



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

OBJETIVIDAD EN EL DERECHO

Tesis que para optar por el grado de:
Doctor en Derecho

presenta:

MTRO. SALVADOR ENRIQUE RODRÍGUEZ TRUJANO

TUTOR PRINCIPAL

DR. JUAN VEGA GÓMEZ
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

COMITÉ TUTORAL

DR. ENRIQUE CÁCERES NIETO
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DR. WILFRID J. WALUCHOW
Department of Philosophy, MCMMASTER UNIVERSITY

DR. IMER B. FLORES MENDOZA
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DRA. SANDRA GÓMORA JUÁREZ
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, México
Febrero de 2022



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.

*A mi abuela, Ofelia Álvarez Márquez (†),
por enseñarme a leer.*

*A mi abuelo, Salvador Rodríguez y Rodríguez,
por cargar mi mochila.*

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo no habría sido posible sin el apoyo y constante aliento de muchas personas. En primer lugar, agradezco a mis padres, hermanos, abuelos, familiares y amistades más cercanas por soportar la distancia forzada que me ha impuesto la vida académica y el desarrollo de la presente tesis doctoral. El camino de la investigación puede ser muy solitario y tormentoso, pero uno siempre avanza con la seguridad de saber que la gente que ama estará, de algún modo, acompañándole hasta la meta.

En segundo lugar, me van a faltar palabras para expresar mi aprecio y gratitud hacia el Dr. Juan Vega Gómez. Agradezco sobremanera la confianza depositada en mí para desempeñarme académicamente en diversas facetas: como alumno de posgrado, asistente editorial, trabajador académico, tesista, docente, ponente, co-traductor, lector, replicante, dictaminador, interlocutor trivial, compañero de viaje, colega y amigo. Hoy me alegro profundamente de que el Dr. Juan Vega sea para mí un ejemplo imprescindible de bondad, decencia, integridad y profesionalismo.

En tercer lugar, reconozco a los extraordinarios miembros de mi comité tutorial. Además del respeto y admiración que les tengo, deseo expresar mi total gratitud al Dr. Enrique Cáceres Nieto, por invitarme a participar en cada edición de las *Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho de la UNAM*; y, sobre todo, por sus valiosos consejos, palabras de consuelo y solidaridad en los momentos en que más lo necesitaba. De igual forma, agradezco al Dr. Wil Waluchow por tomarse el tiempo de leer y discutir mi trabajo de investigación doctoral; por obsequiarme la versión digital de su magnífico *Inclusive Legal Positivism*, y especialmente por la organización de la *Ontario Legal Philosophy Partnership Graduate Student Conference 2016*, en la Universidad McMaster, donde tuve la oportunidad de interactuar con colegas estudiantes de posgrado de altísimo nivel.

En cuarto lugar, agradezco a los coordinadores de la Biblioteca “Dr. Jorge Carpizo” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. A la Dra. Rosa María Álvarez, por su apoyo, cariño y puntual sonrisa; al Dr. Daniel Márquez, por respaldarme igualmente en mi crecimiento profesional y compartir conmigo sus charlas filosóficas; y al Dr. Federico

Hernández Pacheco, por darme el soporte necesario para concluir esta tesis y por su apoyo para que pudiera realizar mi visita a la Universidad McMaster. Agradezco a cada uno su liderazgo y compromiso con quienes hemos sido sus colaboradores.

En quinto lugar, saludo a las autoridades del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Asociación Autónoma del Personal Académico de la UNAM, por brindarme las facilidades para tramitar una licencia académica para ausentarme un semestre de mis responsabilidades en la Biblioteca “Dr. Jorge Carpizo” y concluir mi investigación doctoral. En particular, agradezco al Dr. Pedro Salazar Ugarte y a la Dra. Issa Luna Pla, Director y Secretaria Académica del IIJ, respectivamente, por su apoyo y respaldo institucional.

En sexto lugar, mi agradecimiento a los titulares de la Coordinación del Doctorado en Derecho del IIJ, doctora Andrea Pozas Loyo y doctor Luis Daniel Vázquez Valencia, por darme todo su apoyo y por tenerme una extraordinaria paciencia durante mi estancia y egreso del programa. También deseo expresar mi gratitud al personal de la Coordinación, a Carla Barrera Díaz de la Vega y Susana Gil Vilchis, por sus amables atenciones.

En séptimo lugar, abrazo a mis queridas amigas y amigos con los que, de alguna manera, he transitado el camino del doctorado. Me refiero a Sandra Gómora, Edith Cuautle, Jazmín Vargas, Edgar Aguilera, Pedro Villarreal, Germán Sandoval, Tania Virgilio y Erik Tapia. También aprecio mucho el ánimo y la solidaridad de otros colegas valiosísimos del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Facultad de Derecho: Imer B. Flores, Carla Huerta, Susana Dávalos, Jorge A. González Galván, Javier Saldaña, Jaime Cárdenas y Pedro José Peñaloza.

Finalmente, agradezco a mis colegas Berenice Ortega, Ricardo Reyes, Yanara Suenaga, Francisco Chan, Antonio Bautista y Wendy Rocha, por alegrar el espacio y los momentos de trabajo que hemos compartido en la edición de la revista *Problema*. Y del mismo modo deseo expresar mi afecto y agradecimiento a mis alumnos de las materias de “Derechos Humanos”, “Teoría del Derecho” e “Introducción al Estudio del Derecho”, de la Facultad de Derecho de la UNAM, de quienes he aprendido muy grandes lecciones durante mi labor docente.

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, febrero de 2022.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO	6
CONCEPTOS DE OBJETIVIDAD	6
1. <i>Objetividad en la filosofía</i>	7
a) Realismo y objetivismo	8
b) Escepticismo, subjetividad y relativismo.....	10
c) Probabilismo, falibilismo y pragmatismo	12
2. <i>Objetividad en la ciencia</i>	17
a) Fidelidad hacia los hechos	17
b) Ausencia de subjetividad	19
c) Honestidad científica y neutralidad valorativa	22
d) Objetividad como método	23
3. <i>Objetividad en el lenguaje</i>	27
a) Objetividad semántica.....	27
b) Objetividad metafísica	29
c) Objetividad discursiva.....	31
d) Objetividad e interpretación	33
e) Objetividad y evaluación.....	37
4. <i>Objetividad en el derecho</i>	40
a) Grados de objetividad jurídica	42
b) Objetividad en el estudio del derecho	50
c) Objetividad en la práctica del derecho.....	52
5. <i>Conclusiones</i>	53
CAPÍTULO SEGUNDO	54
OBJETIVIDAD PROCEDIMENTAL EN EL DERECHO	54
1. <i>Funciones del derecho</i>	56
a) Funciones normativas	57
b) Funciones sociales.....	61
i) Funciones primarias	62
ii) Funciones secundarias	64
c) Certeza, seguridad y control.....	66
2. <i>Condiciones de legalidad</i>	69
a) La moral interna del derecho	70
i) Generalidad	72
ii) Publicidad	73
iii) Prospectividad	73
iv) Claridad.....	74
v) Consistencia	74
vi) Factibilidad.....	75
vii) Estabilidad.....	75

viii) Congruencia	76
b) ¿Una tesis normativa y conceptual?	77
c) Funcionalidad normativa, estado de derecho y control del poder público.....	81
3. <i>El procedimiento en serio</i>	83
a) Una teoría de la norma jurídica simple	85
i) Acontecimiento y significado jurídico	88
ii) Funciones directiva y evaluativa de la conducta	91
iii) Actos de voluntad y juicios de valor.....	93
b) Subjetividad y objetividad normativas.....	100
i) El ejemplo del asaltante.....	102
ii) Validez jurídica y su doble dimensión	104
c) Una teoría procedimental del derecho.....	106
4. <i>Problemas persistentes (de subjetividad)</i>	116
a) Conflictos normativos.....	118
b) Discrecionalidad, negligencia y corrupción	121
c) Dilemas de moralidad y justicia	126
5. <i>Conclusiones</i>	130
CAPÍTULO TERCERO	134
OBJETIVIDAD SUSTANTIVA EN EL DERECHO	134
1. <i>El problema del voluntarismo jurídico</i>	139
2. <i>La separabilidad conceptual entre el derecho y la moral</i>	144
a) Separación y separabilidad conceptual.....	144
b) Dos ámbitos normativos.....	147
i. Semejanzas.....	147
ii. Diferencias.....	149
iii. ¿Unión de reglas primarias y secundarias?	151
c) La relación derecho-moral: contingencia y necesidad	153
3. <i>Necesidad natural</i>	158
a) Positivismo jurídico clásico	159
b) Contenido mínimo de derecho natural	165
i) Necesidad metafísica y necesidad contextual	166
ii) Hechos naturales	168
4. <i>Condiciones de moralidad</i>	174
a) Conceptos de moralidad	175
i) Moral social, positiva o convencional.....	175
ii) Moral crítica, ilustrada o especulativa	176
iii) Moral personal.....	176
b) Fuentes de moralidad.....	177
c) Genealogía de la moralidad	182
d) Relaciones contingentes y necesarias.....	185
5. <i>Hacia una ética (no ontológica) del derecho</i>	190
a) Condiciones y determinantes	191
b) El papel de la moral externa	195
c) Una ética (no ontológica) para el derecho.....	198

d) Objetividad jurídica modesta	204
6. Conclusiones	206
CAPÍTULO CUARTO	212
RESPUESTA A OBJECIONES.....	212
1. <i>¿Por qué es importante la objetividad jurídica?</i>	213
2. <i>Conexión entre objetividad jurídica procedimental y sustantiva</i>	217
3. <i>Circularidad en la objetividad jurídica procedimental</i>	220
4. <i>¿Un “modelo de reglas” recargado?</i>	223
5. <i>Derecho público vs. derecho privado</i>	225
6. <i>El papel de la ciencia en el derecho</i>	227
7. <i>Objetividad jurídica fuerte</i>	229
CONCLUSIONES FINALES	232
BIBLIOGRAFÍA	238

La asamblea de majaras ha decidido...
«Mañana: sol y buen tiempo»

Kortatu

INTRODUCCIÓN

En este trabajo desarrollaré un estudio, y a la vez una defensa, de la objetividad jurídica a través de dos enfoques: uno procedimental y otro sustantivo. En el primer caso, defenderé la tesis de que la *objetividad* es una propiedad conceptual del derecho. Con ello quiero decir que es parte esencial de la naturaleza de cualquier sistema jurídico erigirse como un marco de referencia común —a través del establecimiento de leyes, órganos, instituciones, normas y procedimientos— al que autoridades y ciudadanos pueden acudir para determinar cursos de acción objetivos, tanto individuales como colectivos, y, con ello, fijar reglas públicas para la acción, interacción, cooperación y resolución de controversias. Importantes teóricos positivistas —entre ellos Hans Kelsen, Herbert Hart y Joseph Raz— han argumentado que una función principal del derecho es estatuir reglas públicas sobre el comportamiento humano para organizar la vida en sociedad. Sin embargo, desde mi punto de vista, no se ha subrayado suficientemente que el modo en el cual los órdenes jurídicos intentan tal regulación de la sociedad es mediante la *objetivación* del significado normativo de ciertas conductas humanas.

Es preciso aclarar que la noción de objetividad jurídica que defenderé en primer término, como rasgo conceptual del derecho, no es una noción metafísica ligada con un acceso a la verdad, ni con una descripción fiel y exacta de la realidad, sino una objetividad de carácter *procedimental*.¹ Desde el enfoque que propongo, el derecho no es “objetivo” en virtud de que el contenido de sus disposiciones se ajuste a ciertos valores de justicia o corresponda con ciertos principios universales de moralidad. En cambio, explicaré que una función central de los sistemas jurídicos consiste en proporcionar una base común (en la forma de reglas, pautas,

¹ Desde luego, para los sistemas jurídicos es importante la verdad; especialmente en aquellos procesos judiciales en donde la prueba de los hechos es fundamental para adjudicar el derecho. Sin embargo, lo que aquí deseo subrayar, ante todo, es que los sistemas de derecho tienen la función central de definir un marco de referencia común para dirigir y evaluar las conductas humanas desde un punto de vista jurídico. Como consecuencia de lo anterior, el derecho fija un conjunto de reglas y procedimientos para comprobar la ocurrencia de acciones, omisiones y estados de cosas. Al considerar este propósito, es importante advertir que la verdad legal de ciertos hechos, o estados de cosas, puede llegar a depender de saberes extra-jurídicos: un dictamen médico, peritaje criminalístico, prueba genética, estudio técnico de impacto ambiental, y así sucesivamente. Esto sugiere, como lo argumentaré más adelante, que los hechos jurídicos pueden guardar una relación de dependencia con ciertas verdades o hechos científicos. *Vid. infra* cap. II, sección 4, inciso b.

mecanismos, procedimientos, instituciones, órganos, autoridades, programas, principios, etc.) que permita a los individuos emprender y reclamar cursos de acción objetivos, y con ello hacer posible una convivencia pacífica y organizada. En otras palabras, que el derecho es un *instrumento* para objetivar los modos y términos de la interacción humana, mediante la estandarización de determinadas conductas; así como el establecimiento de metas comunes que son resultado de la organización y cooperación social. En este punto cabe señalar que existe una cierta similitud entre la moral y el derecho, en tanto que la primera —como fenómeno social que busca dirigir la conducta humana— también pretende objetivar el significado normativo de ciertos comportamientos. Sin embargo, la moral no cuenta con los alcances e instrumentos del derecho para garantizar una regulación exitosa.

En segundo lugar, en este trabajo también me propongo explorar la posibilidad de que el derecho pueda ser *objetivo* en cuanto a su contenido material. Es decir, investigaré qué tan plausible resulta defender una objetividad *sustantiva* del derecho. Lo anterior podría argumentarse al analizar las posibles relaciones que guarda el derecho con respecto a un conjunto de hechos más básicos, como los hechos de la naturaleza o ciertos hechos morales relativos a una sociedad en particular, los cuales presuntamente estarían en posición de condicionar y determinar —al menos parcialmente— el contenido del derecho. En efecto, con independencia de que el derecho sea entendido conceptualmente como un instrumento para determinar objetivamente el significado normativo de ciertas conductas, varios autores —entre ellos Lon L. Fuller y Ronald Dworkin— se han preguntado por la *justificación* de los significados jurídicos que establece el derecho y por la *legitimidad* de su carácter normativo. Estas importantes preguntas deben ser resueltas y, por tal motivo, he decidido desarrollar un argumento para defender la tesis de que el derecho, al comprometerse con determinados valores políticos, puede promover o perseguir ciertos contenidos sustantivos de moralidad. Aunque es importante acotar que, desde mi perspectiva, los eventuales valores sociales (políticos, económicos, culturales) y los conceptos de moralidad (social, política, crítica) a los que obedece el derecho siempre son *relativos* a una comunidad particular, por lo que no tienen un alcance universal ni establecen condiciones morales *a priori* para el concepto de derecho.

Mi investigación sobre la objetividad jurídica, por lo tanto, se desplegará en dos dimensiones, una procedimental y otra sustantiva. Este trabajo está dividido en cuatro capítulos. En el primero de ellos realizaré un estudio exploratorio de los muy variados conceptos de *objetividad* que se pueden encontrar en el ámbito de diversas disciplinas. Distinguiré nociones de objetividad (fuerte, modesta, mínima), en varios niveles del lenguaje (semántico, metafísico y discursivo) y áreas del conocimiento (filosofía, ciencia, moral, arte), para poder seleccionar y caracterizar los conceptos de objetividad que son convenientes para explicar el derecho. También presentaré un panorama de los distintos problemas de objetividad jurídica que han sido planteados en la filosofía del derecho contemporánea (objetividad jurídica en la producción, aplicación, interpretación, adjudicación y estudio del derecho), con el fin de seleccionar —y a la vez descartar— formas específicas de abordar el tema de la objetividad jurídica. En concreto, me he propuesto rechazar una noción realista (o fuerte) de objetividad, cuya meta principal sería el descubrimiento de verdades (morales) *a priori* para el derecho. En cambio, defenderé una concepción procedimental (o mínima) de objetividad jurídica, cuya utilidad consiste en ofrecer un marco de justificación legal, a través de mecanismos institucionales para arribar a resultados comunes, por un lado; así como una concepción sustantiva (o modesta) de objetividad jurídica que aporte un marco de justificación político-moral para resolver problemas sociales prácticos, por el otro.

En el capítulo segundo defenderé la tesis de que la objetividad es una propiedad conceptual del derecho. Por *objetividad jurídica* entiendo la constante disposición de los sistemas jurídicos modernos de erigirse como un marco de referencia común al que los órganos públicos y privados del derecho pueden acudir para fundamentar la exigencia o la permisión de determinadas conductas. Para llevar a cabo este propósito, seguiré el camino trazado por la corriente del positivismo jurídico, en la versión ofrecida por Kelsen, Hart y Raz, aunque también me apoyaré en las reflexiones de un autor no-positivista como Fuller, quien ha defendido una “teoría del derecho natural procedimental”. Explicaré el funcionamiento del derecho, y su naturaleza normativa, con base en una teoría dinámica del derecho, en la que subrayo que las tareas centrales de los sistemas jurídicos consisten en superar diversos problemas de la interacción derivados de la subjetividad de la voluntad, mediante la atribución

de significados normativos objetivos a determinadas conductas; definir sanciones objetivas ante comportamientos indebidos, y establecer procedimientos comunes para la resolución de controversias, planes de coordinación, cooperación y otras metas colectivas.

En el capítulo tercero exploraré la posibilidad de que el derecho sea *objetivo*, pero no porque cuente con órganos y mecanismos legales para definir procedimentalmente sus normas jurídicas, sino porque el derecho se encuentra, presuntamente, en una relación de dependencia o condicionamiento con respecto a dos fenómenos normativos más básicos: la naturaleza y la moral. Mucho se ha debatido sobre las múltiples relaciones que guardan el derecho y la moral; en especial, la idea de que el derecho tiene su origen, fundamento, legitimidad o justificación en una moral universal. Ciertamente, el derecho es un fenómeno social que surge en un mundo preconfigurado moralmente. Este hecho es central para poder defender un concepto *sustantivo* de objetividad jurídica. De tal modo, por un lado, desarrollaré algunas ideas sobre las condiciones naturales y morales de posibilidad del derecho. Con base en ello, por otra parte, expondré la idea de que el derecho debe cumplir con un requisito mínimo de moralidad para poder desempeñar adecuadamente su naturaleza normativa. Aquí, el concepto de “derechos humanos” cobra una especial relevancia ya que, en el debate actual, ellos representan tal *núcleo mínimo de moralidad* sustantiva del derecho. Así, en este capítulo examinaré las posibles relaciones entre los diversos órdenes normativos y de qué manera ciertos hechos naturales y morales —pero también condicionamientos históricos, científicos, políticos, geográficos, climáticos y tecnológicos, entre otros— podrían proporcionar esquemas de justificación muy convenientes para determinar objetivamente el contenido material del derecho.

Al defender estos dos conceptos de objetividad jurídica, concluiré que es posible alcanzar decisiones jurídicas objetivas —incluso en “casos difíciles”—, en la medida en que tales decisiones sean generadas a través de los canales y procedimientos institucionales (objetividad mínima procedimental); y con base en esquemas de justificación públicamente compartidos (objetividad modesta sustantiva). En otras palabras, argumentaré que las decisiones de los órganos del derecho (legislativos, ejecutivos y judiciales) pueden ser objetivas procedimental y sustantivamente, tan pronto como sean resultado de los mecanismos formales y materiales que el sistema jurídico ha establecido para la toma de decisiones.

Por último, en el capítulo cuarto aclararé algunos conceptos importantes de la investigación y daré respuesta a las potenciales objeciones a la tesis que defiendo.

CAPÍTULO PRIMERO

Conceptos de objetividad

La idea de *objetividad* puede ser concebida de muchas maneras, dependiendo del contexto del que se trate. No es lo mismo explicar la objetividad como un concepto filosófico, que explicarla como un estándar de investigación científica, un parámetro de validez legal, o una cualidad que describe el carácter de las personas, sus conductas, enunciados, juicios u opiniones. Hay, por otra parte, un conjunto de nociones relacionadas con el concepto de objetividad que dificultan aún más su análisis, como son: “realidad”, “representación”, “verdad”, “conocimiento”, “justificación”, “objeto”, “método”, “determinación”, “neutralidad”, “imparcialidad”, “honestidad”, entre otras. Ciertamente resulta imposible ofrecer una definición unívoca que aclare todos los usos posibles del término “objetividad” en sus muy variados contextos.²

En este capítulo analizaré algunos de los sentidos en que se puede entender la noción de *objetividad*, con el fin de precisar sus distintos significados, usos, dominios y alcances. Eventualmente este análisis me permitirá introducir, y a la vez delimitar, algunas nociones de *objetividad* que resulten apropiadas para el desarrollo de la presente investigación, que tiene como meta defender un concepto de objetividad para el derecho. Comenzaré por explicar la objetividad, en la sección 1, como un problema filosófico del conocimiento, lo que dio lugar a distintas corrientes epistemológicas, como son el realismo, el escepticismo y el pragmatismo. En la sección 2 me referiré a los diversos sentidos del término “objetividad” en el ámbito de la investigación científica. Después, en la sección 3, distinguiré nociones de objetividad en varios niveles de lenguaje: semántico, metafísico y discursivo. En la sección 4 describiré los distintos ámbitos del derecho (estudio, creación, aplicación, adjudicación e interpretación, por ejemplo) en los cuales se podría defender un concepto de objetividad jurídica; y también caracterizaré tres tipos de objetividad jurídica (fuerte, mínima y modesta). Finalmente, en la sección 5, enunciaré las conclusiones de este análisis.

² Como señala Stephen Gaukroger, no existe una concepción unívoca de la objetividad [*one-size-fits-all-notion*]. Cf. Gaukroger, Stephen, *Objectivity. A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 104.

1. Objetividad en la filosofía

Desde una perspectiva filosófica, la *objetividad* hace referencia a un antiguo problema de carácter epistemológico. Este problema consiste en la posibilidad —o bien, la imposibilidad— de conocer la realidad *tal como es*. En principio, el conocimiento objetivo del mundo no se puede derivar de representaciones personales y subjetivas, ya que estas sólo reflejan una visión parcial de la realidad. La objetividad, por consiguiente, presupone un conocimiento cierto sobre las cosas que pueda ser expresado mediante enunciados verdaderos, susceptibles de ser comprobados por cualquier sujeto racional.

La posibilidad de alcanzar un conocimiento objetivo de la realidad habría sido planteada originalmente por quien es considerado el primer *hombre de ciencia* en la cultura occidental: Tales de Mileto, filósofo presocrático del siglo VI antes de Cristo. En el mundo antiguo eran comunes las explicaciones mitológicas sobre la naturaleza. La gente tenía una comprensión de las cosas basada en ficciones o leyendas, y apelaba a la autoridad de ciertas deidades para justificar sus creencias y fundamentar sus acciones. Así, las antiguas civilizaciones tenían un paradigma de saber popular basado en la mera tradición u opinión corriente, la *doxa*.

Esto cambió cuando el milesio Tales introdujo una nueva manera de aproximarse a la naturaleza. Se trataba de un método de investigación que prescindía de todo elemento mitológico y se fundaba en el *logos*, es decir, en un concepto de “racionalidad” que incluye tanto al orden que gobierna el acontecer del universo como el raciocinio del entendimiento humano, capaz de comprender dicho orden. El filósofo Tales también pensaba que la realidad se podía aprehender más allá de lo aparente a simple vista; que la verdadera naturaleza de las cosas sólo es accesible mediante la razón. Esto constituyó un nuevo paradigma de saber científico, la *episteme*.³

De acuerdo con Rolando Tamayo, el filósofo milesio fue el primero en formular los denominados “enunciados α ”, esto es, enunciados que no dependen de una invocación a la divinidad para ser aceptados, y cuyo valor de verdad no está ligado con las personas que los

³ Cf. Santa Cruz, María Isabel y Néstor L. Cordero (comps.), *Tales, Anaximandro, Anaxímenes*, revisión de F. J. Olivieri, Buenos Aires, Biblos, 1980, pp. 13-29.

profieren.⁴ Además, los enunciados α tienen la propiedad de hacer referencia a conceptos unívocos, invariables, exhaustivos, no derrotables y *a priori*, lo que ha sido descrito como el “estándar dorado” de los conceptos.⁵ Así pues, estos enunciados declaran un tipo de conocimiento muy distinto al que se puede alcanzar mediante los sentidos, con base en experiencias subjetivas —y por lo tanto, parciales, fugaces y contingentes—; o a partir del dogma de la opinión tradicional, basado en creencias religiosas, sociales o mitológicas popularmente compartidas.

a) Realismo y objetivismo

El paradigma de conocimiento objetivo que desarrollaron los filósofos presocráticos (Tales, Anaximandro, Anaxímenes, Anaxágoras, Heráclito y Parménides, entre otros) sentó las bases de la metafísica occidental. Al tratar de explicar la realidad por sus *primeras causas*, los filósofos dieron paso a una posición epistemológica que hoy conocemos como *realismo*. El realismo es una doctrina filosófica que niega que el conocimiento de las cosas pueda tener su origen en los sentidos y datos de la experiencia, pues estos reportan sólo una imagen parcial de la realidad. Por el contrario, el realismo sostiene que el mundo se constituye de ‘objetos reales’, independientes del ser humano, cuyo conocimiento verdadero sólo puede ser alcanzado por medio de la *razón*.

En esa medida, los también llamados filósofos de la *physis* entendieron que la realidad es *una sola* y que, con independencia del cambio y el movimiento registrado por los sentidos, hay una única sustancia elemental que permanece y es el fundamento de todo lo existente. Los primeros filósofos identificaron esta sustancia con el agua, el fuego, el aire, lo ilimitado, lo uno, el Ser, el *logos* universal. A pesar de los diferentes conceptos de la causa primera (el *arjè*), todos los realistas metafísicos coincidieron en postular un principio rector de la naturaleza y que es

⁴ Cf. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª edición, 1ª reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 15-37.

⁵ Cf. Cáceres Nieto, Enrique, “The Golden Standard of Concepts with Necessary Conditions and the Concept of Law”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, núm. 6, 2012, pp. 39-50.

accesible a la razón humana. Esta tradición de pensamiento se desarrolló durante siglos hasta alcanzar un notable esplendor con la figura del filósofo Platón.

En esta tradición realista metafísica, el mundo es inteligible. Es decir, susceptible de ser pensado y comprendido por las personas. Esto es posible porque el mundo es racional; y dado que los seres humanos tienen una razón particular, también son capaces de entender la racionalidad del universo. Así, en la medida en que los enunciados α describen una realidad objetiva, este tipo de enunciados presumiblemente pueden ser comprobados como verdaderos o falsos a través de la razón.

Ahora bien, es importante aclarar que no todos los realismos son metafísicos. Algunas posiciones filosóficas, aunque eran conscientes de que los sentidos podían ser una fuente de error, no descartaban a la *experiencia* como un instrumento preliminar de conocimiento objetivo. Los realistas físicos —para distinguirlos de los metafísicos—, no estaban interesados en encontrar la *causa primera* de todas las cosas, ni una realidad trascendental (lo que podríamos denominar *idealismo*). Más bien, pensaban que era importante estudiar de qué manera los datos arrojados por los sentidos podían ser dirigidos por la razón; es decir, de qué manera y en qué condiciones, se podía elaborar una representación mental fidedigna de las cosas. En este sentido, los realistas físicos parten de dos presupuestos básicos: primero, que existen objetos reales en el mundo, independientemente de que sean experimentados, conocidos o pensados por los seres humanos; y segundo, que la experiencia de esos objetos puede ser representada eventualmente de una manera exacta y precisa, a través de los sentidos. Como veremos más adelante, esta forma de investigar la realidad sigue presente en la ciencia contemporánea.⁶

En resumen, los realistas se caracterizan por estar convencidos de poder alcanzar un conocimiento (trascendental o inmediato) de las cosas *tal como son*.⁷ Usualmente el camino de acceso para conocer objetivamente la realidad es la razón; aunque, en versiones moderadas del realismo, la objetividad está garantizada por un método o procedimiento de estudio empírico de la naturaleza. Este modelo de conocimiento real, fundado en la razón o en un método de

⁶ Cf. Burge, Tyler, *Origins of Objectivity*, Oxford, Clarendon Press, 2010, 624 p.

⁷ He ofrecido apenas un par de caracterizaciones del realismo que, desde luego, no agotan la multiplicidad de versiones de esta corriente. Al respecto, véase Putnam, Hilary, *Las mil caras del realismo*, trad. de M. Vázquez Campos y A. M. Liz Gutiérrez, Barcelona, Paidós, 1994, 162 p.

la experiencia, se ha reproducido en diversos campos de estudio: en la física, ética, matemáticas, estética, política, semántica, ciencias experimentales, filosofía de la mente, entre otros. Este hecho ha dado lugar a diversos tipos de realismos (ético, estético, semántico, político, etcétera); y ha multiplicado, en consecuencia, los conceptos de objetividad.

b) *Escepticismo, subjetividad y relativismo*

El escepticismo fue una corriente filosófica de pensamiento que históricamente surgió poco tiempo después de desarrollarse la filosofía presocrática, y que planteó un primer reto a los filósofos de la naturaleza. Varios historiadores señalan a Pirrón de Élida (*circa* 370-270 a. C.) como el fundador de esta corriente, pero también reconocen que algunos rasgos de la postura escéptica tienen sus inicios en algunos filósofos presocráticos, como Heráclito, Parménides y Empédocles,⁸ y en algunos sofistas como Protágoras e Hippiás,⁹ quienes cuestionaron tanto la confiabilidad de los sentidos como la pretensión de inferir un conocimiento objetivo y trascendental a partir de la experiencia.

El *pirronismo* asumió una dirección propia al considerar que las opiniones no pueden ser ni verdaderas ni falsas, puesto que todo juicio es *relativo* a la persona que lo enuncia. Por esta razón, los pirronistas se abstendían de adoptar una posición particular en las discusiones; y rechazaban el dogmatismo que involucra el hecho de creer que uno posee el conocimiento verdadero —como lo asumían los realistas—. Así, los escépticos razonaban bajo la premisa de que sus juicios son necesariamente subjetivos, por un lado; y bajo el entendido de que la “realidad verdadera”, *nouménica*, es misteriosa e inaccesible para el conocimiento humano, por el otro.

Por lo anterior, los escépticos postularon la doctrina de la *epokhé*, que consiste en la abstención del juicio, como consecuencia de la imposibilidad de formular enunciados verdaderos, y como una forma prudente de evitar el error. Una vez que se reconoce que el ser

⁸ Long, A. A., *La filosofía helenística*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1977, pp. 81-110.

⁹ Mosterín, Jesús, *Historia de la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 126.

humano sólo tiene una capacidad limitada para experimentar la realidad, y que la realidad *nouménica* es inaprehensible, los escépticos hicieron a un lado el problema de saber qué es “lo verdadero”; y, por consiguiente, también renunciaron a la búsqueda de un conocimiento *real* de las cosas. Esta actitud de cautela epistemológica tuvo, además, un alcance ético en la vida de los escépticos, ya que al tomar conciencia de que es imposible conocer *la Realidad*, uno puede deslindarse del tormentoso problema de encontrar la *Verdad* y, con ello, vivir una vida libre de ansiedades y preocupaciones.

Sexto Empírico, un seguidor del pirronismo, sintetizó las líneas generales del escepticismo de la siguiente manera:

Escepticismo es, en general, aquella facultad de establecer antítesis entre las apariencias y los juicios; mediante el escepticismo, por el que entendemos el “igual peso” que caracteriza a la oposición entre situaciones de hecho y argumentos, llegamos, primero, a la suspensión del juicio y luego a ser libres de inquietud.¹⁰

Arcesilao de Pitane, seguidor del pirronismo y director de la Academia platónica, retomó el método dialéctico y fue el primer académico que alteró el sistema de enseñanza platónico, orientado hacia la metafísica. Se dice que rescató a la figura Sócrates, en cuanto al método de examinar una cuestión desde varios ángulos sin caer en la tentación de adoptar una postura concluyente. Los escépticos polemizaban, en efecto, pero al final nunca tomaban partido por una posición definitiva. De igual modo, Arcesilao revivió la sabiduría de la *docta ignorantia*, que exige reconocer que, frente a las cosas más importantes del universo, uno «no sabe nada» y, por consiguiente, lo más sensato es que uno se abstenga de afirmar cosas que no sabe.

En cierto modo, los escépticos desarticulaban los problemas metafísicos que siglos atrás aquejaron a los filósofos de la *physis*. La doctrina pirrónica planteó serias dudas acerca de la viabilidad de alcanzar un conocimiento objetivo del sustrato o *causa primera* (llámese fuego, agua, aire, *logos*, *apeiron*, *homoioimerias*, etcétera). Pero los alcances de este escepticismo eran tales

¹⁰ *Ibid.*, p. 81.

que, paradójicamente, podrían hacer sucumbir las certezas del propio escepticismo. Algunas corrientes contemporáneas de la posmodernidad han caído en el mismo extremo: en su afán por criticar y rechazar toda noción de *verdad* y *fundamento*, han abrazado una posición nihilista insostenible, con lo que destruyen cualquier plausibilidad de la doctrina escéptica.

c) Probabilismo, falibilismo y pragmatismo

La posición escéptica puede llegar a ser bastante radical, al punto de ponerse a sí misma en crisis y auto-refutarse.¹¹ Algunos filósofos helenísticos se dieron cuenta de esta paradoja y reformularon la postura escéptica. El propio Arcesilao, y su discípulo Carnéades, desarrollaron una teoría de la verosimilitud o probabilidad, en la que incluyeron la noción de lo razonable (*to éulogon*).¹² De acuerdo con los escépticos, si bien no podemos alcanzar el conocimiento de *Verdades* absolutas, al menos podemos servirnos de verdades relativas, lo suficientemente provisionales, para alcanzar fines prácticos. Así, dado que nuestras percepciones son subjetivas, y que el conocimiento que obtenemos de ellas es relativo —decía Carnéades— es preciso rechazar que somos capaces de saber cosas con absoluta verdad; y, en cambio, hablar y conducirnos en función de meras probabilidades.

Esta posición escéptica moderada contiene un concepto modesto de verdad, que incluye la posibilidad del error, pero que tiene un fundamento de acción en el parecer de la comunidad. Esto es lo que podemos considerar una primera formulación del pragmatismo. Los escépticos antiguos rechazaron la existencia de verdades trascendentales en todos los campos, pero también ofrecieron una salida *falibilista* a la paradoja escéptica del solipsismo y el nihilismo.

Es importante aclarar que los escépticos no niegan necesariamente la existencia de una realidad objetiva; lo que rechazan es que el ser humano pueda acceder, crear o descubrir el conocimiento de tal realidad. De acuerdo con Sexto Empírico “nadie discute las

¹¹ Cf. Stroud, Barry, *El escepticismo filosófico y su significación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 15.

¹² *Ibid.*, p. 259.

representaciones, lo que ponemos en duda es que con ella coincidan los objetos representados”.¹³ De allí que formule la siguiente recomendación: “Confiemos en el buen sentido, fundado en avisos naturales del instinto y la inteligencia”.¹⁴

Los escépticos desconfiaban de los sentidos; pero únicamente en la medida en que con ellos se pretenda fundar un conocimiento *objetivo*. En cuanto a las cuestiones de la vida práctica, los escépticos otorgaron a las sensaciones el lugar que merecen. Diógenes Laercio, al respecto, enuncia que “Pirrón toma por guía la vida”.¹⁵ Es decir, los escépticos tienen muy claro que la vida cotidiana se lleva a cabo a partir de las apariencias, fenómenos, sensaciones y vivencias;¹⁶ y es esta experiencia la que podemos adoptar como principal fundamento de acción.

Por ello, es preciso distinguir entre un escepticismo epistemológico y un escepticismo moral. En un sentido epistemológico, el escepticismo consiste en rechazar el dogmatismo de un saber absoluto, y en disolver problemas metafísicos relacionados con el conocimiento del Ser. Pero en un sentido moral, el escepticismo consiste en una ética, esto es, un proyecto de perfeccionamiento moral que comienza con la *epokhé* —la suspensión del juicio—, continúa con la *aphasia* —el silencio de esa abstención—, y culmina finalmente con la *ataraxía* —la felicidad de encontrar calma y serenidad anímica—.

El escepticismo helenístico debe ser tomado más como una doctrina moral que como una doctrina estrictamente epistemológica. La importancia del escepticismo reside no en la demostración de que «no hay Verdad», sino en la búsqueda de una paz interior. La actitud escéptica de duda, cautela y cuestionamiento ante las afirmaciones de los demás (aunque también las propias), propició el surgimiento de un código de acción moral basado en la prudencia, el debate, la autocrítica y la tolerancia. Posteriormente, con la sistematización de la doctrina escéptica, realizada por los pirronistas posteriores como Enesidemo de Knosos y Agripa, se formularon las principales tesis de los escépticos en los *tropos*.¹⁷

¹³ *Ibid.* p. 128.

¹⁴ *Ibid.*, p. 97.

¹⁵ *Ibid.*, p. 129.

¹⁶ *Cf. Ibid.*, p. 128 y ss., y Long, *op. cit.*, p. 81 y ss.

¹⁷ Los cinco *tropos* de Agripa, o caminos de duda, son: la discordancia entre opiniones de filósofos; regresión infinita de pruebas; relatividad del juicio sobre las cosas; necesidad de un supuesto previo y no probado para evitar la regresión al infinito; petición de principio; y la circularidad de explicaciones. *Cf.* Reyes, *op. cit.*, p. 96., y Copleston, *Historia de la filosofía*, p. 437.

La actitud escéptica ha sido recurrente en la historia de la filosofía, y ha sido retomada por diversas corrientes de pensamiento en todos los campos: metafísica, ética, política, estética, epistemología, entre otros. Recientemente algunos pensadores han argumentado la defensa de un concepto modesto de objetividad, que no está comprometido en modo alguno con una metafísica de formas platónicas o entidades abstractas.¹⁸ En las últimas décadas, por ejemplo, Hilary Putnam ha defendido la tesis de que la finalidad de la ética no es ofrecer un sistema de principios morales universales, sino ofrecer luces para la resolución de problemas prácticos.¹⁹ Siguiendo a John Dewey, Putnam se muestra convencido de que la filosofía y la ética no buscan la infalibilidad, el descubrimiento de verdades teóricas eternas, tal como sugirieron los antiguos filósofos escépticos. Para resolver problemas prácticos, en efecto, hay que buscar soluciones “provisionales y falibles”.²⁰

El reto más grande que enfrenta el *falibilismo* es encontrar una noción certeza —en vez de una noción de *Verdad*— lo suficientemente sólida y provisional que impida llevarnos a caer en un escepticismo radical (y a una posición nihilista).²¹ Putnam propone seguir a los filósofos pragmatistas, en cuanto a rechazar la idea de que existe un conjunto de verdades universales y necesarias. El pragmatismo, señala, es una corriente falibilista y anti-escéptica, para la cual las “verdades” —inexorablemente provisionales— son resultado de procesos democráticos en los que participan una gran diversidad de actores. Esto es denominado por Hilary y Ruth Putnam como “defensa epistemológica de la democracia”, una tesis originalmente atribuida al filósofo John Dewey.²²

A diferencia del realismo metafísico y racionalista, el pragmatismo rechaza dar soluciones apriorísticas a los problemas. En contra del empirismo, el pragmatismo rechaza usar la experiencia y el camino de la inducción para alcanzar un conocimiento inmutable. Para superar problemas éticos y prácticos (incluyendo los jurídicos), los pragmatistas proponen tomar en serio el estudio empírico de las cosas, sin pretender establecer con ello un

¹⁸ Cf. Burge, T., *Origins of objectivity*, cap. 1.

¹⁹ Cf. Putnam, Hilary, *Ethics without Ontology*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, 160 p.

²⁰ *Ibid.*, p. 31.

²¹ Un ejemplo notable de este esfuerzo es desarrollado por “el segundo” Wittgenstein. Cf. Wittgenstein, Ludwig, *Sobre la certeza*, 3ª ed., trad. de Josep Lluís Prades y Vincent Raga, Barcelona, Gedisa, 1995.

²² Cf. Putnam, *op. cit.*, p. 104.

conocimiento universal. Y aquí es importante que participen diferentes comunidades con distintas perspectivas y experiencias de las cosas, pues de otro modo los problemas no serán los de todos y las soluciones sólo serán parciales.

Esto nos lleva a considerar, como sugiere Dewey, que la ética no es un repositorio de erudición moral, sino una cuestión práctica en la que están involucrados todos los individuos capaces de reflexión que puedan formular una crítica de críticas (“*criticism of criticisms*”). Cualquier problema humano que impacte nuestra vida personal, o nuestra vida como grupo social, representa un problema ético. En esa medida, es necesario hacer una reflexión inteligente sobre los problemas, basada en los conocimientos que nos ha dejado la experiencia. Se trata de un proceso de aprendizaje en el cual los errores son ineludibles. Más aún, para el falibilismo el aprendizaje es resultado de un proceso de ensayo y error, lo cual presupone que el conocimiento es de suyo vulnerable.

Uno podría pensar que el pragmatismo está comprometido con una teoría de la verdad por acuerdo, o por costumbre, de la que es imposible salir o sustraerse. Como si la “verdad” dependiera del capricho de las mayorías u obedeciera ciegamente a la tradición, hábitos o creencias populares. Sin embargo, aquí podemos introducir el concepto pragmatista de “trascendencia reflexiva” [*reflective transcendence*] (concepto de Putnam),²³ para referirnos al cuestionamiento permanente de las creencias, prácticas y hechos actuales. Los hechos y valores se encuentran en una relación de interdependencia. Esto implica que las soluciones no son definitivas.²⁴ Para el pragmatismo es importante el rechazo de todo tipo de fundamentalismo y de toda forma de *apriorismo*, y concentrarse en la resolución de problemas prácticos, con base en los conocimientos provisionales que las sociedades han acumulado a través de la ciencia, la historia y la experiencia moral.²⁵

²³ *Ibid.*, p. 109.

²⁴ Como señala Richard Bernstein, “todo buen pragmatista sabe que todo está abierto: nadie tiene la última palabra”. Cf. Bernstein, Richard J., *El giro pragmático*, trad. de Pablo Lazo Briones, Barcelona, Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2013, 283 p.

²⁵ Cf. Putnam, *op. cit.*, p. 126.

En resumen

El concepto filosófico de objetividad revela una discusión central para la teoría del conocimiento, que tiene que ver con la posibilidad de saber. Desde un punto de vista filosófico, existen posiciones epistemológicas realistas que asumen un compromiso robusto con la necesidad de fundamentar nuestras creencias en hechos independientes de la mente (lo que podemos llamar, siguiendo a Guy Axtell, un “objetivismo cognitivo”), mientras que los ideales que dirigen las acciones moralmente correctas e incorrectas se fundan en principios universales (un “objetivismo moral”).²⁶

Por otro lado, como hemos visto, hay posiciones epistemológicas escépticas que niegan la posibilidad de acceder al conocimiento de objetos físicos y/o metafísicos. Aunque esta corriente ha planteado objeciones pertinentes al realismo, las consecuencias de asumir un escepticismo extremo pueden llevarnos a distintas formas de subjetivismo, protagonismo (*Protagoreanism*), relativismo cultural, solipsismo y nihilismo, acogidas por algunas corrientes radicales de la posmodernidad. Con ello, la noción de “objetividad” es imposible.

En este trabajo de investigación adoptaré la posición epistemológica intermedia del pragmatismo: una doctrina anti-realista y anti-escéptica que suscribe un pluralismo epistémico, para la cual el conocimiento no es generado por un individuo, a través de su raciocinio o erudición, sino que se desprende de las relaciones con otros individuos, el contexto o ámbito de sus interacciones. De allí que la única objetividad posible de alcanzar —especialmente en un ámbito como el derecho— sea la que depende de prácticas sociales de justificación.²⁷

²⁶ Cf. Axtell, Guy, *Objectivity*, Cambridge, UK, Polity Press, 2016.

²⁷ Esta posición es muy cercana a la teoría realista elaborada por Brian Tamanaha. Cf. Tamanaha, Brian Z., *A Realistic Theory of Law*, New York, Cambridge University Press, 2017, 202 p.

2. Objetividad en la ciencia

En el ámbito de la ciencia, la objetividad ha sido entendida básicamente como un valor general de la investigación. Se trata de un ideal acerca de lo que constituye un conocimiento científico, y las condiciones bajo las cuales se realiza la búsqueda de ese conocimiento. De esta manera, la objetividad resulta ser una característica propia de los enunciados, métodos y resultados científicos. En este contexto de la investigación científica, siguiendo a Reiss y Sprenger, podemos distinguir, al menos, cuatro nociones de objetividad: (a) objetividad como fidelidad hacia los hechos; (b) objetividad como ausencia de subjetividad en los enunciados científicos, (c) objetividad como forma de honestidad y ausencia de valoraciones, y (d) objetividad como método. A continuación, explicaré brevemente cada una de estas nociones.²⁸

a) Fidelidad hacia los hechos

La idea de objetividad científica como “fidelidad hacia los hechos” presupone que la tarea central de la ciencia consiste dar cuenta de la realidad *tal como es*, esto es, ofrecer una descripción exacta y fidedigna de los hechos del mundo. Tal concepto implica, por un lado, suponer que la ciencia se compone de un conjunto de proposiciones verdaderas acerca del mundo, que son resultado de la investigación científica, o lo que podemos llamar “*productos científicos*”. Por otra parte, implica un compromiso con una posición *realista*, en el sentido de asumir, primero, que hay hechos en el mundo que tienen una realidad independiente; y, segundo, que el científico tiene la capacidad de acceder a ellos *tal como son*. La ciencia, por lo tanto, formula y sistematiza un conjunto de enunciados “objetivos”, los cuales describen —o al menos intentan describir— los hechos del mundo fielmente. Se trata, en efecto, de un concepto tradicional de

²⁸ Cf. Gaukroger, *op. cit.*, pp. 1-12; véase también Reiss, Julian & Sprenger, Jan, “Scientific Objectivity”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2017 Edition), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/scientific-objectivity/>.

objetividad, cuya presunta autoridad epistemológica le permite corroborar la veracidad de los conocimientos.

Importantes teóricos empiristas como Karl Popper,²⁹ Rudolf Carnap³⁰ y Carl G. Hempel³¹ concibieron la ciencia como un conjunto de enunciados susceptibles de ser verificados a través de un método experimental. Desde esta perspectiva, las afirmaciones sobre lo que es el caso en el mundo, en efecto, son susceptibles de ser verificadas o *falseadas*, con base en la realidad de las cosas. Sólo es cuestión de emplear un método científico para alcanzar los resultados correspondientes.

Sin embargo, esta concepción de la ciencia fue duramente criticada en el siglo XX, pues asume que la observación y la experimentación son suficientes para determinar la verdad de los enunciados científicos. Filósofos de la ciencia como Pierre Duhem, Norwood Hanson y Thomas Kuhn, reflexionaron sobre el papel determinante que tienen las teorías en la manera de concebir los objetos y en el modo de investigar la realidad de las cosas. Las teorías, en efecto, tienen su origen en paradigmas, axiomas, prejuicios, supuestos técnicos y metodológicos. Siempre hay una “carga teórica” [*theory-laden*] en las observaciones. Términos como “masa”, “altura”, “temperatura” están impregnados de concepciones teóricas. De tal manera que, con esas premisas, ciertamente nadie podría investigar el mundo sin haber asumido algún tipo de compromisos teórico; y tampoco sería posible realizar una observación y una representación *neutral* de la realidad. Así, la objetividad tiene que ver con la manera en que se describe la realidad; o sea, la correspondencia entre el enunciado científico y el objeto que se describe. La objetividad es un asunto de fidelidad hacia la descripción de los hechos.

²⁹ Cf. Popper, Karl R., *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista*, 4a ed., trad. de Carlos Solís Santos, Madrid, Tecnos, 2001, 342 p.

³⁰ Cf. Carnap, Rudolf, “El carácter metodológico de los conceptos teóricos”, en Olivé, León y Pérez Ransanz, Ana Rosa (comps.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, México, Siglo XXI, 1989, pp. 70-115.

³¹ Cf. Hempel, Carl G., “El dilema del teórico: un estudio sobre la lógica de la construcción de teorías”, en Olivé, León y Pérez Ransanz, Ana Rosa (comps.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, México, Siglo XXI, 1989, pp. 145-215; Hempel, Carl G., “El significado de los términos teóricos: una crítica de la concepción empirista estándar”, en Olivé, León y Pérez Ransanz, Ana Rosa (comps.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, México, Siglo XXI, 1989, pp. 439-453.

b) *Ausencia de subjetividad*

Al asumir que la tarea central de la ciencia consiste en describir fielmente la naturaleza de las cosas —lo que implicaría honestidad y ética en la investigación— ha surgido dentro de la comunidad científica la idea de que es indispensable evitar las valoraciones, perspectivas o juicios personales en la formulación de los enunciados científicos. Esto conlleva suponer que los enunciados científicos, para ser “objetivos”, deben ser verdaderos con independencia del punto de vista de sus emisores.

Thomas Nagel ha denominado “punto de vista desde ningún lado” [*the view from nowhere*] a la exigencia de que los enunciados científicos sean totalmente neutrales y no expresen un punto de vista personal.³² Dado que los seres humanos tienen la capacidad de considerar las cosas más allá de su propia experiencia y su propio interés —piensa Nagel— es bueno que tengamos un “punto de vista desde ningún lado”. Nagel resume esta posición en las siguientes premisas, que van muy en línea con los presupuestos básicos del realismo descritos en la sección anterior:

- i. Las sensaciones son detonadas por objetos.
- ii. Los objetos no dependen de nosotros, tienen una realidad independiente.
- iii. La naturaleza es independiente de cualquier perspectiva personal.

Bernard Williams llamó a esta posición la “concepción absoluta” [*absolute conception*], para referirse a un ideal de conocimiento supremo de las cosas que trasciende cualquier visión fragmentaria de ella.³³ Podría parecer, a primera vista, que esta posición tiene cierta plausibilidad. Sin duda, el hecho de contar con enunciados que describen los objetos naturales y sus propiedades (de una manera exacta y fidedigna) tiene la ventaja de ofrecernos un conocimiento confiable de las cosas, pero, sobre todo, la posibilidad de predecir y manipular los hechos. Además, el conocimiento objetivo de las cosas puede permitirnos resolver

³² Cf. Nagel, Thomas, *The View from Nowhere*, New York, Oxford University Press, 1986, p. 14 y ss.

³³ Williams, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London and New York, Routledge, 1958.

problemas prácticos derivados de la perspectiva individual de los sujetos. Si dos personas, por ejemplo, tienen un desacuerdo sobre si un pedazo de tela es verde o café, la ciencia puede explicar que —bajo ciertas condiciones de luz perfectamente definidas— ese objeto *debería* verse verde o café. De esta manera, son las propiedades naturales del objeto lo que resuelve una discusión acerca del color.

Sin embargo, no resulta inmediatamente claro cómo se puede alcanzar tal “concepción absoluta” de las cosas. Por el contrario, parece ser que todos los enunciados científicos están condicionados por una teoría. En este contexto, Thomas Kuhn analizó el comportamiento de los paradigmas científicos y la manera en que un esquema conceptual puede ser suplantado por otro.³⁴ Según Kuhn, los nuevos esquemas o paradigmas, modifican y condicionan nuestra concepción del mundo. Antes de Kuhn, se pensaba que la ciencia tenía un desarrollo acumulativo, progresivo, lineal y unidireccional. El llamado “método científico” era un indicador de caminos para llegar a la meta de la verdad; mientras que el obstáculo más importante para el progreso de la ciencia era la religión. Sin embargo, nunca hubo acuerdos sobre cuál era el método indicado para alcanzar tal meta.

Kuhn puso en crisis esa idea progresiva de la ciencia. En la historia de la ciencia, ha habido auténticas rupturas y revoluciones científicas con la decadencia y ascenso de los paradigmas científicos. Pero este no es un proceso simple. El cambio de paradigma implica una nueva manera de concebir el mundo, que define lo que cuenta como “verdad”, lo que cuenta como “objeto de estudio”, lo que cuenta como “método”, y así sucesivamente. En esa medida, la propiedad que tienen los enunciados de ser “científicos” depende de la teoría desde la cuál se formulen, mientras que su valor de verdad es relativo al paradigma de ciencia dominante.

Las teorías pueden ser evaluadas internamente, bajo sus propios supuestos o postulados. Los paradigmas científicos pueden pasar de un estado de anomalías a una situación de crisis si esas anomalías teóricas se generalizan. Así es como los científicos pueden llegar a buscar otra alternativa. Un paradigma ofrece una categorización conceptual. Un paradigma

³⁴ Cf. Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, cap. VIII, “Las revoluciones como cambios de la concepción del mundo”.

rinde teóricamente, ofrece una explicación que puede ser más o menos cabal. Pero incluso si es muy sorprendente la explicación, no está exenta de ser cuestionada. Es allí donde surgen las revoluciones científicas.

Las teorías, paradigmas y métodos científicos cambian. Cualquier posibilidad de percibir y describir el mundo está mediada por una perspectiva teórica. De allí que la “objetividad” no existe como tal, sino que es posibilitada por un contexto, teoría y paradigma científicos. Dicho de otro modo, la objetividad del conocimiento es relativa al paradigma de ciencia y al esquema teórico con el cual estemos comprometidos. En este caso, es el paradigma y la teoría particular que se desprende de él, lo que posibilita defender la objetividad de un enunciado, *con base en* esa teoría. De modo tal que son las comunidades científicas las que van definiendo los valores de conocimiento compartidos.

En un segundo momento de su obra, Karl Popper afirmó que la objetividad de los enunciados científicos reside en la posibilidad de que esos enunciados puedan ser intersubjetivamente probados, lo que implica contar con evidencia en hechos verificables.³⁵ Otros sociólogos de la ciencia piensan que hay muchos otros factores que condicionan la objetividad científica: intereses personales, inclinaciones psicológicas, factores económicos y sociales. De acuerdo con Helen Longino, Popper no pensaba que la objetividad de los enunciados científicos derivara de su correspondencia (fidelidad) con los hechos, sino de los mecanismos de regulación intersubjetiva.

Para decirlo con otras palabras: el conocimiento científico no es una descripción fidedigna de la realidad, sino un producto social, condicionado por un paradigma teórico dominante. De tal modo que es la crítica social de comunidades científicas lo que garantiza la obtención de conocimiento objetivo.

Longino defendió que la objetividad no está garantizada por “la perspectiva desde ningún lado”, como supuso Nagel; y también rechazó la existencia de un método infalible que nos conduzca a una verdad definitiva. Para Longino, la objetividad se justifica a partir de contextos específicos de investigación, en la que intervienen comunidades de personas.³⁶ De

³⁵ Cf. Popper, *op. cit.*

³⁶ Cf. Longino, H., *Science as Social Knowledge. Values and Objectivity in Scientific Inquiry*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

este modo, la objetividad científica se va construyendo entre una diversidad de opiniones y perspectivas (nuevamente aparecen las nociones de “pluralismo” y “tolerancia epistémica” que presentaron los antiguos escépticos); mediante la interacción de una comunidad de persona, a través de un proceso de ensayo-error, como sugiere el falibilismo.

c) *Honestidad científica y neutralidad valorativa*

Otra noción relacionada con la objetividad científica es la honestidad. Es decir, el hecho de que las personas que buscan el conocimiento sean honestas en su labor de investigación, como una condición preliminar para alcanzar resultados confiables. La *objetividad* de las personas es una cualidad relevante para conducir una investigación en cualquiera de sus etapas: en la selección de teorías, métodos y en la evaluación de resultados. Una persona objetiva buscará, por lo tanto, formular enunciados que están libres de prejuicios y sesgos; y de igual modo, estará dispuesta a reconocer los errores que se puedan demostrar y corregir sus resultados, si hay evidencia que así lo exija.

Naturalmente los seres humanos defienden valores personales, morales, religiosos, sociales, culturales, políticos. Sin duda, estos valores pueden pervertir sustantivamente la objetividad de los enunciados científicos. A grandes rasgos, el ideal de la *neutralidad valorativa* consiste en la exigencia de no dejarse llevar por las valoraciones personales. En la historia hay ejemplos de teorías presuntamente científicas que en realidad estaban animadas por prejuicios morales, ideas religiosas, intereses económicos o sesgos ideológicos. La teoría de la relatividad de Einstein, por ejemplo, fue descartada por el *Tercer Reich* porque su autor tenía un origen judío. En la Unión Soviética hubo científicos condenados a muerte porque sus resultados no eran compatibles con la ideología marxista-leninista.³⁷

Pero ¿acaso se puede evitar la influencia de los valores? Al respecto hay tres posiciones:³⁸

³⁷ Cf. Reiss & Sprenger, *loc. cit.*

³⁸ *Id.*

- i. Ideal de no valoración [*Value-Free Ideal* (VFI)]: Que los científicos eviten a toda costa la influencia de valores en sus tareas de investigación, pues sólo así es posible la ciencia.
- ii. Tesis de neutralidad valorativa [*Value-Neutrality Thesis* (VNT)]: Que, en la medida de lo posible, los científicos sean neutrales en cuanto a sus valores al desarrollar su investigación.
- iii. Tesis de la carga valorativa [*Value-Laden Thesis* (VLT)]: Toda investigación científica tiene compromisos teóricos, los científicos realizan juicios de valor propios de su contexto.

Una cuestión adicional es la siguiente: ¿resulta deseable o conveniente que la ciencia sea conducida sin la orientación de valores? La tecnología ha permitido a los científicos realizar experimentos genéticos con plantas, animales e incluso seres humanos, sin adoptar ninguna especie de consideración y respeto por los seres vivos. La construcción de la bomba atómica fue posible gracias a la investigación científica, pero más allá del avance en los conocimientos de física nuclear, ese saber fue utilizado para doblegar a un imperio e iniciar una carrera armamentista que ha afectado la vida de las personas y tensado las relaciones internacionales. ¿Es legítimo que la ciencia y la tecnología persigan sus fines sin considerar las implicaciones éticas? Bajo esas condiciones es razonable preguntar si la ciencia debe ignorar ciertos valores sociales.

d) Objetividad como método

Como hemos visto, la objetividad científica guarda una estrecha relación con las ideas de imparcialidad, neutralidad y la ausencia de sesgos o prejuicios, los cuales han sido principios claves para un adecuado desempeño de la investigación científica, es decir, aceptable por comunidades de personas dedicadas a la ciencia. No obstante, como señala Gaukroger, muy a menudo se malinterpreta la objetividad, en el sentido de que es vista como una exigencia de no involucrar el razonamiento, juicio y valoración. Es decir, se tiene la falsa impresión de que “*objetivo*” es aquello que está absolutamente libre de juicios y valoraciones, como si pudiéramos ofrecer conocimientos que no han sido tocados o creados por el cerebro humano. Sin

embargo, es claro que los científicos a menudo realizan razonamientos y evaluaciones, sin que esto implique poner en riesgo la objetividad de sus investigaciones (esto es, la *Tesis de la carga valorativa*).³⁹

Hay una relación compleja entre la verdad, la objetividad y la justificación. Algunos piensan la “verdad” como un objeto externo que nos puede decir si nuestras teorías, conceptos, juicios, apreciaciones sobre el mundo son objetivas o no. Pero en el siglo XVI y XVII, con la revolución científica (de Copérnico, Galileo, Kepler), la objetividad empezó a entenderse como una cuestión de teorías y métodos que *justifican* un resultado, más que con verdades como entidades independientes. Esto plantea el siguiente problema filosófico: si no hay como tal una “Verdad”, independiente de nuestros conocimientos y apreciaciones, ¿cómo haremos para evaluar qué es una buena o genuina “justificación” de una teoría?⁴⁰

Ciertamente podemos emplear muchos criterios para evaluar la “justificación” de una teoría: su plausibilidad, su predicción de resultados, el peso de la tradición, su novedad, su manera de ajustarse con otras cosas que creemos, su utilidad, y así sucesivamente. Pero es peligroso dejar que el procedimiento de justificación no se ajuste a ningún criterio de verdad (en el sentido más lato posible), pues podríamos crear procedimientos muy elocuentes de justificación para justificar lo que sea.⁴¹ Esto lleva a preguntarnos por el papel que desempeñan los esquemas de justificación, y la manera en que podemos evaluar la conveniencia de un esquema de justificación.

En el siglo XVII la objetividad se convirtió en una cuestión metodológica, quitando a la verdad el papel preponderante del conocimiento. En el siglo XIX hubo una concepción de objetividad como tipos de conocimientos que pueden trascender individuos, culturas, lenguajes, teorías, pruebas. Entonces se pensó en formalizar los conocimientos en números y algoritmos: gráficas, estadísticas, tablas, cantidades, porcentajes. Se trata de procedimientos impersonales que pueden garantizar resultados *objetivos*. Un ejemplo de ello es la manera en que los comerciantes españoles del siglo XV comenzaron a realizar transacciones de manera impersonal, a través de reglas de procedimiento establecidas de antemano, convencionales o

³⁹ Cf. Gaukroger, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 57.

⁴¹ *Ibid.*, p. 58.

por costumbre, y que establecían un lenguaje común. Podemos denominar este proceso como “estandarización” de la toma de decisiones y de los procedimientos para alcanzar ciertos resultados.

De esa manera garantizamos que los juicios están “informados” y “justificados”. Esto da lugar a una relativa “universalidad”, en la medida en que ese esquema de toma de decisiones, o los procedimientos para alcanzar los resultados, pueden ser usados por virtualmente cualquier persona y son accesibles al entendimiento de muchas audiencias. Pero es importante tener cuidado con esa pretensión de “universalidad”. Una cosa es que tengamos un marco de referencia común para generar resultados compartidos o tomar decisiones estandarizadas; y otra, creer que es esa supuesta “universalidad” nos proporciona una *Objetividad* inexpugnable. Esto nos puede llevar a la ficción de creer que podemos procesar grandes cantidades de información de manera neutral, sin intervención de las personas. Es claro que los marcos de referencia para tomar decisiones estandarizadas —lo que es particularmente relevante en el caso del derecho— también pueden ser manipulados.

Este paradigma de objetividad procedimental, garantizada por la aplicación de un método para la obtención de resultados, mediciones y datos duros, ha tenido un gran auge en las últimas décadas. Theodore M. Porter, un historiador de Estadística, sostiene que los números son un lenguaje universalmente compartido. De modo que, si somos capaces de codificar nuestra información en este lenguaje, podríamos tener bases firmes para tomar mejores decisiones, ya que una cuantificación es más confiable que las apreciaciones de las personas.⁴²

La idea de una objetividad *técnica-instrumental* comparte muchos rasgos con el “punto de vista desde ninguna parte” de Nagel en cuanto a la exigencia de neutralidad. Pero, nuevamente: podríamos caer en el error de creer que la *transportabilidad* de la información matemática (aparentemente no contaminada de juicios personales) es inmune a la manipulación, tanto en

⁴² Cf. Porter, Theodore M., *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, Princeton, Princeton University Press, 1995, 310 p. Véase también: Porter, Theodor, “Measurement, Objectivity and Trust”, *Measurement*, vol. 1, núm. 4, pp. 241-255, y Porter, Theodor, “On the Virtues and Disadvantages of Quantification for Democratic Life”, *Studies in the History and Philosophy of the Sciences*, vol. 32, núm. 4, pp. 739-747.

su generación como en los propósitos para los cuales se utilice.⁴³ Esta nueva disciplina de la cuantificación se ha convertido en una disciplina que más allá de garantizar la objetividad, *crea* la objetividad.

La cuantificación es un arma poderosa en la vida moderna. Se utiliza como argumento para legislar, para reformar las leyes, para justificar políticas públicas y diseñar planes de gobierno. La información estadística sirve para tomar decisiones adecuadas en asuntos de interés público, como la mortalidad materna, salud infantil, desarrollo social, financiamiento a las universidades públicas. Y aunque estos mecanismos de medición pueden arrojar información útil, cierta y confiable, también es cierto que la información estadística puede ser utilizada de una manera sesgada. Por ejemplo, para prejuzgar sobre la criminalidad de ciertos grupos sociales, o para establecer que la homosexualidad es una anormalidad o una enfermedad.

Por lo tanto, resulta peligroso suponer que los números hablan por sí mismos. Caer en la ficción de que los políticos y demás autoridades ya no tienen ninguna responsabilidad en la toma de decisiones; como si no tuvieran necesidad de juzgar, puesto que los números mandan. No son pocos los riesgos que se corren al dejar todas las decisiones públicas en manos de *encuestólogos*; y sucumbir ante lo que se puede denominar como una “dictadura de la cuantificación”.⁴⁴

Ciertamente la información empírica, datos, estadísticas, métodos cuantitativos son un gran apoyo para tomar decisiones, pero esto no debe sustituir o reemplazar el juicio de las personas. Para tomar decisiones informadas, es crucial basarse en la investigación empírica. Pero una cosa es convertir un problema en números, para dejar que sean los números los que suplanten el juicio de las personas y, por sí solos, tomen las decisiones (supuestamente objetiva, privada de todo juicio personal). Y otra cosa es emplear los métodos de cuantificación para ayudarnos a tomar las mejores decisiones. Estos métodos no deberían sustituir la responsabilidad de las autoridades y funcionarios públicos al momento de tomar decisiones.

⁴³ Cf. Gaukroger, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁴ Cf. Id.

3. Objetividad en el lenguaje

La objetividad también puede ser analizada a partir de distintos niveles de lenguaje. Siguiendo al profesor Andrei Marmor, podemos distinguir cuando menos tres dicotomías de “objetividad”, siempre ligadas con una noción de “subjetividad”:⁴⁵ (a) la dicotomía objetivo/subjetivo en un sentido *semántico*; (b) objetivo/subjetivo en un sentido *metafísico*, y (c) objetivo/subjetivo en un sentido *discursivo*. En efecto, los enunciados que podemos formular en el lenguaje natural pueden ser objetivos —o bien subjetivos— en alguno de estos tres sentidos. A continuación, explicaré cada una de estas dicotomías.

a) Objetividad semántica

Un enunciado es *semánticamente objetivo* si, y sólo si, es un enunciado acerca de un objeto; y es *semánticamente subjetivo* si, y sólo si, es un enunciado acerca de algún aspecto del sí mismo, es decir algún estado mental de la persona que formula el enunciado (esto es, gustos, deseos, percepciones). La distinción es muy sencilla: hay “objetividad semántica” cuando hablamos de objetos; y “subjetividad semántica” cuando hablamos de algún estado mental.

Ciertamente puede haber enunciados que sean al mismo tiempo semánticamente objetivos y subjetivos (por ejemplo, cuando alguien habla de los estados mentales de alguien). Y también hay otras palabras que no son ni una cosa ni otra, como la expresión «¡Adiós!», que no comunica nada sobre un objeto del mundo o un estado mental. Aquí es muy importante destacar, señala Marmor, que este tipo de enunciados no guarda una relación inmediata con la verdad o falsedad. Un enunciado que afirma la existencia de duendes y hadas, por ejemplo, es *semánticamente objetivo* en la medida en que se refiere a presuntos objetos del mundo. Esto quiere decir que los enunciados semánticamente objetivos pueden ser verdaderos o falsos. De manera

⁴⁵ Marmor, Andrei, “Three Concepts of Objectivity”, en *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, edited by Andrei Marmor, Clarendon Press, Oxford, 1995. Una versión revisada y corregida de este artículo aparece en Marmor, Andrei, “Three Concepts of Objectivity”, en Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Clarendon Press, 2001, 188 pp.

similar, un enunciado semánticamente subjetivo que afirma un estado mental —«Me siento feliz»— igualmente es susceptible de ser verdadero o falso. Se trata de proposiciones sobre hechos externos, por un lado, y proposiciones sobre estados mentales, por el otro.

La relevancia filosófica de esta distinción es de tipo gramatical. Esto se puede advertir con respecto a los enunciados o juicios morales que afirman un hecho del mundo y que terminan relativizándose como si se trataran de meros estados mentales —así sucede en la teoría meta-ética acerca de los juicios de valor (por ejemplo ‘el acto x es cruel’) que Hare denomina “subjetivismo tradicional”. Aquí, lo que parece objetivo (el hecho cruel) en realidad es subjetivo (una valoración personal del hecho). Esto nos lleva a trivializar cualquier juicio moral sobre algún acto y, por lo tanto, a banalizar las discusiones sobre ética; como si lo que está bien y lo que está mal fuera siempre —y nada más que— una apreciación personal.

Como señala Marmor, a pesar de que la objetividad semántica no se relaciona con la verdad o falsedad de un estado de cosas, sí tiene una relación con el tipo de condiciones de verdad apropiadas para formular el enunciado. Por ejemplo, para el “subjetivismo tradicional” las condiciones de verdad de un juicio moral deben estar siempre referidas al estado mental del sujeto que lo afirma. En cambio, tratándose de un juicio moral semánticamente objetivo, el estado mental del individuo no es parte constituyente de las condiciones de verdad del enunciado.

Por otra parte, también podemos notar que al emitir un juicio estético sobre un objeto artístico la gente puede tratar de hablar objetivamente, sin involucrar sus apreciaciones subjetivas; tratar de resaltar la belleza del objeto *como si* aquello de lo que quiere hablar existiera en el mundo. Hay ciertos discursos cuya función principal es comunicativa, y no hacer que la gente crea en la verdad de lo que decimos. Lo importante de esta dicotomía es que no está relacionada primariamente con los valores de verdad.

b) Objetividad metafísica

En un sentido metafísico, la objetividad implica *verdad*. Un enunciado es objetivo si, de hecho, *existe* un objeto con las propiedades descritas por el enunciado. Por esta razón se ha asociado la objetividad metafísica con el realismo, a grado tal que se suelen considerar idénticos. Pero no lo son (como tampoco lo es el subjetivismo y el anti-realismo). Un enunciado es subjetivo si el objeto que describe no tiene las propiedades atribuidas por el enunciado.

En este sentido, un enunciado es *objetivamente verdadero* si, y sólo si, existe un objeto en el mundo con las propiedades atribuidas por el enunciado; y es *objetivamente falso* si, y sólo si, el objeto no tiene verdaderamente las propiedades atribuidas. Pero hay una tercera opción: que el enunciado no sea objetivamente verdadero ni falso, sencillamente porque el objeto no existe. La subjetividad en sentido metafísico es la ausencia de objetivismo. Como sugiere Marmor, la objetividad metafísica parece estar comprometida con dos presupuestos: (1) que los enunciados metafísicamente objetivos —y por consiguiente verdaderos— son *descriptivos*; y (2) que la verdad de los enunciados se determina *por correspondencia* de lo que afirma el enunciado con los hechos del mundo. Así, por ejemplo, el enunciado “el pizarrón es blanco” es verdadero si, y sólo si, en el mundo existe un pizarrón y éste es blanco.

Para Marmor, “aún si tomamos la noción de ‘verdad’ como simple o primitiva, no analizable en términos de otras nociones como ‘correspondencia’, debe asumirse que, en algún nivel intuitivo, un enunciado será objetivamente verdadero o falso de acuerdo con la constitución de la realidad”.⁴⁶ En efecto, el valor de verdad de nuestros enunciados depende, bajo esta concepción, de *la manera de ser* de la realidad, al menos en principio. Como veremos más adelante, hay otros conceptos de verdad que no tienen que ver directamente con la manera de ser del mundo, sino con un esquema de justificación.

Ahora bien, el análisis de la objetividad metafísica podría ser aplicado en los juicios morales si éstos *se proponen describir* algún aspecto de la realidad. En esa medida, es posible argumentar que existe una objetividad en un ámbito de la moral. Bajo esta idea hay un traslape entre la objetividad metafísica y el realismo. El realismo es una posición filosófica que también

⁴⁶ *Ibid.*, p. 183. [La traducción es mía].

tiene que ver con la manera en que el lenguaje y el pensamiento están relacionados con el mundo. Para Michael Dummett, “el principio básico del realismo, tal como es aplicado a alguna clase de enunciados, es que cada enunciado en esa clase está determinado como verdadero, independientemente de nuestro conocimiento, por una realidad objetiva cuya existencia y constitución es, de nuevo, independiente de nuestro conocimiento”.⁴⁷

Como hemos visto, el realismo presume la existencia de una realidad que es ontológicamente independiente de nuestro conocimiento y experiencia del mundo. Sin embargo, uno puede ser objetivista con respecto a objetos que no cumplen la condición de independencia, como en el caso de ciertos hechos humanos históricos, conceptos morales y estéticos. A pesar de ser objetos dependientes de la mente humana, sí podemos (intentar al menos) describirlos objetivamente. De allí que la objetividad metafísica no implique necesariamente un compromiso con la existencia de verdades trascendentales. Marmor señala que lo que él denomina “objetivismo metafísico” puede ser semejante a lo que Putnam denomina como “realismo interno”, esto es, la posibilidad de un conocimiento “real” de objetos que dependen, no obstante, de la mente humana.

En mi opinión, Marmor tiene razón en cuanto a que no hay razón para negar que se pueda hablar de una objetividad (metafísica) para cosas que no son materiales, como los objetos culturales y los fenómenos normativos de la moral y el derecho. Como se argumentó en la sección anterior, es perfectamente plausible ser anti-realistas y objetivistas a la vez. Es posible hablar objetivamente de la trama de una película, del límite de velocidad para manejar en California, de las reglas del ajedrez, el índice de inflación anual en México, el significado de las palabras en el lenguaje ordinario, etcétera. Hay muchas oraciones que se pueden sostener como “objetivas” sin necesidad de estar hablando de objetos que existen con independencia de nosotros.

Lo que destaca Marmor es que la concepción dummetiana del realismo no coincide con la de la objetividad metafísica. No obstante, sigue habiendo un vínculo con la realidad: las reglas del ajedrez, el índice de inflación, el límite de velocidad, etc., tienen condiciones de aseverabilidad: contamos con un marco de reglas o de referencias que nos permiten hablar

⁴⁷ Citado por Marmor, *id.* [La traducción es mía].

objetivamente de los movimientos del ajedrez, de los límites de velocidad, etcétera. Esta reflexión nos lleva a concluir que, a pesar de que el realismo sí implica el objetivismo, el objetivismo no implica al realismo. Y este es el punto importante para el ulterior desarrollo de esta tesis: es posible defender un concepto de objetividad jurídica que no nos compromete necesariamente con alguna versión del realismo en sus muy variadas vetas.

c) Objetividad discursiva

Los enunciados metafísicamente objetivos son normalmente descriptivos, es decir, enunciados que describen las propiedades de algún objeto del mundo (o que pueden ser reducidos a un objeto en el mundo). En esa medida, los enunciados metafísicamente objetivos podrían corresponder con el objeto real que describen y ser acreedores, por lo tanto, de un valor de verdad. En principio, sólo las proposiciones descriptivas pueden ser verdaderas o falsas. No obstante, hay una posición filosófica que sostiene que aquellas oraciones que no se proponen describir nada, pueden seguir siendo verdaderas o falsas, como es el caso de los juicios valorativos.⁴⁸

Un tercer nivel de objetividad en el lenguaje contempla la posibilidad de contar con enunciados que pueden tener un valor relativo de verdad, a pesar de que *no* describan propiedades de objetos en el mundo. Este *objetivismo discursivo* no requiere “descriptivismo” — esto es, que sus enunciados describan objetos reales según las propiedades que son el caso—. El *subjetivismo discursivo*, por el contrario, es la posición que niega que estos enunciados puedan ser verdaderos o falsos y, por lo tanto, rechaza el objetivismo discursivo. Un ejemplo de objetivismo discursivo es el constructivismo moral kantiano, que ofrece enunciados que pueden ser calificados como verdaderos o falsos, a pesar de no describir objetos físicos del mundo. Otro ejemplo son las matemáticas, cuyos objetos —los números y las operaciones

⁴⁸ Cf. Ortiz Millán, Gustavo, “Juicios evaluativos, verdad y objetividad”, *Praxis Filosófica*, nueva serie, núm. 36, enero-junio, 2013, pp. 7-27.

entre ellos— pueden ser descritos con valores de verdad, a pesar de no designar ningún objeto en el mundo físico.

Así, en el objetivismo discursivo se puede formular enunciados que cumplan las siguientes tres condiciones:⁴⁹

- i. Que semánticamente describan un objeto x
- ii. Que ese objeto x no exista en el mundo
- iii. Todos y cada uno de los enunciados de esta clase tienen un valor de verdad

Como señala Marmor, la defensa de un objetivismo discursivo no implica suscribir un objetivismo metafísico. Uno puede sostener una posición escéptica, en un sentido metafísico, y sin embargo defender un objetivismo discursivo. Como argumenté en la sección anterior, esto es lo que hicieron los filósofos pirronistas: eran escépticos metafísicos, pero falibilistas en el campo moral. En efecto, uno puede ser escéptico metafísico y sostener una objetividad discursiva.

Es importante distinguir estos niveles de objetividad en el lenguaje para evitar ciertas confusiones. Un ejemplo de no distinguir estos objetivismos (metafísico y discursivo) es John Mackie, un escéptico en la ética. En el discurso ético generalmente se parte del supuesto de que es posible establecer enunciados acerca de ciertos objetos morales (valores), como si estos existieran en un sentido metafísico (esto es, más allá de un estado mental). Para Mackie, dado que los valores morales no son *objetos* que existan en el mundo —así como existen los árboles y los minerales— no se puede defender un objetivismo en la moral. De allí su escepticismo ético.⁵⁰

El error de Mackie consiste en rechazar la existencia de valores morales en un sentido ontológico; lo que lo compromete con una objetividad epistémica realista y una teoría de la verdad por correspondencia. Sin embargo, desde una posición objetivista discursiva, es posible elaborar enunciados evaluativos (morales, estéticos, jurídicos) cuyo valor relativo de verdad depende de las razones que justifican mi afirmación, en un nivel discursivo, no en un nivel

⁴⁹ Cf. Marmor, “Three Concepts of Objectivity”, pp. 186-187.

⁵⁰ Cf. Mackie, John, *Inventing Right and Wrong*, New York, Penguin, 1977, 249 p.

metafísico. Por ejemplo, al afirmar que “la eutanasia es un procedimiento moralmente valioso”, no necesito demostrar que el valor moral involucrado en mi afirmación es un objeto real existente en el mundo. Basta con que yo pueda esgrimir las razones por las cuales sostengo mi afirmación, y que las personas puedan eventualmente compartir esas mismas razones para presumir que mi juicio es discursivamente objetivo. Esto nos lleva a suplantarse el concepto de verdad por un contexto o esquema de justificación.

d) *Objetividad e interpretación*

Hasta ahora hemos analizado, con ayuda de Marmor, tres conceptos de objetividad, los cuales corresponden con un ámbito semántico, metafísico y discursivo. En el primer caso, con la *objetividad semántica*, simplemente se distinguen los tipos de entidades a los que semánticamente se refieren los enunciados: a cosas o a estados mentales, lo que no implica descriptivismo y, por consiguiente, ninguna relación inmediata con la verdad. En segundo lugar, la *objetividad metafísica* se refiere a enunciados que describen objetos en el mundo con propiedades y características independientes de la mente [*mind-independence*], y que, por lo tanto, implican un descriptivismo y son susceptibles de tener un valor de verdad, en función de su correspondencia con la realidad. Por último, la *objetividad discursiva*, que se refiere a enunciados que hacen referencia a cualquier tipo de objeto, físico o inmaterial, y que pueden ser calificados en función de los valores de verdad relativos a una teoría o discurso, lo que podemos denominar como un “marco de referencia” o un “esquema de justificación” (de nuestros enunciados).

Lo interesante de este análisis es que cada uno de estos conceptos de objetividad puede dirigir el desarrollo de una *interpretación*. Una persona, por ejemplo, puede hacer una interpretación de, digamos, una película. En tal caso, su interpretación podría basarse en los hechos empíricamente observables que muestra la película (constituyendo una interpretación semánticamente objetiva); o bien, basarse en estados mentales, esto es, en aquellas impresiones personales que generó ver la película (una interpretación semánticamente subjetiva). Marmor

advierte, con mucha razón, que a menudo la gente cree que “interpretar” significa dar rienda suelta a sus más íntimas apreciaciones; y que cualquier interpretación subjetiva es igualmente valiosa, por el mero hecho de ser un punto de vista.⁵¹ Pero debemos tener cuidado, ya que, si no podemos evaluar en modo alguno las interpretaciones, y no existe la posibilidad de preferir unas sobre otras, podemos caer en una posición solipsista o nihilista.

Aquí es importante introducir la idea de *tolerancia epistémica*, la cual consiste en permitir que haya una pluralidad de interpretaciones, sin que esto signifique aceptar que todas las interpretaciones tienen el mismo valor y son igualmente plausibles. Hay que subrayar que la tolerancia epistémica no exige que el discurso interpretativo sea caracterizado en términos semánticamente subjetivos. Por el contrario, una interpretación semánticamente subjetiva podría ser intolerante frente a otras interpretaciones y erigir una barrera que impida confrontar los diferentes puntos de vista. En sentido estricto, solamente podemos tener un genuino desacuerdo de interpretaciones cuando formulamos nuestros enunciados y valoraciones en términos semánticamente objetivos. En general, cuando formulamos un enunciado interpretativo queremos *describir* ciertos aspectos del objeto interpretado.

Un segundo tipo de interpretación es la que pretende alcanzar una objetividad metafísica mediante la descripción exacta de las propiedades de un objeto. Sin embargo, tratándose de una película resulta imposible realizar una interpretación metafísicamente objetiva; ya que una película no es un objeto natural del mundo. No obstante, un objetivista metafísico no necesariamente tiene que ser realista en el sentido de creer que sólo existen los objetos que son independientes de la mente. Aunque una película sea un producto cultural — un objeto “raro” en términos de Mackie— hay personas que podrían defender una interpretación metafísicamente objetiva, basadas no en la naturaleza del objeto sino en la intencionalidad del director, en el contexto histórico de la película u otro marco de referencia. Así, una interpretación metafísicamente objetiva podría intentar describir cuál es el verdadero significado que el director quiso plasmar en su filme.

Ciertamente la película puede tener una pretensión del director, una intención; de lo cual se sigue —si la tesis del intencionalismo fuera correcta— que, si el enunciado corresponde

⁵¹ Cf. Marmor, “Three Concepts of Objectivity”, *loc. cit.*

con el estado mental del director, entonces la interpretación que describe esa película es “objetiva”; mientras que es falsa, si no corresponde con la intención. Pero esto es equivocado porque la *intención* del director, e incluso si el enunciado formulado correspondiera con ella, no equivale por sí misma a una interpretación. Creer que la intención del autor corresponde con el significado de la obra implica asumir, dice Marmor, que “los autores son intérpretes infalibles de sus propias obras de arte”.⁵² Por ello, generalmente no se encontrará un paradigma sobre cómo se puede realizar una interpretación objetiva (en sentido metafísico).

Por último, un tercer tipo de interpretación es la que se puede realizar con base en un “marco de referencia” o un “esquema de justificación”, lo que daría lugar a una objetividad o subjetividad *discursiva*. En este caso, las interpretaciones buscan sujetarse a un determinado discurso, como puede ser el que ofrece una teoría intencionalista del director, el contexto histórico, la psicología freudiana, los dogmas de la religión católica, la teoría política marxista, crítica feminista, etcétera. Identificar estos marcos de referencia (para hacer una interpretación) podría ayudar a distinguir entre una interpretación justificada y una mera descripción o la una expresión de un gusto personal.

En principio, ningún esquema de justificación tiene un estatus epistemológico privilegiado. La cuestión de saber cuál es el mejor marco de referencia depende del discurso y los propósitos de la interpretación. Y es posible elegir distintos marcos de referencia para realizar diferentes interpretaciones. Una película puede ser técnicamente impresionante, pero argumentativamente pobre. Esto es posible gracias a que existen distintos marcos de referencia desde el cual se puede juzgar una película e interpretar su significado. La interpretación adoptada, con base en un esquema de justificación, no excluye la posibilidad de desarrollar otra interpretación a partir de un esquema de justificación diferente. Así, la objetividad discursiva es perfectamente compatible con el relativismo (de los marcos de referencia). Además, la verdad o falsedad del esquema discursivo no afecta la interpretación del objeto.

Se pueden resumir las características de la interpretación discursiva en los siguientes tres puntos:⁵³

⁵² *Ibid.*, p. 196. [La traducción es mía].

⁵³ *Cf. Ibid.*, p. 198.

- i. Las interpretaciones generalmente son guiadas por *marcos de referencia* o *esquemas de justificación*.
- ii. Ningún esquema de justificación tiene un estatus privilegiado.
- iii. La verdad o falsedad de los esquemas no afecta la aceptabilidad de las interpretaciones.

Una pregunta inmediata es cómo conciliar el relativismo de los *marcos de referencia* y el objetivismo en un sentido discursivo. Siguiendo a Marmor, la respuesta podría ser que “en la medida en que uno pueda sostener una posición objetivista sobre el esquema de referencia, uno debe permitir también la objetividad sobre las interpretaciones basadas en ella”.⁵⁴ Esto no significa afirmar que la interpretación bajo ese esquema sea verdadera y que no se pueda defender una interpretación diferente desde otros puntos de vista. Lo destacable es que bajo *cierto* esquema es posible la objetividad discursiva de la interpretación (aunque no una objetividad metafísica). Por otra parte, no se debe olvidar que dentro de un mismo esquema de justificación pueden haber varios tipos de enunciados que se contraponen, y que pueden dar lugar a diferentes interpretaciones desde un mismo *marco de referencia*.

Aquí es importante introducir una dicotomía con respecto al alcance de las interpretaciones. De acuerdo con Marmor, las interpretaciones discursivas son *modestas* si defienden la verdad de sus enunciados sólo en cuanto corresponden con el esquema adoptado; y son *comprehensivas* cuando pretenden que el esquema también sea verdadero y se sobreponga a otros esquemas. El relativismo de los marcos de referencia no sería compatible con la objetividad discursiva si todas las interpretaciones que se formularan pretendieran ser *comprehensivas*.⁵⁵

⁵⁴ *Ibid.*, p. 199.

⁵⁵ *Cf. ibid.*, p. 200.

e) Objetividad y evaluación

Hasta ahora hemos hablado, primordialmente, de enunciados descriptivos. Pero ¿qué hay de los enunciados valorativos? ¿Se puede hablar de objetividad con respecto a enunciados que expresan opiniones o juicios de valor? Algunos autores han sostenido que los juicios evaluativos pueden ser objetivos en la medida en que tengan una “justificación”. Esto es, que haya —como cuestión de hecho— *razones* para justificar mis creencias o valoraciones. En efecto, la justificación de mis puntos de vista no puede obedecer a cualquier tipo de razón, una razón subjetiva, sino que debiera fundarse en razones objetivas: en un tipo de justificación que pueda compartirse al menos por un sujeto diferente al individuo que enuncia la creencia. De tal modo, el grado de objetividad de los juicios evaluativos dependerá de las razones que invoquemos para justificar la verdad de una creencia, opinión o valoración. En otras palabras, decir que una persona está justificada en creer p , significa que esa persona cuenta con evidencia suficiente y razones para creer que p es verdadera. Por añadidura, una persona objetiva es aquella que toma por conocimiento los hechos y evita tener creencias basadas en sus propios prejuicios, sentimientos, emociones e ideologías.

Ahora bien, con base en la noción de interpretación discursiva desarrollada en la sección anterior, podemos esgrimir un concepto de objetividad que no busca primariamente la verdad. En el caso de los enunciados evaluativos —a diferencia de los enunciados descriptivos—, mientras haya una manera de justificarlos (un marco de referencia o un esquema de justificación que pueda ser compartido por otras personas), la posibilidad de una objetividad (discursiva) está abierta. En la medida en que podamos apelar a ciertos “contextos de justificación”, en diversos campos de la actividad humana, tendremos una base común para reclamar la objetividad de los juicios evaluativos.

Lo anterior es particularmente importante con respecto a los juicios morales. Así, por ejemplo, podríamos determinar qué tan bueno o qué tan malo es el aborto, objetivamente, *en función de* ciertos esquemas de justificación, como lo podrían ser: una teoría de la libertad humana, una teoría de la igualdad entre hombres y mujeres, ciertos índices de mortandad y morbilidad materna, aunque también alguien podría pretender justificar su posición frente al

aborto a partir de dogmas de fe y creencias religiosas. Estos esquemas de justificación de nuestras creencias, opiniones y valoraciones son naturalmente debatibles, pero en cierta medida son susceptibles de ser compartidos por otras personas e ir ganando o perdiendo fuerza en la práctica social.⁵⁶

De igual modo se puede evaluar, por ejemplo, un platillo de comida; lo que implica considerar el *gusto* personal de quien consume ese alimento. Esto quiere decir, en efecto, que aun si se trata de enunciados que denotan una opinión particular, hay estándares culinarios (esto es, un marco de referencia) para evaluar objetivamente un platillo, los cuales han sido establecidos por comunidades de expertos en gastronomía, en función de, digamos: la originalidad del platillo, su nivel de complejidad en la preparación, la cantidad y calidad de sus ingredientes, la presentación de los alimentos y el sabor. De esa manera, la base para juzgar no es la mera impresión, el gusto inexpugnable, sino un marco de referencia común que define las características de un *buen* platillo.

En el ámbito de la interacción social, las relaciones interpersonales serían más ríspidas si los individuos no compartieran estándares morales y legales de conducta. Ciertamente — como defienden las corrientes positivistas— la existencia de estándares jurídicos no implica necesariamente el mérito moral de los mismos. Hay múltiples ejemplos que pueden ilustrar cómo un estándar de conducta legal no corresponde con un estándar de conducta moral. No obstante, si partimos del supuesto de que el derecho ocupa un lugar privilegiado en la organización de la sociedad, los estándares de conducta que establece el derecho tendrán preeminencia sobre los estándares morales debido a su carácter *objetivo*.⁵⁷

Con todo, esto podría ser de otra forma. Pensemos en una sociedad tradicionalista donde la mayor parte de sus integrantes profesa una religión conservadora y comparte ciertos dogmas sobre la institución del matrimonio y la familia. En esta sociedad se tendrá una valoración social negativa de la homosexualidad, así como de otros temas como el matrimonio

⁵⁶ Cf. Ortiz Millán, Gustavo, “Juicios evaluativos, verdad y objetividad”, *Praxis Filosófica*, nueva serie, núm. 36, enero-junio, 2013, pp. 7-27.

⁵⁷ Desde luego, esto no es absoluto o definitivo. Cabe la posibilidad de imaginar alguna situación para la cual los estándares morales son preferibles a los estándares jurídicos: por ejemplo, con leyes que criminalizan el aborto, establecen un trato legal discriminatorio, sexista, homofóbico o racista. Esta es la discusión que será desarrollada en el capítulo tercero de esta investigación.

entre parejas del mismo sexo y la adopción homoparental. Tal valoración negativa sobre la homosexualidad —y el matrimonio entre parejas del mismo sexo, adopción homoparental, etcétera— será “objetiva”, en esa sociedad conservadora, en la medida en que tiene fundamento en los estándares morales públicamente compartidos. No obstante, en esa misma sociedad pueden surgir nuevas perspectivas morales. Y en un momento dado puede haber algunos sectores de la sociedad que pugnen por otros criterios de valoración de la homosexualidad.

Las teorías, en efecto, rivalizan. Los marcos teóricos pueden entrar en crisis o acrecentar su dominio. Los esquemas de justificación, impulsados por las teorías, son sometidos a constantes críticas en el ámbito del debate público. En el caso de los juicios evaluativos ha habido una tradición no cognitivista que los descarta como enunciados susceptibles de tener objetividad, dado que se asume son la expresión de meros estados mentales, gustos y apreciaciones subjetivas. Sin embargo, la conclusión que podemos desprender de este análisis es que sí es posible defender una objetividad de los juicios evaluativos, si conectamos estos juicios con un contexto de justificación en el terreno discursivo.

4. Objetividad en el derecho

El tema de la “objetividad en el derecho” tiene distintas dimensiones e involucra una serie de problemas que, aunque están conectados, son relativamente independientes. En el nivel más general, uno de esos problemas proviene de la situación socialmente inconveniente de que el sistema jurídico, como fenómeno de organización social, no favorezca los intereses y objetivos comunes de una sociedad, sino que sea utilizado para impulsar la ideología y metas particulares de un gobernante, clase social, grupo o partido político. En consecuencia, la necesidad de explicar y fundamentar la objetividad jurídica obedece a la posibilidad real de que el derecho sea ejercido de una manera arbitraria o despótica.⁵⁸

Ante tal problema podemos distinguir, por un lado, las posiciones escépticas hacia la objetividad jurídica —por ejemplo, los *Critical Legal Studies* (CLS), el feminismo jurídico, la *Critical Race Theory* (CRT) y las corrientes marxistas—,⁵⁹ para las cuales la objetividad en el derecho no es más que una ficción: un recurso retórico para legitimar las decisiones o mantener en el poder al grupo político gobernante; o bien, una manera de encubrir el hecho de que los órganos públicos del derecho son dirigidos, en última instancia, por sus impulsos psicológicos, intereses personales o de grupo, cuando ejercen sus funciones. Así, muy a grandes rasgos, el derecho es concebido como un instrumento de dominación (política, económica, patriarcal, racial, etc.) de un grupo hacia otro, o bien, como un ardid institucional para satisfacer caprichos personales.

Por otro lado, podemos ubicar las posiciones teóricas que defienden algún grado de objetividad jurídica —las teorías de derecho natural, las perspectivas interpretativistas y las

⁵⁸ La objetividad jurídica enfrenta otro tipo de retos: en efecto, problemas de subjetividad en el ejercicio del derecho (lo que incluye fenómenos como el despotismo, abuso de poder, corrupción, arbitrariedad, tiranía, autoritarismo, negligencia e ineptitud burocrática); pero también, desacuerdos técnicos derivados de la multiplicidad de normas positivas (problemas de ambigüedad, indeterminación, vaguedad, interpretación, conflictos de normas, de leyes o de jurisdicción); y desacuerdos teóricos acerca del contenido del derecho (problemas de legitimidad, justicia y racionalidad de normas y decisiones jurídicas). Una teoría integral sobre la objetividad jurídica habría de identificar estos problemas y ofrecer un esquema para superar cada una de estas dificultades.

⁵⁹ Cf. Coleman, Jules y Leiter, Brian, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, en Marmor, Andrei (ed.), *Law and Interpretation; Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

teorías jurídicas positivistas, entre otras—,⁶⁰ las cuales estiman que el derecho es un instrumento de regulación muy útil para la cooperación y coordinación social, así como para superar controversias entre las personas, precisamente porque garantiza que las decisiones de las autoridades sean, en alguna medida, objetivas. Para estas posiciones, por lo tanto, el derecho no es un instrumento para imponer la voluntad de unas personas sobre otras, sino un mecanismo para tomar decisiones socialmente correctas, y, en algunas versiones, un mecanismo para alcanzar determinaciones moralmente valiosas.

En cierto modo, todos los juristas —ya sean iusnaturalistas, positivistas, realistas o escépticos— comparten la preocupación de que los órganos del derecho (funcionarios legislativos, administrativos y judiciales) puedan realizar actos y/o tomen decisiones arbitrarias. Y desde luego, más allá de las aulas y los debates teóricos, existe igualmente entre los ciudadanos una preocupación constante ante la posibilidad de que las autoridades ejerzan sus funciones públicas de manera subjetiva o irracional. Por ejemplo, que el congreso legislativo apruebe leyes que favorecen exclusivamente a ciertas empresas; que ciertos funcionarios administrativos hagan un ejercicio irracional del presupuesto público; que los jueces tomen decisiones autocráticas al resolver una causa, y así sucesivamente.

Pero cabe preguntar: ¿acaso se puede evitar el problema del abuso de poder? ¿De qué manera explicar la normatividad del derecho si, en ocasiones, sus órganos se desempeñan de manera subjetiva o irracional? ¿Existe alguna forma de justificar objetivamente las decisiones concretas de las autoridades? ¿Podemos legitimar el uso coercitivo del poder público? ¿Podemos garantizar que las decisiones de las autoridades, en los distintos ámbitos de la práctica jurídica (en la legislación, aplicación, interpretación y adjudicación del derecho), sean correctas? Una de las razones para justificar el carácter normativo de las decisiones de las autoridades es que éstas son jurídicamente objetivas. ¿Pero qué es y cómo demostramos la *objetividad* del derecho?

⁶⁰ Cf. Rodríguez-Blanco, Verónica, “Objectivity in Law”, *Philosophy Compass*, vol. 5, núm. 3, 2010, pp. 240–249. Para una descripción de las diversas corrientes de filosofía jurídica, véase Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, 300 pp.

Para dar respuesta a todas estas preguntas considero de gran utilidad comenzar por distinguir los distintos grados de objetividad jurídica (fuerte, modesta y mínima) de los que podríamos dar cuenta. De igual modo, será preciso ubicar los ámbitos en los que se podría argumentar una presunta objetividad en el derecho (en el estudio y en la práctica del derecho, por ejemplo). Además, cabe señalar que, si bien los problemas de la subjetividad están presentes en todos los ámbitos del derecho, los debates contemporáneos sobre objetividad jurídica se han concentrado, sobre todo, en la interpretación judicial y la adjudicación del derecho.⁶¹ En efecto, son menos los autores que intentan explicar la objetividad jurídica en el estudio del derecho, ya sea en el nivel de la ciencia, teoría o filosofía del derecho;⁶² y de igual modo, son pocos los juristas que se interesan por defender la objetividad jurídica en los ámbitos legislativo y ejecutivo.

Por desgracia, en este trabajo no podré ocuparme de analizar todos y cada uno de los enfoques hacia la objetividad jurídica en sus muy diversos ámbitos, niveles y alcances. Tampoco discutiré los argumentos escépticos —relativistas y/o subjetivistas— sobre la objetividad jurídica planteados por las teorías críticas. En cambio, como he señalado en la *Introducción*, mi objetivo central es desarrollar un argumento para defender la objetividad en el derecho a partir de un doble enfoque, uno procedimental y uno sustantivo.

a) Grados de objetividad jurídica

Es importante declarar, por principio de cuentas, que el derecho no es un objeto natural del mundo, que exista con independencia del quehacer humano y que podamos estudiar del mismo modo que los biólogos estudian plantas o animales. El derecho es un fenómeno social de normas públicas cambiantes, las cuales son creadas deliberadamente por una sociedad para dirigir la conducta social de las personas. Tal fenómeno está condicionado por diversos factores, lo que se ve reflejado en los valores (morales, políticos, religiosos, culturales,

⁶¹ Un ejemplo es Stavropoulos, Nicos, *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 216 p.

⁶² Cf., por ejemplo, Hage, Japp, “Can Legal Theory Be Objective?”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, núm. 36, 2011, 36 p.

económicos) que cada sociedad plasma en sus leyes. Así, puesto que el derecho es un objeto artificial cuyo contenido normativo es contingente, es evidente que el contenido del derecho será variable en el tiempo y dependerá de la sociedad que lo produzca. Podemos denominar la anterior premisa como *relativismo jurídico*.

Por otro lado, es innegable que existen impulsos subjetivos que pueden jugar un papel determinante en el contenido del derecho. Hay abundantes ejemplos en la historia para ilustrar cómo la ley puede ser utilizada para oprimir de manera permanente a ciertas comunidades o clases de personas. También es posible pensar que, por ejemplo, algunos jueces pueden ser motivados por un sentimiento circunstancial de empatía hacia alguna de las partes, o por un interés personal al resolver una causa. No cabe duda de que el abuso del poder, la corrupción, el inconsciente, la ideología, la estructura social, económica o comercial pueden pervertir sustancialmente la función de las autoridades jurídicas. De allí que también sea inevitable el *subjetivismo jurídico*, es decir, la premisa de que el contenido del derecho se encuentre, en mayor o menor medida, a merced de la voluntad de las personas que fungen como órganos del derecho.

La relatividad y subjetividad jurídicas, en efecto, representan dificultades importantes para elaborar un argumento que se propone defender la objetividad jurídica. No obstante, de acuerdo con Connie Rosati,⁶³ lo mínimo que debe explicar un argumento que defiende la objetividad en el derecho son tres cosas: (1) que existen respuestas correctas, esto es, proposiciones verdaderas sobre el derecho; (2) que los hechos jurídicos han de ser fijados con independencia de las actitudes y prejuicios de las personas; y (3) que las respuestas correctas no sólo existen para los casos fáciles, sino también para los casos difíciles, aunque existan desacuerdos. Si bien la posibilidad de error es persistente, mientras sea posible argumentar que algunas decisiones son más racionales o justificables que otras (lo que sea más defendible desde un punto de vista racional, bajo condiciones epistémicas ideales, o de acuerdo con otros marcos de justificación), entonces habrá una oportunidad para la objetividad en el derecho.

⁶³ Rosati, Connie S., "Some Puzzles about the Objectivity of Law", *Law and Philosophy*, Países Bajos, vol. 23, núm. 3, mayo, 2004, pp. 273-323.

Siguiendo a Jules Coleman y Brian Leiter, podemos caracterizar tres formas de objetivismo ⁶⁴ —fuerte, modesto y mínimo—, que servirán para delimitar el alcance de mi investigación.

i) *Objetividad jurídica fuerte*

Como señalé anteriormente, el realismo metafísico es la posición que afirma, primero, que existen cosas u objetos independientemente de lo que pensemos de ellas, y, segundo, que nosotros podemos tener acceso al conocimiento de cómo son las cosas en realidad. Por otro lado, el realismo semántico es la posición que afirma, primero, que el significado de una oración está dado por las condiciones de verdad de las cosas, y, segundo, que tales condiciones de verdad son trascendentes (a la cultura y convenciones sociales). Bajo estas premisas, el objetivismo fuerte afirma la existencia de hechos (naturales, morales, jurídicos) que son independientes de la mente humana, y cuya verdad o corrección está determinada por las propiedades de las cosas. De allí que exista una clara diferencia entre “*lo que es verdadero o correcto*” y “*lo que me parece verdadero o correcto*”.

Esta concepción de objetividad fuerte es muy conocida en el ámbito de la ciencia, aunque ciertamente —como también he mencionado— hay científicos que conciben su labor desde la perspectiva de un objetivismo más débil. En el ámbito del derecho, en particular, las posiciones realistas han impulsado un objetivismo fuerte en la medida en que suponen, primero, la existencia de hechos jurídicos independientes de nuestras creencias; y, segundo, que abogados y jueces pueden tener acceso al conocimiento de estos hechos y sus propiedades.

⁶⁴ Coleman, Jules y Leiter, Brian, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, en Marmor, Andrei (ed.), *Law and Interpretation; Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995. Para una discusión de la objetividad jurídica modesta véase: Rosati, Connie S., “Some Puzzles about the Objectivity of Law”, *Law and Philosophy*, Países Bajos, vol. 23, núm. 3, mayo, 2004, pp. 273-323; Schiavello, Aldo, “The Third Theory of Legal Objectivity” (*paper*), disponible en https://www.academia.edu/1044503/The_Third_Theory_of_Legal_Objectivity, y Marchettoni, Leonardo, “Objectivity and Law” (*paper*), disponible en https://www.academia.edu/33584163/Objectivity_and_Law

La objetividad fuerte en el derecho ha sido asociada a la teoría del derecho natural y, más recientemente, al trabajo de Michael Moore y David Brink.⁶⁵

Como advierten Coleman y Leiter, el gran problema con el objetivismo fuerte es la cuestión del “acceso epistémico”; es decir, el problema de demostrar que uno puede acceder a un conocimiento de los hechos *tal como son*, de manera objetiva. Si los hechos del mundo, en general, y los hechos jurídicos, en particular, son como son con independencia de nuestras creencias, ¿cómo podemos estar seguros de que *realmente* tenemos un verdadero conocimiento de ellos?⁶⁶

ii) *Objetividad jurídica mínima*

El objetivismo mínimo tiene la ventaja de no tener que resolver el problema del “acceso epistémico”, ya que, desde una posición anti-realista, puede rechazar tanto la premisa de que existen objetos independientes de la mente humana, como el presupuesto de tener un acceso privilegiado a esos objetos. De acuerdo con esta posición, lo que es “correcto” depende de lo que diga una mayoría. De tal manera, es la comunidad la que —a través de sus prácticas sociales— determina el significado ordinario de las palabras y, por ende, las condiciones de aseverabilidad para determinar la verdad de los enunciados.

Esta posición, sin embargo, evita caer en un *protagorismo* o subjetivismo extremo, ya que “la medida de todas las cosas” no es cada individuo, sino una comunidad. Lo que se considera “correcto”, por lo tanto, no depende de actitudes y apreciaciones personales, sino que se define en función de un conjunto de conductas, creencias y conocimientos públicos del grupo social. De allí que la objetividad mínima sea considerada como una posición muy cercana al convencionalismo.⁶⁷

⁶⁵ Cf. Coleman y Leiter, *op. cit.*, p. 255.

⁶⁶ Las respuestas coherentistas (que hay una coherencia entre “lo que es” y “lo que se cree”) y externalistas (donde las creencias están justificadas si son resultados de un mecanismo causal confiable) no logran superar el reto de explicar el acceso epistémico. Para una crítica al respecto, véase *ibid.*, p. 258-259.

⁶⁷ Cf. *Ibid.*, p. 255.

En el ámbito del derecho, en lugar de invocar hechos jurídicos cuya existencia es independiente de la mente humana, se parte de la premisa de que el significado de ciertas reglas y normas está determinado por hechos sociales convencionales. Así, las decisiones de las autoridades jurídicas serán objetivas en la medida en que tengan sustento en el marco de referencia legal establecido convencionalmente por una comunidad; o bien, de acuerdo con las prácticas sociales de otros oficiales en el pasado. Por lo tanto, un concepto mínimo de objetividad jurídica es aquel que justifica las decisiones de las autoridades *en función* de los procedimientos e instituciones establecidos por el derecho. En cierto modo, como señalan Coleman y Leiter, la mayoría de los positivistas jurídicos contemporáneos han defendido alguna versión de objetividad mínima.

Una crítica a esta posición es el hecho de que los grupos sociales pueden dirigir sus comportamientos a través de tradiciones, creencias y valoraciones irracionales. Si el único criterio de corrección para determinar del significado de las palabras (así como lo que está bien o mal, las buenas decisiones jurídicas, y así sucesivamente) es la comunidad, entonces las sociedades nunca hubieran podido oponerse a prácticas sociales históricas como la segregación racial, el esclavismo, la venta de infantes, la ablación del clítoris y muchas otras formas de discriminación y desigualdad social. Y de manera similar, en temas recientes que se debaten en la opinión pública —como el matrimonio entre parejas del mismo sexo, el aborto o la eutanasia y el suicidio asistido—, sería una pena que las decisiones fueran fijadas a partir de moral convencional de una sociedad conservadora. A grandes rasgos, esos son los peligros de permitir que “lo correcto” esté determinado por el simple *argumento de autoridad* que representa la apelación a una mayoría.

iii) *Objetividad jurídica modesta*

De acuerdo con un enfoque de objetividad modesta —explican Coleman y Leiter— “lo que parezca correcto bajo ‘condiciones epistémicas ideales’ determina lo que es correcto”.⁶⁸ Así,

⁶⁸ Cf. *Ibid.*, p. 263. [La traducción es mía].

lo que se considere “correcto” estará determinado por el tipo de convergencia que ocurriría al tomar decisiones desde una situación idealmente propicia para el conocimiento, lo que incluye contar con la mejor información científica disponible. No obstante, esta posición deja abierta la posibilidad de que, incluso bajo esas “condiciones epistémicas ideales”, una mayoría pueda estar equivocada. El enfoque de objetividad modesta admite la llamada “teoría del error”; es decir, la posibilidad de que lo que es aceptado como “correcto” en un determinado momento, pueda reconocerse como equivocado en el futuro.

Un ejemplo de lo anterior es el siguiente: podemos determinar que “algo es rojo”, si y sólo si, los observadores se encuentran en “condiciones epistémicas ideales”, esto es: si no es de noche; si observan el objeto con suficiente luz; si los observadores no son ciegos, daltónicos, etc. Ahora bien, ¿cómo sabemos que *esas* son las “condiciones epistémicas ideales” para decir que algo es rojo? La respuesta es que lo sabemos por nuestras prácticas lingüísticas. A través de ellas determinamos un concepto compartido del color; lo que presupone que podemos identificar nociones suficientemente no controversiales de propiedades o campos de experiencia.

Ahora bien, es importante declarar que este concepto de “condiciones epistémicas ideales” puede variar de acuerdo con el dominio del conocimiento del que se trate: ya sean hechos naturales, morales, jurídicos u otros. Las “condiciones epistémicas ideales” para establecer la existencia de un hecho científico, por ejemplo, no son las mismas para determinar la existencia de un hecho social o un hecho estético. De allí que Coleman y Leiter aclaren que su concepto de *objetividad modesta* sólo se propone para el derecho y, en particular, para la interpretación jurídica; no para todos los campos del conocimiento. De esta manera, junto con la objetividad modesta en el derecho, uno podría defender una noción fuerte de objetividad en el caso de objetos físicos y, al mismo tiempo, una objetividad mínima en cuestiones de arte o moda.

La objetividad modesta en el derecho, por lo tanto, no está comprometida con ninguna forma de realismo, puesto que ésta no aspira al descubrimiento de hechos jurídicos trascendentes, sino básicamente a garantizar la ausencia de subjetividad (sustancial, aunque no total) en la toma de decisiones, especialmente bajo las circunstancias epistémicas bajo las cuales

se toman dichas decisiones.⁶⁹ Para saber cuál es el contexto ideal de conocimiento jurídico — según este enfoque—, podemos apelar a la comunidad y a sus prácticas lingüísticas para identificar un concepto compartido de derecho. En tal caso, las “condiciones epistémicas ideales” podrían ser: que el juez sepa identificar las fuentes importantes de derecho (Constitución, leyes, códigos, reglamentos, etcétera) para fundamentar su decisión; que haga un análisis racional (siguiendo las reglas de la lógica) de las normas y principios aplicables; que tome en consideración la evidencia científica que respalde la prueba de los hechos; que no tenga inclinación hacia una de las partes; que ponga sobre la balanza todos los intereses en juego; que sea culturalmente abierto; que esté libre de sesgos y prejuicios, y así sucesivamente.

De acuerdo con Coleman y Leiter, esta es fue línea de investigación que siguió Ronald Dworkin —al menos en *Taking Rights Seriously*—, quien, tratando de ubicarse en un punto intermedio entre la objetividad fuerte y la objetividad mínima, planteó la figura de Hércules, un juez omnisciente que toma decisiones bajo “condiciones epistémicas ideales”. En otras palabras, Hércules representa un órgano decisor que conoce todos los hechos relevantes, además de ser un sujeto racional, paciente, sagaz, imparcial, etcétera. Para Dworkin, la “respuesta correcta” es aquella que se alcanza bajo estas “condiciones epistémicas ideales”.⁷⁰

En resumen

En este trabajo he tomado prestadas las denominaciones de objetividad —*fuerte, mínima y modesta*— que plantean Coleman y Leiter, aunque con algunas acotaciones importantes. En primer lugar, deseo reiterar que en la presente investigación no defenderé ninguna forma de

⁶⁹ De nuevo, los juristas contemporáneos se han limitado a discutir el tema de la objetividad jurídica, sobre todo, en el ámbito de la interpretación judicial y la adjudicación. Sin embargo, la objetividad jurídica enfrenta una gran variedad de problemas (abuso de poder, conflictos normativos, vaguedad, indeterminación, desacuerdos teóricos sobre el derecho, así como problemas de justicia y de legitimidad de las decisiones) aparecen en todo el sistema jurídico, no sólo en los tribunales. Ronald Dworkin sugiere la idea de una distinción entre problemas técnicos y problemas éticos del derecho. Mientras los primeros pueden resolverse apelando a normas legales, los últimos sólo pueden solucionarse a través de principios. Cf. Dworkin, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, 371 p., cap. 1 “Jurisprudence”.

⁷⁰ Véase, especialmente, “Hard Cases”, en Dworkin, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, 371 p.

objetividad jurídica fuerte, debido a la posición epistemológica pragmática y anti-realista que he asumido en las secciones anteriores. En segundo lugar, doy un significado diferente a la objetividad mínima, en el sentido de que entiendo la *convencionalidad* como un fenómeno más complejo que la mera convergencia de comportamientos en una sociedad.⁷¹ En tercer lugar, daré igualmente un significado distinto a la objetividad modesta, sin caracterizarla en los términos de Coleman y Leiter, como resultado de determinadas decisiones que han sido tomadas bajo “condiciones epistémicas ideales”.

En mi explicación, la objetividad modesta del derecho estará garantizada no sólo por medio de esas “condiciones epistémicas ideales”, sino también por la referencia a ciertos valores públicos de moralidad sustantiva, sin que tales valores pretendan colocarse en un nivel trascendente, pues forman parte de una moral *a posteriori*, externa, histórica y relativa. Desde mi enfoque, los eventuales valores (morales, políticos, jurídicos, económicos, culturales, históricos, etcétera) que juegan un papel relevante en la determinación material del derecho, también son convencionales (en un nivel profundo) desde la perspectiva pragmatista que he adoptado. Como ha argumentado Schiavello, quizá esa sea la razón principal por la cual el proyecto de Coleman y Leiter, de distinguir una tercera alternativa frente al objetivismo fuerte y mínimo, fracasa.⁷²

⁷¹ Sigo principalmente las reflexiones de Ludwig Wittgenstein sobre los “juegos de lenguaje” y los recientes debates entre Hilary Putnam y Jürgen Habermas acerca del desplome de la dicotomía hecho/valor. Al respecto, véanse: Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, § 241, p. 217; Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004, 215 p. Un estudio esclarecedor se puede encontrar en: Marmor, Andrei, “Deep Conventions”, *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 74, núm. 3, mayo, 2007, pp. 586-610.

⁷² En este trabajo no discutiré qué tan plausible es la tesis de objetividad modesta, tal como es caracterizada por Coleman y Leiter. Para una crítica al respecto, véanse: Rosati, Connie S., “Some Puzzles about the Objectivity of Law”, *Law and Philosophy*, Países Bajos, vol. 23, núm. 3, mayo, 2004, pp. 273-323; Schiavello, Aldo, “The Third Theory of Legal Objectivity” (*paper*), disponible en https://www.academia.edu/1044503/The_Third_Theory_of_Legal_Objectivity, y Marchettoni, Leonardo, “Objectivity and Law” (*paper*), disponible en https://www.academia.edu/33584163/Objectivity_and_Law

b) Objetividad en el estudio del derecho

En el ámbito del estudio del derecho, la objetividad representa un ideal epistemológico en cuanto a la tarea de conocer el derecho positivo según su propia naturaleza. Desde el siglo XIX, los juristas ingleses John Austin y Jeremy Bentham —pero recientemente también positivistas contemporáneos como H. L. A. Hart, Wil Waluchow y Andrei Marmor— insistieron en distinguir entre una *jurisprudencia normativa* y una *jurisprudencia descriptiva*. Mientras la primera tiene como meta evaluar y/o justificar el derecho a partir de una teoría política (moral o económica), la segunda busca exclusivamente “describir la forma, estructura y contenido comunes a todas las formas de sistemas jurídicos”.⁷³

De acuerdo con otro notable representante de del positivismo jurídico en el mundo continental, el austríaco Hans Kelsen, resulta necesario liberar a la jurisprudencia de aquellos elementos ideológicos que predisponen nuestra manera de conocer y comprender el fenómeno jurídico. Ciertamente, el peso de nuestra militancia política (moral, cultural, religiosa) en el modo de estudiar el derecho, puede impedirnos realizar una descripción neutral de nuestro objeto de estudio. Es indispensable pasar por lo tanto de un análisis *ideológico* a un análisis *científico* del derecho. Es decir, elaborar una ciencia descriptiva del derecho —esto es, no valorativa— capaz de proporcionar un conocimiento exacto, objetivo y fidedigno acerca de los sistemas jurídicos, tanto en el nivel concreto de las ciencias jurídicas particulares como en el nivel abstracto de la teoría general del derecho.⁷⁴

En efecto, si la ciencia jurídica estuviera comprometida con una ideología o discurso moral (político o económico), los conocimientos generados por la disciplina estarán inclinados hacia la defensa de una determinada forma de pensamiento o acción política. Bajo esas

⁷³ Cf. Waluchow, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, 305 p., p. 16 y ss. Véase también Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 2006, pp. 683-704.

⁷⁴ Alguien podría preguntar si realmente es posible realizar un estudio *neutral* del derecho, dado que no podemos despojarnos de nuestros propios condicionamientos morales, políticos, religiosos y culturales. Kelsen consideraba que esta empresa sí era posible: siempre y cuando el jurista se limitara exclusivamente al *conocimiento* y a la *descripción* del derecho. En el momento en que uno asumiera un propósito *evaluativo* resultaría más difícil —si no imposible— abstenerse de involucrar los condicionamientos morales, políticos, religiosos y culturales en los propios juicios. Por ello, debido a la función crítica inherente de la filosofía, Kelsen era escéptico con respecto a la plausibilidad de desarrollar una filosofía jurídica *científica*.

condiciones, naturalmente, no puede haber objetividad en el estudio del derecho. En esto coincide Andrei Marmor, para quien el positivismo jurídico ofrece una teoría descriptiva, y moralmente neutral, acerca de la naturaleza del derecho, en donde con “descriptiva” quiere decir que no es propósito de la teoría justificar o legitimar su objeto de estudio; y, con “moralmente neutral”, quiere decir que la teoría no está comprometida con ningún tipo de evaluación moral o política.⁷⁵

Una “ciencia jurídica *libre*” es, por lo tanto, aquella disciplina de estudio del derecho que se limita a conocer y describir al derecho positivo con los ideales generales de la ciencia: objetividad y exactitud. Esto incluye la exigencia de que, en la descripción del derecho positivo, haya fidelidad hacia los hechos, ausencia de subjetividad, neutralidad valorativa y un método de conocimiento circunscrito por el propio objeto de estudio.

En este trabajo no profundizaré en la distinción tradicional entre jurisprudencia descriptiva y jurisprudencia normativa; como tampoco es parte de mi análisis determinar el nivel de objetividad que se puede alcanzar en la teoría o filosofía del derecho. Parto de la consideración de que la elaboración de análisis descriptivos es útil, necesario y saludable para saber qué derecho positivo tenemos; aunque también estimo que la elaboración de teorías normativas (críticas, evaluativas, teleológicas, etc.) puede ofrecer enfoques interesantes para definir qué contenidos de derecho queremos. Como sugiere Waluchow, no tiene mucho sentido debatir si es mejor una o la otra, ya que se trata de proyectos de investigación distintos, incluso complementarios. Además, es una ventaja conceptual distinguir entre una teoría del derecho (que explica qué es y cómo es), una teoría de la obediencia (por qué razones debemos obedecer el derecho), y una teoría de la adjudicación (qué razones utilizan los jueces para decidir, sobre todo, en casos difíciles).⁷⁶

⁷⁵ Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 2006, pp. 683-704, p. 683.

⁷⁶ Cf. Waluchow, W., *op. cit.*, p. 78-79.

c) Objetividad en la práctica del derecho

En esta investigación, con *práctica del derecho* me referiré a los diversos ámbitos en que las normas jurídicas son producidas, aplicadas, interpretadas, reformadas o anuladas, por los órganos del derecho, ya sean públicos o privados. En cada uno de estos ámbitos, la objetividad jurídica tiene que ver, sobre todo, con la justificación legal de las determinaciones que adoptan dichos órganos del derecho; esto es, con las decisiones legislativas, administrativa, judiciales y de los particulares, las cuales se basan en aquellas premisas normativas que sirven de fundamento para tomar sus decisiones. Frente a esto se han planteado diversas posiciones: una subjetivista, que considera que el derecho depende necesariamente de la voluntad subjetiva de los funcionarios; y otra objetivista (que el derecho es, al menos parcialmente, independiente de la opinión y actitudes de los funcionarios).

En este contexto, la noción de *estado de derecho* consiste en afirmar que las instituciones y autoridades jurídicas están dirigidas por las leyes y no (primordialmente) por la voluntad de las personas. Se trata de la exigencia de que todo tipo de acción tenga fundamento —al menos parcialmente— en normas generales establecidas por las legislaturas o precedentes judiciales bien definidos. Hay una relación importante entre el concepto de estado de derecho y la objetividad; de allí la importancia de analizar los “principios de legalidad”, expuestos por Lon Fuller, que explotaré en el siguiente capítulo. Por el momento, basta con señalar la importancia de que la labor de los jueces esté dirigida y constreñida por las leyes. De otra forma pasaremos del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres.

5. Conclusiones

PRIMERO. Hay diversos conceptos de objetividad (metafísica, semántica, discursiva), en diversos campos del conocimiento (filosofía, ciencia, ética, ciencia jurídica), en donde podemos distinguir varios grados o alcances (fuerte, mínima, modesta). No existe una noción unívoca de objetividad que pueda dar cuenta de todos sus usos y acepciones.

SEGUNDO. No todos los conceptos de objetividad suscriben un realismo metafísico. Desde un punto de vista epistemológico, hay conceptos de objetividad menos pretenciosos, basados en una mera convención (objetividad mínima) o en un esquema de justificación (objetividad modesta). En la filosofía, en la ciencia y, desde luego, en el derecho, se han defendido conceptos de objetividad anti-realistas, que dependen de resultados falibles generados por una comunidad.

TERCERO. No todo concepto de objetividad está ligado con una noción de verdad —y mucho menos, con una noción de verdad necesaria—. Algunos conceptos de objetividad se relacionan sencillamente con las condiciones de aseverabilidad, o marcos de justificación, que dan un valor veritativo a ciertas proposiciones o juicios (objetividad discursiva); o bien, con el método empleado para arribar a un resultado (objetividad procedimental).

CUARTO. En particular, la objetividad jurídica no tiene que estar comprometida con una posición epistemológica metafísica o realista. Como han argumentado varios teóricos, es posible rechazar una concepción *fuerte* de objetividad jurídica, y al mismo tiempo defender una versión *mínima* y/o *modesta* de objetividad en el derecho.

QUINTO. No resulta conveniente comprometer esta investigación con un concepto fuerte, realista y dogmático de objetividad, ya que el derecho es un fenómeno social complejo, de normas provisionales y cambiantes, creadas artificialmente por grupos sociales que reflejan en las leyes sus convicciones y circunstancias históricas, culturales, económicas, políticas, morales, geográficas, climáticas, y así sucesivamente.

CAPÍTULO SEGUNDO

Objetividad procedimental en el derecho

En este capítulo defenderé la tesis de que la *objetividad* es una propiedad conceptual del derecho. Con “objetividad” me refiero a la constante disposición de los sistemas jurídicos modernos por establecer un marco de referencia común al que las autoridades y los ciudadanos pueden acudir para fundamentar la exigencia, permisión o crítica de determinadas conductas. Es importante aclarar, sin embargo, que la tesis que me propongo defender en este capítulo no afirma que el derecho es “objetivo” en cuanto a su contenido. Más bien, sostengo que el derecho es un mecanismo que permite establecer las condiciones —en términos de órganos, instituciones, reglas, pautas y procedimientos— bajo las cuales las conductas de las personas pueden ser dirigidas y evaluadas con *estándares objetivos*. El derecho funge, en efecto, como un instrumento público del que se vale una comunidad para definir cursos de acción e interacción exigibles, sancionar comportamientos inadecuados, buscar resultados comunes y tomar decisiones legalmente justificadas. En esa medida, el concepto de objetividad jurídica que defiendo en este capítulo no es un concepto sustantivo sino procedimental.⁷⁷

Para llevar a cabo este propósito, seguiré el camino trazado por la corriente del positivismo jurídico, en las versiones ofrecidas por Hans Kelsen, H. L. A. Hart y Joseph Raz, aunque también me apoyaré en las interesantes reflexiones de Lon Fuller, un autor antipositivista que ha defendido una “teoría procedimental del derecho natural”. He dividido este capítulo en cinco secciones. En la sección 1 comenzaré por analizar las funciones del derecho, para argumentar que una de las tareas básicas de los sistemas jurídicos es establecer las pautas bajo las cuales las personas, aunque también los funcionarios, habrán de guiar y juzgar recíprocamente sus conductas. En la sección 2 analizaré el argumento fulleriano de la *moral interna del derecho*, el cual sostiene que los sistemas jurídicos deben sujetarse a un conjunto

⁷⁷ De acuerdo con mi enfoque, un concepto *procedimental* de objetividad se relaciona principalmente con el proceso mediante el cual se arriba a un resultado; mientras que un concepto *sustantivo* de objetividad busca proporcionar un parámetro de conocimiento real de un objeto. En el primer caso, la objetividad está vinculada con una noción de *justificación*; en el segundo, con una noción de *verdad*. Cf. Gaukroger, Stephen, *Objectivity. A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press, 2012, pp. 1-12.

de principios de “derecho natural procedimental”, con el fin de distinguirlo de mi argumento que defiende un concepto procedimental de objetividad jurídica. En la sección 3 defenderé un concepto de objetividad procedimental, con base en una teoría dinámica del derecho. En síntesis, mi argumento sostiene que el derecho tiene una naturaleza esencialmente procedimental, cuya función central consiste en establecer reglas, instituciones y otros mecanismos para dirigir la conducta, sancionar el incumplimiento de normas, tomar decisiones públicas y buscar resultados comunes, entre otros objetivos sociales. En la sección 4 analizaré los problemas persistentes de subjetividad que enfrenta cualquier sistema jurídico —lo que genera conflictos normativos, problemas de negligencia o corrupción, así como desacuerdos teóricos— y explicaré la manera en que una teoría procedimental del derecho puede superar tales dificultades. Por último, en la sección 5 anunciaré las conclusiones de este estudio en la forma de nuevas preguntas.

1. Funciones del derecho

En términos generales se puede afirmar que el derecho es un instrumento público diseñado por las sociedades para *dirigir* la conducta de las personas a través de estándares objetivos de comportamiento. La capacidad de dirigir la conducta es una propiedad del derecho sin la cual sería muy difícil entender su naturaleza. Ciertamente la conducta de las personas puede ser dirigida en diversos sentidos, hacia distintos objetivos, con el propósito de alcanzar los más variados fines sociales. Así, por ejemplo, una sociedad puede ordenar, a través de sus leyes, la realización de conductas que otras comunidades permiten, o incluso prohíben. De igual forma, los seres humanos pueden asociarse para buscar la paz; pero también pueden hacerlo con el fin de someter y tiranizar a otros grupos sociales, mediante la guerra. En efecto, aun si se admite que el derecho ha sido creado para promover ciertos valores (la paz pública, el bienestar social, la dignidad humana, la libre empresa, etcétera), siempre será posible caracterizar dichos valores de muchas maneras.

Por ello, es importante distinguir entre los *fines* del derecho y sus *funciones*. No me interesa considerar —al menos por ahora— cuáles son los fines (políticos, económicos, religiosos, ecológicos, etc.) que eventualmente podrían tener los diversos órdenes jurídicos, así como los valores culturales, metas sociales y conceptos de moralidad en torno a los cuales se organiza efectivamente un sistema de normas jurídicas, ya que estos elementos son cambiantes y relativos a la sociedad de que se trate.⁷⁸ En esta sección me concentraré en explicar conceptualmente para qué sirve el derecho; es decir, cuáles son sus funciones normativas y sociales esenciales.

Básicamente, el derecho desempeña una función reguladora de la conducta humana, que consiste en hacer explícitas —mediante el establecimiento de normas jurídicas— las conductas (acciones y omisiones) que socialmente se exigen o permiten a cada uno de los miembros del grupo social. Cuáles sean las conductas socialmente relevantes, y en qué sentido

⁷⁸ En el capítulo tercero de este trabajo exploro la posibilidad de que el derecho sea objetivo en cuanto a su contenido, analizando precisamente las razones políticas y morales que llevan a un grupo social a construir el derecho, así como las necesidades y hechos naturales que condicionan el contenido de este de una manera sustantiva. *Vid. infra* “Objetividad sustantiva en el derecho”.

se regulen, es una cuestión contingente, que depende de la sociedad de que se trate. Lo que no es variable es el hecho de que los sistemas jurídicos definen un marco de referencia común que es utilizado, por un lado, como una base para *guiar* las conductas de las personas con estándares objetivos, y, por el otro, como una base para *evaluar* los comportamientos de los individuos con estándares objetivos, sean estos particulares u oficiales del derecho.

Por otro lado, con base en su capacidad para guiar la conducta en un sentido positivo (para actuar) y en un sentido negativo (para juzgar las conductas de otros), el derecho desempeña otras funciones importantes: permite promover conductas socialmente deseables e indeseables; elabora un conjunto de reglas sociales para la interacción y cooperación de los individuos; fija las condiciones para el establecimiento de servicios y la distribución de bienes; define los procedimientos y reglas para la solución de controversias, y, finalmente, diseña un marco regulatorio para la operadores del derecho.⁷⁹ Así, siguiendo a H. L. A. Hart y Joseph Raz, entre otros, podemos distinguir entre las *funciones normativas* y las *funciones sociales* del derecho.⁸⁰

a) *Funciones normativas*

El derecho desempeña una función *normativa* o *directiva* de la conducta. Esto es, pretende regular el comportamiento de las personas estableciendo que ellas deben o tienen prohibido realizar ciertas acciones; o bien, que tienen permitido elegir entre determinados cursos de acción alternativos.⁸¹ Todas las normas jurídicas buscan guiar de algún modo la conducta humana —ya sea de los ciudadanos o funcionarios— mediante la instauración de pautas de

⁷⁹ Como veremos más adelante (*infra* sección 2), el derecho puede fracasar en su función esencial de dirigir la conducta; e incluso, cuando sus normas no cumplen —como arguye Lon Fuller— una serie de requisitos elementales para su adecuado funcionamiento, se puede propiciar una inestabilidad social, un ambiente de incertidumbre, encono y violencia entre las personas.

⁸⁰ Cf. Raz, Joseph, “On the Functions of Law”, en Simpson, A. W. B., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 279-304; Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, especialmente el capítulo 9, “The Functions of Law”; Green, Leslie, “The Functions of Law”, *Cogito*, vol. 12, núm. 2, 1998, pp. 117-124.

⁸¹ Cf. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 39 y ss.

comportamiento socialmente aceptadas o establecidas.⁸² Las normas del derecho proporcionan razones jurídicas para actuar en tal o cual sentido. Al mismo tiempo, estos estándares de comportamiento sirven de base (un marco legal de referencia) para que los particulares y los oficiales del derecho puedan evaluar y calificar los actos u omisiones de las personas como “prudentes”, “irreflexivas”, “apropiadas”, “inapropiadas”, “correctas”, “incorrectas”, etcétera.⁸³ Así, el derecho es un mecanismo social para instituir patrones de comportamiento recíprocamente exigibles, mismos que pueden ser tomados por los ciudadanos y los oficiales como razones jurídicas para actuar (*fundamentos de acción*), o como razones jurídicas para criticar la conducta de los demás (*fundamentos de crítica*).

Ahora bien, las normas jurídicas pueden dirigir la conducta humana de muchas maneras. Una de ellas consiste en indicar explícitamente los cursos de acción socialmente deseables o indeseables. Por ejemplo: «En el Distrito Federal queda prohibida la práctica de fumar... en las oficinas de cualquier dependencia o entidad de la administración pública...» (art. 10, fracción II, *Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores en el Distrito Federal*). Pero las normas jurídicas también pueden exigir un determinado comportamiento al añadir una consecuencia indeseable ante la realización u omisión de tal o cual acción, esto es, mediante la imposición de penas, castigos, restricciones y privación de derechos; por ejemplo: «Al que realice actos de maltrato o crueldad en contra de cualquier especie animal no humana... se le impondrá de seis meses a dos años de prisión y de cincuenta a cien días de multa» (art. 350 bis, *Código Penal para el Distrito Federal*).

De manera similar, es posible demandar la realización (u omisión) de una conducta bajo la promesa de obtener un premio u otros beneficios; por ejemplo: «Cuando los contribuyentes cumplan con la obligación de pagar el impuesto predial en forma anticipada, tendrán derecho

⁸² Ciertamente la moral también se integra por un conjunto de reglas sociales que buscan dirigir la conducta de las personas. Sin embargo, la moral no puede desempeñar su función directiva de una manera tan exitosa como el derecho, ya que no cuenta con los mecanismos procedimentales para definir objetivamente los comportamientos requeridos, ni las consecuencias específicas que se siguen ante su incumplimiento; tampoco cuenta esencialmente con procedimientos para identificar, modificar o extinguir normas de comportamiento, ni de instancias o protocolos para resolver controversias. Cf. Hart, *op. cit.*, pp. 91-97, donde argumenta que el derecho tiene la ventaja de contar con reglas secundarias (reglas de reconocimiento, de cambio y adjudicación) para superar las deficiencias normativas de un sistema de reglas morales.

⁸³ Cf. Raz, J., “On the Functions of Law”, *op. cit.*, p. 281.

a una reducción del 8%» (art. 131, párrafo segundo, *Código Fiscal de la Ciudad de México*). Además, el derecho también puede “dirigir” la conducta de las personas mediante la atribución de libertades, permisiones o derechos, como ocurre con la norma constitucional que dispone: «Toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos» (art. 4º, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*).

De acuerdo con Raz, las normas jurídicas ofrecen una “guía determinada” [*determinate guidance*] cuando estipulan el deber de efectuar una acción u omisión específica; y una “guía indeterminada” [*indeterminate guidance*] cuando otorgan permisiones o beneficios.⁸⁴ En el primer caso, la norma se refiere a una conducta no optativa; en el segundo, confiere una potestad que supone el poder elegir entre cursos de acción alternativos. Desde luego, una norma jurídica que confiere un «poder» no nos dice exactamente *qué* hacer o *cómo* actuar. Sin embargo, al otorgar una potestad de decisión en cierto ámbito de la actividad humana, estas normas permiten llevar a cabo acciones (u omisiones) con base en las disposiciones del derecho. En este sentido, las normas que confieren poderes también *dirigen* la conducta, pues hacen posible que una persona se conduzca *según* las alternativas de acción previstas en las normas del sistema jurídico.

Así, tal como sucede con las normas jurídicas que imponen deberes, las normas jurídicas que confieren poderes también sirven como fundamentos de crítica hacia los comportamientos de terceros; es decir, estas normas pueden ser invocadas para excluir a otros individuos o autoridades de un ámbito de decisión personal. Por ejemplo, si existe una norma jurídica constitucional que establece que «Toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos» (art. 4º, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*), un individuo puede invocar esta disposición para exigir a otros sujetos, particulares o funcionarios, que no interfieran con la decisión que él o ella quiere tomar al respecto.

Por otra parte, existen normas que buscan dirigir especialmente la acción de los oficiales del derecho (legisladores, funcionarios administrativos y jueces). Se trata de normas que establecen reglas procedimentales para la operación y funcionamiento de las instituciones y

⁸⁴ *Id.*

órganos del derecho, así como criterios para la aplicación e interpretación de las pautas generales de comportamiento. Estas normas —que Raz llama “secundarias”— también son directivas de la conducta, en la medida en que se refieren a los comportamientos (acciones, omisiones, facultades) de los funcionarios del sistema jurídico. Así, al igual que las normas que pretenden dirigir la conducta de los ciudadanos, las normas que regulan a los órganos del derecho pueden ser tomadas como fundamentos de acción, y fundamentos de crítica o evaluación, con respecto a las conductas de los oficiales, de acuerdo con estándares objetivos de comportamiento.⁸⁵

Cabe añadir, además, que las normas jurídicas se combinan unas con otras para restringir sus alcances en el propósito de guiar la conducta. Por ejemplo, mientras una norma jurídica puede establecer en términos generales que «Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión» (art. 123, *Código Penal para el Distrito Federal*), otras normas pueden estipular excepciones a esta regla, en las hipótesis de “defensa propia”, “eutanasia”, “suicidio asistido”, “aborto”, “guerra”, entre otros supuestos. En efecto, el significado normativo que el derecho imputa a una conducta puede variar en función de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurra tal conducta. Cada disposición normativa ofrece un parámetro objetivo de comportamiento, para los ciudadanos o los oficiales del derecho, ya sea en una forma determinada o indeterminada.

En suma, el derecho tiene la función primaria de guiar la conducta humana de particulares y oficiales, ya sea de una manera determinada (a través de la imposición de deberes, obligaciones, prohibiciones); o de una manera indeterminada (mediante la atribución de poderes, facultades, permisiones, autorizaciones, libertades y derechos). La anterior es una verdad conceptual en la que coinciden importantes teóricos positivistas como Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Joseph Raz e incluso —como veremos más adelante— un teórico no-positivista como Lon Fuller. Sin embargo, considero que no se ha subrayado suficientemente que el derecho pretende guiar la conducta de una manera *objetiva*. En efecto, la dirección de la conducta que impone el derecho a través de sus normas no es subjetiva —al menos en

⁸⁵ Para una clasificación de normas, véase Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, New York, Oxford University Press, 1999, cap. 2 y 3; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1990, cap. 6 y 7; y Hart, *The Concept of Law*, cap. III.

principio—, sino característicamente objetiva e institucional, fundada en un conjunto de reglas públicas creadas por una comunidad jurídica, precisamente para definir la objetividad de los significados normativos que fueron conferidos a un conjunto determinado de conductas.

En cierta forma, esto mismo es lo que Raz tiene en mente cuando explica que las normas jurídicas tienen un carácter *excluyente*.⁸⁶ Las personas pueden tener distintos motivos e intereses para llevar a cabo determinadas acciones u omisiones. Sin embargo, cuando el derecho estatuye normas jurídicas de conducta, no espera que sus directivas sean tomadas como meras sugerencias; es decir, como consideraciones adicionales que se encuentran al mismo nivel que las creencias, gustos, emociones, deseos y preferencias de las personas. Frente a los distintos factores y motivaciones subjetivas de la conducta, las normas del derecho proporcionan razones jurídicas *objetivas* para la acción.⁸⁷

b) Funciones sociales

Una vez establecido que el derecho se distingue por su capacidad de dirigir objetivamente la conducta de las personas, es preciso analizar las funciones sociales adicionales que desempeñan los sistemas jurídicos. Siguiendo a Raz, podemos diferenciar entre dos tipos de funciones sociales: las primarias y las secundarias.⁸⁸ A grandes rasgos, las funciones primarias consisten en la regulación de las conductas de las personas; mientras que las funciones secundarias tienen que ver con la regulación de los órganos jurídicos encargados de producir, aplicar e interpretar las normas del derecho. Antes de comenzar con la exposición de tales funciones, cabe insistir en que las eventuales metas (sociales, morales, religiosas, políticas, económicas, etcétera) que una comunidad podría querer alcanzar mediante el derecho, no forman parte de las funciones formales del derecho, sino que constituyen sus fines particulares, mismos que son contingentes

⁸⁶ Cf. Raz, J., *Practical Reason and Norms*, p. 40-41.

⁸⁷ En la explicación de Raz, la preeminencia normativa de las razones para la acción que ofrece el derecho obtiene su justificación con el concepto de “autoridad”. Sobre la teoría de la autoridad, véase Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon, 1994, especialmente el cap. 10, “Authority, Law and Morality”, p. 210 y ss.

⁸⁸ Raz, J., “On the Functions of Law”, *op. cit.*, p. 290-ss.

y relativos a la sociedad de que se trate. Lo anterior presupone, en efecto, que las funciones del derecho pueden ser estudiadas con independencia de los fines sustantivos que éste persiga.

i) Funciones primarias

En términos generales, los sistemas jurídicos desempeñan cuatro funciones sociales primarias:

- (1) Promueven la realización de conductas deseables
- (2) Establecen condiciones para la interacción de las personas
- (3) Facilitan el acceso a servicios básicos y a la distribución de bienes
- (4) Proporcionan mecanismos para resolver disputas

(1) El derecho es un instrumento público que sirve para promover conductas socialmente deseables; pero también para desalentar la realización de conductas indeseables. Qué conductas habrán de ser consideradas como socialmente benéficas o perjudiciales, es una cuestión culturalmente contingente y variable en el tiempo. La poligamia, por ejemplo, puede ser una conducta inaceptable para una comunidad; pero tolerable para otra. Todos los sistemas jurídicos, sin embargo, se caracterizan por definir pautas de comportamiento (determinadas o indeterminadas) para guiar a las personas en sus conductas. Además, como ya vimos, las normas jurídicas pueden guiar la conducta mediante el establecimiento de sanciones, castigos y consecuencias negativas, aunque también mediante el otorgamiento de premios, condecoraciones y otros incentivos.

(2) El derecho también permite definir un conjunto de reglas y procedimientos para la interacción y la cooperación social. Ciertamente los individuos no necesitan del derecho para relacionarse; basta con que cuenten con un lenguaje común y un conjunto básico de reglas morales, religiosas o sociales, para poder entablar comunicaciones e incluso alcanzar acuerdos, al margen de cualquier regla o institución jurídica. Sin embargo, el derecho puede facilitar el diálogo y el entendimiento público al señalar modos apropiados e inapropiados de interactuar. Pero no sólo eso. El derecho también puede propiciar nuevas formas de interacción mediante

la promulgación de procedimientos para la celebración (y disolución) de relaciones legales como los contratos, matrimonios, testamentos y asociaciones; vínculos que no serían posibles sin la existencia de un sistema jurídico. Así, el derecho tiene la función social de mediar y atemperar las fricciones entre las personas, facilitando y permitiendo nuevas formas de interacción y cooperación social. En ausencia de estas reglas públicas de socialización, la comunicación interpersonal podría ser más ríspida, mientras que la cooperación entre los individuos podría ser defectuosa o incluso nula.

(3) Una función adicional del derecho es la creación de instituciones para la provisión de servicios y la distribución de bienes. La vida en sociedad puede acarrear naturalmente diversos beneficios. Las comunidades pueden crear instituciones para alcanzar distintas metas sociales: paz, seguridad, defensa mutua, riqueza, educación, salud, obras y servicios públicos, así como el financiamiento para el desarrollo del comercio, la industria, la cultura y las artes, etcétera. Desde luego, estas metas sociales son variables culturalmente y cada sociedad puede tener distintos intereses en alcanzar unas metas más que otras. No obstante, el derecho exhibe la función formal de ser un mecanismo de organización para la obtención de metas sociales, lo que implica igualmente una cierta distribución —no necesariamente una distribución democrática— de sus cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad.⁸⁹

(4) Finalmente, el derecho desempeña la función básica de erigir instancias y mecanismos para resolver controversias entre las personas. Al vivir en una sociedad, los conflictos entre particulares son inevitables. Esto se debe a que cada individuo tiene sus propios intereses y

⁸⁹ Existen muchos ejemplos en la historia que demuestran que la distribución legal de obligaciones y derechos entre los miembros de la sociedad puede ser sumamente injusta o inequitativa. Las sociedades pueden utilizar las instituciones jurídicas para emprender actividades productivas (bienes y servicios) y, sin embargo, no distribuir equitativamente la riqueza entre todas las personas que colaboraron en su generación. De allí que algunos autores hayan considerado que la viabilidad del derecho, como instrumento para la organización y cooperación social, está sujeta a un requisito mínimo de *justicia*. Sin embargo, como también han señalado varios juristas, este principio elemental de justicia en el derecho (para la distribución de cargas y beneficios de la vida en sociedad) puede ser satisfecho incluso hasta por una “banda de ladrones”. Cf. Hart, *The Concept of Law*, cap. VII, pp. 155-166; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, especialmente el cap. LXVI, “La justicia y el derecho positivo”; Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, 89 p.

puede querer alcanzarlos incluso a costa de los demás. Aunque existan reglas morales, usos y costumbres sociales que pueden ser invocadas privadamente para buscar soluciones pacíficas, siempre existe un riesgo de que los individuos utilicen el engaño o la fuerza para imponerse, para sacar ventaja de los otros. Sin el auxilio de reglas y procedimientos comunes, la resolución de disputas puede ser muy incierta y subjetiva. Por ello, el derecho hace posible superar los desacuerdos de una manera cierta y objetiva, al determinar con anterioridad cuáles son los comportamientos debidos e indebidos de las personas; y también permite alcanzar decisiones imparciales, constituyendo órganos de adjudicación que generalmente son ajenos a los conflictos, y estableciendo procedimientos públicos para la resolución de controversias. Con base en estas instituciones y reglas para superar disputas, las decisiones del derecho están, en principio, respaldadas por una comunidad jurídica y en esa medida son *objetivas*.

ii) Funciones secundarias

Por otra parte, es preciso advertir que los conflictos personales no son exclusivos de los ciudadanos. Los oficiales del derecho igualmente pueden participar, en el ejercicio de sus funciones, en una gran variedad de disputas con particulares y otros oficiales: en cuanto a la legalidad de sus decisiones o comportamientos; en relación con el alcance de su jurisdicción, facultades y atribuciones; con respecto a la particular aplicación o interpretación de una ley, norma o precedente, entre muchos otros supuestos. Regularmente las conductas de los oficiales también están sujetas a la dirección y evaluación del derecho. De tal modo que los particulares y otras autoridades pueden, bajo determinadas circunstancias, demandar o impugnar sus acciones y omisiones. Frente a tales controversias, los sistemas jurídicos generalmente disponen de reglas operativas, instituciones, órganos y procedimientos para superar de manera institucional las disputas con (o entre) oficiales del derecho.

De este modo, el derecho desempeña una serie de funciones secundarias cuyo propósito es controlar a los órganos e instituciones encargadas de ejercer las funciones sociales primarias,⁹⁰ mediante el establecimiento de:

- (1) reglas para crear y modificar el derecho; y
- (2) reglas para dirigir a los órganos aplicadores del derecho.

(1) En primer lugar, el derecho estatuye reglas para la producción (y reforma) del derecho. Esto puede ocurrir de diversas maneras: con el establecimiento de una sola autoridad encargada de crear (y modificar) todas las disposiciones jurídicas —por ejemplo, un rey, dictador o monarca absoluto—; o mediante el trabajo coordinado de una constelación de órganos e instituciones en las que se ha dividido y repartido progresivamente el poder público: un congreso constituyente, órganos legislativos, parlamentos, asambleas locales; órganos para la aplicación del derecho: funcionarios ejecutivos y administrativos del derecho, policías, autoridades penitenciarias; órganos para la adjudicación del derecho: funcionarios judiciales, tribunales, jurados, etcétera. La producción del derecho puede estar más o menos centralizada o diversificada; pero conceptualmente siempre tiene que haber *al menos* una instancia a la que se pueda identificar o reconocer como órgano creador (y reformador) del derecho.

(2) En segundo lugar, la existencia de uno o varios órganos creadores (y/o reformadores) del derecho presupone la operación de un conjunto de reglas adicionales que hagan factible el desarrollo de sus funciones, como son ciertas disposiciones para garantizar el financiamiento de esos órganos, reglas que definen la naturaleza y alcance de sus poderes y facultades, procedimientos para la producción, modificación o anulación de normas jurídicas, mecanismos para seleccionar al personal en poder de esos órganos, entre otras. Por ello, es importante insistir en la idea de que el derecho no sólo regula la conducta de los ciudadanos, sino que también establece directrices para regir el funcionamiento, las actividades y decisiones

⁹⁰ Cf. Raz, J., *The Authority of Law*, pp. 175 y ss.

de las autoridades jurídicas. El derecho, por lo tanto, define criterios sobre cómo erigir nuevos órganos, lineamientos sobre cómo producir normas, cómo aplicar disposiciones, cómo interpretarlas, cómo superar controversias con (o en) el ámbito de la administración pública. Se trata, en efecto, de normas que dirigen la conducta (acciones y omisiones) de los funcionarios, criterios de comportamiento que al mismo tiempo pueden servir a los ciudadanos y otras autoridades como fundamentos de crítica.

c) Certeza, seguridad y control

La relevancia que tiene el estudio de las funciones normativas y sociales que desempeñan los sistemas jurídicos reside en que, a través del establecimiento de parámetros objetivos de comportamiento, para ciudadanos y oficiales, el derecho hace posible que las personas tengan *certeza* —en mayor o menor grado— en cuanto a los comportamientos propios y ajenos que son aceptados y exigibles en un contexto social. Si no tuvieran un marco de referencia común que sirviera de base para fundamentar y criticar sus conductas recíprocas, los individuos serían impredecibles. En tales circunstancias, habría demasiada incertidumbre con respecto a lo que uno puede esperar de los demás.

Por otra parte, los sistemas jurídicos no sólo definen cursos de acción objetivos para que la gente tenga certeza recíproca de sus conductas. También puede especificar las consecuencias que tendrán lugar por ignorar las pautas generales de comportamiento establecidas por las leyes. Con ese propósito, el derecho instituye diversos mecanismos de coacción para *asegurar* el cumplimiento de las disposiciones. Estos mecanismos de coacción buscan motivar la conducta de las personas, y pueden consistir en la imposición de sanciones, penas, castigos, la privación o restricción de derechos; aunque también la obtención de premios, ventajas, derechos y permisiones.

Las personas, en efecto, podrían conocer perfectamente los patrones de comportamiento comunes en una sociedad y, sin embargo, no tener claro cómo reaccionar ante aquellos individuos que se rehúsan a acatar las exigencias del derecho. El derecho no tendría un funcionamiento normativo óptimo si sólo pretendiera dirigir la conducta de las

personas (ciudadanos y oficiales) y no previera la posibilidad de que sus guías de conducta no sean obedecidas. Es por ello por lo que los sistemas jurídicos —como señala Hans Kelsen— también son *coactivos*.⁹¹ El derecho no sólo se limita a establecer guías determinadas e indeterminadas de conducta, también especifica las consecuencias que se siguen de observar o incumplir sus exigencias, mediante la imposición de sanciones. Si olvidara definir con claridad cuáles son los resultados que se obtienen por desobedecer las disposiciones del derecho, el sistema dejaría un nuevo espacio a la arbitrariedad, lo que eventualmente podría poner en riesgo o en crisis su capacidad directiva de la conducta.

Por último, los sistemas jurídicos también necesitan de reglas que definan patrones de comportamiento objetivo para los operadores jurídicos, es decir, normas que regulen el desempeño de los órganos del derecho. De lo contrario, su funcionamiento corre el riesgo de ser incierto y poco efectivo. Así, al igual que ocurre con las conductas de los ciudadanos, la función orgánica de los operadores del derecho se encuentra *controlada* por normas jurídicas que definen quién es un órgano, cómo se constituye, cuáles son sus facultades, competencias y atribuciones, de qué manera (requisitos o condiciones) puede producir normas y tomar decisiones, así como cuáles son los criterios para la aplicación e interpretación de normas. De esta manera, las acciones y omisiones de los funcionarios están igualmente sometidas a un marco de referencia común que es utilizado como fundamento de acción y, por consiguiente, como fundamento de crítica, por los ciudadanos y otros funcionarios.

⁹¹ Es importante señalar aquí que la palabra “coacción” no quiere decir *uso de la fuerza*, como regularmente se asume —lo que más bien corresponde al término “coerción”—. Que el derecho sea un “orden *coactivo* de la conducta humana” significa que los sistemas jurídicos tienen, como rasgo distintivo, el poder institucional de enlazar una serie de consecuencias a un conjunto de conductas bien determinadas. Se trata, en efecto, de un mecanismo particular para la dirección de la conducta, que consiste en incentivar la realización (u omisión) de ciertos comportamientos a través de la promesa de imponer una sanción en sentido amplio (esto es, castigos o premios). De tal modo, las directrices del derecho pueden ser *categorías*, al exigir un comportamiento a través de una orden directa (por ejemplo, «Prohibido fumar en este edificio»); o bien, *hipotéticas*, al exigir un comportamiento a través de enlazar su realización con la imposición de una determinada consecuencia (por ejemplo, «Se impondrá una multa de \$1,000 al que fume en el interior de este edificio»). El carácter *coactivo* del derecho tiene que ver, por lo tanto, con esta segunda manera de exigir determinadas conductas (a través del establecimiento condicionado de sanciones), y no propiamente con la acción de reprimir o forzar las conductas de las personas con independencia de su voluntad (la *coerción*). Cf. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, especialmente cap. 1, § 6, b), pp. 46-48.

En conclusión, con ayuda del derecho positivo las sociedades pueden definir, de una manera objetiva, reglas de acción (y omisión) para los ciudadanos; lo cual contribuye a que los individuos en general tengan *certidumbre*, en cuanto a las expectativas de comportamiento recíproco, y *seguridad*, en cuanto al hecho de que el cumplimiento de las reglas es inexorable. Además, el derecho igualmente fija un código de conducta institucional (que incluye facultades, competencias, atribuciones, prohibiciones, etc.) para que las autoridades encargadas de producir, aplicar, modificar e interpretar estas reglas, a su vez, también estén sujetas a limitaciones y mecanismos de control públicamente establecidos.⁹² Por lo tanto, una función esencial de los sistemas jurídicos consiste establecer estándares objetivos de comportamiento para dirigir (determinada o indeterminadamente) la conducta de particulares y oficiales. Esta función directiva de la conducta denota una propiedad conceptual sin la cual sería imposible explicar la naturaleza del derecho.

⁹² Cf. Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 17ª ed., México, Porrúa, 2014, especialmente el cap. VIII, “Las funciones del derecho”.

2. Condiciones de legalidad

Como se argumentó en la sección anterior, el derecho es un instrumento público para la objetivación de la conducta, básicamente en tres dimensiones: primero, en cuanto a las normas que guían (determinada o indeterminadamente) las acciones y omisiones de ciudadanos y autoridades; segundo, con respecto al establecimiento de consecuencias sancionatorias, esto es, castigos y premios que se siguen de observar o desobedecer las pautas de conducta; y, tercero, en relación con las controversias que puedan suscitarse por la aplicación o interpretación de las normas y sanciones. Si no existieran tales parámetros de comportamiento, la conducta de ciudadanos y oficiales sería arbitraria e incierta la mayoría de las veces. Así, en la medida en que las personas dirijan su conducta a partir de sus propias motivaciones e intereses subjetivos,⁹³ el sistema jurídico estará perdiendo efectividad en su capacidad normativa. Lo anterior puede agravarse hasta el punto de que, si no logra regular mínimamente la conducta de las personas, cabría dudar por completo de la existencia de un “sistema jurídico”.

De acuerdo con Lon L. Fuller, los sistemas jurídicos pueden desempeñar adecuadamente sus funciones normativas bajo ciertas “condiciones de legalidad”. Esto es, el derecho puede ser exitoso en cuanto a su capacidad de guiar efectivamente la conducta de las personas, regular la interacción social, garantizar el acceso a servicios y a la distribución de bienes, definir reglas para producción y aplicación de normas, así como para superar controversias de muchos tipos. Sin embargo, también existe la posibilidad de que el derecho

⁹³ Desde luego, no todas las conductas humanas necesitan ser reguladas efectivamente por el derecho. Hay acciones socialmente irrelevantes —como *rascarse la cabeza*— que no ameritan regulación alguna; y también hay normas jurídicas que confieren a los individuos el poder de tomar decisiones *según* sus gustos y preferencias personales, como ocurre con las normas que protegen los derechos reproductivos o la orientación sexual (en sociedades liberales, desde luego). No obstante, como sostiene Raz, en estos casos las disposiciones del derecho constituyen una “guía *indeterminada*” de conducta. Si bien estas normas no demandan una acción concreta, sí establecen las bases para que los individuos tomen decisiones según sus propios gustos o intereses, con lo que al mismo tiempo se excluye a terceros de interferir con tal poder de decisión. En otras palabras, el establecimiento de libertades, permisos y autorizaciones también son formas de dirigir la conducta.

tenga un funcionamiento inadecuado; esto es, que fracase en su propósito esencial de “gobernar la conducta humana por medio de leyes”.⁹⁴

De esta manera, la posibilidad de que el derecho pueda dirigir objetivamente la conducta de las personas depende de una “moral procedimental”. Así, preocupado por las razones y circunstancias que llevan a los sistemas jurídicos al éxito o al fracaso en su función directiva de la conducta, Fuller se concentró en el estudio de los aciertos (virtudes) y errores (vicios) que hacen posible (o inviable) el funcionamiento del derecho. Tales condicionamientos fueron descritos a través de ocho *principios*, que constituyen lo que Fuller denominó como la “moral interna del derecho”, mismos que explicaré a continuación.

a) *La moral interna del derecho*

Hablar de una “moral interna” del derecho puede ser desorientador. No me detendré demasiado en explicar los diversos sentidos de *moral* que identifica Fuller en su trabajo.⁹⁵ En el próximo capítulo ofreceré una descripción mucho más detallada de los diversos conceptos de moral que pueden ser empleados en las discusiones de ética, en general, y de teoría jurídica, en particular.⁹⁶ Por ahora, basta decir que, con la palabra “moral” (interna del derecho), Fuller hace referencia a las condiciones que tiene que cumplir un sistema jurídico para regular efectivamente la conducta humana —lo que Fuller denomina como “moral de deber”—, sin que esto incluya necesariamente una concepción sustantiva acerca del bien y el mal, lo que es justo e injusto, correcto o incorrecto, etcétera —lo que Fuller considera una “moral de aspiración”—.⁹⁷

Es muy importante aclarar que la tesis fulleriana de una *moral interna del derecho* solamente defiende la existencia de ciertos presupuestos bajo los cuales el derecho ejerce con éxito su función normativa de la conducta humana. Esta tesis no defiende —al menos en principio—

⁹⁴ Cf. Fuller, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, p. 64.

⁹⁵ Cf. *Ibid.*, cap. 1.

⁹⁶ *Vid. infra*, cap 3.

⁹⁷ Cf. Fuller, *op. cit.*, cap. 1.

una necesidad conceptual de que las exigencias del derecho estén orientadas por los valores de una moral sustantiva.⁹⁸ Dentro de la teoría jurídica de Fuller, esto último corresponde con la tesis de una *moral externa del derecho*, la cual conlleva a realizar una reflexión ética—incluso estética— mucho más compleja de lo que plantea el argumento de la moralidad interna.

La *moral externa* del derecho (o “moral de aspiración”) representa aquellos ideales de *excelencia* humana o social a los que podría servir el derecho. Sin embargo, tales ideales de excelencia son contingentes y varían en el tiempo, según la sociedad de que se trate. Desde luego, explicar en qué consiste la “excelencia humana” es un problema filosófico mucho más complejo, que en el ámbito de la Ética se ha discutido por lo menos durante dos mil quinientos años. De hecho, Fuller no profundiza mucho en el análisis de este concepto ético-estético del derecho;⁹⁹ sólo se limita a señalar que la moral interna podría ayudar a alcanzar una moral externa, aunque también reconoce que hay muchas discrepancias con respecto a la cuestión de dónde termina la moral de deber y dónde comienza la moral de aspiración.¹⁰⁰

Ahora bien, con base en esta distinción fulleriana entre moral *interna* y moral *externa*, nótese que un régimen dictatorial podría desempeñar perfectamente sus funciones normativas, sin importar que el contenido sustantivo de sus directrices sea moralmente inicuo. En efecto, para regular la conducta de las personas no hace falta que el rey o gobernante sea *bueno* o *justo*, ni que ordene la realización de acciones moralmente valiosas. Basta con que las leyes y las normas del derecho cumplan con una serie de condiciones o principios operativos para dirigir eficazmente la conducta. En esa medida, hay un conjunto de virtudes o vicios que pueden garantizar el éxito o fracaso, respectivamente, de los sistemas jurídicos. Se trata de los siguientes:

⁹⁸ Cf. *Ibid.*, p. 20, donde Fuller asegura que no necesitamos definir la moral de aspiración para determinar la moral de deber.

⁹⁹ Cf. Rundle, Kristen, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 191.

¹⁰⁰ Cf. Fuller, *op. cit.*, pp. 17-20.

VIRTUDES	VICIOS
Generalidad	Especialidad
Publicidad	Secrecía
Prospectividad	Retroactividad
Claridad	Ininteligibilidad
Consistencia	Contradicción
Factibilidad	Imposibilidad
Estabilidad	Variabilidad
Congruencia	Incongruencia

No está de más insistir en el hecho de que el cumplimiento de las virtudes que integran la moral interna del derecho no nos lleva necesariamente a constituir un sistema de normas jurídicas moralmente valioso; solamente garantiza su *funcionalidad normativa*. A continuación, explicaré brevemente cada una de estas virtudes internas del derecho.

i) Generalidad

Esta virtud del derecho requiere a las leyes y normas jurídicas regular una misma conducta de igual manera a lo largo del tiempo. Fuller explica que este principio no debe confundirse con la exigencia de tratar igual a distintos miembros de la sociedad. Ese es el principio de *equidad*, que refleja un valor constitutivo de una moral externa del derecho. El principio de generalidad, en cambio, se refiere a que el patrón de conducta que estatuye una norma jurídica sea aplicable a un número indeterminado de casos similares. Incluso, aclara Fuller, en la orden dirigida a un perro, “dame la mano”, hay una generalidad: “el perro tiene que entender qué clase de actos ligeramente diferentes serán aceptados como dar la mano”.¹⁰¹ Así, cuando las autoridades jurídicas producen recurrentemente normas jurídicas especiales, el propio sistema contribuye a que las personas tengan incertidumbre sobre qué tipo de conducta se les está exigiendo; lo que, a la postre, llevará a ese sistema a fracasar en su esencial función normativa.

¹⁰¹ Cf. *Ibid.*, p. 58.

ii) Publicidad

Para que el derecho tenga un mejor funcionamiento normativo, es deseable que las leyes y normas jurídicas sean del dominio público. Es más probable, en efecto, que los individuos dirijan sus conductas según lo dispuesto por las normas si ellos conocen con anticipación el contenido de estas. Si las leyes fueran secretas y no se dieran a conocer entre las personas — con independencia de lo que esas leyes dispongan— sería improbable que sus normas fueran acatadas. Pero no sólo eso. Si las normas no son públicas, tampoco podrán ser criticadas ni mejoradas. Desde luego, un ciudadano ordinario no tiene por qué conocer *todas* las normas jurídicas; solamente aquellas que conciernen a su campo de su actividad humana. Pero con independencia de cuáles sean las conductas reguladas por las normas jurídicas, es necesario que los individuos conozcan el contenido de las disposiciones que le atañen, para tener la posibilidad de actuar con base en ellas.

iii) Prospectividad

Por lo regular, el derecho tiene la pretensión de regular conductas futuras. Las normas jurídicas tienen naturalmente mayores posibilidades de guiar conductas que aún no han ocurrido, que conductas que ya ocurrieron.¹⁰² No obstante, Fuller admite que las leyes pueden ser retroactivas de una manera excepcional. Un ejemplo de ello es cuando el Estado decide establecer impuestos sobre una riqueza generada en un momento anterior; o cuando una reciente reforma de ley penal favorece a un reo que fue sentenciado por un delito que cometió en el pasado. Además, puede haber casos no previstos por el derecho, es decir, problemas de ambigüedad, vaguedad, indeterminación, lagunas legales y conflictos de normas, que no puedan ser resueltos con las normas jurídicas enunciadas en el pasado. En estos casos los jueces podrían adoptar soluciones retroactivas. Si bien el principio de prospectividad tiene excepciones, en términos generales el funcionamiento natural de las normas jurídicas mira hacia el futuro.

¹⁰² Cf. *Ibid.*, p. 70.

iv) Claridad

Otro *desiderátum* del derecho es que las normas jurídicas sean redactadas de una manera clara e inteligible, para que las personas comprendan más fácilmente su significado y estén en condiciones de adoptarlas como fundamentos de acción propia o fundamentos de crítica a las conductas de los demás. Desde luego, algunas veces esto no será posible dada la naturaleza semántica del lenguaje.¹⁰³ Al usar términos como “buena fe” o “cruel e inusitado” puede haber cierta vaguedad en cuanto al uso o alcance de estas expresiones. Sin embargo, en la medida en que las exigencias del derecho sean inteligibles habrá mayores posibilidades de que dirijan la conducta. Un sistema jurídico que produzca normas mal redactadas o incomprensibles estará contribuyendo a que la gente no pueda comprender el sentido de las directivas y, por lo tanto, haya una mayor proclividad a no obedecerlas.

v) Consistencia

Un sistema jurídico puede arruinar su propia capacidad directiva de la conducta en la medida en que estatuya normas que exigen de las personas conductas opuestas o alternativas, lo que puede colocarlas en una situación de franca confusión: de no saber si están obligadas a hacer *P* o a abstenerse de *P*. En muchas ocasiones esta tensión entre normas sólo es aparente, puesto que el derecho produce normas deliberadamente subordinadas para limitar el alcance de normas generales: como cuando una norma general prohíbe el aborto y una norma subordinada lo permite bajo ciertas circunstancias (*i. e.*, peligro inminente de perder la vida, riesgo grave a la salud, violación). De igual modo, como ya habíamos señalado, hay normas jurídicas que facultan a las personas para elegir entre cursos de acción alternativos, como la norma que confiere una libertad para decidir tener o no tener hijos. Además, en el caso de que haya una tensión no deliberada entre dos o más normas, los sistemas jurídicos pueden disponer de fórmulas, procedimientos y órganos encargados de determinar la norma que prevalecerá en

¹⁰³ Cf. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cap. VII.

caso de controversia. Así, los órganos encargados de tomar decisiones, en estos casos, buscan mantener una relativa consistencia del derecho.

vi) Factibilidad

Otra cualidad que contribuye a que los sistemas jurídicos desempeñen exitosamente sus funciones normativas es que las disposiciones del derecho exijan, prohíban o permitan conductas que están al alcance de las personas realizar. Si el derecho impusiera el deber de realizar acciones absurdas, naturalmente imposibles —como no acatar las leyes físicas de la gravedad o nunca morir— tales acciones no podrían ser obedecidas jamás. Por ello es indispensable que el derecho se refiera a acciones que son físicamente posibles; pero también es importante que el deber de realizar tales acciones recaiga sobre personas con una capacidad de juicio y entendimiento promedio. En el caso de infantes y personas con alguna discapacidad, en efecto, aunque físicamente puedan realizar ciertas conductas, éstas no siempre serán legalmente exigibles dada su limitada capacidad de comprensión. Por otro lado, la tecnología puede propiciar que ciertas acciones que antes eran imposibles ahora sean posibles, con lo que surgen nuevos espacios de regulación para el derecho. Determinar el número de hijos que uno desea tener, por ejemplo, actualmente es una decisión que está más al alcance de las personas debido a los distintos métodos anticonceptivos, abortivos y de planificación familiar que han sido desarrollados por la tecnología médica.¹⁰⁴ De igual modo, con la aparición de los teléfonos celulares, se han venido dando ciertos fenómenos de acoso y hostigamiento cibernético (*ciber-bullying*, *sexting*, *doxing*, *grooming*) que los sistemas jurídicos actuales se ven en la necesidad de regular.

vii) Estabilidad

Para alcanzar el éxito en la regulación de la conducta es recomendable que las disposiciones del derecho se mantengan fijas en el tiempo. Las normas jurídicas tienen mayores posibilidades

¹⁰⁴ Al respecto, véase Winikoff, Beverly and Sheldon, Wendy, “Use of Medicines Changing the Face of Abortion”, *International Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, vol. 38, No. 3, 2012, pp. 164-166.

de guiar la conducta si su poder normativo es constante y permanente. Cuando las leyes son reformadas de manera recurrente las personas podrían ignorar o tardar en conocer esos cambios, lo que puede propiciar el incumplimiento. Desde luego, el derecho tampoco puede concebirse como un conjunto de normas eterno e inmutable. La realidad social que pretenden regular los sistemas jurídicos es cambiante; como también lo son los valores y convicciones morales a los que sirve el derecho. Es natural que las sociedades impulsen cambios en sus leyes para responder a esos cambios, como en el caso de las leyes que regulan el matrimonio igualitario, aborto, eutanasia, pena de muerte, consumo de marihuana, etcétera. Sin embargo, esos cambios necesarios no pueden ser tan recurrentes, ya que el sistema se volvería muy inestable, lo que a la postre minaría su capacidad directiva de la conducta.

viii) Congruencia

De acuerdo con Fuller, esta virtud del derecho es la más compleja, ya que tiene varias dimensiones: puede haber una congruencia (o incongruencia) de los funcionarios con respecto a la aplicación e interpretación de las normas. La mala aplicación o interpretación puede deberse a diversos factores: impericia, negligencia, ignorancia, maldad o corrupción de los funcionarios, así como a la ininteligibilidad, ambigüedad semántica o indeterminación de las normas. El derecho, en efecto, puede ser administrado de una manera inadecuada. Los funcionarios del derecho pueden pervertir, manipular o tergiversar el sentido original de las normas. O bien, con un gran esfuerzo institucional, pueden mantener lo que Fuller denomina la *integridad* del derecho.¹⁰⁵ Para ese propósito, los sistemas jurídicos pueden diseñar una serie de controles adicionales para evitar las incongruencias: tribunales de impugnación, juicios de amparo, órganos revisores, cortes supremas especializadas en temas de interpretación,

¹⁰⁵ Cf. Fuller, *op. cit.*, p. 94. En pocas palabras, la *integridad del derecho* consiste en cuidar que la producción, aplicación e interpretación de las normas jurídicas sea congruente con una serie de contenidos formales y procedimentales, pero también con ciertos requisitos morales y sustantivos. En especial, la tarea de la interpretación requiere de considerar los fines, principios y valores que constituyen la “moral externa del derecho”, así como una serie de balances con respecto a las razones que dieron origen a las normas y el impacto social que ellas implican.

vaguedad, indeterminación, conflictos de normas y jurisdicciones, procedimientos administrativos, mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas, entre otros). En la medida en que los sistemas jurídicos caigan en el vicio de la incongruencia (entre las leyes y las acciones de los oficiales) fracasarán en su tarea de regular eficazmente la conducta.

b) *¿Una tesis normativa y conceptual?*

Después de haber explicado las “condiciones de legalidad” que revela el argumento de la *moral interna del derecho*, propuesto por Fuller, quiero destacar los siguientes dos puntos. En primer lugar, el hecho de que el argumento fulleriano supone la defensa de una *tesis normativa*. Tal tesis sostiene que todo sistema jurídico debe observar los principios de la moral interna para poder desempeñar adecuadamente su función directiva primaria, esto es, la regulación efectiva de la conducta de las personas. De allí se sigue que aquellos sistemas jurídicos que se apartan considerablemente de las “condiciones de legalidad” no podrán cumplir su función primaria de dirigir la conducta. Por lo tanto, como corolario adicional, un sistema de normas incapaz de gobernar la conducta tiende a desaparecer eventualmente como orden normativo.

En segundo lugar, Fuller sugiere la idea de que su tesis normativa tiene implicaciones conceptuales, en la medida en que es imposible concebir un orden normativo funcional que no cumpla con las “condiciones de legalidad”. En efecto, para Fuller los principios de la moral interna no sólo encarnan ocho “virtudes” que dirigen a los sistemas jurídicos reales a desempeñar con éxito su función directiva de la conducta; también representan características esenciales sin las cuales el concepto mismo de derecho es ininteligible. De este modo, el argumento fulleriano presupone una *tesis conceptual*, la cual sostiene que los principios de la moral interna representan propiedades esenciales y necesarias del concepto de derecho.

Desde mi punto de vista, el argumento fulleriano sobre la moral interna del derecho si bien es plausible como una *tesis normativa*, no lo es como una *tesis conceptual*. Por principio de cuentas, es importante resaltar que los principios de la moral interna del derecho —como

reconoce el propio Fuller— muestran una naturaleza *gradual*.¹⁰⁶ En vez de considerar las condiciones de legalidad como requisitos del tipo “todo o nada”, es preciso entenderlas como *desiderata*, esto es, un conjunto de deseos o ideales que se pueden alcanzar en mayor o menor medida. Por lo anterior, la moral interna del derecho difícilmente podría formularse en unas cuantas reglas escritas, ya que ella es más una moral de aspiración que una moral de deber, para usar la dicotomía de la que parte el propio Fuller.¹⁰⁷

En efecto, en cualquier orden normativo las condiciones de legalidad se pueden cumplir de manera *aproximada*; e incluso pueden llegar a omitirse con mayor o menor recurrencia. Claramente hay sistemas de derecho que producen, de manera involuntaria o deliberada, leyes especiales, secretas, retroactivas, ininteligibles, contradictorias, variables, imposibles o incongruentes, sin que esto menoscabe su capacidad directiva de la conducta. Por lo tanto, el hecho de que los principios de la moral interna del derecho no sean entendidos como “requisitos”, sino como *desiderata* de observancia gradual, demuestra que tales principios no pueden figurar como propiedades necesarias para un concepto de derecho.

Lo que sí demuestra Fuller con su tesis normativa es que los principios de moralidad interna son indispensables para que el sistema jurídico tenga una buena o adecuada operatividad práctica. Con esto quiero decir que los principios de moralidad interna funcionan como *indicadores* para determinar —y acaso evaluar y mejorar— la funcionalidad normativa del derecho. Pero nótese que el hecho de describir las condiciones que hacen posible el buen ejercicio (o la buena administración) del derecho, no equivale a definir sus propiedades conceptuales. Como el mismo Fuller reconoce, él solamente establece las condiciones de posibilidad —no las condiciones de necesidad— de la función normativa del derecho —no del concepto mismo del derecho—.

A mi juicio, Fuller muestra una posición demasiado ambigua durante su exposición de los principios de legalidad. Por momentos parece ignorar que hay una gran diferencia conceptual entre un requisito y un *desideratum*. Mientras un requisito condiciona la obtención de una categoría —en este caso, la calidad de *derecho*—, los principios simplemente definen

¹⁰⁶ Cf. *Ibid.*, p. 130.

¹⁰⁷ Cf. *Ibid.*, p. 118.

parámetros de evaluación de la buena administración del derecho. Un ejemplo ilustrará este punto.

En la Ciudad de México el *Reglamento de Tránsito del Distrito Federal* (2015) establece que los conductores de vehículos automotores no pueden conducir si han consumido una cantidad de 0.4 *mg* de alcohol por litro de aire espirado (art. 50). En caso de comprobarse que rebasan el límite permitido, los automovilistas se harán acreedores a una sanción de 20 a 36 horas de arresto incommutable. Ahora bien, nótese que esta disposición exige una conducta que, *en sentido estricto*, es ininteligible para cualquier ciudadano promedio —a menos que tenga un medidor de alcoholemia en sus manos—. Desde luego, uno puede saber perfectamente si ha bebido antes de conducir; pero no puede saber simple y llanamente si su consumo, por mínimo o moderado de que sea, es suficiente para rebasar la cantidad de 0.4 *mg* por litro de aire espirado.

Aquí es preciso destacar lo siguiente: el hecho de que el significado de esta norma sea ininteligible —al menos en principio— no la invalida automáticamente como una norma jurídicamente aplicable. El hecho de que tal norma reglamentaria no cumpla con el requisito de la *claridad* no implica su inmediata expulsión del orden jurídico. Si el argumento de la moralidad interna representara una tesis conceptual, la disposición ininteligible del *Reglamento de Tránsito* no sólo no tendría poder normativo alguno, sino que tampoco podría concebirse como una norma válida del derecho positivo.

Pero en la práctica eso no ocurre. A pesar de su ininteligibilidad, la disposición del *Reglamento de Tránsito* sigue siendo una norma jurídica válida y vigente, que dirige —de una manera indeterminada, si se quiere— la conducta de los automovilistas. En los hechos, una disposición confusa y mal redactada¹⁰⁸ puede seguir teniendo el suficiente poder normativo para que se le aplique cotidianamente, sin importar que los ciudadanos estén en condiciones de comprender o comprobar si sus conductas actualizan los términos de la norma. Esto

¹⁰⁸ De hecho, el artículo 31 del anterior *Reglamento de Tránsito Metropolitano* establecía la prohibición “de conducir vehículos por la vía pública, cuando se tenga una cantidad de alcohol en la sangre superior a 0.8 gramos por litro o de alcohol en aire *expirado* superior a 0.4 miligramos por litro o bajo el influjo de narcóticos”. En este caso, nótese que los asambleístas utilizaron el verbo “expirar” (que significa «acabar la vida», de acuerdo con la Real Academia Española) cuando en realidad querían decir “espirar” («exhalar; expeler el aire aspirado»). Este pequeño, aunque importante error ortográfico, sin embargo, fue irrelevante para la aplicación de la norma durante más de ocho años.

demuestra que una norma no necesita cumplir a cabalidad los principios de la moral interna para que podamos entenderla como una norma jurídica y para que ésta pueda ejercer su poder normativo.

Otro argumento para rechazar las implicaciones conceptuales del argumento de la moral interna de Fuller podría ser el siguiente. Imaginemos que una madre de familia busca establecer un orden doméstico en su hogar. Para lograrlo, la madre de familia enuncia una serie de disposiciones de acuerdo con los principios de la moral interna: reglas generales, públicas, prospectivas, claras, consistentes, factibles, estables y congruentes para dirigir, digamos, la conducta de sus hijos. Hipotéticamente esta manera de proceder tendría como resultado un *buen* orden familiar: los hijos estarían en las mejores condiciones de conocer los requerimientos de su madre y, por consiguiente, podrían responder con el cumplimiento cabal de sus deberes.

Ahora bien, si fuera correcto que el argumento de Fuller representa una tesis conceptual del derecho, ¿acaso el hecho de seguir los principios de una moral procedimental convierte al orden doméstico en un orden jurídico? Desde mi punto de vista, el hecho de que se sigan puntualmente los principios de la moral interna solamente tendrá como resultado el aumentar las posibilidades de que el orden doméstico sea efectivamente *normativo*. Pero este hecho no lo convierte en un orden jurídico. Para poder concebir un sistema de derecho hace falta introducir otros elementos institucionales que no están presentes en un orden doméstico, pese a que cumplan los principios de la moral interna del derecho. Esto demuestra que el argumento de la moral interna no tiene un alcance conceptual con respecto al derecho, sino que solamente define las condiciones de su función normativa.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Cabe señalar que Fuller podría argumentar, probablemente, que un orden familiar —adecuadamente dirigido, desde luego— de hecho sí constituye un microsistema jurídico, si interpretamos el significado de la palabra “derecho” en el sentido más amplio posible, de manera que incluya no sólo a los sistemas jurídicos de los Estados y las naciones, sino a otros sistemas más pequeños, como los sindicatos, colegios profesionales, asociaciones civiles, iglesias, universidades, sociedades de condóminos, y así sucesivamente. Cf. Fuller, Lon L., “Human Interaction and the Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 14, núm. 1, 1969, pp. 1–36.

c) *Funcionalidad normativa, estado de derecho y control del poder público*

La gran aportación del argumento de la moral interna de Fuller consiste en identificar criterios básicos para optimizar la capacidad directiva del sistema jurídico, con total independencia de su mérito o demérito moral, y con independencia de las metas particulares que cada sociedad se proponga perseguir. Con sus “principios de legalidad” Fuller explica, en abstracto, las condiciones bajo las cuales a un sistema jurídico le es posible desempeñar eficazmente su capacidad directiva de la conducta. Pero, como hemos visto, en caso de que no se sigan esos principios, la única consecuencia es que esta capacidad directiva será defectuosa, errática o incluso nula. Sin embargo, esto, en sentido estricto, no nos dice mucho sobre el contenido del derecho desde un enfoque conceptual.

Otro punto que me parece importante destacar es la noción implícita de *control* (del poder público) que subyace al argumento fullariano. Al definir las virtudes o principios que orientan técnicamente la capacidad directiva del derecho, Fuller proporciona un conjunto de directrices que permiten regir y evaluar el desempeño de las autoridades. En efecto, los principios de la moral interna constituyen criterios para dirigir adecuadamente las funciones normativas de los órganos del derecho, dando certeza y previsibilidad a los ciudadanos. No se trata, desde luego, de un control de las autoridades que obedezca a una moral sustantiva; por ejemplo, que el control del poder tenga su razón de ser en una idea de “justicia”, “dignidad humana” o en un respeto a los “derechos humanos”. Más bien, la noción de *control* se desprende de la existencia misma de pautas acerca de la naturaleza del ejercicio administrativo del derecho. En esa medida, los principios de legalidad definen un parámetro procedimental para dirigir la función pública de las autoridades, y, por ende, un criterio para evaluar su responsabilidad técnica como funcionarios.

Cuando esos controles mínimos se pierden —ya sea porque la autoridad toma decisiones arbitrarias o genera normas especiales, secretas, retroactivas, ininteligibles, contradictorias, imposibles, variables o incongruentes—, será inevitable que el sistema jurídico fracase en su capacidad directiva de la conducta. Esa es precisamente la dimensión normativa del argumento fullariano: si los sistemas jurídicos quieren ser exitosos en “la empresa de sujetar

la conducta humana a la autoridad de las leyes”,¹¹⁰ deberán tener como guía de operación a los principios de la moral interna del derecho.

Una de las preocupaciones centrales de las teorías del derecho natural, aunque también de los juristas del positivismo jurídico, es explicar las condiciones bajo las cuales las exigencias del derecho son obligatorias y vinculantes. En consecuencia, una preocupación común entre los teóricos es la posibilidad, siempre latente, de que los órganos del derecho hagan un uso privado de las instituciones públicas, dando lugar a normas, acciones y decisiones arbitrarias. Los principios fullerianos ofrecen pautas generales para guiar —y, por lo tanto, para evaluar— el desempeño administrativo del derecho; pero, al mismo tiempo, esas pautas pueden servir para evidenciar un uso despótico, faccioso o irracional del derecho.

Del mismo modo en que las leyes ofrecen un marco de referencia común para que los ciudadanos fundamenten sus acciones y critiquen las conductas de otros, también las autoridades están sujetas a las exigencias inherentes a la constitucionalidad de sus funciones normativas. La moral interna del derecho proporciona un criterio para determinar si el desempeño de los órganos del derecho, en su misión directiva de la conducta, es adecuado o inoperante. Se trata de directrices que permiten fijar los márgenes de una práctica objetiva del derecho. Esto contribuye a que las sociedades tengan mayor certeza, seguridad y control sobre el desempeño de sus autoridades jurídicas.

En resumen, los “principios de legalidad” (generalidad, prospectividad, estabilidad, publicidad, claridad, etc.) que enumeró Fuller, mediante el argumento de *la moral interna del derecho*, son muy valiosos para la teoría jurídica, en la medida en que permiten establecer condiciones generales de operación para las autoridades y, hasta cierto punto, sirven de base para reclamar un ejercicio adecuado de sus funciones. Por otro lado, como el propio Fuller ha sugerido, el cumplimiento de estos principios podría ser crucial para defender aspectos sustantivos, dado que la moral interna del derecho puede aumentar las probabilidades de alcanzar las metas, objetivos y valores de una moral externa.

¹¹⁰ Fuller, *op. cit.*, p. 86.

3. El procedimiento en serio

En las secciones anteriores he explicado las funciones centrales —normativas y sociales— de los sistemas jurídicos, y los principios procedimentales que rigen el adecuado desempeño de un orden normativo. Siguiendo a Lon Fuller, he descrito en un nivel general tales principios y condiciones mínimas de funcionamiento de los sistemas jurídicos. Pero ahora es necesario analizar la operatividad del sistema en un nivel más básico: el de las normas jurídicas. En particular, en esta sección me propongo explicar de qué manera la objetividad jurídica está garantizada —en un grado mínimo— por el establecimiento de normas (constitucionales, legales, reglamentarias, judiciales, procesales, etc.) que estatuyen órganos, confieren facultades, definen procedimientos y contenidos normativos, en los diversos ámbitos de creación, aplicación, interpretación y adjudicación del derecho. Tal propósito exige presentar una radiografía de la naturaleza procedimental del derecho, con el fin de estudiar la manera progresiva en que el sistema jurídico define un universo de normas que, eventualmente, servirá de base para que ciudadanos y funcionarios cuenten con estándares objetivos para guiar y criticar sus conductas de forma recíproca. Igualmente, tal radiografía nos permitirá comprender el camino institucional que siguen las sociedades organizadas para tomar decisiones públicas jurídicamente objetivas, a través de la creación de órganos para resolver controversias, elaborar planes de gobierno, distribuir bienes y servicios, entre otras metas sociales.

Coincido con el profesor Jeremy Waldron en cuanto a su opinión de que los principios de legalidad expuestos por Fuller describen aspectos sumamente formales y abstractos del *estado de derecho*.¹¹¹ A decir de Waldron, Fuller utiliza la palabra “procedimental” en un sentido muy amplio, para referirse a la manera en que los sistemas jurídicos tendrían que diseñar y administrar el derecho, bajo la premisa de que su propósito cardinal consiste en regular eficazmente la conducta de las personas. Frente a esa lista de “principios de legalidad”, Waldron propone estudiar otros principios procedimentales, a saber, los de “justicia natural”,

¹¹¹ Cf. Waldron, Jeremy, “The Rule of Law and the Importance of Procedure”, *New York University Public Law & Legal Theory Working Papers*, núm. 234, 2010, 25 p.

que incluyen: el debido proceso, la garantía de audiencia, el derecho a una defensa adecuada, la imparcialidad de los jueces, el derecho a presenciar todas las etapas del juicio, carearse con la parte acusadora, el derecho a presentar pruebas, el derecho a la impugnación, entre otros. Según Waldron, normalmente esto es lo que la gente piensa cuando habla del «estado de derecho».¹¹²

En esta sección retomaré la sugerencia de Waldron de que el estado de derecho debe plantearse como un asunto “altamente procedimental”. Sin embargo, a diferencia de Waldron, no me limitaré a estudiar aquellos principios especiales del debido proceso que deberían regir la actuación de los jueces en el ámbito de la administración de justicia. Tampoco seguiré a Waldron en la tesis dworkiniana de entender al derecho como un “concepto interpretativo”, que abogados y jueces construyen a partir de la mejor teoría moral o política disponible. Desde mi perspectiva, un elemento clave para explicar la objetividad con que se toman las decisiones jurídicas (legislativas, administrativas, judiciales y de particulares) depende de la *validez jurídica* que respalda a tales decisiones, lo que sólo se puede determinar a través de las pautas y procedimientos para la producción y aplicación del derecho. Así, no es la presunta sabiduría “herculina” de los funcionarios judiciales lo que garantiza en primer lugar la objetividad de sus decisiones, sino el *modo* estrictamente procedimental en que estos órganos actuaron (al investigar hechos o al aplicar e interpretar normas jurídicas, al razonar y argumentar sus decisiones), con base en un conjunto de reglas institucionales que tienen un poder vinculante.¹¹³ En efecto, antes de aceptar que los abogados y jueces ejercen su razonamiento moral para determinar argumentativamente qué es el derecho, es indispensable tener claridad sobre las reglas procedimentales del juego institucional del derecho.¹¹⁴

Para la teoría jurídica procedimental que pretendo articular, por lo tanto, es indispensable explicar la *dinámica* del proceso mediante el cual el derecho determina el significado normativo de ciertas acciones (u omisiones), así como el procedimiento por el cual

¹¹² Id.

¹¹³ Aquí estoy siguiendo al Profesor Wil Waluchow en cuanto a la distinción entre *fuerza moral* y *fuerza institucional* del derecho. Cf. Waluchow, W., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, 305 p., pp. 45-93.

¹¹⁴ Cf. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª edición, 1ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, pp. 199-215.

se toman decisiones y se producen nuevas disposiciones normativas, analizando los requisitos formales y materiales de validez jurídica en los distintos ámbitos prácticos del derecho: en la producción, reforma, anulación e interpretación de normas, así como en la aplicación de las mismas. En otras palabras, mi idea es que deberíamos poner mayor atención en el estudio de las reglas, instituciones y mecanismos que el derecho crea, en general, para dirigir la conducta a través de normas, sancionar su incumplimiento, tomar decisiones públicas y buscar resultados comunes, entre otros objetivos sociales. Ciertamente, lo que distingue al ejercicio del derecho, frente a la mera arbitrariedad, son los procedimientos e instituciones que nos permiten alcanzar y justificar decisiones con un carácter jurídicamente *objetivo*. Aquí la noción de “procedimiento” es esencial y, por ello, corresponde estudiarla en serio.

a) Una teoría de la norma jurídica simple

Para explicar la naturaleza procedimental del derecho me apoyaré, principalmente, en las reflexiones del jurista austríaco Hans Kelsen; en especial, a partir del llamado “giro dinámico” de su *Teoría pura del derecho*, donde se dedicó a estudiar especialmente “el proceso jurídico en el que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento”.¹¹⁵ Para poder defender un concepto procedimental de objetividad jurídica, por lo tanto, será indispensable dar cuenta de los procesos de creación, producción, aplicación, reforma, anulación e interpretación de normas jurídicas. Tales procesos de determinación del derecho —el paso de una norma de grada superior a una norma de grada inferior, como afirma Kelsen— se lleva a cabo a través de diversos criterios de validez, los cuales pueden incluir requisitos formales y materiales.¹¹⁶

¹¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2015, p. 83.

¹¹⁶ Desde mi punto de vista, la teoría jurídica de Hans Kelsen puede ser caracterizada como una versión de *positivismo jurídico incluyente*, en la medida en que el jurista austríaco admite explícitamente la posibilidad —mas no la necesidad— de que, dentro de los criterios que determinan la validez del derecho, eventualmente puedan figurar normas o principios de moralidad. Esto ocurre en los siguientes ámbitos: (1) En el caso de una norma fundante básica, un sistema de normas jurídicas contiene un *principio dinámico* mediante el cual una norma faculta a una autoridad rectora para la creación de órganos, procedimientos y normas subsecuentes; pero también puede incluir un *principio estático* que define “normas generales de cuyos contenidos puede inferirse lógicamente normas particulares” (cf. Kelsen, H., *op. cit.*, pp. 203-205). (2) En la producción general de normas, Kelsen admite que “norma y valor son conceptos correlativos” (*ibid.*, p. 78); es decir, que “el derecho *es moral*”

Para saber si una norma jurídica (acto o decisión) es *objetiva*, debemos revisar la manera específica en que ésta se produjo: qué órgano la creó, si tenía facultades, competencias o atribuciones para hacerlo, así como el procedimiento seguido para su creación; incluso podría discutirse si el contenido de la norma creada es consistente, desde un punto de vista material, con normas de grada superior. Son estas reglas procedimentales —de producción y aplicación de normas— las que nos permitirán identificar las normas válidas del derecho positivo y, por lo tanto, reconocer si la realización de ciertas acciones y decisiones, con base en ellas, son jurídicamente objetivas (en un grado mínimo).

Para comenzar a explicar el funcionamiento dinámico del derecho —con el fin de articular un concepto procedimental de objetividad jurídica— comenzaré por analizar la unidad básica de regulación de la conducta de cualquier sistema de derecho positivo: la norma jurídica. Con base en una lectura alternativa de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*¹¹⁷ (TPD2, en adelante), propondré un concepto de norma jurídica *simple*, que me permitirá dar cuenta de la gran variedad de normas (preceptivas, prohibitivas, permisivas, facultativas, derogatorias, sancionatorias, etc.) que existen en un sistema jurídico; pero, sobre todo, la manera en que estas normas jurídicas se producen y aplican.¹¹⁸ Explicaré cuáles son los

en un sentido relativo, en la medida en que los diversos órganos legislativos incorporan, de hecho, sus concepciones o compromisos morales (políticos, religiosos, económicos, sociales, históricos) en las leyes. (3) En la aplicación o concretización de normas jurídicas generales, Kelsen distingue entre un “derecho formal”, en el que se contemplan aquellas normas que determinan los órganos, facultades y procedimientos que se deben observar al individualizar una norma, y un “derecho material”, que incluye normas que determinan “el contenido de la norma individual que será producida por el acto judicial o administrativo, por la sentencia judicial o resolución administrativa” (*ibid.*, p. 240). (4) En la interpretación jurídica, Kelsen admite la eventual intervención de “normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etc.” (*ibid.*, p. 354) como factores que pueden incidir en el proceso de significación del derecho, siempre y cuando los órganos encargados de realizar dicha interpretación estén autorizados para tomar en consideración fuentes no auténticas de derecho, a saber: “principios morales y políticos, teorías jurídicas, la opinión de expertos, etcétera” (*ibid.*, p. 243). (5) En el ámbito de la discrecionalidad judicial, también se pueden tomar en consideración elementos de moralidad para determinar el contenido del derecho positivo, puesto que “el órgano llamado a crear derecho debe proceder de la misma manera que un legislador que, al formular las normas generales, se orienta por un determinado ideal de justicia” (*ibid.*, p. 261).

¹¹⁷ Cf. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979; una nueva traducción de esta obra es Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducido del original en alemán por Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg, Buenos Aires, Colihue, 2011. También es interesante consultar la versión inglesa de la TPD2, en Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law* (2nd ed.), trad. de Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2002, 356 p.

¹¹⁸ Aquí tomo distancia de la lectura ortodoxa del concepto kelseniano de “norma jurídica”, donde se la concibe como un *juicio hipotético* del tipo «Si A es, debe ser B» (Kelsen, H. TPD2, p. 140) y que fue duramente

componentes esenciales de una norma jurídica —a saber, un acontecimiento y un significado jurídico—; y subrayaré sus funciones básicas, directivas y evaluativas de la conducta, a través del establecimiento de estándares objetivos de comportamiento.

Desde este enfoque procedimental, una norma jurídica tiene la siguiente estructura:

$$\Phi x$$

donde x es cualquier *acontecimiento* en el mundo y Φ un operador deóntico mediante el cual se asigna un *significado normativo* a x . Sin embargo, antes de explicar con detalle cada uno de estos componentes, quiero llamar la atención sobre dos hechos: (1) que en este esquema de norma jurídica simple no aparece el elemento de la *sanción*, y (2) que otros tipos de normas (sociales, morales y religiosas) podrían tener esta misma estructura.

Puede parecer que un concepto de “norma jurídica” que no prevé una sanción *coactiva* y que, por lo tanto, no ofrece ningún criterio para distinguirlo de otras normas sociales, no es un concepto de norma *jurídica* en absoluto; que es una norma jurídica incompleta.¹¹⁹ Quizá desde el punto de vista de una lectura ortodoxa o clásica de la *TPD*, esta versión de norma jurídica simple que ahora ofrezco sea inaceptable. Estoy consciente de ello. Sin embargo, no hay que perder de vista el hecho de que, en la última etapa de su vida, Kelsen se interesó por la posibilidad de desarrollar una teoría *general* de las normas, convencido de que la normatividad humana —esto es, el modo en que los individuos imponen y se sujetan a pautas de comportamiento— no es un fenómeno exclusivo del derecho. Por lo tanto, la teoría alternativa que presentaré a continuación se inspira en el rumbo que estaba tomando el pensamiento kelseniano en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* y la *Teoría general de las normas*.

criticado por H. L. A. Hart y otros, debido a que sólo algunas normas muestran tal estructura hipotética. Cf. Hart. H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, 35 y ss.; Robles Morchón, Gregorio, “El pensamiento jurídico de Hans Kelsen: una lectura crítica de la teoría pura del derecho”, en Botero Bernal, Andrés (coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Colombia, Universidad de Medellín, 2012, pp. 225-300.

¹¹⁹ Para una discusión sobre el problema de la “norma jurídica completa”, véase Duarte d’Almeida, Luís, “In Canonical Form: Kelsen’s Doctrine of the ‘Complete’ Legal Norm”, en Duarte d’Almeida, Luís, John Gardner & Leslie Green (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 259-282.

i) Acontecimiento y significado jurídico

Un *acontecimiento*¹²⁰ del mundo es cualquier estado de cosas posible, un hecho o acción, ya sea natural o social, humano o no humano. Algunos acontecimientos incluyen las acciones y conductas de las personas humanas, como son los hechos de alimentarse, aprender un oficio, desempeñar un trabajo y unirse en matrimonio. Pero hay acontecimientos que no requieren la intervención de los humanos, como un terremoto, las estaciones del año, un eclipse, un diluvio, la trayectoria de un cometa, las conductas de los animales, etcétera. La mera ocurrencia de cualquiera de estos acontecimientos no tiene un significado específico en sí mismo. El ser humano puede atribuir uno o varios significados a los estados de cosas. La muerte, por ejemplo, es un hecho del mundo que puede recibir un significado social, científico, estético, filosófico, moral o jurídico, entre otros.

Entre los diversos significados que se pueden atribuir a los acontecimientos del mundo, algunos de ellos son normativos e involucran una dimensión práctica de la acción humana. El aborto, por ejemplo, es una acción humana que puede tener un significado normativo (ya sea moral, jurídico o religioso), que califica esa acción como debida, indebida u optativa. Su intencionalidad normativa consiste en hacer saber a las personas que tienen un *deber* (en sentido amplio) con respecto a la acción de abortar. Así, corresponde a cada sistema social *imputar* un significado normativo específico a las conductas sociales más relevantes, lo cual puede ocurrir de diversas maneras: por vía de la legislación positiva (moral, jurídica o religiosa), la orden directa de una autoridad (moral, jurídica o religiosa), o a través de la costumbre (moral, jurídica o religiosa). De acuerdo con el principio kelseniano de *imputación*, es preciso entender que cada significado específicamente normativo que se atribuya a un acontecimiento del mundo es tan sólo un significado *posible*. En general, para el positivismo jurídico ningún significado normativo, atribuido a una acción, hecho o estado de cosas, es necesario. Esto quiere decir que el aborto podría tener diferentes significados normativos en distintas sociedades, e incluso

¹²⁰ Tomo la denominación “acontecimiento” de la traducción de Roberto Vernengo, (Kelsen, *TPD2*, cap. I, puntos 2 y 3, p. 16). En mi opinión, la palabra “acontecimiento” es mucho más adecuada (debido a su amplitud) que “acto”, el término utilizado tanto en la traducción inglesa de Max Knight (1967) como en la española de Aren-Dassieu-Rotemberg (2011).

en una misma sociedad los significados normativos (moral, jurídico o religioso) que se atribuyan al aborto podrían estar en disputa o variar con el tiempo.

Ahora bien, por *significado jurídico* entendamos cualquier significado específicamente normativo que el derecho atribuye a un acontecimiento. El aborto —para seguir con el ejemplo de arriba— puede ser considerado por el derecho como una acción obligatoria (conducta debida), prohibida (conducta indebida) o permitida (conducta optativa). El sentido normativo mediante el cual se califica a una acción es un operador deóntico que podemos denominar “deber jurídico en sentido amplio”. De acuerdo con Kelsen:¹²¹

Es menester reparar en que damos aquí a la palabra “deber” un significado más amplio que el habitual. Según el uso habitual, únicamente a la orden corresponde un “deber”; al permiso corresponde un “tener permitido”, y al facultamiento, un “poder”. Pero aquí designamos como “deber” el sentido normativo de un acto dirigido intencionalmente a la conducta de otros. En este “deber” están incluidos, entonces, el “tener permitido” y el “poder”, ya que una norma puede no solo ordenar, sino también permitir y, especialmente, facultar.

De manera similar, hay acontecimientos no humanos que igualmente son susceptibles de recibir un significado jurídico por parte del derecho. Una catástrofe natural —una erupción volcánica o un terremoto, por ejemplo— puede ser asociada con diversos significados jurídicos, los cuales podrían consistir en la obligación de evacuar el área de riesgo y el deber de prestar auxilio a quien lo necesite según las posibilidades de cada uno.¹²² De igual modo, otros hechos, que podrían parecer irrelevantes a primera vista, también son susceptibles de recibir un significado jurídico. Por ejemplo, el uso de una prenda de vestir puede parecer socialmente irrelevante, pero el derecho ciertamente podría dar a estos acontecimientos un significado jurídico particular: «Está prohibido usar velos islámicos en público», «No se permite el acceso al “Estadio Olímpico” con cinturones», «Es obligatorio quitarse la gorra y lentes de sol al ingresar al banco». Así, de acuerdo con Kelsen, “no existe conducta humana

¹²¹ Kelsen, *TPD2*, p. 60.

¹²² *Cf. Ibid.*, cap. I (4c), p. 66.

que como tal y en virtud de su tenor esté excluida de ser el contenido de una norma jurídica”.¹²³ De allí la aventurada tesis positivista de que “el derecho puede tener cualquier contenido”.¹²⁴

También es importante destacar que los significados normativos no necesariamente tienen un origen social o institucional. Cualquier individuo puede asumir, en lo personal, una *actitud normativa* con respecto a las conductas de otras personas. Cuando un padre de familia grita exaltado a su hija adolescente «¡No tienes permiso de ir a la fiesta!», él está dirigiéndose normativamente a su hija con respecto a una posible acción de ella. Es parte de nuestra naturaleza humana comportarnos normativamente con respecto a los acontecimientos del mundo («cuando ocurra x debo hacer y ») y, particularmente, con respecto a las conductas de otras personas («A expresa a B que Φ »). Pero este lenguaje normativo, podría no ser exclusivo de los seres humanos. Algunos animales podrían exhibir ciertas actitudes normativas con respecto a sus semejantes, como cuando “el gallo llama a las gallinas con su canto”,¹²⁵ o cuando un hipopótamo dominante *exige* a los hipopótamos machos jóvenes se mantengan alejados de las hembras. Desde luego, es discutible si esas conductas son realmente normativas o responden más bien a un esquema de causalidad genética o medioambiental.

Finalmente, es crucial tener en cuenta que los significados jurídicos que tienen determinadas acciones no aparecen por arte de magia. Todo significado jurídico es *puesto* por alguien; generado por un “acto de voluntad” humana. Por consiguiente, es importante rechazar el prejuicio de que los significados jurídicos son inherentes a la naturaleza de las cosas, como asumen en general las teorías de derecho natural al afirmar la existencia de derechos,

¹²³ *Ibid.*, p. 233.

¹²⁴ Como veremos adelante (*vid. infra* cap. 3), la idea de que el derecho “puede tener cualquier contenido” debe ser matizada cuidadosamente, como bien sugiere H. L. A. Hart (*Cf. The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, especialmente cap. IX). En efecto, hay hechos naturales y sociales que condicionan de una manera notable el contenido del derecho. Así, aunque una asamblea legislativa puede aprobar formalmente una ley que ordena a las personas a vivir 500 años, nadie tiene una constitución biológica propicia para alcanzar esa longevidad y, naturalmente, ningún individuo podrá cumplir tal orden. De allí que, dada la configuración ontológica del mundo, el derecho esté llamado a regular únicamente aquellas conductas que son natural y humanamente factibles.

¹²⁵ El ejemplo aparece originalmente en Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, México, Universidad Nacional Autónoma de México, §493, p. 329; y es citado por Kelsen en *General Theory of Norms*, trad. de Michael Hartney, Oxford, Clarendon Press, 1991, cap. 10 § V, p. 40.

obligaciones y libertades *naturales*; o bien, al creer que existen contenidos de derecho que son independientes de la mente humana.

ii) Funciones directiva y evaluativa de la conducta

Es interesante advertir que Kelsen, desde la *TPD1*, ya había ofrecido una definición de norma jurídica como un “esquema de interpretación” de los actos (u omisiones) de las personas.¹²⁶ Esta idea es reiterada en la *TPD2*, y ampliada aún más en la *TGN*, aunque esto no parece haber recibido la atención suficiente entre los críticos. Cualquier acontecimiento puede recibir un significado jurídico por parte del derecho, en la medida en que pueda relacionarse, mediata o inmediatamente, con una conducta humana que pretenda ser regulada. La función de una norma jurídica es, por lo tanto, servir como guía para interpretar deónticamente ciertos acontecimientos, especialmente conductas humanas. Pero cabe advertir que, en la traducción castellana a la *TPD2*, Roberto Vernengo emplea el sustantivo “explicitación” para señalar que las normas del derecho tienen la función central de hacer “explícito” el significado normativo que se le ha asignado jurídicamente a determinados acontecimientos y conductas humanas. De allí que las normas jurídicas sean vistas como “esquemas de explicitación conceptual”.¹²⁷

En efecto, las normas jurídicas sirven como esquemas o modelos conceptuales para dar a conocer, fijar o estipular, el *significado jurídico* concreto que tendrá un determinado acontecimiento del mundo, el cual califica normativamente ciertas conductas humanas y se dirige intencionalmente a un universo más o menos indeterminado de individuos. Es indispensable establecer el significado jurídico de tales acontecimientos mediante un acto característicamente *explícito* porque los distintos significados normativos podrían ser inciertos, estar ocultos o en conflicto con los significados puestos por otros órdenes normativos. Así, por ejemplo, una infidelidad de pareja podría tener un significado moral, más o menos extendido en una comunidad, como una acción moralmente indebida. Sin embargo, podría no

¹²⁶ Kelsen, *TPD1*, cap. I, punto 4, pp. 43-44.

¹²⁷ Kelsen, *TPD2*, cap. I, punto 4, inciso *a*), pp. 17-18. Sobre el significado y referencia de una norma jurídica, véase Vernengo, Roberto, “Norma jurídica y esquema referencial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año VII, núm. 21, septiembre-diciembre, 1974, pp. 189-198.

ser muy claro qué acciones cuentan como “infidelidad”, por un lado; o bien, podría haber serias discrepancias en cuanto a las consecuencias que deberían seguirse del hecho de que alguien sea infiel, por el otro (por ejemplo: devolver la infidelidad, terminar la relación, perdonar, reaccionar con violencia, lapidación, o incluso homicidio). No obstante, como señalé en las secciones anteriores, el derecho es un instrumento que permite superar cada una de esas incertidumbres, explicitando el significado jurídico que corresponda en cada caso: qué cuenta como infidelidad; si está permitida, prohibida o es obligatoria y bajo qué circunstancias; y, en caso de que alguien incurra en un acto de infidelidad, qué consecuencias se deben seguir.¹²⁸

Kelsen denomina como *deber jurídico* al sentido normativo mediante el cual el derecho califica determinadas conductas humanas. Es preciso aclarar que el deber jurídico no es una acción, sino el significado deóntico atribuido a una acción que, a grandes rasgos, puede tener la modalidad de una obligación, una prohibición o una permisión. En efecto, entre los distintos tipos de normas, algunas exigen la realización de determinada conducta (obligación); otras imponen el deber de abstenerse de realizar una acción (prohibición), y algunas indican que es potestad del individuo hacer o no hacer tal o cual acción (permisión). Otras denominaciones con las cuales Kelsen se refiere al “significado jurídico” de un acontecimiento son “deber jurídico”, “sentido normativo” y “contenido significativo”.

Desde una lectura ortodoxa de la *TPD*, el “principio de imputación” serviría exclusivamente para enlazar sanciones negativas (penas) a la realización de ciertas conductas. Con una lectura más abierta, el principio de imputación permite imputar todo tipo de consecuencia (castigos o premios) a determinadas conductas. En la lectura alternativa que se ofrece en esta sección, se subraya que el concepto de imputación tiene que abarcar la atribución de cualquier significado normativo (deber jurídico *en sentido amplio*) a determinados acontecimientos del mundo. Precisamente la función principal de la norma jurídica es imputar, en primer lugar, el significado específico que corresponde a un acontecimiento; y, en un

¹²⁸ Desde luego, en muchos sistemas jurídicos contemporáneos la infidelidad, en las relaciones maritales o de noviazgo, no es un asunto que amerite una regulación por parte del derecho. Sin embargo, como cualquier otro acontecimiento del mundo, nada lo exime de la posibilidad de recibir un significado normativo a través del derecho. De hecho, durante muchos años en los códigos penales mexicanos existió el delito de “adulterio” y, en material civil, se consideraba la infidelidad como una causal legal de divorcio.

segundo momento, imputar penas o premios (sanciones en sentido amplio) a los individuos que desobedezcan o acaten las conductas originalmente exigidas. Si una norma ordena una determinada conducta y una segunda norma estipula una sanción, como reacción en contra de su inobservancia, las dos normas están ligadas una con la otra.¹²⁹

En síntesis, como expliqué en la sección 1 (*Funciones del derecho*), los sistemas jurídicos buscan desempeñar esencialmente una función directiva de la conducta humana. Las normas jurídicas son el vehículo de comunicación que utilizan los sistemas de derecho para especificar el significado normativo que han imputado a ciertas acciones, hechos o estados de cosas, y con ello, servir como guía de conducta (determinada o indeterminada) para ciudadanos y oficiales. Las normas jurídicas pueden cumplir su propósito directivo de dos formas: con el esquema de una *norma jurídica simple*, que indica que una determinada acción es debida (obligatoria, prohibida, permitida); o bien, con el esquema de una *norma jurídica compleja*, que busca incidir en el comportamiento humano mediante la advertencia de recibir una consecuencia (una sanción en sentido amplio) si se observa la conducta contraria. Que una conducta sea exigida de una u otra forma es una cuestión contingente.

iii) Actos de voluntad y juicios de valor

Como se ha sugerido líneas atrás, los significados jurídicos impuestos por el derecho sobre determinados acontecimientos no surgen por generación espontánea. Para el positivismo jurídico en general las normas jurídicas siempre son resultado de un acto de volición humana.¹³⁰ Así, puesto que no hay una sola acción que posea un contenido deóntico intrínseco, ninguna norma jurídica positiva se genera por sí sola, ni determina *motu proprio* su

¹²⁹ De acuerdo con Kelsen, los órganos productores del derecho se ahorran mucho tiempo y trabajo al establecer directamente normas sancionatorias, esto es, normas que establecen que la realización de ciertas conductas acarrea determinadas sanciones, puesto que ellas implícitamente contienen la exigencia de abstenerse de realizar las conductas contrarias a las que son condición para la aplicación de una sanción. De otra forma se tendrían que exigir el mismo comportamiento dos (o más) veces. Pero sólo se trata de una cuestión de mera técnica legislativa. Dice Kelsen: “Resulta patente, aquí, que una norma como “No matarás” es superflua si hay una norma válida que diga: “Quien mate debe ser castigado””, Kelsen, H., *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 105.

¹³⁰ Para Kelsen una norma jurídica “es el significado de un acto volitivo intencional y dirigido a un comportamiento humano específico”, Kelsen, H., *TGN*, p. 43.

significado normativo. Podemos denominar como “órganos del derecho” a cualquier individuo que haya sido facultado por el sistema de derecho para producir una norma jurídica. Esto es, que tenga el poder de asignar un significado jurídico a determinadas conductas o hechos. Algunos de esos órganos del derecho actúan en nombre de las instituciones administrativas del Estado (“órganos estatales”), mientras que otros individuos son facultados para producir normas jurídicas en función de sus propios intereses (“órganos particulares”).¹³¹ En ambos casos, las normas jurídicas son la expresión de una voluntad (un “querer” o una “pretensión”), ya sea de un individuo, una asociación, un parlamento, un juez, un agente fiscal o cualquier otra autoridad, para imponer ciertos deberes sobre las conductas de determinados individuos.

Por otra parte, sería incorrecto identificar el derecho positivo con un conjunto de normas jurídicas *escritas*, ya que éstas pueden formularse por otros medios: de manera oral, pero también a través de gestos o símbolos. Cuando un profesor se dirige a un grupo de alumnos ruidosos poniendo su dedo índice frente a sus labios, puede querer indicar con esa seña su pretensión (*i. e.*, su voluntad) de que guarden silencio para poder continuar su clase. En este caso no hubo palabras; una simple gesticulación fue suficiente para comunicar el significado normativo de la acción requerida. Lo mismo sucede con determinados símbolos. En el transporte público, por ejemplo, hay ilustraciones que comunican que ciertos asientos están reservados para adultos mayores, mujeres embarazadas y personas con alguna discapacidad.¹³² De tal manera, un sistema jurídico se compone por las diversas disposiciones normativas que aparecen en documentos oficiales, como la Constitución, leyes generales, reglamentos, decisiones judiciales; pero también por todos los mandatos de las autoridades administrativas y los actos de particulares que produzcan algún tipo de exigencia dirigida a la conductas de las personas a través de órdenes o acuerdos verbales, gestos y símbolos.

Ahora bien, al subrayar que las normas jurídicas tienen su origen en “actos de voluntad”, es inevitable suponer que los distintos individuos que participan en la creación y

¹³¹ Cf. Kelsen, H., *TPD2*, cap. IV, § 30, c), p. 194.

¹³² Kelsen menciona el ejemplo de un agente de tránsito que ordena con la palma de su mano a un transeúnte que se detenga (un gesto); y el ejemplo de un semáforo en el que la luz verde y la luz roja indican, respectivamente, la obligación de los conductores de seguir o de detener la marcha de sus vehículos (un símbolo). Cf. *Ibid.*, p. 62.

aplicación de normas —en su papel de órganos del derecho— pueden introducir en éstas sus propios conceptos morales, valores sociales, ideales políticos, creencias religiosas, y así sucesivamente. Así, por ejemplo, un parlamento conservador presumiblemente legislará sobre el aborto en un sentido conservador; mientras que un parlamento liberal lo hará presumiblemente en un sentido liberal. En ambos casos el derecho estará reproduciendo la moral y los valores específicos de una sociedad o de un sector de ella. Y no hay nada de raro en ello. Para la corriente del positivismo jurídico, el postulado de la separabilidad conceptual entre el derecho y la moral¹³³ no implica negar que pueda haber una relación entre el derecho y la moral. Al respecto, Kelsen afirma:

Una doctrina relativista de los valores no significa, como se la malentiende a menudo, que no haya valores y, en especial, que no haya justicia, sino que no hay valores absolutos, que hay sólo valores relativos, que no hay una justicia absoluta, sino sólo relativa, que los valores que constituimos con nuestros actos que establecen normas y sobre los que fundamentamos nuestros juicios de valor no pueden presentarse con la pretensión de excluir la posibilidad de valores contrapuestos.¹³⁴

Con esto Kelsen acepta el hecho empíricamente verificable de que el contenido del derecho regularmente obedece a una moral, ciertos valores e ideales de justicia; el hecho de que, muy a menudo, las normas jurídicas representan los actos de valoración (moral, política, religiosa, social, cultural, histórica, etcétera) de una comunidad. No obstante, la influencia efectiva de estos valores —cambiantes y relativos a una sociedad— de ninguna manera demuestra la existencia una moral *a priori*, absoluta, universal y, por consiguiente, tampoco implica aceptar la tesis de que el derecho debe conformarse a una “Moral” (con mayúscula) para ser válido.

Sin embargo, Kelsen también introduce una idea que podría generar cierta perplejidad: la afirmación de que las normas jurídicas sirven como fundamento para realizar “juicios de

¹³³ Este postulado es igualmente útil para distinguir al derecho frente a otros fenómenos sociales como la religión y la política.

¹³⁴ Kelsen, H., *TPD2*, p. 117, punto “12. Separación del derecho y la moral”.

valor”; es decir, que el derecho constituye un parámetro para determinar qué conductas son “buenas” y qué conductas “malas”, en función de la *conformidad* de dichas conductas con lo dispuesto por las normas jurídicas. Así, todas las conductas fácticas que se aparten de lo que dispone el derecho serán evaluadas como acciones moralmente negativas; mientras las conductas que lo acaten serán juzgadas como acciones moralmente positivas. Esto ha llevado a Joseph Raz a interpretar que, para Kelsen, aceptar la validez de una norma implica suscribir su valor moral. De allí que Raz atribuya a Kelsen la defensa de la tesis de que existe una “obligación moral de obedecer el derecho”.¹³⁵

Estimo que la interpretación de Raz es equivocada. En primer lugar, el hecho de que las personas asuman un compromiso moral de obedecer el derecho y utilicen a las normas jurídicas como bases para actuar y exigir a otras personas el cumplimiento de determinadas conductas, es una consecuencia natural de tomar el derecho desde un punto de vista interno. Esto, desde luego, no cancela la posibilidad de que esas mismas personas puedan tener otras razones para cumplir las exigencias del derecho y eventualmente tengan *otros* motivos para desobedecer el derecho. Además, si las normas jurídicas no pudieran ser adoptadas por las autoridades y los ciudadanos como criterios para la acción y para exigirse recíprocamente determinadas conductas, las disposiciones del derecho serían irrelevantes. En segundo lugar, una vez establecida la tesis de que las normas jurídicas tienen al menos una posibilidad de marcar una diferencia práctica, no hay que olvidar que para Kelsen la moral es *relativa*:

En la medida en que las normas que constituyen el fundamento de los juicios de valor son establecidas por actos de la voluntad humana y no sobrehumana, los valores constituidos a través de ellos son *arbitrarios*. Por otros actos de voluntad humanos pueden producirse otras normas que contradigan las primeras, constituyendo otros valores opuestos a los primeros. Lo que según aquellas era *bueno*, según estas puede ser *malo*. Por eso, las normas

¹³⁵ Cf. Raz, Joseph, “Kelsen’s General Theory of Norms”, *Philosophia*, vol. 6, núm. 3-4, 1976, pp. 495-504; Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 174-178.

establecidas por los hombres y no por una autoridad sobrehumana constituyen solo valores *relativos*.¹³⁶

Con esto, Kelsen busca subrayar el hecho de que las normas jurídicas son originadas por *actos de voluntad* humana y, por tal motivo, tendrán significados relativos y cambiantes. Si asumiéramos que el derecho es resultado de una voluntad divina, o el resultado de un perfecto razonamiento moral, tendríamos que decir que los valores constituidos por esas normas, y los juicios de valor que se formulen con base en ellas, son eternos e inmutables. Pero eso es precisamente lo que Kelsen rechaza una y otra vez a lo largo de su *TPD*.¹³⁷ En consecuencia, los “juicios de valor” de una conducta, enunciados sobre la base de una norma jurídica, no podrán tomarse como juicios de valor *absolutos*. Y si no son absolutos es porque los juicios de valor son esencialmente disputables. Planteada en esos términos, la tesis kelseniana —de que el derecho es fundamento para elaborar juicios de valor moral— es compatible con la objeción de Raz de considerar que las obligaciones y deberes jurídicos sólo tienen una validez *prima facie*.¹³⁸

Por otra parte, es necesario destacar el papel que desempeñan las normas jurídicas como *condiciones de verdad* de los juicios de valor —y de las proposiciones jurídicas, como vimos anteriormente—. El argumento de Kelsen, en última instancia, sugiere que las normas jurídicas pueden tomarse como criterios que nos permitan distinguir entre juicios de valor *subjetivos* y juicios de valor *objetivos* (sin olvidar nuevamente que la moral es relativa).

...el juicio de que una conducta humana determinada es *buena* indica que se corresponde con una norma objetivamente válida, y el juicio de que una conducta humana determinada es *mala* indica que se contradice una norma objetivamente válida, el valor de “bueno” y el

¹³⁶ Kelsen, H., *TPD2*, p. 72. [Los subrayados son míos]. Es interesante señalar que en la traducción de Max Knight los adjetivos “good” y “bad” aparecen entre comillas, lo que resulta adecuado para resaltar el significado relativo de esos conceptos. Cf. Kelsen, H., *TPD2*, p. 18.

¹³⁷ En este punto, coincido con Miodrag Jovanovic en cuanto a que el relativismo moral de Kelsen es crucial para elaborar una teoría plausible dentro del positivismo jurídico. Cf. Jovanovic, Miodrag, “Is Legal Positivism Tenable Beyond Moral Relativism?”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, núm. 9, 2015, pp. 193-251.

¹³⁸ Cf. Raz, J., “Kelsen’s General Theory of Norms”, *loc. cit.*

disvalor “malo” son válidos para los hombres cuya conducta es juzgada así, y lo son para todos los hombres cuya conducta es determinada como debida por la norma objetivamente válida, independientemente de que ellos mismos deseen o quieran esa conducta o su contrario. Su conducta tiene un valor positivo o negativo no porque ella — o su contrario— sea deseada o querida, sino porque se corresponde con una norma o la contradice.¹³⁹

Ciertamente la gente podría juzgar que una acción es “buena” o “mala” según sus propias actitudes emocionales, opiniones, gustos o preferencias personales. En ese caso, tal juicio de valor será meramente *subjetivo*. En cambio, cuando se juzga una acción como “buena” o “mala” *debido a que* corresponde, o contradice, lo que dispone una norma jurídica objetivamente válida, el juicio de valor puede ser considerado como jurídicamente *objetivo*.¹⁴⁰

Desde luego, cada individuo puede conservar su juicio de valor personal sobre cualquier conducta o hecho del mundo. No obstante, al vivir en sociedad es importante contar con un instrumento que permita a los individuos contrastar sus juicios de valor subjetivos con otras personas, pues de otra forma la interacción humana sería muy ríspida. Así, el derecho se convierte en un punto de referencia común que establece las condiciones para formular juicios de valor objetivos; con lo cual Kelsen puede responder a la acusación de Raz de que su relativismo moral lo lleva a suscribir una posición solipsista.¹⁴¹ Pero, al mismo tiempo, Kelsen es capaz de rechazar la idea de que las conductas que se conforman a lo que exige *ese* sistema sean universalmente valiosas, dado que él suscribe un escepticismo ético moderado, en donde los valores constituidos por las normas jurídicas son siempre relativos.

En resumen, las normas jurídicas se componen de un acontecimiento (una conducta o hecho del mundo) y un significado jurídico (o “deber jurídico”) que le califica normativamente (como una conducta obligatoria, prohibida o permitida). Si solamente nos referimos a una acción (x), sin especificar cuál es su significado normativo (Φ), no podremos hablar de

¹³⁹ Cf. Kelsen, H., *TPD2*, p. 74

¹⁴⁰ Como expliqué en el capítulo primero, no debemos olvidar que la *objetividad* es un concepto multifacético presente en varias dimensiones (ontológico, semántico, lógico) y campos del conocimiento (ciencia, filosofía, arte, política). De modo que la *objetividad jurídica* no necesariamente tiene que coincidir con la “objetividad” en otros dominios.

¹⁴¹ Cf. Jovanovic, M., “Is Legal Positivism Tenable Beyond Moral Relativism?”, *op. cit.*, pp. 226-227.

ninguna pauta de comportamiento a seguir. Del mismo modo que, si sólo consideramos el operador deóntico (Φ) sin imputárselo a una conducta específica (x), la exigencia no tendrá ningún contenido material. La falta de alguno de estos elementos hace ininteligible el concepto de norma jurídica.

Las normas jurídicas tienen una función directiva y evaluativa de la conducta: sirven como fundamentos de acción y crítica al comportamiento recíproco de las personas. Los sistemas de derecho pueden dirigir la conducta a través de *normas categóricas*, que exigen (obligan o prohíben) una conducta de manera directa, sin enlazar una consecuencia ante su inobservancia; o bien, a través de *normas hipotéticas*, donde la realización (u omisión) de una determinada conducta desencadena una respuesta, por parte del derecho, en la forma de una sanción (que, en sentido amplio, puede ser un castigo o un premio).

El concepto de *norma simple* que he defendido en esta sección permite explicar los diversos significados normativos (prohibido, permitido, obligatorio) que el derecho puede imputar a acciones humanas y hechos del mundo. Así, el sistema jurídico puede establecer normas que *obligan* a la realización (u omisión) de una determinada conducta de manera directa, sin enlazar una sanción ante su inobservancia; normas que *autorizan* a un individuo para crear nuevas normas; normas que *facultan* a un órgano para anular normas producidas anteriormente; normas que confieren un poder a un órgano para interpretar normas; normas que confieren competencia a un órgano para resolver conflictos de normas, etcétera. Al mismo tiempo, este concepto *norma simple* nos permite poner el concepto de “sanción jurídica” en su justa dimensión, como una norma *adicional* que refuerza los motivos que se ofrecen a los individuos para acatar voluntariamente los significados que las normas establecen, implícita o explícitamente, sobre ciertas conductas o estados de cosas.

La creación de normas jurídicas, por otra parte, puede ocurrir de muchas maneras: mediante un documento escrito, una expresión oral, e incluso a través de gestos y símbolos. Pero en todos los casos se trata de la expresión de la *voluntad* de un órgano estatal o particular del derecho. No hay que perder de vista que la función de las normas jurídicas es conferir un determinado significado normativo (obligación, prohibición, permisión) a ciertas conductas humanas. De tal modo, los motivos que llevan a un órgano a producir una norma jurídica

determinada responden, en muchas ocasiones, a valores morales, metas sociales, creencias religiosas, ideales de justicia, costumbres culturales, y así sucesivamente. En ese sentido, las normas tienen su origen en un acto de voluntad que puede estar orientado por elementos políticos, morales, religiosos, sociológicos. Finalmente, las normas jurídicas objetivamente producidas constituyen, en su conjunto, un punto de referencia —un parámetro de comportamiento— para juzgar las conductas efectivas de las personas, ya sean ciudadanos u oficiales del derecho.

b) Subjetividad y objetividad normativas

Hemos visto que la función central de una norma jurídica —entendida como un esquema de explicitación conceptual— consiste en *imputar* un significado normativo a determinadas acciones o hechos del mundo; y, de ser el caso, imputar —en un segundo momento, con una segunda norma— algún tipo de consecuencia ante la ejecución u omisión de las conductas originalmente exigidas.¹⁴² Ahora bien, cualquier persona puede asumir *actitudes normativas* con respecto a las conductas de otros individuos: un padre de familia ante sus hijos, un sacerdote con relación a los feligreses, un profesor frente a sus alumnos, una joven con respecto a su pareja, y, desde luego, las autoridades jurídicas en cuanto al comportamiento de los ciudadanos u otras autoridades.

Sin embargo, de la mera actitud normativa asumida por cada uno de estos individuos no se puede derivar la *existencia* de una norma jurídica, un acto o decisión jurídicamente normativas. Del hecho de que un individuo exprese su intención de que otro se comporte de

¹⁴² Como se señaló anteriormente, en muchas ocasiones los legisladores redactan normas directamente sancionatorias, como «Al que prive de la vida a otro, se le impondrá una pena de ocho a veinte años de prisión», obviando establecer una norma previa que diga «Prohibido matar». Esta última norma (secundaria) en realidad está contenida en la norma sancionatoria (primaria), y si se omite su promulgación es sencillamente por una cuestión de técnica legislativa. No obstante, llama la atención que en la *TPD2* y en la *TGN* Kelsen parece estar cada vez más convencido de que la norma primaria y la norma secundaria no forman una sola norma jurídica, sino que son normas relacionadas pero completamente distintas, cuyos destinatarios y objetos de regulación difieren: por un lado, una norma se dirige a los ciudadanos y los sujeta al deber de no matar, mientras que la segunda norma se dirige a una autoridad y le impone el deber de sancionar al que mate. *Cf.* Kelsen, *TGN*, pp. 68-69, donde Kelsen distingue entre normas legales “primarias” y “secundarias”.

determinada manera no se sigue que este último *deba* comportarse de la manera exigida. De acuerdo con Kelsen, es evidente que “no puede deducirse de que algo sea, que algo deba ser, de la misma manera que no puede deducirse de que algo deba ser, que algo sea”.¹⁴³ Suponer que entre el *ser* y el *deber* hay una equivalencia material constituye una falacia. Desde un punto de vista lógico, ambos órdenes son recíprocamente irreductibles. Aunque esto —matiza Kelsen correctamente— “no significa [...] que el ser y el deber estén yuxtapuestos sin ninguna relación recíproca”.¹⁴⁴ Es decir, asumir que *nunca* hay una relación entre el *ser* y el *deber* equivaldría a cometer una nueva falacia.

El ámbito del ser (de las actitudes normativas) y el deber sí se relacionan, pero de una manera contingente; no de una manera necesaria. Por lo tanto, no todas las actitudes normativas que eventualmente puedan adoptar las personas, en muy variados contextos, darán lugar a normas de conducta exigibles conforme a derecho. Esto nos lleva a plantear las siguientes preguntas: ¿en qué casos, y bajo cuáles condiciones, la actitud normativa de un individuo (un hecho de *ser*) da lugar efectivamente a una norma (acto o decisión) jurídica objetivamente vinculante (un *deber ser*)? ¿De qué manera podemos identificar actitudes normativas que tienen un fundamento legal y, por lo tanto, son jurídicamente vinculantes de aquellas que no lo son?

Una situación que resulta útil para introducir la noción de objetividad jurídica es la que ilustra el *ejemplo del asaltante*.¹⁴⁵

¹⁴³ El dualismo lógico entre *ser* y *deber* puede analizarse en dos contextos diferentes: en el ámbito de la producción de normas y en el ámbito de su cumplimiento. En el primer caso, la manifestación del deseo de que alguien más se comporte de determinada manera (*ser*), no constituye una norma jurídica (*deber*), *a menos que* el sujeto de la actitud normativa tenga un fundamento jurídico para formular su exigencia. En el segundo caso, una norma jurídica objetivamente válida (*deber*) no se convierte automáticamente en una conducta fáctica (*ser*), *a menos que* el destinatario de la norma decida voluntariamente ajustar su comportamiento según lo dispuesto por la misma. Así, el paso del ser al deber y del deber al ser no es inmediato, y de allí que Kelsen insista en separar el acto de voluntad del deber contenido en una norma, al igual que es preciso distinguir entre la validez y la eficacia. Cf. Kelsen, H., *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 61.

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ Cf. Kelsen, *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 63. Véase también Bix, Brian, “Ejemplo del asaltante” (Voz), en Bix, Brian, *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 91.

i) El ejemplo del asaltante

Con este ejemplo se plantea el problema de distinguir entre la orden de un *gangster*, que exige a un individuo la entrega de una cierta suma de dinero, y la orden de un agente fiscal, que exige exactamente la misma acción. Ambos sujetos comparten la misma actitud normativa cuando se dirigen intencionalmente a un individuo, esperando obtener de él un comportamiento específico, a saber, la entrega de cierta cantidad de dinero. Sin embargo, aunque en ambos casos el significado normativo de la exigencia —la obligación de entregar cierta suma de dinero— es idéntico, bajo la luz del derecho solamente una de ellas puede ser considerada como una exigencia jurídica válida, fundada y obligatoria. Es decir, solamente una de ellas se constituye como una norma objetiva del derecho positivo.

Aquí conviene distinguir entre el *sentido subjetivo* y el *sentido objetivo* de un acto de voluntad. Por “sentido subjetivo” entendamos el significado normativo (obligación, prohibición o permisión) que un individuo imputa a una determinada conducta humana. El acto de voluntad que produce el sentido subjetivo puede obedecer a distintos motivos: intereses personales, deseos, caprichos, gustos, preferencias, creencias religiosas, valores morales, ideales políticos, etcétera. Por otra parte, entendamos por “sentido objetivo” el significado normativo (la obligación, prohibición o permisión) que un individuo atribuye a una conducta humana determinada, *con base en una norma jurídica*. En este caso, el acto de voluntad que produce la exigencia, además de estar motivado subjetivamente, también se encuentra respaldado por una comunidad jurídica.¹⁴⁶

En esa medida, solamente determinadas exigencias están justificadas objetivamente y son, por consiguiente, vinculantes. En el ejemplo del asaltante, la exigencia del agente fiscal es distinta a la exigencia del *gangster*, debido a que la primera tiene un sentido objetivo (por estar fundada en el derecho), mientras que la segunda sólo es una exigencia arbitraria e injustificada. En el ejemplo anterior, por lo tanto, la objetividad de la orden, en cada caso, no depende de

¹⁴⁶ La “comunidad jurídica” no es otra cosa que el orden jurídico, el cual sujeta a un grupo determinado de personas a un mismo sistema de derecho. Cf. Kelsen, H., *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 244.

la moralidad o razonabilidad de la exigencia, sino de la manera en que esa exigencia fue producida. Al respecto, Kelsen señala:

El hecho de que alguien ordene algo no es fundamento para considerar válida dicha orden, es decir, para considerarla una norma vinculante para su destinatario. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esta competencia sólo puede reposar en una norma que faculte para dictar normas. A esta norma se encuentran sometidos tanto la autoridad facultada para establecer normas como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca.¹⁴⁷

El derecho constituye, de esta forma, un instrumento que proporciona las bases para *objetivar* las actitudes normativas de las personas. Esto supone, en efecto, que todas las actitudes normativas son necesariamente subjetivas en primer lugar, y que, solamente bajo ciertas circunstancias relevantes, obtienen también un sentido *objetivo*. Así, los sistemas de derecho, a través de sus normas jurídicas, ofrecen diversos mecanismos para determinar en qué condiciones ciertas exigencias tienen fundamento y, por lo tanto, son vinculantes. De este modo, el derecho presta un servicio público, ya que, a través de la socialización de un conjunto de esquemas de interpretación normativa de conductas, facilita la interacción entre las personas, estableciendo reglas para limitar sus actos de voluntad y atemperar las eventuales fricciones de sus actitudes normativas.

Desde luego, otros órdenes normativos, como la moral y la religión, desempeñan igualmente una función directiva de la conducta. Sin embargo, el derecho es un instrumento de regulación más sofisticado, en la medida en que puede hacer explícitos los significados normativos que corresponden a ciertas conductas socialmente relevantes, en primer lugar; y, en caso de acatamiento o infracción de las exigencias, el sistema jurídico puede señalar explícitamente las consecuencias que se seguirán por ello, en segundo lugar. Además, al estatuir órganos de adjudicación para resolver controversias entre particulares, pero también para superar problemas técnicos del derecho (lagunas, indeterminación, vaguedad, conflictos de

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 230 (Ediciones Colihue).

normas, de leyes y de jurisdicción), ofrece un medio para zanjar las disputas entre oficiales y particulares de manera objetiva. Presumiblemente, por último, en ausencia del derecho y su universo normativo, la interacción social podría ser más desorganizada, menos cooperativa, e incluso violenta.

ii) Validez jurídica y su doble dimensión

Una vez explicadas las nociones de *sentido subjetivo* y *sentido objetivo* de los actos de voluntad normativa, será relativamente sencillo comprender que la validez jurídica es el fundamento de objetividad de tales actos. La palabra *validez*¹⁴⁸ hace referencia a “la existencia específica de una norma”;¹⁴⁹ es decir, a la verificación del hecho de que una norma pertenece o forma parte de un sistema jurídico. La validez indica, por lo tanto, que una norma posee la característica de ser *jurídica*; mientras que aquella pretendida norma que no cubra los requisitos formales y materiales para pertenecer al sistema será considerada como *no jurídica*, inválida.¹⁵⁰ Así, la validez sirve como un criterio para determinar la objetividad (o bien la subjetividad) que da origen a cada una de las normas, actos o decisiones amparadas por el derecho.

En el ejemplo del asaltante, la norma de acción impuesta por el *gangster* no podría ser reconocida como una norma jurídica válida del sistema, puesto que ninguna norma jurídica del sistema le ha autorizado producir tal tipo de órdenes; por lo tanto, se trata de una exigencia subjetiva, inválida y no vinculante. En contraste, en el caso del agente fiscal, éste formula su exigencia *con base en* una ley que presuntamente lo ha facultado para gravar a las personas. Esta circunstancia concede objetividad al acto normativo del agente fiscal.

¹⁴⁸ Con la palabra “validez” me refiero exclusivamente a la validez *jurídica*. Es pertinente aclarar lo anterior porque algunos autores han distinguido varios tipos de validez: social, moral y jurídica. Cf. Alexy, Robert, *The Argument from Injustice*, trad. de Bonnie L. Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, 2002, pp. 85-88; Waluchow, Wil J., “Four Concepts of Validity: Reflection on Inclusive and Exclusive Legal Positivism”, en Adler, Matt y Himma, Ken (eds.), *The Rule of Recognition and the United States Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 123-144.

¹⁴⁹ Kelsen, *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 65.

¹⁵⁰ Como veremos más adelante, esto ocurre a través de un procedimiento especial de anulación o derogación, cuyo resultado es decretar la invalidez de una norma (acto o decisión).

Ahora bien, aquí podemos distinguir una doble dimensión del concepto de validez, una retrospectiva y otra prospectiva.¹⁵¹ Desde un punto de vista retrospectivo, la validez nos permite establecer cuál es el origen de la norma; esto es, determinar quién fue el órgano que la produjo, con base en qué facultades legales, si cumplió con los requisitos formales de procedimiento y, de ser el caso, si cumplió los requisitos materiales de contenido de las normas. Por otro lado, desde un punto de vista prospectivo, la validez permite calificar a la conducta exigida por la norma como una conducta *debida* (en sus diversos significados normativos: obligatorio, prohibido y permitido), es decir, obligatoria y exigible jurídicamente. Estas dos funciones están relacionadas de una manera esencial. En la medida en que una norma (acto o decisión) demuestre tener un fundamento legal (en otra norma), hará patente su obligatoriedad. Por lo tanto, el hecho de que una norma (acto o decisión) sea jurídicamente “válida” significa dos cosas: primero, que tiene un *fundamento*; y, segundo, que tiene un *efecto vinculante*.

Por otra parte, las normas jurídicas tienen diversos ámbitos de validez: están destinadas a regular alguna esfera de la actividad humana (aspecto material), en un territorio específico (aspecto espacial), en un determinado momento (aspecto temporal), y dirigidas a determinados individuos o clases de individuos (aspecto personal). Las normas jurídicas pueden clasificarse a través de varios criterios: en función de los órganos (legislativo, ejecutivo, judicial, personas físicas o morales) que las producen o aplican; por el nivel de jerarquía de la norma (federal, estatal, municipal); por sus fuentes (ley, costumbre, jurisprudencia); por su nivel de generalidad (Constitución, leyes, reglamentos, contratos, decisiones judiciales); según su materia (derecho público o privado); según su cualidad normativa (prohibitivas, preceptivas o permisivas), entre otras.¹⁵²

Sirva pues esta primera aproximación al concepto de validez jurídica para comprender en términos generales su doble dimensión. Como se verá a continuación, en muchas ocasiones la tarea de determinar la validez de una norma no es tan sencilla o inmediata, debido a una

¹⁵¹ Cf. Duarte d’Almeida, Luís, “In Canonical Form: Kelsen’s Doctrine of the ‘Complete’ Legal Norm”, en Duarte d’Almeida, Luís, John Gardner & Leslie Green (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 259-282.

¹⁵² Cf. Recasens Siches, Luís, *Introducción al estudio del derecho*, 10ª ed., México, Porrúa, 1993, especialmente, “cap. XIII. Clasificación de las normas jurídicas”.

serie de problemas persistentes en los sistemas normativos, como la multiplicidad de órganos productores de normas, los conflictos de leyes, normas o jurisdicción, la indeterminación de las normas jurídicas, la vaguedad del lenguaje normativo, errores de técnica legislativa, lagunas del derecho, entre otros.

c) Una teoría procedimental del derecho

Desde la perspectiva de una teoría jurídica dinámica, el derecho es un fenómeno social de normas heterogéneas en constante transformación, en cuya producción y aplicación participan una gran variedad de personas.¹⁵³ Los sistemas jurídicos aglutinan una serie de disposiciones provisionales, contingentes, que aparecen y desaparecen mediante diversos procesos de *producción*¹⁵⁴ de normas jurídicas directivas y evaluativas de la conducta humana. Los órganos del derecho —ya sean públicos o privados— ejercen ordinariamente las facultades que les hayan sido conferidas, de acuerdo con los procedimientos definidos por normas superiores, con el fin de crear nuevas normas, realizar determinadas acciones o justificar la toma de ciertas decisiones.¹⁵⁵

En ocasiones, una norma general define (1) al órgano u órganos encargados de producir (aplicar, reformar, anular, interpretar, etc.) normas subsecuentes. Normas adicionales pueden precisar (2) el conjunto de facultades, competencias o atribuciones que son conferidas a los órganos productores (aplicadores, reformadores, etc.) de normas jurídicas. Otras normas pueden prescribir reglas sobre (3) el procedimiento para la creación (aplicación, reforma,

¹⁵³ En esto coinciden teóricos de la complejidad y del cambio institucional. Cf. McInerney, Thomas Francis, “Justice, Complexity and Effective Governance in the Twenty-First Century”, *Problema; Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, 15, enero-diciembre, 2021, pp. 149-167.; Devins, Caryn; Kopple, Roger; Kauffman, Stuart y Felin, Teppo, “Against Design”, *Arizona State Law Journal*, Estados Unidos, vol. 47, núm. 3, otoño, 2015, pp. 609-681.

¹⁵⁴ Aquí tomo la palabra “producción” en el sentido más amplio posible, para incluir aquellos actos realizados por órganos, públicos y privados, que consisten en crear, aplicar, reformar, adicionar, anular, derogar, abrogar, invalidar e interpretar normas jurídicas, en los ámbitos de sus respectivas facultades y competencias.

¹⁵⁵ Eventualmente, esto incluye la posibilidad de que diversos órganos del derecho —públicos o privados— participen igualmente en procesos de anulación o invalidación de normas jurídicas, a través del juicio de amparo, acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, recursos de revisión, entre otros mecanismos de impugnación.

derogación, etc.) de nuevas normas o toma de decisiones. Finalmente, el sistema jurídico puede introducir (4) normas o principios materiales que condicionan, parcial o totalmente, el contenido de las normas producidas (aplicadas, reformadas, derogadas, etc.) ulteriormente.

Así, en el proceso de producción del derecho podemos identificar los siguientes cuatro elementos:

- 1) Órgano
- 2) Facultad
- 3) Procedimiento; y
- 4) Contenido

Sin embargo, es muy importante resaltar que no es necesario que figuren los cuatro elementos para iniciar (o continuar) el proceso de producción (o aplicación) de normas en cada caso. Como señala Kelsen, “la determinación del *órgano* es el mínimo de aquello que tiene que determinarse en la relación entre una norma superior y una inferior”.¹⁵⁶ Es decir, basta con que una persona (o grupo de personas) se desempeñe como órgano productor para inaugurar un sistema de derecho o continuar con el proceso de producción (reforma o anulación) de normas jurídicas. Desde luego, cabe aclarar aquí que el hecho de que una primer persona (o grupo) tenga el carácter de *órgano productor* de normas, presupone la existencia de otros hechos sociales complejos: que una comunidad reconozca a esa persona (o grupo) como una instancia revestida de *autoridad* (legítima o efectiva) para producir normas; que tal comunidad interprete las disposiciones del órgano productor *como si* se trataran de normas *vinculantes*; y que las normas interpretadas como vinculantes tengan un nivel mínimo de *eficacia* dentro de la comunidad, esto es, que sean acatadas por un número relevante de personas durante períodos considerables de tiempo.

En efecto, un sistema jurídico poco desarrollado podría ser omiso en cuanto a las facultades, competencias o atribuciones que tiene la primera autoridad normadora; e igualmente carecer de procedimientos explícitos para la creación de normas, por un lado, y de

¹⁵⁶ Kelsen, *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 245. El subrayado es mío.

directrices sobre el contenido de las normas creadas, por el otro. Pensemos en un monarca absoluto —el atrozísimo tirano *Rex*—¹⁵⁷ que originalmente ha concentrado en sus manos todo el poder para gobernar a una comunidad, sin limitaciones legales que restrinjan sus competencias y facultades, ni pautas que regulen el procedimiento y contenido de sus disposiciones. En tales circunstancias, la existencia de un único órgano productor del derecho —encarnado en *Rex*— es condición suficiente para que el sistema jurídico pueda desarrollarse progresivamente, mediante la creación y ejecución de diversas normas (actos, decisiones, sentencias, etc.).

No obstante, para evitar la pesada carga de trabajo que implica crear y ejecutar todas y cada una de las normas del sistema jurídico, para dirigir la conducta de un número indefinido de personas, *Rex* podría delegar en órganos subordinados la producción y aplicación de normas jurídicas generales. Técnicamente es muy difícil que un solo órgano pueda redactar una gran diversidad de leyes para regular todas las conductas humanas relevantes; y, más aún, que este mismo órgano sea el ejecutor, juez e intérprete de sus propias disposiciones. En los sistemas jurídicos contemporáneos hay una clara tendencia a organizar la estructura institucional del derecho en diversos niveles de gobierno, y repartir las funciones de la administración pública en una amplia variedad de funcionarios estatales. De allí que, a menudo, los sistemas jurídicos definan jerárquicamente los ámbitos de competencia de órganos públicos subalternos, así como los procedimientos que guían el ejercicio de sus funciones, y el contenido que limita el significado y alcance de los actos y decisiones de las autoridades inferiores.

Por otra parte, es necesario insistir en que el derecho no es un asunto exclusivo de funcionarios públicos. Los ciudadanos (así como las empresas, sindicatos, universidades, etc.) también pueden participar en el proceso de creación (reforma y derogación) del derecho, en la medida en que el sistema jurídico los reconozca como *órganos* y les confiera facultades para producir normas, generar actos normativos, decisiones o efectos jurídicos según sus respectivos ámbitos de competencia.¹⁵⁸ Esto puede ocurrir de muchas formas: mediante la

¹⁵⁷ Sobre la figura de *Rex*, véanse: Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, cap. IV. “Sovereign and Subject”; y Fuller, Lon, L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, cap. 2.

¹⁵⁸ Desde luego, también podemos encontrar ejemplos de órdenes jurídicos totalitarios que excluyen a los particulares de participar regularmente en la producción y determinación del derecho. Sin embargo, por más

celebración de matrimonios, testamentos, contratos de comercio y de asociación con otros particulares; al decidir el número de hijos que una persona desea tener; al ejercer el derecho político de votar a sus representantes; al reclamar a otros particulares el cumplimiento de sus obligaciones ante un tribunal; al impugnar los actos de las autoridades a través de los recursos legales disponibles, y así sucesivamente. En efecto, al igual que ocurre con los órganos oficiales del derecho, el sistema jurídico puede establecer cuáles son los requisitos formales y materiales que los ciudadanos habrán de cumplir para fungir como órganos privados productores de actos o normas jurídicas válidas, mediante la definición progresiva de sus facultades, atribuciones y competencias, así como el procedimiento y contenido de sus acciones y decisiones.

Por lo tanto, la producción (reforma, interpretación, anulación, etc.) de normas jurídicas válidas, impulsada por órganos públicos y privados de derecho, está necesariamente condicionada por normas superiores. Como ya he señalado, de acuerdo con Kelsen, el “fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma”.¹⁵⁹ Para determinar si una norma (acto o decisión normativa) es objetivamente válida, es preciso investigar el fundamento que le dio origen.¹⁶⁰ Esto implica identificar al órgano (público o privado) que la creó; y, de ser el caso, comprobar si tenía facultades para hacerlo, si siguió el procedimiento de creación establecido, y, de ser el caso, verificar si el contenido de la norma creada (acto o decisión tomada) es consistente con ciertas normas superiores.¹⁶¹

totalitario que sea un orden jurídico, jamás tendrá el poder de regular a todas las personas, en todas sus conductas, durante todos los minutos del día, a lo largo de todos los días de sus vidas. Dada la imposibilidad técnica de cualquier gobierno de regular positivamente todas las conductas humanas, el ser humano posee una potestad fáctica para pensar, sentir y querer la realización de acciones. De tal modo, incluso en casos extremos de totalitarismo —como escribiera Jean-Paul Sartre durante la ocupación alemana—, siempre nos quedará la libertad de resistir la opresión, así sea iniciando una revuelta o arrojándonos por la ventana. Cf. Sartre, Jean-Paul, “La République du silence” (9 de septiembre de 1944), *Situations*, Paris, III, 1964, pp. 11-14. Véase también Kelsen, H., *TPD2*, trad. de R. Vernengo, pp. 55-57, inciso e “El mínimo de libertad”.

¹⁵⁹ Kelsen, *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 201.

¹⁶⁰ Esto equivale a la denominada “tesis de las fuentes”. Cf. Raz, Joseph, “Authority, Law and Morality”, en Raz, J., *Ethics in the Public Domain; Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 380 p., pp. 210-237; y Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, en Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 188 p., pp. 275-296.

¹⁶¹ Cabe aclarar que aquí estoy tomando como base el ejemplo de un sistema jurídico moderno medianamente desarrollado. Es decir, uno que cuenta con una Constitución que define (1) los órganos productores de normas jurídicas generales; (2) las competencias, facultades y atribuciones que corresponden a cada uno de ellos; (3) reglas de procedimiento para la creación de normas, y (4) principios (sociales, políticos,

Como vimos, todas las normas jurídicas del derecho positivo deben cumplir con ciertos criterios de validez para acreditar su pertenencia al sistema. En esa medida, durante el proceso de creación o aplicación de normas, podemos distinguir entre requisitos formales (órgano, facultades y procedimientos) y requisitos materiales (contenido) de validez jurídica. En este último caso, según el sistema jurídico de que se trate, se pueden incluir normas de derecho positivo que promueven conceptos de moralidad, valores de justicia, principios políticos, objetivos sociales, criterios económicos, entre otras directrices.¹⁶²

Ahora bien, cuando son muchas las personas que participan en el proceso de producción (y aplicación) de normas del sistema jurídico, ¿de qué manera se podría dar unidad a la multiplicidad de normas producidas por una gran diversidad órganos públicos y privados del derecho? De acuerdo con una teoría de la estructura escalonada del orden jurídico, cuya autoría comúnmente se atribuye al jurista austríaco Adolf Julius Merkl (1890-1970), todos los ordenamientos jurídicos tienen un carácter “estructural”, en donde las normas jurídicas mantienen una unidad fundamental que se refleja en sus relaciones de supraordinación y subordinación.¹⁶³ En términos generales, el proceso de producción de normas tiene su punto de origen en la Constitución; continúa con la promulgación de leyes generales que, a su vez, establecen las condiciones de producción de reglamentos, actos administrativos, negocios jurídicos de particulares y sentencias judiciales.¹⁶⁴

económicos, morales) que condicionan el contenido de sus disposiciones. De ninguna manera pretendo negar la existencia de sistemas jurídicos primitivos o austeros que no cuentan con estos elementos; sin embargo, por tratarse de casos marginales en el mundo contemporáneo, no me ocuparé de ellos.

¹⁶² Aquí es importante subrayar que el establecimiento de requisitos materiales de validez es una propiedad *contingente* del derecho. En efecto, en la historia del derecho podemos encontrar muchos ejemplos de sistemas jurídicos que no cuentan con una Constitución escrita, ni con una carta fundamental que declare los derechos y libertades básicas de las personas, lo cual supone que los órganos productores tienen una mayor discrecionalidad para determinar el contenido de las normas subsecuentes. Cf. Kelsen, H., *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 245; y Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 203-204.

¹⁶³ Cf. Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, “La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 55, núm. 244, 2005, 243-250; Mayer, Heinz, “Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 55, núm. 244, 2005, pp. 259-263; Cuenca Gómez, Patricia, “Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkl”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, España, núm. 17, 2014, pp. 167-202.

¹⁶⁴ En este punto sigo a Merkl: el punto de origen de los sistemas jurídicos es la Constitución y no la Norma Fundante Básica, como propone Kelsen. Aunque la Norma Fundante Básica es una noción teóricamente interesante, no es necesario explicarla para estudiar la estructura escalonada de un sistema jurídico. Cf. Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, p. 170.

La Constitución representa “la norma o normas positivas que regulan la producción de normas jurídicas generales”.¹⁶⁵ Ciertamente en los sistemas jurídicos podemos encontrar diversos tipos de constituciones: más simples o complejas, dependiendo de la variedad de órganos, facultades, procedimientos y contenidos que ellas contemplen para la producción subsecuente de normas. Una Constitución *simple* sería aquella norma consuetudinaria que permite a una comunidad identificar al tirano *Rex* como el único órgano productor (ejecutor e intérprete) del derecho. Una Constitución *compleja*, además de distribuir el poder en varios órganos productores de normas (legislativo, ejecutivo y judicial, por ejemplo), podría definir puntualmente cuáles son las facultades, competencias y atribuciones que tiene cada uno de los órganos, así como los procedimientos (de producción, aplicación, reforma, interpretación, derogación, etcétera) que deben seguir al ejercer sus funciones. Por último, una Constitución todavía más sofisticada podría incluir —en un documento escrito quizá— un catálogo de declaraciones políticas (libertades básicas, derechos fundamentales, principios de organización institucional, metas sociales, ideales políticos y valores de justicia) que, en suma, conforman un marco constitucional que condiciona materialmente el contenido de las normas jurídicas subsecuentes, previstas en leyes generales, actos administrativos, sentencias judiciales y negocios jurídicos de particulares.¹⁶⁶

Todos los actos de producción y aplicación de normas están condicionados constitucionalmente por alguno o varios de los elementos señalados anteriormente (órgano, facultad, procedimiento y/o contenido).¹⁶⁷ En otras palabras, cada acto normativo, ejecutado por algún órgano público o privado, será jurídicamente *objetivo* en virtud de tener fundamento en una norma superior y, en última instancia, en la Constitución. Los actos de gobierno del presidente de la República, la votación del Parlamento, las decisiones judiciales del Tribunal Supremo —por poner tan sólo algunos ejemplos— están dirigidos, en efecto, por normas constitucionales. Pero también es importante advertir que esto mismo sucede con aquellos actos normativos generados por órganos privados (particulares, empresas, sindicatos, iglesias,

¹⁶⁵ Kelsen, H., *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 232.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 234.

¹⁶⁷ Patricia Cuenca Gómez denomina esto como la “tesis de la condicionalidad jurídica de las normas”. Cf. Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, p. 184.

universidades, etc.): sus acciones serán jurídicamente objetivas en la medida en que tengan sustento en el derecho, a través de los distintos niveles del orden jurídico (constitucional, legal, reglamentario, judicial, etc.).¹⁶⁸

En consecuencia, un criterio central para determinar la objetividad del derecho es que las normas producidas (decisiones y actos normativos) se ajusten procedimentalmente a los requisitos formales y materiales de validez, en los distintos niveles del orden jurídico. De allí que las sociedades contemporáneas estén llamadas a robustecer sus marcos de derecho positivo, mediante el establecimiento progresivo de disposiciones constitucionales, tratados internacionales, leyes generales, ordenanzas reglamentarias, códigos, decretos, protocolos, estándares, sentencias judiciales, entre muchos otros materiales. Este marco jurídico, en efecto, servirá de base para restringir y evaluar la conducta de ciudadanos y funcionarios estatales en el ejercicio (o negligencia) de sus respectivas facultades, atribuciones y competencias. De modo que tener las reglas claras sobre las conductas que podemos y debemos (o no) hacer, puede ayudar a reducir la arbitrariedad de nuestros actos y decisiones; además de brindarnos herramientas para llamar a las autoridades a la transparencia y rendición de cuentas.¹⁶⁹

En resumen

En esta sección he argumentado que el derecho es un instrumento público para la organización social, con el cual se definen progresivamente las condiciones —en términos de órganos, facultades, procedimientos, contenidos— para la producción de normas jurídicas, generales y particulares, cuya misión central es gobernar (*i.e.*, guiar y evaluar) la conducta de las personas, entre otras. Junto con Lon Fuller, he señalado la importancia que tienen las condiciones de legalidad (generalidad, publicidad, prospectividad, etc.) para que los sistemas jurídicos puedan

¹⁶⁸ Desde luego, esto no es una característica necesaria de todo orden jurídico. En sistemas totalitarios la esfera de acción de los órganos particulares podría verse muy restringida. Como sugiere Kelsen, no es una verdad necesaria que el derecho deba ser democrático y que confiera derechos políticos y libertades públicas a los ciudadanos. *Cf.* Kelsen, *TPD2*, cap. IV.

¹⁶⁹ Cabe decir que la “rendición de cuentas” no es una cualidad necesaria de los sistemas jurídicos. Como se ha ejemplificado con el tirano Rex, un sistema jurídico dictatorial podría no prever mecanismos para cuestionar al gobernante en cuanto al ejercicio de sus funciones.

desempeñar con éxito sus funciones directivas y evaluativas de la conducta. Sin embargo, entendidas como principios abstractos, tales condiciones de legalidad reflejan una concepción sumamente diluida del *estado de derecho*.

En contraste con lo anterior, he sugerido que para determinar la objetividad jurídica de las conductas realizadas por los órganos del derecho —tanto públicos como privados— es preciso revisar las condiciones *concretas* de legalidad, formales y materiales, a las que están sujetas sus actos y decisiones. Desde mi perspectiva —y a diferencia de los enfoques de Fuller o Raz—¹⁷⁰ las condiciones de legalidad que demanda el *estado de derecho* sólo se pueden satisfacer a través de los requisitos formales y materiales de validez que cada sistema exige para reconocer la *juridicidad*¹⁷¹ de los actos realizados por los órganos del derecho; en especial, aquellos realizados por las autoridades.

Procedimentalmente, cada acto o decisión tiene condiciones particulares de legalidad (y constitucionalidad). Para que un contrato de compraventa sea objetivamente válido, por ejemplo, es necesario verificar que se cumplieron ciertos requisitos de forma y de contenido previstos en el ordenamiento civil o de comercio: que las partes contratantes tienen la debida personalidad jurídica, que no hubo vicios en el consentimiento de las partes, que el objeto del negocio es lícito, etc. Tales requisitos pueden ser muy distintos a los que debe cumplir la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver *acciones de inconstitucionalidad*: que la discusión del asunto se lleve a cabo en el Pleno, que se elabore un proyecto de sentencia aprobado cuando menos por una mayoría de ocho votos, entre otros. De manera similar, se pueden revisar los requisitos que debió cumplir un agente policial para demostrar la legalidad de una detención; los requisitos legales que un grupo de personas debió satisfacer para constituir una sociedad anónima; o los requisitos de seguridad que debió cumplir un fabricante para sacar a la venta un tostador.

¹⁷⁰ Cf. Raz, Joseph, “El estado de derecho y su virtud”, en Raz, Joseph, *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, 354 p., pp. 262-285.

¹⁷¹ Con el término “juridicidad” me refiero al carácter jurídico que adquieren las normas, actos y decisiones, precisamente por haber sido producidos *conforme* a la Constitución, leyes, tratados internacionales, convenciones, reglamentos, estatutos, códigos, protocolos, etcétera.

Con una teoría de la norma jurídica *simple* he explicado la gran diversidad de funciones que pueden desempeñar las normas jurídicas. Asimismo, he presentado el esbozo de una teoría jurídica procedimental para explicar que el derecho tiene un funcionamiento sistemático, en el que se desarrollan diversos procesos de producción, reforma y extinción de normas jurídicas. Así pues, de acuerdo con este enfoque dinámico, es importante subrayar los siguientes puntos:

Primero. Que el derecho está integrado por normas jurídicas que desempeñan diversas funciones, como son, en general, estatuir órganos, conferir facultades, definir procedimientos y contenidos normativos; y, en particular, imputar significados normativos a ciertas acciones, mediante el establecimiento de deberes (obligaciones y prohibiciones, pero también permisiones, libertades y potestades) en cuanto a la realización de acciones, abstenciones y toma de decisiones.

Segundo. Que la teoría de la *norma jurídica simple* permite explicar el movimiento del derecho en todas sus direcciones (producción, reforma, revisión, extinción, interpretación), sin comprometerse con la tesis de que todas las normas deben estatuir sanciones en la forma de castigos (como se ha atribuido a Hans Kelsen); o la idea de que una característica esencial del derecho es que están respaldadas por una amenaza de fuerza (como se ha atribuido a John Austin).

Tercero. Que las normas jurídicas son, en mayor o menor medida, esencialmente indeterminadas.¹⁷² Esto ocurre por dos razones: técnicamente, porque las normas generales no pueden prever las particularidades de los casos concretos, de modo que se delega en diversos funcionarios la concretización de supuestos generales; semánticamente, porque el lenguaje es abierto, de modo que hay vaguedad en las palabras del derecho.¹⁷³

Cuarto. Que para una teoría jurídica procedimental no hay contenidos del derecho necesarios ni definitivos. Todas las normas y actos normativos son absolutamente revocables. Para ello existen normas jurídicas cuya función principal es establecer las condiciones

¹⁷² Cf. Endicott, Timothy A. O., *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, con la colaboración de Enrique Rodríguez Trujano e Imer B. Flores, Madrid, Editorial Dykinson, 2006, 303 p. Véase también Coleman, Jules y Brian Leiter, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

¹⁷³ Cf. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, cap. VII. “Formalism and Rule-scepticism”.

(órganos, facultades, procedimientos, contenidos) para la impugnación, revisión y anulación de normas formalmente creadas, *i.e.*, normas derogatorias.

Quinto. Que para saber si un acto o decisión normativa es jurídicamente objetiva —y no un mero capricho personal— es preciso revisar si su producción cumple con los requisitos formales y materiales de validez.

Sexto. Que, en consecuencia, la validez jurídica —entendida desde una perspectiva procedimental— es un concepto esencialmente temporal.¹⁷⁴

Dada la gran diversidad de órganos que participan en la producción y aplicación de normas, los juristas tienen que aprender a diferenciar los actos y decisiones objetivos de aquellos que no lo son. Se trata de una tarea primordial en la práctica del derecho. Para determinar la juridicidad de una decisión o acto normativo ya tomado, es necesario contar con mecanismos para examinar la legalidad —constitucionalidad y/o convencionalidad— de nuestras acciones. Los sistemas jurídicos aumentarán la objetividad en la medida en que sea posible verificar que los órganos del derecho han cumplido los requisitos formales y materiales de validez en la producción de normas, toma de decisiones y realización actos normativos. Finalmente, ¿qué es el «estado de derecho» si no una situación social en la que imperan las leyes y no la voluntad inmediata de las personas? Es decir, el “gobierno de las leyes, no de los hombres”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Cf. Khan, Liaquat Ali, “Temporality of Law”, *McGeorge Law Review*, Estados Unidos, vol. 40, núm. 1, 2009, pp. 55-106; Invernizzi-Accetti, Carlo, “The Temporality of Normativity: Hans Kelsen’s overcoming of the Problem of the Foundation for Legal Validity”, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 42, núm. 1, 2016, pp. 25-43; y Huerta Ochoa, Carla, “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 1, 2007, pp. 267-304.

¹⁷⁵ Cf. Platón, *Leyes*, 715d, en *Diálogos*, trad. de Francisco Lisi, Madrid, Gredos, 1999, T. VIII, 582 p.

4. Problemas persistentes (de subjetividad)

En las secciones anteriores he presentado el esbozo de una teoría del derecho que explica que es parte de la naturaleza de cualquier sistema jurídico erigirse como un marco de referencia común al que las personas pueden acudir para dirigir, evaluar y reclamar sus conductas recíprocas. Desde esta perspectiva, el derecho funge como una herramienta pública para guiar la conducta, distribuir las cargas y beneficios de la vida social, alcanzar metas colectivas y resolver controversias entre las personas. En efecto, para cumplir con sus funciones directivas y sociales básicas, los sistemas de derecho estatuyen estándares objetivos de comportamiento —tanto para ciudadanos como para oficiales— en los diversos ámbitos de la actividad e interacción humanas, de acuerdo con determinadas instituciones y procedimientos de creación (modificación y extinción) de normas jurídicas.

A menudo, los sistemas de derecho son operados por una gran variedad de órganos jurídicos (estatales y particulares), quienes ejercen sus facultades para producir normas, actos y decisiones normativas. El hecho de que una multitud de individuos participe en el proceso de producción y aplicación del derecho, tiene como consecuencia que se produzcan una multiplicidad de normas (actos y decisiones) jurídicas, lo cual eventualmente podría generar distintos tipos de conflictos normativos.¹⁷⁶ Denominaré a esta dificultad como el *problema de la multiplicidad normativa*.

Ahora bien, si es verdad que los sistemas jurídicos tienen la propiedad central de garantizar una objetividad jurídica mínima —al establecer estándares de comportamiento, instituciones y mecanismos para alcanzar decisiones públicas, determinar pautas de acción y resultados socialmente exigibles, etcétera—, entonces el derecho debe ser capaz de superar el problema de la multiplicidad normativa en sus distintas dimensiones. Como he señalado con insistencia, aquí me refiero a una objetividad jurídica *mínima*, puesto que cada sociedad define convencionalmente los órganos, competencias, reglas, procedimientos y contenidos que

¹⁷⁶ Cabe advertir que tales conflictos normativos podrían tener lugar, incluso, en un sistema jurídico cerrado y unipersonal como el que representa el régimen de nuestro imaginario tirano *Rex*.

considere adecuados para integrar su sistema de normas y, con ello, regular las conductas sociales de los miembros de la comunidad (en la forma que esa sociedad estime pertinente).

Las sociedades —por medio de sus órganos representativos— pueden elegir, desde luego, distintos modelos de regulación, y alcanzar un mayor o menor éxito según sus particulares instituciones y procedimientos. El derecho no exige *motu proprio* que se adopten ciertos mecanismos de organización, por lo que de ninguna manera es una verdad conceptual que el derecho esté comprometido con la creación de instituciones y procedimientos autocráticos o democráticos. Cada sociedad decidirá —sobre la base de distintos argumentos (económicos, morales, políticos, médicos, científicos e incluso idiosincráticos)— cuáles son las leyes, instituciones y procedimientos que resultan convenientes para regular los temas o problemáticas de interés público. La regulación del consumo de la marihuana, por ejemplo, puede obedecer a un modelo prohibicionista, a un modelo liberal o a alguna otra alternativa. Naturalmente, cabe la posibilidad de que una sociedad pueda instaurar un modelo de regulación ineficiente, que dispone de instituciones, reglas y procedimientos que, en la práctica, son inoperantes. De allí que a menudo sea a través del “ensayo y error” como se llegan a crear y corregir progresivamente las instituciones jurídicas;¹⁷⁷ aunque también existan intentos por elaborar teorías generales del procedimiento y del diseño institucional.¹⁷⁸

En esta sección me referiré a un conjunto de problemas persistentes en los sistemas de derecho —derivados del denominado problema de la multiplicidad normativa— que podría poner en entredicho la posibilidad práctica de una objetividad jurídica mínima. El origen de estas dificultades reside en la inevitable subjetividad de los órganos del derecho que, en el ejercicio de sus respectivas facultades y competencias, puede dar lugar a la creación de normas contradictorias, oscuras o redundantes; aunque también a la realización de actos y decisiones arbitrarias o equivocadas, así como al planteamiento de genuinos desacuerdos teóricos acerca de lo que es exigible conforme a derecho.

Para un mejor análisis, he clasificado tales problemas persistentes en tres tipos: (a) conflictos normativos, (b) actos de discrecionalidad, negligencia y corrupción, y (c) dilemas de

¹⁷⁷ Cf. McInerney, Th. F., “Justice, Complexity and Effective Governance in the 21 Century”, *loc. cit.*

¹⁷⁸ Cf. Bone, Robert G., “Making Effective Rules: The Need for Procedure Theory”, *Oklahoma Law Review*, Estados Unidos, vol. 61, núm. 2, 2008, pp. 319-340; McInerney, *ibid.*

moralidad y justicia. A continuación, explicaré cada uno de ellos, sin dejar de advertir que se trata de una clasificación artificial, pues ciertamente podríamos encontrar situaciones complejas que involucran una combinación de todas estas dificultades. A pesar de lo anterior, de acuerdo con el enfoque de una concepción dinámica del derecho y con el concepto de objetividad jurídica mínima que he defendido, todos y cada uno de estos problemas persistentes de subjetividad en el derecho son susceptibles de ser objetiva y procedimentalmente superados.

a) Conflictos normativos

Al participar diversos órganos en la producción y aplicación del derecho, existe una posibilidad siempre latente de que los individuos a cargo de ellos realicen actos, tomen decisiones o produzcan normas que son formal o materialmente incompatibles entre sí.¹⁷⁹ La incompatibilidad de normas (actos o decisiones) puede ser parcial o total, en función de las diversas condiciones de producción (órganos, facultades, procedimientos, contenidos) y ámbitos de validez normativa (material, personal, espacial y temporal). De allí que se puedan generar una gran variedad de antinomias jurídicas: conflictos de normas, conflictos de leyes, conflictos de jurisdicción, conflictos de atribuciones, conflictos de sanciones, conflictos de procedimiento, conflictos de sentencias, conflictos de precedentes, entre otros.

Por otro lado, en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho también pueden surgir ciertos conflictos con respecto a la determinación del significado y alcance de las normas jurídicas —aun cuando no se opongan o contradigan con otras normas—, dando lugar a problemas de oscuridad (cuando el contenido semántico de la norma jurídica no es claro), ambigüedad (cuando el significado de la norma jurídica admite varias interpretaciones plausibles), vaguedad (cuando los límites para la aplicación del supuesto normativo a casos concretos no están definidos), e indeterminación (cuando el supuesto de la norma general admite que ésta se individualice de diversas maneras). Y más aún, también cabe la posibilidad

¹⁷⁹ Cf. Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 215 p., p. 52 y ss.

de que surjan situaciones fácticas para las cuales no existen normas exactamente aplicables, haciendo patente la existencia de los llamados vacíos o lagunas jurídicas.¹⁸⁰

En términos generales, los conflictos normativos son problemas técnicos del derecho que, de acuerdo con la teoría jurídica dinámica que he esbozado, pueden ser superados procedimentalmente. Esto puede lograrse a través de diversos criterios de solución de conflictos, como son los tradicionales principios derogatorios de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), jerarquía (*lex superior derogat legi inferior*) o temporalidad (*lex posterior derogat legi priori*). O bien, mediante la instauración de órganos especiales para la resolución de controversias de carácter normativo, como pueden ser, por ejemplo: un tribunal superior, para resolver conflictos de competencia o jurisdicción entre jueces inferiores; una corte suprema, para zanjar controversias constitucionales; un órgano jurisprudencial colegiado, para dictar criterios de interpretación, para ampliar o restringir el significado (*intensión*) y alcance (*extensión*) de las normas, o para crear nuevo derecho con el fin de regular situaciones no previstas, y así sucesivamente.

Es importante destacar que los sistemas jurídicos pueden estar más o menos preparados, desde un punto de vista procedimental, para enfrentar y superar los eventuales conflictos normativos, así como los problemas inherentes a la aplicación e interpretación del derecho. Ciertamente no todos los sistemas de derecho cuentan con órganos especializados, ni han desarrollado reglas, instituciones y procedimientos para dirimir antinomias, interpretar los materiales jurídicos y colmar sus lagunas.¹⁸¹ Sin embargo, mientras pueda reconocerse a un órgano encargado de superar cada una de estas dificultades —así se trate de *Rex* en su soberanía ilimitada—, el sistema de derecho estará en condiciones de arribar a soluciones procedimentalmente objetivas (en un grado mínimo).

Por consiguiente, de acuerdo con la teoría procedimental del derecho que he defendido, también es parte de la naturaleza de los sistemas jurídicos contar con “reglas de cambio” que

¹⁸⁰ Cf. Bix, Brian H., “Lagunas jurídicas” (Voz), *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 157-158.

¹⁸¹ Cf. Huerta Ochoa, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, vol. XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre, 2003, pp. 927-950.

permitan modificar el contenido del derecho. Esto incluye la conformación de órganos especiales encargados de realizar progresivamente una tarea de depuración del propio sistema, mediante la invalidación o derogación de normas contradictorias o redundantes, así como el esclarecimiento de normas oscuras, ambiguas, vagas e indeterminadas.

Aquí es necesario aclarar que el hecho de que el sistema jurídico estatuya procedimientos para resolver conflictos (de normas, leyes, jurisdicción, etc.), y superar problemas técnicos de aplicación e interpretación, no implica que las soluciones que se alcancen sean moralmente *correctas*. Sin embargo, como señala H. L. A. Hart, aunque es verdad que las decisiones de los oficiales son falibles y podrían acarrear acciones profundamente injustas o inmorales, no se debe olvidar que los tribunales están constituidos por leyes, y que generalmente los sistemas jurídicos cuentan con reglas de operación y criterios de conducta para la actuación (y evaluación) de los órganos especiales.¹⁸²

Esto quiere decir que las soluciones a las que arriben los órganos encargados de resolver conflictos normativos y problemas de interpretación jurídica tienen una *fuerza institucional*.¹⁸³ Por ello, en la medida en que las decisiones alcanzadas cumplan los requisitos formales y materiales de validez jurídica, tales soluciones estarán revestidas de una objetividad jurídica procedimental (en un grado mínimo). Esa es justamente la ventaja que tiene el derecho frente a otros sistemas de normas; a saber, la capacidad de estatuir mecanismos e instituciones para zanjar, rápida y definitivamente, cualquier tipo de conflicto normativo, por una parte; y todo género de problemas derivados de la aplicación e interpretación del derecho, por el otro.¹⁸⁴

¹⁸² Cf. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a ed., Oxford, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1997, p. 144.

¹⁸³ Cf. Waluchow, W., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, 305 p., pp. 45-93.

¹⁸⁴ Cf. Hart, *op. cit.*, p. 96, en lo que él concibe como “reglas secundarias de adjudicación”.

b) *Discrecionalidad, negligencia y corrupción*

Las disposiciones normativas del derecho tienen una naturaleza esencialmente vaga e indeterminada.¹⁸⁵ Esto es así por dos razones. Primero, porque técnicamente las normas jurídicas son generales y abstractas; de modo que no es posible prever en ellas todas las singularidades de los hechos y casos concretos. Segundo, porque semánticamente el lenguaje tiene una “textura abierta”, lo cual hace que las palabras y conceptos jurídicos tengan un significado (*intensión*) y alcance (*extensión*) susceptible de ser disputado.¹⁸⁶ Bajo esas circunstancias, es necesario delegar en diversos órganos (administrativos, judiciales, privados) la tarea de determinar progresivamente los preceptos generales, en la forma de normas, actos y decisiones particulares. Según la manera específica en que los órganos jurídicos ejerzan sus funciones, el proceso de determinación normativa puede dar lugar a actos de discrecionalidad, negligencia o corrupción.

Naturalmente los sistemas jurídicos confieren un poder de discrecionalidad¹⁸⁷ a los diversos órganos encargados de producir, aplicar e interpretar el derecho, en los ámbitos de sus respectivas competencias. Las potestades conferidas pueden ser amplias o reducidas dependiendo, en general, del diseño institucional del sistema jurídico; y, en particular, de los requisitos formales y contenidos materiales que establezcan las normas superiores. Desde el punto de vista de una concepción dinámica del derecho, por lo tanto, la discrecionalidad de los órganos jurídicos —públicos o privados— está condicionada por el marco jurídico en sus

¹⁸⁵ Cf. Endicott, Timothy A. O., *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, con la colaboración de Enrique Rodríguez Trujano e Imer B. Flores, Madrid, Editorial Dykinson, 2006, 303 p. Véanse también: Hart, H. L. A., *op. cit.*, cap. VII, p. 128; Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 184.

¹⁸⁶ Cf. Hart, *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁷ Aquí sigo, en términos generales, las ideas H. L. A. Hart y Hans Kelsen. Podemos entender la “discrecionalidad jurídica” como un cierta libertad de decisión que, sin embargo, está condicionada y subordinada por normas jurídicas superiores. No se trata de una “discrecionalidad fuerte”, esto es, una libertad absoluta para realizar acciones y/o tomar decisiones que no están circunscritas por reglas o directrices generales —para lo cual prefiero usar el término de “arbitrariedad”—. La teoría de la discrecionalidad jurídica que suscribo admite la posibilidad de que los órganos del derecho puedan elegir entre varias alternativas, igualmente plausibles, en el desempeño de sus funciones; y rechaza la tesis dworkiniana de que exista una “única respuesta correcta” para cada cuestión. Cf. Hart, *ibid.*, p. 136; Kelsen, *TPD2*, *op. cit.*, p. 254; Dworkin, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, 371 p., p. 32-33; Bix, B., “Discreción” (Voz), *op. cit.*, p. 81-82; Etcheverry, Juan B., “Discrecionalidad judicial”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, vol. 2, pp. 1389-1418.

distintos niveles, el cual define las facultades, competencias, atribuciones, procedimientos y contenidos materiales a los que estos órganos deben sujetar sus normas, actos y decisiones.

Así, cuando la persona encargada de un órgano del derecho (público o privado) ejerce su poder discrecional *dentro* del marco de posibilidades delimitado por las leyes, la norma producida (acción realizada o decisión tomada) tendrá una fuerza institucional y será, por lo tanto, jurídicamente objetiva (*i.e.*, fundada en el derecho). Así, aunque tengan su origen en actos de voluntad *subjetivos*, las normas (actos y decisiones) serán jurídicamente *objetivas* si, y sólo si, cumplen los requisitos formales y materiales establecidos por normas superiores. Pongamos un par de ejemplos para ilustrar la discrecionalidad jurídica de órganos privados y públicos del derecho.

Pensemos en una pareja que ha decidido casarse y no tener hijos. Supongamos que la Constitución contiene una norma que declara que «toda persona tiene derecho a formar una familia». Sin embargo, para formar una familia, la Constitución ciertamente no nos dice *con quién* (si acaso) uno debe casarse, ni *cuántos* hijos (si acaso) uno debe tener. Desde luego, está en la libertad de cada uno determinar quién (si acaso) es la persona indicada para formar una familia; del mismo modo que cada pareja está en libertad de contraer nupcias (si acaso) y tener hijos o adoptarlos (si acaso). Aquí lo importante es que todas estas posibilidades (elegir una pareja, casarse, formar una familia, procrear, adoptar hijos, etcétera) constituyen decisiones discrecionales (subjetivas), que están condicionadas por la Constitución y el derecho. Por lo tanto, una vez que son tomadas, tales elecciones se convierten en decisiones jurídicamente objetivas¹⁸⁸ —lo que, dicho sea de paso, equivale a tener el poder de reclamar jurídicamente su defensa y protección—.

En el caso de órganos públicos, por otra parte, imaginemos a un juez penal que tiene en el ámbito de su competencia el poder de decidir si condena a un individuo, que cometió el delito de homicidio, con una pena de ocho a veinte años de prisión. En este caso, la norma general que define el delito podría establecer sólo el rango temporal de la pena, pero no la duración exacta que el juez debe decretar como sanción. Después de considerar las

¹⁸⁸ Lo que Raz denomina “guías indeterminadas”. *Cf. supra*, sección 1. “Funciones del derecho”, p. 59-60.

disposiciones normativas del derecho que son aplicables, así como las circunstancias concretas del caso, el juez debe decidir si impone al responsable del delito una pena de ocho, nueve, diez, once o veinte años de prisión. Aunque el fallo del juez es *subjetivo* —en el sentido de que es una decisión tomada por un sujeto— su sentencia particular será *objetiva* si está adecuadamente fundada en derecho, por un lado, y motivada en los hechos, por el otro. Es decir, el juez habrá dictado una sentencia objetiva en la medida en que su decisión —necesariamente discrecional— se ajuste a los requisitos formales y materiales de validez jurídica (fundamentación); y en tanto haya elementos que acreditan la ocurrencia de ciertos hechos en la realidad (motivación).¹⁸⁹

Ahora bien, las personas pueden ejercer legalmente sus funciones y tomar decisiones discrecionales de una manera *objetiva*; esto es, con fundamento en normas de derecho. Pero también puede ocurrir que las personas fracasen en su intento de ejercer objetivamente su discrecionalidad; ya sea por error, negligencia, falta de pericia o sensatez en el cargo. Y más aún, también es posible imaginar que ciertos individuos utilicen su poder discrecional de una manera despótica o arbitraria, ignorando deliberadamente los límites legales que restringen sus facultades o atribuciones, para dar paso a actos de corrupción y abuso de poder.¹⁹⁰

Con estas ideas en mente podemos plantear las siguientes preguntas: ¿Cómo saber si el proceso de concretización de una norma (acto o decisión) —en el tránsito de una grada superior a una inferior— constituye un ejercicio legal de discrecionalidad y no un acto ilegal de arbitrariedad? ¿Cuáles son los criterios para determinar que los actos y decisiones que toman las personas se *ajustan* adecuadamente a los esquemas normativos del derecho? La respuesta a estas preguntas está, de nuevo, en las reglas y procedimientos que el propio sistema jurídico diseña para revisar la actuación de los órganos jurídicos.

A diferencia de los conflictos normativos expuestos en la sección anterior —donde básicamente lo que se requiere es discutir los significados y alcances de las *normas jurídicas*—, en los casos de negligencia y corrupción lo que regularmente está en disputa es la juridicidad

¹⁸⁹ Lo que nos lleva al problema de investigar la verdad de los hechos “por fuera del mundo del derecho”, empleando métodos y saberes extrajurídicos (científicos, técnicos, psicológicos). Cf. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 4ª ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2011, 542 p.

¹⁹⁰ Cf. Cano Valle, Fernando; Campos Campos, Alberto, Cáceres Nieto, Enrique y Díaz Aranda, Enrique (coords.), *Dispraxis*, 2a. ed., México, UNAM, IJ, 2012, 334 p.

de ciertos *hechos* y *acciones* realizadas por las personas. Para evaluar la manera en que actuaron los órganos del derecho (públicos y privados), en efecto, es necesario investigar y probar la existencia de conductas fácticas y estados de cosas; además de demostrar que estas acciones se apegan, o apartan, de las disposiciones normativas.

Aquí es crucial señalar la importancia que tiene la investigación de los hechos para la objetividad jurídica, especialmente en el ámbito de la aplicación y adjudicación del derecho. Por desgracia, como apunta William Twining, entre los juristas y filósofos del derecho ha predominado una concepción de la objetividad jurídica que se ocupa casi exclusivamente de la interpretación del derecho¹⁹¹ —ya sea desde una perspectiva constitucional, originalista, exegética, política, moral, económica u otra—. Con ello se ha asumido que el análisis de las evidencias, y de los resultados que ofrecen las ciencias especializadas en investigación empírica, tan sólo tienen un papel secundario.¹⁹²

Sin embargo, la interpretación jurídica no puede decirnos si un paciente de hospital público efectivamente recibió (o no) una inadecuada atención médica. La negligencia del personal médico no necesita ser *construida* desde la norma constitucional que protege el derecho a la salud, sino probarse puntualmente con estudios diagnósticos, análisis clínicos y dictámenes de responsabilidad médica, entre otros elementos. Un órgano jurídico especializado en servicios de salud será la instancia encargada de valorar las evidencias recabadas —no sólo las normas jurídicas— y, en su momento, determinar si el médico incurrió en errores u omisiones en su práctica profesional. De allí que la tarea de comprobar actos de negligencia sea una cuestión que descansa, de una manera decisiva, en la prueba de los hechos.

De igual modo, la interpretación jurídica es incapaz de determinar si un grupo de policías realmente cometió (o no) actos deliberados de tortura contra un ciudadano. De nuevo, para probar la existencia de hechos constitutivos de tortura, es preciso seguir los procedimientos de investigación empírica definidos por el sistema de procuración de justicia. Utilizar, por ejemplo, el *Protocolo de Estambul*: un instrumento internacional que proporciona

¹⁹¹ Por ejemplo, Stavropoulos, Nicos, *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 216 p.

¹⁹² Twining, William, “Taking Facts Seriously”, *Journal of Legal Education*, vol. 34, núm. 1, marzo, 1984, pp. 22-42; Twining, William, “Taking Facts Seriously –Again”, *Journal of Legal Education*, vol. 55, núm. 3, septiembre, 2005, pp. 360-380.

un conjunto de directrices para investigar y documentar eficazmente casos de tortura, así como la imposición de tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes. Tales directrices permitirán al órgano encargado de la investigación recabar testimonios, dictámenes médicos, exámenes psicológicos, fotografías, y otras evidencias para demostrar la existencia fáctica de tortura, identificar a los responsables de los hechos y reclamar justicia ante el órgano competente.

La posibilidad de acceder a grandes cantidades de información fáctica confiable es fundamental para tomar decisiones y cursos de acción apropiados, tanto en la dimensión personal, como en los ámbitos social y público.¹⁹³ En las últimas décadas, el avance de la tecnología ha promovido el desarrollo de las ciencias forenses y criminalísticas en la investigación de los hechos. Muchos casos, en el ámbito de la justicia penal, pueden ser resueltos mediante la realización de pruebas de identidad genética, análisis de química sanguínea, estudios de toxicología, exámenes ginecológicos, peritajes de balística, dactiloscopia, mecánica de lesiones, entre otros.¹⁹⁴ Esto ha permitido poner en disposición de los operadores jurídicos un conjunto de metodologías y herramientas de conocimiento científico que contribuyen a orientar y justificar técnicamente sus decisiones. Pero no sólo eso, eventualmente estos mismos conocimientos empíricos y materiales de prueba pueden ser utilizados por otras autoridades —e incluso particulares— para revisar e impugnar las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos en casos de abuso de autoridad, desaparición forzada de personas, tortura, ejecuciones extrajudiciales, violaciones sexuales, enriquecimiento ilícito, desvío de recursos, tráfico de influencias, fraudes electorales, etcétera.

Por lo tanto, al revisar las acciones y decisiones concretas de los órganos jurídicos, con el fin de determinar si, en el ejercicio de sus funciones, han incurrido en actos de negligencia o arbitrariedad, es necesario investigar dos cosas. Por un lado, la verdad de ciertas proposiciones normativas, con base en diversos materiales jurídicos (Constitución, leyes,

¹⁹³ Cf. Frankfurt, Harry G., *On Truth*, New York, Alfred A. Knopf, 2006, 101 p., sección II.

¹⁹⁴ Estos ejemplos son comunes en el ámbito de la justicia penal. Sin embargo, también en el ámbito administrativo las autoridades pueden incorporar en sus decisiones los resultados alcanzados por otras disciplinas, como ocurre con los dictámenes de impacto ambiental y mecánica de suelos; alertas epidemiológicas y estudios de riesgo biológico; certificaciones de salubridad en alimentos y medicinas; declaratorias de monumentos históricos o atísticos; informes de auditorías fiscales y contables, entre otros.

reglamentos, precedentes judiciales, etcétera). Por otra parte, la verdad de ciertas proposiciones fácticas, con ayuda del conocimiento científico, perceptual, lógico, inferencial.¹⁹⁵

De acuerdo con Twining, una teoría de la adjudicación que ignora el estudio de cuestiones fácticas, procedimentales y de disposición, es incompleta y poco consistente. Sin embargo, considero que esto es cierto no sólo para el ámbito judicial. También los órganos ejecutivos producen normas reglamentarias que eventualmente podrían ser revisadas en su legalidad o constitucionalidad. Sin duda alguna, los funcionarios administrativos pueden realizar acciones y tomar decisiones que son susceptibles de ser investigadas. Porque solamente a través de la investigación de los hechos podemos determinar si esas acciones fueron correctas o equivocadas, discrecionales o arbitrarias.

c) Dilemas de moralidad y justicia

En las secciones anteriores he caracterizado dos tipos de problemas persistentes de subjetividad en el ejercicio del derecho. En primer lugar, me referí a los *conflictos normativos* que se generan cuando diversos órganos jurídicos, legalmente facultados, producen normas (actos o decisiones) que son, en alguna medida, incompatibles entre ellas. En segundo lugar, me concentré en analizar aquellos actos o decisiones de personas que, por *negligencia* o *corrupción*, se alejan de los patrones de conducta definidos por el marco legal. En ambos casos, el sistema jurídico puede introducir órganos, reglas y procedimientos para resolver los conflictos normativos, por un lado; o para investigar los vicios o irregularidades fácticas que pudieran darse en la aplicación del derecho, por el otro. Se trata de mecanismos que garantizan un correcto funcionamiento institucional del derecho.

En esta última sección me referiré brevemente a aquellos otros problemas de subjetividad que involucran desacuerdos teóricos acerca lo que debería considerarse como derecho. De manera notable, Ronald Dworkin ha explicado que a menudo los debates

¹⁹⁵ Lo que Twining denomina “derecho de la evidencia”, un campo de estudio que se apoya de diversas disciplinas: teoría de la complejidad, inteligencia artificial, aplicaciones computacionales, teoría narrativa, psicología forense, estadística, el razonamiento de escenarios, entre otros. *Cf. id.*

jurídicos pueden plantear tres tipos de cuestiones: preguntas sobre el derecho, preguntas sobre los hechos y preguntas sobre moralidad y justicia.¹⁹⁶ En este último caso, lo que está a discusión no es el significado semántico de las normas jurídicas, ni la prueba científica de los hechos, sino nuestra manera de concebir o entender el derecho.¹⁹⁷

El derecho positivo contemporáneo ha evolucionado desde un punto de vista procedimental.¹⁹⁸ Actualmente los sistemas jurídicos cuentan con una gran variedad de mecanismos e instituciones para resolver conflictos de normas, así como para controlar y vigilar las disposiciones y actuaciones de sus funcionarios.¹⁹⁹ Sin embargo, hay ciertos tipos de problemas que no son sencillos de solucionar, debido a los conceptos de moralidad y justicia que están sobre la mesa de discusión. ¿Debería despenalizarse el aborto (al menos durante las primeras doce semanas)? ¿El derecho debería permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo? ¿Debería ser legal la adopción de menores por familias homoparentales? ¿Deberíamos legalizar el uso de la marihuana? ¿Deberíamos permitir la eutanasia activa? ¿Deberíamos prohibir la pornografía?

Ciertamente un sistema jurídico puede establecer órganos y procedimientos para zanjar todo tipo de disputas. Hay casos fáciles que pueden ser resueltos con relativa sencillez. En un conflicto de jurisdicción entre los jueces A y B, por ejemplo, podría ser suficiente con que un tribunal superior decida quién es juez competente. En casos de negligencia o abuso de poder, como hemos visto, la investigación científica de los hechos es crucial para determinar la existencia de una conducta fáctica o estado de cosas. Así, por ejemplo, para determinar si un funcionario de gobierno desvió recursos del erario, y por lo tanto tiene una responsabilidad

¹⁹⁶ Cf. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Harvard, 1986, cap. 1.

¹⁹⁷ En este punto considero que es muy recomendable diferenciar la pregunta “¿Qué *es* el derecho?” de aquella muy distinta “¿Qué *debería ser* el derecho?”. De otro modo, podríamos caer en el error de confundir la teoría del derecho con la teoría de la adjudicación. Cf. Waluchow, W., *Positivism jurídico incluyente*, p. 45-46; Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., cap. II.

¹⁹⁸ Cabe decir que los sistemas jurídicos también pueden retroceder procedimentalmente. En efecto, las sociedades pueden estatuir mecanismos e instituciones disfuncionales: malos procedimientos electorales, procedimientos de justicia ineficientes, procedimientos fiscales inoperantes, y así sucesivamente.

¹⁹⁹ Por ejemplo, el juicio de amparo, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, medios de impugnación, recursos de revisión, tribunales de apelación, cortes supremas, órganos colegiados, comisiones de honor y justicia, órganos de fiscalización y rendición de cuentas, entre otros.

penal, habrá que probar ese hecho con los resultados técnicos de una auditoría administrativa y financiera.

Sin embargo, el procedimiento no nos dice, en sí mismo, cómo debemos resolver el problema del aborto. Y de manera similar, la ciencia tampoco puede decirnos, ella sola, si es correcto o incorrecto permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Para resolver dilemas de moralidad y justicia (eutanasia, pena de muerte, adopción homoparental, etcétera) es necesario emprender una reflexión sustantiva de las cosas. Hacer una evaluación racional en la que probablemente tendremos que esgrimir argumentos políticos, morales o económicos; no sólo argumentos jurídicos o científicos.

Esto nos lleva a considerar la posibilidad de que existan decisiones procedimentalmente objetivas —tomadas por órganos facultados que siguieron las reglas establecidas en el marco jurídico— que, sin embargo, podrían encarnar decisiones moralmente inicuas o políticamente injustas. En efecto, es posible que encontremos decisiones jurídicas que tienen una justificación legal, pero no una legitimidad moral o una legitimidad política. Habrá casos en los que la objetividad jurídica mínima que garantizan los procedimientos e instituciones del derecho no sean suficientes para alcanzar una solución política o moralmente adecuada.

Las sociedades no buscan solamente que las decisiones que toman las autoridades sean alcanzadas de conformidad con la ley. Las sociedades esperan, además, que las leyes sean *justas*; que las decisiones de las autoridades sean *moralmente correctas*. Para las sociedades modernas, el derecho es un instrumento para la realización de metas sociales, ideales y valores, como son la justicia y la democracia. En efecto, ¿por qué tendríamos que obedecer las órdenes y decisiones de las autoridades, perfectamente legales, si sus decisiones son profundamente injustas? ¿Por qué tendríamos que guiar nuestra conducta a través de disposiciones normativas (legales, estatutarias, reglamentarias) cuyo contenido podría ser irracional?

Así, dependiendo del tipo de problema del que se trate (sobre el derecho, sobre los hechos, sobre moralidad y justicia) será el tipo de solución que se requiera. Pero es muy importante declarar lo siguiente: también los dilemas de moralidad y justicia deben desahogarse procedimentalmente. En ausencia de reglas jurídicas mínimas para debatir racionalmente los problemas de moralidad y justicia, será más difícil —si no imposible— alcanzar una solución

sustantivamente objetiva (en una dimensión modesta) frente a asuntos moralmente controvertidos. En esto tiene razón Lon Fuller: la *moral interna* del derecho incrementa las posibilidades de materializar una *moral externa*.

En resumen

Mi enfoque procedimental sostiene que una función central del derecho consiste en la creación ordinaria de normas jurídicas válidas para dirección prospectiva de la conducta de las personas. Además, por su naturaleza dinámica, los sistemas jurídicos también tienen la capacidad de instituir mecanismos y procedimientos para controlar, vigilar y corregir el desempeño de los órganos jurídicos (en especial de los funcionarios públicos), mediante la revisión retrospectiva de sus actuaciones. Así, para mejorar las probabilidades de un buen funcionamiento administrativo del derecho, los sistemas jurídicos disponen de órganos, instituciones y procedimientos para vigilar e investigar la existencia de errores o vicios en la producción, aplicación, adjudicación e interpretación de las normas jurídicas.

No obstante, quiero concluir este apartado señalando que no podemos aspirar a una objetividad jurídica de carácter exclusivamente formal. No basta con que el derecho tenga la capacidad teórica de dirigir la conducta a través de reglas generales, claras, prospectivas, etcétera. También se requiere estudiar aquellos mecanismos y procedimientos de los que dispone el derecho para revisar las actuaciones de los órganos públicos y para investigar los hechos. Una teoría completa de la objetividad jurídica debe tener la capacidad de explicar cómo se ejerce el poder en la práctica. Esto incluye dar cuenta de los procedimientos para la revisión e invalidación de normas (actos y decisiones); pero también los procedimientos para investigar la realidad jurídica de los hechos.

5. Conclusiones

En este capítulo he articulado, con base en una teoría dinámica del derecho, un enfoque procedimental de la objetividad jurídica mínima. Desde esta perspectiva, la objetividad en el derecho está garantizada por la existencia de normas específicas que estatuyen órganos, facultades, procedimientos y contenidos para la producción, aplicación, interpretación o adjudicación del derecho. En esa medida, el derecho es un instrumento para definir las condiciones de objetividad legal de actos y decisiones humanas, en un contexto de regulación social. El sistema jurídico, por lo tanto, tiene la propiedad conceptual de servir como marco de referencia para fundamentar la exigencia de ciertas conductas, o para criticar el comportamiento de las personas.

En el primer apartado de este capítulo expliqué las funciones conceptuales del derecho, que básicamente son dos: las funciones normativas (al estatuir los fundamentos para la dirección y crítica de la conducta humana), y las funciones sociales (al proporcionar reglas para promover conductas deseables, reglas para la interacción de las personas, reglas para la distribución de bienes y servicios, y reglas para la resolución de conflictos entre las personas). Así, he demostrado que el derecho funge, en efecto, como un instrumento público del que se vale una comunidad para definir cursos de acción e interacción exigibles, sancionar comportamientos inadecuados, buscar resultados comunes y tomar decisiones legalmente justificadas. Al tener claridad acerca de las funciones del derecho, podemos comprender de mejor manera en qué consiste un funcionamiento correcto del derecho.

En el segundo apartado examiné el argumento de la *moral interna* de Lon Fuller, el cual afirma que el funcionamiento del derecho debe estar orientado por ocho principios, si se aspira a llevar con éxito su misión directiva de la conducta, a saber: generalidad, publicidad, claridad, prospectividad, consistencia, factibilidad, estabilidad y congruencia. En particular, sostuve que este argumento representa una tesis *normativa* del derecho, pero no una tesis conceptual. Es una tesis normativa porque establece una serie de pautas deseables acerca del buen ejercicio o la buena administración del derecho. Sin embargo, la tarea de definir las circunstancias prácticas del buen funcionamiento del derecho es una labor distinta que definir teóricamente

sus propiedades conceptuales. El análisis de Fuller, no obstante, es interesante en la medida en que establece pautas básicas para el control burocrático y la racionalidad administrativa del derecho.

En el tercer apartado argumenté que la objetividad jurídica (en grado mínimo) no está garantizada por una moral interna constituida por principios abstractos, sino por los procedimientos específicos que dirigen el funcionamiento del derecho. En efecto, el derecho tiene una serie de órganos, que han sido facultados por la Constitución y las leyes, y se ha impuesto sobre ellos la exigencia de seguir determinadas reglas y procedimientos en sus tareas de producción, aplicación, interpretación y adjudicación del derecho. Además, los sistemas jurídicos pueden establecer un conjunto de requisitos sustantivos, que condicionan el contenido de las normas (actos o decisiones) subsecuentes. Estas disposiciones de contenido funcionan como controles para determinar, en forma negativa, el contenido de las normas (actos y decisiones) de los funcionarios.

En el cuarto apartado expliqué que, en la práctica cotidiana del derecho, es común que los operadores jurídicos examinen los actos y omisiones, tanto de ciudadanos como de autoridades, en función de los marcos normativos. Se trata de investigar procedimentalmente si los significados normativos creados por los diversos órganos del derecho (funcionarios legislativos, administrativos y judiciales, pero también particulares y personas morales) cumplen con los requisitos formales y materiales de validez jurídica en los distintos niveles del orden jurídico. En ese sentido, el sistema jurídico ha erigido órganos encargados de realizar un examen legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, por mencionar los más comunes. También podemos realizar un examen de objetividad jurídica en función de estatutos, reglamentos, protocolos, precedentes judiciales, directrices, entre otros.

Como discutiré en el siguiente capítulo, un error de las teorías no-positivistas consiste en circunscribir su concepción del derecho al ámbito de la adjudicación. Esto es, la idea de que el derecho es únicamente aquello que se determina en los tribunales, a través de decisiones judiciales, restando importancia a las directrices y modelos de conducta, contenidos en diversos ordenamientos, para guiar y evaluar las conductas de ciudadanos y funcionarios. Para un autor como Ronald Dworkin, las normas publicadas en las leyes y reglamentos no

constituyen por sí mismos derecho. Son solamente las “bases” o “fundamentos” para definir, en la etapa de adjudicación, el derecho. Como he argumentado en este capítulo, el derecho desempeña funciones normativas y sociales muy importantes, que son indispensable para una vida en sociedad, puesto que permiten a las personas tomar decisiones y tener certeza sobre los comportamientos que podemos esperar de los demás. Además, es parte de la naturaleza del derecho generar mecanismos para su auto-regulación, mediante instituciones y procedimientos para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema jurídico.

Mis conclusiones pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

PRIMERO. Los sistemas jurídicos desempeñan diversas funciones normativas, entre las cuales destacan la dirección y evaluación de la conducta humana. En esa medida, el derecho es un instrumento social para instituir patrones de comportamiento recíprocamente exigibles, mismos que pueden ser tomados por ciudadanos y oficiales como razones jurídicas para actuar (fundamentos de acción), o razones jurídicas para criticar la conducta de los demás (fundamentos de crítica).

SEGUNDO. Los sistemas jurídicos también desempeñan funciones sociales, como son el establecimiento de condiciones generales para la interacción, la promoción de conductas deseables; reglas para acceder a servicios básicos y distribución de bienes; y la creación de mecanismos para resolver disputas en muchos niveles y dimensiones. De manera similar, en el ámbito de la administración pública, el derecho define los órganos, facultades, procedimientos y contenidos necesarios para crear y modificar el derecho progresivamente, así como reglas para dirigir y controlar a los órganos aplicadores del derecho.

TERCERO. El desempeño de las funciones normativas y sociales del derecho contribuye a que los individuos en general tengan *certidumbre*, en cuanto a las expectativas de comportamiento recíproco, y *seguridad*, en cuanto al hecho de que el cumplimiento de las reglas es inexorable.

CUARTO. Para explicar la naturaleza dinámica del derecho —en cuanto a sus múltiples procesos de producción, reforma y anulación— es muy útil contar con una teoría de la norma jurídica simple. Esta teoría permite explicar la manera en que se constituyen formalmente los diversos significados normativos, junto con los procesos de producción y aplicación de normas jurídicas, a partir de los requisitos formales y materiales de validez jurídica.

QUINTO. Desde mi perspectiva —y a diferencia del enfoque de Fuller— las *condiciones de legalidad* que demanda el “estado de derecho” no se pueden garantizar, por arte de magia, con los principios de la moral interna. Sólo se pueden satisfacer a través de los requisitos formales y materiales de validez que cada sistema exige para reconocer la juridicidad de los actos realizados por los órganos del derecho; en especial, aquellos realizados por las autoridades.

SEXTO. Desde una perspectiva dinámica, los sistemas jurídicos tienen la capacidad de estatuir normas y mecanismos para regular el funcionamiento del derecho y, en particular, para controlar el ejercicio del poder público. La objetividad jurídica se puede garantizar con el establecimiento instituciones y procedimientos eficaces para vigilar, revisar, corregir y sancionar a los órganos del derecho cuando actúan de manera negligente, o cuando cometen actos de corrupción y abuso de poder.

CAPÍTULO TERCERO

Objetividad sustantiva en el derecho

Al final del capítulo anterior advertí que hay ciertos problemas de moralidad y justicia que un enfoque procedimental de la objetividad jurídica podría no ser capaz de resolver satisfactoriamente. Por ejemplo, ¿cómo *deberíamos* legislar (o adjudicar) en materia de aborto, eutanasia, matrimonio igualitario, adopción homoparental, consumo lúdico de marihuana, pornografía y libertad de expresión?²⁰⁰ Desde una perspectiva procedimental, claro está, un sistema jurídico podría contar con instancias formalmente competentes para conocer cada una de estas cuestiones. Las leyes podrían especificar las facultades que tienen los órganos jurídicos, además de las reglas y procedimientos que deben seguir, para tomar decisiones legalmente válidas. Así, en la medida en que se cumplan los requisitos legales de forma y contenido que correspondan, un sistema jurídico estará en condiciones de garantizar que las soluciones que alcancen sus oficiales serán institucionalmente objetivas.

Sin embargo, la naturaleza procedimental del derecho, por sí misma, nada dice en cuanto a si tales decisiones —legalmente válidas e institucionalmente objetivas— son las más adecuadas o convenientes desde un punto de vista moral, social o político. Esto se debe a que, al seguir las premisas del positivismo jurídico, mi enfoque procedimental de objetividad jurídica es moralmente agnóstico y normativamente inerte.²⁰¹ Así, por ejemplo, en la discusión particular sobre el aborto, con respecto a si la vida humana debiera protegerse desde el momento de la concepción o después de la decimosegunda semana de gestación, el congreso legislativo o un tribunal constitucional podrían pronunciarse objetivamente en un sentido o en otro. De tal modo que, mientras se cumpla con el estándar mínimo de una objetividad jurídica procedimental al tomar la decisión, el resultado final puede parecer irrelevante.²⁰²

²⁰⁰ Estos ejemplos involucran, efectivamente, una discusión de conceptos de justicia y moralidad política. Cf. Dworkin, Ronald M., “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, trad. de Imer B. Flores, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 7, julio-diciembre, 2002, pp. 3-52.

²⁰¹ Cf. Gardner, John, “Legal Positivism: 5½ Myths”, en Gardner, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 19-53.

²⁰² Esto, desde luego, es una simplificación. Desde un punto de vista procedimental, el hecho de que una alternativa sea más plausible que otra(s) depende del contenido particular de las normas superiores del sistema. Así, una Constitución política liberal, comprometida con los valores de la libertad y la

No obstante, aquí es preciso advertir que una *mala* decisión institucional puede generar que las personas tengan una mayor incertidumbre, escepticismo e, incluso, un sentimiento de animadversión hacia las autoridades. El hecho de que una norma (acto o decisión) tenga un fundamento legal, no implica necesariamente que posea una justificación moral, social o política. Que una decisión sea tomada *conforme* a derecho, no significa que sea la *mejor* decisión. ¿Cómo podría saber la ciudadanía que los órganos jurídicos están tomando decisiones *correctas*, más allá de que sigan al pie de la letra los procedimientos institucionales que establece el derecho? Esto no debería sorprendernos. Como ha enseñado la escuela del *positivismo jurídico*, desde John Austin: «La existencia del derecho [positivo] es una cosa; su mérito o demérito, es otra».²⁰³

Hay que entender, por consiguiente, que una objetividad jurídica procedimental es distinta con respecto a una objetividad jurídica sustantiva. Tarde o temprano, en la arena de la opinión pública las exigencias del derecho positivo, así como las decisiones ordinarias de sus oficiales, habrán de ser sometidas al escrutinio de la moral.²⁰⁴ Con independencia de la objetividad jurídica mínima que garantiza un funcionamiento regular de las instituciones, las sociedades reclaman igualmente contar con argumentos *de fondo* que demuestren que las decisiones que están tomando las autoridades no solamente son legales, sino también legítimas, moralmente valiosas y/o socialmente convenientes. Este hecho revela la existencia de una conexión esencial entre las exigencias del sistema jurídico y el sentido de moralidad con el que se conducen los ciudadanos.

El contenido del derecho positivo, en consecuencia, es un asunto del más alto interés público. Por ello, los órganos jurídicos no pueden gobernar ignorando sencillamente los fines,

autodeterminación personal, muy probablemente llevará a legisladores y jueces a privilegiar los derechos reproductivos de la mujer, por encima de los potenciales derechos de un embrión, en la discusión sobre la legalidad del aborto. Desde la perspectiva dinámica de un orden jurídico jerarquizado, las normas constitucionales (así como, tratados internacionales, leyes generales, precedentes judiciales, etcétera) predisponen el tipo de normas particulares (actos y decisiones) que pueden ejecutar los órganos jurídicos subsecuentes.

²⁰³ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined; and The Uses of the Study of Jurisprudence*, con una introducción de H. L. A. Hart, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998, 396 p. “Lecture V”, p. 184.

²⁰⁴ Cf. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 210, donde admite que: “...however great the aura of majesty or authority which the official system may have, its demands must in the end be submitted to a moral scrutiny” [“...sin importar el gran halo de majestuosidad o autoridad que pueda tener el sistema oficial, sus exigencias tendrán que ser sometidas, a final de cuentas, al escrutinio de la moral” (la traducción es mía)].

valores y necesidades que demanda la realidad social.²⁰⁵ Del mismo modo que la filosofía jurídica —en tanto disciplina encargada de teorizar sobre el derecho— eventualmente no podrá desconectarse de las razones fundamentales que explican la vida social y política de una comunidad.²⁰⁶

Por lo anterior, considero que es de suma importancia explorar aquella otra provincia de la *Jurisprudencia* (normativa), que Austin denominó (ciencia de la) “Legislación”,²⁰⁷ para discutir la plausibilidad de las teorías y doctrinas que investigan *cómo debería ser el derecho*.²⁰⁸ Esto nos llevará a concentrarnos en la llamada “moral externa” del derecho, que aglutina un conjunto de valores culturales, ideales políticos y metas sociales en torno a los cuales se erige una comunidad, con el objetivo de extraer criterios sustantivos que permitan orientar a los órganos públicos y privados en varias tareas: en la producción de normas jurídicas; en la resolución de casos difíciles; en el diseño de mejores instituciones y procedimientos para organizar la vida social; en la determinación particular del contenido de las normas (actos o decisiones); en la interpretación constitucional, entre otras.²⁰⁹ En síntesis, habremos de embarcarnos en una reflexión más profunda y amplia sobre el fenómeno normativo, para

²⁰⁵ Es decir, desde luego que los oficiales pueden erigir, sobre los hombros del derecho, un régimen de tiranía y violencia: promulgar leyes inmorales, tomar decisiones legales impopulares, hacer valer sus determinaciones por medio de la fuerza estatal, y así sucesivamente. Pero hacerlo así tiene un costo social, pues ello implica menoscabar ese sentimiento de adhesión voluntaria a la autoridad del derecho —la *fidelidad* ciudadana— hasta el punto de generar una inestabilidad política que haga imposible el funcionamiento de un sistema de reglas. Esta misma idea es sugerida por Lon L. Fuller. Véase *The Morality of Law* (rev. ed.), New Haven and London, Yale University Press, 1969, p. 40: “When this bond of reciprocity is finally and completely ruptured by government, nothing is left on which to ground the citizen’s duty to observe the rules”.

²⁰⁶ Cf. Postema, Gerarld J., “Jurisprudence, the Sociable Science”, *Virginia Law Review*, Estados Unidos, vol. 101, junio, 2015, p. 884.

²⁰⁷ De acuerdo con Austin, la “Legislación” es una ciencia, aunque también un *arte*, sobre lo que debería hacerse para crear *buenas* leyes; se trata de un campo de estudio acerca de los méritos y deméritos del derecho. Cf. Austin, John, “The Uses of the Study of Jurisprudence”, en Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined; and The Uses of the Study of Jurisprudence*, con una introducción de H. L. A. Hart, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998, p. 372.

²⁰⁸ En este punto también sigo la sugerencia de Nigel Simmonds de que la filosofía del derecho es un campo de estudio dual que contiene una teoría descriptiva sobre la naturaleza y funcionamiento del derecho, pero también ofrece una reflexión moral acerca de la legitimidad y la fuerza justificatoria del derecho. Cf. Simmonds, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (reimpresión de 2010), 209 p., pp. 2-5.

²⁰⁹ Como argumentaré más adelante, esto no quiere decir que los méritos formen parte de las condiciones de validez jurídica. El papel de la moral, como sugiriera Lon Fuller, es *externo* al derecho.

desarrollar un concepto *sustantivo* de objetividad jurídica que nos ayude a enfrentar y superar problemas prácticos de moralidad y justicia.

Ahora bien, mucho se ha debatido sobre las múltiples relaciones que guardan el derecho y la moral; y de qué manera ciertos hechos morales podrían condicionar sustantivamente el contenido del derecho. En especial, es particularmente polémica la idea de que el derecho tiene su origen y fundamento en una moral. Pero ¿de qué “moral” hablamos? ¿Se trata de una moral personal? ¿Una moral social? ¿Una moral pública? ¿Una moral universal? Estas discusiones no podrán llevarnos a conclusiones sólidas sin antes aclarar la noción misma de *moral*, y la forma en que se constituye entre las personas un sentido de *moralidad*.²¹⁰

Por lo tanto, en este capítulo tercero intentaré articular un concepto *sustantivo* de objetividad jurídica *modesta*,²¹¹ a partir de la idea de que el derecho se encuentra, presuntamente, en una relación de dependencia con respecto a la naturaleza, por un lado, y a un fenómeno de normas sociales pre-jurídicas (de naturaleza moral), por el otro. Mi propósito consiste en demostrar que el derecho no puede tener “cualquier contenido”, puesto que la manera de ser del mundo, y el sentido de moralidad —sus nociones comunes sobre «bueno», «malo», «justo», «injusto», «correcto», «incorrecto»— que se ha constituido entre los grupos sociales, introducen una serie de condicionamientos que restringen, al menos en forma negativa, el contenido del derecho. En otras palabras, argumentaré que hay un conjunto de hechos naturales y morales que condicionan sustantivamente el contenido del derecho.²¹² En última instancia, sobre la base de esos condicionamientos naturales y morales, buscaré sentar las bases para desarrollar una ética *no ontológica* para el derecho.²¹³

²¹⁰ Esta cuestión será discutida en la sección 4 del presente capítulo.

²¹¹ Como señalé en el capítulo primero, en la presente investigación no defenderé ninguna forma de objetividad jurídica *fuerte*, debido a la posición epistemológica pragmática y anti-realista que he asumido. En contraste, me propongo defender un concepto de objetividad jurídica *modesta*, con base en los valores públicos de una moral externa, *a posteriori*, histórica y relativa. Desde mi enfoque, los eventuales conceptos, ideales o valores (morales, políticos, científicos, económicos, culturales, históricos, religiosos, etcétera) que juegan un papel sustantivo en la orientación y determinación material del derecho, también son convencionales (en un nivel profundo), de acuerdo con la perspectiva pragmatista que he suscrito.

²¹² Como veremos más adelante, hay hechos políticos, históricos, científicos, económicos, geográficos, climáticos y ecológicos, entre otros, que también pueden condicionar sustantivamente el contenido del derecho.

²¹³ Cf. Putnam, Hilary, *Ethics without Ontology*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, 160 p.

Para ello procederé de la siguiente forma. En la sección 1 presentaré lo que he denominado *tesis del voluntarismo jurídico*, una idea recurrentemente atribuida a las teorías jurídicas positivistas con la cual quiero problematizar el “mito” de que el derecho puede tener “cualquier contenido”.²¹⁴ En la sección 2 discutiré los términos y alcances de otro presunto dogma del positivismo jurídico, la *tesis de la separación* conceptual entre el derecho y la moral, para aclarar el tipo de relación que puede darse entre ambos fenómenos normativos. En la sección 3 explicaré la manera en que ciertos hechos de la naturaleza condicionan necesariamente la interacción social y las reglas morales de una comunidad. En la sección 4 analizaré distintos conceptos de moralidad, así como sus implicaciones normativas, para condicionar el contenido del derecho. En la sección 5, con base en el paradigma de una moral liberal, intentaré desarrollar los fundamentos de una ética del derecho, donde las nociones de «persona moral», «dignidad humana» y «derechos humanos» ocuparán un lugar central. En la sección 6 expondré mis conclusiones sobre la posibilidad de una objetividad jurídica sustantivamente *modesta*.

²¹⁴ Un *mito* del positivismo jurídico que ciertamente no es abordado por John Gardner. Cf. Gardner, J., “Legal Positivism: 5½ Myths”, en Gardner, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 19-53.

1. El problema del voluntarismo jurídico

Tradicionalmente se ha atribuido al positivismo jurídico la creencia de que el derecho “puede tener cualquier contenido”.²¹⁵ Esta idea podría tener su origen en lo que denominaré la *tesis del voluntarismo jurídico*; es decir, la afirmación de que el contenido del derecho positivo está determinado exclusivamente por la voluntad humana. A pesar de que las diversas teorías jurídicas positivistas tienen diferencias importantes en cuanto a sus metodologías de análisis, todas ellas parecen estar de acuerdo en concebir al derecho como la expresión de alguna voluntad (del rey, monarca, soberanía, parlamento, tribunal, Estado, pueblo, autoridad, etcétera). En cierto modo, dicha tesis positivista es trivialmente correcta, puesto que el derecho positivo no es un hecho natural del mundo, sino un fenómeno social de normas producidas artificialmente, en un tiempo y espacio determinados, por voluntad explícita de ciertas personas.²¹⁶

Sin embargo, hay un sentido subjetivista radical en el cual la tesis del voluntarismo jurídico puede ser considerada como incorrecta e inaceptable.²¹⁷ Me refiero a la idea de que el “derecho” haya de ser *lo que quiera* un funcionario público debidamente facultado por el sistema; esto, sin importar, en absoluto, el contenido de las normas producidas, ni el significado social de sus actos o decisiones. Bajo esta premisa, los ciudadanos tendrían que aceptar y obedecer aquello que *quiso* tal funcionario, sencillamente porque éste tiene el carácter nominal de una *autoridad*. Y más aún, el solo hecho de que sus normas (actos o decisiones)

²¹⁵ Hans Kelsen, uno de los exponentes más destacados del positivismo jurídico, al recordar que las normas jurídicas son válidas de acuerdo con el órgano y procedimiento que les dio origen, declara sin ambages: “De ahí que *cualquier contenido* que sea, puede ser derecho” [el subrayado es mío]. Cf. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005, p. 205.

²¹⁶ Esto también ha sido denominado como la *tesis social*. Cf. Himma, Kenneth E., “Positivismo jurídico incluyente”, trad. de Pedro A. Villarreal Lizárraga, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, núm. 8, 2014, pp. 353-430.

²¹⁷ H. L. A. Hart ha llamado la atención sobre la necesidad de acotar los alcances de la tesis del voluntarismo jurídico, mediante el argumento del *contenido mínimo de derecho natural*: “It is in this form that we should reply to the positivist thesis that ‘law may have any content’”. Cf. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., pp. 199.

posean la estampa de “validez jurídica”, proporcionaría a los funcionarios una razón suficiente para hacer valer sus mandatos y determinaciones, incluso por medio de la fuerza estatal.²¹⁸

En efecto, si la normatividad del derecho dependiera exclusivamente de la validez jurídica, no sería difícil imaginar que los oficiales utilizaran —deliberada o accidentalmente— los poderes y facultades que el sistema jurídico les ha conferido para impulsar sus deseos personales o intereses de grupo. De este modo se podrían generar normas (actos y decisiones) autocráticas, discriminatorias e injustas; las cuales, sin embargo, estarían justificadas legalmente y, por lo tanto, una vez desahogados todos los procedimientos de revisión contemplados por el sistema, serían vinculantes, coercibles e inatacables jurídicamente.

Así exacerbada, la tesis del voluntarismo jurídico desemboca en una peligrosa doctrina *legalista*,²¹⁹ en la cual se concibe a la ley como un criterio último de moralidad, que sirve de base para reclamar la obligatoriedad del derecho y justificar su carácter coercitivo. De este razonamiento circular surge el postulado de «*la ley es ley*»;²²⁰ y aquella supuesta “obligación moral” de obedecer *cualquier cosa* que disponga el derecho.²²¹ Es la imagen del sistema jurídico como “poder desnudo”, una “banda de ladrones”, la “situación del pistolero a gran escala”.²²²

También es importante advertir que la tesis del voluntarismo jurídico, en su versión extrema, presupondría erróneamente que el derecho puede ser creado *ex nihilo*, tanto en su forma como en su contenido. Una concepción de este tipo se atribuye comúnmente a la teoría política de Thomas Hobbes, que concibió a la «República» como un poder absoluto para definir, desde cero, todos y cada uno de los aspectos de la vida social. Con ello se asume que el Estado tiene la capacidad de estatuir la moral positiva de una sociedad. Así, las nociones de

²¹⁸ Una crítica similar a la caracterización del derecho como un “instrumento de fuerza” aparece en Fuller, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, p. 121 y ss.

²¹⁹ Para Leslie Green, los sistemas jurídicos corren un riesgo inherente de conducir al vicio del *legalismo* y de convertirse en un instrumento de opresión. Al respecto, véase su interesante “tesis de la falibilidad moral del derecho”. Cf. Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, vol. 83, 2008, pp. 1035-1058.

²²⁰ Cf. Radbruch, Gustav, “Five Minutes of Legal Philosophy”, trad. de Bonnie Litschewski y Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Inglaterra, vol. 26, núm. 1, 2006, pp. 13-15; Radbruch, Gustav, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, trad. de Bonnie Litschewski y Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Inglaterra, vol. 26, núm. 1, 2006, pp. 1-11.

²²¹ Véase la caracterización del “positivismo ideológico”, en Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 7a ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2001, 113 p.

²²² Cf. Bix, Brian, “Kelsen, Hart and Legal Normativity”, *Revus; Journal for Constitutional and Philosophy of Law*, 2017, pp. 1-17. Disponible en: <http://revus.revues.org/3984>

“bien y mal, justicia e injusticia” no tienen lugar en un *estado de naturaleza*.²²³ Pero una vez que se instituye un poder civil para superar el *estado de guerra*, es necesario conceder a la soberanía —piensa Hobbes— una facultad legislativa ilimitada para crear leyes civiles, lo que incluye el establecimiento de reglas sobre lo “*bueno, malo, legítimo e ilegítimo* en las acciones de los súbditos...”²²⁴

Ahora bien, para evitar las funestas consecuencias del voluntarismo jurídico, se ha sugerido la idea de que debe haber una *conexión necesaria* entre el derecho y la moral. Esto es, que aquella voluntad encargada de producir (ejecutar o interpretar) el derecho se someta no sólo a los criterios formales de validez jurídica,²²⁵ sino que obedezca, de algún modo, a los preceptos de una *moral social* (que conceptualmente sería distinta de la *moral positiva* impuesta artificialmente por el Estado). De esa forma, la producción del derecho —pero también la aplicación, interpretación y adjudicación— podría superar la sospecha de estar motivada por el prejuicio y la subjetividad, y alcanzar una nueva dimensión de objetividad jurídica (en un sentido sustantivo).

²²³ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, trad. de Antonio Escotado, Madrid, Editora Nacional, 1979, 743 p., cap. XIII, p. 226.

²²⁴ *Ibid.*, cap. XVIII, p. 273 [subrayado original].

En descargo de Hobbes, se puede argumentar que su teoría del Estado —y, por ende, su concepción del derecho— no defiende la «tesis del voluntarismo jurídico» en su versión exacerbada, ya que, en sentido estricto, el soberano no es libre de actuar *como le plazca*. Todo gobierno civil se instituye con el propósito de alcanzar ciertas metas sociales, a saber, «la paz, la seguridad y la defensa mutua». Por lo tanto, la persona o asamblea de personas encargada del poder soberano tiene la responsabilidad de promulgar *buenas leyes*; es decir, leyes que son necesarias y adecuadas para el *bien* del pueblo. De manera que sí, en palabras de Hobbes, «el soberano ordena a un hombre que se mate, se hiera o se mutile, o que no se resista a quienes lo asaltan, o se abstenga de usar comida, aire, medicina o cualquier otra cosa sin la cual no puede vivir, *ese hombre es libre para desobedecer*» [subrayado añadido] (cap. XXI. De la libertad de los súbditos), *ibid.*, p. 306. Por lo tanto, yo sostengo que, por extraño que parezca para un teórico del absolutismo, en estas líneas Hobbes dejó espacio para fundamentar la desobediencia civil y, con ello, el germen de un derecho a la revolución.

²²⁵ Cabe decir que, desde una perspectiva procedimental, es falso que los funcionarios públicos puedan hacer *lo que quieran* cuando ejercen sus funciones. Como expliqué en el capítulo segundo, regularmente los sistemas jurídicos estatuyen diversos requisitos formales, pero también *materiales*, para delimitar el ámbito de discrecionalidad de los funcionarios. De tal modo, las decisiones de los oficiales están inexorablemente circunscritas por normas superiores. Además, los sistemas jurídicos pueden contar con mecanismos adicionales para revisar, impugnar y corregir el contenido de las normas (actos y decisiones) de los funcionarios, dada la posibilidad siempre latente de un ejercicio ilegal de sus funciones. Por lo tanto, difícilmente se puede argumentar que el derecho confiere un “cheque en blanco” a los órganos jurídicos, habida cuenta del entramado dinámico de controles institucionales de los que dispone el sistema, en donde los ciudadanos también participan, de diversas maneras, en los procesos de determinación del derecho.

En ese tenor, además de los requisitos orgánicos y procedimentales que fungen como condiciones de legalidad para la validez jurídica de las normas (actos y decisiones), presuntamente habría otros elementos extrajurídicos involucrados en la creación (aplicación e interpretación) del derecho: valores morales, ideales políticos, principios de justicia, metas colectivas, fines sociales, entre otros parámetros. Sin embargo, hay una gran discusión en torno a la naturaleza de esos elementos extrajurídicos y a la relación que guardan, de ser el caso, con el derecho positivo.

Para John Austin, por ejemplo, la existencia del derecho depende de la manera en que fue producido institucionalmente, y no de su aprobación popular, ni de su conformidad con una moral positiva o con supuestas “leyes divinas”. Sin embargo, a pesar de que los méritos no forman parte de los criterios de validez, Austin defendió igualmente la idea de que el *principio de utilidad general* podría servir para “medir o evaluar” el derecho positivo.²²⁶ Esto es, que el contenido del derecho, plasmado en las leyes y decisiones judiciales, debe estar orientado por el «principio moral» de favorecer con el mayor bien al mayor número de personas. Así, el sistema jurídico estaría subordinado, en alguna medida, a la tesis moral sustantiva de “maximizar la felicidad” del pueblo.

Por otra parte, existen posiciones que sostienen que la objetividad jurídica sustantiva no se puede alcanzar simplemente por ajustar el contenido de las normas (actos y decisiones), producidas por las autoridades, a los sentimientos o preferencias de una *voluntad popular*. Aun cuando las leyes sean resultado de un proceso de deliberación pública, en el que intervienen y participan distintos grupos, el derecho no debería depender, a final de cuentas, de la opinión de una mayoría.²²⁷ Aquí, de acuerdo con estas otras posiciones, habría que distinguir entre lo que una comunidad *crea* que es moralmente correcto y lo que *de hecho* es moralmente correcto.

En la perspectiva no-positivista de Ronald Dworkin, el contenido del derecho no puede reducirse a un mero acuerdo social, ni tácito ni explícito. El derecho no puede ser el resultado de lo que un grupo de personas suscribe por convención democrática; ni debería repetir ciegamente las tradiciones, costumbres o convenciones sociales, pues éstas pueden ser

²²⁶ Cf. Austin, John, *op. cit.*, especialmente “Lecture II”, pp. 33-58.

²²⁷ Cf. Dworkin, R. M., “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, pp. 3-4.

irracionales o estar equivocadas. En cambio, es indispensable conectar el derecho con una “epistemología moral” que nos lleve a conocer *verdades morales*. En esa medida, piensa Dworkin, la objetividad jurídica debe ser un “rehén” de una objetividad moral.²²⁸

Con independencia de cuál sea —si acaso— la directriz axiológica para juzgar y orientar el contenido del derecho, quiero concluir este apartado señalando que en las discusiones filosóficas ha ganado terreno la idea de que no se puede explicar la naturaleza del derecho sin considerar, en alguna medida, los problemas de organización social que llevan a una comunidad a construir un sistema artificial de reglas. La investigación de los valores (políticos, morales, religiosos) y fines sociales a los que necesaria y contingentemente sirve el derecho, parece ser una ruta promisoría para elaborar un argumento que defienda la objetividad jurídica sustantiva. Como hemos visto, una explicación exclusivamente formal del derecho, que omita considerar los aspectos morales y políticos que dirigen el funcionamiento del sistema jurídico, podría ser inoperante para enfrentar los problemas de justicia y moralidad a los que el derecho positivo busca dar una respuesta sustantiva.²²⁹ Por lo tanto, habrá que explicar cuál es la naturaleza de esos criterios materiales que presuntamente podrían orientar, condicionar o determinar sustantivamente el contenido del derecho.

²²⁸ Cf. Dworkin, Ronald M., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 19 y 23; Dworkin, Ronald M., “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, núm. 25, primavera, 1996, pp. 87-139; Alexander, Larry, “Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles”, en Klatt, Matthias, *Institutionalized Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 115-130.

²²⁹ La teoría procedimental del derecho, que he explicado en el capítulo segundo, busca dar cuenta de la dinámica de producción, aplicación, interpretación, impugnación, invalidación y corrección de los sistemas jurídicos. Se trata de una teoría descriptiva y moralmente neutral. No obstante, es un error asumir que la teoría procedimental del derecho *prescribe* que el derecho sólo deba atender a cuestiones de formalidad, o que rechace la existencia de los contenidos de moralidad. De hecho, la teoría procedimental del derecho también deja espacio para explicar la función de aquellos contenidos materiales que los sistemas convierten en requisitos de validez de las normas. Las normas constitucionales que ordenan la protección de la libertad, dignidad humana, el desarrollo de la personalidad, son principios sustantivos que los oficiales invocan para determinar la forma y contenido de normas subsecuentes. Finalmente, cabe decir que los ciudadanos también participan en la determinación del derecho en la medida de sus atribuciones y competencias, de modo que el poder depositado en los órganos del derecho no reside únicamente en los oficiales, sino también en los ciudadanos.

2. La separabilidad conceptual entre el derecho y la moral

Antes de comenzar a explorar qué tipo de moral puede servir —si acaso— para evaluar y orientar el contenido del derecho, y en qué sentido esta conexión podría contribuir a superar el problema del voluntarismo jurídico, es necesario considerar aquella tesis positivista que sostiene, por el contrario, una supuesta “separación” entre el derecho y la moral. Importantes figuras del positivismo jurídico —Bentham, Austin, Kelsen y Hart— han defendido alguna versión de la “tesis de la separación”. Sin embargo, existe cierta perplejidad y polémica en cuanto a su auténtico significado y alcance.²³⁰ En particular, es discutible en qué medida esta tesis, de ser correcta, podría rechazar o impedir una posible relación entre el derecho y la moral. En este apartado ofreceré algunas aclaraciones al respecto; además, intentaré conciliar la “tesis de la separación” —que prefiero denominar *tesis de la separabilidad*— con la existencia de conexiones necesarias y contingentes entre el derecho y la moral.

a) Separación y separabilidad conceptual

Por principio de cuentas, es importante llamar la atención sobre el hecho de que hay una gran diferencia entre afirmar una “separación”, y una *separabilidad*, entre el derecho y la moral.²³¹ Aunque la variación semántica pueda parecer insignificante, en términos metodológicos la diferencia es crucial. Contra lo que pudiera creerse a primera vista, la “tesis de la separación” no defiende que el derecho y la moral sean fenómenos sociales que, en los hechos, no guardan absolutamente ninguna relación. La tesis no afirma una separación fáctica entre el derecho y la moral de una comunidad. Bastaría con analizar el contenido de las leyes y decisiones

²³⁰ Cf. Gardner, J., “Legal Positivism: 5½ Myths”, *op. cit.*, pp. 19-53; Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *op. cit.*, pp. 1035-1058; Vega Gómez, Juan, “The Hart-Fuller Debate”, *Philosophy Compass*, vol. 9, núm. 1, 2014, pp. 45–53.

²³¹ En este apartado me referiré, sobre todo, a una moral *social*. Es decir, a un conjunto de normas sociales que exigen a los individuos ciertas conductas. Más adelante aclararé otros sentidos de moralidad que difieren notablemente de la «moral social». *Vid. infra* sección 4.

judiciales, en cualquier sistema jurídico, para verificar que las normas del derecho positivo usualmente reproducen valores, exigencias, conceptos y posiciones morales. No hay duda de que el derecho positivo está sujeto a la influencia de diversas formas de moralidad, en sus múltiples procesos de producción, aplicación, interpretación y adjudicación.²³² Sería muy extraño —si no imposible— encontrar una sociedad cuyo sistema jurídico sea completamente ajeno o indiferente a las concepciones y valores morales.

La “tesis de la separación”, por otra parte, tampoco debe entenderse como una recomendación de mantener separados los dominios del derecho y la moral, como si se tratara de aquel principio público de *laicidad* que reclama, por razones históricas, una “separación Iglesia-Estado” en asuntos de gobierno.²³³ Dado su origen positivista, la “tesis de la separación” tiene un significado descriptivo y moralmente neutral; por lo que no es su función ordenar que se anule o restrinja la relación entre el derecho y la moral. Corresponde a los órganos jurídicos de cada sociedad —no a la tesis— definir cuáles son los valores morales (políticos, religiosos, culturales, científicos, etc.) que *quieren* plasmar en sus leyes; y determinar en qué medida el sistema jurídico debe apearse o distanciarse de la moral (cualquiera que ésta sea). Por lo tanto, declarar o promover una “separación” fáctica entre el derecho y la moral, puede resultar desorientador.²³⁴

Considero que es más adecuado hablar de una *tesis de la separabilidad* en dos sentidos metodológicos. En primer lugar, para señalar la posibilidad de estudiar el derecho positivo *con*

²³² Como también cabe la posibilidad de que el derecho positivo ejerza su influencia sobre la moral de la sociedad. En la Ciudad de México, por ejemplo, tras aprobarse una serie de reformas al Código Penal para permitir la interrupción legal del embarazo, la opinión pública con respecto a la moralidad del aborto cambió a partir de entonces, incrementando de manera notable sus índices de aceptación. Cf. Wilson, K. S., García, S. G., Olavarrieta *et al.*, “Public Opinion on Abortion in Mexico City after the Landmark Reform”, *Studies in Family Planning*, vol. 42, núm. 3, 2011, pp. 175-182.

De manera similar, el derecho puede incidir en la moral personal de los ciudadanos, al crear expectativas de comportamiento y promover condiciones y procedimientos públicos para la deliberación moral. Cf. Shiffrin, Seana V., “Inducing Moral Deliberation: On the Occasional Virtues of Fog”, *Harvard Law Review*, Estados Unidos, vol. 123, núm. 5, marzo, 2010, pp. 1214-1246.

²³³ Cf. Green, L., *ibid.*, p. 1036.

²³⁴ Cf. *Id.* Aunque aquí cabe señalar lo siguiente: si habláramos específicamente de la *validez jurídica*, el positivismo jurídico sí podría afirmar una “separación” entre lo que es válido jurídicamente y lo que es moralmente valioso. No obstante, distinguir la *existencia* del derecho, y su “mérito moral”, es un postulado positivista (“la tesis de las fuentes sociales”) distinto a la “tesis de la separabilidad conceptual entre el derecho y la moral”. Quizá Hart debió ser más cuidadoso al diferenciar —y no confundir— los “gritos de batalla” del positivismo jurídico.

independencia de otros fenómenos sociales, como la moral, la costumbre, la cultura y la religión. Así, aunque de hecho el derecho se entremezcla y traslapa con otros dominios normativos, por un principio elemental de claridad cognoscitiva es conveniente limitar nuestro análisis a las normas que son característicamente jurídicas. En segundo lugar, para indicar la posibilidad de estudiar el derecho positivo *con independencia* de otras disciplinas cuyas herramientas de análisis se dirigen a otros objetos de estudio. Ciertamente podríamos estudiar el derecho desde muy diversas miradas: con un enfoque moral, político, económico, histórico, psicológico, sociológico o multidisciplinario. Pero también podemos emplear el enfoque de un análisis conceptual, cuyo objetivo central es explicar la *naturaleza del derecho*. Es decir, dar cuenta de la estructura, características, propiedades y funciones esenciales que desempeña *cualquier* sistema jurídico, sin importar su contenido.²³⁵

Finalmente, que la “tesis de la separabilidad” sea *conceptual* quiere decir que teóricamente es posible elaborar un concepto formal de derecho (*i.e.*, entender su naturaleza, estructura, características, propiedades y funciones centrales) sin necesidad de comprometerse o hacer referencia a su contenido material. De esta manera podemos esbozar un concepto *amplio* de derecho, que resulta muy útil para comprender y explicar el funcionamiento de sistemas jurídicos con distintos tipos de contenidos: morales, inicuos, justos, injustos, democráticos, totalitarios, religiosos, laicos, monárquicos, republicanos, capitalistas, socialistas, y así sucesivamente.²³⁶

En suma, la tesis de la separabilidad conceptual entre el derecho y la moral tiene un significado metodológico. Por razones de claridad y exactitud en el conocimiento, la tesis defiende la posibilidad de estudiar el derecho positivo como un fenómeno social de normas jurídicas que son independientes de otros órdenes normativos; pero también, frente a otras

²³⁵ Esto no quiere decir que esas otras formas de estudiar el derecho —con ayuda de la Ética, Filosofía Política, Economía, Sociología, Historia, Psicología, Antropología, etcétera— no tengan ningún sentido o valor epistemológico. En el amplio campo de las ciencias jurídicas, en efecto, el pluralismo metodológico ha permitido cultivar diversos saberes y tradiciones de conocimiento. La jurisprudencia analítica, cuya herramienta básica es el análisis conceptual, representa tan sólo una alternativa de estudio del derecho, que puede ser muy útil —o al menos compatible— para el desarrollo de otros enfoques, como la filosofía crítica del derecho, la sociología jurídica, el análisis económico del derecho, la lógica jurídica, el derecho comparado, la antropología y psicología jurídicas, entre otras.

²³⁶ Cf. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 209-210.

alternativas de análisis, señala la posibilidad de limitarse a estudiar la *naturaleza del derecho*, desde la perspectiva de una teoría general y descriptiva del derecho.

b) Dos ámbitos normativos

He argumentado que el positivismo jurídico defiende la tesis metodológica de una *separabilidad conceptual*, sobre todo, con el fin de alcanzar una mejor comprensión de la naturaleza del derecho. Cabe advertir que no se requeriría explicar tal “separabilidad” si el derecho y la moral fueran fenómenos normativos perfectamente discernibles. Pero no es el caso. Ambos órdenes presentan propiedades y características similares que nos obligan a distinguirlos cuidadosamente. Por ello, antes de analizar las posibles relaciones entre el derecho y la moral, en este apartado expondré brevemente sus semejanzas y diferencias.

i. Semejanzas

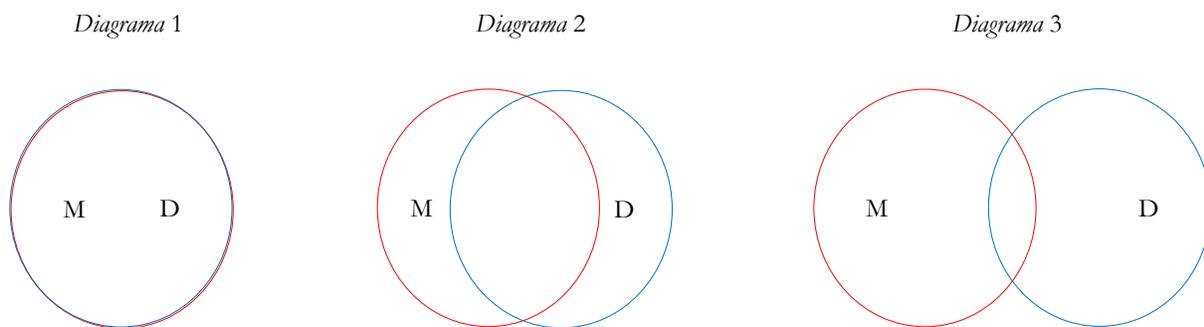
Tanto el derecho como la moral constituyen órdenes sociales que califican normativamente el comportamiento humano. En general, ambos pretenden regular las conductas de las personas, imponiendo determinados significados normativos («obligatorio», «prohibido», «permitido») a acciones y omisiones socialmente relevantes. De tal guisa, el derecho y la moral utilizan un lenguaje imperativo con el que pueden referirse eventualmente a las mismas conductas humanas, sean estas internas o externas.²³⁷ Un sistema moral puede considerar, por ejemplo, que la vida humana es valiosa; lo que conlleva un *deber moral* de no matar a un semejante. De manera similar, el derecho puede referirse normativamente a la acción de privar de la vida a un individuo, mediante la norma jurídica que castiga el delito de «homicidio» con una pena de

²³⁷ En ocasiones, se ha sugerido que la moral es un orden normativo que rige el ámbito *interno* de la conducta, la conciencia; mientras que el derecho se ocupa de regular el ámbito externo, la acción fáctica. Esta distinción no es adecuada, ya que las normas morales no se limitan a requerir que las personas tengan los estados mentales correctos, sino que exigen efectivamente que ellas «no maten», «no roben», «no mientan», y así sucesivamente. De igual modo, el derecho puede referirse al ámbito interno de las conductas de los individuos, y castigar un estado mental: por ejemplo, la intencionalidad, el dolo, la tentativa y la premeditación. Cf. Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, cap. II.

ocho a veinte años de prisión; lo que acarrea un *deber jurídico* de no matar a un semejante. En este caso, el derecho y la moral califican a una misma conducta —matar a otro ser humano— con un significado normativo idéntico, esto es, con el deber de una «prohibición».

Sin embargo, también cabe la posibilidad de que el derecho y la moral se refieran a una misma conducta con un significado normativo diferente. Así, por ejemplo, mientras en una comunidad puede predominar la opinión de que el aborto es inmoral —y, por lo tanto, que representa una acción moralmente indebida—, el derecho positivo de esa misma comunidad podría determinar que la interrupción del embarazo (al menos bajo ciertas circunstancias) es una acción lícita y, por lo tanto, jurídicamente permitida. En tal supuesto, los significados normativos que la moral y el derecho imputan al aborto —«legalmente prohibido» y «moralmente permitido», respectivamente— son incompatibles.

Finalmente, el derecho puede calificar conductas que la moral ignora; o bien, ignorar conductas que la moral valora. La ley puede, por ejemplo, establecer reglas para el tránsito de vehículos automotores; mientras que la acción de *conducir* no tiene por sí misma un significado moral. De igual modo, un sistema moral puede reprochar una infidelidad marital; mientras que el derecho puede ser indiferente a tal acción. Esto nos lleva a considerar que el universo de conductas a las que se refiere un sistema jurídico no necesariamente coincide con el que corresponde a un sistema moral. Existen, por lo tanto, diferentes posibilidades de *traslape* entre la moral (M) y el derecho (D).²³⁸ En un sistema jurídico religioso el universo normativo de ambos órdenes podría ser idéntico (*Diagrama 1*). Mientras que en otras sociedades podría darse un relativo distanciamiento (*Diagrama 2*); o incluso, una divergencia considerable (*Diagrama 3*).



²³⁸ Cf. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 171.

ii. Diferencias

Hemos visto que el derecho y la moral son semejantes en cuanto a su tarea de dirigir la conducta humana a través de normas. Esta semejanza, sin embargo, no nos dice mucho. Otros órdenes del comportamiento humano —como las reglas de trato social, el ajedrez y el fútbol— también utilizan un lenguaje normativo y establecen pautas de conducta sobre, digamos, la manera correcta de vestir, comer, saludar o jugar fútbol. Asimismo, en el ejercicio de diversas actividades profesionales —como la abogacía, medicina, docencia, psicología, deportes e investigación científica— se han desarrollado *códigos de conducta* que rigen normativamente el desempeño profesional de las personas. Sin embargo, no es claro si estos otros marcos del comportamiento humano tienen un genuino significado jurídico o uno meramente deontológico. Por ello necesitamos encontrar alguna otra característica que nos permita trazar una diferencia relevante.

Un aspecto que podría ayudarnos a distinguir el derecho positivo, de la moral y otros órdenes normativos, es su carácter *institucional*. En general, los órdenes morales carecen de órganos y procedimientos para producir, ejecutar, modificar y extinguir normas morales. Por lo regular, las exigencias morales —esto es, aquellos criterios sociales de conducta a los que estamos sujetos como miembros de una comunidad— se constituyen en el tiempo, a través de la costumbre, y no por voluntad de autoridades concretas que instauran tales disposiciones de manera consciente.²³⁹ Asimismo, la moral social es un sistema normativo que por lo general no cuenta con instancias decisoras para superar las controversias que pudieran surgir con respecto a la existencia, significado y alcance de las exigencias morales.²⁴⁰

En contraste, los órdenes jurídicos cuentan con diversos mecanismos para estatuir normas jurídicas, mediante el establecimiento de órganos y procedimientos para la creación, aplicación, reforma, derogación, interpretación y adjudicación de deberes jurídicos

²³⁹ Hay, desde luego, excepciones. Un ejemplo de un orden moral que no es resultado de una práctica social reiterada en el tiempo, sino de un acto de legislación positiva, lo podemos encontrar en el relato bíblico de la montaña del Sinaí. En este caso, Moisés recibe de su dios, Yavé, un conjunto de mandatos para el pueblo de Israel, lo que incluye, además del famoso “decálogo”, leyes básicas sobre el culto divino, la vida, libertad y propiedad. Cf. ÉXODO, 19-23.

²⁴⁰ En términos de Hart, estos son los *defectos* de organización de una sociedad simple de reglas primarias. Cf. Hart, H., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 91-92.

(«obligaciones», «prohibiciones» y «permisiones») que recaen sobre la conducta de las personas. Lo que distingue al derecho, en efecto, es su *positividad*. Es decir, el hecho de que el sistema jurídico *pone a la vista* las pautas de comportamiento que la gente puede tomar como fundamento para la acción o crítica de sus conductas recíprocas.²⁴¹ Pero no sólo eso. El derecho también tiene la capacidad de definir las reglas técnicas de operación del sistema, lo que permite superar los defectos organizativos de la moral social en su propósito directivo de la conducta humana. Es de este modo como los sistemas de derecho se constituyen sobre la base de una estructura institucional de funcionarios cuyo objetivo central es explicitar y hacer valer tanto las normas de conducta que son exigibles jurídicamente, como las reglas de administración del sistema.

Aquí es importante advertir que existe una relativa continuidad estructural entre los sistemas morales y jurídicos. En efecto, podemos encontrar ejemplos de grupos o sociedades pre-jurídicas que fueron perfeccionando sus formas de organización social, de tal manera que pasaron de tener a la *costumbre* como única fuente productora de normas morales a contar con sofisticadas instancias productoras y ejecutoras del orden moral.²⁴² De manera análoga, podemos encontrar sociedades de personas o naciones con instituciones jurídicas incipientes, que apenas conforman un derecho primitivo o una costumbre internacional, donde no existen procedimientos definidos, ni órganos legislativos o de adjudicación, para superar las penurias de una organización poco efectiva. Por lo tanto, las diferencias estructurales entre la moral y el derecho son graduales.

En cuanto a la forma específica de dirigir el comportamiento humano, la moral utiliza principalmente *normas categóricas*, esto es, exigencias directas de realizar o abstenerse de realizar

²⁴¹ Lon Fuller ha explicado que los iuspositivistas se limitan a estudiar el “derecho puesto” (o explícito) [*made law*], mientras que no se ocupan de analizar el papel de las normas sociales tácitas, que también ejercen una influencia en nuestra manera de actuar y razonar, esto es, el “derecho no puesto” (o implícito) [*implicit law*]. Cf. Fuller, Lon L., *Anatomy of the Law*, New York, The New York American Library, 1969, 192 p., pp. 175-185. Véase también Postema, Gerald J., “Implicit Law”, *Law and Philosophy*, Países Bajos, vol. 13, núm. 3, agosto, 1994, pp. 361-387.

²⁴² Un ejemplo de ello es el «derecho canónico primitivo», en donde una autoridad religiosa no sólo se encargaba de interpretar las Sagradas Escrituras y regular la organización interna de la iglesia, sino que paulatinamente asumió otras tareas sociales como el registro de nacimientos, matrimonios, testamentos y resolución de controversias. Cf. Bernal Gómez, Beatriz, *Historia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, 219 p., pp. 121-156.

ciertos tipos de conductas, sin enlazar explícitamente una consecuencia por su inobservancia.²⁴³ En cambio, los sistemas jurídicos se caracterizan por estatuir *normas hipotéticas*, donde la realización (u omisión) de una determinada conducta desencadena una respuesta, institucionalizada por el sistema, en la forma de una sanción (que, en sentido amplio, puede ser un castigo o un premio). Se trata del aspecto *coactivo* que Kelsen destacó como un rasgo central del derecho.²⁴⁴ Y si bien la moral podría contemplar la posibilidad de que algunas acciones desencadenan ciertas consecuencias (p. ej., el «exilio» y la «venganza de sangre»), la coacción no es una propiedad que le defina esencialmente.

iii. ¿Unión de reglas primarias y secundarias?

El profesor Hart ha caracterizado el concepto de *derecho* como una “unión de reglas primarias y secundarias”.²⁴⁵ Esta caracterización, sin embargo, puede generar ciertos malentendidos. De acuerdo con Hart, los grupos sociales se organizan espontáneamente a través de “reglas primarias”, las cuales imponen deberes de comportamiento sobre las personas. Tales reglas varían en el tiempo y son diferentes de una sociedad a otra. Los deberes derivados de las “reglas primarias” tienen una naturaleza *moral*, puesto que su cumplimiento es especialmente relevante para el grupo social; mientras que su inobservancia podría generar una reacción hostil entre la gente y dar lugar a críticas, reproches e, incluso, acciones de violencia.²⁴⁶ El derecho, en la explicación de Hart, es el resultado de que una sociedad, más compleja en su

²⁴³ *Vid. infra* capítulo segundo, §3, inciso a), punto iii.

²⁴⁴ Cabe recordar que la *coactividad* del derecho no se refiere al poder de hacer valer las disposiciones del derecho por medio de la fuerza, sino a la capacidad institucional de motivar a la acción a través de un sistema de ventajas y desventajas. Así, en efecto, una autoridad jurídica puede dirigir la conducta de distintas maneras, a saber, mediante una orden directa («pagar impuestos es *obligatorio*»); o por mecanismos coactivos que enlazan una consecuencia a la realización u omisión de una determinada conducta, que puede ser positiva («el que pague sus impuestos de manera anticipada, tendrá un descuento del 15%») o negativa («al que no pague sus impuestos se le castigará con una multa»).

²⁴⁵ Hart, *The Concept of Law*, cap. V, p. 94.

²⁴⁶ De acuerdo con Hart, es importante advertir que, a diferencia de las conductas que representan simples hábitos o regularidades de comportamiento, las “reglas primarias” se distinguen por su *moralidad*, en los siguientes cuatro aspectos: (i) la importancia que tiene observar las exigencias que imponen las reglas primarias; (ii) la inmunidad al cambio deliberado; (iii) el carácter voluntario de las ofensas morales; y (iv) la forma de presión social que se genera ante el incumplimiento de las exigencias morales. *Cf. Ibid.*, p. 178-179.

organización, introduzca un conjunto de “reglas secundarias” —a saber, las reglas de *reconocimiento, cambio y adjudicación*— para identificar, modificar, derogar y hacer valer las “reglas primarias”.

Este argumento hartiano sugiere, en efecto, que el derecho tiene una conexión esencial con la moral constituida por las “reglas primarias”. En otras palabras, que el derecho no es sino un orden moral (de “reglas primarias”) institucionalizado (a través de “reglas secundarias”). Sin embargo, tal sugerencia oscurece el hecho de que los sistemas jurídicos estatuyen *nuevas* normas con respecto a las conductas a las que originalmente se refieren las “reglas primarias” (además de estatuir, desde luego, normas que se refieren a conductas que el orden moral no contempla en absoluto). Por una parte, es verdad que el derecho y la moral pueden coincidir en valorar una conducta en el mismo sentido (como «obligatoria», «prohibida» o «permitida»); sin embargo, también podrían diferir al imponer sobre las mismas conductas contenidos significativos incompatibles. Como he explicado, si bien el universo normativo del derecho puede tomar en consideración los significados normativos de la moral social, no es necesario que los replique a pie juntillas.

Por consiguiente, es muy importante aclarar que el orden moral definido por las “reglas primarias” no desaparece ni se fusiona con el orden jurídico una vez que se introducen las “reglas secundarias”. El orden normativo de la moral preexiste, y persiste, frente al orden normativo del derecho. Eventualmente, ambos órdenes coexisten de manera independiente. Por ello, resulta desorientador suponer que la moralidad de las “reglas primarias”, por un lado, y la institucionalidad de las “reglas secundarias”, por el otro, se *unen* o complementan para conformar un único sistema normativo. En realidad, el derecho inaugura un nuevo sistema de normas, en el que (re)crea sus propias “reglas primarias”, esto es, sus propias exigencias acerca de lo que es debido («prohibido», «obligatorio», «permitido»), con independencia de lo que disponga la moral en un primer momento. Y aun cuando la moral y el derecho coincidan en sus contenidos significativos, las reglas sociales, que son fundamento de los deberes morales, son *distintas* de las normas que fundamentan los deberes jurídicos. Las reglas morales y las

normas jurídicas, en efecto, pertenecen a distintas *categorías*. Por lo tanto, explicar el concepto de derecho como una «unión de reglas primarias y secundarias» constituye un *error categorial*.²⁴⁷

Los universos normativos del derecho y la moral obedecen a distintas normas fundacionales. La regla básica que funda el orden moral de una sociedad es diferente de aquella que da origen a su orden jurídico.²⁴⁸ Sólo por ese hecho, los universos normativos de uno y otro sistema son independientes recíprocamente —del mismo modo que las reglas del baloncesto de la NBA son independientes de las reglas de la FIBA—. Aunque ambos sistemas normativos puedan compartir importantes rasgos en su estructura y organización, así como en la forma y contenido de sus normas, cada uno ejerce su poder normativo en el ámbito de su respectivo dominio. Por lo tanto, la relación entre ambos órdenes no es automática ni inmediata, como veremos a continuación.

c) La relación derecho-moral: contingencia y necesidad

Técnicamente la tesis positivista de la “separabilidad conceptual” no dice nada sobre la relación entre la moral y el derecho. No obstante, si quisiéramos indagar la naturaleza de tal relación, podríamos plantear dos diferentes tipos de preguntas. A saber, ¿cuál *es* la relación que, de hecho, existe entre la moral y el derecho de una determinada comunidad? Y, por otra parte, ¿cuál *debería ser* la relación entre la moral y el derecho de una determinada comunidad?²⁴⁹ Ciertamente, cada cuestión nos dirige a un proyecto de investigación distinto. Con un enfoque exclusivamente descriptivo podríamos limitarnos a conocer y explicar cuáles son las exigencias o valores morales que un sistema jurídico, de hecho, reproduce en su Constitución y ordenamientos legales. Con un enfoque prescriptivo, en cambio, podríamos proponernos

²⁴⁷ En pocas palabras, un *error categorial* consiste en presentar a un conjunto de objetos propios de una categoría como objetos de una categoría distinta. En este caso, explicar el orden normativo del derecho a partir del orden normativo de la moral. Sobre la noción de *error categorial*, véase Ryle, Gilbert, *El concepto de lo mental*, trad. de Eduardo Rabossir, Buenos Aires, Paidós, 1967, 284 p., pp. 15-25.

²⁴⁸ Un argumento similar es presentado por Bix. Cf. Bix, Brian, “Kelsen, Hart and Legal Normativity”, *Revus; Journal for Constitutional and Philosophy of Law*, 2017, pp. 1-17. Disponible en: <http://revus.revues.org/3984>

²⁴⁹ Cf. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, pp. 75-77.

evaluar cuáles son las exigencias o valores morales con base en los cuales un sistema jurídico *debería* construir —o reformar— sus leyes e instituciones.

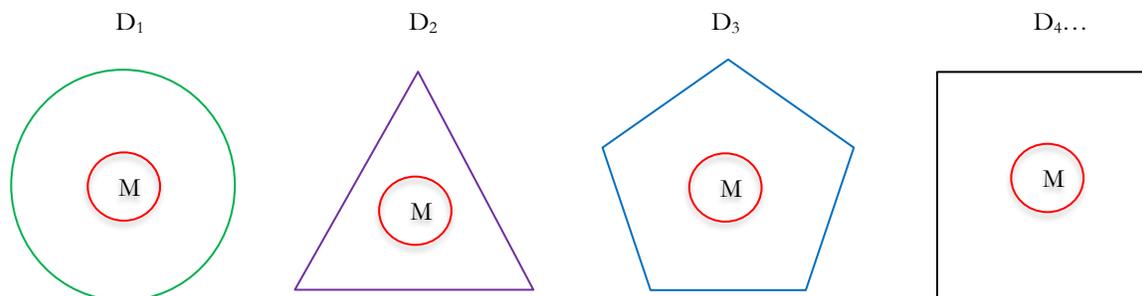
Dadas sus premisas metodológicas, el positivismo jurídico se ocupa únicamente de abordar su objeto de estudio, el derecho positivo, con un enfoque descriptivo y moralmente neutral. En esa medida, la conexión «derecho/moral» sólo puede ser descrita como una relación *contingente*, puesto que es un hecho empíricamente verificable que los diversos sistemas jurídicos están conectados con una gran variedad de valores y concepciones morales. Las leyes de una determinada comunidad pueden reproducir, digamos, las exigencias de una moral religiosa; lo cual no impide que las leyes de otra comunidad reproduzcan las exigencias de una moral laica. En la historia del derecho, sin duda, han existido sociedades cuyos sistemas jurídicos obedecen a morales conservadoras o liberales de muchos estilos. Empero, conceptualmente hablando, no hay ninguna razón que nos obligue a concebir el derecho como un fenómeno social de normas que está conectado, de manera exclusiva, con *una* moral particular.²⁵⁰

Por otro lado, es importante recordar que la moral no es el único elemento que puede ejercer una influencia directa sobre el contenido del derecho. Además de apoyarse en consideraciones morales, las leyes a menudo son impulsadas por hechos o valores políticos, económicos, tecnológicos, científicos, históricos y ecológicos, entre otros. Tales hechos y valores, a su vez, pueden promover la defensa de distintos ideales, como la «justicia», el «bien común», la «modernización», el «patrimonio cultural», el «desarrollo sustentable», y así sucesivamente. Esto nos obliga a reconocer que el contenido del derecho puede estar dirigido por una pluralidad de concepciones morales contingentes, pero también por una compleja constelación de hechos, valores, ideales y metas de diversos tipos. Por tal razón, no debemos perder de vista que estos otros elementos circunstanciales (naturales, políticos, económicos, históricos, científicos, ecológicos, etc.) eventualmente pueden desempeñar un papel relevante

²⁵⁰ De acuerdo con Hart, una ventaja metodológica de las teorías positivistas —frente a las iusnaturalistas— es tomar como punto de partida un “concepto amplio de derecho”, pues esto les permite estudiar un amplio espectro de posibilidades, desde sistemas jurídicos que se ajustan a los dictados de la moral o la razón ilustrada, hasta sistemas de derecho que son abiertamente injustos o moralmente inicuos. Cf. Hart, *The Concept of Law*, pp. 209-210.

en la determinación y justificación del derecho, y, por consiguiente, en la defensa de una objetividad jurídica sustantiva modesta.

Ahora bien, aunque el derecho, desde un punto de vista conceptual, no está conectado con *una* moral particular, queda por considerar la cuestión de si acaso podrían existir valores o conceptos morales que son, o deberían ser, comunes a todos los sistemas jurídicos. En ese tenor, algunos autores²⁵¹ han sugerido que, sin importar el hecho de que los sistemas jurídicos tengan diferentes estructuras formales y materiales —como abajo lo ilustran las figuras D₁, D₂, D₃, D₄...—, todos ellos comparten, de hecho, un *núcleo mínimo de moralidad* (M) sin el cual sería imposible su funcionamiento. En esa medida, aunque la relación entre el derecho y la moral positiva de una sociedad es contingente, la conexión que existe entre este supuesto núcleo mínimo de moralidad y cualquier sistema jurídico involucraría una relación necesaria.



Por otro lado, algunos autores²⁵² podrían querer extender aún más el argumento de una relación necesaria hacia la tesis de que tal *núcleo mínimo de moralidad* representaría un fundamento de legitimidad para cualquier sistema jurídico, e, incluso, una condición de posibilidad para su validez jurídica. En otras palabras, que aquellos sistemas jurídicos que no cumplan con este mínimo de moralidad no son, por consiguiente, *auténtico* derecho (o bien, derecho “válido”, “justo”, “legítimo”).²⁵³

²⁵¹ Por ejemplo, Lon Fuller con su argumento sobre la “moral interna del derecho”; y H. L. A. Hart, con su argumento sobre el “contenido mínimo de derecho natural”.

²⁵² Entre ellos, Radbruch, Finnis, Dworkin y Alexy.

²⁵³ Desde luego, hay que matizar cuidadosamente el argumento de que un sistema de normas debe satisfacer una condición de moralidad para ser “auténtico derecho”. Tal argumento podría tener diversos significados y alcances. En efecto, al no cumplir con el presunto *mérito moral*, un sistema de normas podría ser:

Al respecto, podemos considerar como una tesis *modesta* a aquella que afirma la existencia de una relación *necesaria* entre derecho y moral, aunque en términos estrictamente descriptivos. Mientras que una tesis *inmodesta* acerca de la relación derecho-moral es la que afirma una conexión *necesaria* en términos normativos.

La pregunta acerca de cuál pudiera ser el contenido de tal “núcleo mínimo moralidad” —independientemente de su alcance modesto o inmodesto— es una cuestión altamente controvertida. Sin embargo, algunos candidatos para conformarlo son los ideales generales de «justicia», «paz», «libertad», «bien común», «dignidad humana» y, más recientemente, «derechos humanos». Estos valores o ideales, supuestamente *universales*, han sido entendidos como un conjunto de *mínimos morales*, en la medida en que definen lo que está bien y lo que está mal para cualquier sistema jurídico. O, dicho de otro modo, que estos valores o ideales son los fundamentos morales que determinan objetivamente *cómo debería* ser el derecho.

Finalmente, aquí cabe trazar una distinción de origen kantiano entre las morales contingentes creadas por la diversidad de sociedades, por un lado, y los principios de moralidad necesarios para cualquier sociedad posible, por el otro.²⁵⁴ Con independencia de las costumbres morales que cada comunidad enarbola en sus respectivos sistemas jurídicos, podríamos investigar la posibilidad lógica de una *moral universal*, aplicable a toda sociedad de seres racionales. De ser el caso, tal moral universal, presuntamente necesaria, podría condicionar objetivamente el contenido material del derecho positivo.²⁵⁵ La plausibilidad de estos argumentos —o bien, su implausibilidad— será analizada en las siguientes secciones.

ineficaz, inoperante, injusto, ilegítimo o inválido. Sin embargo, cada uno de estos resultados constituye una tesis diferente; y, a su vez, cada una de estas tesis requiere de sus propios argumentos para demostrar su solidez.

²⁵⁴ Cf. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 7ª. ed., trad. de Manuel García-Morente, Madrid, Espasa Calpe, 1981, p. 44-ss. *Vid. infra* sección 4.

²⁵⁵ Cabe aclarar que, para Kant, la *moral universal* tiene origen en la razón pura y no en el conocimiento empírico, por lo que este presunto “núcleo mínimo de moralidad” no podría derivarse de comparar la realidad social a través de sus experiencias históricas. Para Kant, una ley moral universal, válida para todo sistema de derecho, consiste básicamente en (1) el deber de actuar con una voluntad legisladora universal; (2) el deber de reconocer a los individuos como fines en sí mismos; y (3) el deber de constituir un sistema de normas que promueve el “reino de los fines”. Y no más. Cf. *Ibid*, pp. 67, 79, 82.

En suma

He argumentado que la «tesis de la separabilidad conceptual entre el derecho y la moral» defiende la posibilidad y conveniencia de estudiar por separado ambos fenómenos normativos. Se trata básicamente de una decisión metodológica. También sostuve que el sistema de normas morales de una sociedad particular constituye un orden normativo independiente de su sistema de normas jurídicas. Lógicamente, por lo tanto, la moral no forma parte de los requisitos de validez del derecho.

No obstante, la moral y el derecho son fenómenos normativos que podrían guardar relaciones contingentes y necesarias al mismo tiempo. En particular, si es verdad que existe una relación *necesaria* entre el derecho y un contenido mínimo de moralidad, tal tesis podría tener implicaciones relevantes para el correcto funcionamiento del sistema, para su eficacia normativa; o bien, para establecer la legitimidad o justificación de su contenido. Este núcleo mínimo de moralidad sería fundamental para condicionar objetivamente el contenido sustantivo de las leyes (en los ámbitos de la producción, interpretación, adjudicación de normas). O bien, podría proporcionar una base para la organización de instituciones y, eventualmente, servir como criterio para la evaluación de gobiernos y sistemas jurídicos. Habrá que determinar en qué medida todo esto sería posible, y cuáles son los argumentos que se requieren para demostrarlo.

3. Necesidad natural

Hemos visto que la tesis de la *separabilidad conceptual* no excluye la posibilidad de que exista una gran variedad de relaciones —algunas contingentes; otras, necesarias— entre el derecho y la moral. En cuanto a las presuntas conexiones necesarias, es importante reiterar lo siguiente: una cosa es afirmar la existencia de un “núcleo mínimo de moralidad”, el cual de hecho *es* necesario para que un sistema jurídico sea fácticamente posible (en virtud de una necesidad natural); y otra cosa es aseverar que todo sistema de normas jurídicas necesariamente *debe* cumplir con un “núcleo mínimo de moralidad” para poder considerarle como un derecho “válido”, “justo”, “auténtico” o “legítimo” (en razón de un imperativo ético).²⁵⁶ Se trata, en efecto, de dos tesis diferentes; ambas encaminadas a defender una relación de necesidad entre el derecho y la moral, de las cuales una es descriptiva y otra normativa.

En este apartado me ocuparé de explicar la manera en que la moral y el derecho guardan una conexión necesaria en un nivel estrictamente descriptivo, bajo el argumento de que existen ciertos hechos de la naturaleza que condicionan la conformación de las relaciones humanas y, con ello, el contenido de normas morales y jurídicas. En la primera subsección explicaré algunas ideas básicas de representantes de un “positivismo jurídico clásico”, quienes elaboraron sus teorías jurídicas a partir de ciertas consideraciones metafísicas y ontológicas acerca del mundo y la naturaleza humana. Posteriormente, en la segunda subsección, me referiré al famoso argumento hartiano del “contenido mínimo de derecho natural”, el cual revela igualmente importantes relaciones entre la naturaleza, la moral y el derecho.

En suma, el análisis de estos argumentos nos llevará a demostrar que el derecho, en efecto, no puede tener *cualquier* contenido, como podría colegirse al abrazar una versión exacerbada de la «tesis del voluntarismo jurídico».

²⁵⁶ No es de mi interés defender la tesis de que un sistema de normas necesariamente se constituye como un derecho “válido” (“justo”, “auténtico” o “legítimo”) con base en la moralidad de su contenido. Asumir que el concepto de derecho involucra un valor moral *a priori*, necesario y universal, nos comprometería con la defensa de un concepto *fuerte* de objetividad jurídica. Sin embargo, como señalé en el capítulo primero, ese es un camino que he declinado recorrer. Lo que sí cabe investigar, en cambio, es la posibilidad de que el derecho esté comprometido con un valor moral *a posteriori*, contingente y relativo, para defender un concepto *modesto* de objetividad jurídica.

a) Positivism jurídico clásico

Entre los teóricos del positivismo jurídico contemporáneo, H. L. A. Hart es probablemente uno de los juristas más destacados en cuanto al análisis de la conexión entre el derecho y la moral. El profesor Hart tomó como punto de partida las reflexiones de Jeremy Bentham y John Austin, representantes de un positivismo jurídico clásico, quienes defendieron importantes postulados para la teoría jurídica positivista.²⁵⁷ Sin embargo, Austin y Bentham también desarrollaron tesis utilitaristas, además de otras consideraciones metodológicas, basadas en una concepción metafísica²⁵⁸ de la naturaleza humana y el mundo. Los positivistas jurídicos clásicos, en efecto, tomaron a la naturaleza como base para construir sus teorías sobre la sociedad, la moral, el Estado y el derecho. Esta estrategia de elaborar teorías con fundamento en la naturaleza del mundo —algo muy característico entre teóricos afines al iusnaturalismo— será clave para entender el argumento hartiano del “contenido mínimo de derecho natural”, el cual pretende describir una conexión necesaria entre el derecho y la moral, con base en las naturalezas del mundo y del ser humano.

²⁵⁷ A saber, (i) que el derecho y la moral son órdenes normativos independientes (aunque esto no excluye la posibilidad de múltiples relaciones); (ii) que el estudio del derecho ha de realizarse mediante un análisis conceptual del vocabulario jurídico, y (iii) que el derecho se integra por un conjunto de órdenes dictadas por un soberano, susceptibles de coerción ante su incumplimiento (teoría del mandato). Cf. Hart, H. L. A., “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, en Dworkin, Ronald M. (comp.), *La filosofía del derecho*, trad. de Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 35-74.

Como señalé en el apartado anterior, la idea de que la validez del derecho depende del órgano que le da origen, y no de su mérito moral, es mejor capturada por la *tesis de las fuentes*. Con esta idea en mente, Bentham y Austin se propusieron reivindicar la validez jurídica de las leyes (reglamentos, normas, decisiones judiciales, etc.) con independencia de su mérito moral, en el sentido de que cualquier disposición de derecho positivo sigue siendo jurídicamente válida aun cuando contravenga algún principio o exigencia moral. Por desgracia, la *tesis de las fuentes* se identifica muy a menudo con la *tesis de la separabilidad*.

²⁵⁸ Regularmente la palabra “metafísica” tiene una connotación peyorativa. Sin embargo, aquí empleo la expresión en un sentido etimológico, como aquello que está «*más allá de lo físico*». En este sentido, las preguntas «¿por qué se originó la vida?», «¿por qué existe la muerte?», «¿por qué el mundo es como es?» y —como planteó el filósofo Martín Heidegger— «¿por qué es el ente y no más bien la nada?» son cuestiones que escapan por completo a lo que podemos experimentar y conocer racionalmente. Sobre estas preguntas fundamentales, que podemos plantear, pero no responder, véase Heidegger, M., *Introducción a la metafísica*, trad. de Angela Ackermann Piláti, Barcelona, Gedisa, 1993, 189 p. Para otros usos no peyorativos de (la nueva) “metafísica”, vinculados con el estudio de relaciones de «causalidad», «determinismo», «superveniencia» y «modalidad», véase Inwagen, Peter van, y Sullivan, Meghan, “Metaphysics”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2020 Edition), URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/metaphysics/>

Algunos comentaristas han sugerido regresar a las enseñanzas del positivismo jurídico clásico para retomar la propuesta de estudiar al derecho “desde una perspectiva más amplia”.²⁵⁹ La idea es básicamente que el derecho no se puede concebir como un sistema de normas aislado, sustraído en el tiempo y en el espacio. De tal modo, al estudiar el derecho, la teoría no puede desligarse de las características constitutivas del mundo, como tampoco puede ignorar los condicionamientos biológicos, históricos, sociales y antropológicos de la vida social. Por el contrario, es preciso tomar en consideración aquellos factores empíricos, así como las razones y circunstancias particulares que llevan a las personas a asociarse, crear lazos morales y fundar instituciones políticas y jurídicas. En pocas palabras, se trata de entender que el derecho positivo es un fenómeno de normatividad social anclado inexorablemente en la manera de ser del mundo y la naturaleza humana.

i. Bentham

Para Jeremy Bentham la filosofía del derecho se nutre principalmente de dos corrientes, el utilitarismo y el análisis del lenguaje. Sin embargo, como destaca Dan Priel, es preciso advertir que el utilitarismo es una doctrina empírica; mientras que el análisis del lenguaje involucra una tarea conceptual.²⁶⁰ Por esta razón, hay una relativa incompatibilidad metodológica entre las dos corrientes, ya que las conclusiones derivadas por la experiencia no pueden tener el alcance que tienen las conclusiones alcanzadas por la razón. El profesor Hart se dio cuenta de esta incompatibilidad metodológica y rechazó el utilitarismo como base de su teoría jurídica.

La doctrina del utilitarismo, sin embargo, podría dar a la filosofía del derecho luces interesantes para explicar el fenómeno del derecho; y, más aún, proporcionar un principio de acción moral y política que podría ser muy provechoso para justificar racionalmente el contenido de las leyes y las decisiones de gobierno.

²⁵⁹ Cf. Priel, Dan, “Towards Classical Legal Positivism”, *Virginia Law Review*, vol. 101, 2015, pp. 987-1022.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 987.

En el esquema de Bentham, el “principio de utilidad” —como él lo denomina— tiene dos sentidos, uno descriptivo y otro normativo.²⁶¹ En cuanto al sentido descriptivo, el principio señala el hecho de que cada ser humano tiene como objetivo vital su propia felicidad.²⁶² En cuanto al sentido normativo, el principio impone el deber de buscar y procurar la mayor felicidad para el mayor número de personas; lo que es especialmente relevante para orientar las acciones de gobierno. De esta manera, el comportamiento de las personas está sujeto a una necesidad natural: la búsqueda de su propio bienestar, por un lado; mientras que, por otra parte, se postula el deber general de tomar cursos de acción que maximicen el bien colectivo.

Es importante señalar que la elección del principio de utilidad no es arbitraria. El principio de utilidad presupone una concepción particular de la naturaleza humana, la cual está subordinada a una concepción determinada del mundo. En ese tenor, explica Bentham:

La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos maestros soberanos, el *dolor* y el *placer*. Ellos determinan tanto lo que debemos hacer como lo que hacemos. El criterio de lo que es correcto e incorrecto, por una parte, y la cadena de causas y efectos, por la otra, están sujetas a su trono. Nos gobiernan en todo lo que hacemos, decimos y pensamos: todo esfuerzo que hagamos para librarnos de su sujeción no servirá para nada más que para demostrarla y confirmarla. Mediante las palabras alguien puede pretender no estar sujeto a ellos, pero de hecho permanece ligado a ellos. El principio de utilidad reconoce esta sujeción y la asume como fundamento de su sistema.²⁶³

²⁶¹ Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener, Batoche Books, 2000, 248 p., especialmente cap. I “Of the Principle of Utility”, pp. 14-18.

²⁶² El concepto de «felicidad» ha tenido distintos significados en la historia de la filosofía: se ha entendido como *eudaimonía* o vida buena (Aristóteles), *ataraxia* o imperturbabilidad del ánimo (Enesidemo), y *beata vita* o conocimiento de Dios (San Agustín), entre otros. Bentham tiene una concepción *hedonista* de la felicidad, que consiste en el desarrollo de una sabiduría práctica para buscar el placer y evitar el dolor. Esta concepción de la felicidad, basada en la satisfacción de las necesidades del cuerpo, ha sido cuestionada duramente por muchos filósofos idealistas o racionalistas. Un ejemplo de lo anterior es Heráclito, al considerar que «Si la felicidad consistiera en los placeres del cuerpo, llamaríamos felices a los bueyes cuando encuentran algarrobas para comer» [*Frag.*, §4] (Heráclito, *Fragmentos*, Madrid, Aguilar, 1977, 158 p.).

²⁶³ Bentham, *op. cit.*, p. 14. La traducción de este pasaje en idioma español es citada por José Juan Moreso, en “Jeremy Bentham: luces y sombras”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, núm. 47, 2013, p. 227.

Bentham rechazó un concepto escolástico de *moralidad*, asociado con la idea del *sumo Bien*. Los conceptos morales —las nociones personales y sociales de lo que es *bueno* y *malo*— no son resultado del conocimiento de Dios, sino un producto de la experiencia inmediata con las cosas y las personas. Bentham tiene una concepción materialista de la naturaleza. Bajo esa premisa, la moralidad es una cuestión de hecho: un fenómeno empírico que se va acuñando en el tiempo, mediante la observación y el experimento. El hecho de que no exista el *sumo Bien* no implica, por lo tanto, que la sociedad carezca de ideas comunes acerca de lo «correcto» e «incorrecto». Los miembros de una sociedad pueden compartir sentimientos morales gracias a que experimentan una realidad común, bajo las reglas naturales de conducta impuestas por el *placer* y el *dolor*.

Ahora bien, la capacidad humana de experimentar estos sentimientos de placer y dolor, son el fundamento de la moralidad social; la cual, a su vez, fungirá como fundamento del derecho. Para Bentham, el derecho está naturalmente comprometido con una ética utilitarista, en la medida en que sus fines morales básicos son asegurar el placer y evitar el dolor. Asimismo, la doctrina utilitarista aporta directrices para construir teorías políticas y legislativas acordes a los anhelos y necesidades básicas de los seres humanos.²⁶⁴ Por lo tanto, el contenido del derecho está condicionado por los sentimientos de moralidad que comparten los seres humanos; los cuales, a su vez, responden a hechos naturales del mundo.

ii. Hobbes

En el caso de Thomas Hobbes, la noción de *naturaleza* también desempeña un papel fundamental en su «teoría del contrato social».²⁶⁵ No es gratuito que sus obras se ocupen de realizar un estudio preliminar sobre la «naturaleza humana» y sus facultades, antes de elaborar propiamente las ideas políticas que conducen a aquel “contrato social” por el que se instituye el poder público. Al igual que Bentham, Hobbes tenía una concepción materialista del mundo

²⁶⁴ Cf. *Ibid.* p. 239.

²⁶⁵ Cf. Hobbes, Thomas, *op. cit.*, cap. XIII.

y del ser humano, lo cual condiciona el tipo de instituciones que se requieren para la organización social. Los seres humanos, como otras especies, están animados por un instinto natural de conservación. De tal modo, la naturaleza es una fuerza que les obliga a realizar todas las acciones que resulten convenientes para asegurar su permanencia. La búsqueda de alimento, resguardo y procreación son, por lo tanto, acciones necesarias e ineludibles.

Bajo este esquema de supervivencia, el *derecho natural* es entendido como un poder ilimitado que originalmente tiene todo ser humano para apropiarse de cualquier objeto, o realizar cualquier acción, con el fin de satisfacer sus necesidades primarias de subsistencia. La naturaleza ha dotado a los individuos de iguales facultades, físicas y mentales, para ejercer su derecho natural —lo que podemos denominar como un «principio de igualdad natural»—. Aunque existen diferencias evidentes entre la fortaleza e inteligencia de las personas, estas no son lo suficientemente determinantes para evitar que el más débil, o el menos astuto, represente un peligro para los demás. Por ello, el ejercicio ilimitado del derecho natural —lo que podemos denominar como un «principio de libertad natural»— solamente se ve restringido cuando otro individuo opone resistencia a través de su respectivo derecho natural.

Ahora bien, la naturaleza no estableció límites inherentes al ejercicio del derecho natural, de modo que los individuos pueden usar su poder no sólo para subsistir, sino también para hacer valer sus caprichos, deseos o pasiones. Hobbes concibe al *estado de naturaleza* como una situación original de completa igualdad en la que se encontraban los hombres y mujeres antes de vivir en sociedad, motivados en su acción sólo por sus apetitos, deseos y temores. En esas circunstancias, los individuos viven sin reglas, leyes o autoridades que establezcan límites a sus acciones. Por consiguiente, los seres humanos están en completa libertad de usar su propia fuerza y astucia para enfrentar, resistir o dominar, a los demás. De modo que, al no haber un poder común que restrinja el derecho natural en general, los seres humanos lucharán por protegerse o someter a otros, creando así una *situación de guerra*.

Los seres humanos tienen inclinaciones naturales y, muy a menudo, sus conductas están gobernadas por su naturaleza pasional. No obstante, las personas también tienen una capacidad de entendimiento que, a la postre, los dirige a actuar de una manera diferente a sus impulsos primarios. De acuerdo con Hobbes, las *leyes de la naturaleza* son aquellos preceptos o

reglas generales encontradas por la razón, por la cual se prohíbe al individuo hacer aquello que sea destructivo para su vida o le arrebate los medios para preservarla.²⁶⁶ En pocas palabras, las leyes de la naturaleza son soluciones *pragmáticas* de la razón, derivadas de la experiencia inmediata del mundo y de las relaciones humanas.²⁶⁷ Es importante resaltar que estas soluciones de la razón son “pragmáticas” debido a que ellas no son resultado de un conocimiento abstracto de (supuestos) conceptos universales de moralidad, sino el resultado de un proceso de “ensayo y error” durante la experiencia inmediata del mundo físico, particularmente en la interacción social con otros individuos.

El “contrato social” se hace posible cuando los individuos comprenden que es más conveniente —para su propósito común de supervivencia— llegar a acuerdos básicos con sus semejantes. Esos acuerdos incluyen, por ejemplo, un pacto recíproco de no agresión y otras restricciones sobre el uso de la violencia. O bien, la cooperación para defenderse de peligros comunes; y la conformación de una fuerza pública que haga valer los acuerdos sociales. De esta manera, el poder político que resulta del contrato social tiene como propósito el beneficio de la comunidad, dadas las cualidades ontológicas de los seres humanos y las circunstancias naturales en las que se encuentran.

En conclusión, el poder de la *República* está naturalmente orientado por la búsqueda de ciertos fines: la paz, la seguridad y la defensa mutua. Estos fines políticos del poder público son metas ineludibles para la constitución y permanencia del Estado, pues si éste no tuviera aquellas finalidades, los hombres no darían su consentimiento para erigir un poder soberano, ni estarían dispuestos a someterse a su autoridad. Por ende, el gobierno y las leyes deben ser

²⁶⁶ Cf. *ibid.*, p. 228.

²⁶⁷ Alguien podría cuestionar aquí si en realidad tenemos una “experiencia inmediata” del mundo. Creer que sí la tenemos —continúa la objeción— implicaría asumir que la mente humana es una «tabula rasa» dispuesta al conocimiento, ignorando con ello que el lenguaje, conceptos y teorías son indispensables para interpretar y *conocer* el mundo. En la teoría del conocimiento este es un debate clásico entre empiristas e idealistas. Sin embargo, recientemente Tyler Burge ha señalado que la mayoría de los filósofos ha intelectualizado el fenómeno representacional del mundo físico, atribuyendo a los agentes que perciben propiedades complejas de raciocinio y entendimiento aún en edades tempranas. Burge sostiene que la representación del mundo físico comienza con la *percepción*. La misma percepción, lisa y llana, que desarrollan los animales. La evidencia científica ha confirmado que nuestros procesos de conocimiento no son tan diferentes a los de los primates. Cf. Burge, Tyler, *Origins of Objectivity*, Oxford, Clarendon Press, 2010, 624 p.; Burge, Tyler, “Perceptual Objectivity”, *Philosophical Review*, vol. 118, No. 3, 2009, pp. 285-324.

consistentes con las leyes fundamentales de la naturaleza, a saber, con la preservación de la propia vida y los consecuentes medios que hagan falta para ello.

b) Contenido mínimo de derecho natural

Hemos visto que los positivistas jurídicos clásicos compartían la idea de que todo sistema jurídico está condicionado ontológicamente por la forma de ser del mundo y de la especie humana; es decir, por un conjunto de hechos naturales que no elegimos ni podemos cambiar. La naturaleza del mundo, en efecto, ha determinado los hechos físicos y biológicos sobre los cuales se desenvuelven nuestras relaciones sociales y, con ello, las instituciones morales y jurídicas que son fácticamente posibles. Ahora corresponde indagar si tales condicionamientos tienen consecuencias importantes para nuestro concepto de derecho. En especial, si esos hechos básicos del mundo definen, en alguna medida, las propiedades y funciones esenciales de los sistemas jurídicos, por un lado; así como el contenido sustantivo de sus normas y disposiciones, por el otro. Esta cuestión fue explorada por H. L. A. Hart, mediante el famoso argumento del “contenido mínimo de derecho natural”.²⁶⁸

De acuerdo con Hart, hay cuando menos cinco hechos naturales que condicionan ontológicamente el contenido de la moral y del derecho. Se trata de un conjunto de circunstancias fácticas con respecto de las cuales la moral y el derecho *supervienen*; esto es, dependen constitutivamente. Estos hechos básicos del mundo son: la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, la escasez de recursos, y la debilidad moral de las personas en cuanto a su capacidad de entendimiento y fuerza de voluntad. Tales hechos han dado lugar a una “moral básica”; esto es, un conjunto de reglas comunes para la restricción de la violencia, así como para la protección de las personas y sus propiedades, que son *necesarias* para la viabilidad y permanencia de cualquier grupo social. En última instancia, la finalidad del

²⁶⁸ Cf. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 193-200.

argumento hartiano es demostrar que el derecho no puede tener “cualquier contenido”, sino que éste se encuentra limitado, en los hechos, por una “necesidad natural”.²⁶⁹

i) Necesidad metafísica y necesidad contextual

El propio Hart advierte que es muy importante acotar los alcances de su argumento del «contenido mínimo de derecho natural». En primer lugar, la idea de una “moral básica” podría llevarnos a creer erróneamente que todo sistema jurídico debe ajustar el contenido de sus normas (leyes, reglamentos, decisiones, etcétera) a una forma superior de moralidad o a un ideal sustantivo de justicia. Con ello, estaríamos perdiendo de vista que ese conjunto básico de reglas morales, que naturalmente contiene cualquier sistema de derecho, responde a un *propósito de supervivencia*; y no a la realización de valores o ideales morales más sofisticados. En efecto, como veremos más adelante,²⁷⁰ hay distintos tipos de moralidad; el argumento hartiano defiende tan sólo una forma *mínima* de ella (integrada por reglas básicas de interacción *para sobrevivir*).²⁷¹

En segundo lugar, sin importar lo modesta que pudiera ser la forma de moralidad defendida en el argumento, nótese que Hart sostiene que ese contenido mínimo (de moralidad) es *necesario* para todo sistema jurídico. Ciertamente, cualquier sociedad estaría destinada al fracaso si no respetara las reglas básicas de convivencia y cooperación —para la supervivencia— que los individuos han conformado naturalmente. Por consiguiente, en ausencia de un contenido mínimo de moralidad, el establecimiento de instituciones y normas jurídicas sería imposible. En otras palabras, el argumento hartiano demuestra que hay una

²⁶⁹ Dice Hart: “We can say, given the setting of natural facts and aims, which make sanctions both possible and necessary in a municipal system, that this is a *natural necessity*; and some such phrase is needed also to convey the status of minimum forms of protection for persons, property, and promises which are similarly indispensable features of municipal law. It is in this form that we should reply to the positivist thesis that «law may have any content»”, *ibid.*, p. 199. [“Podemos decir, dada la configuración de hechos y propósitos naturales, que hacen que las sanciones sean posibles y necesarias en un sistema municipal, que esa es una *necesidad natural*; y que necesitamos alguna frase de este tipo para nombrar la relevancia de formas mínimas de protección para las personas, sus propiedades y promesas que, de manera similar, son instituciones indispensables del derecho municipal. De esta manera es como deberíamos responder a la tesis positivista de que «el derecho puede tener cualquier contenido»” (la traducción es mía)].

²⁷⁰ Vid. *infra* sección 4 de este capítulo tercero.

²⁷¹ En la siguiente sección profundizaré sobre los distintos conceptos de moralidad. *Vid. infra* 4.

conexión *necesaria* entre el derecho y una moral básica, puesto que es una verdad fundamental que un mínimo de reglas morales (la prohibición de la violencia, homicidio, robo, etcétera) es necesario para asegurar la viabilidad de cualquier comunidad.

Para evitar malentendidos, de nuevo, es indispensable explicar el tipo de *necesidad* que aquí está involucrada. Para ello, Hart sometió su argumento del contenido mínimo de derecho natural a una «lógica de mundos posibles».²⁷² Con ayuda de experimentos mentales que plantean situaciones contra-fácticas, Hart intentó demostrar que, si bien el contenido mínimo de moralidad es *necesario* para las sociedades y sistemas jurídicos de *nuestro* mundo, tal contenido podría, sin embargo, ser *contingente* para otros mundos posibles. Y de manera similar, si bien el derecho muestra propiedades esenciales en el mundo actual —como la coacción—, tales propiedades podrían ser prescindibles en un contexto diferente. Por desgracia, el planteamiento de contraejemplos fantásticos, como son las ideas de hombres-cangrejo, gigantes y pigmeos, puede llevarnos a terribles malinterpretaciones de Hart. Así que habrá que avanzar con cuidado.

Para aclarar qué tipo de *necesidad* está involucrada en el argumento del contenido mínimo de derecho natural, me parece muy útil distinguir entre una necesidad *metafísica* y una necesidad *contextual*. Existe una «necesidad metafísica» cuando, dada una determinada descripción, las propiedades de un objeto son verdaderas en todos los mundos posibles. En cambio, existe una «necesidad contextual» cuando, dada una determinada descripción, las propiedades de un objeto son verdaderas únicamente en virtud de las circunstancias particulares del mundo actual.²⁷³ En ese sentido, «que el derecho contiene un mínimo de moralidad», o «que el derecho es coactivo» son verdades *circunstanciales*, cuya necesidad (contextual) obedece a la manera de ser de *nuestro* mundo, el planeta Tierra. Esas propiedades que nosotros consideramos necesarias, sin embargo, podrían ser irrelevantes en otros mundos

²⁷² Sobre la lógica de los mundos posibles o «lógica modal», véase Kripke, Saul, *El nombrar y la necesidad*, trad. de Margarita Valdés, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, 173 p., especialmente la “Primera conferencia”.

²⁷³ De acuerdo con Kripke las propiedades de los objetos no se sustentan por sí solas; que algo sea necesario o contingente depende de cómo las describamos. De tal manera, “los mundos posibles se *estipulan*, no se *descubren* mediante poderosos telescopios” (*ibid.*, p. 47). Y más adelante Kripke señala: “Cuando pensamos que una propiedad es esencial al objeto, lo que generalmente queremos decir es que es verdadera del objeto en cualquier caso en el que el objeto hubiese existido” (*ibid.*, p. 51).

posibles, bajo circunstancias fácticas diferentes. Para que fueran verdades *conceptuales*, esos enunciados tendrían que ser «metafísicamente necesarios»; es decir, verdaderos en todos los mundos posibles, lo cual no es el caso.

ii) Hechos naturales

A continuación, explicaré cada uno de los cinco hechos fundamentales de la naturaleza que condicionan el contenido de las reglas morales y jurídicas, así como los correspondientes contraejemplos que ofrece Hart, desde la perspectiva de una lógica modal, para limitar los alcances del argumento del contenido mínimo de derecho natural.

Vulnerabilidad humana

Es un hecho de nuestro mundo que los seres humanos son mortales. Se trata de una condición biológica a la que estamos sujetos inexorablemente, sin importar nuestra edad, sexo, raza, cultura, religión o posición social. De este modo, puesto que el ser humano es susceptible de sufrir daños y perecer, es natural que la moral y el derecho de cualquier sociedad incluyan reglas para restringir el libre uso de la violencia y proteger la frágil vida de las personas. Se trata de una verdad circunstancial —necesaria contextualmente— que se deriva de un hecho biológico del mundo actual.

No obstante, si bien es cierto que somos físicamente vulnerables y que los sistemas morales y jurídicos no pueden ignorar este hecho fatal, Hart considera que no es una verdad conceptual que el derecho *siempre* tenga la propiedad de ser un instrumento para prohibir la violencia y proteger la vida de las personas. Esa es tan sólo la manera en que el derecho se ha configurado *para nosotros*, terrícolas mortales. Pero, las cosas podrían ser distintas si imaginamos el tipo de sistema normativo que se conformaría entre seres invulnerables o inmortales, como podrían ser los ángeles, titanes o aquellos humanos perfectos del Edén que describe la *Biblia*.²⁷⁴

²⁷⁴ Cf. Éxodo 2, 15.

Desde luego, no existen los ángeles, ni los titanes o los humanos inmortales. El argumento de Hart únicamente pretende demostrar que no es necesario, metafísicamente, que el derecho contenga *siempre* reglas para restringir el libre uso de la violencia y proteger la vida de las personas. El compromiso de cualquier sistema jurídico con un contenido mínimo de moralidad es circunstancial. Podríamos seguir formulando un concepto de derecho perfectamente funcional para dirigir la conducta, entre ángeles y dioses, que no contemple reglas para proteger la vida, puesto que ellos son inmortales. De lo anterior se sigue que no podemos postular un concepto necesario y universal de derecho, válido en todo tiempo y espacio posible; sino que nuestra idea del derecho, así como su eventual contenido, depende de las circunstancias de hecho que conocemos en el mundo actual.

Igualdad aproximada

Es un hecho que los seres humanos, a pesar de sus múltiples diferencias (en cuanto a fuerza, inteligencia, edad, sexo, etcétera), poseen características similares. Nadie es lo suficientemente poderoso como para quedar exento del peligro que representan las demás personas, incluso si estas fueran las más débiles. De allí se ha derivado la idea de que el derecho *necesariamente* debe contener reglas que garanticen la igualdad entre las personas. Así, la existencia de un mínimo de justicia es necesaria para cualquier sistema de organización social, dadas las circunstancias particulares de nuestro mundo.

Sin embargo, de nuevo, no es en modo alguno una verdad conceptual que el derecho deba incluir un precepto de “igualdad” en su contenido y, por consiguiente, establecer reglas que garanticen un trato justo e igualitario entre los miembros de una comunidad. Hart argumentó que es sencillo concebir la posibilidad de que exista un sistema de normas que no está comprometido con un deber de igualdad: imaginamos el derecho que tendría una sociedad en la que coexisten gigantes y pigmeos. O bien, para considerar un ejemplo menos fantasioso, el derecho que históricamente ha regido las relaciones internacionales entre países considerablemente desiguales, debido a su poder militar o económico.

Altruismo limitado

Esta circunstancia se refiere al hecho de que, en este mundo, la bondad y la buena fe no son características espontáneas y distintivas de las personas. Por el contrario, los individuos suelen actuar de manera egoísta e, incluso, maliciosa. El escaso altruismo de la especie humana tiene implicaciones para la moral y el derecho, puesto que, bajo esas condiciones, es mayor la probabilidad de que los seres humanos busquen sacar ventaja de sus semejantes. Una condición del mundo actual que, de hecho, hace más difícil la cooperación.

De acuerdo con Hart, este hecho también podría ser metafísicamente diferente. Podríamos imaginar una sociedad de samaritanos integrada por individuos justos y bondadosos, en donde no se necesiten reglas para restringir una violencia que es inexistente e imposible, dada la bondad original de las personas. Puede parecer extraño el argumento. Sin embargo, la finalidad del contraejemplo no es probar la existencia de una sociedad de samaritanos, sino demostrar que existe una posibilidad conceptual de que la moral y el derecho se construyan sobre una situación social de altruismo ilimitado.

Recursos limitados

Otro hecho natural del mundo es que la comida que necesitamos para subsistir no es abundante ni inmediatamente disponible. El ser humano ha requerido desarrollar la agricultura para satisfacer sus necesidades de alimentación, y cooperar con otras personas para alcanzar la meta común de la supervivencia. Estas circunstancias hacen que las personas sean celosas de los recursos, generando con ello la urgencia de instituir alguna forma básica de protección a la propiedad privada.

De nuevo, Hart recurre a la lógica de los mundos posibles para imaginar un planeta en el que los recursos son abundantes. En tal situación, los individuos de ese planeta no necesitarían reñir por el alimento; y quizá ni siquiera necesitan asociarse o cooperar para subsistir. Con ello se demuestra que el derecho cambiaría su modo de ser bajo un hecho natural diferente. Tal situación contra-fáctica nos dirige a la posibilidad de que el derecho tenga un contenido alternativo al que conocemos en nuestro contexto.

Debilidad moral de las personas

Es un hecho que la racionalidad humana tiene importantes limitaciones. Y aunque los seres humanos sean capaces de desarrollar su inteligencia, también ceden ante su naturaleza pasional. La fuerza de voluntad para refrenar los deseos no es suficiente para vivir pacíficamente. La moral y el derecho son resultado de las flaquezas de los seres humanos.

Si la capacidad de entendimiento y fuerza de voluntad humanas fueran superiores, piensa Hart, no se necesitaría estatuir normas morales o jurídicas que restrinjan las acciones de las personas o les impongan severos castigos. Cada individuo definiría los límites aplicables a sus propias acciones y tendría una fortaleza moral suficiente para respetarlos, sin necesidad de recurrir a la fuerza o a las autoridades para que impongan sanciones por su incumplimiento. Este contraejemplo muestra que existe la posibilidad de elaborar un concepto alternativo de derecho, diseñado para hombres y mujeres moralmente superiores.

En suma

En esta sección he explicado cómo los teóricos del positivismo jurídico clásico estudiaron el derecho más allá del marco legal, y fundamentaron sus teorías a partir de una concepción más amplia del mundo y del ser humano. Con base en ciertas consideraciones ontológicas sobre la naturaleza, derivaron consecuencias importantes para la sociedad y el derecho, como son las metas esenciales de proteger la vida, garantizar la seguridad y buscar el bien común. Sin el establecimiento de estos propósitos comunes de supervivencia, las sociedades serían imposibles; y el derecho, ininteligible. En otras palabras, la sociedad política y, por ende, el contenido del derecho, tienen fundamento en el estado natural de la existencia humana, sobre el cual se han erigido reglas básicas de moralidad indispensables para alcanzar un estado de convivencia pacífica y de cooperación exitosa.

En el mismo sentido, hemos visto que el argumento de Hart, acerca del «contenido mínimo de derecho natural», pretende demostrar que el derecho no puede tener “cualquier contenido”. Desde un punto de vista metodológico, se puede estudiar a los sistemas jurídicos únicamente con base en su forma y estructura. Sin embargo, en algún momento también será

indispensable analizar las materias y objetivos de regulación. En cierto modo, explica Hart, el contenido del derecho está condicionado por el mundo actual; en particular, por cinco hechos naturales sobre las cuales se han constituido reglas morales y, eventualmente, normas jurídicas. Es necesario, por lo tanto, que el derecho incluya reglas mínimas que restrinjan la violencia, garanticen la integridad de las personas, sus posesiones y acuerdos, de nuevo, con un propósito común de supervivencia.

Hart añade, sin embargo, importantes acotaciones al argumento del «contenido mínimo de derecho natural», para no cometer la falacia de asumir que el concepto de derecho que *nosotros* podemos formular para describir la realidad que conocemos, es necesariamente verdadero para cualquier mundo posible. De allí que Hart planteara una serie de contraejemplos para demostrar que ese contenido mínimo, y otras propiedades básicas del derecho, son circunstanciales. La conclusión de este análisis es que la relación entre el derecho y la moral, si bien es necesaria contextualmente (en este mundo), no lo es metafísicamente (en todos los mundos posibles). Por lo tanto, que «el derecho contiene un mínimo de moralidad», y que «el derecho tiene la propiedad esencial de ser coactivo» no son enunciados verdaderos conceptualmente necesarios, sino contextualmente contingentes.

Por último, todavía quedan algunas preguntas pertinentes por plantear. Después de todo, ¿para qué querríamos tener un concepto *universal* de derecho, válido en todos los mundos posibles? ¿Qué provecho podría reportarnos el contar con una definición esencialista del derecho que describe sus rasgos como propiedades conceptualmente necesarias?

En la larga historia de las civilizaciones humanas han existido muchos tipos de sistemas jurídicos. El contenido del derecho, sin duda, está condicionado por diversas circunstancias naturales: físicas, biológicas, climáticas y geográficas; aunque también por circunstancias sociales: históricas, económicas, religiosas, políticas y culturales. Para defender la idea de una objetividad jurídica sustantiva, no necesitamos buscar un concepto de derecho universal e intemporal, cuyas propiedades están justificadas *a priori*. Más bien, hace falta analizar ese conjunto de hechos naturales y sociales —ambos contingentes— que condicionan de manera relevante el contenido de *nuestro* derecho. Así obtendremos una concepción *modesta* de

objetividad sustantiva del derecho, sin importar que ésta no sea extensiva a otras épocas, otras sociedades, otras culturas, o a otros mundos posibles.²⁷⁵

Finalmente, una enseñanza interesante de la reflexión anterior es que las necesidades contextuales son más importantes que las necesidades metafísicas. En efecto, son las circunstancias fácticas que vivimos actualmente las que nos obligan a considerar determinados contenidos de derecho como moralmente correctos o socialmente valiosos. Son los hechos naturales y sociales de *nuestro* mundo los que nos dirigen a crear ciertas instituciones jurídicas, y a promulgar leyes con características particulares. Los fenómenos de pobreza, guerra, terrorismo, migración, explosión demográfica, cambio climático, contaminación ambiental, desastres ecológicos, corrupción financiera, globalización económica, etcétera, son las problemáticas que urgen a las sociedades contemporáneas tomar determinadas decisiones jurídicas. Son las circunstancias contextuales, y no los significados analíticos del derecho, las razones que nos demandan que nuestras constituciones, leyes y decisiones judiciales tengan un contenido normativo específico. Por ello, requerimos un concepto amplio de derecho. Un concepto dinámico, relativo a las circunstancias y necesidades particulares de nuestro mundo, nuestra sociedad y nuestro tiempo.

²⁷⁵ Al aceptar un concepto amplio de derecho, que es plural y cambiante tanto en su forma como en su contenido, los positivistas jurídicos han asumido el reto de estudiar los sistemas de derecho positivo en todas sus posibilidades. Como bien sugiere Hart, un concepto estrecho del derecho, asociado con un conjunto de propiedades valorativas metafísicamente necesarias, nos llevaría a renunciar al estudio de aquellos sistemas de normas jurídicas que no se ajustan a un ideal de justicia o a una forma superior de moralidad. *Cf.* Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 210.

4. Condiciones de moralidad

El profesor Hart advirtió que cuando los juristas se proponen explicar *qué es el derecho* a menudo se encuentran con una serie de “cuestiones persistentes”.²⁷⁶ Una de esas cuestiones consiste en esclarecer la relación que guardan el derecho y la moral. Por ejemplo, en qué medida se puede ofrecer una explicación del derecho con independencia del fenómeno moral; o bien, por el contrario, hasta qué punto una teoría del derecho debe fundamentarse necesariamente en conceptos de moralidad. Los teóricos del derecho se han dividido al respecto. En principio, se han conformado dos posiciones básicas: por un lado, quienes defienden la tesis de una *separación* entre el derecho y la moral (p. ej., Bentham, Austin, Hart, Kelsen, Raz); por el otro, quienes sostienen la tesis de una *vinculación* entre el derecho y la moral (p. ej., Radbruch, Fuller, Dworkin, Finnis, Alexy), en el sentido de que hay una conexión esencial, o necesaria, entre el derecho y la moral.

Sin duda, hay muchas versiones de las tesis de separación y vinculación entre el derecho y la moral. En este trabajo sería imposible analizar cada una de ellas. No obstante, quiero llamar la atención sobre el hecho de que, con frecuencia, se asume que ambas tesis son mutuamente excluyentes. Es decir, que aceptar la tesis de la separación implica necesariamente rechazar la tesis de la vinculación, y viceversa. A primera vista, en efecto, pareciera que se trata de dos posiciones irreconciliables; que la verdad de una tesis conlleva la falsedad de la otra. Sin embargo, el derecho puede estar relacionado con distintos tipos de moral, lo cual multiplica sus posibles conexiones. De tal modo, si consideramos que la moralidad es un fenómeno de normatividad que tiene muchas dimensiones, seremos capaces de ver que ambas tesis podrían ser compatibles, al menos parcialmente. Por ello, estimo que un debate inexpugnable entre las tesis de la separación y la vinculación podría llevarnos a simplificar desatinadamente el complejo problema de la relación derecho-moral.²⁷⁷

²⁷⁶ Cf. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, cap. I “Persistent Questions”. Estas cuestiones persistentes son, a grandes rasgos, (1) en qué medida el derecho es un asunto de normas; (2) en qué medida el derecho involucra el uso de la coerción, y (3) cuál es la relación que guardan el derecho y la moral.

²⁷⁷ De manera similar, Roger Shiner se rehúsa a participar de ese debate entre los defensores de las tesis de la separación y vinculación, y se propone analizar la relación derecho-moral en términos “más mundanos e

Para entender los problemas recurrentes que involucra la relación derecho-moral es importante aclarar dos cosas. Primero, que existen muchos tipos de morales; y, segundo, por consiguiente, que existen múltiples conexiones entre el derecho y la(s) moral(es). En esta sección explicaré diferentes conceptos de moralidad; abordaré el fenómeno de la moralidad desde distintos niveles y perspectivas; y, finalmente, enunciaré diversos tipos de conexiones (necesarias y contingentes) entre los sistemas de normas jurídicas y morales. Con ello, espero ofrecer un mejor panorama de elucidación sobre la relación derecho-moral, el cual me permitirá defender, a la postre, un concepto modesto de objetividad jurídica.

a) Conceptos de moralidad

Antes de comenzar a imaginar las relaciones que guardan los fenómenos normativos del derecho y la moral, es conveniente aclarar los distintos conceptos de *moral* que podemos encontrar en las discusiones teóricas acerca de la naturaleza del derecho. La *moral* puede ser entendida, cuando menos, en tres sentidos diferentes: como una moral social, una moral crítica y una moral personal.

*i) Moral social, positiva o convencional*²⁷⁸

Por *moral social* podemos entender un conjunto de pautas, reglas, valores, creencias, costumbres y tradiciones que, en una determinada comunidad, exige a los individuos la realización u omisión de ciertas conductas. Las normas morales de un grupo social constituyen patrones de comportamiento que, por un lado, indican los cursos de acción correctos y socialmente deseables; y, por el otro, sirven como fundamento para reprochar la conducta de los individuos

intuitivos”. Cf. Shiner, Roger A., “Law and Morality”, en Patterson, Edwin (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 2000, pp. 436-449.

²⁷⁸ Cf. Kelsen, H., *TPD2*, cap. II.; Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, cap. VIII y IX; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cap. 3.

se aparten de ellas. La moral social nace de los hábitos de conducta, la costumbre; pero también de las creencias religiosas y convicciones políticas de una comunidad. Así, por poner un ejemplo, mientras los griegos tenían la costumbre de incinerar a los muertos, los *calacios* (una tribu hindú) tenían la costumbre de comer los cadáveres de sus padres.²⁷⁹ La moral de una sociedad —esto es, los criterios para juzgar lo bueno y lo malo— es relativa y varía de una sociedad a otra. Por lo tanto, hay tantas morales positivas como sociedades en el mundo; y, dentro de una misma sociedad, la moral positiva es susceptible de cambios y modificaciones en el tiempo. Las morales sociales se constituyen histórica y culturalmente.

ii) Moral crítica, ilustrada o especulativa

Se puede entender como un conjunto de deberes que son el resultado de un proceso de deliberación racional. Este concepto presupone que los contenidos de moralidad no tienen su origen en la práctica social de una comunidad (sus hábitos, costumbres o creencias) sino que, de algún modo, hay un universo de moralidad —*a priori* o *a posteriori*— que puede ser descubierto o determinado racionalmente, de manera individual o colectiva. Es decir, para determinar lo que está bien y lo que está mal, lo que es justo y lo que es injusto, es indispensable realizar un balance de razones —un razonamiento— para arribar a una conclusión. De tal forma, la moral crítica involucra un examen racional, que tiene por objeto la búsqueda del *deber* más allá de la experiencia social. En este sentido, el origen y la justificación de los conceptos morales es la razón.

iii) Moral personal

Hace referencia al ámbito *moral* de las personas; esto es, al espacio de “interioridad” personal en el cual se desarrolla la conciencia, voluntad, pensamientos, deseos, metas, preferencias,

²⁷⁹ Cf. Rachels, James, *Introducción a la filosofía moral*, trad. de Gustavo Ortiz Millán, especialmente el capítulo II. “El desafío del relativismo cultural”.

juicios, valoraciones, temores, sentimientos, ambiciones, etcétera. Una larga tradición filosófica ha considerado que es posible incidir en ese espacio de interioridad moral (lo que ha sido descrito como una educación del “alma”, el “espíritu” y más contemporáneamente de la “identidad personal”) a través de una *ética*, entendida como un proyecto de perfeccionamiento moral, esto es, un proceso de educación interior que busca el máximo desarrollo posible de las capacidades del ser humano.²⁸⁰

A menudo, la moral social es identificada con una heteronomía del comportamiento; esto es, con una situación donde los deberes de conducta de las personas están determinados por exigencias externas (de la familia, sociedad, iglesia, cultura, Estado, etcétera). En cambio, la moral crítica es asociada con una autonomía del comportamiento, donde los deberes de conducta de cada individuo están determinados por las exigencias de su propia razón. Por su parte, la moral personal de cada individuo puede recibir la influencia tanto de la heteronomía como de la autonomía. En efecto, cada sujeto puede hallarse bajo el influjo de una moral positiva, o bien de una moral crítica. Uno puede actuar según las costumbres, creencias, tradiciones en las que fue criado; pero también, tomar decisiones novedosas según su propia deliberación. La autonomía y la heteronomía eventualmente pueden oponerse, aunque también complementarse, en la tarea de definir los deberes personales de conducta.

b) Fuentes de moralidad

Una cuestión que ha generado mucha perplejidad entre filósofos, psicólogos, sociólogos y juristas es la siguiente: ¿de dónde provienen los contenidos de moralidad? En términos generales, una cuestión moral surge cada vez que uno se pregunta por lo que *debe* hacer. Desde luego, hay preguntas que no involucran un *deber*, sino un *querer*. Como cuando una mujer

²⁸⁰ En la historia de la filosofía han existido múltiples proyectos de *ética*, que se distinguen por su manera de entender ese “perfeccionamiento” (algunas veces como felicidad, beatitud, conocimiento de Dios, por mencionar algunos), y por las técnicas o métodos que ayudan a alcanzar ese perfeccionamiento (reflexión, lectura, diálogo, oración, ascetismo, meditación, arte, entre otros).

pregunta a su pequeño hijo si desea comer un helado de fresa, vainilla o chocolate; el niño no tiene que pensar en lo que *debe* elegir, sino en lo que *quiere* más. De manera similar, las personas adultas pueden definir sus cursos de acción por gusto o preferencia; pero también por obligación o por alguna fuerza superior que allane al mero capricho. En este último caso, cuando una conducta o decisión es requerida por algún criterio o razón adicional, nos encontramos en el dominio de algún ámbito de moralidad.

Ahora bien, los *deberes* que eventualmente recaen sobre las conductas de los individuos son promovidos por distintas fuentes de moralidad. En primer término, las sociedades conforman pautas de comportamiento a través del tiempo; la repetición de ciertos hábitos de conducta tiene el efecto de arraigar costumbres, generar tradiciones y valores comunes. Así, los grupos humanos se rigen por códigos sociales de conducta, que indican cómo debemos comportarnos: qué está permitido, qué no lo está; qué acciones son obligatorias y cuáles están prohibidas. Ninguna moral social —esto es, un conjunto de normas sociales externas que imponen deberes sobre las conductas de las personas— puede agotar todas las conductas de las que somos capaces; solamente se refieren a algunas muy específicas. Hay cursos de acción que son socialmente irrelevantes, como la cuestión de decidir el sabor de un helado. Y cursos de acción imprescindibles, sobre los cuales hay una importante presión social en cuanto a su realización y cumplimiento, como el deber de *no matar* a otro ser humano. Además, cabe decir, ese código social de comportamiento no lo aprendemos en los libros, sino en la interacción cotidiana, en la práctica social.²⁸¹ Así, la moralidad social se constituye como un “juego de lenguaje”²⁸² relativo a un sistema particular de creencias.

²⁸¹ Siguiendo a Ludwig Wittgenstein, el significado de los conceptos en general no ha surgido de un razonamiento. No aprendemos *qué es* un libro y *qué es* una silla, aprendemos a *leer* libros y *sentarnos* en las sillas. De manera similar, desde un punto de vista pragmatista, los conceptos morales no son resultado de una abstracción mental, sino de una experiencia. Cf. Wittgenstein, Ludwig, *Sobre la certeza*, 3ª ed., trad. de Josep Lluís Prades y Vincent Raga, Barcelona, Gedisa, 1995, §§ 475-476.

²⁸² Tomo la expresión “juegos de lenguaje” de Wittgenstein. Es importante no cometer el error de considerar que el lenguaje es la suma de palabras que contiene un determinado idioma. El lenguaje va más allá de las palabras verbales y escritas. Hay lenguaje en una acción, un símbolo, un gesto, una mirada, un dibujo, una actitud. El silencio también es una manifestación de lenguaje, porque *dice* algo; comunica un significado. De allí la importancia de entender el “lenguaje” en este sentido pragmatista wittgensteiniano. Cf. Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 547 p.

Una religión también puede ser fuente de moralidad. Algunas personas podrían determinar el deber de sus conductas con base en su fe religiosa, creencias y supersticiones. Así, por ejemplo, un individuo puede estar convencido de que debe ayudar al prójimo, que no debe comer carne de cerdo, que debe flagelar su cuerpo para expiar sus culpas, y así sucesivamente. Dentro de una misma sociedad es posible que coexistan diferentes credos religiosos, de manera que la moral social de una comunidad no necesariamente coincide con la moral de una determinada religión. Ciertamente, pueden darse convergencias, divergencias y traslapes entre la moral social y las morales religiosas —esto, sin mencionar a la moral pública que está conformada por aquellos deberes que demandan las leyes y autoridades—. Lo interesante aquí es resaltar la pluralidad de ámbitos de moralidad.

De igual modo, el conocimiento científico constituye una fuente de moralidad, en la medida en que proporciona criterios que sirven para guiar eficazmente la acción de personas, grupos y naciones enteras.²⁸³ En las sociedades contemporáneas, en efecto, las ciencias en general constituyen un conjunto de saberes que pueden ser usados para tomar decisiones y acciones exitosas. Cuando un médico competente prescribe a un paciente que, para recuperar su salud, debe tomar tal sustancia, en ciertas dosis, durante siete días, impone un deber de conducta basado en un conocimiento científico empíricamente comprobado, al menos *prima facie*. Otro ejemplo es el de las recientes investigaciones sobre el derretimiento polar en el planeta, debido al calentamiento global y cambio climático. Tales hechos, establecidos científicamente, han servido de base para demandar el deber de las empresas de reducir las emisiones de CO₂, con todo lo que ello implica económicamente. No estoy diciendo que la ciencia por sí misma defienda una moral, sino que los conocimientos que producen las investigaciones científicas pueden ser tomados como un punto de referencia para determinar cómo debemos actuar. En ese sentido, la ciencia también representa una fuente de moralidad.

Otro tipo de conocimiento que igualmente puede ser una fuente de moralidad es el que genera cada individuo en su experiencia personal. Sin duda, uno llega a aprender cosas muy importantes para sobrevivir a través de sus propias vivencias: con el tiempo, cada uno sabe

²⁸³ Cf. Harris, Sam, *The Moral Landscape; How Can Science Can determine Human Values*, New York, Free Press, 2010, 291 p.

identificar sus propias sensaciones de hambre, cansancio, sueño, dolor; así como las emociones de satisfacción y placer. Uno sabe, por ejemplo, que *no debe* consumir un alimento cuando tiene un sabor a rancio. De tal manera, un criterio elemental para discernir entre lo bueno y lo malo es la experiencia del propio bienestar corporal. Por otra parte, el conocimiento práctico que obtenemos de la interacción con otros sujetos constituye igualmente una base empírica para “leer” a las personas en sus humores, actitudes e intenciones.²⁸⁴ La convivencia inmediata con nuestros semejantes engendra un sentido de moralidad intersubjetiva, basada en el trato que damos y hemos recibido de otros. Al estar en contacto con otros individuos —e incluso con animales y objetos del mundo— generamos ciertas expectativas de comportamiento en otras personas, y éstas a su vez generan expectativas con respecto a nosotros. En pocas palabras, como argumentaron en su momento Hobbes, Bentham y Austin, entre otros, nuestras experiencias personales del mundo y de las relaciones humanas han generado un conocimiento vivencial que es utilizado como guía para la acción. Además, desde luego, esta fuente pragmática de moralidad, basada en la experiencia personal, puede oponerse a otros dominios de moralidad (social, religiosa, pública o científica).

El derecho positivo también constituye una fuente de moralidad, puesto que, como he argumentado en el capítulo segundo, es un mecanismo público de organización que utilizan las sociedades para calificar deónticamente las conductas de las personas. Las leyes, ordenanzas administrativas y sentencias judiciales son instrumentos que permiten comunicar los deberes²⁸⁵ de comportamiento que tienen las personas, públicas y privadas, los cuales servirán como fundamentos de acción o crítica de sus conductas recíprocas. A diferencia de una moral social o religiosa, la moral legal no necesariamente surge de la costumbre, o de la práctica reiterada

²⁸⁴ Pensemos en el siguiente ejemplo: un juez, al determinar el valor de verdad que tienen las declaraciones de los testigos, observa el lenguaje corporal de estos durante la audiencia. Para aprender a *leer* a los testigos, el juez pone en práctica un conocimiento empírico que va más allá de la mera coherencia lógica y narrativa de sus testimonios. Para “saber” si alguien está mintiendo los jueces han desarrollado una habilidad moral de percibir lo cierto y lo falso. Ese conocimiento intuitivo que sólo se puede obtener a partir de un trato directo con las personas es el “principio de intermediación” en el sistema de justicia. Un interesante trabajo que explora el papel de la percepción en el conocimiento moral es Audi, Robert, *Moral Perception*, Princeton, Princeton University Press / Soochow University, 2013, 180 p.

²⁸⁵ Cabe recordar que aquí tomo la noción de «*deber*» en sentido amplio, de tal manera que incluya no sólo las obligaciones y prohibiciones, sino también las libertades, facultades y permisos que puedan dirigirse a las personas.

de ciertas conductas, sino de un acuerdo explícito entre los miembros de una comunidad. En ese sentido la moralidad pública que promueve el derecho es, en buena medida, convencional y artificial. Este hecho no menoscaba su naturaleza moral, ya que el derecho reclama tener un carácter perentorio sobre la conducta humana, al punto de prevalecer frente a otros órdenes normativos. De nueva cuenta, esta fuente de moralidad jurídica podría reproducir o discrepar con respecto a otros ámbitos de moralidad (social, religiosa, empírica o científica).

Finalmente, de acuerdo con una larga tradición filosófica —en la que destaca notablemente Immanuel Kant—, la fuente de moralidad por antonomasia es la *razón*. Esto significa que los *deberes* habrán de ser determinados con base en conceptos de una racionalidad analítica, de donde surgen los llamados «imperativos categóricos» de la razón pura; aunque, en una versión más moderada, los *deberes* podrían estar determinados por una racionalidad sintética, lo que daría lugar a «imperativos hipotéticos» de la razón práctica. Para esta concepción intelectualista de la moralidad, las otras fuentes (la costumbre, tradiciones, creencias religiosas, conocimiento científico, experiencia personal, derecho y convenciones sociales) sólo tendrían un poder normativo, pero no un auténtico significado moral. Sin embargo, que la voluntad pueda ser dirigida preponderantemente por la razón pura-práctica —y no por las pasiones, deseos, emociones, gustos, preferencias, creencias, exigencias externas, etcétera— es una tesis ampliamente discutida.²⁸⁶ En los hechos, es innegable que los individuos motivan sus conductas a partir de las distintas fuentes de moralidad.

Entre los filósofos existe un prejuicio recurrente: la creencia de que la moral es un conjunto de conocimientos que se obtiene mediante un especial proceso de razonamiento y cognición. Bajo este supuesto, las verdades morales serían resultado de una operación intelectual y consciente, libre de emociones e influencias externas. Sin embargo, el origen de la moralidad sigue estando en disputa. Con las líneas anteriores he intentado, al menos, desmitificar la idea de que existe una única fuente única y legítima de moralidad: la razón. En efecto, que la *razón* es (o debe ser) la fuente principal de moralidad es una tesis que requiere ser demostrada. Sin embargo, no parece haber un argumento contundente para caracterizar a

²⁸⁶ Véase, por ejemplo, Korsgaard, Christine, “Skepticism about Practical Reason”, en Korsgaard, Christine, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 311–334.

la moral exclusivamente como el resultado de operaciones cognitivas realizadas por un agente racional. Por consiguiente, tampoco se puede ignorar sencillamente el papel que tienen los otros ámbitos alternativos de moralidad (personal, social, pública, religiosa, científica, crítica) que he explicado en esta subsección, puesto que en la práctica son órdenes normativos que motivan efectivamente la conducta de las personas.

c) *Genealogía de la moralidad*

Como hemos visto, la moralidad es un fenómeno increíblemente complejo que puede ser analizado desde la perspectiva de un convencionalismo social, bajo el supuesto de que la moral es resultado de la costumbre y práctica social. Pero, al mismo tiempo, el fenómeno moral podría ser abordado con otros enfoques, como el idealismo kantiano, que concibe a la moral como un producto de la razón; o el emotivismo humeano, que coloca a las emociones como determinantes centrales de los actos y juicios morales.²⁸⁷

Por otra parte, recientes investigaciones en neuroética, sociobiología y antropología evolutiva han estudiado los orígenes de la moralidad a partir de una base natural, tanto en especies humanas como no-humanas.²⁸⁸ Estos trabajos han dirigido su atención a los procesos neurofisiológicos subyacentes que hacen posible que los seres humanos, e incluso algunos animales (por ejemplo, chimpancés, bonobos, gorilas, delfines, perros, ratas y cuervos), tengan actitudes normativas, comportamientos prosociales y manifiesten sentimientos de cooperación, reciprocidad, altruismo, solidaridad y compasión, aunque también culpa, tristeza, rabia y venganza.²⁸⁹

²⁸⁷ Cf. Hume, David, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, edited by Eric Steinberg, 2nd ed., Indianapolis, Hackett 1993, pp. 69-72.

²⁸⁸ Cf. Tomasello, Michael, *A Natural History of Human Morality*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, 194 p.; Churchland, Patricia, *Conscience; The origins of moral intuition*, New York, W.W. Norton & Company, 2019, 226 p.; Churchland, Patricia, *Braintrust; What Neuroscience Tells Us about Morality*, Princeton, Princeton University Press, 2011, 273 p.; De Waal, Frans, *Primates y filósofos; la evolución de la moral del simio al hombre*, trad. de Vanesa Casanova Fernández, Barcelona, Paidós, 2007, 256 p.

²⁸⁹ Cf. Ardila, Rubén, “Filogénesis y ontogénesis de la moral”, *Revista de la Academia Colombiana de la ciencia*, Colombia, suplemento 38, 2014, pp. 205-215; Richart, Andrés, “El origen evolutivo de la agencia moral y sus implicaciones para la ética”, *Pensamiento*, España, vol. 72, núm. 273, 2016, pp. 849-864.

Bajo esa premisa, psicólogos morales han investigado el origen afectivo de los juicios morales. Jonathan Haidt, por ejemplo, ha realizado experimentos que demuestran que el fundamento de nuestros juicios morales reside en las emociones. En otras palabras, que la moralidad no nace originalmente de un concepto, sino de una intuición.²⁹⁰ Pensemos en la sensación que provoca la idea de comer el cadáver de un pollo que fue usado en una masturbación;²⁹¹ o la propuesta de servir *perro hervido* en una cena de gala.²⁹² Mucha gente reaccionará espontáneamente con un sentimiento de asco o repugnancia, lo que en muchos casos será un factor determinante para (pre)juzgar moralmente esos actos.

La evidencia empírica ha revelado, en efecto, que la mayoría de nuestros comportamientos y juicios morales surgen como respuestas automáticas y afectivas de nuestro cuerpo. Valoramos una acción intuitivamente, a partir los sentimientos que nos generan. Juzgamos a las personas según su apariencia, por las impresiones inmediatas que nos causan. La mayor parte del tiempo empleamos un método heurístico para adoptar juicios morales; y sólo excepcionalmente emprendemos un proceso racional para justificarlos.²⁹³

Sin embargo, en las discusiones éticas tradicionales se sigue tomando como base el ideal de un agente maximizador racional (*homo economicus*) para explicar la moralidad de los actos y decisiones. Con un *modelo racionalista* del conocimiento moral, se asume que los conceptos morales son objetos de la mente que, de algún modo, han de ser descubiertos por la razón. Con ello se ignora la dimensión afectiva de la moralidad; y, al mismo tiempo, se subestima el papel del cuerpo —lo que los neurobiólogos han llamado *marcadores somáticos*²⁹⁴— en la determinación de los juicios morales.

²⁹⁰ Cf. Haidt, Jonathan, “The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment”, *Psychological Review*, Estados Unidos, vol. 108, núm. 4, 2001, pp. 814-834.

²⁹¹ *Id.*

²⁹² El ejemplo proviene de la película *Blade Runner* (Dir. Ridley Scott, 1982), donde los “replicantes” son sometidos a interrogatorios con preguntas que plantean situaciones repulsivas, con el fin de evaluar qué tan humano es su sentido de moralidad. Véase también, Haidt, Jonathan D., *Moral Judgement, Affect, and Culture; or Is It Wrong to Eat your Dog?* (Tesis de Doctorado), Pennsylvania, University of Pennsylvania, 1992, 68 p.

²⁹³ Esto no quiere decir que la *emoción* siempre prevalezca frente a la *razón*. La inteligencia de las personas —su capacidad de reflexión y análisis— es un factor importante para refrenar las pasiones, evaluar consecuencias, y tomar decisiones razonadas.

²⁹⁴ Cf. Morandín-Ahuerma, Fabio, “La hipótesis del marcador somático y la neurobiología de las decisiones”, *Escritos de Psicología*, España, vol. 12, núm. 1, enero-junio, 2019, pp. 20-29.

En cambio, el *modelo del intuicionismo social*, propuesto por Haidt, sugiere que los seres humanos tenemos diversos niveles de juicio y acción morales. En el nivel más básico intervienen las emociones; posteriormente, ejercen su influencia los adiestramientos sociales y culturales; y, en última instancia, la reflexión consciente. De este modo, el juicio y la acción morales son descritos como un complejo proceso de intuición y razonamiento en el que operan muchas y muy diferentes moralidades.

Para usar una metáfora wittgensteiniana, la evaluación moral puede ser vista como una cebolla, que en su interior contiene diferentes capas.²⁹⁵ Cada capa representa una dimensión de valoración: la neural-afectiva, la social-cultural y la cognitiva-racional. En ocasiones, los juicios morales se manifiestan, de manera preponderante, como una reacción inconsciente (un sentimiento); otras veces, como un aprendizaje adquirido explícita o implícitamente (un hábito), o bien, como una idea razonada (un concepto). No obstante, los juicios morales pueden involucrar una combinación de todas las dimensiones. Por ello, sería equivocado suponer que la emoción y la racionalidad son dos capas diametralmente opuestas; antes bien, parece haber una relativa continuidad entre los diversos niveles de valoración moral, lo que no excluye la posibilidad de pugnas o tensiones.²⁹⁶

Finalmente, regresemos a nuestras preguntas básicas: ¿cómo definimos cuáles comportamientos humanos son «buenos» o «malos»? ¿Cómo determinamos nuestros propios deberes de conducta? ¿Cómo justificamos la imposición de deberes sobre los demás? Infelizmente, no hay una respuesta única a estas preguntas, una receta infalible; puesto que el proceso de evaluación moral tiene una base empírica, social, cultural, cognitiva, entre otras. Tampoco es posible ofrecer una jerarquía definitiva de las fuentes de moralidad, debido a que la pertinencia de un orden u otro depende del contexto y del caso concreto.²⁹⁷

²⁹⁵ Otra metáfora de la moralidad es el modelo de la *matrioshka* de De Waal, esto es, aquellas muñecas rusas de distintos tamaños que se contienen unas a otras. Cf. De Waal, Frans, *op. cit.* p. 17 y 48.

²⁹⁶ Cf. Haidt, J., “The Emotional Dog and Its Rational Tail...”, *op. cit.*, pp. 828-829.

²⁹⁷ Pensemos, por ejemplo, en la siguiente cuestión moral: ¿debe una joven mujer interrumpir su embarazo no deseado? Por principio de cuentas, es claro que no hay una regla de acción general aplicable a todos los embarazos no deseados, con independencia de sus circunstancias particulares. Desde luego, en este tipo de casos la sociedad, iglesia, Estado, pareja o familia de la mujer podrían tratar de imponer deberes generales de comportamiento sobre ella, y reclamar, por consiguiente, ciertos cursos de acción. ¿Qué debe hacer la joven mujer? Una posibilidad es que ceda ante las presiones externas y decida culminar su embarazo porque así se lo exige su pareja, familia, iglesia, etcétera. Sin embargo, otra posibilidad es que tome en consideración sus

Este no es el lugar para evaluar la plausibilidad de cada uno de los enfoques que estudian el fenómeno moral. Tampoco es mi objetivo explicar cómo se integran los distintos elementos en el complejo proceso de evaluación moral. Lo único que quiero poner sobre la mesa es, primero, que existe una gran variedad de órdenes morales (social, religiosa, convencional, científica, jurídica, etc.) que podrían incidir en la determinación del contenido del derecho; y, segundo, que hay diferentes niveles o estratos de evaluación moral (natural, cultural, racional), de modo que el razonamiento y argumentación morales tampoco siguen un proceso uniforme. Esto tiene que llevarnos a replantear el añejo problema de la relación derecho-moral. De modo que, al discutir cuestiones persistentes de teoría jurídica, no olvidemos que los sistemas jurídicos, en sus diversos procesos de producción, aplicación, interpretación y adjudicación de normas (actos y decisiones), se podrían relacionar con fuentes de moralidad muy heterogéneas.

d) Relaciones contingentes y necesarias

En términos generales, he sostenido que el derecho y la moral positiva son instituciones sociales que permiten la convivencia y facilitan la prosperidad común. En esa medida, el derecho y la moral son fenómenos normativos que se traslapan y complementan: ambos órdenes pueden buscar los mismos objetivos sociales y, a menudo, contemplan normas idénticas en su contenido. No obstante, también cabe la posibilidad de que el derecho y la moral discrepen en algunos puntos. Y no sólo eso. Como he explicado en la presente sección, en una sociedad compleja regularmente existen diversas fuentes de moralidad (religiosa, social, pública, científica, ilustrada), y distintos niveles de evaluación y razonamiento moral (afectivo,

circunstancias particulares y deseos personales: por ejemplo, su estabilidad financiera, el apoyo de su pareja, el conocimiento médico sobre su estado de salud, y, de manera central, lo que ella realmente *quiere* para su vida. Este último hecho revela que la cuestión de continuar o interrumpir un embarazo no deseado no se dirige exclusivamente en el “tribunal de la razón universal”, sino que buena parte de su justificación reside en el ámbito de *voluntad* de la mujer. Por lo tanto, no puede haber una única “respuesta correcta” a la cuestión moral de decidir qué hacer en casos de embarazos no deseados. Lo que *deban* hacer las mujeres depende, en última instancia, de lo que cada una de ellas *quiera*. En el nivel más íntimo de moralidad, las decisiones de las personas obedecen a sus propios gustos, intereses y preferencias.

cultural, cognitivo), los cuales eventualmente podrían incidir en la toma de decisiones jurídicas (en los ámbitos de la creación, aplicación, interpretación y adjudicación).

Explicar la relación derecho-moral no es una tarea sencilla. Dada la gran variedad de órdenes de moralidad, sin embargo, podemos enunciar múltiples relaciones de carácter contingente con el derecho. Algunas de ellas podrían ser las siguientes:

- Es contingente que el derecho reproduzca en sus leyes (actos y decisiones de las autoridades jurídicas) los conceptos de una moral social. Las morales positivas son históricas y culturales, relativas a la sociedad que las defienda. Muchos sistemas jurídicos reflejan tan sólo las convicciones de una época o de un grupo, por lo que sería equivocado suponer que hay una moral social única o definitiva para todo sistema jurídico posible.
- Es contingente que el derecho introduzca en sus leyes (actos y decisiones) los valores y preceptos de alguna religión. Sin duda, pueden existir sistemas jurídicos que ajusten el contenido del derecho a las creencias religiosas de una comunidad. Sin embargo, dado que existen diversas religiones y muchos sistemas jurídicos laicos, no es viable suponer que el derecho deba estar comprometido u orientado por *una* moralidad religiosa.
- Es contingente que el derecho fundamente sus leyes (actos y decisiones) en la ciencia y tecnología. Si bien el conocimiento científico eventualmente podría ser utilizado como un punto de referencia para orientar, e incluso, justificar el contenido del derecho, no es necesario que así ocurra. Además, por otra parte, es importante subrayar que hay problemas de justicia que, por su naturaleza moral o política, no pueden ser resueltos exclusivamente por la ciencia.²⁹⁸
- Es contingente que el derecho determine el contenido de sus leyes (actos y decisiones) en función de una moralidad ilustrada o crítica. Ciertamente muchas sociedades occidentales han colocado a los ideales de la Modernidad —«razón» y «progreso

²⁹⁸ Por ejemplo, el aborto, eutanasia, pena capital, matrimonio homosexual, adopción homoparental, clonación de embriones humanos, entre otros.

científico»— y los valores del liberalismo —«libertad» y «dignidad humana»— en el corazón de sus sistemas jurídicos. Sin embargo, también han existido muchos otros sistemas de derecho (esclavistas, medievales, islámicos) que perfectamente pueden cumplir con su propósito central de dirigir la conducta, sin estar ideológicamente comprometidos con los principios de la Modernidad y el liberalismo.

- Es contingente que los sistemas jurídicos definan una jerarquía entre las distintas moralidades (que privilegie, por ejemplo, la moral crítica frente a la moral social, religiosa, científica o ilustrada).
- Es contingente que los sistemas de derecho reconozcan a ciertos principios o conceptos de moralidad (social, religiosa, crítica, científica, política, económica, ecológica, etc.) como criterios de validez jurídica.
- Es contingente, en términos generales, que algún orden de moralidad (social, religiosa, crítica, científica) influya —y en qué medida— en la creación, modificación, interpretación o adjudicación del derecho, incluyendo los llamados casos difíciles.²⁹⁹

Esta lista de relaciones contingentes entre el derecho y los distintos órdenes de moralidad no pretende ser exhaustiva. Se trata simplemente de algunos ejemplos acerca de cómo distintos universos normativos podrían servir como guías para orientar a los órganos jurídicos en la determinación del contenido del derecho y en la solución de problemas prácticos de moralidad y justicia (de acuerdo con los términos y condiciones que defina el propio sistema jurídico).³⁰⁰

Por otra parte, algunas relaciones *necesarias* entre el derecho y la moralidad podrían ser las siguientes:

²⁹⁹ Cf. Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, Estados Unidos, vol. 83, 2008, pp. 1035-1058.

³⁰⁰ Aquí es conveniente recordar que solamente determinados órganos jurídicos, bajo circunstancias explícitamente previstas en la ley, son competentes para incorporar conceptos de moralidad en el complejo proceso de razonamiento legal. Por regla general, como señala Luis Recaséns Siches, los jueces son “prisioneros del derecho positivo”. Sin embargo, en ocasiones estos mismos jueces tienen “permisos de salida” para interpretar (o desaplicar) la ley bajo la mejor luz de la moral (o la justicia), si y sólo si, existen normas superiores que les han facultado para tal efecto. Cf. Recaséns Siches, Luis, “¿Oficio noble o diabólico?: Las antinomias de la profesión jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. V, núms. 17-18, enero-junio, 1955, p. 70.

- Necesariamente todo sistema jurídico presupone la existencia de un orden moral de la conducta humana. Las instituciones jurídicas, en efecto, son establecidas en el seno de una comunidad pre-configurada moralmente, donde ya existe una o varias concepciones sobre lo bueno y lo malo, lo justo e injusto, así como costumbres arraigadas, reglas y valores sociales. La moralidad social funge, por lo tanto, como una condición *sine qua non* del derecho.
- Necesariamente el derecho se instituye para superar los defectos de la moral social en su propósito directivo de la conducta, tal como lo sugirió Hart.³⁰¹ El derecho surge para favorecer la eficacia moral y, de ser el caso, para conciliar o zanjar los conflictos entre diversas concepciones de moralidad.
- Los sistemas jurídicos necesariamente interaccionan con otros universos normativos. Si bien el derecho puede recibir la influencia de diversos órdenes de moralidad, los sistemas de derecho también pueden influir sobre la moral social, religiosa, personal, crítica, etc. Así, los deberes de conducta estatuidos por el derecho eventualmente pueden rivalizar con aquellos establecidos por las distintas moralidades.
- El derecho tiene necesariamente una naturaleza moral, en el sentido de que es un instrumento público para calificar deónticamente las conductas humanas. Como he argumentado, el derecho se constituye como una fuente de moralidad que, al igual que las morales sociales o religiosas, pretende guiar la conducta humana a través de estándares de comportamiento para dirigir y criticar las conductas recíprocas de las personas. En consecuencia, el derecho necesariamente emplea un lenguaje moral, esto es, califica las conductas humanas través de operadores deónticos, estableciendo diversos significados normativos: ‘debido’, ‘indebido’, ‘prohibido’, ‘obligatorio’, ‘permitido’, ‘autorizado’, ‘optativo’, ‘libertad’, ‘retribución’, ‘compensación’, etcétera.
- El derecho necesariamente busca promover algún concepto o estándar de *justicia*. Aunque las concepciones de la justicia son diversas, todo sistema jurídico pretende establecer un estado de igualdad —si se quiere formal, mínimo o “germinal”— entre

³⁰¹ Cf. Hart, *The Concept of Law*, cáp. V, p. 94.

los miembros de una comunidad. (Lo cual, cabe decir, es compatible con un sistema de derecho moralmente inicuo).³⁰²

- Necesariamente el establecimiento de un sistema jurídico es una empresa moralmente riesgosa.³⁰³ En efecto, el hecho de constituir un poder público para organizar la vida social, a través de leyes y autoridades, conlleva el peligro de que quienes ocupan un cargo oficial cometan errores o abusos. De allí que ningún sistema jurídico pueda excluir la posibilidad de que los funcionarios se aparten de los fines básicos de una sociedad: el propósito de supervivencia, paz, seguridad y defensa mutua.

En resumen

En esta sección he argumentado que al interior de las sociedades humanas existe una multiplicidad de moralidades que puede condicionar, en mayor o menor medida, el contenido del derecho. Con ello no me refiero únicamente al hecho de que diversas comunidades humanas han generado distintas morales sociales. Es crucial no perder de vista que, dentro de un mismo grupo social, coexisten distintas fuentes de moralidad y niveles de razonamiento moral. Así, los sistemas jurídicos guardan múltiples relaciones —necesarias, algunas de ellas; otras, contingentes— con varios universos de moralidad, los cuales eventualmente pueden incidir en la creación, aplicación, interpretación y adjudicación del derecho. En efecto, la moralidad es un fenómeno multidimensional, heterogéneo y cambiante. Es un error asumir que la moral es un orden normativo uniforme, homogéneo y definitivo, como a veces parecen suponer aquellas teorías jurídicas racionalistas que la conciben como una *piedra de toque* infalible para legitimar o justificar el contenido del derecho.

³⁰² Cf. *Ibid.*, cáp. IX, pp. 206-207.

³⁰³ Cf. Green, L., “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *loc. cit.*

5. Hacia una ética (no ontológica) del derecho

En los apartados anteriores he explicado que la «tesis del voluntarismo jurídico» es falsa en cuanto a la afirmación de que el derecho puede tener *cualquier* contenido. Es decir, resulta una tesis equivocada si interpretamos la palabra “cualquier” en un sentido literal, sin considerar las importantes restricciones que la naturaleza y determinadas circunstancias de moralidad imponen sobre el contenido del derecho. Como lo sugirió el profesor Hart, todo sistema jurídico se encuentra necesariamente condicionado por un conjunto de hechos naturales (*i. e.*, la estructura material de la naturaleza, la escasez de recursos, la constitución biológica y ontológica de las personas, así como los entornos geográficos y ambientales en los que habita el ser humano); y por un conjunto de hechos morales (*i. e.*, la existencia de reglas básicas que restringen el uso de la violencia, promueven la veracidad, el respeto y formas mínimas de propiedad entre los individuos). Además, para la solución de problemas prácticos de moralidad y justicia, no basta con hacer referencia a estos hechos básicos, sino que también es importante tomar en consideración otro tipo de hechos sociales contingentes —de carácter histórico, cultural, religioso, científico, político, económico o jurídico— que igualmente podrían tener un significado normativo relevante para el contenido del derecho. La implicación central de este argumento es que no se puede describir la determinación del derecho como un mero acto de voluntad, fuerza o poder.

El derecho puede ser determinado con objetividad, en efecto, puesto que su contenido está materialmente condicionado por circunstancias fácticas y de moralidad (en un sentido amplio), las cuales pueden servir de base para orientar, evaluar, legitimar o justificar normas (actos y decisiones) jurídicas.³⁰⁴ En esta sección final presentaré la última pieza del argumento para defender una objetividad jurídica sustantiva.³⁰⁵ Es decir, una objetividad referida al contenido del derecho, no a la forma en que se produce. En la primera subsección explicaré

³⁰⁴ Esto, además de las condiciones de legalidad establecidas por cada sistema, como vimos en el capítulo segundo.

³⁰⁵ Aquí cabe reiterar que me refiero a una objetividad jurídica modesta. Me interesa sobre todo explicar que la determinación del contenido del derecho puede ser *objetiva* en función de un marco de justificación, a partir de ciertas “condiciones de aseverabilidad”. *Vid. supra* §4, a), iii. “Objetividad jurídica modesta”.

brevemente la diferencia entre *condicionamiento* y *determinación*. El hecho de que existan hechos naturales y morales básicos que definen las condiciones de posibilidad del derecho no significa, necesariamente, que estos condicionamientos determinen por sí solos su contenido. En la segunda subsección, habida cuenta la gran variedad de hechos condicionantes del contenido del derecho, retomaré la noción fulleriana de “moral externa” para articular tales condicionamientos a través de ciertos valores, ideales y metas sociales, con respecto a los cuales los sistemas jurídicos pueden comprometerse, implícita o explícitamente, para resolver problemas prácticos de moralidad y justicia. En la tercera subsección desarrollaré algunas ideas sobre lo que, al menos en las democracias liberales, se ha conformado como una *ética del derecho*, donde las nociones de «agente moral», «libertad» y «derechos humanos» ocupan un papel estratégico, tanto en la legitimación como en la evaluación del derecho. Sin embargo, en la última parte, aclararé que esta ética del derecho es artificial, no ontológica, y que con ella de ningún modo se aspira a defender una objetividad jurídica fuerte.

a) Condiciones y determinantes

Desde un punto de vista lógico, es preciso aclarar que una *condición* no es lo mismo que una *determinación*. Un condicionamiento establece un marco de posibilidades; mientras que un determinante selecciona algunas de las alternativas posibles. Por ejemplo, una condicionante natural, como el hecho de que somos mortales y físicamente vulnerables, establece las condiciones de posibilidad acerca de lo que se podría regular jurídicamente: digamos, la promulgación de normas que protegen la vida y la integridad personal. Al mismo tiempo, esta condicionante excluye del marco legal una serie de contenidos que sería absurdo o imposible cumplir, como lo sería una ley que exige a las personas abstenerse de comer, crecer o respirar. No obstante, la determinación es un acto de especificación (del significado normativo de ciertas conductas) que ocurre en un momento posterior, a partir de las bases condicionantes, o pesar de ellas. En efecto, nada impide que un funcionario o grupo de legisladores —quizás

tratando de hacer una broma o un experimento social— determine la existencia de una disposición legal que prohíbe a los ciudadanos “morir”.³⁰⁶

No olvidemos que el derecho es un artefacto social que ha sido creado y es aplicado ordinariamente por personas falibles con una capacidad epistémica finita.³⁰⁷ En principio, los oficiales del sistema jurídico tendrían que conocer las condicionantes fácticas del derecho, y los alcances de sus decisiones, sencillamente porque su labor presupone el conocimiento de esos hechos básicos de la naturaleza. Y no sólo eso. También deberían estar familiarizados con los distintos universos de moralidad humana que pudieran ser relevantes para tomar determinaciones apropiadas. Sin embargo, ya sea por negligencia o mala fe, los funcionarios encargados de tomar decisiones jurídicas podrían adoptar, en mayor o menor medida, decisiones ilógicas o inconsistentes con las bases condicionantes del derecho.³⁰⁸

Entre los hechos del mundo y el derecho hay una relación de «dependencia metafísica»³⁰⁹ en la cual la naturaleza y las circunstancias de moralidad definen las coordenadas de posibilidad del universo jurídico. Esta relación, sin embargo, es insuficiente para determinar

³⁰⁶ Un extravagante ejemplo de este tipo se dio en el municipio de Soconusco, Veracruz, donde un edil publicó que: “Por decreto municipal, queda estrictamente prohibido morirse por coronavirus en este municipio”. Cf. El Financiero, “Alcalde de Sononosco, Veracruz, prohíbe morirse de COVID-19 en ese municipio”, *El Financiero*, México, 04 de mayo de 2020. <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/alcalde-de-sononosco-veracruz-prohibe-morirse-de-covid-19-en-ese-municipio> [consultado el 20 de septiembre de 2020]. De manera similar, el alcalde de una ciudad brasileña prohibió a la población morirse, ante la falta de espacio en los cementerios locales. Cf. BBC, “Brazil City proposes ban on death”, *BBC News*, Estados Unidos, 14 de diciembre de 2005. Disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4527868.stm> [consultado el 20 de septiembre de 2020]. En ciudades europeas también hay ejemplos de disposiciones parecidas. Cf. Daily Mail, “From a town in Spain where cemetery is full to a Norwegian city where bodies don’t decompose: The places around the world where dying has been banned”, *Daily Mail*, Reino Unido, 7 de agosto de 2018. Disponible en https://www.dailymail.co.uk/travel/travel_news/article-6019681/The-places-world-dying-BANNED.html [consultado el 24 de julio de 2021].

³⁰⁷ Como señalé en el capítulo segundo, los sistemas jurídicos se han especializado procedimentalmente hasta tal punto que, de manera ordinaria, ellos mismos contemplan la posibilidad de que las autoridades cometan errores y abusos. Para enfrentar este tipo de supuestos, se han diseñado instituciones y mecanismos para la vigilancia, revisión y corrección de las normas (actos y decisiones), tanto en su forma como en su contenido. *Vid. supra* capítulo segundo, §4. “Problemas persistentes (de subjetividad)”.

³⁰⁸ Una idea similar acerca de la continuidad que debería haber entre los hechos y el derecho es expuesta por Gerald J. Postema como “la tesis de la congruencia” (entre el derecho positivo y las “normas implícitas” de la práctica social). Cf. Postema, “Implicit Law”, *op. cit.*, pp. 373-379.

³⁰⁹ Cf. Greenberg, Mark, “How Facts Make Law”, en Hershovitz, Scott (ed.), *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 225-264.

por sí sola el contenido del derecho.³¹⁰ El hecho natural, por ejemplo, de que los humanos sean susceptibles al dolor, condiciona —mas no determina— la existencia de reglas jurídicas que protegen la integridad corporal. A pesar de que la vulnerabilidad humana es un hecho básico condicionante, durante muchos siglos las penas crueles e inusitadas fueron determinadas como sanciones legales, precisamente porque somos sensibles al sufrimiento. De manera similar, el hecho básico moral de que los grupos sociales se organicen con un propósito común de supervivencia es condición de posibilidad —mas no determinación— de que existan reglas jurídicas para organizar la cooperación y la convivencia pacífica. Este hecho básico de moralidad, desde luego, no imposibilita que los grupos sociales puedan disponer de leyes para emprender guerras fratricidas.

Por otra parte, quienes tienen el poder de *determinar* el contenido del derecho son los órganos públicos y privados del sistema jurídico, al ejercer sus funciones legales en sus respectivos ámbitos de competencia.³¹¹ Justamente un rasgo central del derecho positivo es su propiedad institucional de ser determinado a través de estos órganos, siguiendo las reglas y procedimientos previstos en la Constitución y otros ordenamientos subsecuentes. Aquí es preciso subrayar que todo acto de determinación del derecho —en los ámbitos de la creación, aplicación, interpretación o adjudicación— está precedido por un «acto de voluntad».³¹² Sin embargo, tal «acto de voluntad» está condicionado en varios niveles: implícitamente, por

³¹⁰ Como bien apunta Mark Greenberg, los «hechos descriptivos» son insuficientes para determinar razonablemente el contenido del derecho; en cambio, según él, los «hechos de valor» proporcionan criterios para llevar a cabo una determinación racional. Esta idea ha sido denominada como la *tesis de la determinación racional* (cf. *ibid.*, pp. 227-228). Sin embargo, Greenberg no distingue entre «condición» y «determinante», con lo cual pierde de vista el poder condicionante que tienen los «hechos brutos» —como los llama Ram Neta—, de los que dependen metafísicamente tanto los «hechos descriptivos» como los «hechos de valor» —como advierte Enrique Villanueva—. Por otro lado, desde mi punto de vista, Greenberg se equivoca al suponer que los «hechos de valor» son *necesarios* en un sentido fuerte de objetividad. También los valores dependen metafísicamente de hechos sociales contingentes; y, por ende, su validez es relativa a la comunidad que los enuncia. Esto explica por qué no se puede excluir la posibilidad de que existan sistemas jurídicos en los cuales la tortura, guerra, penas crueles y ejecuciones pueden ser perfectamente legales. Para críticas a la tesis de la determinación racional, véanse: Neta, Ram, “On the normative significance of brute facts”, Cáceres, E. *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 263-269; y Villanueva, Enrique, “Superveniencia, valor y contenido legales”, Cáceres, E. *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 281-288. Para un interesante debate sobre la objetividad (y relatividad) de los valores, véase Putnam, Hilary y Habermas, Jürgen, *Normas y valores*, trad. de Jesús Vega Encabo y Javier Gil Martín, Madrid, Trotta, 2008, 121 p.

³¹¹ *Vid. supra* capítulo segundo, §4, inciso b, “Discrecionalidad, negligencia y corrupción”.

³¹² Cf. Kelsen, *TPD2*, cap. 1, §4, inciso b.

hechos naturales y valores sociales; y explícitamente, por principios y normas jurídicas. En cualquier caso, siempre existe la posibilidad de que la determinación del contenido del derecho se realice de manera negligente o arbitraria al desdeñar las diversas bases condicionantes del derecho.

Ya he señalado en el capítulo segundo que, desde un punto de vista procedimental, un sistema jurídico puede garantizar que las decisiones jurídicas sean objetivas, en la medida en que los órganos encargados de la producción (aplicación, interpretación, adjudicación) cumplan los requisitos formales y materiales de validez jurídica. En ese sentido, todos los actos de determinación realizados por los múltiples órganos del derecho están controlados por el sistema jurídico. En otras palabras, la validez jurídica de cada norma (acto o decisión) depende de haber sido producida (aplicada, interpretada, adjudicada) de conformidad con las «condiciones de legalidad», las cuales incluyen tanto criterios formales como materiales.³¹³

Así, por ejemplo, para que dos personas puedan contraer matrimonio es necesario que cumplan con los requisitos formales de «edad» y «parentesco» que estipula el código civil. Sin embargo, si los ordenamientos no son claros o exhaustivos en todas sus condicionantes legales, podrían surgir dudas en cuanto a la posibilidad de que una pareja del mismo sexo pueda celebrar un contrato de matrimonio. Esto podría plantear —como ocurrió en varios estados de la República mexicana— el problema de determinar si los actos de las autoridades que prohíben los matrimonios homosexuales son válidos o inválidos materialmente hablando. En tal caso, un órgano superior podría ser competente para analizar si las decisiones de las autoridades cumplen los requisitos materiales (de constitucionalidad, convencionalidad, jurisprudencialidad, y así sucesivamente). Con ello, lo que quiero destacar es que la objetividad jurídica procedimental no se limita a revisar aspectos formales, sino que también contempla el análisis de cuestiones sustantivas.

Finalmente, esto debe llevarnos a distinguir entre, por una parte, la tarea de determinar la validez del derecho en función de las condiciones formales y materiales (de legalidad,

³¹³ Regularmente, los criterios materiales de validez jurídica son plasmados en la Constitución en la forma de libertades fundamentales y derechos humanos. Como señala Hans Kelsen, “[l]as garantías constitucionales de los derechos y libertades básicos son disposiciones de la Constitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que no se adecuen a esas disposiciones, puedan ser anuladas”. Kelsen, *TPD2*, trad. de R. Vernengo, p. 153.

constitucionalidad, convencionalidad, etc.), sin salir del marco de posibilidades que explícitamente ofrece el sistema jurídico para la toma de determinaciones jurídicas objetivas. Y, por otra parte, el trabajo de elaborar argumentos de fondo para justificar, legitimar o evaluar el derecho positivo, en función de condiciones extra-jurídicas. Es decir, a partir de una gran variedad de universos normativos (sociales, culturales, tecnológicos, morales, políticos, geográficos, etc.) que reclaman al derecho un contenido específico. Este último supuesto lo analizaré a continuación.

b) El papel de la moral externa

Al comenzar su famoso *The Morality of Law*, Lon Fuller distinguió entre una «moral de deber» y una «moral de aspiración».³¹⁴ En términos generales, la «moral de deber» es una moral prescriptiva: ordena a las personas la realización de ciertas conductas, lo que da lugar a la imposición de deberes y prohibiciones. En cambio, la «moral de aspiración» es propositiva: su finalidad consiste en desarrollar las mejores cualidades y virtudes de las personas, para alcanzar los ideales de la excelencia humana. Ambos tipos de moral pueden ser asociados con los sistemas jurídicos. En muchas sociedades primitivas, ciertamente, el derecho sólo exhibía una «moral de deber»: no era más que un sistema unilateral de imposiciones.

Pensemos en aquellos regímenes del absolutismo clásico donde el poder político estaba encarnado en la figura del «soberano». Allí el sistema jurídico está diseñado para constreñir a las personas, señalar sus obligaciones. No hay una concepción del individuo como ciudadano, sino como súbdito. En tales circunstancias el derecho no se propone alcanzar la felicidad de las personas, ni busca su emancipación y ni la promoción de sus libertades. Tal modelo de soberanía no es muy diferente del sistema de reglas que podría imponer un granjero para la crianza de sus animales. Claramente un granjero no tiene que razonar con las gallinas, cerdos y vacas; no necesita explicar el *porqué* o *para qué* de sus decisiones. El granjero sólo tiene que

³¹⁴ Cf. Fuller, *The Morality of Law*, cap. 1: “The two moralities”, pp. 3-32.

disponer de sus animales como mejor le parezca y hacer cumplir su voluntad, incluso por medio de la fuerza.

Sin embargo, las sociedades contemporáneas han evolucionado bastante desde los tiempos del absolutismo clásico. Los sistemas de derecho modernos siguen teniendo, sin lugar a dudas, una «moral de deber», pues imponen sobre los individuos un conjunto de abstenciones generales: no matar, no robar, no mentir, no difamar, etcétera. Pero de la misma forma, los sistemas jurídicos de hoy han abrazado una «moral de aspiración»: demandan a los ciudadanos trabajo, cooperación y contribuciones, en función de fines, ideales y valores comunes. De allí que la normatividad del derecho —esto es, la propiedad que tienen las normas de ser obedecidas— ya no se pueda explicar más como un *acto de fuerza*, según la lógica de un modelo de soberanía.

En cambio, con la consolidación del Estado moderno, la normatividad tiene que ser explicada como el resultado de un fenómeno social de *reciprocidad*,³¹⁵ donde los ciudadanos *reconocen* la autoridad legítima de los oficiales —cuando éstos hacen bien su trabajo, desde luego— y, en consecuencia, aceptan cumplir las disposiciones legales *motu proprio*.³¹⁶ Así, el derecho no puede consistir únicamente en un régimen de órdenes y prohibiciones, sino que requiere de la participación voluntaria de personas que han sido facultadas, en mayor o menor medida, para asegurar bienes comunes y metas colectivas. Los gobernantes no son libres de hacer lo que quieran; las autoridades están fundamentalmente comprometidas con los fines sociales que dieron origen al pacto político.

Bajo ese panorama, Fuller introduce una dicotomía adicional que resulta muy útil para desarrollar mi propia reflexión: las morales *interna* y *externa* del derecho. Tanto la «moral interna» como la «moral externa» son, esencialmente, morales de aspiración.³¹⁷ Es decir, ambas están orientadas al mejor desarrollo del sistema jurídico, en un caso, y de la comunidad jurídica, en el otro. Anteriormente hemos visto que la «moral interna» está conformada por un conjunto

³¹⁵ Cf. *ibid.*, p. 19-27. Véase también Rundle, Kristen, “Fuller’s Internal Morality of Law”, *Philosophy Compass*, Estados Unidos, vol. 11, núm. 9, 2016, pp. 499-506.

³¹⁶ De allí que Fuller celebre las virtudes del argumento de Hart, al cuestionar la «teoría del mandato» de Austin y poner sobre la mesa el «punto de vista interno» y la «regla de reconocimiento» como conceptos clave para entender el derecho. Cf. Fuller, Lon L., “Positivism and fidelity to law —A reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Estados Unidos, vol. 71, núm. 4, febrero, 1958, pp. 630 y 670.

³¹⁷ Cf. Fuller, *The Morality of Law*, cap. 4 “The substantive aims of law”, pp. 152-3.

de principios de legalidad, los cuales establecen las condiciones de posibilidad del *buen ejercicio* del derecho.³¹⁸ Así, en la medida en que los oficiales produzcan leyes, normas, actos o decisiones virtuosas (esto es, generales, públicas, claras, factibles, prospectivas, estables, consistentes y congruentes), el derecho podrá desplegar correctamente su función directiva de la conducta humana. No obstante, también existe la posibilidad de que los principios de la «moral interna» sean ignorados por los oficiales del derecho, dando pie a la promulgación de leyes, normas, actos o decisiones viciosas (o sea, especiales, secretas, ininteligibles, imposibles, retroactivas, variables, contradictorias e incongruentes). Por lo tanto, el éxito o fracaso de un sistema jurídico (en su tarea de dirigir la conducta) dependerá de la *fidelidad* con que los funcionarios se apeguen a la «moral interna» del derecho.

Es importante subrayar aquí que el propósito central de la «moral interna» es promover un correcto funcionamiento del sistema jurídico, *con independencia* de los fines sustantivos que persiga cada comunidad. Esto quiere decir, por un lado, que la «moral interna» es compatible con muchas versiones y contenidos de «moral externa». Por otro lado, que «moral interna» es éticamente neutral con respecto a los problemas sustantivos de moralidad y justicia. Así, por ejemplo, la cuestión acerca de la moralidad del aborto no podría ser resuelta materialmente sólo con los principios de legalidad. Como advierte Fuller, en efecto, los sistemas jurídicos pueden mantener la integridad de su «moral interna» —*i. e.* apegarse a los principios de legalidad— y permitir indistintamente la promulgación de leyes abortivas o antiabortivas.³¹⁹

Para alcanzar una solución sustantiva al problema del aborto, es necesario considerar —además de los requisitos materiales de validez que establece la Constitución en su parte dogmática— los propósitos particulares que persiguen las leyes,³²⁰ así como otros criterios y estándares de evaluación (política, científica, histórica, económica, etcétera) externos al funcionamiento del derecho. Ciertamente, el sistema jurídico podría haber definido de antemano cuál será la instancia encargada de tomar la última decisión en materia del aborto (una corte suprema, por ejemplo); y cuáles son los valores jurídicos que habrán de orientar el

³¹⁸ *Vid. supra* capítulo segundo, § 2. “Condiciones de legalidad”.

³¹⁹ *Cf.* Fuller, *ibid.*, p. 153.

³²⁰ Esto es lo que Fuller denomina como una “interpretación propositiva” [*purposive interpretation*] del derecho, es decir, una interpretación del derecho basada en los propósitos que persigue. *Cf.* Fuller, “Positivism and fidelity to law...”, p. 670.

razonamiento de los oficiales del sistema (digamos, el derecho a la salud, el derecho a la integridad física, la libertad de autodeterminación de las mujeres).

Sin embargo, hay factores extra-jurídicos que también podrían ser relevantes para la toma de decisiones: los índices de embarazos no deseados en las ciudades; la estadística de mortalidad y morbilidad a causa de abortos mal practicados; el conocimiento científico disponible en los campos de la Medicina, embriología, ginecología y obstetricia; la posibilidad técnica de emplear métodos abortivos seguros, quirúrgicos o farmacológicos, y así sucesivamente. Este conjunto de hechos y conocimientos técnico-científicos, generados por saberes extra-jurídicos, pueden proporcionar razones de peso para resolver la problemática del aborto. Se trata de hechos y razones materiales (técnicas, científicas, biológicas, médicas, sociológicas) que el derecho no puede generar por sí mismo, pero sí incorporar en sus procedimientos ordinarios de determinación de contenidos.

Así pues, la «moral externa» del derecho aglutina a un conjunto de fines, ideales y valores que persigue una sociedad. Cada sociedad conforma su propia «moral externa»; de manera que aquello que cada grupo social considera como “meta”, “justo” o “valioso” es relativo y contingente. La «moral externa» nunca es definitiva ni está completamente definida. Esto se debe a que en ella caben una pluralidad de concepciones y fuentes de moralidad, que se encuentran en pugna y en constante transformación. No obstante, los sistemas jurídicos *siempre* están comprometidos con uno o varios universos de moralidad externa. Con base en un mosaico heterogéneo de hechos y condiciones (históricas, políticas, económicas, científicas) la «moral externa» proporciona estándares y criterios sustantivos para orientar, evaluar, criticar, legitimar y justificar al derecho positivo en general, y a las decisiones jurídicas en particular.

c) Una ética (no ontológica) para el derecho

De acuerdo con el profesor Fuller, el derecho puede ser visto como “una empresa intencional” orientada a resolver problemas prácticos y a alcanzar fines sociales (de supervivencia,

organización, coordinación, paz, justicia, entre otros).³²¹ Evidentemente, ninguna sociedad se organiza a través de reglas e instituciones jurídicas por el mero ocio de tener algo que obedecer. Las instituciones, leyes y normas jurídicas siempre tienen una finalidad, un propósito.³²² Y es justo desde esa perspectiva intencional que el Estado moderno ha asumido históricamente nuevas metas: salud, educación, trabajo, crecimiento económico, protección del medio ambiente, desarrollo científico y tecnológico, entre otras. Todas estas metas y objetivos forman parte de la «moral externa» que, en última instancia, guía y orienta al derecho —aunque en muchas direcciones—.

Ahora bien, detrás de este carácter intencional del derecho y de los fines (sociales, económicos, políticos, ambientales, etc.) que persigue una comunidad a través del Estado, está implícita una noción particular del ser humano. Se trata de una concepción de la persona entendida como un *agente moral*.³²³ El derecho estatuye pautas de comportamiento que son dirigidas a individuos que tienen una capacidad racional de comprender y, sobre todo, de actuar conforme a las directrices y objetivos del sistema.³²⁴ Pero no sólo eso. Los agentes morales también buscan promover sus intereses personales y, con base en ellos, formulan planes a largo plazo, realizan deliberaciones y eligen cursos de acción según sus gustos, deseos y preferencias. Así, los sistemas jurídicos conciben a cada individuo como “un centro de acción responsable y de autodeterminación”.³²⁵

Las sociedades modernas están compuestas, en efecto, por una comunidad de agentes morales. Los sistemas jurídicos contemporáneos no sólo se proponen gobernar la conducta de sujetos racionales, sino que han asumido el *objetivo ético* de cuidar y promover el desarrollo

³²¹ Cf. Fuller, *The Morality of Law*, pp. 145 y ss.

³²² Cf. Shapiro, Scott J., *Legality*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, especialmente cap. 5, “How to do things with plans”.

³²³ Mi noción de «agente moral» sigue de cerca los trabajos de John Rawls, quien a su vez tuvo una fuerte influencia del filósofo Immanuel Kant. Cf. Rawls, John, “La justicia como imparcialidad”, *Cuadernos de Crítica* (UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas), México, núm. 32, 1984, pp. 3-4 y 17-18; Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª ed., trad. María Dolores Gonzáles, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, 549 p., cap. I, § 9, p. 55 y ss.; Rawls, John, “Unidad social y bienes primarios”, en Rawls, John, *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, 2ª ed., trad. de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1999, 323 p., sección III, p. 268 y ss.

³²⁴ Esto es lo que Kelsen ha denominado como la «tesis de la representación normativa» y la «tesis de la determinación causal de la voluntad». Cf. Kelsen, H., *TPD2*, trad. de R. Vernengo, pp. 110-112.

³²⁵ Cf. Fuller, *The Morality of Law*, p. 162 y 167.

moral de los ciudadanos. Es difícil establecer el momento histórico exacto en el que se asumió tal objetivo ético,³²⁶ pero los Estados, a partir de entonces, se han comprometido con el deber sustantivo de garantizar las necesidades básicas de las personas: proteger sus vidas, integridad física, libertad, salud y propiedades, con el fin último de asegurar que cada agente moral pueda determinar libremente su destino. Sin el acceso a estas necesidades básicas o «bienes primarios» —como las denomina John Rawls—, los agentes morales no podrían formar ni perseguir una «concepción del bien», esto es, un proyecto de vida.³²⁷

Se puede decir que, durante los últimos doscientos cincuenta años, los Estados democráticos han conformado una *ética liberal*, que tiene como fundamento a la «dignidad humana»; es decir, la idea de que los seres humanos tienen un valor intrínseco que consiste en su capacidad de raciocinio y de felicidad. Así, al menos en las democracias liberales, se ha consolidado un ideal de «sujeto moderno» que ocupa un lugar estratégico con respecto al diseño de instituciones y leyes.³²⁸ La «persona moral» se ha convertido en un concepto clave para postular libertades y derechos básicos; principios políticos fundamentales que, una vez plasmados en la Constitución, definen un marco de referencia para controlar y limitar el ejercicio del poder público.

En ese contexto, los «derechos humanos» representan un conjunto de medios que habilitan a las personas como *agentes morales*.³²⁹ Sin embargo, sería un error suponer que los derechos humanos son simplemente derechos jurídicos plasmados en una Constitución; esto es, derechos subjetivos para reclamar en tribunales la comisión de actos indebidos de las autoridades. Los derechos humanos son algo más. Representan un discurso moral acerca del poder político y las instituciones jurídicas;³³⁰ una teoría normativa para criticar y evaluar las leyes e instituciones vigentes, así como para promover la aparición de nuevos derechos y

³²⁶ Tal vez la promulgación de la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia* (1776) y la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* (1789) podrían ser buenos candidatos para establecer formalmente ese momento.

³²⁷ Cf. Rawls, “Unidad social y bienes primarios”, p. 274.

³²⁸ He tratado esta idea anteriormente. Cf. Rodríguez Trujano, Enrique, “Filosofía de los derechos humanos: el ideal de sujeto moderno”, *Prospectiva Jurídica* (UAEM), México, año 5, núm. 10, 2014, pp. 85-103.

³²⁹ Cf. Rawls, John, *The Law of Peoples; with the idea of public reason revisited*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, 199 p., pp. 78-81.

³³⁰ Un análisis sobre los distintos modelos discursivos de derechos humanos puede verse en Rodríguez Trujano, Enrique, “Cuatro modelos de derechos humanos”, *Revista del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM*, México, vol. 2, núm. 2, enero–junio, 2006, pp. 45-60.

reformas legislativas.³³¹ En última instancia, los derechos humanos se han constituido como un marco de referencia para resolver problemas sustantivos de moralidad y justicia.

La *ética liberal* contiene una familia de conceptos interconectados: «persona moral», «libertad», «autonomía», «dignidad humana», «emancipación», «autodeterminación», «fines en sí mismos». El resultado de este pensamiento liberal ha cristalizado en una cultura de los derechos humanos. Ciertamente, se requeriría una investigación aparte para analizar las doctrinas y acontecimientos (humanismo renacentista, reforma protestante, giro antropocéntrico, Ilustración, enciclopedismo, contracualismo político, liberalismo económico, individualismo metodológico, revolución industrial, entre otros) que han nutrido a la filosofía de los derechos humanos.³³² Por ahora, baste mencionar la naturaleza multifacética de los derechos humanos: son normas derecho positivo (a nivel municipal, estatal e internacional); pero también son principios políticos para organizar las instituciones del Estado; además de figurar en el discurso como ideales morales, valores culturales o metas sociales, cuya misión es orientar y evaluar el contenido de las leyes.

El discurso de los derechos humanos ha proporcionado una teoría moral del derecho con la cual es posible interpretar el derecho progresivamente, impulsando la creación de nuevos derechos (derecho a contraer matrimonio con una pareja del mismo sexo, derecho a banda ancha de internet, derecho a interrumpir un embarazo, derecho a una muerte digna, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a un consumo lúdico de marihuana, etcétera). De esta manera, con base en los principios políticos de una ética liberal, los problemas sustantivos de moralidad y justicia pueden ser resueltos objetivamente.

³³¹ De acuerdo con Roberto Vernengo, los derechos humanos son el punto de conexión entre el sistema jurídico y la moral. De este modo “el fenómeno jurídico tiene dos niveles de existencia: empíricamente los derechos humanos consisten en las normas de derecho positivo que instituyen derechos subjetivos; políticamente, los derechos humanos son sólo las pretensiones morales basadas en principios éticos básicos”. Los derechos humanos son normas positivas, pero también ideales éticos. Cf. Vernengo, Roberto, “Human Rights as Values”, *Rechtstheorie*, Alemania, núm. 13, 2000, pp. 205-217, p. 210.

³³² Para un análisis de la contribución del pensamiento filosófico a la historia de los derechos humanos véanse: Peces-Barba Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales; Tomo I: tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, Madrid, Dykinson, 2003, 874 p.; Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio y Asís Roig, Rafael de (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales; Tomo II: siglo XVIII; vol. I: el contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Madrid, Dykinson, 2001, 480 p.

Las sociedades liberales han adoptado una *ética liberal*, la cual está comprometida con el desarrollo moral de los individuos. Así lo establecen sus constituciones y las cartas de derechos fundamentales. Sin embargo, que los sistemas jurídicos adopten esta ética liberal es un hecho históricamente contingente. Existen muchas sociedades no liberales; sistemas jurídicos cuyas instituciones y leyes no buscan el desarrollo moral de las personas, sino simplemente dirigir la conducta en torno a fines sociales elementales (seguridad, paz y defensa mutua).

En resumen

Detrás de la «ética liberal» con la que se han comprometido las sociedades democracias hay una concepción teleológica de la persona, entendida como un *agente moral*. Los ideales de «dignidad humana», «libertad» e «igualdad» han dado lugar a valores y principios jurídicos que han sido plasmados en las constituciones modernas. Los derechos humanos se han convertido en un marco de referencia legal y moral para limitar el ejercicio del poder público, orientar el contenido del derecho, evaluar leyes e instituciones existentes, y promover la aparición de nuevos derechos y reformas legislativas. Así, el Estado moderno no sólo ha asumido la tarea de asegurar fines sociales como la paz, seguridad y defensa mutua, sino también objetivos morales, como es la emancipación moral del individuo, garantizando un conjunto de derechos y libertades básicas.

Para finalizar es preciso formular tres acotaciones. Primero, la *ética liberal* no representa una cualidad necesaria del concepto de derecho. Como he mencionado, existen sistemas jurídicos que no valoran la libertad individual ni la dignidad humana; y, sin embargo, esos órdenes jurídicos pueden dirigir exitosamente la conducta de los individuos. Además, las sociedades podrían comprometerse con valores no antropocéntricos, distintos a la persona, como podrían ser los relativos a la protección del medio ambiente, animales, bosques, recursos naturales, recursos marinos, etcétera.

Segundo, la *ética liberal* puede dar luces para superar un problema difícil, pero la moralidad política no lo es todo. En muchas ocasiones será indispensable echar mano de otros

saberes y conocimientos. Por ejemplo, para determinar si es viable construir un aeropuerto en una determinada zona se requieren estudios de mecánica de suelos e impacto ambiental; para determinar quién es el responsable de la desaparición forzada de un grupo de personas, se requieren pruebas y evidencia científica que respalden la teoría del caso; para saber si el glifosato (un herbicida de amplio espectro utilizado en la agricultura) es dañino se requieren pruebas que sólo pueden ser aportadas por el conocimiento científico, y así sucesivamente. En estos casos, es la evidencia científica y no el razonamiento moral lo que dirige al juez a tomar una respuesta correcta.

Tercero, la *ética liberal* no es directamente aplicable a las decisiones jurídicas. En otras palabras, la «moral externa» y la «ética liberal» funcionan como condicionantes, pero no como determinantes, de las decisiones jurídicas. Dada la complejidad de los universos de moralidad que analizamos en el presente capítulo, resulta muy difícil que los argumentos morales tengan una incidencia inmediata en el derecho, pues nunca llegaríamos a acuerdos sobre la correcta interpretación o aplicación de los principios políticos de la comunidad moral. El papel de la *ética liberal* es, sobre todo, discursivo: para orientar, legitimar, criticar, transformar las instituciones sociales. Para que los argumentos morales sean vinculantes jurídicamente es necesario que un órgano legislativo, juez o tribunal tome en consideración esos argumentos y los haga participar en sus determinaciones institucionales.

Para que los fines, valores e ideales de una *ética liberal* tengan una repercusión efectiva en el marco jurídico, es necesario que esos criterios sustantivos se incorporen a la Constitución, en la forma de valores o principios jurídicos. Esto es, que sean reconocidos por una *fuerza social*. Los argumentos morales y políticos sólo tienen un efecto vinculante si son planteados por un órgano jurídico facultado para ello, ante una instancia establecida por el derecho. Esto quiere decir que las múltiples conexiones entre las fuentes de moralidad y el derecho están reguladas institucionalmente. Para que los conceptos de moralidad permeen en el universo jurídico se requiere un trabajo de incorporación y determinación del derecho que sólo puede ser realizado por una fuerza social.

d) Objetividad jurídica modesta

Si queremos elaborar una explicación adecuada de la objetividad, dice Richard J. Bernstein, “debemos renunciar a toda forma de representacionalismo; debemos apelar a las prácticas justificatorias intersubjetivas (o mejor, sociales)”.³³³ No obstante, mucha gente piensa que, al renunciar a un concepto *fuerte* de objetividad, automáticamente tendremos que abrazar un relativismo vicioso. Es decir, que si aceptamos que no existe ningún tipo de verdad, ningún conocimiento objetivo de los hechos, tendremos que sucumbir ante la idea de que todo está sujeto a la perspectiva y opinión arbitraria de cada persona.

En esta tesis he argumentado, en el capítulo primero, que es posible explicar un concepto de objetividad, particularmente en el campo del derecho, a partir de marcos de justificación socialmente aceptados. En breve, estos marcos de justificación son las *condiciones de legalidad*, en la perspectiva procedimental que expliqué en el capítulo segundo; y las *condiciones de naturaleza* y de *moralidad* que desarrollé en el capítulo tercero. Para evitar suscribir una posición realista insostenible, la objetividad jurídica ha de fundamentarse en las prácticas sociales de justificación que representan las condiciones de legalidad y moralidad, y no en el conocimiento de objetos morales, porque —como dijo Ronald Dworkin— los “morones” no existen.³³⁴

Para finalizar este trabajo quiero aclarar que la objetividad jurídica que he intentado defender, en las dimensiones procedimental y sustantiva, no se reduce a un convencionalismo liso y llano. La objetividad de las decisiones jurídicas no depende de un acuerdo caprichoso de los grupos sociales. Las prácticas de justificación son públicas; nacen de una comunidad. Pero además, como demostré, están ancladas en la estructura de la naturaleza y son consecuentes con una gran variedad de hechos (morales, políticos, sociales, históricos, geográficos, etc.). De tal manera que la justificación no descansa sencillamente en un acuerdo, sino en las razones que socialmente respaldan tal justificación. La verdad que hace posible la objetividad jurídica, en este sentido, es trans-subjetiva. Las razones que respaldan las decisiones jurídicas se cotejan

³³³ Bernstein, Richard J., *El giro pragmático*, trad. de Pablo Lazo Briones, Barcelona, Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2013, p. 119.

³³⁴ Cf. Dworkin, R. M., “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *loc. cit.*

en una multiplicidad de perspectivas. Esto nos lleva a asumir un concepto de verdad esencialmente impugnable. De allí que sea importante reconocer la pluralidad de universos morales, como argumenté en este capítulo tercero.

Coincido con Hilary Putnam, en cuanto a que la objetividad no puede estudiarse con los lentes del realismo metafísico; ni puede ser entendida como un razonamiento algorítmico que nos lleva a una solución unívoca de los problemas. La objetividad en general, y la objetividad jurídica en particular, es compatible con el pluralismo axiológico y epistemológico. La moral social, al igual que la ciencia, ha construido estándares y principios de evaluación, cuya validez es provisional y cuya discusión sigue estando en curso. La objetividad no está garantizada metafísica o epistemológicamente en la ciencia, pero tampoco en la ética. La ética es un proceso de ensayo y error, no un código de normas universales. No hay hechos morales allá afuera, independientes de nosotros. La objetividad jurídica sustantiva sólo se puede alcanzar en una discusión abierta; una discusión que no podría llevarse a buen puerto sin la institucionalidad del derecho. Sin duda, el derecho siempre será falible. Y precisamente porque es falible, es indispensable estudiar los mecanismos y procedimientos que contribuyen a cometer aciertos y a identificar sus errores.

6. Conclusiones

En el ámbito público de las sociedades contemporáneas existe una enorme variedad de cuestiones altamente controversiales, como son los temas del aborto, eutanasia, matrimonio entre parejas del mismo sexo, adopción homoparental, maternidad subrogada y consumo lúdico de marihuana, entre otras. Muchas de estas problemáticas involucran una discusión de razones de carácter moral. Sin embargo, en la agenda pública hay otros temas que se debaten con la misma intensidad, aunque por otro tipo de razones. Me refiero a temas de carácter fiscal, económico o político, como son: la aprobación de la Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos de la Federación; la fijación de la tasa de impuestos sobre la renta; la realización de obra pública, carreteras y aeropuertos; el establecimiento de planes de gobierno y políticas públicas; la implementación de reformas a la ley electoral para permitir candidaturas independientes; las decisiones presupuestales para enfrentar desastres naturales, entre muchos otros.

Todos estos temas se podrían debatir interminablemente en el campo de la opinión pública. No obstante, las sociedades requieren alcanzar soluciones concretas, con una aplicación práctica e inmediata. Como hemos visto, es parte de las funciones esenciales de los sistemas jurídicos estatuir órganos y diseñar procedimientos para zanjar, de alguna manera, todas estas controversias. En otras palabras, el derecho asume su papel de ser un instrumento público para la toma de decisiones. Esto se logra, en algunos casos, mediante la discusión de los problemas en una tribuna legislativa; pero también a través de las atribuciones que tienen ciertos órganos administrativos para realizar acciones, o bien, delegando sobre una autoridad judicial la responsabilidad de dictar sentencias. La operación de los órganos jurídicos también está sujeta a reglas y procedimientos, con la finalidad de evitar que las autoridades tomen decisiones arbitrarias. Lo importante, en cada caso, es subrayar que el sistema jurídico cuenta con canales e instituciones para alcanzar soluciones mínimamente objetivas.

Si la sociedad no contara con los mecanismos, instituciones y procedimientos que ofrece el derecho, sería muy difícil —si no imposible— alcanzar soluciones socialmente aceptables. Las soluciones que permite alcanzar el derecho son objetivas gracias a un conjunto

de reglas procedimentales, las cuales no se agotan en la designación del órgano llamado a resolver las cuestiones, sino que se extiende a los procedimientos de impugnación y revisión de las decisiones. Un primer nivel de objetividad jurídica es el que nos ofrece el marco jurídico, a través de los niveles reglamentario, legal, jurisprudencial, constitucional y convencional. Se trata de distintos marcos de referencia normativa, para determinar si los actos de las autoridades fueron ejecutados de conformidad con las disposiciones del derecho positivo en sus distintos niveles y jerarquías. Desde un punto de vista procedimental, las sociedades modernas cuentan, por lo regular, con suficientes materiales jurídicos para alcanzar soluciones mínimamente objetivas, incluso en los casos más difíciles.

Ahora bien, ciertamente el hecho de contar con órganos, procedimientos e instancias públicas para la resolución de controversias no nos garantiza que se tomarán las *mejores* decisiones. Siguiendo el argumento de Lon Fuller, es elemental que los órganos encargados de administrar las instancias del derecho estén sujetos, estrictamente en su funcionamiento, a un conjunto de principios (generalidad, publicidad, prospectividad, claridad, consistencia, factibilidad, estabilidad y congruencia). Estos principios impedirían desviaciones en la operación del derecho, a causa de impericia, negligencia, maldad o corrupción de los operadores jurídicos. Pero, como señaló Hart, estos principios, por sí solos, son perfectamente compatibles con los fines más inicuos.

Muchos teóricos han considerado que es necesario recurrir a otros esquemas de justificación para emprender una evaluación del derecho, más allá del marco de técnico-formal de la objetividad procedimental. Y es aquí donde introducen teorías políticas, valores éticos y contenidos de moralidad —lo que Fuller denomina «moral externa» del derecho— para orientar el sentido y contenido del derecho. Así, el derecho estatuye, en primer lugar, una serie de pautas procedimentales para avanzar hacia una solución formal. Y progresivamente hay diferentes marcos de referencia para justificar una solución material. No hay una única respuesta correcta, dado que nuestros esquemas sociales de justificación —es decir, los universos de moralidad— pueden cambiar. Estos cambios en nuestros esquemas de justificación no se dan de la noche a la mañana. Ha tomado más de doscientos años entender

el derecho desde una *ética liberal*—o sea, un esquema de justificación liberal—mediante el cual hoy en día defendemos la existencia de derechos y libertades básicas frente al Estado.

En términos generales, en este capítulo tercero he argumentado que el derecho puede ser objetivo, en la medida en que un conjunto de hechos básicos (naturales y morales, entre otros) condicionan su contenido material. En otras palabras, que las distintas circunstancias fácticas y morales (además de históricas, políticas, económicas, geográficas, climáticas, ecológicas, científicas, religiosas, etcétera) en que se desarrolla la sociedad, pueden proporcionar criterios sustantivos para dar significado y orientación a los sistemas jurídicos. Además, he defendido que el derecho, al estar comprometido con una «moral externa» relativamente establecida, puede promover ciertos valores, principios e ideales—como la igualdad, libertad y dignidad humana—, así como perseguir fines y metas de muchos tipos. Eventualmente, con base en estos materiales condicionantes, generados por los distintos universos de moralidad, los órganos jurídicos pueden dar solución sustantivamente objetiva a problemas persistentes de moralidad y justicia.

En particular, las conclusiones del presente capítulo pueden resumirse en los siguientes puntos.

PRIMERO. He explicado que hay dos arenas de discusión analítica del derecho. Por un lado, está la teoría jurídica, que se encarga de explicar la naturaleza del derecho; es decir, de conocer y describir la forma y estructura general de los sistemas jurídicos, así como de sus conceptos, propiedades, funciones y características centrales. Por otra parte, está la filosofía jurídica, que involucra una reflexión mucho más profunda y amplia sobre el fenómeno jurídico; lo que regularmente incluye una crítica a su contenido material y una teoría normativa sobre las decisiones jurídicas (ya sean legislativas, administrativas o judiciales). Tradicionalmente los teóricos del derecho han distinguido entre una «jurisprudencia descriptiva» y una «jurisprudencia normativa». Mi estudio sobre la objetividad jurídica ha retomado esta distinción para presentar un análisis sobre la objetividad en el derecho en una doble dimensión: procedimental y sustantiva.

SEGUNDO. Se ha demostrado que la tesis del «voluntarismo jurídico», comúnmente atribuida a la corriente del iuspositivismo, es falsa. Dicha tesis consiste en asumir que el derecho puede ser *cualquier cosa* que quiera una autoridad formal del sistema, si está debidamente facultada y ha seguido el procedimiento legal establecido para la creación (aplicación, interpretación o adjudicación) del derecho. La tesis del «voluntarismo jurídico» puede verse como otro “mito” del positivismo, ya que los sistemas jurídicos guardan una relación de dependencia con respecto a hechos básicos de la naturaleza y la moral (en su más amplia diversidad). De igual modo, en la realidad particular de cada sociedad, existen hechos contingentes de carácter histórico, político, económico, geográfico, climático, ecológico, etcétera, que pueden tener un papel relevante en la determinación del contenido del derecho.

TERCERO. He aclarado el significado metodológico de la «tesis de la separabilidad conceptual entre el derecho y la moral», con el fin de distinguir al derecho positivo frente a otros fenómenos sociales (como la moral y la costumbre). De tal modo, expliqué que el derecho y la moral son universos normativos distintos e independientes. A pesar de que ambos órdenes utilizan un lenguaje directivo de la conducta, y pueden compartir importantes rasgos en la forma y contenido de sus normas, el derecho positivo se caracteriza por contar con una estructura institucional mediante la cual dispone de órganos y procedimientos para explicitar el contenido del derecho.

CUARTO. He defendido que existen múltiples relaciones (necesarias y contingentes) entre el derecho y la moral. Para aclarar las posibles relaciones, expliqué que existen diversos conceptos de moral (personal, social, crítica) y distintas fuentes de moralidad (costumbre, religión, derecho, ciencia, razón, neurobiología), lo que da lugar a diferentes formas de evaluación y razonamiento moral. De allí que se establezcan múltiples conexiones entre los distintos universos de moralidad y el derecho, las cuales pueden incidir en la creación, aplicación, interpretación y adjudicación del derecho.

QUINTO. Todo sistema jurídico está condicionado ontológicamente por la naturaleza del mundo y del ser humano. Como argumentaron distintos teóricos del positivismo jurídico (Hobbes, Bentham, Austin y Hart entre ellos), hay ciertos hechos físicos y biológicos —la disposición natural hacia el placer y el dolor, el instinto de conservación, la escasez de recursos— que fundamentan la conducta moral de los individuos, y explican, eventualmente, el establecimiento de reglas sociales con un propósito común de cooperación y supervivencia. Por lo tanto, el contenido mínimo de la moral y del derecho se encuentra en una relación de *necesidad natural* con respecto a los hechos del mundo.

SEXTO. Además de las circunstancias naturales (físicas, biológicas, climáticas y geográficas) que condicionan ontológicamente el contenido del derecho, también es importante destacar el papel de las circunstancias sociales (históricas, económicas, religiosas, políticas y culturales) en el proceso de determinación del contenido del derecho. En efecto, en muchos casos la objetividad jurídica sustantiva depende de saberes extra-jurídicos, de conocimientos estándares y criterios de moralidad establecidos por otras disciplinas. La determinación del derecho no se lleva a cabo solamente con un examen racional o con un razonamiento moral. El universo normativo del derecho no está aislado, sino que se encuentra en diálogo permanente con otras fuentes y universos de moralidad.

SÉPTIMO. Expliqué la diferencia entre *condicionamiento* y *determinación*. Mientras una condición establece un marco de posibilidades, un determinante selecciona algunas de las alternativas posibles. Quienes tienen la potestad legal de determinar el contenido del derecho son los órganos públicos y privados del derecho. Por ello, para establecer la objetividad de sus decisiones, es preciso revisar que su trabajo de determinar del contenido del derecho cumpla los requisitos formales y materiales de validez jurídica.

OCTAVO. Los sistemas jurídicos tienen una función elemental de dirigir la conducta de los individuos. Sin embargo, con independencia de su eficacia instrumental, los sistemas de derecho pueden perseguir una gran variedad de metas y objetivos concretos, así como

comprometerse con ideales y valores abstractos. Una de esas «morales externas» es la ética del liberalismo, que se basa en una concepción de la persona moral para promover contenidos sustantivos de derecho. Con base en esta ética liberal se pueden resolver objetivamente problemas sustantivos de moralidad y justicia. Sin embargo, tal ética liberal es relativa a las sociedades democráticas, por lo que la objetividad jurídica sólo se puede entender en un nivel modesto.

CAPÍTULO CUARTO

Respuesta a objeciones

En este capítulo cuarto daré respuesta a ciertas preguntas y objeciones planteadas en el desarrollo de la presente investigación. Este ejercicio me permitirá aclarar el significado y alcance de los conceptos empleados en la tesis, así como la metodología y objetivos centrales de mi argumento, que busca estudiar y defender la objetividad jurídica a partir de dos enfoques: uno procedimental y otro sustantivo.

1. ¿Por qué es importante la *objetividad jurídica*?

Una opinión creciente entre juristas contemporáneos es que la objetividad jurídica es imposible.³³⁵ A grandes rasgos, se presume que esto es así debido a que los oficiales inevitablemente introducen sus prejuicios y sentimientos personales cuando crean, aplican o interpretan normas y principios de derecho. De tal modo —continúa la acusación—, los actos y decisiones de los órganos jurídicos necesariamente contienen altas dosis de subjetividad; mientras que los ordenamientos legales reproducen con frecuencia los valores de la ideología dominante, o responden a los intereses particulares de una clase o grupo en el poder.

Uno de los objetivos centrales de algunas corrientes del realismo jurídico norteamericano, y más recientemente las “teorías críticas del derecho”, consiste en demostrar que la producción de leyes y la toma de decisiones administrativas y judiciales están influenciadas por un conjunto de factores extra-legales (de naturaleza moral, psicológica, epistémica, social, racial, económica o de género). De allí que a menudo se considere que la “objetividad jurídica” no es más que una vana ilusión; un recurso retórico para justificar acciones o legitimar decisiones que, en el fondo, son sesgadas, arbitrarias o irracionales.

Con este panorama nada alentador, uno podría preguntarse lo siguiente: ¿acaso tiene sentido embarcarse en un proyecto de investigación que se propone explicar una presunta “objetividad jurídica”? Mi respuesta a esta pregunta es afirmativa. Considero que es indispensable aclarar teóricamente las condiciones de posibilidad de la objetividad en el derecho; pero sobre todo por las razones prácticas que explicaré a continuación.

En primer lugar, más allá de las exageradas consecuencias que pregonan los emisarios del nihilismo jurídico, es importante advertir que las sociedades siguen valiéndose de leyes para organizar la vida pública y social. Pese al auge del pensamiento posmoderno —que es escéptica

³³⁵ Me refiero a aquellas posiciones escépticas que conciben al derecho como un sistema de normas esencialmente indeterminadas, y, por consiguiente, rechazan la existencia de respuestas correctas —ya no digamos únicas—. Cf. Singer, Joseph William, “The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory”, *The Yale Law Journal*, Estados Unidos, vol. 94, núm. 1, noviembre, 1994; Coleman, Jules y Brian Leiter, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995; Dworkin, Ronald M., “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, núm. 25, primavera, 1996, pp. 87-139.

con respecto a las nociones de «razón», «conocimiento» y «verdad»—, los tribunales del fuero común continúan aplicando cotidianamente las disposiciones de la legislación civil y penal. Al mismo tiempo, los abogados impugnan las resoluciones judiciales en los términos y plazos previstos por los códigos procesales. Mientras que los ciudadanos celebran matrimonios, testamentos, contratos de compraventa, y tramitan actas de nacimiento y carnés de identidad. Todo ello sin tener que preguntarse por la categoría ontológica de sus actos. Con esto, no pretendo minimizar la existencia de errores, abusos e injusticias en la producción o aplicación del derecho. Sólo quiero destacar que los sistemas jurídicos tienen un innegable valor práctico para los ciudadanos, lo cual sería imposible si el derecho no garantizara un mínimo de objetividad a través de sus leyes e instituciones.

Al parecer, los argumentos escépticos —sobre la alarmante relatividad de las leyes y la subjetividad en el ejercicio del derecho— no han sido suficientemente contundentes para que las sociedades decidan deshacerse de los sistemas jurídicos. Y esto se debe a que, como he argumentado en el capítulo segundo de este trabajo, los sistemas jurídicos desempeñan funciones normativas y sociales cruciales dentro de una comunidad. Una de esas funciones consiste en proporcionar estándares *objetivos* de conducta, los cuales permiten superar, en alguna medida, los problemas de relativismo y subjetividad que, a su vez, dan lugar a la incertidumbre y la arbitrariedad. Al estatuir un marco público de normas jurídicas objetivas³³⁶ para dirigir la conducta humana —lo que he caracterizado como un propiedad conceptual—, el derecho contribuye a que las personas tengan *certeza* y *seguridad* sobre los términos y condiciones de interacción social.

En segundo lugar, existen poderosas razones *dis-prácticas* que nos obligan a aclarar las condiciones de posibilidad de la objetividad jurídica. He denominado “problemas persistentes de subjetividad” a un conjunto de dificultades ordinarias que pueden llegar a distorsionar el funcionamiento del derecho. Tales dificultades aparecen cuando hay conflictos normativos, actos de negligencia o corrupción, así como desacuerdos teóricos acerca de lo que debería ser

³³⁶ No está de más insistir en lo siguiente: que una norma jurídica (acto o decisión) sea *objetiva* no significa que sea *correcta*. Simplemente quiere decir que tal norma (acto o decisión) constituye un patrón de comportamiento público (esto es, socialmente conocido por los miembros de una comunidad), lo que hace posible interactuar con las mismas expectativas de conducta (acciones y omisiones).

el derecho. En especial, a los ciudadanos les preocupa la posibilidad de que los funcionarios públicos hagan un uso incorrecto o arbitrario de sus facultades y atribuciones, dando lugar a actos de tortura, desaparición forzada, genocidio, desvío de recursos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, entre otros supuestos.

Ante esa posibilidad real de *abuso de poder*, es necesario preguntarnos por aquellos mecanismos procedimentales que tienen la misión de vigilar y controlar la manera en que los órganos jurídicos ejecutan, aplican o interpretan las leyes (actos o decisiones). Algunos mecanismos diseñados para controlar el ejercicio del poder, y garantizar la objetividad del derecho, incluyen: el juicio de amparo, cortes de apelación, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, revocación de mandato, declaración de procedencia, comisiones de derechos humanos, órganos de contraloría interna, tribunales de jurisdicción internacional, procedimientos de transparencia y rendición de cuentas, entre otros.

Por último, quiero llamar la atención sobre el hecho de que quienes se han preguntado teóricamente por la posibilidad de una *objetividad jurídica* han concentrado su atención en el ámbito de las decisiones judiciales. En este contexto, estos teóricos han entendido a la *objetividad* como un resultado de la interpretación jurídica. A diferencia de esos enfoques jurisdiccionales sobre la objetividad jurídica, mi perspectiva considera importante explicar el funcionamiento procedimental del derecho en todos sus ámbitos (creación, aplicación, interpretación y adjudicación), puesto que todos los actores jurídicos —órganos públicos y privados— dirigen su comportamiento por reglas y procedimientos. Así, he sostenido que los *problemas persistentes* de subjetividad pueden ser superados procedimentalmente. Y esto es posible gracias a que el derecho tiene una naturaleza dinámica, capaz de crear mecanismos para la revisión progresiva de las normas (actos y decisiones), así como para emprender su eventual corrección y reforma. Incluso aquellos casos difíciles, que involucran dilemas de moralidad y justicia, se tienen que desahogar procedimentalmente. Como he explicado en el capítulo segundo, los sistemas jurídicos son flexibles. Tienen la capacidad de ajustarse a las necesidades y circunstancias que ofrece el devenir social. Por ello, es preciso cambiar nuestra concepción del derecho: pasar de la idea de un sistema estático y cerrado, a un sistema

complejo de normas abiertas y auto-regulativas, en el que pueden participar tanto oficiales como ciudadanos.

Mi argumento sobre la objetividad jurídica no pretende demostrar que en el funcionamiento de un sistema jurídico no existen conflictos normativos y problemas de indeterminación, subjetividad e irracionalidad. Más bien, precisamente porque existen esas dificultades, debemos estudiar el funcionamiento de las reglas, instituciones y procedimientos que la comunidad jurídica ha diseñado para superar tales viscosidades, incluyendo aquellos mecanismos ordinarios de control y vigilancia para revisar, de manera especial, los actos de las autoridades, así como sus posibles errores y abusos.

2. Conexión entre objetividad jurídica procedimental y sustantiva

En este apartado aclararé la relación que existe entre la objetividad jurídica procedimental y la objetividad jurídica sustantiva. En particular, deseo responder a la siguiente inquietud: si la objetividad jurídica procedimental —como he reconocido al final del capítulo segundo— podría ser insuficiente para superar problemas de moralidad y justicia, ¿acaso la objetividad jurídica sustantiva es superior y hace irrelevante a la objetividad jurídica procedimental? O, por el contrario, ¿en qué medida la objetividad jurídica procedimental es independiente e irreductible a la objetividad jurídica sustantiva? En última instancia, ¿qué clase de relación existe entre ambos tipos de objetividad?

En el capítulo segundo he defendido que una propiedad central de los sistemas jurídicos es definir reglas y procedimientos para dar *certeza y seguridad* a las personas. Certeza en cuanto a las expectativas de comportamiento que podemos realizar y esperar de los demás, incluyendo a los funcionarios públicos; y seguridad en cuanto a que esas pautas de conducta —que, en principio, todos podemos conocer con certeza— serán aplicadas, incluso coercitivamente en caso de incumplimiento. Los sistemas jurídicos han desarrollado, en efecto, una gran variedad de mecanismos e instituciones para alcanzar esa certeza y seguridad.

Tal aparato estatal de instituciones, leyes y procedimientos que integran a un sistema jurídico se puede explicar desde un punto de vista teórico, sin tomar en consideración su eventual contenido. Así, podemos dar cuenta de la estructura administrativa del Estado y de las «condiciones de legalidad» que deberían seguir las autoridades para desempeñar exitosamente su misión directiva de la conducta. Todo ello sin necesidad de discutir los fines u objetivos materiales que persigan los grupos sociales a través del derecho. Se trata de una tarea meramente cognoscitiva: analizar en abstracto los conceptos y estructura del sistema jurídico para comprender mejor su funcionamiento.

Ahora bien, mi enfoque hacia la objetividad jurídica procedimental no se limita a ofrecer una teoría formal y abstracta sobre el funcionamiento del derecho. He insistido en que la dimensión procedimental del derecho debe *tomarse en serio*, ya que la manera de resolver los múltiples problemas persistentes de subjetividad (en la creación, aplicación, interpretación y

adjudicación), así como los dilemas de moralidad y justicia, dependen de los órganos y procedimientos legales establecidos para ese efecto. Esto incluye, no sólo los requisitos formales para verificar la validez jurídica de una norma (acto o decisión), sino también aquellos requisitos materiales que condicionan el contenido del derecho (en los niveles constitucional, legal, convencional, reglamentario, jurisdiccional, etcétera). Y más aún, mi enfoque procedimental hacia la objetividad jurídica prevé el estudio de aquellas instancias encargadas de controlar y vigilar las decisiones jurídicas, puesto que la validez jurídica es una categoría gradual y dinámica.

Esto quiere decir que la objetividad jurídica procedimental, en cierto modo, también es sustantiva. En la medida en que se hayan promulgado normas constitucionales que reclaman valores y principios jurídicos de naturaleza política, económica o moral, los órganos del sistema contarán con criterios materiales para controlar institucionalmente el contenido de las normas (actos y decisiones) jurídicas subsecuentes. Además, el sistema jurídico puede disponer de instancias especializadas para analizar cuestiones de contenido (tribunales de casación, cortes supremas, órganos de contraloría interna, órganos de fiscalización, etcétera). En consecuencia, el procedimiento también sirve para determinar la objetividad jurídica sustantiva de las decisiones jurídicas.

Por otra parte, hay ocasiones en que la pregunta por la “objetividad” de las decisiones jurídicas no tiene que ver con la legalidad de la forma ni con la constitucionalidad del contenido, sino más bien con su legitimidad o justificación moral (política, económica, ecológica, histórica, etcétera). Ciertamente, el sistema de normas jurídicas no está aislado de la realidad social; la gente dirige sus vidas de acuerdo con muchos tipos de criterios o fuentes de moralidad. Es natural que las normas (actos y decisiones) jurídicas sean evaluadas socialmente desde muy diversos puntos de vista. De allí surge la necesidad de complementar la objetividad jurídica procedimental con un enfoque de objetividad jurídica sustantiva.

En el capítulo tercero he subrayado la importancia de realizar un análisis de los hechos naturales y morales básicos que imponen condicionamientos sustantivos al contenido del derecho, así como los elementos extra-jurídicos que podrían contribuir a tomar las mejores decisiones jurídicas. He argumentado que no existe *una* sola moral, sino muchas fuentes de

moralidad y diversos niveles de razonamiento moral. Además, advertí que a menudo la sociedad civil apela a la ciencia, la tecnología, a estudios de investigación empírica y a saberes históricos, políticos, económicos, geográficos, médicos, climáticos para elaborar argumentos evaluativos de las decisiones jurídicas. Incluso las mismas autoridades recurren a consideraciones extra-jurídicas para orientar, fundamentar o justificar sus decisiones. Pero no lo hacen de manera arbitraria, sino subordinados al marco legal de atribuciones y procedimientos.

En el ámbito jurídico se discuten diversos tipos de problemas: cuestiones formales acerca de la incompatibilidad de normas jurídicas; conflictos de competencia, jurisdicción; cuestiones procedimentales; y también hay cuestiones materiales acerca de la constitucionalidad de las normas, actos y decisiones. En ocasiones un análisis procedimental puede ser suficiente para tomar una decisión jurídicamente objetiva. Sin embargo, hay otro tipo de cuestiones que pueden requerir un análisis material e incluso apelar a consideraciones extra-jurídicas.

Pensemos, por ejemplo, en la cuestión acerca de si la apertura del sector energético a la inversión privada nacional y extranjera es una *buena* decisión para el desarrollo económico y social de México. No se trata sencillamente de una decisión legal. Desde luego, se deben cumplir una serie de requisitos legales y constitucionales para que los órganos facultados puedan determinar tal apertura. Sin embargo, para tomar una decisión acertada es preciso considerar muchos otros elementos de juicio: el nivel de reservas petroleras nacionales, el precio comercial del petróleo en el mercado internacional, el rezago tecnológico de la industria, la política petrolera de la OPEP, etcétera. Se trata de hechos y circunstancias extra-jurídicas que los órganos encargados de tomar la decisión deberán tomar en cuenta.

En conclusión, la objetividad jurídica procedimental incluye el análisis de cuestiones sustantivas. Mientras que la objetividad jurídica sustantiva necesita de las instituciones y procedimientos del derecho positivo para incorporar consideraciones de una «moral externa». Ambos tipos de objetividad se complementan. Sin embargo, dependiendo del tipo de dificultad o problema que se requiera superar, puede tener más protagonismo la dimensión procedimental o la dimensión sustantiva.

3. Circularidad en la objetividad jurídica procedimental

En este apartado daré respuesta a la objeción de que mi enfoque procedimental hacia la objetividad jurídica incurre en un argumento circular. La circularidad consiste en justificar la validez jurídica de las normas (actos o decisiones) con base en los fundamentos legales que el propio sistema jurídico ha establecido. De este modo, el derecho auto-valida sus propias determinaciones; a final de cuentas, una norma jurídica (acto o decisión) —según mi enfoque procedimental— es objetiva simplemente porque es legal. Esto no parece ser muy distinto de aquel viejo adagio legalista de «la ley es la ley».

Es verdad que la validez jurídica de una norma (acto o decisión) depende de las condiciones de legalidad (formales y materiales) que el propio sistema ha definido en el marco de derecho positivo. Ciertamente hay una especie de «ciclo de validación» —que no «círculo» como argumentaré a continuación— en la idea de que una nueva norma (acto o decisión) obtiene su membresía al derecho positivo a partir de su fuente social, esto es, con base en el órgano y las normas superiores que le dieron origen. Desde la concepción de positivismo jurídico que suscribo, esas son las reglas del derecho positivo para identificar a las disposiciones que forman parte del universo jurídico. Sin embargo, no considero que haya una circularidad por varias razones.

En primer lugar, el sistema jurídico no es un asunto exclusivo de oficiales. También los particulares participan en la determinación del contenido del derecho, a través de la celebración de contratos, con la elección de representantes, mediante la interposición de recursos legales para reclamar sus pretensiones ante otros particulares, o tomando acciones legales para impugnar las decisiones de autoridades. Es preciso deshacerse de la idea de que el derecho positivo es resultado de una única fuente de voluntad (un rey o un parlamento). El derecho debe ser concebido como un sistema de normas en el que contribuyen una multitud de actores jurídicos. De modo que existencia de estándares públicos para la validación de normas (actos o decisiones), con base en normas superiores, es indispensable para controlar a los órganos jurídicos, sean públicos o privados.

En segundo lugar, al menos en los sistemas jurídicos contemporáneos, las decisiones jurídicas son revocables. Todas las normas (actos y decisiones) de autoridades y particulares son virtualmente revisables y susceptibles de ser corregidas o anuladas. El sistema jurídico contempla diversos mecanismos de impugnación y órganos especializados (de revisión, contraloría, vigilancia, fiscalización, transparencia) para el análisis de las decisiones jurídicas. He insistido en la tesis de que los sistemas jurídicos son dinámicos, flexibles y abiertos. De modo que la objetividad jurídica está garantizada por los controles procedimentales que una multitud de personas ejerce sobre el contenido del derecho. De allí que sería más adecuado hablar de etapas o *ciclos* de validación, que de un círculo cerrado. Los ciclos de validación están abiertos; son disputables.

En tercer lugar, si la validez jurídica de una norma (acto o decisión) tiene su fundamento en una norma superior, podríamos cuestionar igualmente la validez de las normas superiores y, eventualmente, la validez de la Constitución y de los órganos fundacionales del sistema. En algún momento las llamadas «cadenas de validez» no tendrán de dónde sostenerse. Esto ha llevado a algunos juristas a postular una «norma fundante básica» (NFB) o una «regla de reconocimiento» (RR) del sistema, las cuales no forman parte del derecho positivo. Pues bien, este hecho demostraría que, en última instancia, el sistema jurídico no puede validarse a sí mismo —¡lo que ciertamente nos mete en otros problemas teóricos!—. Por lo tanto, se rompe la presunta circularidad de la justificación legal de las decisiones jurídicas, puesto que la NFB y la RR obtienen su significado normativo en la práctica social (y no de un procedimiento, autoridad o norma superior).

De cualquier modo, la naturaleza y el papel de la NFB y la RR son discusiones teóricas que no son de ningún provecho para la certeza que reclama la gente en su vida diaria. Para determinar, por ejemplo, si la detención de una persona por parte de la policía fue legal o arbitraria, no necesitamos llevar el análisis hasta la «norma fundante básica». Más bien, necesitamos revisar puntualmente las disposiciones de los protocolos de actuación judicial, del uso de la fuerza, de la cadena de custodia, etcétera. Esto es lo que nos dará certeza sobre la objetividad jurídica de la detención y no un argumento filosófico sobre el origen del derecho.

Finalmente, cabe insistir en lo siguiente: que algo sea legalmente objetivo, no significa que sea moralmente correcto o socialmente valioso. He explicado que las decisiones perfectamente legales que toman las autoridades, no necesariamente son populares o acertadas. El derecho siempre tiene la posibilidad de ser evaluado desde otros discursos de moralidad (p. ej., desde una perspectiva económica, política, demográfica, religiosa, científica, etcétera). De allí que en este trabajo de tesis se distinga una objetividad jurídica mínima y una objetividad jurídica modesta.

4. ¿Un “modelo de reglas” recargado?

Se podría objetar que el enfoque procedimental que defiendo constituye la reedición de un «modelo de reglas».³³⁷ Algunas ideas centrales de este modelo son las siguientes: (1) que el derecho se reduce a reglas. (2) Que las reglas son identificables por la forma en que fueron creadas o aplicadas (no por su contenido). (3) Que si hay un caso nuevo que no es cubierto por la regla, se permite al juez ejercer su discrecionalidad. Y (4) que los materiales jurídicos pueden resolver incluso los casos difíciles.

Hay una gran diferencia entre concebir al derecho como una “bodega conceptual” de reglas y un sistema de normas (actos y decisiones), en el que no sólo los jueces participan en la producción del derecho sino una gran diversidad de actores jurídicos. Yo diría que no se trata de un modelo de reglas, sino de un modelo de procedimientos. Este modelo de procedimientos contempla la posibilidad de que varios individuos puedan interpretar, impugnar, revisar, reformar. Hay controles intersubjetivos en la realización de todas esas funciones. Los sistemas jurídicos facultan a ciertos órganos jurídicos para ejercer su discrecionalidad; e incluso, crear nuevo derecho, con base en estándares extra-jurídicos, *si y sólo si*, el mismo sistema les ha facultado para tomar en consideración estándares extra-jurídicos.

Por otra parte, me parece importante aclarar que el hecho de que existan normas generales que rigen el procedimiento de creación de normas particulares, así como la realización de actos normativos y decisiones concretas, no significa que la producción y aplicación del derecho se reduzcan a una mera operación mecánica. La objetividad jurídica procedimental que he defendido no concibe al derecho como un simple proceso burocrático, en el que los operadores tienen que aplicar normas previamente establecidas. Las sociedades utilizan el derecho para estatuir pautas de comportamiento, leyes e instituciones con el fin de regular la conducta de las personas. Pero también he sostenido que hay ámbitos de indeterminación, discrecionalidad e incertidumbre, donde también intervienen objetivos

³³⁷ Cf. Dworkin, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, 371 p., especialmente el cap. 2, “The model of rules I”.

sociales e intereses particulares, que hacen que la validez de ciertas decisiones y actos normativos estén en disputa, o sean derrotables. He explicado un concepto temporal de validez jurídica precisamente por que la objetividad de las normas, actos y decisiones jurídicas son susceptibles de escrutinio.

También he rechazado que la teoría procedimental del derecho incluya únicamente un marco de justificación formal. Que el derecho sea lo que resulte del procedimiento. Como si sólo se tratara de determinar permisos normativas, definiciones, descripciones de hecho para tomar una decisión en un silogismo lógico. Como si no tuviera lugar en el procedimiento de decisión las valoraciones y juicios de las personas. El procedimiento jurídico es más complejo que un simple acto de subsunción lógica. En primer lugar, porque hay procedimientos para la realización de peritajes, para la admisión de pruebas, para la valoración de los hechos. Todo está regulado procedimentalmente. Por otra parte, las normas jurídicas superiores incluyen contenido materiales: normas de la Constitución que contienen conceptos de moralidad, principios políticos, fines sociales, valores culturales, ideales ecológicos. Justificar una decisión jurídica sustantivamente no se sale del procedimiento; forma parte de él.

Aquí me parece importante señalar que una cosa es el razonamiento práctico y otra el razonamiento judicial. Entre la labor intelectual que realiza un jurista y la labor institucional que desempeña un juez hay un nombramiento como autoridad que marca una gran diferencia. Aunque el jurista tenga mejores argumentos, sus conclusiones no tienen un poder vinculante porque, como expliqué con mi teoría procedimental del derecho, el jurista no tiene facultades para tomar decisiones vinculantes. El derecho, a final de cuentas, siempre tiene una fuente social. En cambio, los jueces sí pueden tomar decisiones con un poder vinculante, aunque sus argumentos no sean los mejores. No obstante, esas decisiones podrán ser impugnadas, revisadas y corregidas a través de los canales institucionales del derecho. Si hay poca solidez en los razonamientos, un ciudadano podría derrotar los argumentos del oficial; pero su victoria no se deberá a la moral, sino a que utilizó los canales, términos y plazos de impugnación de un procedimiento legal, cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento.

5. Derecho público vs. derecho privado

Tradicionalmente el derecho ha sido entendido como un conjunto de disposiciones públicas estatuidas por los órganos del Estado. Bajo esa premisa, el derecho es el resultado de actos y decisiones de funcionarios públicos en el ejercicio de la administración pública. Por otra parte, la teoría de derecho natural ha defendido la existencia de un ámbito de derecho privado, independiente del orden público, que es fuente de un conjunto de derechos y libertades naturales, los cuales son superiores y anteriores al derecho positivo. Así, mientras el derecho público es creado institucionalmente por el Estado, el derecho privado presuntamente tiene su origen en la naturaleza humana, en la razón o en Dios (dependiendo de la versión de iusnaturalismo de que se trate). Mientras que el conjunto de leyes y disposiciones públicas constituyen un *derecho objetivo*, el conjunto de prerrogativas y libertades naturales conforman un *derecho subjetivo*. Esto es lo que algunos autores —Hans Kelsen de manera notable— han denominado como la dicotomía entre derecho público y derecho privado.

En esta tesis he señalado recurrentemente que el derecho no es un asunto exclusivo de autoridades públicas. El Estado no está conformado únicamente por los órganos de la administración pública. Los ciudadanos también participan en la determinación del derecho de muchas maneras. La actuación de oficiales y particulares está regida por el mismo sistema jurídico. Las empresas, universidades, sindicatos, asociaciones civiles, corporaciones, iglesias, son entidades que están sujetas a un marco regulatorio que tiene fundamento en el sistema jurídico. El acta constitutiva y los estatutos de cualquier organización está sustentada en el derecho público. En esa medida, estas entidades del derecho privado también tienen una personalidad jurídica, facultades, atribuciones y competencias.

Es muy importante entender que el derecho también es operado por particulares. Que en un proceso judicial las partes pueden aportar pruebas. Que los particulares están facultados para impugnar resoluciones, promover juicios de amparo, recursos de queja y de revisión. Es la comunidad jurídica la que, en su conjunto, reclama un funcionamiento adecuado del derecho, mediante los procedimientos que el propio sistema ha establecido para tal efecto. En

ese sentido, el derecho está controlado intersubjetivamente. Podemos reclamar una acción indebida de una autoridad, alguna omisión, negligencia o corrupción.

Para entender correctamente mi argumento sobre la objetividad jurídica, en su dimensión procedimental y sustantiva, es fundamental entender que los ciudadanos también participan en la conformación del sistema jurídico. Si pensamos que el derecho es un asunto exclusivo de funcionarios públicos, y que el derecho positivo solamente es producido y aplicado por oficiales, será muy difícil entender la utilidad social del derecho. En efecto, si concebimos al derecho como un sistema unilateral y cerrado —como en el modelo de la soberanía— obviamente causará mucha inquietud la idea de someterse a las decisiones de los funcionarios simplemente porque ellos tienen un cargo.

En la concepción dinámica del derecho que he explicado, he tratado de subrayar que el sistema puede contar con diversos mecanismos de vigilancia, control e impugnación de las normas. Los sistemas han creado diversos mecanismos jurídicos y los ha puesto en manos de la sociedad civil. Contamos, por ejemplo, con órganos autónomos para organizar las elecciones. Con una Comisión Nacional de los Derechos Humanos, para vigilar el ejercicio del poder. Un instituto que garantiza el acceso a la información. Una Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas del delito. Un Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Instituto Nacional de las Mujeres, Instituto Nacional Indigenista. Se trata de mecanismos, instituciones y procedimientos para garantizar la objetividad del derecho.

En muchas ocasiones los procedimientos funcionan a través del mecanismo de “ensayo” y “error”. Ciertamente los sistemas son capaces de producir leyes malas, normas equivocadas. Además, en lo individual, existen autoridades que actúan con imprudencia o mala fe. Sobre la estructura de los sistemas jurídicos se han erigido regímenes totalitarios, represores, fascistas. Pero es a través de los propios mecanismos de auto-regulación del derecho como se pueden superar los problemas de corrupción y subjetividad.

6. El papel de la ciencia en el derecho

En esta sección discutiré brevemente al papel que tiene el conocimiento científico en la toma de decisiones jurídicas. En particular, me referiré al proyecto de la «naturalización del derecho» defendido por Richard Posner y Brian Leiter, que ha planteado un “enfoque de epistemología científica” hacia la objetividad jurídica, en el cual las decisiones objetivas se han de buscar siguiendo los métodos de la ciencia empírica.³³⁸

No hay duda de que la ciencia ocupa un lugar privilegiado en un proceso de deliberación. Las mejores decisiones son aquellas que se toman con pleno conocimiento de información relevante. En muchas ocasiones las disputas jurídicas no versan sobre la aplicación o interpretación de normas, sino en la prueba de los hechos. Y, en efecto, la ciencia es un gran aliado para probar hechos.

Como he defendido en el capítulo segundo, el sistema jurídico es un instrumento público que establece las condiciones para tomar decisiones legalmente objetivas. Sin embargo, es preciso advertir que el derecho, por sí solo, no es capaz de responder a cierto tipo de cuestiones. Consideremos, por ejemplo, las siguientes preguntas: (1) ¿Deben las autoridades de salud prohibir la venta de bebidas azucaradas en escuelas de educación básica? (2) ¿Es el glifosato —un herbicida de amplio espectro usado en la agricultura— un químico seguro para el medio ambiente y para la salud humana? (3) ¿Cuál es el mejor plan para proteger la biodiversidad del Mar de Cortés?

Para resolver estas cuestiones adecuadamente, no basta con que las autoridades de salud, agricultura y medio ambiente tengan una competencia y facultades legales para pronunciarse en cada cuestión respectivamente. La mejor solución tampoco se alcanza elaborando razonamientos de moralidad política, puesto que el «derecho a la salud» y el «derecho del medio ambiente» son ideales muy abstractos cuya orientación podría ser vaga en estas cuestiones concretas. En estas tres cuestiones las decisiones tienen que basarse en elementos de prueba respaldados con evidencia científica. Esto es, en datos duros que

³³⁸ Cf. Ching, Kenneth K., “Methodological versus Naturalistic Legal Objectivity”, *Saint Louis University Law Journal*, Estados Unidos, vol. 57, 2012, pp. 59-99.

demuestran los altos índices de obesidad y diabetes infantil en el país, así como el bajo valor nutricional de las bebidas azucaradas; en estudios que demuestran que el glifosato está asociado con el desarrollo de enfermedades cancerígenas y con la muerte de abejas en campos de trigo; o bien, una investigación puntual sobre los recursos marinos, la salud de los arrecifes y la protección de especies endémicas y migratorias. Y así sucesivamente.

La objetividad jurídica sustantiva depende de otros saberes del mundo social que traspasan el ámbito jurídico. Pero además, como ocurre con cualquier conocimiento científico, cabe la posibilidad de que nueva evidencia demuestre nuevos hechos científicos, lo que deberá tener una incidencia en las decisiones jurídicas. Lo que ha faltado desarrollar es una teoría que explique la manera en que el derecho interactúa con esos otros universos de moralidad; particularmente con el conocimiento científico.

Si bien el conocimiento científico puede aportar elementos de información relevantes para tomar las mejores decisiones, tampoco debemos caer en el cientismo. Esto es, la idea de que la ciencia por sí sola puede resolver los problemas morales de la sociedad. Pensemos en la siguiente cuestión: ¿debe la sociedad permitir la experimentación con embriones humanos? Esta no es una cuestión científica ni jurídica, sino una cuestión ética. Ni la ciencia ni el derecho dan una respuesta a esta pregunta. No todo tipo de decisión es reducible a datos y evidencia científica.

En el campo de la investigación penal, como en muchas otras ramas del derecho, se utilizan estándares científicos para probar hechos. Pero cabe señalar que la valoración de ese material probatorio está sujeto a las reglas del procedimiento. La ciencia por sí sola no puede suplantar el papel procedimental del derecho. Como he defendido, el derecho es establecido por «actos de voluntad». Desde luego, buscamos que esas decisiones obedezcan a buenas razones. Pero a final de cuenta está la voluntad de los órganos del derecho. No se puede suplir esto. El proyecto de la naturalización del derecho no puede ignorar que detrás de las decisiones de los órganos jurídicos hay «actos de voluntad».

7. Objetividad jurídica *fuerte*

En esta investigación me he propuesto explicar la objetividad jurídica a partir de dos enfoques, uno procedimental y uno sustantivo. Básicamente, la objetividad jurídica procedimental es aquella que se alcanza mediante las reglas, estándares y condiciones de legalidad que un sistema jurídico explícitamente establece para determinar la validez de normas (actos y decisiones). En esa medida, el hecho de que podamos calificar a una determinada norma (acto o decisión) como “jurídicamente objetiva” quiere decir su proceso de producción (aplicación, interpretación o adjudicación) fue realizado *conforme a* derecho. Además, cabe decir que los requisitos de validez no son solamente formales, sino que también incluyen criterios materiales —como cuando el Código Civil excluye la validez jurídica de aquellos contratos que no tengan un «objeto lícito», o cuando la Constitución excluye del marco jurídico aquellas leyes (actos o decisiones) que contravengan el principio de «igualdad y no discriminación»—.

Sin embargo, es preciso hacer la siguiente acotación: que una norma (acto o decisión) sea “jurídicamente objetiva” no significa que sea «verdadera», «correcta» o «valiosa» (simplemente porque es legal). Por otra parte, el sistema jurídico —esto es, sus instituciones, leyes, normas, actos, decisiones— podría ser evaluado, criticado o legitimado desde una perspectiva no jurídica, a partir de criterios, hechos y condiciones de moralidad (política, económica, científica, histórica, ecológica, tecnológica). Más allá de que las decisiones cumplan con las formalidades esenciales y materiales del procedimiento, necesitamos encontrar mecanismos para saber si las decisiones que toman los órganos jurídicos son sustantivamente correctas.

He defendido que la objetividad jurídica procedimental es una instancia de objetividad *mínima*, debido a que las condiciones de legalidad pueden ser explicadas formalmente, con independencia de su contenido; y porque los requisitos de validez jurídica tienen una fuente social (es decir, son *convencionales* y pueden ser modificadas y extinguidas). En cambio, la objetividad jurídica sustantiva es una instancia de objetividad *modesta*, ya que toma en consideración distintos marcos de justificación para orientar y evaluar el contenido del derecho, con base en teorías, evidencia o argumentos extra-jurídicos. Se trata de una

objetividad *modesta* ya que no tiene una pretensión o compromiso metafísico de extender la validez de las decisiones alcanzadas o todo ámbito posible, o de sobreponerse a otras teorías o discursos.

En el capítulo primero descarté la plausibilidad de una objetividad jurídica *fuerte*, simplemente porque he suscrito una posición filosófica anti-metafísica, escéptica, falibilista y pragmática. Sin embargo, no me ocupé de discutir los trabajos de los autores que defienden un objetivismo fuerte en el derecho —en especial Michael Moore y David O. Brink—; y ciertamente tampoco ofrecí argumento alguno para demostrar que sus conclusiones están equivocadas. En este apartado quiero dedicar algunas líneas críticas sobre la plausibilidad de sus proyectos.

Como señalé anteriormente, el realismo metafísico es la posición que afirma, primero, que existen cosas u objetos independientemente de lo que pensemos de ellas, y, segundo, que nosotros podemos tener acceso al conocimiento de cómo son las cosas en realidad. Por otro lado, el realismo semántico es la posición que afirma, primero, que el significado de una oración está dado por las condiciones de verdad de las cosas, y, segundo, que tales condiciones de verdad son trascendentes (a la cultura y convenciones sociales). Bajo estas premisas, el objetivismo fuerte afirma la existencia de hechos (naturales, morales, jurídicos) que son independientes de la mente humana, y cuya verdad o corrección está determinada por las propiedades de las cosas. De allí que exista una clara diferencia entre “lo que es verdadero o correcto” y “lo que me parece verdadero o correcto”.

Esta concepción de objetividad fuerte es muy conocida en el ámbito de la ciencia, aunque ciertamente —como también he mencionado— hay científicos que conciben su labor desde la perspectiva de un objetivismo más débil. En el ámbito del derecho, en particular, las posiciones realistas han impulsado un objetivismo fuerte en la medida en que suponen, primero, la existencia de hechos jurídicos independientes de nuestras creencias; y, segundo, que abogados y jueces pueden tener acceso al conocimiento de estos hechos y sus propiedades. La objetividad fuerte en el derecho ha sido asociada a la teoría del derecho natural y, más recientemente, al trabajo de Michael Moore y David Brink.

Como advierten Coleman y Leiter, el gran problema con el objetivismo fuerte es la cuestión del “acceso epistémico”; es decir, el problema de demostrar que uno puede acceder a un conocimiento de los hechos tal como son, de manera objetiva. Si los hechos del mundo, en general, y los hechos jurídicos, en particular, son como son con independencia de nuestras creencias, ¿cómo podemos estar seguros de que realmente tenemos un verdadero conocimiento de ellos?

Como he señalado en las conclusiones del primer capítulo, no resulta conveniente comprometer esta investigación con un concepto fuerte, realista y dogmático de objetividad. Esto se debe a que el derecho es un fenómeno social complejo, de normas provisionales y cambiantes, creadas artificialmente por grupos sociales, los cuales reflejan en las leyes sus convicciones y circunstancias históricas, culturales, económicas, políticas, morales, geográficas, climáticas, y así sucesivamente.

CONCLUSIONES FINALES

En esta investigación he ofrecido un análisis sobre la objetividad jurídica a partir de dos enfoques, uno procedimental y uno sustantivo. En el capítulo primero expliqué los diversos conceptos de objetividad que podemos encontrar en diversas disciplinas, así como también distinguí varios niveles y grados de objetividad. Como conclusiones centrales de este análisis en el primer capítulo, me interesa destacar las siguientes:

1.1. Que hay distintos conceptos de objetividad. No es lo mismo hablar de la objetividad de la naturaleza (un conjunto de objetos con una realidad independiente del ser humano), que la objetividad del conocimiento (el que podamos acceder a los objetos como son realmente, utilizando un método) o la objetividad de los enunciados con los que describimos la naturaleza. Nuestros enunciados y juicios pueden ser objetivos/subjetivos en distintos niveles de lenguaje (semántico, metafísico y discursivo). Además, la objetividad puede ser concebida como un concepto gradual, del que podemos distinguir varios grados o alcances (fuerte, mínima, modesta).

1.2. No todos los conceptos de objetividad suscriben un realismo metafísico. Desde un punto de vista epistemológico, hay conceptos de objetividad menos pretenciosos, basados en una mera convención (objetividad mínima) o en un esquema de justificación (objetividad modesta). En la filosofía, en la ciencia y, desde luego, en el derecho, se han defendido conceptos de objetividad anti-realistas, que dependen de resultados falibles generados por una comunidad.

1.3. No todo concepto de objetividad está ligado con una noción de verdad —y mucho menos, con una noción de verdad necesaria—. Algunos conceptos de objetividad se relacionan sencillamente con las condiciones de aseverabilidad, o marcos de justificación, que dan un valor veritativo a ciertas proposiciones o juicios (objetividad

discursiva); o bien, con el método empleado para arribar a un resultado (objetividad procedimental).

1.4. La objetividad jurídica no necesariamente tiene que estar relacionada con una posición epistemológica realista o metafísica. Como han argumentado varios teóricos, es posible rechazar una concepción fuerte de objetividad jurídica y al mismo tiempo defender una versión mínima o modesta de objetividad en el derecho.

1.5. No resulta conveniente comprometer esta investigación con un concepto fuerte, realista y dogmático de objetividad. Esto se debe a que el derecho es un fenómeno social complejo, de normas provisionales y cambiantes, creadas artificialmente por grupos sociales, los cuales reflejan en las leyes sus convicciones y circunstancias históricas, culturales, económicas, políticas, morales, geográficas, climáticas, y así sucesivamente.

En el capítulo segundo defendí un concepto de objetividad procedimental, con base en una teoría dinámica del derecho. En síntesis, mi argumento sostiene que el derecho tiene una naturaleza esencialmente procedimental, ya que su función central consiste en establecer reglas, instituciones y otros mecanismos para dirigir la conducta, sancionar el incumplimiento de normas, tomar decisiones públicas y buscar resultados comunes, entre otros objetivos sociales. Las conclusiones más importantes del capítulo son las siguientes:

2.1. Los sistemas jurídicos tienen las funciones normativas de dirigir y evaluar la conducta. En esa medida, el derecho es un instrumento social para instituir patrones de comportamiento recíprocamente exigibles, mismos que pueden ser tomados por los ciudadanos y los oficiales como razones jurídicas para actuar (fundamentos de acción), o como razones jurídicas para criticar la conducta de los demás (fundamentos de crítica).

2.2. Los sistemas jurídicos desempeñan funciones sociales primarias, como son el promover conductas deseables; establecer condiciones de interacción, reglas para acceder a servicios básicos y distribución de bienes, y mecanismos para resolver disputas. Y funciones sociales secundarias, esto es: reglas para crear y modificar el derecho, así como reglas para dirigir (controlar, corregir y sancionar) a los órganos aplicadores del derecho.

2.3. El desempeño de las funciones normativas y sociales del derecho contribuye a que los individuos en general tengan *certeza*, en cuanto a las expectativas de comportamiento recíproco, y *seguridad*, en cuanto al hecho de que el cumplimiento de las reglas es inexorable.

2.4. Para explicar la naturaleza dinámica del derecho —en cuanto a sus múltiples procesos de producción, reforma y anulación— es muy útil contar con una teoría de la norma jurídica simple. Esta teoría permite explicar los diversos significados normativos; los procesos de producción y aplicación de normas jurídicas, en función de los requisitos formales y materiales de validez jurídica.

2.5. A diferencia de Fuller o Raz, que conciben al *estado de derecho* como un ideario de principios o valores abstractos, desde mi enfoque procedimental el *estado de derecho* se materializa a través de las reglas y procedimientos concretos —las «condiciones de legalidad»— que definen los requisitos formales y materiales de validez que cada sistema exige para reconocer la juridicidad de las normas, decisiones y actos realizados por los órganos del derecho (en especial, aquellos realizados por las autoridades).

2.6. Desde una perspectiva dinámica, los sistemas jurídicos pueden estatuir mecanismos procedimentales para controlar el ejercicio del derecho. El buen ejercicio del derecho no se alcanza, por arte de magia, con los principios de la moral interna, como sugiere Fuller. Más bien, se puede alcanzar con instituciones y procedimientos eficaces para

vigilar, revisar, corregir y sancionar a los órganos del derecho cuando actúan de manera negligente, o cuando cometen actos de corrupción y abuso de poder.

En el capítulo tercero presenté una defensa de la objetividad jurídica en un sentido sustantivo. Expliqué que una objetividad jurídica procedimental podría ser insuficiente para saber si las decisiones (formal y materialmente válidas) de las autoridades son, al mismo tiempo, moralmente correctas o socialmente valiosas. En efecto, en aquellos casos que involucran dilemas de moralidad y justicia (p. ej., aborto, eutanasia y matrimonio igualitario), es posible que los procedimientos no puedan orientarnos sobre las «respuestas correctas». En tal situación, argumenté que los órganos jurídicos —si están facultados para ello— podrían apoyarse en esquemas de justificación externos al derecho, apelando a hechos o valores morales, políticos, económicos, tecnológicos, históricos, geográficos, entre otros, para orientar el sentido de sus decisiones. Estos otros universos y fuentes de moralidad podrían desempeñar un papel relevante en la justificación y determinación del contenido del derecho. Sin embargo, para poder incorporar esas consideraciones externas se necesita una fuente social que realice la determinación, de acuerdo con un procedimiento institucional. Resumo las conclusiones del capítulo en los siguientes puntos:

3.1. Mi estudio sobre la objetividad jurídica ha retomado la distinción entre «jurisprudencia descriptiva» y una «jurisprudencia normativa» para proponer un análisis sobre la objetividad en el derecho en una doble dimensión: una procedimental y otra sustantiva.

3.2. Se ha demostrado que la tesis del «voluntarismo jurídico», comúnmente atribuida a la corriente del iuspositivismo, es falsa. Dicha tesis consiste en asumir que el derecho puede ser *cualquier cosa* que quiera una autoridad formal del sistema, si está debidamente facultada y ha seguido el procedimiento legal establecido para la creación (aplicación, interpretación o adjudicación) del derecho. Sin embargo, los sistemas jurídicos no pueden tener cualquier contenido, debido a que guardan una relación de dependencia

con respecto a hechos básicos de la naturaleza y la moral (en su más amplia diversidad). De igual modo, en la realidad particular de cada sociedad, existen hechos contingentes de carácter histórico, político, económico, geográfico, climático, ecológico, etcétera, que pueden tener un papel relevante en la determinación del contenido del derecho.

3.3. He aclarado el significado metodológico de la «tesis de la separabilidad conceptual entre el derecho y la moral», con el fin de distinguir al derecho positivo frente a otros fenómenos sociales (como la moral y la costumbre). De tal modo, expliqué que el derecho y la moral son universos normativos distintos e independientes.

3.4. Existen múltiples relaciones (necesarias y contingentes) entre el derecho y la moral. Para aclarar las posibles relaciones entre ambos fenómenos normativos, expliqué que existen diversos conceptos de moral (personal, social, crítica) y distintas fuentes de moralidad (costumbre, religión, derecho, ciencia, razón, neurobiología), lo que da lugar a diferentes formas de evaluación y razonamiento moral. De allí que se establezcan múltiples conexiones entre los distintos universos de moralidad y el derecho, las cuales pueden incidir en la creación, aplicación, interpretación y adjudicación del derecho.

3.5. Todo sistema jurídico está condicionado ontológicamente por la naturaleza del mundo y del ser humano. En el mundo hay ciertos hechos físicos y biológicos —la disposición natural hacia el placer y el dolor, el instinto de conservación, la escasez de recursos— que fundamentan la conducta moral de los individuos, y explican, eventualmente, el establecimiento de reglas sociales con un propósito común de cooperación y supervivencia. Por lo tanto, el contenido mínimo de la moral y del derecho se encuentra en una relación de necesidad natural con respecto a los hechos del mundo.

3.6. Además de las circunstancias naturales (físicas, biológicas, climáticas y geográficas) que condicionan ontológicamente el contenido del derecho, también es importante

destacar el papel de las circunstancias sociales (históricas, económicas, religiosas, políticas y culturales) en el proceso de determinación del contenido del derecho. En efecto, en muchos casos la objetividad jurídica sustantiva depende de saberes extra-jurídicos, de conocimientos estándares y criterios de moralidad establecidos por otras disciplinas. La determinación del derecho no se lleva a cabo solamente con un examen racional o con un razonamiento moral. El universo normativo del derecho no está aislado, sino que se encuentra en diálogo permanente con otras fuentes y universos de moralidad.

3.7. Expliqué la diferencia entre condicionamiento y determinación. Mientras una condición establece un marco de posibilidades, un determinante selecciona algunas de las alternativas posibles. Quienes tienen la potestad legal de determinar el contenido del derecho son los órganos públicos y privados del derecho. Por ello, para establecer la objetividad de sus decisiones, es preciso revisar que su trabajo de determinar del contenido del derecho cumpla los requisitos formales y materiales de validez jurídica.

3.8. Los sistemas jurídicos tienen una función elemental de dirigir la conducta de los individuos. Sin embargo, con independencia de su eficacia instrumental, los sistemas de derecho pueden perseguir una gran variedad de metas y objetivos concretos, así como comprometerse con ideales y valores abstractos. Una de esas «morales externas» es la ética del liberalismo, que se basa en una concepción de la persona moral para promover contenidos sustantivos de derecho. Con base en esta ética liberal se pueden resolver objetivamente problemas sustantivos de moralidad y justicia. Sin embargo, tal ética liberal es relativa a las sociedades democráticas, por lo que la objetividad jurídica sólo se puede entender en un nivel modesto.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, “On Values. Universal or Relative”, *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 9, núm. 4, December 1996, pp. 321-330.
- AARNIO, Aulis, “The Formal Validity, Efficacy, and Acceptability of Legal Norms”, en Aarnio, Aulis, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Dordrecht, Springer, 2011, 125-131.
- ALEXANDER, Larry, “Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 115-131.
- ALEXANDER, Larry, “The Objectivity of Morality, Rules and Law: A Conceptual Map”, *Alabama Law Review*, Estados Unidos, vol. 65, núm. 2, 2013, pp. 501-517.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, 98 p.
- ALEXY, Robert, “Law, Morality and the Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 25, núm. 1, 2012, pp. 2-14.
- ALEXY, Robert, *The Argument from Injustice*, trad. de Bonnie L. Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, 2002, 142 p.
- ALLAN, James, “Truth’s Empire —A Reply to Ronald Dworkin’s ‘Objectivity and Truth: You Better Believe It’”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Australia, núm. 26, 2001, pp. 61-91.
- ARDILA, Rubén, “Filogénesis y ontogénesis de la moral”, *Revista de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*, Colombia, suplemento 38, 2014, pp. 205-215.
- AUDI, Robert, *Moral Perception*, Princeton, Princeton University Press / Soochow University, 2013, 180 p.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined; and The Uses of the Study of Jurisprudence*, con una introducción de H. L. A. Hart, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998, 396 p.
- AXTELL, Guy, *Objectivity*, Cambridge, UK, Polity Press, 2016.

- BBC, “Brazil City proposes ban on death”, *BBC News*, Estados Unidos, 14 de diciembre de 2005. Disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4527868.stm> [consultado el 20 septiembre de 2020].
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener, Batoche Books, 2000, 248 p.
- BERGER, Peter L. & Luckman, Thomas, *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu, 1995, 233 p.
- BERNAL GÓMEZ, Beatriz, *Historia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, 219 p.
- BERNSTEIN, Richard J., *El giro pragmático*, trad. de Pablo Lazo Briones, Barcelona, Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2013, 283 p.
- BIX, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, 300 pp.
- BIX, Brian H., “Global Error and Legal Truth”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Inglaterra, vol. 29, núm. 3, 2009, pp. 535-547.
- BIX, Brian H., “Kelsen, Hart and Legal Normativity”, *Revus; Journal for Constitutional and Philosophy of Law*, Eslovenia, 2017, pp. 1-17. Disponible en: <http://revus.revues.org/3984>
- BIX, Brian H., “Michael Moore’s Realist Approach to Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Estados Unidos, vol. 140, núm. 4, 1992, pp 1293-1331.
- BIX, Brian H., “Reglas y normatividad en el derecho”, trad. de Diego Dei Vecchi, en Bix, Brian H., *Obligación y significado; Derecho, lenguaje y normatividad*, México, Fontamara, 2015, pp. 101-139.
- BLACKBURN, Simon, *A Truth. A Guide*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 238 p.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 7a ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2001, 113 p.

- BOBBIO, Norberto, “Estructura y función en la teoría del derecho de Kelsen”, en Bobbio, N., *Contribuciones a la teoría del derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres, 1980, pp. 241-262.
- BOBBITT, Philip, “What it Means to Follow a Rule of Law”, en Patterson, D. (ed.), *Wittgenstein and Law*, Aldershot, Ashgate, 2004, 475 p.
- BOLAÑOS, Bernardo, “La sociología del conocimiento y el problema de la objetividad en el derecho”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, núm. 10, abril, 1999.
- BONE, Robert G., “Making Effective Rules: The Need for Procedure Theory”, *Oklahoma Law Review*, Estados Unidos, vol. 61, núm. 2, 2008, pp. 319-340.
- BONORINO, Pablo Raúl, *Objetividad y verdad en el derecho; variaciones sobre un tema de Dworkin*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 217 p.
- BRINK, David O., “Legal Interpretation, Objectivity, and Morality”, en Leiter, B., *Objectivity in Law and Morals*, New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 12-65.
- BROZEK, Bartosz, “Law and Defeasibility: a few comments on *The Logic of Legal Requirements* (Oxford 2012)”, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Eslovenia, núm. 23, 2014, pp. 165-170. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/3110>
- BULYGIN, Eugenio, “Sobre el problema de la objetividad del derecho”, en Cardinaux, Nancy (ed.), *Las razones de la producción del derecho; Argumentación constitucional parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2006, pp. 39-49.
- BURGE, Tyler, *Origins of Objectivity*, Oxford, Clarendon Press, 2010, 624 p.
- BURGE, Tyler, “Perceptual Objectivity”, *Philosophical Review*, Estados Unidos, vol. 118, núm. 3, 2009, 285-324.
- BUSTAMANTE, Thomas, “The Rule of Law and the Government’s Role in Our Lives”, *JOTWELL. The Journal of Things We Like (Lots)*, Estados Unidos, 15 de enero, 2020. Disponible en: <https://juris.jotwell.com/the-rule-of-law-and-the-governments-role-in-our-lives/>

- CÁCERES NIETO, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, 287 p.
- CÁCERES NIETO, Enrique, “Dispraxis jurídica; modelos mentales y constructivismo jurídico complejo”, en Cano Valle, Fernando; Campos Campos, Alberto; Cáceres Nieto, Enrique *et al.* (coords.), *Dispraxis*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, 334 p., pp. 191-212.
- CÁCERES NIETO, Enrique, *¿Qué es el derecho? Lenguaje y derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016, 109 p.
- CÁCERES NIETO, Enrique, “The Golden Standard of Concepts with Necessary Conditions and the Concept of Law”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, núm. 6, 2012, pp. 39-50.
- CALSAMIGLIA, Albert, “En defensa de Kelsen” (Documento de Trabajo), Universitat Pompeu Fabra, *Working Paper*, núm. 129, 1997.
- CANO VALLE, Fernando; Campos Campos, Alberto; Cáceres Nieto, Enrique *et al.* (coords.), *Dispraxis*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, 334 p.
- CARNAP, Rudolf, “El carácter metodológico de los conceptos teóricos”, en Olivé, León y Pérez Ransanz, Ana Rosa (comps.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, México, Siglo XXI, 1989, pp. 70-115.
- CSERNE, Peter, “Objectivity and the Law’s Assumptions about Human Behaviour”, en Husa, Jaakko (ed.), *Objectivity in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- COLEMAN, Jules y LEITER, Brian, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- COPELSTON, F., *Historia de la filosofía 1: Grecia y Roma*, México, Ariel, 1987, pp. 436-439.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkl”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, España, núm. 17, 2014, pp. 167-202.
- CHING, Kenneth K., “Methodological versus Naturalistic Legal Objectivity”, *Saint Louis University Law Journal*, Estados Unidos, vol. 57, 2012, pp. 59-99.

- CHURCHLAND, Patricia S., *Braintrust; What Neuroscience Tells Us about Morality*, Princeton, Princeton University Press, 2011, 273 p.
- CHURCHLAND, Patricia S., *Conscience; The Origins of Moral Intuition*, New York, W. W. Norton & Company, 2019, 226 p.
- DAILY MAIL, “From a town in Spain where cemetery is full to a Norwegian city where bodies don’t decompose: The places around the world where dying has been banned”, *Daily Mail*, Reino Unido, 7 de agosto de 2018. Disponible en https://www.dailymail.co.uk/travel/travel_news/article-6019681/The-places-world-dying-BANNED.html [consultado el 24 de julio de 2021].
- DE WAAL, Frans, *Primates y filósofos; la evolución de la moral del simio al hombre*, trad. de Vanesa Casanova Fernández, Barcelona, Paidós, 2007, 256 p.
- DEVINS, Caryn; KOPPLE, Roger; KAUFFMAN, Stuart y FELIN, Teppo, “Against Design”, *Arizona State Law Journal*, Estados Unidos, vol. 47, núm. 3, otoño, 2015, pp. 609-681.
- DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, 139 p.
- DICKSON, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega Gómez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, 191 p.
- DUARTE D’ALMEIDA, Luís, “In Canonical Form: Kelsen’s Doctrine of the ‘Complete’ Legal Norm”, en Duarte d’Almeida, Luís, John Gardner & Leslie Green (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 259-282.
- DWORKIN, Ronald M., “Darwin’s New Bulldog”, *Harvard Law Review*, Estados Unidos, vol. 111, 1998, pp. 1718-1738.
- DWORKIN, Ronald M., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2011, 506 p.
- DWORKIN, Ronald M., *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2006, 308 p.
- DWORKIN, Ronald M., “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, trad. de Imer B. Flores, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 7, julio-diciembre, 2002, pp. 3-52.

- DWORKIN, Ronald M., *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 1986, 470 p.
- DWORKIN, Ronald M., *Life's dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Vintage, 1994, 273 p.
- DWORKIN, Ronald M., "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", *Philosophy & Public Affairs*, Inglaterra, vol. 25, núm. 25, primavera, 1996, pp. 87-139.
- DWORKIN, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, 371 p.
- EDMUNDSON, William A., "Politics in a State of Nature", *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 26, núm. 2, 2013, pp. 149-186.
- EL FINANCIERO, "Alcalde de Sononusco, Veracruz, prohíbe morirse de COVID-19 en ese municipio", *El Financiero*, México, 04 de mayo de 2020. <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/alcalde-de-sononusco-veracruz-prohibe-morirse-de-covid-19-en-ese-municipio> [consultado el 20 de septiembre de 2020].
- ENDICOTT, Timothy A. O., *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, con la colaboración de Enrique Rodríguez Trujano e Imer B. Flores, Madrid, Editorial Dykinson, 2006, 303 p.
- ETCHEVERRY, Juan B., "Discrecionalidad judicial", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, vol. 2, pp. 1389-1418.
- FAGELSON, David, "Justice as Integrity: Objectivity and Social Meaning in Legal Theory", *Social and Legal Studies. An International Journal*, Inglaterra, vol. 11, núm. 4, December, 2002.
- FEYERABEND, Paul K., "Problemas del empirismo", en Olivé, León y Pérez Ransanz, Ana Rosa (comps.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, México, Siglo XXI, 1989, pp. 279-311.
- FEYERABEND, Paul K., *Tratado contra el método: esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, trad. de Diego Ribes, Madrid, Tecnos, 1981, 319 p.

- FISS, Owen, *El derecho como razón pública*, trad. de Esteban Restrepo Saldarriaga, Madrid, Marcial Pons, 2007, 331 p.
- FISS, Owen M., “Objectivity and Interpretation”, *Stanford Law Review*, Estados Unidos, vol. 34, núm. 4, 1982.
- FLORES, Imer B. “¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del Derecho”, en Cáceres, E. *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 173-194.
- FLORES, Imer B., “Law as an Artifact”, *Social Science Research Network*, Países Bajos, March 31, 2019. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3363388>
- FRANKFURT, Harry G., *On Bullshit*, Princeton, Princeton University Press, 2005, 67p.
- FRANKFURT, Harry G., *On Truth*, New York, Alfred A. Knopf, 2006, 101 p.
- FULLER, Lon L., *Anatomía del derecho*, trad. de Luis Castro, Caracas, Monte Ávila, 1969, 210 p.
- FULLER, Lon L., *Anatomy of the Law*, New York, The New York American Library, 1969, 192 p.
- FULLER, Lon L., “Human interaction and the law”, *The American Journal of Jurisprudence*, Estados Unidos, vol. 14, núm. 1, 1969, pp. 1–36
- FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, 221 p.
- FULLER, Lon L., *The Morality of Law* (rev. ed.), New Haven and London, Yale University Press, 1969, 262 p.
- FULLER, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Estados Unidos, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-672.
- GARCÍA CAMPOS, Jonatan y VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, Ricardo, *Nuevas perspectivas en epistemología contemporánea*, México, Trillas, 2013, 197 p.
- GARDNER, John, “Hart on Legality, Justice, and Morality”, en Gardner, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 221-237.
- GARDNER, John, “Legal Positivism: 5½ Myths”, en Gardner, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 19-53.
- GARNER, Richard, “Abolishing Morality”, *Ethical Theory Moral Practice*, núm. 10, 2007, pp. 499-513.

- GAUKROGER, Stephen, *Objectivity. A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press, 2012, pp. 1-12.
- GÓMORA JUÁREZ, Sandra, *Análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 249 p.
- GOORDEN, Dean, “Dworkin and Phenomenology of the ‘Pre-Legal?’”, *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 25, núm. 3, 2012, p. 394-408.
- GREEN, Leslie “Positivism and Conventionalism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Canadá, núm. 12.1, 1999, pp. 35-52.
- GREEN, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, Estados Unidos, vol. 83, 2008, pp. 1035-1058.
- GREEN, Leslie, “The Functions of Law”, *Cogito*, Inglaterra, vol. 12, núm. 2, 1998, pp. 117-124.
- GREEN, Leslie, “The germ of justice”, *University of Oxford Legal Research Paper Series*, Inglaterra, núm. 60, 2010, pp. 1-20. <http://ssrn.com/abstract=1703008>
- GREENAWALT, Kent, *Law and Objectivity*, New York, Oxford University Press, 1992, 288 p.
- GREENBERG, Mark, “How Facts Make Law”, en Hershovitz, Scott (ed.), *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 225-264.
- GREENBERG, Mark, “The Moral Impact Theory of Law”, *The Yale Law Journal*, Estados Unidos, vol. 123, núm. 5, 2014, pp. 1288-1342.
- HAACK, Susan, *Defending Science within Reason; Between Scientism and Cynism*, New York, Prometheus Books, 2007, 411 p.
- HAACK, Susan, “Esperando una respuesta: el desordenado proceso de buscar la verdad”, *Cuadernos de Neuropsicología*, Chile, vol. 3, núm. 1, 2009, p. 12-23.
- HAGE, Japp, “Can Legal Theory Be Objective?”, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper*, Países Bajos, núm. 36, 2011, 36 p.
- HAIDT, Jonathan D., *Moral Judgement, Affect, and Culture; or Is It Wrong to Eat your Dog?* (Tesis de Doctorado), Pennsylvania, University of Pennsylvania, 1992, 68 p.

- Haidt, Jonathan, “The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment”, *Psychological Review*, Estados Unidos, vol. 108, núm. 4, 2001, pp. 814-834.
- Harris, Sam, *The Moral Landscape; How Can Science Can determine Human Values*, New York, Free Press, 2010, 291 p.
- Hart, H. L. A., “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, en Dworkin, R. M., (comp.) *La filosofía del derecho*, trad. de Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 35-74.
- Hart, H. L. A., “Obligación jurídica y obligación moral”, trad. de Javier Esquivel y Alfonso Ortiz, *Cuadernos de Crítica* (UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas), México, núm. 3, 1977.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, 315 p.
- Hart, H. L. A., “Una visita a Kelsen”, trad. de Javier Esquivel, *Cuadernos de Crítica* (UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas), México, núm. 4, 1977.
- Heidegger, Martin, *Introducción a la metafísica*, trad. de Angela Ackermann Pilári, Barcelona, Gedisa, 1993, 189 p.
- Hempel, Carl G., “El dilema del teórico: un estudio sobre la lógica de la construcción de teorías”, en Olivé, León y Pérez Ransanz, Ana Rosa (comps.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, México, Siglo XXI, 1989, pp. 145-215.
- Hempel, Carl G., “El significado de los términos teóricos: una crítica de la concepción empirista estándar”, en Olivé, León y Pérez Ransanz, Ana Rosa (comps.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, México, Siglo XXI, 1989, pp. 439-453.
- Heráclito, *Fragmentos*, Madrid, Aguilar, 1977, 158 p.
- Himma, Kenneth E., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, J. & Shapiro, S. (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Himma, Kenneth E., “Immodesty in Dworkin’s ‘Third’ Theory: Modes Conceptual Analysis, Immodest Conceptual Analysis, and the Lines Dividing Conceptual and Other Kinds of Theory of Law”, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2465170>

- HIMMA, Kenneth E., “Positivism jurídico incluyente”, trad. de Pedro A. Villarreal Lizárraga, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, núm. 8, enero-diciembre, 2014, pp. 353-430.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, trad. de Antonio Escotado, Madrid, Editora Nacional, 1979, 743 p.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 215 p.
- HUERTA OCHOA, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, vol. XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre, 2003, pp. 927-950.
- HUERTA OCHOA, Carla, “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 1, 2007, pp. 267-304.
- HUME, David, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, edited by Eric Steinberg, 2nd ed., Indianapolis, Hackett 1993, 142 p.
- INVERNIZZI-ACCETTI, Carlo, “The Temporality of Normativity: Hans Kelsen’s overcoming of the Problem of the Foundation for Legal Validity”, *Philosophy and Social Criticism*, Estados Unidos, vol. 42, núm. 1, 2016, pp. 25-43.
- INWAGEN, Peter van, y SULLIVAN, Meghan, “Metaphysics”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2020 Edition), URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/metaphysics/>
- JOVANOVIĆ, Miodrag, “Is Legal Positivism Tenable Beyond Moral Relativism?”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, núm. 9, 2015, pp. 193-251.
- JOYCE, Richard, *The Myth of Morality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 249 p.
- JOYCE, Richard, *Essays in Moral Skepticism*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 288 p.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de metafísica de las costumbres*, 7ª. ed., trad. de Manuel García-Morente, Madrid, Espasa Calpe, 1981.
- KELSEN, Hans, *Autobiografía*, ed. por Matthias Jestaedt, trad. Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

- KELSEN, Hans, “Derecho y Lógica”, trad. de Ulises Schmill Ordoñez y Jorge Castro Valle, *Cuadernos de Crítica* (UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas), México, núm. 6, 1978.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1945.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Norms*, trad. de Michael Hartney, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, traducción de la segunda edición (revisada y aumentada) en alemán por Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1967.
- KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law* (2nd ed.), trad. de Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2002, 356 p.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, 89 p.
- KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, trad. Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 1994, 392 p.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949, 477 p.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, 364 p.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducido del original en alemán por Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg, Argentina, Colihue, 2011, 373 p.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, trad. de la primera edición de *Reine Rechtslehre* (1934) a cargo de Gregorio Robles y Feliz F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, 150 p.
- KRAMER, Matthew H., “Is Law’s Conventionality Consistent with Law’s Objectivity?”, *Res Publica*, Inglaterra, vol. 14, núm. 4, 2008, pp. 241-252.
- KRAMER, Matthew H., *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 301 p.

- KRIPKE, Saul, *El nombrar y la necesidad*, trad. de Margarita Valdés, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, 173 p.
- KRIPKE, Saul, *Wittgenstein: Reglas y lenguaje privado*, trad. de Alejandro Tomasini Bassols, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- KORSGAARD, Christine, “Skepticism about Practical Reason”, en Korsgaard, Christine, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 311–334.
- KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele, “La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 55, núm. 244, 2005, 243-250.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- LEITER, Brian, “Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches”, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, Estados Unidos, núm. 246, 2008.
- LEITER, Brian (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, New York, Cambridge University Press, 2001, 354 p.
- LEITER, Brian, “Objectivity, Morality, and Adjudication”, en Leiter, B., *Objectivity in Law and Morals*, New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 66-98.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Sergio Albano, Buenos Aires, Gradifco, 2007.
- LONG, Anthony A., *La filosofía helenística*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1977, pp. 81-110.
- LOPEZ-LORENZO, Miguel José, “Moralized Conventions in Law”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 10, 2016, pp. 111-134.
- LONGINO, Helen, *Science as Social Knowledge. Values and Objectivity in Scientific Inquiry*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- MACCORMICK, Neil, “Norms, Institutions and Institutional Facts”, *Law and Philosophy*, Países Bajos, vol. 17, núm. 31998, pp. 301-345.
- MACCORMICK, Neil, “Razonabilidad y Objetividad”, *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, núm. 45, 2000, pp. 399-436.

- MACKIE, John, *Inventing Right and Wrong*, New York, Penguin, 1977, 249 p.
- MARCHETTONI, Leonardo, "Objectivity and Law" (Documento de Trabajo), disponible en: https://www.academia.edu/33584163/Objectivity_and_Law
- MARMOR, Andrei, "An Essay on the Objectivity of Law", en Bix, Brian (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 3-32.
- MARMOR, Andrei, "Deep Conventions", *Philosophy and Phenomenological Research*, Estados Unidos, vol. 74, núm. 3, mayo, 2007, pp. 586-610.
- MARMOR, Andrei, "Four Questions about the Objectivity of Law", en Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, 188 pp.
- MARMOR, Andrei, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, Inglaterra, vol. 26, núm. 4, 2006, pp. 683-704.
- MARMOR, Andrei, "Exclusive Legal Positivism", en Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 188 p., pp. 275-296.
- MARMOR, Andrei, "Three Concepts of Objectivity", en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- MARMOR, Andrei, "Three Concepts of Objectivity", en Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, 188 pp.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del Derecho*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2008, 169 p.
- MATURANA, Humberto, *La objetividad; un argumento para obligar*, Santiago de Chile, Dolmen, 1997, 149 p.
- MATURANA, Humberto, *La realidad: ¿objetiva o construida?; I. Fundamentos biológicos de la realidad*, Barcelona, Anthropos / Universidad Iberoamericana / ITESO, 1995, 161 p.
- MATURANA, Humberto, *La realidad: ¿objetiva o construida?; II. Fundamentos biológicos del conocimiento*, Barcelona, Anthropos / Universidad Iberoamericana / ITESO, 1997, 286 p.
- MAYER, Heinz, "Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 55, núm. 244, 2005, pp. 259-263.

- MCINERNEY, Thomas Francis, “Justice, Complexity and Effective Governance in the Twenty-First Century”, *Problema; Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, 15, enero-diciembre, 2021, pp. 149-167.
- MELISSARIS, Emmanuel, “The Chronology of the Legal”, *McGill Law Journal*, Canadá, vol. 50, 2005, pp. 839-861.
- MICHELINI, Dorando J., “Dignidad humana en Kant y Habermas”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, Argentina, vol. 12, núm. 1, 2010, pp. 41-49.
- Mineur, Didier, “The Moral Foundation of Law and the Ethos of Liberal Democracies”, *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 25, núm. 2, 2012, pp. 133-48.
- MORANDÍN-AHUERMA, Fabio, “La hipótesis del marcador somático y la neurobiología de las decisiones”, *Escritos de Psicología*, España, vol. 12, núm. 1, enero-junio, 2019, pp. 20-29.
- MORESO, José Juan, “Jeremy Bentham: luces y sombras”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, núm. 47, 2013, pp. 221-248.
- MORESO, José Juan, “Putting Legal Objectivity in its Place”, *Analisi e Diritto*, España, 2004, pp. 243-252.
- MOSTERÍN, Jesús, *Historia de la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 126-134, 257-270.
- MURPHY, Mark C., “Was Hobbes a Legal positivist?”, *Ethics* (University of Chicago), Estados Unidos, vol. 105, núm. 4, 1995, pp- 846-873.
- NETA, Ram, “On the normative significance of brute facts”, Cáceres, E. *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 263-269.
- OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho; la estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de Luis Guerra, Barcelona, Editorial Labor, 1980, 298 p.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 2ª ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1992.
- ORTIZ MILLÁN, Gustavo, “Juicios evaluativos, verdad y objetividad”, *Praxis Filosófica*, Colombia, nueva serie, núm. 36, enero-junio, 2013, pp. 7-27.

- PATTERSON, Dennis, "Alexy on Necessity in Law and Morals", *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 25, núm. 1, 2012, pp. 47-58.
- PATTERSON, Dennis, *Law and Truth*, New York, Oxford University Press, 1996, 189 p.
- PATTERSON, Dennis, "Normativity and Objectivity in Law", *William and Mary Law Review*, Estados Unidos, núm.43, 2001.
- PAVLAKOS, George, "Normativity versus Ontology: Law, Facts and Practical Reason", *Rechtstheorie*, Alemania, vol. 34, núm. 4, 2003, p. 393.
- PAVLAKOS, George, "Two Concepts of Objectivity", en Pavlakos, G., *Law Rights and Discourse; Reflections on Robert Alexy's Legal Philosophy*, Oxford, Hart, 2007, 378 p.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y Fernández García, Eusebio (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales; Tomo I: tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, Madrid, Dykinson, 2003, 874 p.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Fernández García, Eusebio y Asís Roig, Rafael de (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales; Tomo II: siglo XVIII; vol. I: el contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Madrid, Dykinson, 2001, 480 p.
- PETIT, Philip, "Embracing Objectivity in Ethics", en Leiter, B., *Objectivity in Law and Morals*, New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 234-286.
- PINTORE, Anna, *El derecho sin verdad*, trad. de Ma. Isabel Garrido Gómez y José Luis del Hierro, Madrid, Dykinson, 2005, 234 p.
- PORTER, Theodor, "Measurement, Objectivity and Trust", *Measurement; Interdisciplinary Research and Perspectives*, Estados Unidos, vol. 1, núm. 4, pp. 241-255.
- PORTER, Theodor, "On the Virtues and Disadvantages of Quantification for Democratic Life", *Studies in the History and Philosophy of the Sciences*, Inglaterra, vol. 32, núm. 4, pp. 739-747.
- PORTER, Theodor, *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, Princeton, Princeton University Press, 1995, 310 p.
- POPPER, Karl R., *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista*, 4a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, Madrid, Tecnos, 2001, 342 p.

- POSTEMA, Gerald J., "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *The Journal of Legal Studies*, Estados Unidos, vol. 11, núm. 1, 1982, pp. 165-203.
- POSTEMA, Gerald J., "Implicit Law", *Law and Philosophy*, Países Bajos, vol. 13, núm. 3, Special issue on Lon Fuller, 1994, pp. 361-387.
- POSTEMA, Gerald J., "Jurisprudence, the sociable science", *Virginia Law Review*, Estados Unidos, vol. 101, junio, 2015, pp. 869-901.
- POSTEMA, Gerald J., "Legal Positivism: Early Foundations" (Documento de Trabajo), *UNC Legal Studies Research Papers*, núm. 1975470, 2011, 34 p. [Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1975470>]
- POSTEMA, Gerald J., "Objectivity Fit for Law", en Leiter, B. (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 99-143.
- POSTEMA, Gerald J., "Public Practical Reasoning: An Archeology", *Social Philosophy and Policy*, Inglaterra, vol. 12, núm. 1, 1995, pp. 43-86.
- PRIEL, Dan, "Towards Classical Legal Positivism", *Virginia Law Review*, Estados Unidos, vol. 101, pp. 987-1022, 2015.
- PUTNAM, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004, 215 p.
- PUTNAM, Hilary, "El significado de 'significado'", trad. de Jorge Gabriel Flematti Alcalde, *Cuadernos de Crítica* (UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas), México, núm. 28, 1984.
- PUTNAM, Hilary, *Ethics without Ontology*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, 160 p.
- PUTNAM, Hilary, "¿Es posible la semántica?", trad. de Alejandro Tomasini Bassols, *Cuadernos de Crítica* (UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas), México, núm. 21, 1983.
- PUTNAM, Hilary, *El pragmatismo. Un debate abierto*, trad. de Roberto Rosaspini Reynolds, Barcelona, Gedisa, 1999.
- PUTNAM, Hilary, "La objetividad y la distinción ciencia/ética", *Diánoia*, México, año XXXIV, núm. 34, 1988.
- PUTNAM, Hilary, *Las mil caras del realismo*, trad. de M. Vázquez Campos y A. M. Liz Gutiérrez, Barcelona, Paidós, 1994, 162 p.

- PUTNAM, Hilary y Habermas, Jürgen, *Normas y valores*, trad. de Jesús Vega Encabo y Javier Gil Martín, Madrid, Trotta, 2008, 121 p.
- PUTNAM, Hilary, *The Many Faces of Realism*, Chicago, Open Court, 1987, 98 p.
- RADBRUCH, Gustav, “Five Minutes of Legal Philosophy”, trad. de Bonnie Litschewski y Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Inglaterra, vol. 26, núm. 1, 2006, pp. 13-15.
- RADBRUCH, Gustav, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, trad. de Bonnie Litschewski y Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Inglaterra, vol. 26, núm. 1, 2006, pp. 1-11.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2005, 607 p.
- RAWLS, John, “La justicia como imparcialidad”, *Cuadernos de Crítica* (UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas), México, núm. 32, 1984.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 2ª ed., trad. María Dolores Gonzáles, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, 549 p.
- RAWLS, John, *The Law of Peoples; with the idea of public reason revisited*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, 199 p., pp. 78-81.
- RAWLS, John, “Unidad social y bienes primarios”, en Rawls, John, *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, 2ª ed., trad. de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1999, 323 p.
- RAZ, Joseph, “Authority, Law and Morality”, en Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain; Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 380 p., pp. 210-237
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon, 1994, 380 p.
- RAZ, Joseph, “El estado de derecho y su virtud”, en Raz, Joseph, *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, 354 p., pp. 262-285.
- RAZ, Joseph, “Kelsen’s General Theory of Norms”, *Philosophia*, Israel, vol. 6, núm. 3-4, septiembre-diciembre, 1976, pp. 495-504.

- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ediciones Coyoacán, 2011, 354 p.
- RAZ, Joseph, “Notes on Value and Objectivity”, en Leiter, B., *Objectivity in Law and Morals*, New York, Cambridge University Press, 2001, pp. 194-233.
- RAZ, Joseph, “On the Functions of Law”, en Simpson, A. W. B., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 279-304.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, New York, Oxford University Press, 1999, 220 p.
- RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 245 p.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 292 p.
- RAZ, Joseph, “The Law’s Own Virtue”, *King’s College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series*, Inglaterra, Paper núm. 2019-17. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3262030>
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 435 p.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 10a ed., México, Porrúa, 1993, 360 p.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “¿Oficio noble o diabólico?: Las antinomias de la profesión jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. V, núms. 17-18, enero-junio, 1955, pp. 59-95.
- REDONDO, Cristina, “La justificación de decisiones judiciales”, *Isegoría; Revista de Filosofía Moral y Política*, España, núm. 21, 1999, pp. 149-163.
- REISS, Julian y Sprenger, Jan, “Scientific Objectivity”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2017 Edition), Estados Unidos, Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/scientific-objectivity/>>.
- REYES, A., *La filosofía helenística*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 91-98.
- RICHART, Andrés, “El origen evolutivo de la agencia moral y sus implicaciones para la ética”, *Pensamiento*, España, vol. 72, núm. 273, 2016, pp. 849-864.
- RIJPKEMA, Peter, “The Inevitability of Moral Evaluation”, *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 24, núm. 4, 2011, pp. 413-234.

- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El pensamiento jurídico de Hans Kelsen: una lectura crítica de la teoría pura del derecho”, en Botero Bernal, Andrés (coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012 pp. 225-300.
- RODRÍGUEZ-BLANCO, Verónica, “Objectivity in Law”, *Philosophy Compass*, Inglaterra, vol. 5, núm. 3, 2010, 240–249.
- RODRÍGUEZ-BLANCO, Verónica, “The Methodological Problem in Legal Theory: Normative and Descriptive Jurisprudence Revisited”, *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 19, núm. 1, marzo, 2006, pp. 26-54.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Carlos, “Kelsen y el Problema de la Objetividad”, Cáceres, Enrique *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 617-628.
- RODRÍGUEZ TRUJANO, Enrique, “Cuatro modelos de derechos humanos”, *Revista del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM*, México, vol. 2, núm. 2, enero–junio, 2006, pp. 45-60.
- RODRÍGUEZ TRUJANO, Enrique, “Filosofía de los derechos humanos: el ideal de sujeto moderno”, *Prospectiva Jurídica* (UAEM), México, año 5, núm. 10, 2014, pp. 85-103.
- RORTY, Richard, *Objectivity, Relativism, and Truth: Philosophical Papers*, New York, Cambridge University Press, 1991.
- ROSATI, Connie S., “Some Puzzles about the Objectivity of Law”, *Law and Philosophy*, Países Bajos, vol. 23, núm. 3, 2004, pp. 273-323.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, 375 p.
- ROSS, Steven L., “Taking Posner Seriously”, *The Philosophical Forum*, Estados Unidos, vol. 32, núm. 1, 2001, pp. 1-23.
- ROTTLEUTHNER, Hubert, “Foundations of Law”, en Pattaro, Enrico (coord.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Dordercht, The Netherlands, Springer, 2005, vol. 2, 205 p.
- RUNDLE, Kristen, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 209 p.

- RUNDLE, Kristen, "Fuller's Internal Morality of Law", *Philosophy Compass*, Estados Unidos, vol. 11, núm. 9, 2016, pp. 499-506.
- RYLE, Gilbert, *El concepto de lo mental*, trad. de Eduardo Rabossir, Buenos Aires, Paidós, 1967, 284 p., pp. 15-25.
- Sagrada Biblia*, versión directa de las lenguas originales, 54a edición, trad. de Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1991, 1642 p.
- SANTA CRUZ, María Isabel y CORDERO, Néstor L. (comps.), *Tales, Anaximandro, Anaxímenes*, revisión de F. J. Olivieri, Buenos Aires, Biblos, 1980, 59 p.
- SARTRE, Jean-Paul, "La République du Silence" (9 de septiembre de 1944), *Situations*, Paris, III, 1964, pp. 11-14.
- SCHIAVELLO, Aldo, "The Third Theory of Legal Objectivity", disponible en https://www.academia.edu/1044503/The_Third_Theory_of_Legal_Objectivity
- SCHOFIELD, Philip, "Jeremy Bentham's 'Nonsense upon Stilts'", *Utilitas*, Escocia, vol. 15, núm. 1, marzo, 2013, pp. 1-26.
- SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, 472 p.
- SHINER, Roger A., "Law and Morality", en Patterson, Edwin (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 2000, pp. 436-449.
- SIMCHEN, Ori, "Metasemantics and Objectivity", en Cáceres, E. *et al.*, (coords.) *Problemas contemporáneos de la filosofía del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 719-738.
- SIMMONDS, Nigel, *Law as a Moral Idea*, New York, Oxford University Press, 2010, 209 p.
- SINGER, Joseph W., "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, Estados Unidos, vol. 94, núm. 1, 1984, pp. 1-70.
- SPAACK, Torben, "Legal Positivism and the Objectivity of Law", *Analisi e Diritto*, España, 2004, pp. 253-267.
- STAVROPOULOS, Nicos, "Legal Interpretivism", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 10, 2016, pp. 23-61.

- STAVROPOULOS, Nicos, *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 216 p.
- STONE, Martin, “Legal Positivism as an Idea about Morality”, *University of Toronto Journal*, Canadá, vol. 61, núm. 2, 2011, pp. 313-341.
- STONE, Martin, “Positivism as Opposed to What? Law and the Moral Concept of Right”, *Cardozo Legal Studies Research Papers*, Estados Unidos, núm. 290, 2010. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1554500>
- STROUD, Barry, *El escepticismo filosófico y su significación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 9-41.
- TAMANAHA, Brian Z., *A Realistic Theory of Law*, New York, Cambridge University Press, 2017, 202 p.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- TASIOULAS, John, “The Legal Relevance of Ethical Objectivity”, *The American Journal of Jurisprudence*, Estados Unidos, vol. 47, 2002.
- THIBAUT, John, “A Theory of Procedure”, *California Law Review*, Estados Unidos, vol. 66, núm. 3, 1978, pp. 541-566.
- TOMASELLO, Michael, *A Natural History of Human Morality*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, 194 p.
- TWINING, William, “Taking Facts Seriously”, *Journal of Legal Education*, Estados Unidos, vol. 34, núm. 1, marzo, 1984, pp. 22-42.
- TWINING, William, “Taking Facts Seriously –Again”, *Journal of Legal Education*, Estados Unidos, vol. 55, núm. 3, septiembre, 2005, pp. 360-380.
- VATTIMO, Gianni, *Adiós a la verdad*, trad. de María Teresa D’Meza, Barcelona, Gedisa, 2010, 159 p.
- VEGA GÓMEZ, Juan, “Fundamentación y motivación en Dworkin: dos lecturas” (Ponencia), España, Universidad de Girona, 2017, 14 p.
- VEGA GÓMEZ, Juan, “Putting the Sources Thesis in its Place”, *Analisi e Diritto*, España, 2005, pp. 145-153.

- VEGA GÓMEZ, Juan, “The Hart-Fuller Debate”, *Philosophy Compass*, Inglaterra, vol. 9, núm. 1, 2014, pp. 45–53.
- VERNENGO, Roberto, “Los derechos humanos y sus fundamentos éticos”, en Muguerza Carpiñer, Javier *et al.*; Peces-Barba Martínez, Gregorio (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, 346 p. [JC571 F84]
- VERNENGO, Roberto, “Human Rights as Values”, *Rechtstheorie*, Alemania, núm. 13, 2000, pp. 205-217.
- VERNENGO, Roberto, “Legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, España, nueva época, núm. 77, julio-septiembre, 1992, pp. 267-284.
- VERNENGO, Roberto, “Norma jurídica y esquema referencial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año VII, núm. 21, septiembre-diciembre, 1974, pp. 189-198.
- VILLA, Vittorio, *Constructivismo y teorías del derecho*, trad. de Enrique Cáceres Nieto, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 441.
- VILLANUEVA, Enrique (ed.), *Law Metaphysics, Meaning, and Objectivity*, The Hague, Rodopi Philosophical / UNAM, 2007, 335 p.
- VILLANUEVA, Enrique, “Superveniencia, valor y contenido legales”, Cáceres, E. *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 281-288.
- VILLORO, Luis, *Creer, saber, conocer*, 16a ed., México, Siglo Veintiuno, 2004, 310 p.
- WALDRON, Jeremy, “Positivism and Legality: Hart’s Equivocal Response to Fuller”, *New York University Law Review*, Estados Unidos, vol. 83, 2008, pp. 1135-1169.
- WALDRON, Jeremy, “The Irrelevance of Moral Objectivity”, en *Natural Law Theory; Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 158-187.
- WALDRON, Jeremy, “The Rule of Law and the Importance of Procedure”, *New York University School of Law Research Paper*, Estados Unidos, núm. 10-73, 2010.
- WALUCHOW, Wil, *A Common Law Theory of Judicial Review; The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 283 p.

- WALUCHOW, Wil, "A Common Law Theory of Judicial Review", *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, núm. 1, 2007, pp. 117-139.
- WALUCHOW, Wil, "Constitutional Rights and the Possibility of Detached Constructive Interpretation", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 9, 2015, pp. 23-52.
- WALUCHOW, Wil, "Four Concepts of Validity: Reflection on Inclusive and Exclusive Legal Postivism", en Adler, Matt y Himma, Ken (eds.), *The Rule of Recognition and the United States Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 123-144.
- WALUCHOW, Wil, *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, 305 p.
- WHITE, James Boyd, "Law Teacher's Writing", *Michigan Law Review*, Estados Unidos, vol. 91, núm. 8, agosto, 1993, pp. 1970-1976.
- WIGGINS, David, "Objectivity in Ethics; Two Difficulties, Two Responses", *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 18, núm. 1, 2005, pp. 1-26.
- WILSON, K. S., García, S. G., Olavarrieta *et al.*, "Public Opinion on Abortion in Mexico City after the Landmark Reform", *Studies in Family Planning*, Inglaterra, vol. 42, núm. 3, 2011, pp. 175-182.
- WINIKOFF, Beverly y Sheldon, Wendy, "Use of Medicines Changing the Face of Abortion", *International Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, Estados Unidos, vol. 38, núm. 3, 2012, pp. 164-166.
- WINTGENS, Luc J., "Legisprudence as a New Theory of Legislation", *Ratio Juris*, Inglaterra, vol. 19, núm. 1, 2006, pp. 1-25.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 547 p.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Sobre la certeza*, 3ª ed., trad. de Josep Lluís Prades y Vincent Raga, Barcelona, Gedisa, 1995.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Facts in Law", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Alemania, vol. 59, núm. 2, 1973, pp. 161-178.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Justification of legal decisions”, *Revue Internationale de Philosophie*, Bélgica, vol. 33, núm. 127/128, *La Nouvelle Rhétorique, the New Rhetoric: Essais en hommage à Chaïm Perelman*, 1979, pp. 277-293.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Legal decision and its justification”, *Logique & Analyse*, Bélgica, vol. 14, núm. 53-54, 1971, pp. 409-419.

ZAMBRANO, Pilar “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin”, *Persona y Derecho*, España, núm. 56, 2007, pp. 281-326.