispensable que el derecho dote a las personas de seguridad jurídica, porque únicamente de esa manera será reconocido como el medio de proteger los demás valores morales jurídicos. En el siguiente apartado corresponde exponer si la llamada seguridad jurídica puede ser considerada un valor moral reconocido socialmente, para después, reconocerlo como parte de la moralidad jurídica.

⁴⁰⁷ Cfr. Taylor, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 105 y 106.

3.4. Seguridad jurídica

Una de tantas similitudes que han compartido los valores morales jurídicos hasta aquí descritos, radica en que, antes de ser valores morales jurídicos, son valores morales en sí mismos. A pesar del impacto que pudiera tener el derecho en la existencia de la justicia, la libertad y la igualdad, nadie negará que incluso sin asociarlas con aspectos jurídicos, son conceptos que representan una corrección difícilmente discutible, al mismo tiempo que son ideales a los que aspiran hasta los más escépticos del derecho.

No sucede lo mismo cuando se habla de la seguridad jurídica. La expresión «*jurídica*» es indispensable para que sea comprendido su valor en la sociedad y para reducir todas las ambigüedades que puede generar hablar simplemente de «*seguridad*».

Porque si se trata de seguridad, en el sentido amplio de la palabra, se disparan múltiples definiciones, las que además pueden llevar a caminos distantes de lo que significa la seguridad jurídica. La seguridad, en sentido «*lato*», puede ser comprendida tanto como la protección de amenazas externas, ausencia de miedo, búsqueda de un estado de libertad frente a la ansiedad, un deseo de alcanzar un estado emocional frente a la realidad, o en un aspecto más cercano al derecho, un estado de protección de bienes como la vida, la salud, la libertad y la propiedad⁴⁰⁸.

Sin embargo, ninguna de todas estas definiciones tiene relación alguna con los significados atribuidos a la seguridad jurídica, si acaso la más cercana es la última de ellas, pero en cualquier supuesto, el término correcto al que se refiere, es al de «*seguridad pública*».

En contraposición, la seguridad jurídica, aunque no se salva de tener sus propias ambigüedades, aparece cuando se supera la dimensión psicológica que representa la simple seguridad, y se adentra en una dimensión social, pero no meramente conductual, sino como un fenómeno valorativo vinculado al derecho⁴⁰⁹;

⁴⁰⁸ Cfr. Ávila, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 87-89.

⁴⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 90.

de ahí que necesariamente deba hablarse de «*seguridad jurídica*» para referirse al valor moral jurídico en cuestión.

Esta perspectiva, en principio es discrepante con el orden lógico que siguió el desarrollo de los demás valores morales jurídicos, entendidos como valores cuyo contenido de corrección en principio es ajeno al derecho, pero que al ser sociales, se tornan obligatorios mediante mecanismos institucionalizados, donde el derecho aparece hasta su etapa final como un remedio necesario para materializar los valores, a través de su discurso, de la coerción y de su eficacia como su herramienta principal.

Pero esta diferencia en cuanto al procedimiento en el que el valor es instituido mediante el derecho, constituye un factor que, lejos de restarle validez como valor moral jurídico, demuestra que el discurso jurídico no está limitado en la expedición de reglas para la convivencia social y relacionarla con valores morales preestablecidos, sino que también es capaz de crear ideales de corrección a los que puede aspirar toda sociedad como el de concebir y planificar libremente las acciones con base en el derecho⁴¹⁰.

Por la particularidad apuntada, es evidente que el estudio que ahora se emprenderá, será distinto al de los demás valores morales jurídicos analizados en apartados precedentes. En el caso de la seguridad jurídica, como su moralidad necesariamente estará ligada con el mismo derecho que la crea, su calidad de valor moral jurídico se discutirá tan pronto se justifique que efectivamente se trata de un valor ético creado por el propio fenómeno jurídico, cuestión discutida desde del siglo pasado y que en la actualidad se encuentra lejos de estar resuelta.

En efecto, la seguridad jurídica bien puede ser entendida como elemento definitorio del derecho, como un hecho, un principio, entre otros, e incluso puede ser vista desde distintas perspectivas, ya sea desde la del operador del derecho o desde las personas ajenas a las que está dirigida, y no necesariamente en todas es considerada como un valor moral.

Sin embargo, un primer esbozo para llegar a considerarla como un valor moral, debe partir de la premisa que sin importar qué vertiente de la seguridad jurídica se

⁴¹⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 91.

adopte, todas ellas concuerdan en que el aspecto fáctico de la seguridad debe tener un cierto contenido, y solo varían en cuanto a la perspectiva que de ellos se tenga.

Así, las definiciones de seguridad jurídica generalmente son coincidentes sobre cuáles son las características mínimas que debe tener cierto sistema para considerar que se encuentra provisto de seguridad jurídica, y las discrepancias surgen en torno a cuál es su verdadera finalidad o naturaleza, se trata de una distinción entre su contenido y sus fines.

La diferencia de dirigir el estudio de la seguridad jurídica hacia su posible contenido o hacia su naturaleza y finalidad, puede ser entendida como una distinción de la seguridad jurídica como hecho y como valor. Donde en el caso del primero, la seguridad jurídica es vista como la capacidad que proporciona el derecho a las personas de prever, hasta cierto, la conducta humana y sus consecuencias, mientras que en su concepción valorativa, se refiere al estado de cosas en que se produce dicha capacidad de previsión y que es considerada buena o valiosa para tener razones para maximizarla⁴¹¹.

Y aunque es en este último punto donde se discute sobre el posible contenido moral de la seguridad jurídica, es necesario que antes de abordar ese tópico, sean señalados algunos aspectos en los que las definiciones son coincidentes, es decir, la seguridad jurídica como hecho, porque como se verá más adelante, mucho tendrá qué ver el contenido de la seguridad jurídica con su objeto y naturaleza.

El primero y quizá único factor distintivo e indiscutible de la seguridad jurídica en cuanto a los requisitos que debe satisfacer, es su necesaria positividad. Al respecto, Radbruch considera que el derecho positivo supone la fuerza que pone o establece la seguridad jurídica⁴¹². Si no existiese la positividad, no tendrá sentido alguno hablar de seguridad jurídica.

A partir de la positividad, surge la disputa en torno a cuáles son los requisitos que debe cumplir y en qué sentido deben entenderse para hablar de seguridad jurídica.

⁴¹¹ Cfr. Lifante Vidal, Isabel, «Seguridad jurídica y previsibilidad», *Doxa*, Alicante, 2013, núm. 36, p. 86.

⁴¹² Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía...*, cit., p. 147.

En este punto, habrá quienes buscarán que la positividad sirva para que la persona tenga la capacidad de conocer y calcular los resultados que el derecho atribuirá a sus actos, otros que la defenderán para que el propio sistema no pueda ser objeto de modificaciones abruptas, drásticas o incoherentes, unos cuantos más para asegurar la aplicación no arbitraria de las normas, o bien, para prever la reacción de los órganos jurídicos frente al comportamiento de las personas⁴¹³, entre muchas otras.

Pero ante esta aparente disparidad entre las características fácticas que debe satisfacer la positividad en la que está envuelta la seguridad jurídica, Lon F. Fuller propuso una serie de elementos que difícilmente han encontrado refutación en cuanto a que se traten de pautas o lineamientos que debe tener la creación del derecho si es que no desea fracasar, en específico, ocho clases de excelencia a las que debe tender todo sistema jurídico, las cuales en su conjunto, integran lo que él denominó como «*moral interna del derecho*»⁴¹⁴ brevemente mencionada en el Capítulo II, y que ahora, además de ser elementos necesarios para referirse a la seguridad jurídica, también servirá para explicar por qué a esta última se le puede concebir como un valor moral.

La moral interna del derecho, está compuesta por principios o pautas que en resumidos términos forman parte de lo que Fuller describió como «*moral de aspiración*»⁴¹⁵, cuyo atractivo principal es ver en el derecho una comisión de confianza en el que las personas puedan encaminarse a logros específicos⁴¹⁶.

De manera resumida, la moral interna del derecho, se compone de: la generalidad del derecho, la promulgación, irretroactividad, claridad y ausencia de contradicción de las leyes, posibilidad de su cumplimiento, estabilidad del derecho a través del tiempo, y congruencia entre la acción oficial y la ley declarada⁴¹⁷.

⁴¹³ Cfr. Ávila, Humberto, *op. cit.*, pp. 117-121.

⁴¹⁴ Cfr. Fuller, Lon. L., *op. cit.*, pp. 51 y 52.

⁴¹⁵ Para mayor referencia sobre qué debe entenderse por moral de aspiración, véase apartado 1.1. Conceptos fundamentales de filosofía moral.

⁴¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 53.

⁴¹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 56-94.

Como se adujo, cualquiera de los elementos enlistados que componen la moral interna del derecho, fácilmente puede relacionarse de manera importante con el significado y alcance de la seguridad jurídica.

Tan pronto de obtiene una breve referencia acerca de cuál debe ser el contenido mínimo de un sistema jurídico que pugne por la seguridad jurídica y no estar destinado al fracaso, corresponde retomar la cuestión inherente de hasta qué punto tales componentes pueden ser idóneos para considerar que la seguridad jurídica está dotada de contenido moral.

Sobre este tópico, es importante destacar que Fuller señaló que a pesar que moral interna del derecho es neutral en ciertos problemas de carácter ético, no puede serlo en su opinión de la persona misma, pues al embarcarse en la empresa de sujetar la conducta humana a reglas, comprende por necesidad un empeño en que la persona es, o puede ser, un factor responsable, capaz de comprender y ser responsable por sus faltas. Los elementos de la moral interna, en este sentido, reconocen las facultades de libre determinación de los seres humanos⁴¹⁸.

Con base en este argumento de Fuller, se ha propuesto que el contenido de la moral interna del derecho, tiene dos objetivos. Por un lado, poner de manifiesto cánones que representan condiciones de validez, y poseen, un carácter jurídico constitutivo, y por otra parte, que la observancia de tales exigencias posee un valor moral intrínseco⁴¹⁹.

Esta última parte, en principio, dotaría a la seguridad jurídica de una carga de corrección idónea para considerarla un valor moral, y a la postre, un valor moral jurídico por excelencia. Lo anterior, porque los principios de la moral interna del derecho expresan una demanda de regularidad y coherencia en la creación y funcionamiento del derecho, y dichas cualidades son más afines con el bien que con el mal, de ahí que sea más probable que sean el punto de partida de leyes justas en lugar de injustas⁴²⁰.

⁴¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 179 y 180.

⁴¹⁹ Cfr. Arcos Ramírez, Federico, *Seguridad jurídica, rule of law y justicia*, Cali, Universidad Autónoma de Occidente, 2014, p. 37.

⁴²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 65.

No obstante, la connotación valorativa que se la ha atribuido a la moral interna del derecho, no se ha visto exenta de diversas críticas, de las cuales vale la pena mencionar un par de ellas.

Joseph Raz es uno de los juristas que atribuye a Fuller la afirmación relativa a que un sistema jurídico, tiene, por necesidad, que conformarse al Estado de derecho⁴²¹ como un ideal o un estándar que genera un vínculo esencial entre el derecho y la moral. Al respecto, difiere de la idea que los elementos que componen la moral interna del derecho sean suficientes para establecer que el sistema jurídico está dotado de algún valor moral⁴²².

Para Raz, el Estado de derecho o «*imperio de la ley*» es, en todo caso, un valor negativo, porque el derecho en sí mismo puede crear un gran peligro de poder arbitrario, y por esa razón, el Estado de derecho está hecho para minimizarlo. En otras palabras, el derecho no causa un bien, solo impide el mal que únicamente puede ser provocado por el propio derecho⁴²³.

Una segunda crítica al trabajo de Fuller, se sustenta en que no es posible afirmar que el legislador que respeta la moral interna del derecho está predispuesto hacia a la justicia material o se encuentre inhabilitado para cometer injusticias graves⁴²⁴. Aunque un tirano tenga razones para preferir mandar a través de leyes públicas y claras, que hacerlo de forma descontrolada e imprevisible, no hay por qué apreciar en ello una lógica moral en lugar de únicamente prudencial⁴²⁵.

Este último argumento, resta a la moral interna del derecho, y en este caso, a los principios de la seguridad jurídica, de una connotación valorativa y las reduce a una cuestión meramente instrumental. Arcos Ramírez entiende estas críticas en el sentido que la observancia de la moral interna no se traduce necesariamente en una cuestión de corrección, porque el apearse a ella se puede entender como

⁴²¹ La frase «*Estado de derecho*» es la expresión que Rolando Tamayo tomó para traducir «*rule of law*», empleada en el texto original de Raz, cuya traducción literal es «*imperio de la ley*».

⁴²² Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, 2a. ed., trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 279.

⁴²³ Cfr. *Ídem*.

⁴²⁴ Cfr. García Manrique, Ricardo, «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», *Doxa*, Alicante, 2003, núm. 26, p. 500.

⁴²⁵ Cfr. Arcos Ramírez, Federico, *op. cit.*, p. 74.

simple condición que debe reunir el control social para alcanzar la eficacia del derecho a mediano o largo plazo⁴²⁶.

Por su parte, la defensa para sostener que la seguridad jurídica es un valor moral en contraposición a los planteamientos de Raz, consiste en señalar que no siempre la evitación de un mal, y por tanto un valor negativo, es algo indigno de una valoración moral positiva. Arcos Ramírez estima que el error de Raz reside en que soslaya la necesidad de la existencia del derecho. Si el derecho es un bien, idéntica valoración moral le debe corresponder a las características de la seguridad jurídica que integran la moral interna del derecho⁴²⁷.

Por otro lado, respecto del rechazo de la moralidad de la seguridad jurídica bajo el razonamiento de que en realidad tiene una lógica prudencial, la respuesta que dan los defensores de Fuller, radica en que incluso en aquellos regímenes en los que los principios de la seguridad jurídica funcionan únicamente como máximas de eficacia en el control social, la observancia de los mismos, realiza funciones moralmente valiosas⁴²⁸.

A mayor abundamiento, en la moral interna del derecho y en este caso, en la seguridad jurídica, las personas tienen un vestigio de amparo o refugio contra la tiranía, a través de un orden jurídico cognoscible, capaz de generar expectativas ciertas y fiables sobre la licitud o ilicitud de las acciones, en la medida que el mismo derecho es su origen e impulsor⁴²⁹.

Debido a que la disputa sobre los alcances morales que tiene la seguridad jurídica está lejos de tener una llegar a su fin, este trabajo necesariamente se decanta por una postura, en el caso, con aquella que defiende que la seguridad jurídica es un valor moral.

La seguridad jurídica solo puede ser catalogada como un valor moral jurídico en la medida en que su corrección se dé por presupuesta. Las razones que Fuller y sus defensores dan para justificar la importancia axiológica de la seguridad jurídica, denotan que se trata de un estado deseable, calificado como digno de ser buscado

⁴²⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 74 y 75.

⁴²⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 88 y 89.

⁴²⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 63.

⁴²⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 83 y 91.

por razones sociales, culturales o económicas, que sustancialmente la vuelven un valor para la vida humana⁴³⁰.

Así, esta tesis defiende la idea de Fuller en el sentido que la desviación de las exigencias formales que integran la moral interna de derecho, o en este caso, la seguridad jurídica, afecta la dignidad de las personas, pues juzgarlas con leyes no publicadas, retroactivas, u ordenarle que cometa un acto imposible, es demostrar el desprecio por sus facultades de libre determinación⁴³¹.

En este contexto, si la seguridad jurídica es idónea para que la sociedad vea en el derecho un sistema de previsibilidad sobre las consecuencias de sus conductas, una garantía de trato sustantivo y procedimental, y una base cierta para llevar a cabo sus planes de vida, es evidente que no puede negarse su calidad de valor moral intrínseco, al margen que requiera forzosamente del derecho para su materialización.

Consecuentemente, si la seguridad jurídica es un valor moral en la medida en que determina las expectativas de las personas que merecen ser jurídicamente protegidas⁴³², puede afirmarse que a partir de tales características satisface de forma contundente los presupuestos para ser considerado un valor moral jurídico.

En primer lugar, porque la seguridad jurídica es un valor dirigido exclusivamente a personas, pues solo ellas se someten voluntaria o forzosamente al sistema de previsibilidad que debe privilegiar todo sistema jurídico que desee perdurar en el tiempo. Ningún otro ser vivo u objeto siquiera es consciente de que su actuar o hechos circundantes pueden ser objeto de alguna disposición creada por el derecho.

En segundo término, es un valor social, en virtud que dentro del contenido que debe tener el derecho, se encuentran, entre otros supuestos, la generalidad y publicidad, cuya importancia incide en que las normas jurídicas deben estar dirigidas y ser conocidas por los miembros de la sociedad, aun cuando existan supuestos de excepción, como las normas que regulan encargos, delitos, o funciones específicas.

⁴³⁰ Cfr. Ávila, Humberto, *op. cit.*, p. 93.

⁴³¹ Cfr. Fuller, Lon. L., *op. cit.*, p. 180.

⁴³² Cfr. Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, p. 103.

En cuanto al último de los requisitos para ser considerada un valor moral jurídico, la seguridad jurídica no pierde su corrección si es que se llega a exigir su cumplimiento mediante la coerción del propio derecho. Al contrario, la coerción es una garantía de cumplimiento de la seguridad jurídica.

Si existiere una ley que exige cosas de imposible cumplimiento o si un tribunal juzga a una persona con la aplicación de leyes retroactiva, las personas tienen en sus manos la oportunidad de hacer valer estos defectos en la aplicación del derecho, las cuales pueden subsanarse mediante la coerción como elemento intrínseco del ordenamiento jurídico.

Ahora solo resta hablar de la presencia de la seguridad jurídica dentro de la naturaleza del derecho, y así verificar si puede ser entendida como un valor moral jurídico. Es el caso que, a diferencia de los demás valores descritos en este capítulo, la seguridad jurídica obligadamente tiene presencia explícita tanto en la dimensión ideal como en la dimensión real del derecho.

En cuanto a la dimensión ideal, la presencia de la seguridad jurídica necesariamente es explícita, debido a que cualquier discurso que se diga jurídico, incluirá la mayoría o quizá la totalidad de los elementos de la moral interna del derecho descrita por Fuller, como una justificación de que el derecho es confiable e idóneo para servir de parámetro en la planificación de la vida de las personas.

Misma situación acontece con la dimensión real del derecho. La seguridad jurídica es tan explícita en la eficacia del derecho que, si no llega a ser materializada en un grado mínimo, el sistema estaría destinado al fracaso.

Los mejores ejemplos de esta situación hipotética, son descritos en las ocho formas de fracasar en la creación del derecho descritas por Fuller. De entre varias de ellas, Fuller narra una historia imaginaria en la que el monarca Rex, falla en su empresa de ser el mejor gobernante, ya sea porque él decide gobernar sin leyes o mantenerlas en secreto, o bien, porque quiso aplicarlas a supuestos donde la gente no podía cumplirla por cuestiones temporales, contradicciones evidentes o imposibilidad material de acatarlas; circunstancias que a la postre, generan un

fracaso total en todos los sentidos, que no produce solo un mal sistema de derecho, sino algo que no puede llamarse propiamente derecho⁴³³.

A partir de la justificación de la existencia explícita obligatoria de la seguridad jurídica en la naturaleza del derecho, se concluye que, si deja de existir en alguna de sus dimensiones, ideal y real, entonces, sucede lo mismo que con el resto de los valores morales explicados en este capítulo: el sistema deja de ser jurídico.

Para finalizar, no está de más decir que la seguridad jurídica y otros valores morales jurídicos pueden contraponerse en situaciones concretas.

La historia y la vida cotidiana, son testigos de casos en los que la seguridad jurídica puede conllevar a injusticia extrema como la descrita por la fórmula Radbruch, porque si bien es una exigencia de la justicia que el derecho sea seguro, puede surgir una ley sea cuestionable por su contenido de justicia, aun cuando satisfaga los requisitos de la seguridad jurídica⁴³⁴. Del mismo modo, se considera justo que, en algunas ocasiones, ciertas personas pierdan su libertad social cuando cometan un delito o conducta sancionada por el sistema jurídico.

En fin, con independencia de los posibles conflictos en los que se puedan poner en pugna a la justicia, la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica, esto no les demerita en su calidad de valores morales jurídicos, porque tales discrepancias, lejos de demostrar cierta incompatibilidad, ponen de manifiesto que, en la medida de lo posible, deben ser acordes y complementarios.

Si de verdad hubiese incompatibilidad entre los valores morales jurídicos, bastaría con desaparecer alguno y aparentemente los problemas estarían resueltos, pero este no es el caso. La justicia debe privilegiar que las personas sean libres y tengan acceso a condiciones de igualdad mediante un sistema dotado de seguridad jurídica. La libertad sin igualdad no es libertad. Sin seguridad jurídica, no puede garantizarse un trato igualitario y de respeto a la libertad. La simple desaparición de cualquier valor moral jurídico en alguna de las dimensiones de la naturaleza del derecho, no solo provocaría un sistema jurídico defectuoso, sino algo que no podrá ser llamado derecho.

⁴³³ Cfr. Fuller, Lon. L., *op. cit.*, pp. 43-47 y 49.

⁴³⁴ Cfr. Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y...*, *cit.*, p. 219.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo, se han desarrollado una serie de razonamientos que tuvieron como objetivo principal proponer una manera distinta de concebir la relación entre el derecho y la moral. No obstante, debe decirse que varios de estos argumentos pueden a su vez considerarse pequeñas conclusiones extraídas de otras premisas contenidas en la investigación, las cuales vale la pena mencionar en el listado presentado en párrafos subsecuentes.

Su inclusión en el presente apartado, servirá para comprender de forma sistemática las ideas principales de la tesis de los valores morales jurídicos, y también para generar discusiones autónomas, las cuales pudieran resultar enriquecedoras en el ámbito de la filosofía del derecho o en otras áreas de la ciencia jurídica.

A continuación, las principales conclusiones obtenidas en el transcurso de esta investigación:

Primera. *«La filosofía del derecho y la filosofía moral, son áreas del conocimiento complementarias».*

Varias de las corrientes que buscan explicar la naturaleza del derecho, lo hacen a partir de lo que para ellas significa el fenómeno jurídico. Incluso aquellas teorías que reconocen cierta influencia de la moral, parten de una concepción enfocada en estudiar el impacto de la moral en el derecho, donde este último es el que se lleva toda la atención, y aquella se da por sentada sin mayores reflexiones.

Sin embargo, no es lo mismo problematizar sobre la influencia de la moral en el derecho solo desde la perspectiva de la filosofía del derecho, que complementarla con estudios de filosofía moral.

En este trabajo pudieron verse distintas teorías de corte metaético, como el relativismo, el emotivismo, el prescriptivismo y la ética del discurso, las cuales no solo bien podrían corresponder con teorías jurídicas como el positivismo y el no-positivismo, sino que incluso pueden ayudarlas a explicar de mejor manera sus postulados sobre la relación derecho-moral.

Segunda. *«La ética del discurso de la filosofía moral es compatible con el no-positivismo incluyente de la filosofía del derecho».*

La tesis aquí desarrollada, tenía como una de sus principales tareas, conjuntar los esfuerzos de autores como Karl Otto Apel en el ámbito de la ética del discurso, y Robert Alexy en el campo de la filosofía del derecho.

En el caso del primero, su caracterización del discurso argumentativo como medio indispensable para la fundamentación de normas morales, es de tal importancia porque puede conllevar a considerar la objetividad de ciertos valores, siempre que exista una racionalidad estratégica donde se responda al interés de todas las partes, incluidas las posiblemente afectadas.

Por su parte, el no-positivismo incluyente defendido por Alexy en diversas obras mencionadas en esta investigación, entiende al derecho como un concepto con una doble naturaleza. Una dimensión real dirigida al reconocimiento de la coerción y la eficacia social que el derecho representa, y una dimensión ideal donde el discurso jurídico contiene una pretensión de corrección.

Es en la dimensión ideal del derecho donde la tesis de Alexy y la de Apel tienen mayor grado de convergencia. Porque cuando el discurso jurídico pretende ser justo, la ética del discurso puede ser una herramienta valiosa de racionalidad para que la sociedad considere ciertos valores valiosos y universalizables.

Tercera. *«La tesis de los valores morales jurídicos se ajusta los parámetros de la ética del discurso y del no-positivismo incluyente».*

Durante el desarrollo de la tesis de los valores morales jurídicos, se insistió en la existencia de valores morales que rebasan el terreno de la positivización del derecho, y llegan a su plano conceptual al grado que forman parte de su naturaleza.

Esta hipótesis, fue plausible al tomar elementos de la ética del discurso en la medida en que los valores se encuentran sustentados en un proceso racional dialógico. Cuando un valor es aceptado socialmente mediante estos procesos, será más factible que sean reconocidos por el derecho, pues su objetividad se justificará a través de discursos argumentativos ideales y reales.

La postura también puede apoyarse en el no-positivismo incluyente, bajo el argumento que el derecho tiene una pretensión de corrección, donde esta carga

corre por cuenta de valores que el derecho buscará emplear para atribuirse características morales.

Sin embargo, esto no es suficiente. Los valores morales jurídicos dependen de ambas dimensiones del derecho para subsistir. De la dimensión ideal por el discurso de justificación, y de la dimensión real como garantía de vigencia y aplicación de los valores. Solo una teoría que reconozca la doble naturaleza de derecho es compatible con esta función.

Cuarta. *«Los valores morales no son estrictamente personales, existen valores colectivos».*

Es innegable que las pautas morales siguen mayoritariamente fines personales, pero ese hecho no constituye una regla, sino una generalidad con sus propias excepciones. Las interacciones entre las personas pueden contener metas colectivas, y aunque esta meta colectiva sea interiorizada, debe ser exteriorizada en la cooperación de la materialización de los fines.

Incluso una persona que no hace suyo un valor, como pudiera ser un individuo egoísta, puede contribuir en algo que la sociedad considera valioso para obtener un bien común, y esto puede obedecer a factores externos de índole política, económica, cultural y jurídica.

Quinta. *«Debido a la relevancia de un valor moral colectivo en el funcionamiento de la sociedad, puede tornarse obligatorio a través del derecho».*

Un valor moral adoptado por la sociedad, puede considerarse valioso por diversas razones, ya sea por cuestiones utilitaristas, porque establece condiciones mínimas para lograr la convivencia, porque garantiza la autodeterminación de las personas, o bien, por su importancia para promover la colectividad.

Aquellos valores primordiales para el mantenimiento de la vida social, pueden establecerse como obligatorios, y para lograrlo, el derecho es el mecanismo institucionalizado por excelencia.

A través de las normas jurídicas, se pueden promover y garantizar comportamientos que las personas consideran valiosos, además de resultar innegable que hay objetivos o logros que solo pueden ser conseguidos mediante

las instituciones. Así, el derecho existe ante la insuficiencia de la moral para dar cuenta y resolver problemas sociales reales.

Sexta. *«Los valores morales colectivos pueden ser positivizados».*

Debido a la mencionada insuficiencia de la moral para por sí sola hacer efectivas las aspiraciones colectivas de la sociedad, el derecho, y específicamente las leyes pueden positivizarlas, circunstancia que genera, en principio, una garantía de cumplimiento intrínseca que busca suprimir la improvisación, caos y violencia que en su caso generaría dejar todo al arbitrio de los factores de poder extralegales.

La positivización de los valores morales está presente de distintas maneras. Son incontables las disposiciones legales que protegen bienes jurídicos tutelados, mediante la tipificación de delitos, sanciones administrativas, regulación de conductas en el ámbito del derecho privado, u otras. También, los valores pueden ser tratados como principios, es decir, disposiciones que no se rigen por su validez, sino que proporcionan criterios para tomar posición en ciertos supuestos concretos.

En cualquiera de los casos, un valor moral no deja de serlo por el simple hecho de ser reconocido expresamente en un ordenamiento jurídico. De esta forma, un valor moral puede tener un carácter ambivalente, puede ser tanto valor moral como valor jurídico en el mismo momento.

Séptima. *«Los valores morales que rebasan la positivización e identifican la manera en cómo es comprendido el derecho, integran la llamada “moralidad jurídica”».*

El alcance de un valor moral no está limitado a únicamente convertirse en un principio reconocido por el derecho. Algunos, incluso forman parte de la manera en cómo es comprendido el propio derecho. La moralidad jurídica está compuesta por todos aquellos que valores que traspasan la positivización y llegan a formar parte de la naturaleza del derecho.

Como se expuso en conclusiones precedentes, la tesis del no-positivismo incluyente, sostiene que el derecho posee una dimensión ideal, representada por una pretensión de corrección en su discurso. A través del argumento de corrección, el derecho puede justificar su actuar mediante valores morales que no necesariamente se encuentran establecidos en normas jurídicas o principios.

Son estos tipos de pautas morales las que integran la moralidad jurídica, pues el derecho ya no puede ser concebido sin hacer referencia a algunas de ellas.

Octava. *«Los valores morales jurídicos integran a la moralidad jurídica y deben satisfacer tres condiciones concurrentes».*

Los valores morales que llegan a formar parte de la moralidad jurídica, son llamados *«valores morales jurídicos»*. Adicionalmente deben satisfacer tres requisitos concurrentes, y la ausencia de uno es suficiente para estimar que no es un valor identificable con la naturaleza del derecho.

La primera de ellas, es que un valor moral jurídico no puede estar estrechamente vinculado con la propiedad o factores económicos, o en otras palabras, derechos reales. Un valor moral jurídico solo puede ser aquel que coloque los factores personales por encima de presupuestos materiales.

El segundo presupuesto, es que debe tratarse de valores morales de índole social. La principal razón deriva del hecho que los valores sociales son menos subjetivos que los particulares, y susceptibles de discutirse mediante procesos argumentativos racionales. Un juicio de valor supeditado de forma exclusiva al libre albedrío particular, no puede formar parte de la moralidad jurídica, pues solo impactaría en el ámbito de la propia persona o en todo caso, su mayor escala, sería su materialización mediante normas positivadas.

Finalmente, la tercera exigencia que debe satisfacer todo valor moral jurídico, es su compatibilidad con la coerción como elemento de la dimensión real del derecho, sin sacrificar su propia corrección. Este requisito es primordial, porque evita la posibilidad de que un valor moral pierda su valía ante la sociedad en aras de sacrificarlos por la naturaleza coercitiva del derecho.

Novena. *«Los valores morales jurídicos están presentes en la naturaleza del derecho de forma explícita o implícita, son necesarios en la dimensión ideal, y deben ser mínimamente materializados en la dimensión real, si desaparecen por completo en alguna dimensión, el sistema que lo integre no solo es defectuoso, sino deja de ser jurídico».*

La naturaleza del derecho está compuesta por elementos explícitos e implícitos. Los elementos implícitos también constituyen fundamentos y sientan las

bases para darle coherencia y vigencia al contenido explícito. Así, un valor moral jurídico, necesariamente está presente en la naturaleza del derecho, y el hecho de que su presencia no sea explícita, no significa que no sea indispensable.

Sobre la forma específica en que un valor moral jurídico está presente en la naturaleza del derecho, este es necesariamente explícito en la dimensión ideal, por el simple hecho que tal dimensión representa un discurso de corrección, y los valores morales en sí mismos, tienen una carga de corrección propia.

En relación con la dimensión real, podría objetarse la presencia de valores morales jurídicos en razón de que estos precisamente constituyen la dimensión ideal del derecho, aunado a que los valores morales no siempre se materializan.

Sin embargo, la presencia de los valores morales jurídicos en la dimensión ideal, no es la misma que en la dimensión real, porque en la primera se refiere a su discurso, mientras que en la segunda se encuentra encaminado a su eficacia social y cierto de grado de materialización.

Y a propósito de su materialización, es cierto que no siempre un valor o principio se lleva a cabo en el plano fáctico. Sobre este aspecto, esta tesis no niega que a pesar de ciertas injusticias, o transgresión a otros valores morales, el sistema jurídico debe prevalecer y subsistir; no obstante, en términos similares a los establecidos en la fórmula Radbruch, la desaparición completa de un valor moral jurídico, torna imposible que un sistema pueda llamarse jurídico.

Décima. *«A pesar de su ambigüedad, la justicia es un valor moral jurídico».*

A lo largo de este trabajo, se expusieron múltiples formas de entender qué es la justicia. Desde fórmulas vacías, teorías elaboradas o incluso propuestas sociales que más que buscar definirla, pretenden combatir a la injusticia.

De todas ellas, se pudo establecer que sin importar la perspectiva desde la que se mire, o lo que cada persona considera como justo, la justicia es un valor de índole colectiva, el cual, dota a algo o alguien de la fuerza suficiente para establecer decisiones.

Y este tercer ente del que se presume imparcial, no es otro que el derecho, quien a través de sus normas jurídicas e instituciones, garantiza la obligatoriedad del valor moral representado por la justicia.

La justicia es un valor moral jurídico porque puede tornarse obligatoria sin sacrificar su propia corrección, incluso el derecho ha acogido a la justicia como un estandarte de legitimación en su discurso, y no necesita de ser positivada para materializarse porque puede ser implícita.

Undécima. «*La igualdad es un valor moral jurídico solo si se toman en cuenta de forma concurrente sus vertientes “formal” y “material”*».

La igualdad es un valor dirigido a las personas de índole colectiva. Un presupuesto para su aplicación es la presencia de una pluralidad de entes sobre los que debe fijarse el trato igualitario, y este puede entenderse de dos maneras, en su vertiente «*formal*» y en su aspecto «*material*».

La igualdad formal es identificada con la igualdad ante la ley, donde esta debe ser elaborada en términos impersonales y universales, y las personas sujetas a ella, también lo estarán a los mismos procedimientos. Asimismo, comprende una exigencia de equiparación donde circunstancias o situaciones similares, deben considerarse iguales para el ejercicio de determinados derechos, o incluso como una exigencia de diferenciación donde bajo ciertas circunstancias existen diferencias de trato justificadas

Pero en la actualidad, la igualdad formal dista de cumplir con los requisitos para ser considerada un valor moral jurídico. La suficiencia de la igualdad formal culminó al mismo tiempo en que comenzó a tener auge la igualdad material, entendida como un medio cuyo objetivo es reducir las desventajas sociales, así como corregir, completar y sensibilizar a las normas jurídicas.

Juntas, la igualdad formal y la igualdad material conforman un valor moral jurídico en la medida que además del discurso, sirven para la creación de instituciones igualitarias cuyo objeto sea compensar falta de oportunidades, evitar exclusión injustificada de derechos o inclusión arbitraria de privilegios, u otras similares. Valores que por obvias razones pertenecen a la dimensión ideal del derecho, y que al mismo tiempo no pierden su corrección ante la dimensión real del derecho, donde este último puede velar por cumplimiento de los principios de igualdad a través de la coerción.

Duodécima. «Solo el concepto de “libertad social” puede constituir un valor moral jurídico».

Dentro de las vertientes expuestas por autores como Isaiah Berlin y Axel Honneth, la «libertad negativa» y la «libertad positiva», son insuficientes para ser consideradas un valor moral jurídico.

La no interferencia o falta de obstáculos representada por la libertad negativa, así como la simple autolegislación «a priori» que implica la libertad positiva, nada aportan como valores morales sociales porque en la primera incluso puede aludir a seres inanimados, y la segunda tiene origen por completo en la razón sin la necesidad de conocimiento empírico.

Por su parte, la libertad social es un valor moral jurídico porque reconoce que el interés particular debe ser puesto en concordancia con lo universal, lo cual solo puede lograrse en el marco de prácticas institucionalizadas. Adicionalmente, sin la coerción por la que es identificado el derecho, sería imposible tal reconocimiento intersubjetivo entre las personas, porque bastaría que una sola persona más poderosa y egoísta que otra, se imponga para quebrantar las libertades de otro.

Decimotercera. «La seguridad jurídica es el único valor moral jurídico que emana del propio derecho».

De entre todos los valores desarrollados en la investigación, a la expresión «seguridad» necesariamente debe añadirse el adjetivo «jurídico» para considerarla como un valor moral jurídico.

La razón obedece a que la seguridad jurídica es un concepto más específico que la simple seguridad, y desde todas sus vertientes o perspectivas en las que sea abordada, está obligadamente ligada al derecho desde el principio.

Y aunque la seguridad jurídica no se salva de contar con sus propias ambigüedades, se cataloga como un valor moral jurídico porque sus definiciones coinciden en cuanto a que su contenido, debe estar dotado de elementos mínimos para proveer a las personas de la capacidad de prever y planificar sus vidas a partir del derecho.

Al contenido de la seguridad jurídica, suele identificársele con una serie de elementos mínimos, similares a los que Lon L. Fuller, en su conjunto denominó «la

moral interna del derecho». Presupuestos cuya exigencia es necesaria si el derecho no desea fracasar en su empresa de regular la conducta humana y reconocer las facultades de libre determinación de los seres humanos. Es en estos últimos dos aspectos, donde la seguridad jurídica está presente en ambas dimensiones de la naturaleza del derecho.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

- ALBERT, Hans, *Tratado sobre la razón crítica*, trad. de Rafael Gutiérrez Girardot, Buenos Aires, Sur, 1973.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- , *El concepto y la validez del derecho*, 2a., trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2013.
- , *La doble naturaleza del derecho*, trad. de Manuel Atienza *et. al.*, Madrid, Trotta, 2016.
- , *Teoría de la argumentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Isabel Espejo y Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- , *Teoría de los derechos Fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- ALEXY, Robert y Bulygin Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, trad. de Paula Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- AMENGUAL COLL, Gabriel *La moral como derecho. Estudio sobre la moralidad en la filosofía del derecho de Hegel*, Madrid, Trotta, 2001.
- ANDERS, Günther, *Acerca de la libertad*, trad. de Virginia Modafferi y María Carolina Maomed Parraguez, Valencia, Pre-textos, 2014.
- APEL, Karl Otto, *Estudios éticos*, trad. Carlos de Santiago, México, Fontamara, 1999.
- , *La globalización y una ética de la responsabilidad: reflexiones filosóficas acerca de la globalización*, trad. de Ricardo Maliandi, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.
- , «Semiótica trascendental y metafísica hipotética de la evolución: una respuesta peirceana o cuasipeirceana a un problema reiterado de la filosofía pos-kantiana», trad. de J.M. Carballido Cordero, en Nicolás, Juan A. y

- Molina-Molina, Laura (eds.), *Racionalidad crítica comunicativa*, Granada, Comares, 2017, vol. I.
- , *Teoría de la verdad y ética del discurso*, trad. de Norberto Smilg, Barcelona, Paidós, 1991.
- ARCOS RAMÍREZ, Federico, *Seguridad jurídica, rule of law y justicia*, Cali, Universidad Autónoma de Occidente, 2014.
- ARENDT, Hannah, *Sobre la violencia*, trad. de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 2005.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, trad. de Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1998.
- AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de Juan Ramón de Páramo Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ÁVILA, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Trotta, 2008.
- BENJAMIN, Walter, «Para la crítica de la violencia», en Murena, H.A. (comp.), *Ensayos escogidos*, trad. de H.A. Murena, Buenos Aires, El cuenco de la plata, 2010.
- BENTHAM, Jeremy, *Los principios de la moral y la legislación*, trad. de Margarita Costa, Buenos Aires, Claridad, 2008.
- BERLIN, ISAIAH, «Dos conceptos de libertad», trad. de Ángel Rivero, en Rivero, Ángel (ed.), *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 2018.
- , «Libertad», trad. de Julio Bayón *et. al.*, en Hardy, Henry (ed.), *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2017.
- BIERI, Peter, *La dignidad humana*, trad. de Francesc Pereña Blasi, Barcelona, Herder, 2017.
- BLOCH, Ernst, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de Felipe González Vicén, Madrid, Dykinson, 2011.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, trad. de Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, 1997.

- CALSAMIGLIA, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, trad. de Hernando Valencia Villa, México, Fontamara, 2003.
- DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- , *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2015.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- , «Teoría de la ley natural», trad. de Carlos I. Massini-Correas, en Saldaña Serrano, Javier y Massini-Correas, Carlos I. (eds.), *Estudios de teoría del derecho natural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- FLORESCANO, Enrique, *La función social de la historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, 2a. ed., trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 2009.
- FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 62a. ed., México, Porrúa, 2010.
- GUASTINI, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- GUILLÉN, Abraham, *Teoría de la Violencia*, Buenos Aires, Jancana, 1965.
- HARE, Richard M., *El lenguaje de la moral*, trad. de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975.
- HARMAN, Chris, *La otra historia del mundo*, trad. de Alfredo Brotons Muñoz, Madrid, Akal, 2013.
- HARMAN, Gilbert, *La naturaleza de la moralidad*, 2a. ed., trad. de Cecilia Hidalgo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2009.
- HART, L.A., *El concepto de derecho*, 3a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012.

- HEGEL, G. W. Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de José Luis Vermal, Barcelona, Edhasa, 2005.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- HONNETH, Axel, *El derecho de la libertad*, trad. de Graciela Calderón, Buenos Aires, Katz Editores, 2017.
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, 4a. ed., trad. de Félix Duque, Madrid, Tecnos, 2018.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, trad. de Dulce María Granja Castro, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- , *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Buenos Aires, Losada, 2015.
- KAUFMANN, Arthur, *filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de Ana María Montoya y Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KEANE, John, *Reflexiones sobre la violencia*, trad. de Josefa Linares, Madrid, Alianza, 2000.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.
- , *Teoría pura del derecho*, trad. de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Discurso de metafísica*, 3a. ed., trad. de Julián Marías, Madrid, Alianza, 2017.
- LIONS, Monique, «Los grandes principios de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadanos», en *Bicentenario de la Revolución Francesa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2a. ed., trad. de Edmundo O'Gorman, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- LUKES, Steven, *Relativismo moral*, trad. de Bernardo Moreno Carillo, Madrid, Paidós, 2011.
- MACINTYRE, Alasdair, *Historia de la ética*, trad. de Roberto Juan Walton, Barcelona, Paidós, 2017.

- MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, trad. de Antonio Elorza, Barcelona, Planeta, 2010.
- , *Razón y revolución*, trad. de Julieta Fombona de Sucre, Madrid, Alianza, 2003.
- MARX, Karl, *El capital*, trad. de Pedro Scaron, 27a. ed., México, Siglo XXI, 2007, t. I, vol. I.
- MILL, John Stuart, *El utilitarismo*, 3a. ed., trad. de Esperanza Guisán, Alianza, 2017.
- , *Sobre la libertad*, trad. de César Ruiz Sanjuán, Madrid, Akal, 2014.
- MOORE, George Edward, *Principia ethica*, 2a. ed., trad. de Adolfo García Díaz y Ana Isabel Stellino, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2018.
- NAGEL, Thomas, *Igualdad y parcialidad*, trad. de José Francisco Álvarez Álvarez, Barcelona, Paidós, 2006.
- NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón*, México, Anthropos, 2015.
- , «Sociedad civil y estado en la filosofía práctica de Hegel», en Rojas Hernández, Mario y Vieweg, Klaus (coords.), *Reconocimiento, libertad y justicia. Actualidad de la filosofía práctica de Hegel*, México, Ítaca, 2014.
- OLSEN, Frances, «El sexo en el derecho», trad. de Mariela Santoro y Christian Courtis, en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- PATZIG, Günther, *Ética sin metafísica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Ediciones Coyoacán, 2000.
- PERELMAN, Chaim, *De la justicia*, trad. de Ricardo Guerra, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1964.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2007.
- , «Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja», en Arriaga, Carol B. y Carpizo, Jorge (coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

- PLATÓN, *Diálogos I*, trad. de J. Calonge, Madrid, Gredos, 1981.
- , *Diálogos IV*, trad. de Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1988.
- RADBRUCH, Gustav, «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», trad. de Alejandro Nava Tovar, en Nava Tovar, Alejandro (ed.), *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- , *Filosofía del derecho*, trad. de José Medina Echavarría, Madrid, Reus, 2007.
- , *Relativismo y derecho*, 2a. ed., trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Temis, 2009.
- RAWLS, John, «Introducción: la filosofía moral moderna, 1600-1800», en Herman, Bárbara (comp.), *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, trad. de Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, 2007.
- , *Teoría de la justicia*, 2a. ed., trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, 2a. ed., trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- , *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melon, Barcelona, Gedisa, 2001.
- RICOY CASAS, Rosa María, «El principio de igualdad y la no discriminación por razón de sexo», en Fabra Zamora, José Luis (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 2.
- ROSS, W.D., *Lo correcto y lo bueno*, 2a. ed., trad. de Leonardo Rodríguez Duplá, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, trad. de Everardo Velarde, México, Ediciones Coyoacán, 1997.
- , *Emilio, o De la educación*, trad. de Mauro Armiño, Madrid, Alianza, 1990.
- SAFRANSKI, Rüdiger, *El mal o el drama de la libertad*, trad. de Raúl Gabás, México, Tusquets Editores México, 2014.
- SEARLE, John R., *Creando el mundo social*, trad. de Juan Bostelmann, México, Paidós, 2014.

- SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, México, Taurus, 2010.
- SMITH, Adam, *La riqueza de las naciones*, 3a. ed., trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza, 2011.
- , *La teoría de los sentimientos morales*, 3a. ed., trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza, 2016.
- SOBERANES DÍEZ, José María, «El principio de igualdad en los Sentimientos de la Nación», en Ortiz Ortiz, Serafín y Soberanes Fernández, José Luis (coords.), *Los sentimientos de la nación de Morelos en Tlaxcala*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- SPINOZA, Baruch, *Ética demostrada según el orden geométrico*, 3a. ed., trad. de Vidal Peña, Madrid, Alianza, 2011.
- STEVENSON, Charles L., *Ética y lenguaje*, trad. de Eduardo A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1984.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, Fontamara, 2011.
- TAYLOR, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, trad. de Raimundo Viejo Viñas, Madrid, Akal, 2007.
- TODOROV, Tzvetan, *Las morales de la historia*, trad. de Marta Bertran Alcázar, Barcelona, Paidós, 1993.
- VILLORO, Luis, «Ética y Política», en Villoro, Luis (coord.), *Los linderos de la ética*, México, Siglo XXI, 2015.
- VON KUTSCHERA, Franz, *Fundamentos de ética*, trad. de María Teresa Hernández-Pérez, Madrid, Cátedra, 1982.
- WILLIAMS, Bernard, *La ética y los límites de la filosofía*, trad. de Sergi Rosell, Madrid, Cátedra, 2016.
- , *La filosofía como una disciplina humanística*, trad. de Adolfo García de la Sienna, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011.

ZOLO, Danilo, *La justicia de los vencedores*, trad. de Elena Bossi, Madrid, Trotta, 2007.

Artículos de revistas

LIFANTE VIDAL, Isabel, «Seguridad jurídica y previsibilidad», *Doxa*, Alicante, 2013, núm. 36.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, «Acercas del valor moral de la seguridad jurídica», *Doxa*, Alicante, 2003, núm. 26.

Sentencias

Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo en Revisión 1049/2017, de 15 de agosto de 2018.