

ANÁLISIS DE LA RETROACTIVIDAD

Reflexiones en torno a la nueva Reforma Penal del Estado

Jesús Abraham Martínez Montoya

Pág. 7

FACTICIDAD

y validez:

Teoría del Derecho
de Habermas

Ulises Campbell Manjarrez

Pág. 105

LA ARGUMENTACIÓN

sobre normas (en la Ética
y en el Derecho)

Walter Beller Taboada

Pág. 51

NEOCONSTITUCIONALISMO

y ponderación

Jesús Camarillo Hinojosa

Pág. 117

REFLEXIONES

sobre el realismo jurídico

Rodolfo Gutiérrez Sánchez

Pág. 35

APUNTES

sobre la Teoría Jurídica
de John Finnis

Óscar Dena Romero

Pág. 75

MULTICULTURALISMO

y derechos humanos
en perspectiva iusinternacional

Luis Ernesto Orozco Torres

Pág. 27



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ

Instituto de Ciencias Sociales y Administración

Departamento de Ciencias Jurídicas



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ

Jorge M. Quintana Silveyra
RECTOR

David Ramírez Perea
SECRETARIO GENERAL

Servando Pineda Jaimes
**DIRECTOR GENERAL
DE DIFUSIÓN CULTURAL Y DIVULGACIÓN CIENTÍFICA**

Javier Sánchez Carlos
**DIRECTOR DEL INSTITUTO
DE CIENCIAS SOCIALES Y ADMINISTRACIÓN**

René Soto Cavazos
**JEFE DEL DEPARTAMENTO
DE CIENCIAS JURÍDICAS**



SEMINARIO PERMANENTE
DE LEGISLACIÓN, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

HEURÍSTICA

JURÍDICA

ÓRGANO DE DIFUSIÓN Y ANÁLISIS JURÍDICO, FILOSÓFICO Y SOCIAL
DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

DIRECTOR GENERAL

Óscar Dena Romero

DIRECTOR OPERATIVO

Rodolfo Gutiérrez Sánchez

CONSEJO EDITORIAL

Óscar Dena Romero

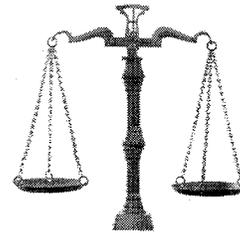
Jorge Alberto Silva Silva

Luis Mauricio Figueroa Gutiérrez

Luis Ernesto Orozco Torres

Jesús Antonio Camarillo Hinojosa

Jesús Abraham Martínez Montoya



COLABORADORES

Jesús Antonio Camarillo Hinojosa

Roberto Vargas Luna

Carlos Gutiérrez Casas

Jorge Alberto Silva Silva

Ulises Campbell Manjarrez

Gilberto Vargas González

Luis Ernesto Orozco Torres

Adrián Ignacio Rodríguez Almeida

Francisco Javier Silva Moreno

José Luis Villegas Navarro

René Soto Cavazos

Jesús Abraham Martínez Montoya

DISEÑO GRÁFICO



TEL. 6 81.86.53

HEURÍSTICA JURÍDICA es una publicación semestral del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez • Redacción: Avenida Universidad y H. Colegio Militar (zona Chamizal) s/n. C.P. 32300 Ciudad Juárez, Chihuahua, México • Tels. (656) 688-38-00, 688-38-13, **688-38-30**, 688-38-56 Correo electrónico: *rsoto@uacj.mx*
Los artículos firmados son responsabilidad **exclusiva de sus autores**. Se autoriza la reproducción total o parcial bajo condición de citar la fuente. Registro en trámite.

Año 1, Número 1, semestre agosto-diciembre de 2010

EDITORIAL

Con las alas desplegadas de la esperanza, surge **Heurística jurídica** para patentizar su presencia en el ámbito de la comunicación dentro del gran sector de la cultura jurídica moderna.

Esta revista nace como resultado de una serie de esfuerzos conjugados, tanto del Departamento de Ciencias Jurídicas como de las Academias y Cuerpos Académicos, para propiciar en el magisterio de sus programas académicos el noble oficio de la comunicación escrita cuya grandeza estriba en compartir con los pares y discípulos lo que el maestro va encontrando en su **BÚSQUEDA** incesante cuando investiga informalmente para la preparación de su cátedra y cuando lo hace formal y sistemáticamente indagando en los terrenos de la ciencia dogmática del derecho, de los estudios legislativos, de la teoría general del derecho y de la filosofía del derecho.

El Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez ha considerado inaplazable el hecho de contar con una revista de publicación semestral que sirva de foro de expresión al acervo de conocimientos que el *magister iuris* va acumulando como fruto de su cotidiana experiencia “catedralicia” frente a grupo.

Además, es otro hecho irrecusable que para avanzar en el perfeccionamiento de su propia docencia, el maestro en Ciencias Jurídicas tiene que incorporarse en forma participativa al escenario del debate jurídico actual. Una forma de hacerlo, por cierto muy acertada, es la de incorporarse al palenque de las grandes discusiones jurídicas a través de la comunicación escrita que deja su presencia permanente en el papel como un testimonio con el que se puede coincidir o discrepar, confrontación ésta que hace posible el avance del pensamiento jurídico.

Es importante puntualizar en estas breves líneas editoriales que **Heurística jurídica** pretende ser un foro de expresión interdisciplinaria, por lo que sus páginas estarán abiertas a colaboradores de otras disciplinas afines, como la filosofía, cuyos cultivadores han hecho acto de presencia importante en los Cuerpos Académicos de Ciencias Jurídicas, lo que ha permitido un encuentro enriquecedor para unos y otros: quienes cultivan la nobilísima ciencia del derecho

y aquellos que van en pos de la suprema sabiduría humana que es la filosofía.

Cabe decir algunas palabras sobre el nombre con que hemos bautizado este esfuerzo editorial y lo cierto es que no se trata de un nombre escogido al azar, sino producto de un análisis minucioso que nos llevó hasta una palabra significativa, pletórica de sentido, que sintetiza cabalmente todo el propósito de esta empresa publicitaria y que es, precisamente, **HEURÍSTICA JURÍDICA**, que no es otra cosa que una búsqueda afanosa, constante, paciente y apasionada de la verdad en todos los órdenes del saber humano, porque, según se ha dicho, la verdad sólo se entrega a los que la buscan. He aquí, pues, el porqué de **HEURÍSTICA JURÍDICA** como órgano de difusión del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.

Finalmente, nos sentimos muy complacidos de poner esta revista semestral a las órdenes de los docentes del Departamento de Ciencias Jurídicas, a los que exhortamos a colaborar en **HEURÍSTICA JURÍDICA** seguros de que nuestra petición tendrá eco en las inquietudes intelectuales de los maestros.

M. C. René Soto Cavazos

JEFE DEL DEPARTAMENTO
DE CIENCIAS JURÍDICAS

CONTENIDO

Editorial	3
Análisis de la retroactividad <i>Reflexiones en torno a la nueva Reforma Penal del Estado</i>	
JESÚS ABRAHAM MARTÍNEZ MONTOYA	7
Multiculturalismo y derechos humanos en perspectiva iusinternacional	
LUIS ERNESTO OROZCO TORRES	27
Reflexiones sobre el realismo jurídico	
RODOLFO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ	35
La argumentación sobre normas (en la Ética y en el Derecho)	
WALTER BELLER TABOADA	51
Apuntes sobre la Teoría Jurídica de John Finnis	
ÓSCAR DENA ROMERO	75
Facticidad y validez: <i>Teoría del Derecho de Habermas</i>	
ULISES CAMPBELL MANJARREZ	105
Neoconstitucionalismo y ponderación	
JESÚS ANTONIO CAMARILLO HINOJOSA	117

ANÁLISIS DE LA RETROACTIVIDAD

Reflexiones en torno a la nueva Reforma Penal del Estado

Jesús Abraham Martínez Montoya*

RETROACTIVIDAD DE LA LEY, NOCIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A la aplicación de una ley a hechos ocurridos antes del inicio de su vigencia, se le llama retroactividad. El tema de la retroactividad de la ley guarda problemas que resultan inquietantes, los cuales se observan con mayor frecuencia cuando se realizan reformas a diversos ordenamientos. Aquí, trataremos de abordar algunos aspectos referidos a dicha aplicación retroactiva de la ley, no sin antes hacer una breve reseña de la mención de dicha figura jurídica en la historia del derecho mexicano, desde la primera constitución republicana de principios del siglo XIX.

Originalmente, la Constitución Mexicana de 1824 establecía de manera explícita la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes. Textualmente decía:

Artículo 148. Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva.

Luego, esta Carta Magna establecía que las leyes vigentes fueran las únicas aplicables. En 1856, durante los trabajos de revisión que habrían de culminar en la Constitución del año siguiente, se abordó el término "retroactividad" con una nutrida discusión de los juristas de la época.

El Lic. Eduardo Ruiz, en su obra *Curso de Derecho Constitucional y Administrativo, de 1888*, hace profundas reflexiones del artículo 14 Constitucional, el cual literalmente decía:

No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Instituto de Ciencias Sociales y Administración. Seminario Permanente de Teoría y Legislación. Ponencia para sesión número 39. Ciudad Juárez, Chih., octubre de 2009.



ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

El citado dispositivo estaba redactado en el proyecto original, en su artículo 4º, de la forma que sigue:

No se podrá expedir ninguna ley retroactiva, ex post facto, o que altere la naturaleza de los contratos.

Comenta el catedrático de la Escuela Nacional de Jurisprudencia que fueron varios los oradores que atacaron el contenido de este artículo; algunos, por la redacción latina pidiendo que se redactara en castellano y, en su lugar, se colocara "a toda clase de leyes"; otros, porque las leyes retroactivas pueden alterar la na-

turaleza de los contratos y, por tanto, habría peligrosas reformas. Sin embargo, es la jurisprudencia americana la que define que el adjetivo *ex post facto* sólo es aplicable en materia criminal, no así en materia civil.¹

Adicionalmente, Eduardo Ruiz advierte sobre lo delicado que es entender la retroactividad absoluta, e indica que la retroactividad debe ser considerada prohibida cuando afecte derechos naturales:

Pero no nos referimos a la retroactividad de las leyes de una manera absoluta, sino solamente en cuanto afecten los derechos naturales, pues hay leyes, cuyo efecto retroactivo no viola ninguna garantía constitucional; al contrario algunas de ellas favorecen al hombre, otras facilitan el despacho de los negocios sin perjudicar a nadie, y otras por último, tienen un carácter que las hace de por sí retroactivas en bien de la sociedad.²

La redacción del texto en análisis de la Constitución de 1857 prohíbe, claro está, la expedición de leyes retroactivas que muchos entendieron como una ley que le ponía un freno al Poder Legislativo, pues era el único que podía expedir leyes. Sin embargo, son también el Poder Ejecutivo y Judicial los que, por su parte, realizan la aplicación de la misma y, por ende, también los constriñe, pues resulta incuestionable que una ley inconstitucional no viola ninguna

¹ *Ex post facto* laws are such as create or aggravate crime or increase the punishment, or change the rules of evidence for the purpose of conviction... The phrase **only applies to** penal and criminal laws, which affect private rights forfeitures or punishment, and not to civil proceeding which affect private rights retrospectively. *Paschal's Annotated Constitution*. Núm. 143.

² Ruiz, Eduardo. *Curso de Derecho Constitucional y Administrativo*, tomo I, página 162, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, México, 1988.

garantía si ésta no es aplicada en perjuicio del individuo.

Para Eduardo Ruiz no deben considerarse los trabajos previos, comentarios, debates o en general lo que declare un notable jurista que haya participado en la elaboración de la constitución para hacer la interpretación de la misma, pues afirma que la interpretación debe realizarse en un sentido político.

¿ES VÁLIDO APLICAR RETROACTIVAMENTE UNA LEY?

En la actualidad ya se ha explicado cómo, en los escenarios de la argumentación jurídica, la interpretación de la ley produce una norma nueva, aunque no *de facto*. Esto es lo que ha ocurrido con las interpretaciones de los Tribunales Colegiados e incluso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, al interpretar la prohibición retroactiva del artículo 14 de nuestra Constitución Política Mexicana. Los magistrados y ministros señalan, mediante un argumento *a contrario sensu*, que es válida la aplicación retroactiva de la ley si ello causa un beneficio. Considero que tal razonamiento es más bien un juego lingüístico o gramatical. Esto deja entrever que, efectivamente, se alcanza una nueva versión de la norma, lo que veremos en algunas tesis más adelante.

En efecto, Nuestra Carta Magna, específicamente en el primer párrafo del artículo 14

Constitucional, textualmente establece:

14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Connotados ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito en nuestro país han tenido a bien, dentro de su respectiva función jurisdiccional, realizar interpretaciones de las leyes federales y de artículos de la Constitución Federal, valiéndose de un método de interpretación que los juristas denominan "*a contrario sensu*", es decir, "en el sentido contrario". Pero, hay que decirlo, más que un método de interpretación se trata de un juego lingüístico, cuya operación consiste en invertir palabras contenidas tanto en el supuesto como en la consecuencia previstos en la norma jurídica. Así, la inversión en el referido texto constitucional de las palabras "ninguna" y "perjuicio", cambiadas ambas por sus respectivos antónimos gramaticales, da como resultado: "*a toda ley se dará efecto retroactivo en beneficio de persona alguna*" (o, en lugar de **beneficio**, invertir a **no perjuicio**, como válidamente corrige el Mtro. Carlos Gutiérrez Casas). Lo anterior, en modo alguno altera la esencia del texto normativo, sino que tiene una mayor apreciación realizada por los altos tribunales que invariablemen-

...pero no nos referimos a la retroactividad de las leyes de una manera absoluta, sino solamente en cuanto afecten los derechos naturales.



te han dictado tesis aisladas y jurisprudencia en las cuales se ha determinado aplicar retroactivamente la ley penal cuando ésta beneficia al reo. Tan sólo por citar algunas, enseguida se reproducen textualmente:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY SUSTANTIVA PENAL. REFORMAS LEGALES SUPERVENIENTES EN EL PROCEDIMIENTO. ES CORRECTA LA APLICACIÓN DE ÉSTAS CUANDO SE PRODUCE EN BENEFICIO DEL INTERESADO Y SIN AFECTAR DERECHO DE TERCERO.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado a contrario sensu, es correcto aplicar retroactivamen-

te una ley cuando este proceder beneficia al interesado, siempre y cuando no pueda afectar el interés jurídico de tercero. Por ende, debe considerarse que en los casos en que un determinado acto o hecho se haya producido durante la vigencia de una determinada ley y que la legalidad de éste o de sus efectos deba ser determinada cuando son otras diversas las normas legales que le son aplicables, el juzgador debe aplicar las normas que resulten ser más favorables al interesado, siempre y cuando se dé satisfacción a la condición mencionada. En consecuencia, teniendo en consideración: 1º. Que la observancia de las reformas legales debe ser inmediata en cualquier instancia, aun en el juicio de garantías, dada la naturaleza misma que les corresponde, pues no puede du-

darse que la sociedad está interesada en que los actos de aplicación de la ley se refieran a las normas en vigor y no aquellas que ya no tienen fuerza obligatoria, a pesar de que bajo su vigencia se haya producido el acto o hecho jurídico que es materia del juicio, y, además, porque por encima de la determinación de abrogar una ley o de derogar o modificar determinados preceptos, está el interés público en que dicha ley o normas dejen de ser aplicadas; 2º. Que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 77, facción II, de la Ley de Amparo, la sentencia constitucional debe referirse concretamente a los fundamentos legales que determinan el sentido de la resolución, lo que se traduce en la expresión clara y específica de las normas legales que son aplicables al caso; y, por último, 3º. Que resolver en el juicio de amparo, que es constitucional un determinado acto de autoridad, porque satisface las exigencias que establecen los preceptos legales que lo regían en la fecha en que se produjo, sin analizar el contenido de las nuevas normas legales que le son exactamente aplicables, se traduciría en: a). No respetar la garantía consagrada por el artículo 14, primer párrafo, de nuestra Constitución Política, al disponer, a contrario sensu, que es correcto dar efecto retroactivo a las leyes cuando esto beneficia al interesado y no perjudica derecho de tercero; b). Aplicar una ley que no es

vigente y, por ende, juzgar un acto de autoridad con base en normas que no le son aplicables; c). Desatender la voluntad del legislador, y, por tanto, la voluntad democrática del pueblo expresada a través de los órganos competentes, que determinó abrogar la ley o derogar o modificar los preceptos legales correspondientes, evidentemente por considerar que son las nuevas normas legales, y no las de anterior vigencia, las que deben de regir al acto reclamado; y, d). Afectación ilegal directa al quejoso pues se declararía que es constitucional el acto de autoridad que le afecta, a pesar de que en la fecha en que se dicta esa determinación es ostensible que las normas que determinan la legalidad de dicho acto son otras diversas cuyo contenido puede, acaso, ser exactamente opuesto al que se fija en las normas aplicadas. Debe concluirse que, en el juicio de amparo, cuando dentro del período que se comprende de la fecha en que se produce el acto reclamado a aquella que corresponde el día en que se resuelve definitivamente sobre su legalidad, entran en vigor reformas legales que benefician al quejoso al modificar su situación jurídica frente al acto que impugna, la constitucionalidad de éste debe ser analizada a la luz de las disposiciones que más beneficios generan o que menos perjuicios producen al que se dice agraviado, en la medida

II



en que tal actuación se lleve a cabo sin afectar derechos de tercero.

**SEGUNDO TRIBUNAL
COLEGIADO DEL NOVENO
CIRCUITO**

IX. 2o. J/13

Amparo en revisión 136/93. Luis Fernando Leal Beltrán. 8 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretario: Artemio Zavala Córdoba.

Amparo directo 323/93. José Luis Cuevas Martínez. 10 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretario: Artemio Zavala Córdoba.

Amparo directo 351/93. Felipe Gómez Rodríguez. 17 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretario: Víctor Pedro Navarro Zárate.

Amparo directo 380/93. Jesús Morales Ortiz. 1º de diciembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretario: Víctor Pedro Navarro Zárate.

Amparo directo 345/93. Rubén Peña Tapia. 1º de diciembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Elías Soto Lara. Secretario: Rafael Rivera Durón.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judi-

cial de la Federación, Octava Época. Número 74, febrero de 1994. Pág. 75. Tesis de Jurisprudencia.

**RETROACTIVIDAD.
CUANDO CORRESPONDE
AL ÓRGANO DE CONTROL
CONSTITUCIONAL RESOLVER
SOBRE LA APLICACIÓN DE LA
LEY PENAL MÁS FAVORABLE**

El juicio de amparo es, en esencia, un medio de defensa cuyo objeto es examinar la legalidad del acto reclamado, pues el órgano de control constitucional decide si el acto reclamado viola o no garantías individuales, y en las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, el acto reclamado se apreciará tal como aparezca probado ante la autoridad responsable, no pudiéndose admitir ni tomar en consideración las pruebas no rendidas ante dicha autoridad; así pues, sería ajeno al objeto, esencia misma del juicio de amparo, disponer que se apliquen en beneficio del quejoso, las reformas de que hubiera sido objeto la Ley Penal (previando una pena más favorable al sentenciado) cuando tales reformas no estaban vigentes al emitirse la sentencia reclamada, pues la litis en el juicio de amparo consiste en decidir si la sentencia reclamada se dictó conforme a la Ley Penal aplicable, es decir, la ley vigente cuando sucedieron los hechos o cuando la sentencia fue emitida, siendo de advertir que conforme al artículo 56 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y

para toda la República en Materia de Fuero Federal, si entre la comisión de un delito y la extinción de la pena, surge una nueva ley, ésta deberá aplicarse retroactivamente cuando beneficie al inculpado o indiciado y corresponde hacer dicha aplicación a la autoridad que conozca del asunto; es decir, si no ha concluido el proceso, será el juez o tribunal de apelación que conozca de él, quien aplique la nueva disposición legal, mientras que si se trata de sentenciados, la aplicación de la misma corresponderá al Poder Ejecutivo, encargado de la ejecución de las sanciones, aplicar la ley más favorable.

**PRIMER TRIBUNAL
COLEGIADO DEL NOVENO
CIRCUITO**

IX. 1o. J/16

Amparo directo 285/93. Roque Robledo Luna. 30 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Chowell Zepeda. Secretario: Juan Castillo Duque.

Amparo directo 365/93. Juan Espíndola Hernández. 25 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala.

Amparo directo 399/93. Emiliano Hernández Rivera. 13 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala.

Amparo directo 419/93. Celestino Espinoza Gon-

...si entre la comisión de un delito y la extinción de la pena, surge una nueva ley, ésta deberá aplicarse retroactivamente cuando beneficie al inculpado o indiciado...

zález. 13 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala.

Amparo directo 116/94. Javier Antonio de la Cruz Maldonado. 28 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Francisco Miguel Hernández Galindo.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Número 79, julio de 1994. Pág. 63. Tesis de Jurisprudencia.

**NORMAS PROCESALES:
APLICACIÓN RETROACTIVA
PROHIBIDA E IMPOSIBLE
JURÍDICAMENTE**

Las normas procesales tienen una especial naturaleza, que es la de establecer la forma, requisitos y pasos en el trámite que se establece para la conclusión de todo litigio que, como ya sabemos, y es de explorado derecho, finaliza conforme a las etapas del procedimiento, o bien, con la solución del litigio sometido a

Una característica de las normas procesales es que tienden a regular el supuesto que acontece en cada paso del procedimiento. Es decir, cada norma procesal cobra aplicación en el preciso instante en que aparece el acto a regular.

la consideración de la autoridad judicial o administrativa.

Una característica de las normas procesales es que tienden a regular el supuesto que acontece en cada paso del procedimiento. Es decir, cada norma procesal cobra aplicación en el preciso instante en que aparece el acto a regular, de tal suerte que ineludiblemente se activa de manera instantánea cuando aparece el acto (dentro de procedimiento) a regular. Por lo tanto, la aplicación de las normas procesales indefectiblemente siempre será la norma que está vigente. Esta breve reflexión se puede corroborar en no pocas razones expuestas por los altos tribunales y para ello se citan algunas:

Dicho en otras palabras, las leyes procedimentales establecen las formas en que ha de tramitarse algún litigio y las etapas de las que ha de constar. Pues bien, pudiera ocurrir que se haya iniciado un proceso y que la última etapa haya sido reformada o modificada por una ley que, aunque posterior al inicio del trámite, podrá la norma nueva esperar pacientemente el nacimiento del hecho a regular dentro del mismo procedimiento, siendo por supuesto la norma de la misma naturaleza y compatible en el trámite. Por lo tanto, las normas procesales en esencia son de imposibilidad retroactiva, al efecto ha reflexionado la Suprema Corte de la Nación a través de sus tribunales.

RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS

Se ha discutido si la retroactividad debe tener por objeto únicamente las normas sustantivas o si pueden incluirse las procesales. En efecto, la retroactividad de la ley únicamente puede recaer sobre las normas sustantivas, por las razones que enseguida exponemos.

Las normas procesales tienen una naturaleza propiamente retroactiva. Esto es, las normas que denotan un procedimiento o establecen mecanismos procedimentales son aquellas que describen una hipótesis normativa que nacerá cuando en una secuela procesal ocurra el supuesto, es decir, el hecho que actualiza la norma.

¿SON ADJETIVAS LAS NORMAS CONTENIDAS EN LAS LEYES PROCESALES?

No siempre. Si revisáramos históricamente la forma en que se han formado los ordenamientos nos daríamos cuenta que, incluso, en Roma no había propiamente un ordenamiento procesal y otro sustantivo, pero sí un ordenamiento con una mezcla de normas jurídicas: unas eran de carácter sustantivo y otras invariablemente adjetivas. Recuérdese el *Corpus Iuris Civiles*, de Justiniano. Lo mismo ocurre en nuestras legislaciones, el señalamiento de cuáles son los delitos calificados como graves se encuentra en el artículo 145 bis de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Esta-

do de Chihuahua de 1987. Sin embargo, dicha norma no indica ningún procedimiento. Esta calificación de los delitos también ocurre en el Código Penal de Nuevo León, en su numeral 16. Otro ejemplo es la enunciación del derecho del acusado a obtener la libertad provisional bajo caución que se encuentra garantizado en la fracción I del artículo 20 Constitucional, sin ser ésta una norma procesal.

LA NUEVA REFORMA PENAL Y LA PRISIÓN PREVENTIVA POR EXCEPCIÓN

La entrada en vigor del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, a partir del día primero de enero de 2007, ha causado inquietud y especial interés no sólo entre los funcionarios judiciales, sino entre abogados postulantes, agentes del Ministerio Público, académicos y más.

Así lo pone de manifiesto el primer transitorio de la reforma penal llevada a cabo en el estado de Chihuahua, que literalmente establece:

1 TRANSITORIO. Inicio de Vigencia. El presente Código iniciará su vigencia el día primero de enero del año 2007, con las modalidades que enseguida se precisan.

Y causa particular interés el tercer transitorio de la ley en comentario que literalmente sostiene lo siguiente:

3 TRANSITORIO. Abrogación. El Código de Procedimientos Penales promulgado el día dieciocho de febrero de 1987 seguirá rigiendo, en lo conducente, en los procedimientos iniciados con anterioridad a la aplicación del nuevo Código, y quedará abrogado en la medida en que aquellos queden agotados.

En apariencia, el tercer transitorio del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado es claro y prohíbe la aplicación retroactiva de la ley. Sin embargo, causa extrañeza la frase incidental que arriba se subraya: "en lo conducente". ¿Será acaso que, ciertamente, por una parte, está siendo claro el transitorio en la aplicación de los procedimientos anteriores al nuevo código, pero en lo conducente? es claro que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de 1987 es una legislación vigente aún, pero no para los nuevos hechos que ocurran.

Por otra parte, hay una norma sustantiva novedosa dentro del nuevo Código que establece los delitos que merecerán forzosamente prisión preventiva (artículo 176). Ahí se advierte que, en comparación con el numeral 145 bis del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua de 1987, en el nuevo Código son menos los delitos considerados como de prisión preventiva forzosa.

Veamos. La anterior disposición señala grave un delito;

Se ha discutido si la retroactividad debe tener por objeto únicamente las normas sustantivas o si pueden incluirse las procesales.

*...sí un ordenamiento
con una mezcla de
normas jurídicas:
unas eran de carácter
sustantivo y otras
invariablemente
adjetivas.*

mientras la otra guarda silencio al respecto. Entonces, si aconteciera el supuesto donde alguien solicitara su libertad provisional bajo caución, rigurosamente tendría que razonarse cuál dispositivo "en lo conducente" sería aplicable.

La entrada en vigor de la Reforma Penal en el estado de Chihuahua, en este caso el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, constituye sin lugar a dudas un procedimiento casi totalmente diferente al sistema tradicional. Existen algunas excepciones, que consideramos figuras procesales homólogas, tal como la etapa de investigación, misma que en realidad no es otra cosa que la investigación de los hechos por parte del Ministerio Público. No debemos olvidar que el contenido de esta ley de carácter local constituye un mandato constitucional, no obstante todas las diferencias que puedan existir en cuanto a las formalidades del procedimiento en uno y otro Código de Procedimientos Penales para el Estado: el Código nuevo y el viejo.

En efecto, a lo anterior debe añadirse que, en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua vigente hasta antes de las reformas procesales ya mencionadas, la función del Ministerio Público era precisamente la práctica de todas las diligencias necesarias para el total esclarecimiento de los hechos. Ello se encuentra de manifiesto en los artículos 1, 2,

110, 122 y demás relativos del Código de Procedimientos Penales para el Estado ya mencionado. También es de observarse que una vez que se haya demostrado la existencia de algún delito previsto y sancionado por el Código Penal para el Estado podrá el Ministerio Público ejercitar acción penal. Por supuesto que las formalidades de la averiguación previa en innumerables ocasiones han sido minimizadas por los altos tribunales, quienes se han limitado a establecer que el Representante Social sólo consigna hechos.

Ahora bien, es verdad que aun con el sistema tradicional, en la praxis se dan violaciones a las formalidades del procedimiento. Entonces, ¿qué sucede? ¿Acaso es nula toda la averiguación? ¿El error humano podrá fomentar una patente de impunidad, como si los hechos jamás hubiesen existido? Por supuesto que no. En esta interesante etapa de investigación o de averiguación (es notoria la similitud de los vocablos), en su desarrollo, es común que se pueda cometer una violación procedimental. Luego, la sanción no es anular todo de un pincelazo, sino que se le resta o desestima el valor probatorio que le hubiese correspondido con la observación de las formalidades. Así, la probanza podría en todo caso tener al menos valor de indicio o bien, darle correspondiente valor a los demás resultados que se arrojen en la investigación, como lo es el caso de esta jurisprudencia:



*La anterior
disposición señala
grave un delito;
mientras la otra
guarda silencio al
respecto.*

**DETENCIÓN SIN ÓRDENES
DE APREHENSIÓN Y DE
CATEO. NO NULIFICA LA
CONFESIÓN DEL INculpADO**

Aun admitiendo que el inculpado fue detenido sin orden de aprehensión emanada de autoridad competente, y que los agentes aprehensores se introdujeron a su domicilio sin orden de cateo, las violaciones que esa forma de actuar implican disposiciones constitucionales que no son reclamables en amparo directo, ni pueden serles atribuidas a las autoridades responsables de la sentencia o su ejecución, y tampoco tienen el alcance de anular la confesión de dicho inculpado ante la Policía Judicial Federal, si no existen datos que lleven la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente

coaccionada. Este tribunal no desconoce que lamentablemente con demasiada frecuencia las autoridades investigadoras utilizan en las aprehensiones métodos reprobados por nuestra Carta Magna; pero en atención a la técnica del amparo directo, las más de las veces no compete a este tribunal analizar ese tipo de actos, debiendo concretarse a declarar que quedan a salvo los derechos del quejoso para ejercitar las acciones judiciales relativas ante las autoridades correspondientes.

**SEGUNDO TRIBUNAL
COLEGIADO DEL QUINTO
CIRCUITO**

531

Octava Época:

Amparo directo 268/91.

Rubén Miranda Fimbres. 13



de noviembre de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 226/92. Pedro Torres Jorqueras. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 266/92. Rodolfo Espinoza Bernal. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 267/92. Gregorio Murrieta Hernández y otro. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 289/92. Mateo Borja Hernández. 26 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. *Fuente:* Apéndice de 1995, Octava

Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 321. Tesis de Jurisprudencia.

Pareciera increíble, pero aún la realización de un cateo carente de alguna de sus formalidades tiene valor indiciario. Sin estar del todo de acuerdo, ya que cada acto que realiza la autoridad tiene su propia naturaleza y tendría que examinarse el error en cada una de sus manifestaciones y sus alcances, lo cual ya no corresponde resolverlo al derecho penal o a la política criminal, sino al campo de la argumentación.

DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Aplicación del anterior o del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua.

Todo individuo goza de las garantías individuales que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La libertad provisional bajo caución es una garantía por excelencia. El hecho de que la autoridad jurisdiccional, en cumplimiento de las leyes locales y sobre todo de Nuestra Carta Magna, otorgue este beneficio constitucional, realiza uno de los actos más decorosos en favor del ser humano; por ello, es menester recrear este sustento, tal como lo denota textualmente el artículo 20 Constitucional, en su fracción I:

20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víc-

tima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en atenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.

Solamente tratándose de aquellos delitos considerados como no graves es procedente el otorgamiento del beneficio de libertad bajo caución, o bien cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por un delito calificado como grave, o cuando la libertad del inculpado represente un riesgo para el ofendido o para la sociedad, así demostrado esto último con elementos de prueba que demuestren ello por circunstancias y características del delito cometido.

Ya se apuntó anteriormente que aquellos actos procesales así regulados por la ley, que se actualizan de momento a momento en las etapas de procedimiento, generan el derecho a que se les aplique la norma procesal que está vigente al actualizarse el derecho que nace, sea por el impulso de las partes o que se tienen con el trámite normal de todo procedimiento penal.

También se sostiene que las normas procesales, por su naturaleza, sería inexacto que tuvieran una aplicación retroactiva. Ello resulta imposible, pues cada acto tiene un nacimiento a la luz en que se actualiza el supuesto procesal en cada paso del trámite que corresponde.

Lo que tampoco se debe olvidar es que la garantía de libertad provisional bajo caución no ordena que sea una regla que tenga

No toda norma inserta en una ley adjetiva es por ende una norma procesal, pues no todas demarcan un procedimiento o un paso dentro del trámite.

necesariamente que ser observada en las legislaciones procesales de las entidades federativas. A ciencia cierta, sabemos que existe una gran cantidad de normas contenidas en las legislaciones procesales, sean civiles o penales, pero que su naturaleza no es procesal. Vamos, no toda norma inserta en una ley adjetiva es por ende una norma procesal, pues no todas demarcan un procedimiento o un paso dentro del trámite, veamos algunos ejemplos.

En el Código Penal para el Estado de Nuevo León, la calificación de los delitos como graves se expresa en el capítulo I bis, artículo 16 bis, a diferencia de nuestro Código Penal para el Estado de Chihuahua, vigente en nuestro estado hasta antes de la reforma que entró en vigor el día 1º de enero de 2007, el cual define los delitos que se consideran graves, esto en su artículo 145 bis.

Lo anterior no constituye un error legislativo para nadie, sino que identifica los delitos que serán considerados como graves para otorgar el beneficio de libertad bajo caución a aquellos que lo ameriten conforme a la ley.

La libertad provisional bajo caución nace primero, y como garantía de todo gobernado dentro del marco constitucional, y así respectado por las legislaciones locales; sin embargo, dicho beneficio aparece regularmente dentro de las legislaciones locales procesales, así en algunos códigos procesales se contiene un artículo específico para la calificación de los de-

litos como graves; pero ello no significa que dicha calificación sea parte de un procedimiento, pues, el referido beneficio constitucional ningún acto procesal determina y, por lo tanto, no debería estar dentro de una legislación procesal, o ¿acaso es indispensable para la prosecución del trámite procesal correspondiente? ¿Qué sucedería si el multicitado beneficio estuviera dentro de la legislación sustantiva? Se trata de una garantía que incluso es de observancia dentro de la etapa de averiguación previa, lo cual de ninguna manera es un proceso sino un procedimiento que transcurre en la investigación de los hechos, se encuentre detenido el inculpado o en libertad provisional bajo caución. El procedimiento transcurre con o sin beneficio de libertad provisional bajo caución, sea éste pedido en cualquier etapa del procedimiento del proceso.

Existe, pues, el criterio de un Tribunal Colegiado que determinó la no retroactividad de la ley, tratándose de la libertad provisional bajo caución en razón a que se encontraba contenida en una ley adjetiva. Pero, veamos primeramente a nuestro compañero y amigo, el maestro Jorge Alberto Silva Silva, quien en su obra *Derecho Procesal Penal*, bajo el capítulo de "*Medidas Cautelares*", señala:

Las medidas de contracautela (más precisamente de contragarantías), afirma Calamandrei, para suavizar los



No se olvide, entonces, que en el caso de libertad provisional no se deniega el procesamiento, sino sólo la detención, es decir, se excarcela mientras sigue el proceso. Dicho de otra manera: la contragarantía sustituye a la detención provisional.

inconvenientes que podrían derivar de errores de previsión, dan al Juez la posibilidad de acordar en vía cautelar, junto a la medida dispuesta para la hipótesis de que la providencia principal sea favorable al solicitante, una contramedida destinada a funcionar en el caso de que la providencia principal le sea favorable.

No se olvide, entonces, que en el caso de libertad provisional no se deniega el procesamiento, sino sólo la detención, es decir, se excarcela mientras sigue el proceso. Dicho de otra manera: la contragarantía sustituye a la detención provisional.

También se cita por el referido autor al maestro Rivera Silva, quien sostiene que el dinero adquiere un puesto tan

importante como el de la libertad, luego corregido por García Ramírez, quien expresa que no es el dinero el que queda en lugar de la libertad, sino en lugar de la prisión.

Consecuentemente, no se puede afirmar de ninguna forma que la libertad provisional bajo caución es un supuesto procesal, sino sustantivo. Más importante aún, se trata de un derecho fundamental, sin implicar entonces que la medida de prisión preventiva adquiera caracteres procedimentales, sino parte de la Política Criminal que encabeza el Estado, bien sea con finalidades de seguridad o prevención. Por lo tanto, la garantía constitucional en comentario no puede ni debe considerarse como norma procesal, aunque se encuentre

incómodamente dentro de una ley adjetiva. Derivado de esto, se considera con ese particular error a la tesis de jurisprudencia que enseguida se cita:

**LIBERTAD PROVISIONAL
BAJO CAUCIÓN. NO
EXISTE RETROACTIVIDAD
DE LA LEY EN PERJUICIO
DEL QUEJOSO, SI SE LE
NIEGA POR TRATARSE
DE DELITO GRAVE, AUN
CUANDO LOS HECHOS
QUE SE LE ATRIBUYEN
ACONTECIERON EN
LA ÉPOCA EN QUE SU
CONDUCTA DELICTIVA
NO ERA CONSIDERADA
GRAVE**

Resulta procedente negar la libertad provisional bajo caución al quejoso, si el delito por el que se le siguió proceso es considerado como grave, al estar sancionado con una pena privativa de libertad, cuyo término medio aritmético excede de cinco años, según lo dispuesto por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vigente. Por lo que aun cuando los hechos que se atribuyen al peticionario de garantías hayan acontecido en la época en que su conducta delictiva no era estimada grave, la aplicación del precepto en cita no viola la garantía de irretroactividad de la ley en perjuicio del impetrante del amparo, en virtud de que tratándose de normas procesales debe atenderse a los actos que

se verifican a partir de la entrada en vigor de las mismas y no fundarse en la ley adjetiva que regía al cometerse el delito.

**QUINTO TRIBUNAL
COLEGIADO EN MATERIA
PENAL DEL PRIMER
CIRCUITO
L5o.P.8P**

Queja 205/2000. 4 de octubre de 2000. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hugo Luna Ramos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretaria: Beatriz Moguel Ancheyta.

Queja 215/2000. 4 de octubre de 2000. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hugo Luna Ramos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretaria: Beatriz Moguel Ancheyta.

Queja 225/2000. 4 de octubre de 2000. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretario: Jorge Arturo Sánchez Jiménez.

Queja 235/2000. 4 de octubre de 2000. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hugo Luna Ramos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Arturo García Gil.

Instancia: *Tribunales Colegiados de Circuito.*

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIII, febrero de 2001. Pág. 1768.*



Tesis Aislada

Con todo lo expuesto, se puede considerar que las reformas que dieron origen al nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, en su artículo 8 literalmente establecen:

8. Medidas cautelares.

Las medidas cautelares durante el proceso, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, previstas en este Código, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

Es claro que ya el nuevo Código no contiene el catálogo de delitos que se consideran graves, sino que la medida restrictiva de libertad como medida cautelar tendrá carácter excepcional. Esto nos lle-

va a concluir que el nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua tiene beneficios incluso para los delincuentes que actualmente corren el riesgo de ser presentados ante un juez por la comisión de un delito aún bajo la vigencia de la ley anterior. Es indefectible el número de tesis de jurisprudencia que indican que se le aplique al reo la ley más favorable, se citan:

LIBERTAD PROVISIONAL
BAJO CAUCIÓN. DEBE
APLICARSE LA LEY
MÁS FAVORABLE AL
PROCESADO

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido diversos criterios en el sentido de que tratándose de leyes procesales no opera el principio de retroactividad en favor del reo; sin embargo, si el procesado solicita el beneficio constitucional de libertad provisional

bajo caución, el juzgador no sólo debe tomar en cuenta la norma adjetiva que indica el procedimiento y requisitos de procedencia, sino también la norma sustantiva que contiene la conducta típica y la penalidad correspondiente, siendo que dicha norma será determinante para la concesión del beneficio; por tanto, si la norma adjetiva relativa a ese derecho, vigente al momento de los hechos le beneficia al solicitante y con motivo de una reforma le perjudica, debe aplicarse la ley sustantiva en beneficio del gobernado conforme a lo establecido en el artículo 14 Constitucional y concederse el beneficio de la libertad provisional bajo caución. En tales condiciones, si el delito de abuso de autoridad, previsto y sancionado (con penalidad que en su término medio aritmético rebasa los cinco años de prisión) en el artículo 215, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, fue cometido antes de la reforma del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 15 de septiembre de 1999, tiempo en que dicho ilícito no estaba conceptualizado como grave, debe concederse dicho beneficio, y no negarse, por la circunstancia de que con motivo de esa reforma, el citado numeral 268 estableció que son delitos graves aquellos cuya penalidad en su término medio aritmético exceden de cinco años de prisión. Además, el

régimen de libertad provisional, no obstante su regulación en una ley adjetiva, no debe considerarse como parte del procedimiento penal mismo, caso en el que sería aplicable el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino atendiendo a su naturaleza jurídica, de medida de carácter cautelar vinculada necesariamente con el delito objeto del proceso. En conclusión, no se trata de normas procesales en estricto sentido las que rigen ese derecho a la libertad provisional sino que además se encuentran dotadas de cierto contenido restrictivo de una garantía fundamental, como es la libertad del individuo. De seguir el criterio contrario, se podría caer en el absurdo de que en una misma causa penal y en igualdad de circunstancias en cuanto al delito y a la fecha de comisión, existan procesados, algunos con derecho a libertad provisional y otros que no la obtuvieron por la aplicación del nuevo precepto.

**PRIMER TRIBUNAL
COLEGIADO EN MATERIA
PENAL DEL PRIMER
CIRCUITO**

I.lo.P.67 P

Amparo en revisión 1461/99. 14 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Felipe Álvarez Medellín.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Fe-

deración y su Gaceta, Novena Época. Tomo XII, diciembre de 2000. Pág. 1400. **Tesis Aislada.**

**SEGUNDO TRIBUNAL
COLEGIADO DEL QUINTO
CIRCUITO
V.2o.4P**

Amparo directo 46/95. María Gloria Pérez Romero. 9 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretaria: María de los Ángeles Peregrino Uriarte.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo I, junio de 1995. Pág. 533. **Tesis Aislada.**

**¿LA ENTRADA EN VIGENCIA
DEL NUEVO CÓDIGO
DE PROCEDIMIENTOS
PENALES PARA EL ESTADO
DE CHIHUAHUA DEROGÓ
O ABROGÓ, CON SU
ENTRADA EN VIGOR,
ALGUNA LEY?**

No. La entrada en vigor de la nueva ley no derogó ninguna ley procesal, de conformidad con el Artículo Tercero Transitorio del Decreto número 611/06 II P.O. publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 09 de agosto de 2006.

En efecto, expresamente refiere el citado transitorio que todos los procedimientos que se hayan iniciado de conformidad con la legislación procesal anterior, indefectiblemente se registrarán por

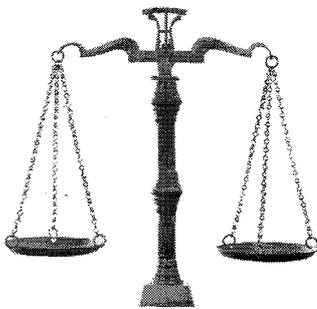
ella y no por la nueva ley. Si, por el contrario, la Reforma Procesal Penal hubiese derogado la anterior legislación procesal sería discutible la aplicación de las normas que le resultaran benéficas. Claro, siempre y cuando sean normas de carácter sustantivo. Ahora bien, la entrada en vigor del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua está visiblemente condicionada a ser aplicada sólo respecto de hechos que hayan ocurrido a partir del primero de enero de 2008 en el Distrito Bravos. Es curioso pero la entrada en vigor sí está condicionada a que se aplique efectivamente a los hechos que se cometan en las fechas referidas. Así lo establece el segundo transitorio del referido Decreto, el cual se menciona en el párrafo que antecede.

La aplicación retroactiva de las leyes va a encontrar a su paso, como principales problemas: a) la identificación de la norma como sustantiva o procesal, b) determinar si la norma no altera la naturaleza de los contratos civiles, y c) determinar si es benéfica al reo y no causa perjuicio a alguien, salvo al Estado. También importará, para el caso de aplicación de nuevas normas procesales, la homologación de la norma nueva. En este último caso, no por tratarse de una aplicación retroactiva sino para evitarla en perjuicio o, simplemente, para aplicarla como vigente al caso concreto.

Respecto de los comentarios a la Reforma Penal en el Estado y, para finalizar, hago hincapié

en que estas reflexiones nos llevan a concluir que en los procesos legislativos en los cuales se reforman o modifican las leyes, se advierte como en el caso de la Reforma Penal en el Estado que algunos delitos no sólo dejaron de ser considerados como graves, sino que, incluso, la medida de prisión preventiva se deja como recurso último. ¿Será acaso que

determinadas conductas resultan de mayor trascendencia para el Estado?, o ¿hay otras que dejaron de serlo? De ser así, el Estado considera innecesario apartar de la sociedad al individuo que cometió un delito que en la anterior legislación sí ameritaba que tal individuo, al menos preventivamente, estuviese recluido en el Centro de Readaptación Social.



Multiculturalismo y derechos humanos *en perspectiva iusinternacional*

Luis Ernesto Orozco Torres*

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

El tema del *multiculturalismo y derechos humanos*, obviamente tiene muchas aristas, y puede ser observado desde infinidad de perspectivas, tantas como pupilas interesadas existan. Por ejemplo, puede uno aproximarse al tema en cuestión por vía filosófica, política, sociológica, etnológica, etcétera. Por mi formación, mi aproximación al complejo tema del *multiculturalismo y derechos humanos* ha de ser necesariamente desde la perspectiva iusinternacional. Así pues, todas las demás cuestiones que válidamente puedan plantearse sobre el tema que nos ocupa, van a ser obviadas.

Desde la perspectiva iusinternacional advertimos que el tema del *multiculturalismo y los derechos humanos* no es autónomo, pues se encuentra inserto en un tema más amplio del que deviene tributario, esto es: el *Estado de derecho internacional* o, mejor dicho, la pretensión de la exis-

tencia de un *Estado de derecho internacional*.¹ Y esta pretensión es la que nos lleva a la cuestión del *multiculturalismo y derechos humanos*. Así, el tema en cuestión se presenta como las dos caras de una misma moneda, esto es: *el problema de la universalidad de los derechos humanos*. En todo caso, la relación que podemos señalar entre el *multiculturalismo*² y los *derechos humanos*³ es de colisión, al menos una colisión en el plano conceptual, que igual puede trasladarse al plano de la *efectividad* de los derechos humanos.

En la doctrina iusinternacional es posible encontrar que los autores están meridianamente de acuerdo en considerar que existen al menos tres etapas de evolución del derecho internacional, éstas serían: *el derecho internacional clásico*, que comprende, básicamente, las aportaciones de Vitoria, Suárez, Grocio, Gentili, Vattel, entre otros.

1 Algunos autores lo identifican como el principio de *rule of law* aplicado al derecho internacional.

2 "Multiculturalismo. m. Convivencia de diversas culturas. Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006, Microsoft Corporation. "Cultura. Información transmitida (entre miembros de una misma especie) por aprendizaje social, es decir, por imitación, por educación, enseñanza o por asimilación. Los rasgos culturales o memes son las unidades de transmisión cultural. Voz "cultura", Cortés Morató, Jordi y Martínez Riu, Antoni, *Diccionario de filosofía en CD-ROM*, Empresa Editorial Herder S.A., Barcelona, Copyright © 1996, ISBN 84-254-1991-3.

3 "Derechos humanos. Los que competen al hombre por el mero hecho de ser hombre, y que dimanen directamente, por tanto, de su propia naturaleza. Se-

gún el Preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos, es un conjunto de «derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». *Ibidem*. Bobbio nos plantea que los derechos humanos son en realidad una cuestión de *lege ferenda*, es decir, "...no un problema de derecho positivo, sino de derecho racional o crítico [...] Partamos del presupuesto de que los derechos humanos son cosas deseables". Bobbio, Norberto. "El fundamento de los derechos humanos". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n° 42, 1965, pp. 301-109.

4 En aquellos ayeres se podía leer lo siguiente: "War is recognized in international law at present as, under some circumstances at least, a legal method of enforcing rights. It is not countenanced as legal when prosecuted for plunder or oppression, or except as an ultimate remedy..." Amos J. Peaslee. "The Sanction of International Law". *The American Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2 (Apr., 1916), pp. 328-336.

5 Petit de Gabriel, Eulalia. *Las exigencias de humanidad...* Op. cit., p. 114.

6 Así el Dr. Carrillo Salcedo nos comenta: "Hoy es un lugar común en la doctrina española reconocer que el Derecho Internacional contemporáneo se diferencia del tradicional por una serie de rasgos, entre los que destacan los siguientes: institucionalización, socialización y humanización." Carrillo Salcedo, J. A.; prólogo a la obra: *Las exigencias de humanidad en el derecho internacional tradicional (1789-1939)*, Eulalia Petit de Gabriel: Tecnos, Madrid, 2003. "...institucionalización de la comunidad internacional, en primer lugar, como consecuencia del desarrollo de las Organizaciones Internacionales, tanto universales como regionales, en especial desde la aparición tras la Primera Guerra Mundial de la Sociedad de Naciones, la primer Organización Internacional de vocación general para la cooperación permanente e

En todo caso, la relación que podemos señalar entre el multiculturalismo y los derechos humanos, es de colisión, al menos una colisión en el plano conceptual, que igual puede trasladarse al plano de la efectividad de los derechos humanos.

El derecho internacional tradicional, se destaca porque comienza a darse una regulación tanto jurídica como política del recurso a la guerra, esto en definitiva representa un gran avance respecto de las primeras etapas de incipiente desarrollo del DI; en cambio, ya para finales del siglo XIX estas consideraciones han sido objeto de un considerable cambio, pues la inserción de las nociones referentes al *ius in bello* se fundamentan en la conciencia de que la guerra es un mal en sí misma y, por ende, se le debe de contener dentro de ciertos causas legales y políticos —al menos su conducción—, lo que no deja de ser un acotamiento real al fenómeno bélico, y sobre todo, teleológicamente encausado.⁴ Así que compartimos el sentir de la profesora Eulalia Petit de Gabriel cuando afirma que:

Hasta el siglo XVIII, por ejemplo, la guerra no era considerada un mal social, sino el medio por antonomasia para alcanzar poder y gloria, públi-

*ca y privada. Era un modo de vida noble para el particular y un deber y un honor para el reino. Durante el siglo XIX va a producirse una metamorfosis radical, con raíces múltiples. (...) Poco a poco va calando la noción de que la guerra es un mal en sí, un problema, y que por ello ha de ser restringido.*⁵

Todo este proceso ya iniciado de humanización del fenómeno bélico, posteriormente dirigirá su rumbo hacia la criminalización de la agresión y la proscripción de la guerra. En cambio, *el derecho internacional contemporáneo*, según nos explica el Dr. Carrillo Salcedo, se define por tres rasgos esenciales, como lo son: la institucionalización, la socialización y la humanización.⁶

En cierto grado, estas ideas son compartidas efectivamente por el grueso de la doctrina iusinternacional, que en uno u otro sentido signan las tesis del Dr. Carrillo Salcedo; estas tesis son las que llevan a los autores a soste-



*Por ser soberanos,
los Estados tienen
obligaciones
internacionales en
materia de derechos
humanos respecto
de la comunidad
internacional en su
conjunto.*

ner la existencia de cierto *Estado de derecho internacional*:

Primera: 'junto al clásico principio de la soberanía ha aparecido el principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos';

Segunda: 'la persona no puede ya ser considerada como mero objeto del orden internacional';

Tercera: 'todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí'. (Tomada de la Declaración y Programa de Acción aprobada por la Conferencia de Viena de 1993);

Cuarta: 'esta obligación internacional es, según la fór-

mula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación erga omnes: incumbe a todos con respeto a la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos';

Quinta: 'por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto';

Sexta: 'el principio constitucional de los derechos humanos ha influido en cinco sectores básicos del derecho internacional:⁷ elaboración de normas; en la consolidación de normas de ius cogens y de obligaciones erga omnes; aplicación de princi-

institucionalizada entre los Estados en materias políticas y no sólo técnicas [...] *socialización del Derecho internacional*, en un segundo lugar, en la medida en que éste comenzó a regular relaciones sociales y humanas más complejas y amplias que las tradicionales relaciones políticas entre Estados soberanos, con lo que el Derecho internacional dejaba de ser un Derecho de la paz y de la guerra [...] *humanización del orden internacional*, por último, debido a que el Derecho internacional comenzó a dar entrada a la persona y a los pueblos, rompiendo así progresivamente el exclusivismo de los Estados como únicos sujetos del Derecho internacional." Carrillo Salcedo, J. A.: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 13-14.

⁷ Corral Salvador, Carlos y González Rivas, Juan. *Código internacional de derechos humanos*. COLEX, Madrid, 1997, pp. 21-22.

La obligación "...de los Estados de asegurar el respeto de los derechos humanos se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos".

pios y normas de protección de derechos humanos; la responsabilidad internacional tanto de Estados como de individuos por violaciones a los derechos humanos y en la aplicación coercitiva del derecho internacional.

8 "Respecto al denominado Estado de derecho internacional o principio de *Rule of Law*, consideramos conveniente señalar que no existe actualmente dentro de la disciplina internacional una definición unánime en cuanto a su contenido, alcance e implicaciones. Esta afirmación puede constatarse al analizar la práctica internacional, tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales y la propia jurisprudencia internacional. Sin embargo, y a pesar de la ausencia de un concepto generalmente aceptado en torno al Estado de derecho internacional, podríamos señalar que el mismo implicaría el funcionamiento de los órganos del sistema internacional de conformidad con los instrumentos que los rigen y con las normas de derecho internacional vigentes". Villegas Delgado, César, "El marco jurídico de las personas que participan en actos de violencia. Una respuesta desde el derecho internacional", *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. VII, 2007, pp. 703-735.

9 Carrillo Salcedo, Antonio. *Dignidad frente a barbarie*. Trotta, Madrid, 1999, p. 14.

10 *Ibidem*, p. 17.

Así pues, con atención a todo lo anterior, el *Estado de derecho internacional* no puede ser identificado con un tipo de ordenamiento jurídico concreto, es decir, la doctrina especializada en estos temas identifica al *Estado de derecho internacional* como un principio rector del derecho internacional en su totalidad,⁸ un principio desplegado a favor de la sociedad internacional en su conjunto (algunos autores hablan de comunidad internacional en su conjunto, pero nos parece más apropiado el término "sociedad"). Todo parece indicar que la pretensión de la existencia de cierto *Estado de derecho internacional* no es sólo doctrinal, sino incluso jurisdiccional. Efectivamente, en este sentido encontramos que la Corte Internacional de Justicia en su famoso *obiter dictum* de la sentencia sobre el asunto de la *Barcelona Traction*,

de 5 de febrero de 1970, reconoce la existencia de ciertas obligaciones que los Estados tienen para con la sociedad internacional en su conjunto, sosteniendo que:

...estas obligaciones resultan, por ejemplo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial⁹ (énfasis añadido).

Por su parte, el Instituto de Derecho Internacional adopta su resolución de *La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*, de 1989; y sostiene que la obligación "...de los Estados de asegurar el respeto de los derechos humanos se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos".¹⁰

La inserción de las nociones de norma imperativa y de *ius*



*cogens*¹¹ —sin las cuales la idea de un *Estado de derecho internacional* quedaría vacío de contenido— en derecho internacional general y contemporáneo, se concretaba en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 53 consignaba:

Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. *Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma*

*que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (énfasis añadido).*¹²

Ello así, tenemos que los derechos humanos¹³ se identifican, en considerable medida, con el *substratum* del principio de *Estado de derecho internacional*. La cuestión es la siguiente: tenemos que el Estado de derecho internacional es un *principio jurídico* rector del orden internacional en su conjunto, y que éste, a su vez, en buena parte, está configurado esencialmente por la noción de *los derechos humanos*, y sobre estos últimos recae una pretensión de *universalidad*; ergo, el principio de *Estado de derecho internacional* deviene también universal. Aquí en este punto, es donde la cuestión del *multiculturalismo* cobra relevancia jurídica, pues cabe pregun-

11 "Su recepción en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, significó, sin la menor discusión, una innovación profunda y un gran paso adelante, por cuanto que fue la plena incorporación, al derecho internacional positivo, de una institución que hasta entonces no había rebasado el marco de la doctrina y la jurisprudencia internacional". Gómez Robledo, Antonio. *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*. México, UNAM, 1982, p. 1.

12 Convención publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 14 de febrero de 1975. convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 23/05/1969 firma de la convención; 29/12/1972 aprobación de la convención; 28/03/1973 publicación de la aprobación de la convención; 05/07/1974 ratificación de la convención; 29/10/1974 promulgación de la convención; 14/02/1975 publicación de la convención. Véase, por ejemplo, la siguiente bibliografía: Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*. México, UNAM, 1982; Suy, Erik, *The Concept of ius cogens in International Law*, Génova, 1967; Zabalá Porras, José Luis. *El "ius cogens" como limitación a la validez de los tratados*. Tesis para obtener el título de licenciado en derecho. México, UNAM, 1976.

13 "La conciencia clara y universal de los derechos humanos es moderna; es en la modernidad cuando a la conciencia universalista de dignidad, una vez hecho el recorrido desde los medievales 'derechos estamentales' hasta los 'derechos del hombre', se añade la reivindicación de la protección jurídico-política de los derechos que a dicha dignidad corresponden". Trujol y Serra, Antonio. *Los derechos humanos*. Madrid, Tecnos, 1984, p. 12.



tarse —válidamente—, dado el evidente mosaico de culturas de que se compone la sociedad internacional, lo siguiente: ¿existe una noción de *derechos humanos* universalmente válida o, al menos, aceptada? Plantear la pregunta es contestarla.

Es de destacar que la pretensión de la existencia de un *Estado de derecho internacional*, cimentado sobre todo en la noción de los derechos humanos —de pretendida validez universal—, nos empuja a una situación jurídica que implica, al menos, una esférica paradoja. En efecto, tenemos que la cuestión de la *intervención humanitaria* aporta un importante cúmulo de casos en donde podemos corroborar lo antes planteado. Así, tomando un caso de los muchos que desafortunadamente tenemos en el muestrario, podemos advertir fácilmente

la paradoja anunciada. En el caso de la guerra de los Balcanes, en donde intervino la OTAN, que es una organización internacional, que en ningún momento fue “agredida”, es decir, ningún Estado miembro de esa organización fue objeto de ningún tipo de agresión, lo que supondría la activación de los mecanismos de defensa consignados en el Tratado del Atlántico Norte. Contraviniendo el *Estado de derecho internacional*. O más recientemente, la *guerra contra el terrorismo*, emprendida por algunos Estados, en donde claramente se viola el *Estado de derecho internacional*, ya que no se observaron, por ejemplo, las reglas de la legítima defensa consignadas en la Carta de San Francisco; y tenemos el caso de la guerra de Irak.

La cuestión podemos plantearla así: si la noción de los

derechos humanos son el fundamento de la noción de un *Estado de derecho internacional*¹⁴ (ambos pretendidamente universales, uno por antonomasia, el otro por extensión), ¿podrá dejar de observarse o —incluso— violentarse el *Estado de derecho internacional* en aras de (entiéndase esgrimiendo razones para...) la protección de los derechos humanos, en virtud del supuesto de la *intervención humanitaria* (esto es, la intervención militar en un tercer Estado por razones humanitarias)? (los derechos humanos “se depravan como una carta en el *poker* político internacional, cuando se alcanzan —únicamente— a través de medios militares, brutalmente, y bajo la violación de la soberanía de un Estado”, Wang Wei).

No es difícil advertir que nos encontramos frente a un evidente caso de *la tensión dialéctica entre soberanía estatal y la protección de derechos humanos*, planteada por el Dr. Carrillo Salcedo y prevista por el Instituto de Derecho Internacional en su Declaración de 1989, *La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados*. En este problema planteado, no dudamos en propugnar por que, cualquier fórmula que se utilice para su solución, la cuestión sea resuelta en favor de la protección de los derechos humanos. Empero, en el orden estrictamente iusinternacional, resulta que la cuestión tiene otros tintes; en efecto, pues siguiendo la Carta

de San Francisco —que puede ser lo más parecido a una *carta magna* de la sociedad internacional que podemos hallar—, en donde se consignan tanto los *propósitos* como los *principios* de las Naciones Unidas, resulta que los derechos humanos —en concreto su respeto— *son un propósito de las Naciones Unidas*; mientras que *la no intervención en los asuntos internos de los Estados* es un principio rector de la ONU y de sus Estados miembros. Así tenemos que la Carta de San Francisco estipula *los propósitos de las Naciones Unidas* en su artículo 1, fracción 3, lo siguiente:

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (énfasis añadido).

En su artículo 2, fracción 4 y 7, la Carta estipula *los principios* de acuerdo a los cuales la ONU y los Estados miembros procederán:

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cual-

14 Carlson, S. “Establishing the Rule of Law”. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, 2004, pp. 119-141; Christenson, G. “World Civil Society and the International Rule of Law”. *Human Rights Quarterly*, vol. 19, núm. 4, 1997, pp. 724-737; Douglas-Scott, S. “The Rule of Law in the European Union—Putting the Security into the Area of Freedom, Security and Justice”. *European Law Review*, vol. 29, núm. 2, 2004, pp. 219-242; Fletcher, B. “The Rule of Law, Terrorism and Countermeasures including the USA Patriot Act of 2001”. *Florida Journal of International Law*, vol. 16, 2004, pp. 43-87; Heuschling, L. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. París, Dalloz, 2002, p. 739; Morin, J. Y. “L’État de Droit: émergence d’un principe du Droit international”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 254, 1995, pp. 13-462; Newman, G. “Comment, Counter-terrorism Operations and the Rule of Law”. *European Journal of International Law*, vol. 15, núm. 5, 2004, pp. 1019-1029; Pereira Menaut, C. *Rule of Law o Estado de derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 127.

*Resulta muy indicativo
el hecho de que no
exista un sistema
universal de protección
de los derechos
humanos.*

quier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas (énfasis añadido).

7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII. (énfasis añadido).

Asimismo, tenemos que estos principios, entre otros, han sido acogidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas:

a) El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,

b) El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia,

c) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta,

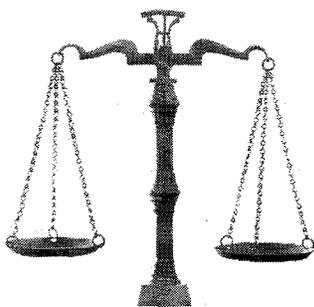
d) La obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta,

e) El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos,

f) El principio de la igualdad soberana de los Estados,

g) El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.

Sobre la cuestión de la universalidad de los derechos humanos pueden decirse, desde muchas posturas diferentes, una gama de argumentos en pro o en contra; empero, resulta muy indicativo el hecho de que no exista un sistema *universal* de protección de los derechos humanos, y que sólo se cuente con sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como lo son el sistema interamericano, el europeo y el africano, y que además éstos tengan dinámicas evolutivas distintas y derroteros también disímiles.



Reflexiones sobre el realismo jurídico

Rodolfo Gutiérrez Sánchez*

I NTRODUCCIÓN

Sin dejar de darle importancia al debate entre derecho natural y positivismo jurídico, sin embargo, es prudente anotar que el centro del debate que actualmente se desarrolla es en el sentido de discutir algunos aspectos o elementos de nuevo cuño acerca de lo que es el derecho. En este aspecto me permito auxiliarme con la concepción y apreciación novedosa que desarrolla mi amigo Arturo Rico Bovio, en su extraordinario libro que generosamente me hizo llegar y cuyo título es: *Teoría corporal del derecho*, publicado por la Universidad Autónoma de Chihuahua y editado por Miguel Ángel Porrúa, 2000.

Asimismo, quiero dejar asentado en este escrito que transcribo lo más fiel posible algunas ideas básicas del autor de la obra mencionada. En cuanto a la clasifi-

cación de los diversos realismos jurídicos que hace el autor, me pareció indispensable incorporarlos al texto que hoy les presento. Considero que dicha clasificación es no solamente clara, sino muy concreta, sin dejar de ser profunda y, mucho menos, reduccionista.

El carácter actual de la polémica en el derecho debe ser enriquecedor de los conceptos, de la teoría, así como de la doctrina. En este sentido debemos quitar todos los obstáculos que representan los falsos debates y la argumentación débil e imprecisa que no trae consigo más que dificultades teóricas y prácticas de añejo cuño, que imposibilitan la idea de aplicar los enfoques nuevos como alternativa para hacer del debate en el derecho una acción integradora de los diversos campos en que se debe desarro-

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas



llar la ciencia y la teoría jurídica, y para tal efecto me propongo apuntar algunos de esos campos a considerar en el estudio del derecho:

- 1) Filosofía social o antropología filosófica.
- 2) Visión comunicativa de la vida social.
- 3) El papel del lenguaje, los medios de computación.
- 4) Deontología jurídica.
- 5) Ética jurídica.
- 6) Argumentación jurídica.
- 7) La semiótica jurídica.
- 8) Ontología.
- 9) Metodología jurídica.
- 10) Hermenéutica jurídica.

De alguna manera debemos superar el camino andado por tantos grandes juristas, por ejemplo: es un error conceptualizar al derecho como “un conjunto de

normas jurídicas impero-atributivas de carácter coactivo”; esta definición no resiste un análisis riguroso, cuidadoso, acerca de lo que es el derecho: es un reduccionismo, sencillo, limitado, que deja sin explicar todo el contexto social en que el desarrollo del derecho se realiza o se ha venido históricamente realizando.

Nosotros debemos proponer una noción del derecho que sea construida como un circuito comunicativo macrosocial, jurídico y político, con el carácter sustancial de “ordenador, ordenamiento, ordenatario”.

Por otra parte, debo decirles que si bien es cierto que el ordenamiento jurídico está integrado por normas, hay otros juristas que afirman que también está integrado por otras clases de enunciados jurídicos, considerando que el carácter jurídico

les ha sido otorgado por la función que desempeñan y por el contexto en que se movilizan y no por sus cualidades intrínsecas o meramente formales.

Algo imprescindible en toda actividad referente al campo jurídico, tanto para justificar o desautorizar los contenidos de cada orden jurídico o del sistema normativo parte perceptible/significante del derecho, es que se requiere tener presente en todo momento la idea clara, contundente, precisa (aunque sea sólo con la función orientadora y axiológica) de la justicia y por ello es necesario recurrir a una base sólida de valores éticos, morales, es decir, procede consultar, tomar en cuenta las necesidades y capacidades naturales del ser humano que constituyen la base de las instituciones y valores sociales, tanto para la creación, aplicación y decisión jurídica.

En atención a lo expresado, se sigue, creo yo, con la exposición del tema referente a la importancia del realismo jurídico, pero antes permítaseme una última disquisición: creo que podría reducirse el debate del derecho mediante el enfoque de las principales teorías contemporáneas del derecho, y formulando una primera clasificación de estas teorías en dos bloques (desde el punto de vista didáctico y metodológico) el primer bloque es el que se denomina teorías de mayor alcance (Hart, Kelsen, Bobbio y Dworkin) y las segundas, teorías de menor alcance

(sociologismo, realismo jurídico) y cuyos representantes más destacados son: Holmes, Frank, Pound, Ross y Olivecrona.

Agregaría que estoy convencido de que el derecho

puede ser el mejor instrumento, el de mayor importancia para estimular la evolución humana a mayor y mejores estadios de convivencia social, armonía, justicia y orden social.

Algunos proponen que si vamos a considerar la necesidad de pensar con prospectiva, debemos sentar las bases del futuro, de un buen futuro para las próximas generaciones, siendo esta base de una estructura tripartita.

TRÍPODE FILOSÓFICO Y JURÍDICO

- 1) Concepción del ser humano.
- 2) La aplicación efectiva de la comunicación dialógica y democrática.
- 3) Una noción de la justicia acorde a la ley y necesidades del grupo social.

EL REALISMO SOCIOLOGICO JURÍDICO

Dentro de la clasificación de teorías de menor alcance encontramos al realismo jurídico o sociológico, en dos vertientes: una sostenida por un grupo de juristas de Europa, denominado realismo escandinavo, en el cual destacan

...puede ser el mejor instrumento, el de mayor importancia para estimular la evolución humana a mayor y mejores estadios de convivencia social, armonía, justicia y orden social.



como figuras emblemáticas de esta corriente del pensamiento jurídico: Alf Ross y Olivecrona; el otro grupo de juristas se denomina realismo norteamericano destacando principalmente el juez O.W. Holmes. Ambas posiciones o enfoques son diversas y siguen rumbos diferentes en cuanto a definir el derecho de que se trate. Sin embargo, este grupo heterogéneo de autores tiene algunos puntos en común que se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) Por su clara ruptura con la visión abstracta y formal de la teoría jurídica.
- b) Porque abordan los fundamentos concretos de la vida jurídica, en lugar de quedarse en el mero examen del orden normativo; tienen una inclinación por rescatar el enfoque sociológico y la importancia del estadio de algunas ciencias sociales con el objeto de delimitar el campo que será propio del derecho.

Como podrá constatarse en el desarrollo de este escrito, no es particular posición de las micro teorías, o como les llamo: de menor alcance, hacer uso de conceptos y categorías, tales como: “poder”, “interés en juego”, “utilidad social”, “clases sociales”, “fenómeno social”, “leyes sociales”, “instituciones” y otros del mismo perfil sociológico. Por lo que no debe asombrarnos que así sea, pues la más radical postura formalista reconoce que

el derecho es una técnica social coercitiva; por ello queda claro que la diferencia entre las posturas formalistas y realistas más bien estriba o reside en un tratamiento distinto de los límites del concepto de “derecho”, que amplía o restringe la materia de estudio. Esto y no las declaraciones de los juristas que a veces hacen eco de la “filia”, apasionamiento de la polémica o en casos extremos a la cerrazón, al hermetismo, al enclaustramiento de las ideas sostenidas por el “patrono” del enfoque formalista o en su caso por el más carismático de la corriente del realismo.

Permítaseme dejar claro que en mi opinión tanto las teorías de mayor alcance, como las de menor, son igual de respetables y en todo caso, ambas aportan en mayor o menor grado valiosos argumentos para enriquecer el campo de los saberes jurídicos.

Reconociendo, como lo he expresado, la diversidad de matices, incluso mayor que la observada en el (o los) derechos naturales y en el (o los) positivismo, que se advierte en la posición del enfoque realista. Intentaré hacer una subagrupación, que de ninguna manera es exhaustiva, es decir, que no se agota en la misma, pero que vale para esta ocasión. Veamos la clasificación que hace Rico Bovio (2000) de los realismos jurídicos:

1. Realismo.
2. Realismo de las instituciones.
3. Realismo de interés en juego.



4. Realismo dialéctico.
5. Realismo norteamericano.

REALISMO DEL ORDENADOR

Se incluye aquí a las oposiciones y concepciones que han sido adoptadas por un grupo de autores, que parten de examinar los actos de autoridad como constitutivos del derecho. Aquí podemos apuntar a *Bentham*, que afirmó que “el derecho es el producto de una voluntad soberana” o “el derecho es un mandato emanado del legislador”, idea que comparte Austin, creando así el inicio del debate sobre la Teoría del mandato, en este caso del soberano, teoría fuertemente criticada por Hart. Tratando de atemperar el debate, al respecto *Bodenheimer* expresa que “el derecho es un término medio en-

tre la anarquía y el despotismo”, restringir el ejercicio arbitrario del poder, poner límites al poder mediante la imposición del poder de la observancia de ciertas normas, reglas generales de conducta, eso es derecho.

REALISMO INSTITUCIONALISTA

Es el jurista francés *Hauriou* (civilista) quien desarrolló la idea de que “las instituciones son el centro y la fuente de la juricidad”, porque las instituciones son una especial clase de formación social, desde la familia hasta el Estado. Claro, constituidas bajo un centro de poder o una idea de empresa que se manifiesta jurídicamente. Así, el derecho adquiere una más amplia y nueva dimensión,

es la manifestación espontánea de una sociedad organizada con base en un orden jurídico.

Santi Romano (citado por Norberto Bobbio. Ver *Teoría general del derecho* (2002)) sostiene la idea de que: *el ordenamiento jurídico es o asume un sentido sociológico, ausente en las propuestas formalistas, es un todo "vivo", donde se conjugan la norma, la voluntad, la potestad y la fuerza, configurando una "institución" que constituye un "cuerpo social" idéntico al orden jurídico.*

REALISMO DEL INTERÉS EN JUEGO

Esta posición parte de la escuela sociológica norteamericana, en su más clásica tradición del derecho anglosajón; en ella no ofrecen al menos con mínima claridad una cierta teoría jurídica, sino una diferente interpretación del derecho, acorde con su formación en el pensamiento pragmático y liberal. En suma: su aportación consiste en considerar en razón de su experiencia histórica de la práctica jurídica de los tribunales *que el derecho responde a los intereses en juego de las partes y de la comunidad.*

Roscoe Pound (172) expone (que) su inclinación es por la vía experimental para el estudio del derecho y afirma que: la jurisprudencia es una disciplina de ingeniería social, es una ciencia de "mecánica social" que tiene que ver con el campo donde se

estudia por medio de la ordenación de las relaciones humanas, recurriendo a la acción social políticamente organizada. Igualmente afirma que el derecho no se hace o no se reduce a las leyes escritas; por el contrario, es derecho todo aquello que lo hace ser instrumento de justicia, y todo lo que hacen los abogados, las concepciones legales, las pautas y preceptos que emergen de los tribunales, mismos que se manifiestan bajo la forma jurídica de precedentes (casos y controversias), son derecho.

Así, el derecho es un factor para la satisfacción de necesidades sociales, que deben ser concebidas como intereses, aspiraciones y pretensiones. Así, la aportación de los abogados es la importancia en la solución de los conflictos, de la conciliación y equilibrio de intereses como fundamento de la labor del juzgador.

A la posición de Kelsen (1991) ante el modelo piramidal descendente, a partir de una norma fundamental básica que le sirve de soporte y justificación (validez formal), el realismo norteamericano ofrece la alternativa inversa: son las acciones humanizadas, tamizadas por la práctica de los tribunales, las que en última instancia convalidan al orden jurídico. Sin querer los positivistas al formular la "norma individualizada" dictada por los jueces dieron cierta base a los realistas para su construcción jurídica, ya que éstos invierten el modo piramidal kelseniano, al

modo de establecer como punto de partida desde la norma individualizada y hurgando incluso más abajo, hasta llegar a las motivaciones profundas, propias de la subjetividad humana.

REALISMO DIALÉCTICO

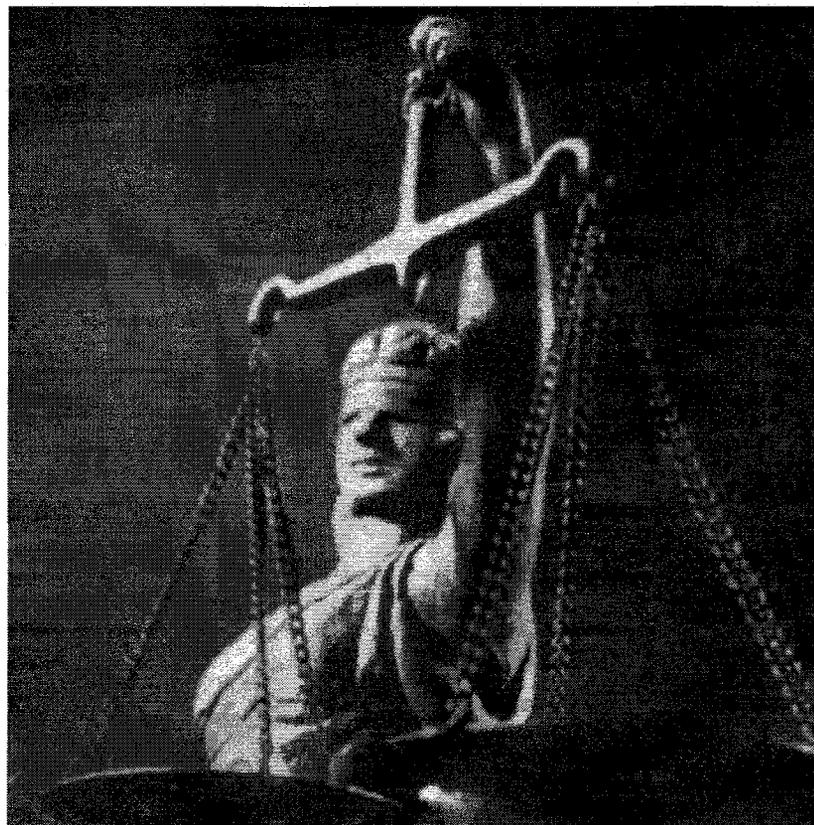
La concepción del derecho en Marx, no fue estructurada, ordenada y sistematizada en un solo cuerpo jurídico, sino que la encontramos dispersa en varios de sus escritos, doy unas pistas:

- 1) *Crítica a la filosofía del derecho de Hegel.*
- 2) *Escritos económicos-filosóficos.*
- 3) *Crítica a la economía política.*
- 4) *Primer tomo de El capital*
- 5) *El anti-düring.*
- 6) *El manifiesto comunista.*

Quizá la idea de Marx acerca del derecho (la más leída y menos comprendida) la constituye la expresada en el enunciado siguiente: "la extinción del derecho y del Estado en la etapa superior del comunismo científico...". La idea de la lucha de clases antagónicas porque así lo son sus intereses, la tesis de la estructura básica de la sociedad y la súper estructura.

La idea del carácter de clase del derecho que se expresa en *El manifiesto comunista*, al sostener que:

Nuestras ideas son en sí mismas producto de las relaciones



de producción y de propiedad burguesas, como nuestro derecho no es más que la voluntad de nuestra clase erigida en ley, voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones de existencia de nuestra clase.

Es de reconocer que ya en la actualidad y en un marxismo revisado, renovado y profundamente crítico, algunas de las tesis iniciales de Marx han sido revisadas y, en algunos casos, renovadas, y en otros, prácticamente abandonadas. Dentro de este enfoque dialéctico del realismo encontramos a Óscar Correas (1998), argentino que tiene varias décadas radicando en México y que ha construido su propia



variante teórica a la que ha denominado Realismo dialéctico con base en tres fuentes que integran su construcción: Marx, Kelsen y Hume. Y marcó algunas líneas de investigación, a saber:

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> a) Rescatar la parte que considera válida de la obra de Kelsen. b) Marx y Kelsen no son contradictorios. c) Propone o plantea una práctica científica con relación a lo jurídico al servicio de la transformación social. d) Propone una ciencia material y crítica del derecho. | <ul style="list-style-type: none"> 1) En 1920 se produce en la sociedad norteamericana un movimiento de reacción frente a la tradición jurista que se considera formalista y conservadora. 2) Consideración de las circunstancias contextuales o fácticas que proporciona la realidad social. 3) El rechazo de la explicación de los fenómenos jurídicos a partir de variables endógenas al propio derecho, lo cual im- |
|---|--|

REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

Es una de las corrientes del pensamiento jurídico que en lo esencial es promovida por juristas que ejercen la judicatura (jueces, ministros). Y aun cuando pertenece (así lo ubican muchos tratadistas) al campo del positivismo da lugar a una paradoja muy especial, puesto que el realismo supone una reacción un tanto más extrema al positivismo, sobre todo al formalista kelseniano. Por otro lado, los principales críticos y detractores que ha tenido el "realismo" han sido los positivistas; dicho de otra manera: hay un debate entre el formalismo y el pragmatismo escepticista, sobre todo de los realistas norteamericanos. Los realistas, a decir de Hart (1963), son y representan el debate con grandes exageraciones que resultan saludables cuando se corrigen.

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LOS REALISTAS NORTEAMERICANOS

plica la investigación jurídica a las aportaciones de las demás Ciencias Sociales (Economía, Sociología).

- 4) El rechazo a la construcción teórica de un "cuerpo de conceptos" sistemáticamente elaborados, tal como lo hizo la jurisprudencia analítica con esta tesis de los realistas. Es la negación del carácter autónomo de la ciencia del derecho.
- 5) Desconfianza ante el derecho legislado que desembocó en el realismo americano.
- 6) Influencia de los juristas del llamado "common law" con base en la carencia de cuerpos codificados que sí tenían los juristas europeos.

Propiedades formales: precisión, coherencia, univocidad, completitud, de las cuales se deriva la aceptación dogmática del derecho.

Por otra parte, los realistas consideraron la imprecisión de los lenguajes naturales, la vaguedad, el encierro en cláusulas generales, la variedad de propiedades, como relevantes aplicadores del derecho.

- 7) En la identificación de lo que es el derecho las normas jurídicas son irrelevantes Llewelyn (1977) uno de los representantes de la corriente realista, afirmó: "lo que esos funcionarios hacen acerca de los litigios es, en mi opinión, el derecho mismo".
- 8) El traslado del campo de estudio del derecho a la regularidad de los comportamientos, que son presupuestos de la

resolución de controversias hacen de la interpretación y aplicación del derecho un problema fundamentalmente práctico, donde lo relevante es la solución que se alcanza.

- 9) En esencia el realismo sostiene que lo más valioso y relevante es la predicción: lo que harán esos funcionarios y otros en el futuro.
- 10) Contemplar lo que los jueces "dicen" y lo que "hacen".

La conferencia dictada en Boston por el juez Holmes en 1897 puede considerarse como un público manifiesto de las ideas de la corriente del realismo jurídico:

Veamos lo que dice el juez Holmes: "en una sociedad como la nuestra, el imperio de la fuerza pública en determinados casos ha sido confiado a los jueces y, de ser necesario, todo el poder del Estado habrá de desplegarse para hacer efectivos sus sentencias y decretos. La gente desea saber en qué circunstancias y hasta qué punto correrá el riesgo de hallarse enfrentada a una fuerza tan superior a la propia; esto sólo justifica la consiguiente tarea de determinar los límites más allá de los cuales habrá que tener la materialización de aquel peligro. El objeto de nuestro estudio es, pues, predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia".

El escrito deja ver que el juez Holmes no elaboró una teoría

O. W. Holmes.

Conferencia "The path of the law",
Universidad de Boston, 1897.

jurídica (común en todos los realistas), tan sólo es un presupuesto para un correcto conocimiento del derecho (Holmes) y una desmitificación de los conceptos jurídicos de la teoría clásica.

Asimismo, Holmes elabora el concepto del mal hombre (bad man), mismo que han denominado el punto de vista del mal hombre, que consiste en considerar que a este sujeto sólo le importan las consecuencias materiales que puede predecir para ver las reacciones de los jueces y los funcionarios. Conducta que realiza después de haber reflexionado, obrado con cautela e intuición para estar en condiciones de predecir con base en el pasado las reacciones futuras y posteriores para que los jueces y funcionarios resuelvan, de acuerdo a las directivas, motivaciones y demás recursos que el mal hombre ha pretendido con el solo fin de lograr ese resultado favorable a sus intereses y, en todo caso, lograr la impunidad.

Ante esta situación se opone el punto de vista de lo que pretende el buen hombre, quien obra de distinta manera, que quiere encontrar razones para su conducta, para realizar lo que está permitido y de esa manera predecir los actos del juez; en cambio, el mal hombre se inclina por realizar actos que no están permitidos, es decir, que están prohibidos, y con astucia y argucias de toda naturaleza busca tergiversar los hechos y así influir en la decisión del juez, prediciendo que le será favora-

ble. Pero dejemos hablar al juez Holmes:

Uno de los tantos efectos desdichados que subsiguen a la confusión entre ideas jurídicas y morales, es que la teoría tiende a poner el carro delante del caballo y a considerar derecho y deberes como cosas existentes en sí e independientes de la consecuencia de su transgresión, a la cual anteriormente se adscriben ciertas sanciones. Pero como trataré de demostrar, lo que llamamos obligación o deber jurídico no es sino una predicción de que si una persona realiza o deja de realizar ciertos actos deberá sufrir esta o de aquella manera la sanción de un tribunal de justicia.

Sigue diciendo el juez Holmes: *Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese previo conocimiento puede predecir no con los ojos del buen hombre, que encuentra razones para su conducta, dentro o fuera del derecho, en los mandamientos de su conciencia.*

Hart (1963) somete a la crítica tres aspectos establecidos por la corriente realista del derecho:

1° Destaca la insuficiencia del punto de vista del "mal hombre" para dar cuenta adecuada de la función so-

Ver: H. L. A. Hart. *Concepto del derecho*. Edit Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1963



cial que cumple el derecho en una sociedad avanzada. El realismo parece apoyarse, sin embargo, en ejemplos tomados de reglas primarias que imponen deberes sin tener en cuenta que las normas jurídicas funcionan en su vida, “no simplemente como hábitos o fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta, que son aceptados”.

- La identificación de jueces y funcionarios requiere la existencia de reglas de competencia que los configure como tales y delimite sus funciones, procedimientos de actuación, autoridad de sus decisiones.
- A pesar de la incertidumbre que genera la consideración de la textura abierta del len-

guaje normativo, los jueces y funcionarios aplican generalmente normas preexistentes, que sirven como guía o razón de su conducta. Una característica de todo sistema jurídico es la satisfacción por parte de jueces y funcionarios y demás aplicadores del derecho de las críticas contenida en la regla de reconocimiento del sistema al que pertenecen.

COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS ENTRE AMBOS ENFOQUES DEL REALISMO

Por otra parte, me parece pertinente señalar que entre ambas corrientes del realismo existen diferencias obvias, tanto en el origen como en el objeto, por lo que no está de más establecer el término “realista” aplicado a dos grupos de juristas: los rea-



listas escandinavos y los realistas norteamericanos.

1. Es el escandinavo el que adopta un escepticismo, aún más cercano a bases filosóficas.
2. Algunos realistas escandinavos comparten el enfoque antimetafísico y por ello coinciden con el pensamiento positivista.
3. Ross (2001) admite la influencia del magisterio de Kelsen (1991) en sus propios puntos de vista, aunque siga rechazando el análisis normativo kelseniano (deber).
4. Ambos grupos se han mostrado insatisfechos con algunos resultados del positivismo (formalismo, hermetismo, validez y deber).
5. El realismo norteamericano no comparte en la ciencia del

derecho el trasfondo filosófico de las posturas de los escandinavos.

6. Los estudiosos norteamericanos han adquirido mayor fuerza gracias a las características del sistema jurídico y constitucional y por ello, la concepción del derecho dentro de su enfoque realista es de mayor significación local que de carácter filosófico del realismo escandinavo.
7. Los norteamericanos no se han ocupado tanto como los escandinavos de las cuestiones acerca de la "naturaleza del hombre".
8. Los norteamericanos se han ocupado principalmente en estudios que tienen que ver con la aplicación práctica del proceso judicial. Se concentran en el significado del derecho para la gente sujeta a él, su significación para el hombre de la calle que necesita asesoramiento jurídico.
9. Toma muy en cuenta, según su criterio, el realismo de EE.UU. la incapacidad de las normas solas para dar una predicción sobre el resultado de un litigio, y afirman que sobre los hechos hay que determinar, en primer lugar, que al final de la decisión judicial y las normas jurídicas tenga algo sobre lo que hay que operar.
10. Ambas corrientes del realismo jurídico (escandinavos y norteamericanos) no constituyen una sólida corriente del pensamiento jurídico: en menor medida los norteamericanos.

canos, es decir, no constituyen una escuela firme y cimentada al tenor del derecho natural o del positivismo jurídico. Sin embargo, es importante su estudio a fondo para clarificar algunos conceptos jurídicos del positivismo, quizá los más débiles y enriquecer los más fuertes.

Puede ser prácticamente útil señalar ciertas coincidencias y similitudes entre ambos grupos del realismo jurídico. Veamos algunas de ellas:

1. Ambos movimientos son radicales e iconoclastas en cuanto actúan con mucha firmeza y defienden sus propuestas como si fuera una cuestión de principios, y por otro lado, se han atrevido a cuestionar, criticar al formalismo positivista y romper con varios iconos o paradigmas del positivismo jurídico, sobre todo respecto a la teoría de las normas.
2. Los norteamericanos ponen el acento en la impracticabilidad de describir el proceso judicial, o de predecir su resultado, únicamente en términos de normas jurídicas. En tanto los escandinavos tratan la noción de norma válida como algo que existe solamente en la imaginación.
3. Los escandinavos ponen su atención en ocuparse en primer lugar del carácter de las normas jurídicas, en tanto los norteamericanos examinan el contenido del derecho y la interacción de normas, directrices políticas y principios en el interior del sistema jurídico.
4. Ambos grupos guardan una tendencia común: la de minimizar el carácter normativo del derecho e investigar los problemas jurídicos mediante la metodología de las ciencias físicas o empíricas.
5. Ambos sostienen una muy arraigada atención a la propuesta de la predicción de la actividad judicial futura. Aunque se guardan en el fondo alguna reserva que se refleja en varias actitudes hacia este aspecto básico de concepción del sistema jurídico.

Una vez que hemos señalado (muy sucintamente) las diferencias y actitudes comunes entre ambos grupos del realismo jurídico, dentro de una visión muy general, será útil presentar ahora algunos rasgos de esta corriente del realismo jurídico en relación con otros juristas que no pertenecen a este movimiento, pero que guardan algún acercamiento con los planteamientos del realismo jurídico, veamos: la posición y las funciones de los tribunales en el sistema jurídico, permite abordar algunos aspectos como el modo en que han sido descritas por algunos juristas.

Por ejemplo: los puntos de vista de Alf Ross (2001), son muy similares a los de Olivecrona (1970), y otros juristas escandinavos se pueden comparar con los puntos de vista de algunos juristas norteamericanos sobre

Si fuera de la corriente realista diría: “no hay peor obra que la que no se hace”. Es preferible o más importante el hacer que el decir, pero también es importante obrar con el fin de hacer más justo y equitativo el mundo de hoy para el futuro.

todo en una percepción moderna respecto al derecho y las predicciones de la actividad jurídica. Entre los autores norteamericanos destaca Jerome Frank (1993), quien es fuertemente influenciado por el padre del realismo norteamericano. Oliver Wendell Holmes, de quien ya hemos hablado.

Para ningún jurista pueden pasar inadvertidos algunos puntos de vista de Ross cuyo pensamiento jurídico tiene una deuda con Kelsen (1991), como ha sido reconocido por el propio Ross. Dicho de otra manera, Ross, comparte relevantes aspectos del pensamiento de Kelsen, sin dejar de sostener las críticas y cuestionamientos a la teoría pura del derecho; críticas que fueron oportunamente respondidas por Kelsen en la obra: contribuciones a la teoría pura del derecho (1991).

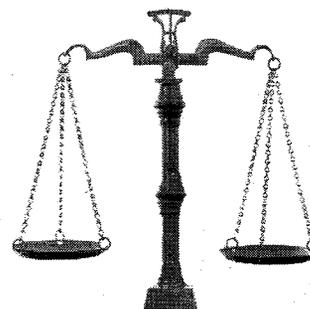
Ross profundiza el concepto del “derecho válido”, mismo que es de gran ayuda para los juristas que han formulado proposiciones para dilucidar los variados aspectos de dicha noción. El mismo Kelsen, al analizar el término “derecho”, le adjudica un significado muy especial que sólo puede ser contenido en su contexto particular:

“El derecho es una norma o un sistema, pues una norma no es un hecho de ser sino una prescripción del deber ser” (1991).

Si fuera de la corriente realista diría: “no hay peor obra que la que no se hace”. Es preferible o más importante el hacer que el decir, pero también es importante obrar con el fin de hacer más justo y equitativo el mundo de hoy para el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Editorial Temis, S. A. Bogotá, 2002.
- Correas, Óscar. *Sociología del derecho y crítica jurídica*. Distribuciones Fontamara, S. A., México, 1998.
- Dworkin, R. M. *Compilador. Filosofía del derecho*. F.C.E., México, 1980.
- Finch, John. *Introducción a la teoría del derecho*. Labor Universitaria, Barcelona, 1977.
- Frank, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Fontamara, México, 1993.
- García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. Fontamara, México, 1998.
- Hart, H. L. A. *Concepto del derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- Holmes, O. W. Conferencia "The path of the law". Universidad de Boston, 1897.
- Kelsen, Hans. *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Fontamara, México, 1991.
- Pound, Roscoe. *Filosofía del derecho*. Tipográfica editora argentina, 1972.
- Rico Bovio, Arturo. *Teoría corporal del derecho*. UACH. Chihuahua, México, 2000.
- Ross, Alf. *Concepto de validez y otros ensayos*. Fontamara, México, 2001.
- Teoría general del derecho y del estado*. UNAM, 1995.
-



La argumentación sobre normas (en la Ética y en el Derecho)

Walter Beller Taboada*

NOTAS INTRODUCTORIAS

¿Puede la lógica, en tanto que teoría de la argumentación, ayudarnos a resolver conflictos humanos? Más específicamente, ¿hay una lógica de normas que nos permita asentar una posición racional ante las controversias del terreno ético o jurídico? Las preguntas son pertinentes por tres órdenes de cuestiones:

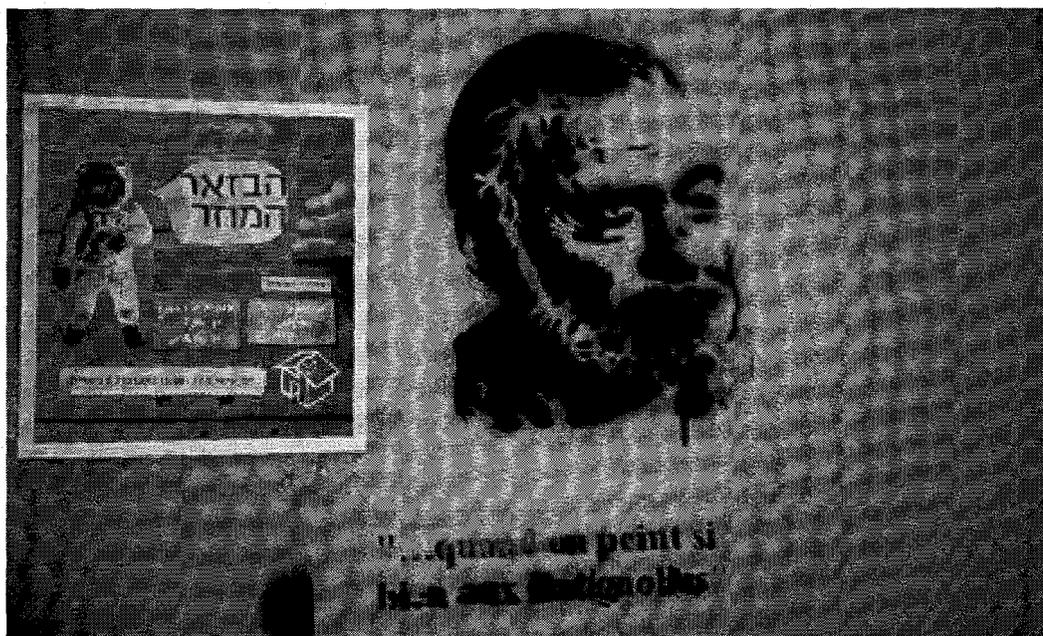
- En primer término, porque nuestra sociedad atraviesa actualmente por una innegable crisis moral derivada de la violencia impune y de un modelo de capitalismo omiso a los valores humanos y solidarios. La crisis inclina cada día más al relativismo y a la irracionalidad, empujando a pensar que cualquier aserción moral podría ser tan admitida, sin importar cuán incongruentes puedan resultar los asertores.

- El otro orden de consideraciones: se iniciaron en el Estado de Chihuahua los *juicios orales*,

que se habrán de implantar en toda la República, de acuerdo con la reforma judicial federal. Los juicios orales son una novedad en el país y requieren la adquisición de un mayor conocimiento de los instrumentos de análisis, exposición y crítica indispensables para llevar a buen puerto las argumentaciones. No sería nada desdeñable el manejo de los conocimientos lógicos más avanzados para la argumentación en materia de normas.

- Por último, y relacionado con los dos anteriores, la Teoría de la argumentación enfocada al ámbito de las normas posibilitaría un trabajo interdisciplinario, que tanto nos hace falta en las instituciones de educación superior, ya que se trataría de una indagación conjunta entre profesionales de las áreas de filosofía y derecho, con mutuos beneficios

* Profesor de la Maestría en Filosofía-Humanidades en el ICSA



para la mejor formación de los profesionales.

Indudablemente, la argumentación resulta indispensable en el derecho y en los temas éticos, porque sirve para clarificar provechosamente las ideas propias y ajenas, y eso permite un diálogo racional, el cual es la acción más radical que se opone a la violencia y el fundamentalismo. Así, el conocimiento de las buenas estrategias argumentativas es una exigencia profesional y una demanda democrática. Hablar de buenas estrategias discursivas significa conocer cuáles son y cómo operar con ellas. Por lo pronto, hay que distinguir dos sendas posibles para la confección de buenos argumentos.

DOS CAMPOS DE LA ARGUMENTACIÓN

Tenemos que partir de una orientación —que a la postre

resulta desventajosa— en la formación académica que recibimos. Los programas de estudio universitario suelen incluir algún curso obligatorio de lógica, pero los estudiantes advierten más o menos pronto que la lógica parece estar más cerca de las matemáticas que de otras ramas de la filosofía. Al mismo tiempo, asisten a materias en las que se usan diversos procedimientos lingüísticos y retóricos para sostener o negar una afirmación, argumentando a partir de proposiciones verosímiles y dando la impresión de que se le dará la razón a quien resulte más persuasivo, se apoye o no en razonamientos válidos. Por ende, en nuestros centros universitarios mantenemos una marcada dicotomía entre lo que algunos llaman lógica teórica (la lógica deductiva clásica) y la lógica pragmática (o lógica informal). En uno u otro caso nos encontramos frente a nociones diferentes de lo que es

la argumentación (S. Toulmin, 2007; Walton, 1999).

Argumentos en lógica

Para la lógica clásica¹ un argumento se expresa en el lenguaje,² siempre que éste se emplee en su uso *apofántico*, es decir, cuando el discurso se compone de enunciados, los cuales tienen forzosamente *un valor de verdad* (verdadero o falso).

Desde esta perspectiva, un argumento se define entonces como una cadena *finita* de enunciados (oraciones declarativas), tal que al último de los enunciados se le llama conclusión y todos los anteriores se les denomina premisas. La conclusión suele ir precedida por la expresión “Por lo tanto” o sus equivalentes. Ahora bien, la lógica busca distinguir con claridad y exhaustividad los buenos argumentos de los malos. Desde la perspectiva de la lógica, un buen argumento es un argumento *válido*; es decir, aquel en el que *es imposible* que las premisas sean verdaderas y su conclusión falsa.

Valga como ejemplo el siguiente: “Si la acupuntura soliese enfermar a la gente, sería estúpido probarla. La acupuntura no suele enfermar a la gente. Por tanto, no es estúpido probarla”. Es un argumento inválido, como lo prueba el siguiente *contraejemplo*, que tiene *la misma forma lógica*³ y, sin embargo, nos conduce a una conclusión inconsistente:⁴ “Si es veracruzano, entonces es mexicano. No es veracruzano. Por tanto, no es mexicano”. A cualquier mexicano no-veracru-

zano le queda claro *lo no conclusivo* del argumento.

Como ejemplo de una inferencia válida o argumento válido tenemos el siguiente: “Ofelia estudia química. Por lo tanto, Ofelia estudia química o es venezolana”.⁵ Un argumento válido es, también, aquel que *no tiene contraejemplos*.

Argumentos en la pragmática discursiva

Por otra parte, la lógica informal o lógica pragmática tiene que ver con un dominio diferente a la certeza o certidumbre de los cálculos deductivos;⁶ su objetivo consiste en el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o acrecentar la adhesión de otros a las tesis o aseveraciones que se le presentan. La búsqueda de la adhesión de otros supone algo que no se da en ningún cálculo deductivo: el diálogo —real o virtual—, el contacto recíproco entre el proponente y el oyente, o incluso entre el autor y sus lectores. El diálogo es una secuencia de intercambios de mensajes o actos de habla entre dos o más participantes. Aunque lo más típico en un diálogo es el intercambio —real o virtual— de preguntas y respuestas entre las partes (Walton, 1999: 3).

Un ejemplo de una argumentación que utiliza el recurso de defender un punto de vista con una secuela subordinada de circunstancias: “No puedo ayudarte a pintar tu cuarto la próxima semana porque no tengo tiempo

1 Es preferible la caracterización de lógica clásica en lugar de la denominación “lógica teórica”, no obstante que ésta podría ser usada en contraposición a la lógica “aplicada” o la teoría de las inferencias no formales o “lógica pragmática”.

2 La lógica parte del lenguaje, del cual nos servimos para hacer preguntas, para elevar súplicas, para dar órdenes, para proferir insultos, para alburar, para expresar deseos; también nos servimos de él para formular afirmaciones sobre los objetos, o sea, para *enunciar* hechos o describir situaciones. Este último uso se sintetiza en los enunciados.

3 La noción de forma lógica de un argumento puede ilustrarse por analogía con las formas poéticas o las musicales. La misma relación que existe entre la *forma* de un argumento y los *infinitos* argumentos que se ciñen a la misma forma, es análoga a la *forma* soneto y los *infinitos* poemas —elegiacos, satíricos, de amor, etcétera— escritos en forma de soneto; o entre la *forma* sonata y las diferentes sonatas que no es dado escuchar (Deaño, 1983: 40 y ss).

4 La forma lógica de este argumento es: Si P entonces Q. No p. Por tanto, no Q. Se trata de la falacia (formal) de negación del antecedente.

5 La forma lógica de este otro argumento es: Q. Por tanto, Q o R.

6 Un cálculo formal —un lenguaje formal— está compuesto por tres conjuntos diferentes: un conjunto de símbolos (lógicos y no lógicos), que son las piezas del sistema; un conjunto de reglas de formación o de construcción que establecen las combinaciones correctas entre esos símbolos; y un conjunto de reglas de transformación cuya aplicación permite transformar una combinación bien construida de símbolos por otra combinación que resultará igualmente bien construida, a veces mediante determinadas reglas de deducción.

En un diálogo argumentativo, en el cual se controvierte o discute un asunto, los participantes deben tener en cuenta aspectos y reglas negativas referidas a una suerte de código de buena conducta.

la próxima semana, [porque] tengo que estudiar un examen, [porque] de otra forma perdería mi beca, [porque] no estoy teniendo un buen resultado en mis exámenes, [porque] llevo en mis estudios más de cinco años...”. En una argumentación subordinada, el hablante anticipa ciertas partes de la argumentación que necesitarán una mayor defensa; entonces, la parte a ser defendida se convierte en un punto de vista subordinado (*substandpoint*), que es defendido por medio de una cadena subordinada de razonamientos en la que la relación más débil determina la fuerza de todo, sin tener en cuenta otros vínculos (van Eemeren, 2006: 71).

En general, esta clase de argumentaciones (también llamadas pragmo-dialécticas) no se orientan a la demostración de la verdad o falsedad de una cierta conclusión (como en el caso de la lógica), sino al *tratamiento y resolución de las discusiones críticas*. Está claro que esta perspectiva difiere del enfoque lógico: antes de juzgar la bondad del argumento por sí mismo, por su estructura y su valor probatorio o demostrativo —como hace la lógica—, lo que interesa primordialmente es la *legitimidad* de las intervenciones argumentativas de las partes

en confrontación y de su rendimiento para conseguir los objetivos de la discusión crítica (Walton, 1999: 23-26; Vega Reñón, 2003: 133 y Passim).

Reglas del discurso argumentativo

En un diálogo argumentativo, en el cual se controvierte o discute un asunto, los participantes deben tener en cuenta aspectos y reglas negativas referidas a una suerte de código de buena conducta. Citemos *algunas* de esas reglas y mencionemos ciertas transgresiones a las mismas.

Regla (A) Ningún participante debe impedir a otro tomar su propia posición, a favor o en contra, con respecto a los puntos o tesis en discusión. Los casos como de quien aduce “de eso no quiero oír ni hablar”; o esgrime en contra del propio interlocutor: “usted no está en condiciones de contradecirme a mí”; o incluso, “nadie en su sano juicio me discutiría esto”, en todos estos casos se viola la Regla (A).

Regla (B) Quien sostenga una tesis está obligado a defenderla y responder cuando se lo demande el interlocu-



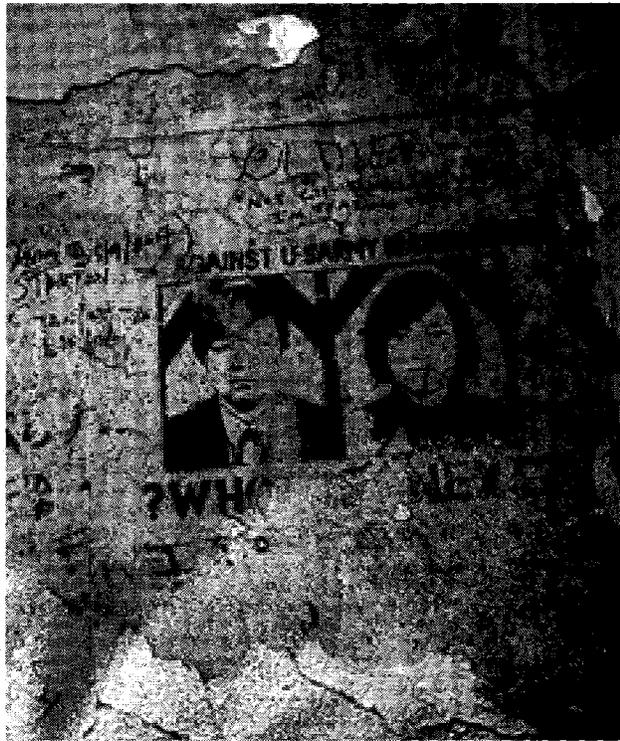
tor. Es un caso de lo que se llama *la carga de la prueba* (según la prescripción quien afirma tiene que probar lo que afirma). Ejemplos, cuando alguien dice: “los hechos hablan por sí mismos”; o el consabido: “si no me crees, pruébame que no tengo razón”, son casos que transgreden la Regla (B).

Regla (C) Una tesis sólo puede defenderse con argumentos referidos justamente a ella. Ejemplos de transgresión a dicha regla serían algunas falacias, como la falacia de “las malas compañías”, que es una falacia no formal que ataca la posición de una persona únicamente porque esa posición ha sido sostenida también por una persona malvada o estúpida. La idea es que si alguien ostensiblemente malvado o estúpido mantuvo ese punto de vista, cualquiera que mantenga ese mismo punto de vista debe ser malvado o estúpido. Así si alguien está a favor de la eutanasia y otro está en contra puede aducir que Hitler apoyaba la eutanasia. Lo más probable es que el primero se quede sin saber qué responder (y entonces se le aplica la regla del que calla, otorga). En éste como en muchos otros casos, la falacia tiende a impedir que se discuta el meollo del asunto y viola la Regla (C).⁷

¿Retórica o lógica?

En suma, los caminos de la argumentación siguen dos líneas

⁷ Desde luego, hay más reglas y principios de la discusión crítica. Véase: Fisher, 2007; Vega Refión, 2003; Walton, 1999; Wrigth, 2001.



a los conceptos formales para dar cuenta de la consistencia de un argumento normativo.

En lo que sigue exponemos una aproximación a la problemática de las normas desde la perspectiva de la lógica deductiva, del cálculo deductivo deóntico. Posteriormente ofrecemos algunos señalamientos puntuales sobre la lógica no formal deóntica.

¿CUÁL ES LA FORMA LÓGICA DE LAS NORMAS?

En nuestra vida cotidiana constantemente proferimos juicios normativos o valorativos. Decimos, por ejemplo: “Esta situación es injusta”, “Está prohibido fumar en áreas cerradas”, “No se puede dejar de pagar impuestos”, “No es bueno discriminar a la gente por su condición económica, social, de género, por sus preferencias sexuales” —o expresar simplemente: “No es bueno discriminar”—. Son el tipo de oraciones que empleamos cuando razonamos normativamente y son usuales tanto en el terreno de la ética como en el del derecho. (En adelante vamos a considerar las proposiciones normativas sin distinguir entre esos dos terrenos, aunque sabemos que existen posiciones muy sólidas que se oponen a la equivalencia completa entre ambas⁹).

Son, pues, oraciones *prescriptivas*¹⁰ que expresan un mandato —una acción realizada por un deber— y pueden resultar radicalmente diferentes de las oraciones declarativas —los enunciados—

diferentes. Líneas que, sin embargo, podrían converger en determinado momento: una persona en un diálogo argumentativo podría perfecta y legítimamente formular uno o varios argumentos deductivos —formalmente válidos— como parte de su exposición; inversamente, cuando se presentan los resultados de un análisis lógico, quien los presenta puede irrefragablemente recurrir a los caminos trazados por la lógica pragmo-dialéctica.

De acuerdo con lo anterior, para lograr los propósitos de la argumentación moral o de la argumentación jurídica, existen dos caminos. Por una parte, se puede usar la lógica informal, que emplea la *retórica* moral o jurídica⁸ y, por otra parte, puede uno valerse de teorías lógicas de cierto tipo, las *lógicas deónticas*, que recurren

⁸ En México contamos con una tradición que trata de poner en conexión el razonamiento jurídico con las formas de inferencia formal e informal, como lo prueban los innovadores trabajos de Eduardo García Máynez desde 1955 (García Restrepo, 2003).

⁹ “En la filosofía jurídica y en la ciencia del derecho se han realizado varios intentos de caracterizar las normas jurídicas conforme a un único tipo de normas. (Sin embargo, el concepto de orden jurídico requiere, al menos, la distinción explícita entre normas y metanormas”. T. Mazzare, en P. Comannducci, 2004: 265).

¹⁰ Entendemos que las oraciones prescriptivas son la expresión lingüística de las normas.

que expresan una *descripción* de hechos. No es lo mismo prescribir “La puerta *debe* estar cerrada” —es obligatorio que esté cerrada—, que reconocer el hecho de que (en determinada situación) “la puerta *está* cerrada”; como es diferente el preguntar “¿Está cerrada la puerta?”. Se trata de una tricotomía que corresponde al modo imperativo, indicativo e interrogativo, respectivamente. Ningún hablante competente de nuestra lengua confunde dichos usos diferenciales, aun cuando puedan darse algunas situaciones ambiguas.¹¹

El problema es si nuestros enunciados normativos pueden o no considerarse verdaderos o falsos. Cuestión difícil de responder, pues existen puntos de vista filosóficos a favor —asumiendo la tesis del cognoscitivismo mínimo, para el cual las proposiciones normativas no expresan una emoción sino una propiedad o relación *constatable*— y puntos de vista en contra, que sostienen una neta diferencia entre lo descriptivo y lo normativo.

En otras palabras, si se considera que los juicios o enunciados prescriptivos adoptan la forma lógica de la norma —expresando lo obligatorio, lo prohibido y lo permitido—, entonces cabe la pregunta de si ellos responden o no a hechos objetivos, si cumplen o no una función cognoscitiva, o si pueden ser comprobados de algún modo (o sólo son juicios subjetivos).

Consideremos ahora las siguientes tres oraciones:



“Óscar es alto”,
 “Óscar es justo” y
 “Óscar debe cumplir sus
 promesas”.

La primera es una descripción que resultará verdadera si realmente sucede lo que ella describe. Se trata de una proposición, según lo que precisamos antes. La segunda podría hacernos dudar un momento, pero en realidad se trata igualmente de una oración declarativa.¹² Ambas oraciones se refieren a situaciones y objetos (personas) reales o inexistentes, actuales o pasados; lo único que cuenta es que ambas responden a la pregunta: *¿Es φ verdadera?*, donde φ es una proposición cualquiera y su valor de verdad es forzosamente verdadero o falso (si nuestro sistema es bivalente).

En cambio, la tercera oración tiene una forma no enunciativa

¹¹ Por ejemplo, cuando una **pregunta** en realidad es un mandato: “¿Podrías guardar silencio?”.

¹² La primera oración se puede traducir como ‘Ao’ y la segunda como ‘Jo’, donde el predicado de aquella es A = *_es alto*; y el de ésta es J = *_es justo*.



sino imperativa, explicitada por el verbo “debe”. La forma lógica de las proposiciones normativas es diferente a las proposiciones clásicas.¹³ Su sintaxis refleja el respectivo componente semántico: un significado que comprende una modalidad normativa. No es lo mismo el “es” de los *enunciados descriptivos* que los *enunciados prescriptivos* del tipo: “haz”, “debes”, “estás obligado a”, “está prohibido que”. Éstos suponen una exigencia de realización: se trata de algo que no es o no existe, pero que *debe ser realizado*. Así, cuando decimos que “Óscar debe cumplir sus promesas”, presuponemos la norma de que “es (moralmente) obligatorio cumplir con lo prometido”.

Adviértase que ante la pregunta “¿Es verdad que debe Óscar cumplir sus promesas?”, tendríamos lo siguiente: si es verdad (de facto) equivaldría a la corroboración del mandato; pero ¿qué pasaría si (de facto) fuese falsa? No se puede determinar el valor de verdad que tendría el mandato, porque Óscar está obligado a cumplir sus promesas, sea o no sea cierto que realmente lo hace. La norma no es la expresión o el registro de un hecho (su correspondiente descripción), sino una exigencia que tiene vigencia más allá de su cumplimiento. Es independiente de su realización.

Controversia

¿Es esa distinción clara e indiscutible? Lo cierto es que no todos quienes se han ocupado de la lógica de normas aceptan

distinción prescriptiva/descriptiva. Por ejemplo, Kalinowski sostiene que las normas pueden ser consideradas verdaderas o falsas en la medida en que se correspondan o no con *una realidad deóntica* o mundo de normas (Kalinowski, 1973). Así, se puede aseverar que el enunciado normativo que exige que Óscar cumpla sus promesas será verdadero o falso si se corresponde o no (en una situación dada) con el mandato que impele a cumplir lo prometido.

Otra posición considera que la distinción entre enunciados prescriptivos y descriptivos es *sólo una divergencia semántica*, lo que no impide dar el mismo tratamiento lógico para ambas. Se supone entonces que las calificaciones deónticas (obligatorio, prohibido, permitido) son cualidades de estados de hechos, de modo que el significado de las normas vendría dado por sus condiciones de afirmabilidad, es decir, por su capacidad de demostrar que determinadas consecuencias se obtienen en determinado sistema normativo (Ausín, 2005: 30-31). Para dar un ejemplo sencillo: el enunciado que prescribe que no se debe discriminar a las personas, tiene como consecuencia que está prohibido discriminar a las personas.

En síntesis, ninguna posición rechaza la posibilidad de emprender un cálculo deductivo de normas, es decir, es posible, aceptable y deseable que se puedan estudiar las relaciones for-

¹³La forma lógica podría esquematizarse así: “OC_o”. La letra “O” simboliza “está obligado”, pero podría también esquematizar “debe”, “es imperativo que”; la letra de predicado “C” = _ cumple lo que promete; y o, simboliza no sólo el nombre Óscar sino el imperativo “haz”, lo que se denota con el subrayado de la letra minúscula (Gensler, 2002, 181 y ss).

males o estructurales de los razonamientos o inferencias de las normas mediante lógica deóntica, la cual es una rama particular de la lógica.

De manera que, ya sea que considere que las expresiones normativas son correlativas a cierto ordenamiento moral o jurídico, o al reino del deber, o sean hipotéticas, o fruto de determinado acto de habla, será algo irrelevante a la hora de analizar las inferencias que están implicadas en una determinada inferencia normativa (Ausín, 2005: 32).

HECHOS Y NORMAS

El tema de fondo es, en realidad, la oposición entre hechos y normas; entre el ser y el deber ser (primeras nociones que distinguen cualquier estudiante de derecho). Apoyándose en esta diferenciación, las ciencias se disponen en dos campos que a algunos les parecen completamente irreductibles. Por una parte, se ubican las ciencias de la naturaleza, referidas a hechos *descritos* mediante enunciados; por otra parte, las disciplinas normativas, ética y derecho, relativas a normas y principios, cuyas oraciones fundamentales son *imperativos, mandatos, deberes, derechos*, etcétera.

Ahora bien, la distinción de enunciados descriptivos y prescriptivos es pensada por algunos como una oposición absolutamente inquebrantable, mientras que otros la piensan como una diferenciación que no es ni abso-



luta ni definitiva. Pero veamos la oposición descriptiva/prescriptiva bajo la lupa de la lógica.

Como se sabe, es lógicamente imposible inferir juicios de valor a partir de juicios de hecho, según las siguientes versiones. “La guillotina de Hume”¹⁴ advierte: De un juicio unido por la cópula ‘debe’ no cabe extraer juicios que no estén unidos por la cópula ‘debe’. La tesis de Poincaré: No se puede sacar una conclusión imperativa de un razonamiento que no tenga ni una premisa imperativa.¹⁵ El argumento ha sido reforzado por lo que G. E. Moore llamó la “falacia naturalista”: el bien no es definible porque no es una cualidad natural; si fuera una propiedad natural, podría definirse con suficiente precisión.

¹⁴La ley de Hume se puede esquematizar así: $\neg N (B \rightarrow OA)$, donde ‘ \neg ’ es el símbolo de negación, “N” es el símbolo de “necesariamente implica que”, “O” es el símbolo de “es obligatorio que” o “debe” y “A” significa “realiza A”. La simbolización de la ley de Hume diría: No se puede deducir “debe” de “es”. En otras palabras, si B es un enunciado no evaluativo y A es alguna acción determinada, entonces B no implica lógicamente “debe realizarse la acción A”. (Gensler, 1996: 67-8) Sobre esta simbolización se hacen aclaraciones más adelante en el presente texto.

¹⁵La ley de Poincaré se puede esquematizar así: $\neg N (B \rightarrow A)$, en otras palabras, no se puede deducir un imperativo del “es”. Manteniendo la interpretación de algunos signos expuestos en la nota precedente, la fórmula puede leerse: Si B es un enunciado no evaluativo, entonces B no implica el imperativo “haz A” (Gensler, 2002: 202).



En efecto, pasar de la descripción a la prescripción, o del hecho al valor, o del ser al deber ser, es una falacia porque no hay reglas lógicas para dar ese paso; se trata de un paso indebido, falaz. Considerar, por ejemplo, que del *hecho* de que “hay injusticias en nuestra sociedad” se infiera que “*debe haber* injusticias en nuestra sociedad”, es un salto falaz. En suma, lo anterior se puede resumir en una frase: no hay reglas lógicas para pasar del ser al deber ser.

Possible concurrencia entre el “es” y el “debe”

Sin embargo, ello no significa que el ámbito del deber ser no tenga ninguna relación con el ámbito del ser. La dicotomía tajante y absoluta entre hechos y normas, carecería de sentido en virtud de que toda norma es un producto de los hombres y mu-

eres que se encuentran en determinadas circunstancias sociales y culturales. Por supuesto, no se debe confundir la norma con el hecho —ni forzar la sintaxis para convertir una en otro—. Las normas no se justifican (o se dejan de justificar) a partir del comportamiento efectivo de los miembros de una comunidad.

Puede suceder, y sucede realmente, que el comportamiento prescrito no ocurra o que, incluso, los miembros de una colectividad actúen en contradicción con la norma (ética o jurídica). Ese es en realidad el fondo de la oposición entre hechos y normas. Ninguna norma se justifica o legitima por el simple comportamiento de los agentes sociales (inclusive aunque la acataran cabalmente).

Por ejemplo, el hecho de que determinadas comunidades cercenen el clítoris a las niñas (in-

fibulación) y esas comunidades lo consideren correcto, es un hecho reprobable moralmente porque atenta contra la dignidad humana.

Por otro lado, la dicotomía misma de hechos y valores o normas ha quedado seriamente mellada con las tesis de Hilary Putnam (Putnam, 2004). En su forma actual, señala Putnam, la dicotomía sostiene que hay dos tipos de juicios: los que tienen y los que no tienen *sentido cognitivo* (es decir, que pueden ser parte o no de un *argumento racional*). Los juicios con sentido cognitivo se dividen a su vez en dos: las tautologías (proposiciones cuya negación lleva a una inconsistencia o a una contradicción; ejemplo de tautología: “todo ser humano es idéntico a sí mismo”, o cualquier otra proposición cuya verdad pueda conocerse por medio de un razonamiento puramente lógico) y las descripciones de hechos. La idea de que *los juicios de valor son subjetivos*, y de que «o puede haber argumento razonado sobre los valores, se mantiene en medios académicos y es frecuente que se aduzca bajo la forma de una pregunta taxativa: “lo que tú dices, ¿es un hecho o un juicio de valor?”.

Putnam refuta la tesis empirista de que la descripción factual del mundo es lo mismo que objetividad. Esta asociación se debe a que se concibe objetividad como correspondencia con los objetos. Pero tanto las verdades normativas (por ejemplo,

“discriminar está mal”) como las verdades matemáticas y lógicas, son contraejemplos de esta concepción, ya que en todos estos casos se trata de *objetividad sin objetos*. Por tanto, concluye Putnam, tenemos que dejar de identificar objetividad con descripción. La descripción no es la única función a la que se le pueden aplicar preguntas sobre si está o no justificada, si es o no es racional (Putnam, 2004: 131-132).

En suma, la imposibilidad lógica de derivar de una proposición descriptiva “es” una conclusión prescriptiva “debe”, o que de lo fáctico se eleve a la categoría de norma, *no quiere decir que el hecho tenga un valor por sí mismo*, ni tampoco que el valor pueda darse con total independencia de los hechos sociales e históricos. Más bien, las normas son creadas por seres humanos en situaciones concretas, históricas y socialmente determinadas.

ARGUMENTOS Y LÓGICA DEÓNTICA

La argumentación es un rasgo característico del fenómeno moral y jurídico. Argumentamos ante otros o ante nosotros mismos para justificar o criticar determinados actos, conductas o juicios propios o ajenos.

En el terreno de los conflictos éticos o jurídicos encontramos razonamientos bien o mal formulados. Y así como un razonamiento formalmente defectuoso arruina un argumento científico,

*La lógica deóntica
es la lógica o cálculo
deductivo de lo
obligatorio, de lo
permitido o de lo
prohibido.*

de la misma manera, un razonamiento mal hecho por un juez puede conducir a una sentencia injusta; mientras que un razonamiento mal construido en la moral puede llevar a que los principios éticos resulten trivialidades o aseveraciones completamente inconsistentes.

En la lógica se hacen inferencias con *fuerza lógica* entre premisas y conclusiones. Por ejemplo, de la proposición singular "Arturo es inteligente", se deduce la conclusión "Alguien es inteligente". El razonamiento es válido, porque no se da el caso de que la aseveración inicial sea verdad y no lo sea también su conclusión, como recordamos más arriba en este escrito.

Ambigüedad de la palabra "debe"

En lógica deóntica tenemos que de la afirmación "Es obligatorio hacer A", se infiere "Está prohibido no hacer A". Así, de la premisa "Es obligatorio no discriminar", se infiere lógicamente "Está prohibido discriminar".

El término "deóntico" viene del griego *deón*, que significa "lo que es preciso", de *deontos*, con el significado de "lo que se debe", y de *deomai*, con el sentido de "necesitar", "deber". Siempre está expresada una falta que exige ser colmada o una petición que satisfacer. En este sentido, la lógica deóntica puede ser considerada como una lógica de lo necesario en el sentido de un *deber* que ha de acatarse de manera necesaria (pero hay algunos lógicos que no aceptan esta caracterización,

como se muestra al final de este trabajo).

Cuando se hacen razonamientos deónticos resulta indispensable precisar los términos que se utilizan, ya que hay contextos en donde el vocablo "deber" tiene otras acepciones que no interesan y sólo confunden.

Cuando aseveramos que algo debe (o no debe ser realizado), la palabra *deber* es fuerte. No se trata de una sugerencia, de una insinuación o de un ruego. Apunta expresamente a una *obligación*. No hay elemento más peculiar de la moral que la noción de obligación, que también la encontramos en el discurso jurídico (p. ej., "todo derecho conlleva una obligación"). Por eso, la lógica deóntica lo toma como un operador lógico fundamental "Es obligatorio que A".

Más allá de las discusiones y oposiciones filosóficas —algunas de las cuales hemos apuntado antes—, la lógica deóntica constituye un cálculo o sistema formal que permite expresar argumentos en los que intervienen las nociones normativas "obligatorio", "permitido" y "prohibido", y con ello disponemos de un instrumento para la defensa, discusión y refutación de razonamientos en los que intervienen dichas nociones.

En lo que sigue vamos a presentar algunos elementos fundamentales para la construcción de un argumento normativo.

El vocabulario de la lógica deóntica

La lógica deóntica es la lógica o cálculo deductivo de lo

obligatorio, de lo permitido o de lo prohibido.¹⁶ Se ha elaborado un primer sistema deóntico, llamado estándar —SDL, por sus siglas originales en inglés—, que resulta de añadir al cálculo proposicional clásico un par de operadores monádicos de tipo deóntico *O* y *P* que deben leerse respectivamente como “es obligatorio” y “está permitido”. Y a partir de ese cálculo inicial, se desarrollaron otros más rigurosos (Garson, 2006; Forrester, 1996, exponen desarrollos posteriores a SDL).¹⁷

Como en cualquier lenguaje formal, la lógica deóntica estándar (SLD) dispone de

- un vocabulario (o listado de símbolos lógicos y no lógicos),
- reglas de formación (para determinar sin equívocos cuando una fórmula está bien formada) y
- reglas de derivación (que permiten transitar lógicamente de una fórmula a otra).

El vocabulario de SDL incluye todos los símbolos lógicos de la lógica de proposiciones (los conectivos lógicos: el negador “¬”, el conyuntor “∧”, el disyuntor “∨”, el implicador “→” y el doble implicador “↔”, así como los cuantificadores universal y existencial, “∀”, “∃”) y los operadores peculiares de SDL: “obligatorio”, *O* y “permitido”, *P*.

Pero antes de entrar en las reglas de formación y transformación, vamos a presentar unas nociones previas y básicas de la *lógica de los “mandatos”*, ya



que ésta es indispensable para la formulación de argumentos normativos y con ella podremos expresar oraciones como “Es obligatorio *hacer A*”.

Rudimentos de lógica de los imperativos o de mandatos

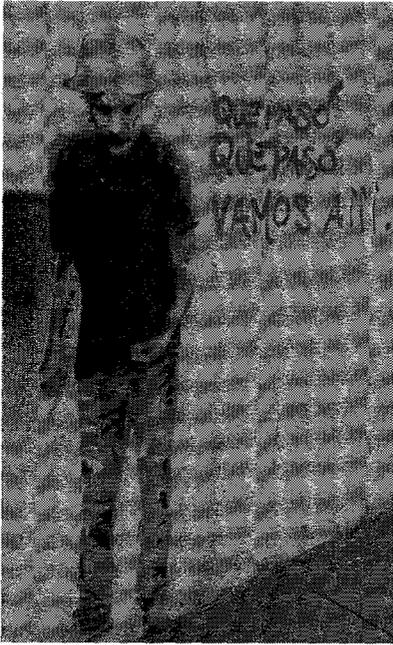
Consideremos que las oraciones imperativas exhiben una particular estructura o forma lógica. Hagamos el ejercicio de distinguir la estructura de una oración indicativa: “Juan hace su tarea” (que describe el hacer la tarea por parte de Juan), de la estructura de una oración imperativa: ‘Juan, haz tu tarea’ (la cual enuncia un mandato que impele a Juan a realizar su tarea).¹⁸

Siguiendo al lógico Harry J. Gensler (1996), vamos a subrayar las letras mayúsculas (letras enunciativas) para denotar un imperativo. Así, si “*A*” es una letra (de la lógica) proposicional, “*A*” es una letra (de la lógica) impera-

¹⁶Se llaman “expresiones modales” u “operadores modales”, que fueron estudiados por Aristóteles, además de haberse ocupado del razonamiento práctico. Modernamente, C. I. Lewis investigó sobre ellas al estudiar las paradojas de la implicación material. Pero el verdadero fundador de la lógica deóntica es G.H. Von Wright cuando en 1951 publicó su artículo “Deontic Logic” en la revista *Mind*.

¹⁷SDL contiene los siguientes axiomas: las tautologías de la lógica de enunciados y las fórmulas: $OA \sqcap \neg P \rightarrow A$, $OA \rightarrow \neg O \neg A$, $O(AB) \rightarrow (OA \rightarrow OB)$ y OT, donde T representa *cualquier* tautología. Las reglas de inferencia son el *modus ponens* y sustitución.

¹⁸En español, como en otros idiomas, tenemos diversas posibilidades para expresar un mandato: mediante desinencias propias que posee el imperativo, como ¡canta!, y mediante pronombres personales átonos que complementan al verbo, siempre que se sitúen detrás del verbo, como en “rómpace en caso de incendio”, o formas elípticas como “¡cuidado!”. O los sintagmas “tienes que”, “haz de...” y otros similares.



tiva. De modo que el enunciado indicativo “Juan hace su tarea”, se simbolizaría “T”, mientras que el enunciado imperativo “Juan, haz tu tarea”, quedaría T”.

También se pueden destacar los individuos que intervienen en un mandato. Comparemos el enunciado descriptivo “Juan escribe”, simbolizado como “Eu”, con el enunciado imperativo “Juan, ¡escribe!”, que se traduce como “Eu”. Del mismo modo contrasta el enunciado descriptivo “Juan saluda a x”, simbolizado como “Sux”, con el mandato “Juan, tienes que saludar a x”, cuya simbolización sería “Sux”. En cualquier caso, un enunciado imperativo se formula subrayando los nombres o variables individuales y no las letras enunciativas, salvo cuando éstas aparecen solas.

Por otra parte, los lógicos discuten el alcance de una contradicción en la lógica modal imperativa. El enunciado compuesto “ $A \wedge \neg A$ ” constituye una contradicción en la lógica clásica, del mismo modo que el enunciado “ $A \wedge \neg \underline{A}$ ” resulta contradictorio en la lógica modal imperativa (como lo será en la lógica deóntica). Sin embargo, el alcance de una y otra contradicción es diferente. Desde luego, los imperativos —las modalidades en general— no son verdaderos ni falsos. Así como no son contradictorias las proposiciones “Gilberto corre” y “Gilberto tiene que correr” ($Cg \wedge Cg$).

Consideremos el siguiente argumento que es válidamente

correcto, de conformidad con la lógica de mandatos:

Si aceleras, entonces ¡no frenes!

Aceleras

Por lo tanto, ¡no frenes!

Expresado en símbolos:

$(A \rightarrow \neg F)$

A

—————
 $\neg F$

La conclusión se sigue de las premisas por la regla del *Modus Ponens*. Pero, ¿cómo asegurar que se trata de un argumento válido? A la luz de este ejemplo, nos damos cuenta que tenemos que *redefinir el concepto de validez*.

En lugar de definir un argumento válido como aquel en el que resultaría contradictorio que sus premisas fuesen verdaderas y su conclusión falsa, hemos de considerar que las proposiciones imperativas —como “Frena”, “No frenes”, “Haz tus oraciones” y otras del mismo tipo— no son ni verdaderas ni falsas, puesto que son mandatos. Pero para dar cabida a argumentos válidos en el terreno de los imperativos (y a los argumentos de SDL, como veremos más adelante), hay que ampliar la definición de validez.

Redefinimos el concepto de validez señalando que un argumento es válido si, y sólo si, no es inconsistente; un argumento es inconsistente si es contradictorio, si implica una contradicción entre las premisas y la conclusión.

En el ejemplo anterior, el argumento “si aceleras, entonces ¡no frenes!; es así que aceleras, por tanto, ¡frena!”; el razona-

miento resulta inconsistente. Es decir, se puede demostrar formalmente la contradicción entre las premisas y la conclusión. De eso trata la lógica de los imperativos.

Sin embargo, hay quienes opinan (Alarcón Cabrera, en Frápolli, 2008) que este camino es intransitable para la lógica. Los imperativos no pueden usarse para la fundación lógica de imperativos, porque no pueden entrar como premisas en inferencias lógicas. Es decir, los imperativos no pueden funcionar en el papel de premisas de inferencias lógicas. Desde luego, otros opinan lo contrario.

RAZONAMIENTOS EN LÓGICA DEÓNTICA

La SDL permite expresar frases que proferimos muchas veces en nuestra vida cotidiana, como “¡te ordeno que te calles!”, que equivale a expresar “es obligatorio callarse” o “es obligatorio que haya silencio” (en una biblioteca encontramos bajo el mandato obligatorio: “SILENCIO”). Otras frases como “prohibido estacionarse”, se diría en SDL “prohibida la conducta de estacionarse en esta acera el vehículo”; y la oración “todo ser humano es libre de expresar su pensamiento”, se expresaría diciendo “está permitido el acto de expresar el propio pensamiento”.

Como indicamos antes, el lenguaje de la SDL incluye los operadores deónticos O (obli-

gatorio) y P (permitido). Estos operadores anteceden a letras enunciativas o variables proposicionales subrayadas —que denotan mandatos—. De este modo, se pueden hacer traducciones como las siguientes:

OA = Se debe hacer A, el acto A es obligatorio (es exigido que A; A es un deber).

PA = hacer A está permitido, se permite el acto A (puedes hacer A).

Y las siguientes relaciones equivalentes:

$\neg PA = O\neg A$ = hacer A no está permitido, el acto A está prohibido, es obligatorio no hacer A. (La muy repetida frase “lo que no está prohibido está permitido”, se escribe del siguiente modo: $\neg\neg PA \Leftrightarrow PA$.)

$\neg OA = P\neg A$ = no es obligatorio hacer A, está permitido no hacer A, A es facultativo.

La interdefinibilidad de los operadores deónticos, se muestra por el hecho de que “P” se puede definir como permisión y también como no obligación del comportamiento opuesto, $\neg O\neg A$. Así, por ejemplo, “está permitido fumar” equivale a “no es obligatorio no fumar”. Del mismo modo, “O” se puede definir como obligación y también como no permisión del comportamiento opuesto, $\neg P\neg A$. Así, por ejemplo, “es obligatorio pagar el impuesto sobre la renta” equivale a “no está permitido no pagar el impuesto sobre la renta”.

También se pueden expresar las siguientes formulaciones cuantificadas (Gensler, 1996: 187 y ss.)





$O\forall xAx$ = Es obligatorio que todos hagan A.

$\neg O\forall xAx$ = No es obligatorio que todos hagan A.

$O\neg\forall xAx$ = Es obligatorio que ninguno haga A.

$O\forall x\neg Ax$ = Es obligatorio que todos no hagan A.

El orden de los componentes puede hacer la diferencia entre “Es obligatorio que alguien conteste el teléfono” $\neg O\exists xCx$ y “Tiene que haber alguien (específicamente una persona) que tiene la obligación de contestar el teléfono” $\neg\exists xOCx$.

Por otro lado, las reglas de inferencia de la SDL se basan en esas definiciones recíprocas y en otras reglas peculiares, y permiten definir otros operadores como el operador de facultad o es facultativo: $FA \equiv PA \wedge P\neg A$.

Lo anterior se lee: “Facultativo A” si y sólo si “Permitido A

y permitido no A”. Adviértase que dicha fórmula no constituye contradicción en la lógica deóntica.

El operador deóntico de facultad parece más adecuado para expresar el siguiente enunciado:

“Todo ser humano es libre de expresar su pensamiento”.

Lo cual equivaldría en SDL: “es facultativa la conducta de expresar el propio pensamiento” o “es facultativa la conducta de expresar el propio pensamiento o, finalmente, lo que es lo mismo: “están permitidas ambas conductas: expresar y no expresar el propio pensamiento”.

Algunas tesis fundamentales de la SDL son:

Principio de permisión:

$PA \vee P\neg A$

Se lee: acerca de todo acto (o de toda proposición concerniente a un acto, o sobre un mandato), o bien éste está permitido o bien está permitida su negación (su no realización). Es un principio básico para cualquier acción libre o deliberada, aunque sea un principio analítico.

Principio de distribución deóntica:

$P(A \vee B) \Leftrightarrow PA \vee PB$

Se lee: el enunciado según el cual la disyunción de dos actos está permitida equivale, a su vez, a la disyunción de dos enunciados: el que afirma que el primer acto está permitido y el que afirma que el segundo acto está permitido.

Este axioma es ambiguo, ya que si ejemplificamos la fórmula resulta que si está permitido fumar o conducir, entonces está

permitido fumar o está permitido conducir; e inversamente, si está permitido fumar o está permitido conducir, entonces está permitido o fumar o conducir, lo cual resulta contraintuitivo, pues no queda claro si es o no el agente quien decide cuál de los dos actos: está permitido (Alarcón Cabrera, 2008: 216).

Ejemplos

Consideremos el siguiente argumento: “Supuesto que a alguien le esté permitido hacer algo, en consecuencia, eso mismo le está permitido a todos”. ¿Es un argumento válido? ¿Es consistente lo afirmado en la premisa con lo aseverado en la conclusión?

Un contraargumento puede ser el siguiente: “A la policía le está permitido pasarse los altos, en consecuencia a todos nos está permitido pasarnos los altos”.

En la lógica deóntica se puede formalizar el argumento y demostrar que es inválido (Gensler, 2002: 204).

$P(3x)A_x \mid - \forall xPA_x$. La correspondiente prueba se puede realizar de acuerdo con el cálculo deóntico, pero podría simplemente decirse que de la expresión “al menos uno tiene el permiso para hacer A”, no se sigue lógicamente que “todos tienen permiso para hacer A”.

La lógica deóntica estándar y sus paradojas

La SDL representó, por una parte, un avance al abrir para la lógica la problemática de las proposiciones normativas; no obs-

tante, por otra parte, sus respuestas trajeron consigo un conjunto de cuestiones tan verdaderamente difíciles que no nos sorprende el hecho de que muchos lógicos, filósofos y juristas hayan visto a la SDL como un bosque tenebroso intransitable, o como un instrumento tan engorroso que resulta preferible omitirlo. Además, las paradojas que surgen de la SDL no son pocas ni fútiles. He aquí algunas de ellas.

La paradoja del compromiso. Se han denominado paradojas de la “obligación derivada” o del “compromiso” (*commitment*) a aquellas que surgen de la proposición condicional siguiente: “La proposición que afirma la ejecución del acto nombrado por A nos compromete a ejecutar el acto nombrado por B”. Su simbolización sería: $O(A \text{ —* } B)$. Tal fórmula es consistente, en el cálculo de LDS, con esta otra: $O - \underline{A} \text{ —} \rightarrow O(\underline{A} \text{ —} \rightarrow B)$, lo cual significa si hacer A está prohibido, entonces el cumplimiento de A nos obliga a cualquier cosa. Lo que se puede ilustrar con la aseveración: “si está prohibido dar la vuelta en esta esquina, entonces si me doy la vuelta en esta esquina, entonces debo darle un caramelo a Carlos”. Y de acuerdo con el principio de precariedad, nada prohíbe la transgresión de algo prohibido.

Otra es la *paradoja del buen samaritano*. La expresión $O \text{ —} \rightarrow \underline{A} \text{ —* } O \text{ ; } (\underline{A} \text{ A } B)$, que es un teorema de LDS, traduce: por buena que sea una acción B,



que tiene lugar en el contexto de la acción prohibida $O \rightarrow A$, se vuelve aquélla una acción prohibida. Se ilustra tal paradoja con varias proposiciones: Está prohibido que alguien sea robado, y si el buen samaritano ayuda (como es su deber) a una persona que ha sido robada, entonces es obligatorio que haya personas robadas; o en la medida en que hay que ayudar a los pobres, debe haber pobres. El carácter paradójico reside en que una acción buena, se vuelve prohibida, pero solamente en un contexto en el que una prohibición ha sido previamente transgredida.

Lógicas deónticas no estándar

Sin embargo, la posibilidad de realizar el análisis lógico de las normas y las inferencias normativas, se ha continuado provechosamente de varias maneras y, por cierto, también de la mano de algunos lógicos hispanoamericana-

nos. Hay varios cálculos que resuelven las paradojas que derivan del sistema de SDL (por ejemplo: Forrester, 1996).

Así pues, la lógica deóntica más reciente nos proporciona criterios ciertos para valorar una argumentación. Usando sus conceptos y categorías podemos establecer con claridad cuándo la concurrencia de dos actos o dos conductas es lógicamente incompatible, o que si aceptamos que ciertas cosas están prohibidas, otras vinculadas lógicamente con ellas resultan obligatorias. E inclusive que, teniendo en cuenta las exigencias de la lógica deóntica, hay conductas que son lógicamente imposibles, es decir, completamente contradictorias y por ello, absurdos normativos.

¿Y en el derecho?

¿Qué hay de las eventuales aportaciones de la lógica deóntica al derecho? Anotemos un problema para el cual una lógica

deóntica puede coadyuvar a su resolución. El conocido problema de las lagunas, que se refiere, justamente, a la consistencia y completud de un cierto orden normativo. Esto se traduce en que el legislador y el jurista no sólo habrían de prever todos los casos obligatorios o prohibidos, sino que deben hacer una consideración explícita sobre los casos en que una norma o conjunto de normas sean inaplicables. Y es ahí, un cierto orden normativo, donde se suelen dar las intervenciones de la lógica deóntica.

Otro aspecto de aportación posible de la lógica deóntica tiene que ver con la elaboración de modelos de razonamiento que se desarrollan a la luz de ciertas complejidades en distintos ordenamientos normativos. Para ello se están ensayando recientemente una serie de cálculos dentro de la lógica paraconsistente, es decir, sistemas lógicos apropiados para la construcción de teorías formales que incluye algunas inconsistencias, pero que no son triviales. Tales sistemas permiten razonar desde conjuntos de premisas contradictorias, sin que se pueda deducir todo de ellas (como es la exigencia de los sistemas clásicos). Txetxu Ausín ha propuesto, siguiendo los fundamentos de una lógica paraconsistente, un nuevo sistema de lógica deóntica jurídica.¹⁹ “El objetivo —dice— es dar cuenta de un modo integral de aquellas inferencias jurídicas importantes que los sistemas tradicionales y los pretendidamente alternati-

vos son incapaces de incorporar, como los imperativos contrarios a deber y las obligaciones de mal menor, los derechos con cuantificador existencial y las situaciones de los conflictos normativos”, escribe Ausín en su libro *Paradojas y conflictos normativos*.²⁰

Por cierto, esa perspectiva se inscribe en el uso de sistemas lógicos que no se fundamentan en la lógica modal (que es la que hemos presentado en los apartados anteriores). Así, Lorenzo Peña y Txetxu Ausín señalan:

“Nuestro enfoque abandona el paradigma modal, que caracterizó a la lógica deóntica estándar y que veía la permisibilidad o posibilidad deóntica como una variedad de la posibilidad alética (p. ej., lo permisible o lícito sería lo que resulta aléticamente posible sin quebrantar las normas vigentes). Nuestra lógica deóntica se aleja radicalmente de esa pauta. Hay que buscar las reglas válidas para las determinaciones deónticas en el propio discurso racional en el que están involucradas esas determinaciones.

“Podemos —continúan nuestros autores— así solventar el problema de las paradojas deónticas y representar adecuadamente los imperativos contrarios a deber y las obligaciones de mal menor. Siendo nuestro enfoque gradualista y paraconsistente, afronta el problema de los conflictos y contradicciones normativas de un modo directo y sencillo.”²¹

Así pues, la lógica deóntica ofrece muchas y variadas posibilidades. Lamentable es que en

*Nuestro enfoque
abandona el
paradigma modal,
que caracterizó a
la lógica deóntica
estándar y que veía
la permisibilidad o
posibilidad deóntica
como una variedad de
la posibilidad alética.*

19 Ver: T. Ausín, 2005.

20 *Idem*, p. 241.

21 Ver la página virtual de Lorenzo Peña: www.sorites.org/lp/hispano/index.htm

la mayoría de nuestros centros educativos no se tenga ni siquiera la eventualidad de acceso a alguno de esos sistemas.

ALTERNATIVAS A LA LÓGICA DEDUCTIVA DEÓNTICA

Las razones no concluyentes

En algunos estudios sobre la moralidad encontramos interpretaciones que buscan atenuar los extremos del utilitarismo y de la ética kantiana, señalando que una manera de resolver los callejones sin salida a los que conduce una posición exclusivamente utilitarista y una postura absolutamente kantiana, se halla en el examen de las razones concluyentes y no concluyentes.

Una razón concluyente para una acción es aquella que no puede ser supeditada a ninguna otra razón. Así, una persona tendría una razón concluyente para emprender la acción A, si no hay ninguna otra acción para la cual la persona tendría otra mejor razón. Se trata de razones circunstanciales, particulares. Sólo en una circunstancia específica uno podría decir si la persona tiene o no razones concluyentes para actuar de una manera y no de otra. Este es el problema de reglas de acción que se adoptan para luego establecer excepciones.

Por ejemplo, la regla que dice “No se debe matar” se considera que no es una regla absoluta ya que podría haber situaciones que dispensen su ejecución concreta, entonces tenemos una lista ilimitada de excepciones, de

modo que habría situaciones en las cuales se puede matar dadas las circunstancias... La lista resulta incompleta, no exhaustiva, de modo que queda abierta. Habría entonces un número indefinido de estados de cosas en los cuales una persona podría asesinar a otra, y esos estados no conocen más límites que la imaginación humana. Confunde una regla *general*, abierta a excepciones, con una regla *absoluta*, que no tiene excepciones. Se confunde todo A es probablemente B, con todo A es necesariamente B. Significa decir: esto es obligatorio en general para la mayoría de las situaciones; o bien, esto no es obligatorio en general para la mayoría de las situaciones.

Pero se pueden formular reglas morales generales y verdaderas en términos de razones no concluyentes, como la regla que se enunciaría: “hay una razón para no matar” o “hay una razón para no robar”. Así, afirmar que una persona tiene una razón —no concluyente— para hacer A, puede ser verdad aun cuando tenga una mejor razón para hacer otra cosa. Siempre habrá una razón en contra del asesinato, como hay al menos una razón para no atentarse contra el propio cuerpo (usando drogas, por ejemplo), si bien no siempre será una razón concluyente.

En el clásico ejemplo de decirle o no la verdad de su situación médica a un enfermo terminal, quien tiene razones no concluyentes está en un dilema, y tiene que razonar para llegar a



una solución. En cambio, quien parte de razones concluyentes no está en conflicto, ya que tiene definido de antemano cuál es el deber que tiene que cumplir.

Teoría de decisiones y la lógica informal deóntica

La teoría de decisiones concierne a la caracterización de la mejor decisión que pueda ser tomada, asumiendo que una persona que tenga que tomar decisiones (*decision maker*) sea capaz de estar en un entorno de completa información, capaz de *calcular* con precisión y de un modo completamente racional. La aplicación práctica de esta aproximación prescriptiva (de cómo la gente *debería* hacer y tomar decisiones), se denomina *análisis de la decisión*, y proporciona un conjunto de herramientas, metodologías y software para ayudar a las personas a tomar mejores decisiones.

Con base en esos planteamientos Fred Feldman escribió el libro *Doing The Best We Can*, el cual se considera una aportación fundamental a la *lógica informal deóntica*. Así pues, en lugar de considerar que la moral tiene que ver solamente con abigarrados asuntos de principios éticos, y en lugar de seguir un camino deductivo, la racionalidad práctica que nos propone Feldman nos instruye a saber cuáles son las mejores decisiones, lo cual no resulta incompatible con ningún fundamento ético, al menos en principio. Desde luego, uno de los puntos más importantes es la respuesta que el autor ofrece a los conflictos morales o éticos, o sea, al caso de dos deberes, igualmente legítimos, que se contraponen (Feldman, 1986: capítulo 8).

Otro libro que emplea la inferencia inductiva es *Following The Rules*, de Joseph Heath (2008). En este libro encontramos una

A estas alturas de la historia, se hace cada vez más evidente la necesidad de contar con unos principios morales que cuenten con el respaldo unánime de todos los pueblos y culturas del planeta, si es que queremos afrontar responsablemente los graves problemas que ensombrecen el presente y amenazan el futuro.

reflexión profunda sobre cómo la teoría de decisiones ha modificado en forma sustantiva el alcance de la obligación deóntica. Dado que las personas no nos encontramos en aquellos entornos óptimos de una decisión fría y desapasionada, Heath ha creado un conjunto consistente de hipótesis para dar cuenta de la decisión moral, pero de una forma algo más *positiva* o *descriptiva*, intentando narrar qué acto de voluntad tiene la persona que toma la decisión, incluso antes de que la tome. Se trata del razonamiento práctico (que no es deductivamente válido), e incluye un conjunto de hipótesis que va más allá de la argumentación retórica y el cual se ofrece como una alternativa a ésta.

CONCLUSIÓN

“A estas alturas de la historia —escribe Adela Cortina— se hace cada vez más evidente la necesidad de contar con unos principios morales que cuenten con el respaldo unánime de todos los pueblos y culturas del planeta, si

es que queremos afrontar responsablemente los graves problemas que ensombrecen el presente y amenazan el futuro” (Cortina, 1998: 141).

Por nuestra parte añadimos que esa necesidad de compartir principios unánimemente respaldables, se descompone en al menos dos exigencias complementarias: tales principios deben ser comunicables y deben ser racionales.

La razonabilidad de las normas ha sido el *leitmotiv* de nuestra exposición en este escrito. Hemos expuesto algunos conceptos fundamentales de la lógica deductiva deóntica, así como los obstáculos que se presentan a la argumentación deductiva en materia de normas. Hemos incluido al final algunas referencias sobre diversas alternativas que, en esta materia, se han desarrollado en los últimos años.

El pluralismo en lógica, como el pluralismo social, no implica ni autoriza que se adopte la lógica que a uno le plazca ni tolera que se tome como pretexto la existencia de lógicas divergentes

para disculpar los propios errores), tampoco para cualquier res al momento de construir un ámbito ontológico puede adopción de argumento. Así como en física tarse cualquier sistema de lógica, no es posible adoptar cualquier Esto, por supuesto, constituye en sistema matemático (y hay va- sí mismo una argumentación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Cabrera, Carlos. *Lógica deóntica en Frápolli* (2008).
- Beuchot, Mauricio (2004). *Ética*. México, Editorial Torres y Asociados.
- Cisneros Farías, Germán (2003). *Lógica jurídica*. México. Editorial Porrúa.
- Cortina, Adela (1998) y Emilio Martínez. *Ética*. Madrid, Akal.
- Deaño, Alfredo (1983). *Introducción a la lógica formal*. Madrid, Alianza Universidad.
- Eemenren, van Frans (2006) *et al. Argumentación, análisis, evaluación, presentación*. Buenos Aires, Editorial Biblos.
- Feldman, Fred (1986). *Doing The Best We Can. An Essay in Informal Deontic Logic*. Boston, Reidel Publishing Company.
- Fisher, Alee (2007). *Critical Thinking*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Forrester, James Wm (1996). *Being Good & Being Logical*. Nueva York, M. E. Sarpe.
- Frápolli Sanz, María José (2008) (coordinadora). *Filosofía de la lógica*. Madrid, Tecnos.
- García Restrepo, Luis E. (2003). *Elementos de lógica para el derecho*. Bogotá, Editorial Temis.
- Garson, James W. (2006). *Modal Logic for Philosophers*. Cambridge University Press.
- Gensler, Harry J. (1996). *Formal Ethics*. Nueva York, Routledge.
- (2002) *Introduction to Logic*. Nueva York, Routledge.
- Heath, Joseph (2008) *Following the Rules. Practical Reasoning and Deontic Constraint*. Oxford, Oxford University Press.
- Kalinowski, Georges (1973). *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires, Eudeba.
- Palau, Gladys (2002). *Introducción filosófica a las lógicas no clásicas*. Buenos Aires, Gedisa.
- Putnam, Hilary (2004). *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Barcelona, Paidós.
- Toulmin, Stephen (2007). *Los usos de la argumentación*. Barcelona, Península.

Vega Reñón, Luis (2003). *Si de argumentar se trata*. Madrid, Montesinos.

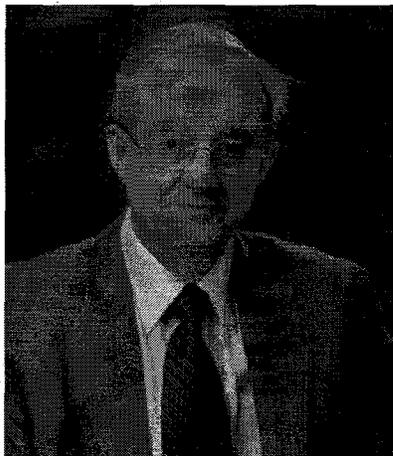
Walton, Douglas N. (1999). *Informal Logic*. Cambridge, Cambridge University Press.

Wright, Larry (2001). *Critical Thinking*. Oxford, Oxford University Press.



Apuntes sobre *la Teoría Jurídica de John Finnis*

Óscar Dena Romero*



I. INTRODUCCIÓN

El propósito de esta breve aproximación al pensamiento jurídico de John Finnis, es presentar, aunque sea en apretado resumen, a este notable jurista australiano, formado en Oxford, quien no obstante el impacto mundial que ha tenido su libro *Ley natural y derechos naturales* (2000) es casi desconocido en algunos medios universitarios donde se le margina o francamente se le ignora.

En algunos ámbitos académicos universitarios, como es de muchos sabido, se privilegia el estudio del positivismo jurídi-

co analítico, o de cualquier otro matiz, pero se hace caso omiso del análisis de otras corrientes del pensamiento jurídico, como la de Finnis, por citar un solo caso, que no encuadran del todo en la categoría iuspositivista. Así, se dedican horas y más horas en cátedras, conferencias y seminarios recurrentes para estudiar a Kelsen, Hart, Bobbio, Höffe, Hoerster, Scarpelli, Guastini, John Mackie, Bulygin y muchos otros, pero de un jurista de la talla de J. Finnis, que emerge del mismo positivismo analítico y pretende enlazarlo con la aportación tomista a la fi-

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

*En nada contribuye
al avance de la
investigación
jurídica, asumir
actitudes sectarias que
descalifican o ignoran
a la iusfilosofía, que
difiere del positivismo
jurídico analítico
o de cualquier otra
dirección.*



lososofía del derecho, nada se dice, o, en el mejor de los casos, sólo se le menciona marginalmente, no obstante el gran impacto de su pensamiento jurídico en los espacios intelectuales anglosajones de fines del siglo XX y lo que va del XXI.

Ante este hecho consideramos que en nada contribuye al avance de la investigación jurídica, asumir actitudes sectarias que descalifican o ignoran a la iusfilosofía, que difiere del positivismo jurídico analítico o de cualquier otra dirección. Tampoco fomenta el desarrollo del pensamiento jurídico el dogmatismo de quienes tienen la creencia que fuera del positivismo jurídico no hay teoría que valga la pena estudiar. En esta perspectiva de las cosas el estudiante de derecho egresa de la universidad con una visión unilateral e incompleta del panorama teórico-jurídico, porque ignora que en éste existen otras propuestas dignas de estudio y análisis como las contribuciones

de Michelle de Villey, George Kalinowski, Spaemann, Javier Hervada, Massini Correas, Soaje Ramos, Arthur Kaufmann y muchos otros que no viene al caso mencionar, pero que han aportado valiosos estudios a la filosofía y a la ciencia del derecho.

Estas posturas, sectarias o dogmáticas, son deplorables e inadmisibles, pues equivalen a observar la rica variedad del universo jurídico a través de un "tubo", cuya escasa óptica se queda con un pobre pedazo de la total realidad jurídica. Sin embargo, cabe aclararlo con orgullo, que no es éste el caso del estado que guardan las cosas en materia de investigación jurídica en la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, pues fue precisamente en un reciente Seminario de Teoría Jurídica para profesores y alumnos que en uno de sus módulos se incluyó el estudio del pensamiento jurídico de Santo Tomás de Aquino y de John Finnis. Esto evidencia la apertura de

critérios y la pluralidad en materia de investigación jurídica que prevalece entre nosotros.

En conclusión, si la investigación jurídica ha de buscar objetivamente la verdad tiene que ser honesta, plural y libre de todo prejuicio académico. Es por ello que esta presentación, somera y breve de John Finnis, no tiene más propósito que dar a conocer al hombre, al filósofo y a su obra, divulgando su pensamiento para suscitar el interés por el estudio de su obra entre profesores y alumnos.

II. EL HOMBRE

John Mitchell Finnis nació en Adelaida, Australia, en el año 1940.

Sus primeros estudios universitarios los realizó en su país de origen. Posteriormente viajó a Inglaterra, donde se integró a la Universidad de Oxford. Su doctorado fue supervisado por H.L.A. Hart hasta concluir su tesis doctoral sobre *The Idea of Judicial Power* (1965). En 1967 fue tutor en derecho en la Universidad de Oxford.

Un retrato fiel de la dimensión humana de este insigne representante de la iusfilosofía posmoderna, es el que nos proporciona la entrevista que Agustina Lanusse hizo al filósofo John Finnis y que fue publicada el 7 de junio del año 2007 en la revista *Per Se*.¹

“John Finnis es una persona difícil de encuadrar. Reconocido académico anglosajón y aboga-

do de prestigio internacional en el campo de la filosofía del derecho, su perfil es sumamente bajo. Cuesta creer que el pensamiento de este intelectual, que hace punta en una de las más prestigiosas universidades del mundo, provenga de un hombre tímido, de hablar lento y pausado. Más difícil todavía es pretender encasillarlo ideológicamente, pues no se ajusta a esquemas preconcebidos. Se manifiesta absolutamente en contra del aborto y de la eutanasia, dice que jamás justificaría la tortura ni la desaparición forzada de personas y se declara enemigo acérrimo de la bomba atómica y en general, de la carrera armamentista nuclear”.

Sobre su perfil ideológico la entrevista nos consigna lo siguiente:

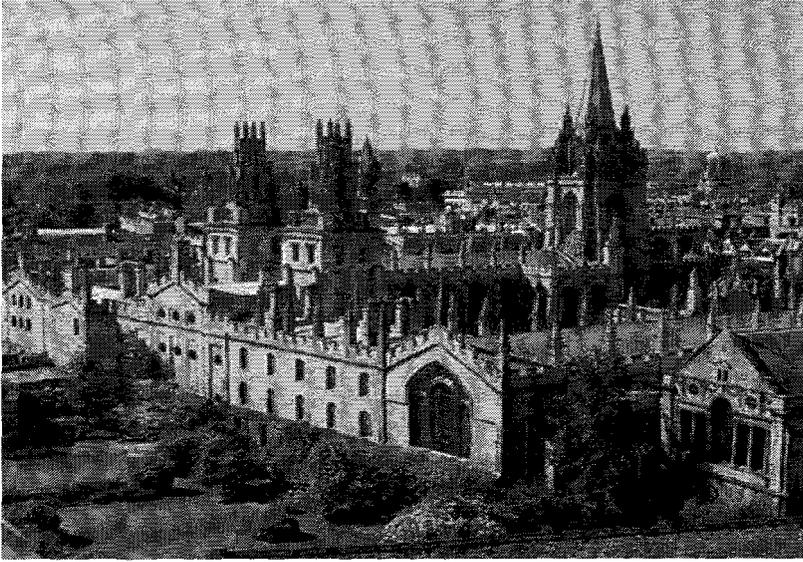
Agnóstico converso al catolicismo en su juventud, este australiano de 67 años, padre de 6 hijos y abuelo de 8 nietos, es desde hace casi medio siglo profesor de Filosofía Moral, Política y Jurídica en la Universidad de Oxford, y también da clases en los Estados Unidos en la Universidad de Notre Dame.

En la entrevista de Lanusse, se leen estas afirmaciones del filósofo contra el individualismo:

Las consecuencias del individualismo, del egocentrismo, llevan a una cultura de muerte. Esto se está viviendo hoy en

Agnóstico converso al catolicismo en su juventud, este australiano de 67 años, padre de 6 hijos y abuelo de 8 nietos, es desde hace casi medio siglo profesor de Filosofía Moral, Política y Jurídica en la Universidad de Oxford, y también da clases en los Estados Unidos en la Universidad de Notre Dame.

¹ http://www.filosofia.mx/index.php?/perse/archivos/entrevista_al_filosofo_john_finnis/



Europa. Pocos jóvenes quieren soportar el peso de engendrar y criar hijos, y por eso la tasa de natalidad es negativa. Si no hay muchos matrimonios que estén dispuestos a tener, por lo menos, 3 hijos, los europeos van a desaparecer y, por consiguiente, la Unión Europea habrá consumado su fracaso.

Interrogado sobre si está justificado el aborto cuando se sabe que el feto nacerá con malformaciones severas, o en el caso de que la madre haya quedado embarazada como consecuencia de una violación, respondió a Lanusse:

No. Las teorías que justifican al aborto en estos casos son un engaño. Hacen la distinción entre un niño antes de nacer y después de haber nacido, pero también reconocen que cualquier chico sano puede, una vez nacido, enfermarse gravemente y tener un mal pronóstico de

vida. Yo les pregunto a quienes justifican el aborto en estos casos: ¿Creen que se puede matar a esos chicos que nacieron bien, pero que sufrieron una enfermedad o accidente grave? El caso de la mujer violada que quedó embarazada es terrible, y no cabe duda de que ella sufrió una gran injusticia. Pero, de todas maneras, esta injusticia no se soluciona con otro acto injusto, como es matar al feto que lleva en su seno.

Al final de la entrevista se preguntó a Finnis: “¿Como vive usted al ser católico en una universidad laica como Oxford? ¿Alguna vez corrió el riesgo de perder su fe por llegar a conclusiones científicas contrarias a sus creencias religiosas?”

No. Ciencia y fe son totalmente compatibles. Sí, soy una voz minoritaria en mi universidad, pero para mí es un estímulo, porque en el ambiente académico en el que me desempeño existe respeto por las opiniones diferentes. Hay pluralismo y diálogo; los católicos no deberían tener miedo a trabajar en ambientes agnósticos o seculares. Deberían celebrar la oportunidad de investigar en una universidad de primera categoría, exigente y desafiante en lo científico y estar dispuestos a interactuar con profesores cuyas ideas sean radicalmente opuestas a las propias. Si existe una atmósfera de intercambio genuino, el diálogo incluso puede fortalecer la fe y las

convicciones personales. Lo que colabora para mantener viva la fe es la oración y la vida sacramental. Si eso está, el intelectual no tiene nada que temer.

Hasta aquí la entrevista que por razones de espacio hemos presentado fragmentada, pero si hay interés en conocerla en su totalidad puede ser consultada en el sitio de internet que ha quedado consignado en el pie de página.

Desde 1989, Finnis ha ostentado los siguientes cargos académicos:

- Professor of Law and Legal Philosophy
- Fellow of the University College
- Profesor visitante de la Universidad de Berkeley (1965-1966)
- Profesor visitante de la Universidad de Adelaida (1971)
- Profesor visitante de la Universidad de Malawi, África (1976-1978)
- Profesor en el Boston College (1993-1994)
- Profesor en la Universidad de Notre Dame desde 1995
- * De 1986 hasta 1991 fue miembro de la Comisión Teológica Internacional de la Santa Sede.

III. SU OBRA: GESTACIÓN Y TERMINACIÓN

Aunque Finnis debe su renombre mundial de Teórico del Derecho a su libro *Ley natural y derechos*

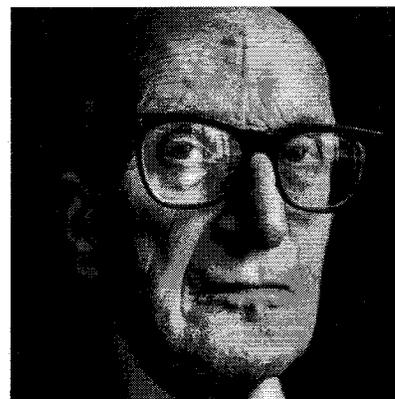
naturales, es autor de otras obras complementarias de su teoría jurídica, como las que a continuación se enumeran:

- *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*
- *Fundamentals of Ethics*
- *Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends* (Joseph Boyle y Germain Grisez)
- *Nuclear Deterrence, Morality and Realism* (con Boyle y Grisez)
- *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth.*

Su libro *Ley natural y derechos naturales* fue sugerido en 1966 a Finnis por H. L. A Hart, por entonces uno de los teóricos del derecho más representativos de la filosofía jurídica analítica.² Resulta paradójico, pero así fue, que el título de este libro fue elegido por Hart y lo cierto es que jamás se discutió. Dice Orrego (2000): El libro fue publicado en 1980 y causó gran impacto en el ámbito académico anglosajón, primero, y mundial más tarde. Se ha reimpresso con regularidad entonces y ya se han vendido alrededor de quince mil ejemplares”.

Los dos testimonios³ que se citan a continuación, por venir de quienes vienen, evidencian el valor de este libro que constituye un hito intelectual en la historia de la filosofía del derecho:

La flexible interpretación de Finnis sobre el Derecho

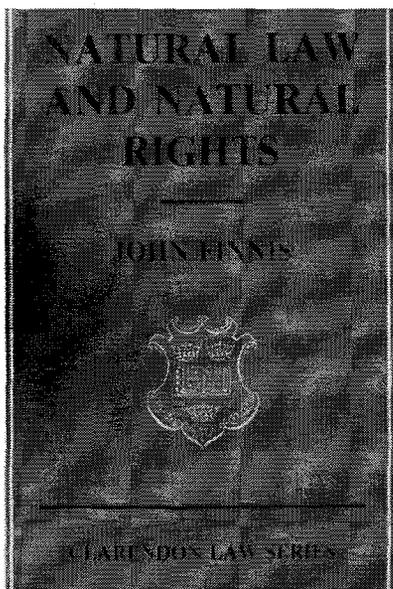


2 “...la concepción analítica del derecho o positivismo analítico, se enmarca a sí misma en la tradición de la semántica empirista desarrollada por Bentham y Austin, y puede ser caracterizada principalmente por las siguientes notas: (i) distinción tajante entre el derecho y la moral; (ii) reducción del conocimiento y, en especial, de la ciencia jurídica, al análisis del lenguaje jurídico-positivo; y (iii) empirismo noético y semántico, con sus consecuencias de radical escepticismo moral. En esta orientación corresponde mencionar a Uberto: Scarpelli, Ricardo Guastini, John Mackie y Eugenio Bulygin. Por otra parte, pero centrándose en el estudio del lenguaje corriente y siguiendo el legado del segundo Wittgenstein, debe enumerarse a Herbart Hart, Genaro Carrió y el primer Carlos Nino”.

Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del Derecho*, tomo I, El derecho, los derechos humanos y el derecho natural, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 2005, página 216.

3 Orrego S., Cristóbal. *Estudio preliminar a Ley natural y derechos naturales*, páginas 14 y 15.

*...NATURAL LAW
AND NATURAL
RIGHTS (...), un
libro que ha devuelto
a la vida, para los
estudiosos británicos,
la teoría clásica,
Tomista y Aristotélica,
de la Ley Natural.*



4 Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, página 35.

Natural es en muchos aspectos complementaria a la Teoría Jurídica Positivista, más que un rival suyo.

El mérito principal y muy grande, de esta aproximación ius naturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el Derecho en el contexto de otras disciplinas, y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el Derecho e integran la judicación.

Hart H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford University Press, Oxford, 1983, págs. 10 y 11.

Algunos libros causan una impresión radical en el lector por la audacia y la novedad de las tesis que enuncian; escribir un libro así es un logro raro y difícil. No es más fácil, con todo, ni menos raro, causar una impresión radical mediante el cuidadoso replanteamiento de una idea antigua, volviendo a la vida temas viejos merced al carácter vívido y vigoroso con que son traducidos a un lenguaje contemporáneo. Ese ha sido el logro de NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS (...), un libro que ha devuelto a la vida, para los estudiosos británicos, la teoría clásica, Tomista y Aristotélica, de la Ley Natural. Una teoría que más de una generación de pensadores ha desdeñado como una falacia anticuada y desacreditada, mantenida viva como

sólo dogma teológico de una iglesia autoritaria, fue rescatada de un conjunto completo de malentendidos y de tergiversaciones. Al mismo tiempo, fue exhibida como una explicación de Derecho por completo desafiante, plenamente capaz de resistir las teorías que, según se creía, la habían refutado y sustituido, tomando al mismo tiempo en cuenta y aceptando dentro de su propio planteamiento algunas de las intuiciones o descubrimientos más importantes de estas teorías.

MacCornick Neil. *Natural Law and the Separation of Law Moral*. Oxford University Press, Oxford, 1992, página 105.

Sobre la terminación de esta obra, cuya elaboración se llevó toda una década, comentó John Finnis lo siguiente: “El libro fue concebido, iniciado y terminado en la Universidad de Oxford, cuyo lema podría ponerse al final de la parte III. Pero el libro fue escrito principalmente en África, en el Chancellor College de la Universidad de Malawi, en un ambiente al mismo tiempo agradable y propicio para la contemplación de los problemas de la justicia, el Derecho, la autoridad y los derechos”⁴.

IV. ATMÓSFERA CULTURAL DE LA QUE EMERGE LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES

En la década de los años sesenta la filosofía jurídica dominante en los medios universitarios an-

glosajones, es la del positivismo jurídico analítico, cuya tesis más radical es la que postula la separación absoluta entre el derecho y la moral y reduce la filosofía del derecho a un análisis puramente lingüístico. En congruencia con estos postulados hay un rechazo de cualquier concepción iusnaturalista, principalmente la que se relaciona con la tradición clásica de Platón, Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, sobre todo la de este potente pensador medieval, cuya doctrina es considerada por los secuaces del positivismo jurídico como simple superstición y oscurantismo.

Entre otras muchas corrientes dentro del cauce del positivismo jurídico, cabe destacar que las teorías jurídicas dominantes son las de Kelsen y Hart.

El aire que respira Finnis en esta atmósfera es totalmente incompatible con la del realismo jurídico⁵ de cuño aristotélico-tomista. Sin embargo, dentro del mismo sector positivista se viene dando, a la sazón, bajo la influencia de Hart, un movimiento de apertura de la teoría jurídica hacia la sociología y la historia más allá de lo que Orrego llama la pureza kelseniana y de los empirismos jurídicos.

En su Estudio preliminar a *Ley natural y derechos naturales*, Cristóbal Orrego asevera:

Esta apertura de la teoría jurídica analítica hacia los campos de la historia, la sociología y la ética; esta captación de la influencia de la perspecti-

va práctica en la descripción de los fenómenos sociales, del Derecho entre ellos; este desengaño, en definitiva, respecto de la posibilidad de una ciencia jurídica no guiada por valoraciones, todo esto forma el trasfondo del primer capítulo de Ley Natural y Derechos Naturales, un capítulo que muestra la necesidad de enfrentar explícitamente el estudio de los temas clásicos de la ética y de la política —el estudio de la ley natural—, incluso para asegurar la objetividad posible en las ciencias sociales descriptivas...⁶

En consecuencia, *Ley natural y derechos naturales* es un libro que emerge en el proceso de tránsito del positivismo analítico a la eticidad del derecho. El caldo de cultivo que lo nutre y lo alumbró vigoroso, es lo que Chaim Perelman de la Escuela de Bruselas denomina el derrumbe del paradigma positivista jurídico decimonónico a partir de los juicios de Nuremberg, para llegar a su colapso definitivo en la crisis que sufre el positivismo analítico hacia el año 1970,⁷ según lo describe detalladamente Massini Correas en su libro citado.

En efecto, este autor señala tres causas determinantes de la crisis del positivismo jurídico analítico:⁸

I. De Carácter Ético-Político:

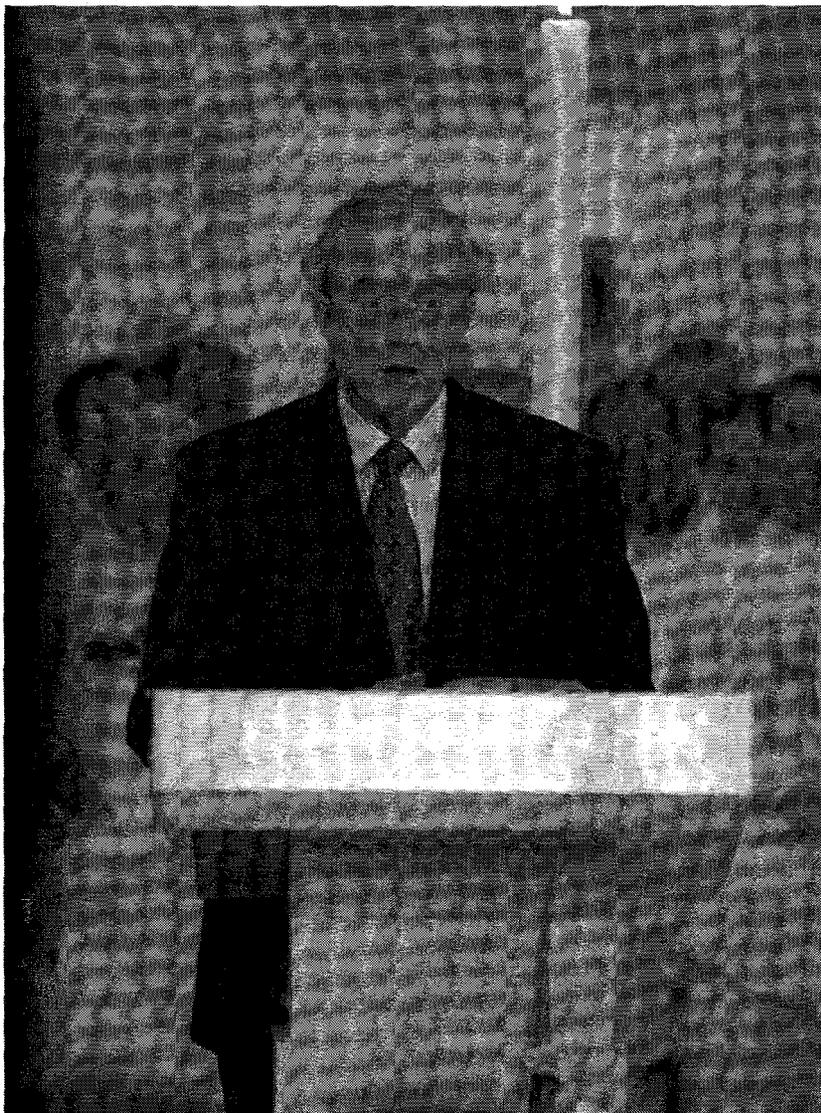
Consistente en la reacción moral que provocaron los diferentes tipos de totalitarismo que atentaron contra

5 "Posiciones realistas: estas posiciones siguen en líneas generales la matriz aristotélica y, conforme a ella, sostienen la posibilidad de conocer las dimensiones fundamentales del bien o perfección humana y de dirigir racionalmente, por medio de la razón práctico-normativa, las praxis humanas hacia ese fin. Desde esta perspectiva, las normas y principios jurídicos pueden alcanzar una objetividad 'fuerte', es decir, fundada en la 'naturaleza de las cosas humanas', donde la transubjetividad o independencia de la subjetividad es máxima y el papel de la realidad objetiva en la configuración de los contenidos y formas de la eticidad y de la juricidad resulta decisiva. En estos casos nos encontramos en presencia de posiciones denominadas 'naturalistas', en la medida en que suponen una remisión a la naturaleza de las realidades humanas para el conocimiento de principios, normas o valores. Por supuesto que estas doctrinas son claras y decisivamente 'cognitivistas', toda vez que suponen la posibilidad de conocimiento verdadero, tanto de los fines humanos como de los medios para alcanzarlos."

Massini Correas, C. I. *Opus cit.*, página 259.

6 Finnis, John. *Op. cit.*, páginas 10 y 11.

7 "Ahora bien, esta separación tajante entre el orden jurídico y las exigencias éticas de justicia, aceptada por una buena mayoría de los académicos a comienzos del siglo XX, comenzó a deteriorarse en la segunda posguerra, para finalmente colapsar en la década de los setenta. Este colapso del positivismo llegó a ser aceptado aun por sus mismos defensores, uno de los cuales, Norbert Hoerster, pudo afirmar que 'desde hace por lo menos 50 años es casi de buen tono, en la filosofía jurídica alemana rechazar y hasta condenar el positivismo jurí-



dico'; y en el ámbito intelectual anglosajón, Ronald Dworkin sostuvo tajantemente que 'el punto de vista del positivismo legalista es equivocado y, en definitiva, profundamente corruptor de la idea y del imperio del derecho'.

la dignidad de la persona humana en la primera mitad del siglo XX. Estos totalitarismos con diferentes matices ideológicos o políticos se caracterizaron porque sus atentados contra los derechos humanos en diferentes puntos de la geografía europea llevaron a los campos de concentración o al exterminio a millares de seres humanos con fundamento en leyes positivas y

vigentes emanadas de los parlamentos, es decir, con base en el derecho positivo.

II. De Carácter Jurídico-Institucional: Consistente en el hecho evidenciado por numerosos juristas de que en el funcionamiento real de los tribunales éstos emitían sus decisiones con base en criterios éticos en el momento de decidir las controversias que se llevaban ante los jueces, como lo puso de relieve Ronald Dworkin en diversos trabajos producto del análisis de la actividad de los tribunales estadounidenses.

III. De Carácter Intelectual: Consistente en el enérgico cuestionamiento del paradigma positivista de la ciencia que concibe a ésta como un saber puramente experimental-exacto y que reduce su objeto de conocimiento a lo puramente material cuantificable.

Esta concepción científica fue duramente criticada por filósofos de la ciencia, epistemólogos como Kuhn, Feyerabend, Popper y filósofos generales "que impugnaron la adopción excluyente del modelo de las ciencias positivas como paradigma universal de todo conocimiento riguroso y propusieron alternativamente patrones cognoscitivos de carácter fenomenológico, hermenéutico, tópico-dialéctico,

lingüístico-estructural o filosófico-práctico”.

V. ANTECEDENTES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE JOHN FINNIS

Para apreciar y entender en su justa dimensión *Ley natural y derechos naturales*, es necesario señalar algunos antecedentes del pensamiento Jurídico de Finnis. Entre estos podemos mencionar los siguientes:

- La tradición de la filosofía analítica del derecho bajo la influencia de Hart y Kelsen, pero también de Bentham y Austin, de Stone y de Hohfeld.
- La controversia entre Hart y los críticos, de “The Concept of Law” encabezados por Leon Fuller y Dworkin.
- La epistemología de Hume y Russell.
- El iusnaturalismo clásico de Platón, Aristóteles y Santo Tomás de Aquino.
- La Teoría Ética de Germain Grisez.
- Los estudios de B. J. Lonergan, cuya crítica del empirismo alejó a Finnis de la Epistemología, la Metafísica y la Ética empiristas.

VI. NUEVA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Hacemos mención a esta Escuela porque constituye un con-

texto doctrinal muy importante para ubicar y entender la conformación de la iusfilosofía de John Finnis.

El iniciador de esta corriente de ideas, dice Massini Correas, ha sido el filósofo y teólogo norteamericano Germain Grisez, Profesor en el Mount Saint Mary's College y autor, en 1965 de un extenso trabajo publicado originalmente en NATURAL LAW FORUM con el título de “The First Principle of Practical Reason: a Comentario on the Summa Theologiae, 1-2, question 94, article 2”, trabajo que debe ser considerado el punto de partida de la Escuela. La interpretación de los textos tomistas defendida por Grisez en ese artículo ha sido seguida luego por John Finnis, profesor en la Universidad de Oxford, en su importantísima obra Natural Law and Natural Rights, de la que ya se han publicado varias ediciones. También pueden ser considerados integrantes de esta corriente William May, Joseph Boyle y Robert P. George, todos ellos profesores en Estados Unidos y en Canadá.⁸

Cabe señalar en este apartado que uno de los desarrollos que más ha caracterizado el perfil doctrinal de esta corriente ha sido su fuerte oposición a la llamada “falacia naturalista”, remitiéndose para ello a los “primeros principios prácticos”, pero sin enfrentar en clave metafísica a la

8 Massini Correas, Carlos I. *Opus cit.*, páginas 217-219.

9 Massini Correas, Carlos Ignacio. *Opus cit.*, páginas 245, 246.

“Ley de Hume”, como también se conoce esta falacia.

Ante el señalamiento del positivismo analítico de que el derecho natural tiene el defecto estructural de intentar derivar lo que debe ser (el derecho) a partir de lo que es, la naturaleza humana, Finnis responde que los deberes naturales no se derivan de la naturaleza humana en cuanto es, sino de los primeros principios de la razonabilidad práctica que son evidentes y que pertenecen no al mundo del ser, sino al del deber ser.

En razón de la tesis que antecede nos explicaremos más adelante la importancia que Finnis atribuye al análisis de los siete bienes básicos y de las llamadas exigencias de la razonabilidad práctica.

VII. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE *LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES*

Esta obra densa, polémica, fuertemente argumentada, se divide en tres partes fundamentales, pero es la parte segunda la que constituye el núcleo esencial de la obra, según apreciación del propio Finnis.

En efecto, en esta segunda parte el autor desarrolla magistralmente los siguientes temas:

- Capítulo III. Una forma de bien: el conocimiento.
- Capítulo IV. Los otros valores básicos.
- Capítulo V. Las exigencias

básicas de la razonabilidad práctica.

- Capítulo VI. Comunidad, comunidades y bien común.
- Capítulo VII. La justicia.
- Capítulo VIII. Derechos.
- Capítulo IX. La autoridad.
- Capítulo X. El derecho.
- Capítulo XI. Obligación.
- Capítulo XII. Leyes injustas.

VII. 1 LOS VALORES O BIENES BÁSICOS

Como no es posible abordar en la brevedad de este trabajo los diez puntos medulares antes mencionados de la iusfilosofía finnisiana tratados en el libro cuya atención nos ocupa, se impone un trabajo de selección con base en los siguientes criterios:

- Que el fundamento de la Teoría de Ética de Finnis es la afirmación de que existe un conjunto de bienes básicos.
- Que estos bienes son intrínsecamente valiosos y se encuentran todos en el mismo nivel de importancia.
- Que cuando se habla de bienes básicos, en la Teoría Jurídica de Finnis se hace referencia a aquellas cosas que son buenas para la existencia humana.

Ahora bien y con el propósito de lograr un claro entendimiento de *Ley natural y derechos naturales*, es bueno atender la indicación de Luis Rodolfo Vigo,¹⁰

10 Luis Rodolfo Vigo. *El ius naturalismo actual*, de M. Vilely, A. J. Finnis. Distribuciones Fontamara, México, 2003, páginas 113 a 123.

en el sentido de que la Teoría jurídica finnisiana descansa sobre una serie de presupuestos teóricos necesarios para comprender lo que es el derecho en su inescindible vinculación con la moral y la política. De acuerdo con este autor, estos fundamentos teóricos del derecho son los siguientes:

- El presupuesto pre moral o los bienes humanos básicos.
- Presupuesto metodológico.
- Las exigencias de la racionalidad práctica.
- Presupuestos sociopolíticos (comunidad y autoridad).

Finnis considera que si el derecho ha de servir al ser humano y operar con plena validez jurídica, debe fomentar o por lo menos no perjudicar esos bienes básicos, pues ellos son esenciales para hacer posible el “florecimiento humano”, es decir, posibilitar la actualización de las potencialidades que encierra la naturaleza humana.

El origen de esta concepción finnisiana de los bienes básicos, se sustenta en la idea de BIEN de la filosofía aristotélico-tomista. Desde el punto de vista de la Ley Natural, BIEN es todo aquello que sirve para desarrollar la vida, para perpetuar la especie y propiciar el perfeccionamiento del hombre en su condición de ser racional y en las interrelaciones con sus semejantes.

Bernardino Montejano¹¹ refiriéndose a la idea que tenía Santo Tomás de las inclinaciones natu-

rales nos las presenta didácticamente en el siguiente cuadro:

Inclinación:

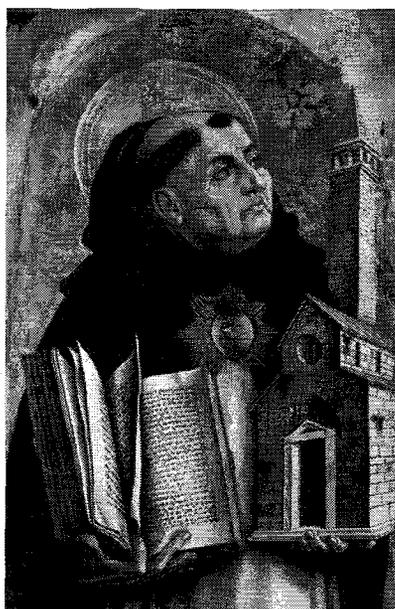
- “Común a todas las sustancias: a la conservación del ser según su propia naturaleza”.
- Común a los hombres y animales (202):
 - 1) a la unión del macho y la hembra.
 - 2) a la educación de los hijos.
- Propia del hombre hacia los bienes conforme a su naturaleza de ser racional:
 - 1) el deseo de conocer a Dios.
 - 2) el deseo de vivir en sociedad:
 - a) evitar la ignorancia.
 - b) no dañar al prójimo.

(202) “A pesar de esta recepción del texto romano, Santo Tomás sabía ‘que no se da ley ni derecho propia y formalmente más que en los seres dotados de inteligencia, y solamente de una manera material y extensiva se pueden atribuir a los brutos animales y a los demás seres privados de razón’, Cit. por Santiago Ramírez, *Op. cit.*, página 63.”

De la lectura de Ley natural y derechos naturales extractamos la NÓMINA DE LOS SIETE BIENES BÁSICOS, a saber:

1. LA VIDA, “el término ‘vida’ significa aquí cada uno de los aspectos de la vitalidad (*vita*, vida) que

11 Montejano, Bernardino. *Curso de derecho natural*. Tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, página 134.



hacen que el ser humano esté en buenas condiciones para la autodeterminación.”¹²

2. **CONOCIMIENTO**, entendido como conocimiento especulativo en cuanto es buscado por sí mismo, es decir, por el puro deseo de saber, o como afirma Finnis “considerado como deseable por sí mismo no sólo instrumentalmente”.¹³
3. **JUEGO**, considerado como un elemento irreducible de la cultura humana que consiste en ocuparse en una serie de realizaciones que no tienen otro sentido que la realización misma que se disfruta por sí misma.¹⁴
4. **EXPERIENCIA ESTÉTICA**, consistente en el goce de las formas bellas tanto por experiencia interna como fuera de nosotros. “La Experiencia Estética, a diferencia del juego, no necesariamente supone la acción de uno mismo; lo que se busca y valora por sí mismo puede ser simplemente la forma bella ‘fuera de’ uno y la experiencia ‘interna’ de la apreciación de la belleza. Pero bastante a menudo la experiencia que se valora se encuentra en la creación y/o en la apreciación activa de alguna obra de forma significativa y agradable”.¹⁵
5. **LA AMISTAD**, “que se realiza en su forma más débil por un mínimo de

paz y amor entre los hombres, y que atraviesa las formas de comunidad humana hasta su forma más fuerte en el florecimiento de la amistad plena”... “pero la amistad implica obrar por los propósitos del amigo, por el bienestar del propio amigo. Estar en una relación de amistad con al menos una persona es una forma fundamental de bien, ¿no es verdad?”.¹⁶

6. **RAZONABILIDAD PRÁCTICA**, “capaz de hacer que la propia inteligencia se aplique eficazmente (en el razonamiento práctico que da por resultado una acción, a los problemas de elegir las acciones y el estilo de vida de cada uno y de formar el propio carácter)”... este valor es por tanto complejo, e implica libertad y razón, integridad y autenticidad. Pero posee la suficiente unidad para ser tratado como uno solo; y como denominación he elegido “razonabilidad práctica”.¹⁷
7. **RELIGIÓN**, este valor se relaciona con los aspectos trascendentes de la existencia humana y nos vincula con la divinidad y la eternidad.

“¿No sucede quizás que la libertad humana, por la cual uno se eleva por sobre el determinismo del instinto y del impulso hacia una captación inteligente

12 Finnis, J. *Op. cit.*, página 117.

13 Finnis, J. *Op. cit.*, página 118.

14 Finnis, J. *Op. cit.*, págs. 118, 119.

15 Finnis, J. *Op. cit.*, página 119.

16 Finnis, J. *Op. cit.*, página 119.

17 Finnis, J. *Op. cit.*, páginas 119 y 120.

de formas de bien, y a través de la cual uno conforma y domina su propio ambiente y también su propio carácter, está ella misma de algún modo subordinada a algo que hace posible esa libertad humana, esa inteligencia humana y ese dominio humano (no sólo 'originalmente' sino en cada momento) y que es libre, inteligente y soberano de una manera (y con un alcance) que ningún ser humano puede ser?"¹⁸

VII. 2 EL CONOCIMIENTO COMO FORMA DE BIEN BÁSICO

De esta "nómina" de bienes básicos analizaremos en primer término el del conocimiento, porque se encuentra estrechamente vinculado con la gnoseología finnisiana, la cual, a su vez, establece los fundamentos de una teoría jurídica considerada como parte inescindible de la filosofía práctica que, según el propio Finnis, "es una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la racionalidad práctica".¹⁹

Sobre la relación de la teoría jurídica con la filosofía práctica resulta esclarecedora esta observación de Luis Rodolfo Vigo:

La praxis humana y su desarrollo en orden a lograr el florecimiento humano (Human Flourishing) no admiten interpretaciones esquizofrénicas o contradictorias, de allí que se comprenda esta preocupación

*finnisiana —por otro lado fuertemente actual desde diversas corrientes— por evitar visiones juridicistas que terminan explicando un derecho desprovisto de hombres y de realidad. Ello no implica desconocer la especificidad de lo jurídico incluso, en sus aspectos más técnicos y formales, pero en última instancia la racionalidad jurídica requiere de la racionalidad moral y política.*²⁰

Cuando Finnis aborda en *Ley natural y derechos naturales* el tema del conocimiento como forma básica de bien, explícitamente nos hace esta advertencia:

*Ni este capítulo ni el próximo formulan o presuponen juicios morales. Más bien, estos dos capítulos se refieren al sustrato valorativo de todos los juicios morales. Es decir, se refieren a los actos de comprensión práctica en que captamos los valores básicos y de esta manera, también, los principios básicos de todo razonamiento práctico.*²¹

Luego nos indica los tres propósitos de su análisis del conocimiento como forma básica de bien, a saber:

- 1) Qué quiero decir con "Valor básico" y "Principio práctico básico".
- 2) Cómo dichos valores y principios entran en cualquier consideración de buenas razones para la acción y en cualquier descripción completa de la conducta humana, y

La praxis humana y su desarrollo en orden a lograr el florecimiento humano (human flourishing) no admiten interpretaciones esquizofrénicas o contradictorias, de allí que se comprenda esta preocupación finnisiana —por otro lado, fuertemente actual desde diversas corrientes— por evitar visiones juridicistas que terminan explicando un derecho desprovisto de hombres y de realidad.

18 Finnis, J. *Op. cit.*, página 120.

19 Finnis, J. *Op. cit.*, página 48.

20 Vigo, L. R. *Opus cit.*, página 106.

21 Finnis, J. *Opus cit.*, página 91.



- 3) El sentido en que dichos valores básicos son obvios (“autoevidentes”).

Cuando Finnis define el “Bien básico conocimiento, como especulativo”, nos advierte que no utiliza el término en la versión aristotélica que distingue entre *theoreke* y lo *praktike*, sino que lo usa para expresar o referirse a un tipo de conocimiento buscado por sí mismo.

Finnis atribuye al conocimiento las siguientes características:

- a) Es un valor por sí mismo, es decir, porque el conocimiento es realmente un bien que objetivamente vale la pena buscar.
- b) Es inderivable porque ningún valor puede ser deducido o inferido a partir de un hecho o un conjunto de hechos; sin embargo, afirma que “es igualmente irrelevante que el escéptico arguya que los valores no pueden ser derivados de los hechos. Porque mi tesis es que, si bien la conciencia de ciertas posibilidades ‘fácticas’ es una condición necesaria para el juicio razonable de que la verdad es un valor, el juicio mismo, no obstante, no se deriva de ningún otro juicio en absoluto”.²²
- c) Es evidente, es decir, obvio. Y aunque no puede ser demostrado tampoco necesita demostración.

Cuando el autor de *Ley natural y derechos naturales* hace referencia a la evidencia no sólo del conocimiento, sino de todos los otros valores o bienes básicos, razona ampliamente para dejar en claro que no hay nada sospechoso en apelar a la evidencia y pone por caso el de la ciencia moderna y otras disciplinas que descansan en conceptos o principios evidentes.

Luego enfatiza que “la reflexión sobre qué significa decir que los principios o normas del correcto pensamiento empírico son evidentes ayudará a eliminar algunos malos entendidos sobre lo que significa decir que los principios sustantivos de la razonabilidad práctica son evidentes”.²³

Entre los muchos principios del correcto pensamiento empírico o de racionalidad en las investigaciones teóricas, señala los que a continuación se mencionan:

- 1) Los principios de la lógica han de ser utilizados y admitidos en todo pensamiento.
- 2) Esperar una razón adecuada de por qué algo es de un modo en vez de otro.
- 3) Las tesis que se refutan a sí mismas han de abandonarse.
- 4) Los fenómenos han de ser considerados reales a menos que haya alguna razón para distinguir entre la apariencia y la realidad.
- 5) Una descripción completa

22 Finnis, J. *Op. cit.*, página 103.

23 Finnis, J. *Op. cit.*, Página 99.

de los datos ha de ser preferida a las descripciones parciales.

- 6) Si un método de interpretación es exitoso se ha de confiar en él para ulteriores casos similares mientras no aparezca una razón en contrario.
- 7) Las explicaciones teóricas que son simples, exitosas en sus predicciones y de alto poder explicativo han de ser aceptadas con preferencia sobre otras explicaciones.²⁴

Estos principios tienen las siguientes características:

- 1) No son demostrables
- 2) No describen el mundo
- 3) Son objetivos
- 4) Son evidentes.

Es precisamente que al amparo de estas consideraciones, Finnis sostiene que es evidente el principio práctico básico de que el conocimiento es un bien que ha de buscarse y, por ende, la ignorancia ha de evitarse.

Después de estas consideraciones es que Finnis llega a establecer que un principio práctico es un juicio racional sobre una forma general de bienestar humano, sobre la realización de una potencialidad humana.²⁵

VII. 3 LAS EXIGENCIAS DE LA RAZONABILIDAD PRÁCTICA

La tesis anterior sobre lo que es un "principio práctico" nos

permite entrar en la consideración de otro de los "bienes o valores básicos" que Finnis analiza bajo el rubro de "Las exigencias de la racionalidad práctica" que expresa "el método de la ley natural". De este método comenta Vigo:

Este método que puede calificarse de "Prudencial", tiene por objeto a toda la praxis razonable, y en consecuencia, él opera en el campo del derecho, de la política y por supuesto la moral propiamente dicha. Al hablar de método podemos tener la impresión que estamos en un terreno meramente formal o procedimental, sin embargo, tengamos presente que la razonabilidad práctica es ella misma un bien básico y por ende esos requerimientos tienen —en mayor o menor medida— proyección en lo sustancial. La importancia del punto es relevante, pues un derecho plenamente justificado se logra respetando en su formulación y contenido las exigencias finnianas...²⁶

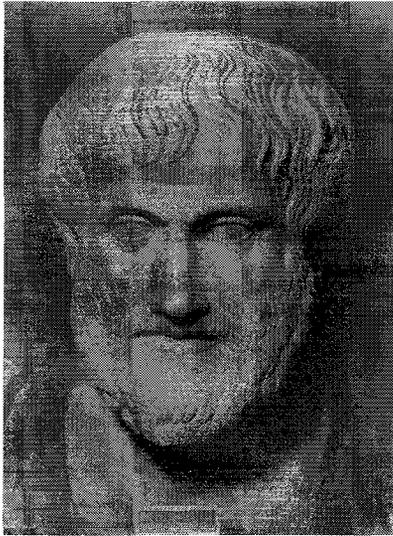
¿Cuáles son esas exigencias? He aquí las nueve que nos describe el autor en comentario:

- 1) Toda persona debe tener un plan de vida coherente, es decir, un conjunto armonioso de metas y orientaciones en su existencia, sin dejarse arrastrar por impulsos momentáneos por respuestas aisladas.
- 2) No se deben tener prefe-

24 Finnis, J. *Opus cit.*, páginas 99, 100.

25 Finnis, J. *Opus cit.*, página 103.

26 Vigo L. R., *Opus cit.*, página 118.



- rencias arbitrarias entre los distintos bienes básicos.
- 3) No se deben realizar preferencias arbitrarias entre personas en cuanto a la posibilidad de alcanzar los bienes básicos. En este sentido la regla de oro es: “haz a los demás lo que quisieras que ellos hicieran contigo”.
 - 4) Mantener la apertura a la consecución de todos los bienes básicos considerando siempre las circunstancias cambiantes que se presentan a lo largo de toda la vida.
 - 5) Compromiso: se debe mantener fidelidad a los compromisos personales en relación con el proyecto de vida asumido, evitando así la ligereza de abandonarlos por cualquier razón.
 - 6) Para alcanzar los objetivos asumidos se deben realizar las acciones que son eficientes para cumplirlos. Esto implica —comenta Vigo— “valorar las consecuencias de decisiones alternativas sin llegar a las tesis irracionales del utilitarismo y del consecuencialismo”.²⁷
 - 7) En la ejecución de nuestros actos se debe tener presente el respeto a cualquier bien básico, evitando así ponerlo en peligro, es decir, no se debe cometer ningún acto que por sí mismo cause daño. Esto quiere decir que no hay justifi-

cación para la comisión de un daño apelando a los resultados favorables que pudiera atraer aparejada la acción que directamente ocasiona ese daño, ni aun en la hipótesis de que el beneficio que se obtuviera fuera más importante que el daño generado.

- 8) Se debe favorecer y fomentar el bien de la propia comunidad, porque la mayoría de nuestras responsabilidades, obligaciones y deberes morales en general y jurídicos en particular tienen por base esta exigencia.
- 9) Hay que actuar siempre en conformidad con la conciencia. Si después de una seria reflexión sobre alguna cuestión uno piensa que no debemos hacer algo, entonces no se debe hacer.

Es importante destacar que estas exigencias de la razonabilidad práctica constituyen los presupuestos necesarios para disfrutar la plenitud del bienestar en las circunstancias de toda la vida, de tal manera que quien vive a la altura de ellas es también el “spoudaios”, es decir, el hombre maduro de Aristóteles²⁸ o el hombre prudente que tiene la sabiduría práctica, según Santo Tomás.

Por otra parte, y reflexionando brevemente sobre este punto de las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con la justificación del derecho, es

27 Vigo L. R. *Opus cit.*, página 119.

28 Finnis. *Opus cit.*, Página 134.

importante hacer un paréntesis para considerar el hecho de que toda la realidad jurídica cae dentro de la categoría de la praxis humana. Sin embargo, algunos teóricos del positivismo jurídico, dando topes contra el agujón de la realidad, han negado este hecho, por lo que muchas veces sus construcciones jurídicas no pasan de ser artificios fantásticos, pero divorciados de las realidades humanas. Lo cierto es que las tres realidades jurídicas esenciales del derecho: la conducta jurídica, la facultad jurídica y la norma jurídica están relacionadas con la razonabilidad práctica, ya que la conducta jurídica es actividad humana éticamente valorable, las normas jurídicas son modelos de conducta jurídica a la vez que prescripciones acerca de ella y las facultades jurídicas tienen por objeto el derecho conducta.

En congruencia con este punto es oportuno resaltar que el análisis finnisiano de las nueve exigencias de la razón práctica constituye una fuerte oposición a los diversos escepticismos jurídicos que niegan a la razón la capacidad de conocer todos aquellos bienes y fines que es necesario tener presente para orientar el obrar humano en cuyo ámbito queda encuadrado el derecho.

Ahora bien, y no obstante la relación esencial que existe entre razón práctica y derecho, nos preguntamos: ¿cómo fue posible que en el ámbito jurídico se llegara a negar a la razón la capacidad de conocer, descubrir

y valorar los fines y bienes de la conducta humana?

- Para responder tal cuestión hay que remontarse hasta la reforma luterana del siglo XVI, ya que fue en este movimiento religioso que se consideró que la naturaleza humana está corrompida y que, por lo mismo, no puede ser fundamento de la justicia o del derecho. Por esta razón el mismo Lutero calificó a la razón como la “prostituta del diablo”.
- En segundo lugar fue David Hume quien, en su conocido “slave passage”, reservó a la razón un carácter meramente instrumental, de “esclava de las pasiones”, en el ámbito de la praxis humana.
- En este contexto —afirma Massini Correas— se descarta formalmente la noción de una razón práctica-normativa, dejando lugar a una racionalidad de carácter práctico-instrumental, destinada al cálculo de los medios convenientes para el logro de uno de los fines establecidos irracionalmente, por medio de sentimiento, decisiones o prácticas sociales.
- La corriente heredera del pensamiento de Hume, el positivismo jurídico, ha sostenido coherentemente la imposibilidad de establecer de modo racional-



mente objetivo, los fines, valores o bienes jurídicos, reduciendo el ámbito de la racionalidad jurídica a la descripción A – VALORATIVA y al estudio de la coherencia lógica y pureza del lenguaje de los sistemas normativos positivos.²⁹

En este esquema de pensamiento encontramos tres grupos: positivistas jurídicos excluyentes, positivistas incluyentes y utilitaristas.

Entre las corrientes impugnadoras de la razón práctica más cercanas a nosotros podemos considerar a las posiciones críticas y racionalistas representadas por Marx, Nietzsche y Freud, estos autores niegan categóricamente el valor cognoscitivo de la razón al menos como ha sido pensada tradicionalmente.

Rechazan de plano la noción misma de razón práctica, pues según estos autores la razón no tiene nada que hacer en el campo de la praxis humana y tampoco en el de las relaciones jurídicas.

Sin embargo, es un hecho que la razón considera desde una perspectiva estimativa diferente los fines del obrar, los compara y pondera, estableciendo racionalmente su mayor o menor valor como motivaciones de la conducta. Lo que evidencia el hecho de que los hombres disputen y dialoguen acerca de los diversos motivos de la acción y consideran seriamente la posibilidad de que exista un error en

cuanto a la determinación de sus fines.

Es por ello que siguiendo la línea de la filosofía jurídica de Massini Correas, quien a su vez se inspira en el pensamiento de Finnis, sea lógico concluir que la noción fuerte de la razón práctica, “consiste en conocer los bienes humanos, los fines del obrar, descubrir su valor y defender su pertinencia para la ordenación de su conducta humana; así como para deliberar y establecer los medios pertinentes para el logro por medio de la praxis, y esos bienes humanos, en la medida en que ello es posible en la vida de los hombres y en el marco de su convivencia.”³⁰

VII. 4 LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

Antes de abordar el tema de la definición del derecho en la Teoría Jurídica de Finnis, es necesario hacer algunas consideraciones preliminares, pues el derecho resulta ser un objeto de conocimiento sumamente complejo e integrado por una serie de elementos diversos que a veces resulta difícil encerrar en una definición.

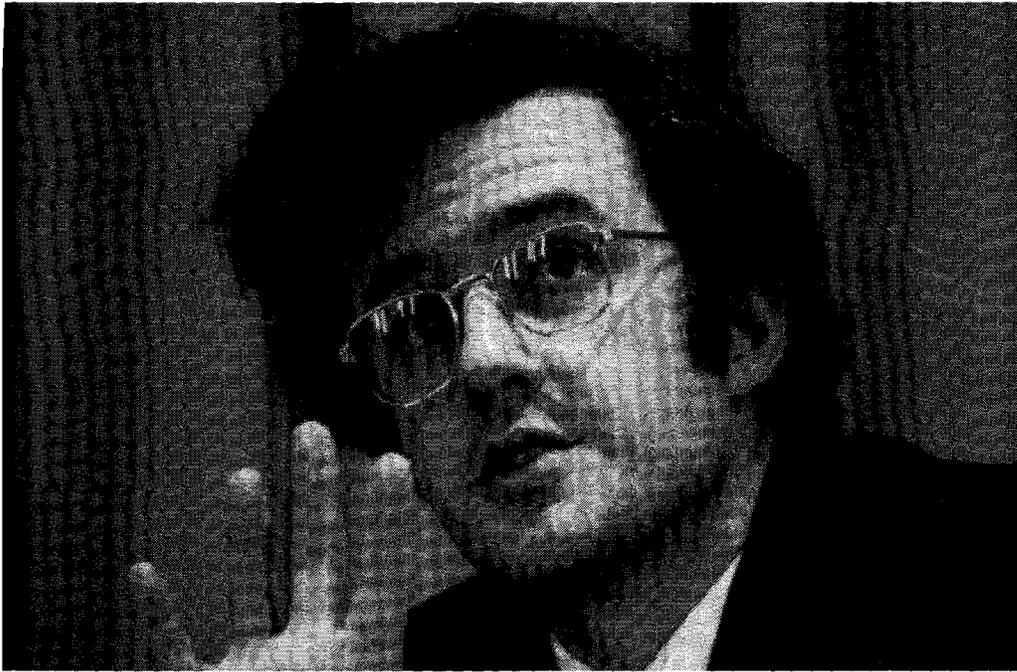
A continuación me permito citar las siguientes cuestiones que plantea a la filosofía la noción de derecho y que Massini Correas³¹ en su obra tantas veces citada presenta de la siguiente manera:

- 1 ¿Se trata en el caso de “derecho”, de una polisemia

29 Massini Correas. *Opus cit.*, página 7.

30 Massini Correas, C. I. *Opus cit.*, página 14.

31 Massini Correas, C. I. *Opus cit.*, págs. 26 y 27.



de carácter equívoco o bien analógico, es decir, con una significación no puramente diversa sino semejante?

- 2 ¿Qué carácter tiene esa analogía y cuáles son sus analogos principales?
- 3 ¿Qué se quiere significar cuando se aplica la locución “derecho” a una conducta, a una norma a una facultad, etc...?
- 4 ¿Cómo se vinculan entre sí las diversas significaciones descubiertas: con relaciones causales, o de mera semejanza?

En relación a las exigencias que el derecho plantea a las personas:

- 1 ¿Qué alcance y qué naturaleza tiene ese carácter exigible de “derecho”?
- 2 ¿Qué fundamento o justi-

ficación racional tiene su obligatoriedad?

- 3 ¿Cómo se explica y se justifica su carácter generalmente coactivo?

En relación a un sujeto:

- 1 ¿Quiénes y por qué son los sujetos de esa conducta, facultad, etcétera?
- 2 ¿Cómo se vinculan esa conducta, esa norma, etc., con las disposiciones habituales o virtuales o del sujeto?

En relación con el derecho como una realidad intersubjetiva, que se expresa a través del lenguaje y es objeto de un conocimiento racional.

- 1 ¿Cómo se conoce —y en qué medida— esa realidad compleja que deno-

- 1 *¿Qué alcance y qué naturaleza tiene ese carácter exigible de "derecho"?*
- 2 *¿Qué fundamento o justificación racional tiene su obligatoriedad?*
- 3 *¿Cómo se explica y se justifica su carácter generalmente coactivo?*

- 1 ¿Existen ciertos contenidos éticos?
- 2 ¿Existe un método: propio del conocimiento y del razonamiento jurídico?
- 3 ¿Existen ciertos hábitos intelectuales vinculados a ese conocimiento?
- 4 ¿Cuáles son las cualidades semánticas de las proposiciones a través de las cuales se expresa el derecho, en especial el derecho normativo?
- 5 ¿Tiene el lenguaje del derecho características especiales y, en caso afirmativo, cuáles son ellas?

En relación con la practicidad del derecho:

- 1 ¿Cuál es la finalidad propia —la que les da sentido— de normas, conductas, facultades, etc., jurídicas?
- 2 ¿Cuáles son el bien o los bienes que se persiguen por medio de la praxis jurídica?
- 3 ¿Es posible hablar de valores y de valoraciones o estimaciones en el ámbito jurídico?
- 4 En definitiva: ¿existe algo así como el derecho natural o todo el derecho tiene una constitución meramente positiva?; ¿las normas jurídicas son tales sólo porque han sido sancionadas por determinada autoridad y conforme a un cierto procedimiento, o bien es necesario que respeten o incor-

poren ciertos contenidos éticos?

Partiendo, pues, de la problemática de la noción de derecho, como la evidencian los anteriores cuestionamientos, se infiere que cualquier intento por definirlo debe tratar de abarcar entre los límites de una definición todos los elementos que lo constituyen.

Ahora bien, en la definición focal del derecho de John Finnis confluyen todos aquellos elementos capitales que constituyen la rica diversidad que encierra la noción de derecho. Además, hay que poner de relieve que su intento definitorio se ajusta a un proceso progresivo o gradual que recorre las siguientes etapas: a) incluye inicialmente un análisis estrictamente formal, b) otro análisis parcialmente formal y c) concluye con la definición del derecho.

La metodología de Finnis

Antes de avanzar en el proceso de definición es importante hacer mención, aunque sea brevemente, a la metodología que subyace en el intento definitorio de John Finnis. Esta metodología ha sido puesta de relieve por Pablo Héctor González Villalobos, quien la resume de la siguiente manera:

- 1) Finnis, bajo la influencia de Lonergan, acusa de inutilidad la pretensión de las escuelas analíticas (anteriores a Hart) de describir el derecho a partir

de elementos, pretendidamente objetivos, que se encuentran en todos y cada uno de los sistemas jurídicos existentes.

- 2) Dicho esfuerzo conduce a reducir lo jurídico a un conjunto de elementos mínimos que son insuficientes para describirlo, de manera que razonablemente se corresponda con la realidad.
- 3) La selección de los elementos que se utilizarán, por el teórico analítico para describir la realidad jurídica, implica ya una valoración que no se justifica y que es contradictoria con la pretensión de objetividad descriptiva de las escuelas jurídico-analíticas de que se trata.
- 4) En este orden de ideas, Finnis retoma el punto de partida de Hart y propone rescatar la noción aristotélica del caso central como instrumento útil para explicar, en términos racionalmente objetivos, la realidad jurídica.
- 5) Se trata de utilizar la analogía como medio de conocimiento. Así, en un primer momento se elabora el discurso científico a partir de un caso central que contiene todos los elementos que corresponden, con propiedad, a la realidad objeto de estudio.
- 6) En un segundo momento, se contrasta el caso central (que correspondería al analogado principal) con

las otras realidades (analogados secundarios) que participan, de manera más o menos cercana, de las características del caso central. A estas últimas realidades se les denomina casos periféricos.

- 7) En resumen: el método supone dos grandes ventajas:
 - a) Sin perder objetividad, se puede describir la materia de estudio en términos lo suficientemente ricos como para que sea comprendida de manera plena (siempre dentro de los límites del conocimiento humano).
 - b) La existencia del caso central y de los casos periféricos permite emitir juicios de valor para detectar lo que puede y debe corregirse en un sistema jurídico.³²

Diversidad de elementos en la definición focal del derecho

Congruente con esta metodología la definición focal del derecho de John Finnis, se caracteriza por la rica diversidad de elementos que toma en cuenta; en efecto, en ella encontramos las posiciones normativistas de Kelsen y Hart, las aportaciones de los defensores de los principios como Esser o Dworkin, elementos referentes a los defensores de la dimensión procedimental o dinámica como Alexy, posiciones tradicionales reductivas en los ti-

En definitiva: ¿existe algo así como el derecho natural o todo el derecho tiene una constitución meramente positiva?; ¿las normas jurídicas son tales sólo porque han sido sancionadas por determinada autoridad y conforme a un cierto procedimiento, o bien es necesario que respeten o incorporen ciertos contenidos éticos?

32 González Villalobos, Pablo Héctor, www.juridica.unam.mx/publica/libre/rev/trcons/cont/10/rec/rec31.pdf

pos de normas, sean de competencia o las constitutivas como es el caso de Ross o Searle; en suma: la definición finnisiana presenta una gran variedad de elementos:

- a) Diversidad de tipos de normas.
- b) Asunción explícita de la politicidad.
- c) Recepción esencial de la coerción (contraria a la típica negativa iusnaturalista a reconocerla como nota constitutiva del derecho).
- d) Importancia de lo institucional.
- e) Confianza en la razón práctica jurídica.
- f) Aspectos formales o técnicos-jurídicos específicos.
- g) Interés por los diferentes asuntos humanos.
- h) Explícita presencia teleológica y axiológica circunstanciada.

Características formales del orden jurídico

La presencia de estos elementos en la definición finnisiana nos permite detectar en ella una serie de características formales del orden jurídico, a saber:

- 1) El derecho es necesariamente coactivo. “Es necesario que el derecho sea coactivo (primariamente mediante sanciones punitivas, secundariamente mediante intervenciones y restricciones preventivas). Pero otras características importantes del orden jurídico saldrán a relucir si nos hacemos la pregunta: ¿Habría

necesidad de autoridad jurídica y de regulación en un mundo donde no hubiese desobediencia ni, por tanto, necesidad de sanciones?”³³

- 2) El derecho regula su propia creación mediante reglas e instituciones haciendo predecible las interacciones humanas.

“...el derecho introduce definición, precisión, claridad, y por tanto predictibilidad en las interacciones humanas, mediante un sistema de reglas y de instituciones interrelacionadas de tal manera que las reglas definen, constituyen y regulan las instituciones, y las instituciones a su vez crean y administran las reglas, y resuelven las cuestiones sobre su existencia, alcance, aplicabilidad y funcionamiento”.³⁴

- 3) Permanencia de la validez jurídica hasta que termine según sus propios términos o por la derogación mediante otro acto u otra regla válida.

“Es un postulado operativo del pensamiento jurídico (tan fundamental que apenas se lo identifica y analiza) el que cualquier regla o institución jurídica (*e. g.* un contrato, una transacción, una corporación) una vez que ha sido válidamente creada permanece válida, en vigor o en existencia, desde la perspectiva del derecho hasta

33 Finnis, J. *Opus cit.*, página 294.

34 Finnis, J. *Opus cit.*, página 296.

que termina, de acuerdo con sus propios términos o con algún acto o regla de derogación válidos”.³⁵

- 4) Las reglas de derecho regulan las condiciones bajo las cuales un individuo privado puede modificar la extensión o la aplicación de las reglas.

“Es decir, los individuos pueden realizar actos jurídicos (juridical) que, si se realizan en conformidad con reglas en vigor en el momento de la realización, equivalen a celebrar un contrato, a efectuar una venta o una compra o una transferencia de dominio, a instituir un legado, a contraer matrimonio, a constituir una corporación o una sociedad, a entablar una demanda, ir a juicio...”³⁶

- 5) Los actos de promulgación o ejercicio de potestades —públicas o privadas—, no obstante su origen o ejercicio en el pasado, proporcionan hacia el futuro una razón suficiente y excluyente para actuar en la manera prevista en aquéllos.

“En un sentido importante la ‘existencia’ o ‘validez’ de una regla jurídica puede explicarse diciendo que consiste simplemente en esta relación, esta relevancia continua del ‘contenido’ de ese acto jurídico pasado para proporcionar

una razón para decidir y actuar en el presente de una forma entonces especificada o prevista”.³⁷

- 6) En el Derecho está presente el postulado ficticio de que todo problema de coordinación ha sido previsto —total o parcialmente— por actos jurídicos pasados.

“No es necesario insistir que este postulado es ficticio y que, si se lo entendiera literalmente, sería descriptivamente engañoso y restringiría innecesariamente el desarrollo del derecho por medios no legislativos.”³⁸

John Finnis resume estas características principales del orden jurídico en las dos siguientes: EL DERECHO ES UN ORDEN COACTIVO y EL DERECHO REGULA SU PROPIA CREACIÓN.

“Así es como el orden jurídico posee dos grandes características, dos modos característicos de operar, dos polos en torno a los cuales tienden a agruparse las definiciones del derecho y las teorías del derecho”.³⁹

El imperio del derecho

Bajo este rubro Finnis desarrolla la tesis de que un sistema jurídico está jurídicamente en buen estado, es decir, que el imperio del derecho equivale tanto a “estado de derecho” o “principio de legalidad”. El imperio del derecho, nos dice, es la “virtud específica de los sistemas jurídicos” y presupone la vinculación de las exigencias

35 Finnis, J. *Opus cit.*, página 297.

36 Finnis, J. *Opus cit.*, página 297.

37 Finnis, J. *Opus cit.*, página 297.

38 Finnis, J. *Opus cit.*, página 298.

39 Finnis, J. *Opus cit.*, página 298.



8. Aquellos que poseen autoridad para crear, administrar y aplicar las reglas en virtud de un cargo oficial (a) han de dar cuenta del cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación y (b) de hecho aplican el derecho coherentemente y según su temor.⁴⁰

La idea del imperio del derecho, concluye Finnis, no es sólo una “técnica de administración”, sino una forma que “tiende a reducir la eficiencia para el mal de un gobierno malo, pues limita sistemáticamente la libertad de maniobra del gobierno”.⁴¹

formales del orden jurídico con requerimientos de justicia y bien común.

Un sistema jurídico —dice Finnis— realiza el imperio del derecho en la medida en que:

1. Sus reglas son prospectivas, no retroactivas.
2. No son de ninguna otra forma imposibles de cumplir.
3. Sus reglas son promulgadas.
4. Claras.
5. Coherentes entre sí.
6. Sus reglas son lo suficientemente estables como para hacer posible a la gente orientarse por su conocimiento del contenido de las reglas.
7. La dictación de decretos y órdenes aplicables a situaciones relativamente limitadas está orientada por reglas promulgadas, claras, estables y relativamente generales.

El Bien Común

En relación con el contenido axiológico de la definición del derecho encontramos expuesta la idea que Finnis tiene del Bien Común, que en la perspectiva de nuestro filósofo implica hablar de la justicia, de la autoridad y el derecho, ya que éste es el camino común para la consecución del Bien Común, pues, como ya se dijo en la teoría de Finnis, la autoridad del derecho depende de la justicia.

Para Finnis el Bien Común es: “un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comu-

40 Finnis, J. *Opus cit.*, página 299.

41 Finnis, J. *Opus cit.*, página 302.

nidad. Hay que ser insistentes que toda la dimensión valorativa que aparece con el nombre de 'Bien Común' incluye a la justicia y a los derechos". Finnis es categórico: "el objetivo de la justicia no es la igualdad sino el Bien Común".⁴²

LA DEFINICIÓN FOCAL DEL DERECHO

En conclusión y después del análisis de la realidad multifacética del derecho, el autor de *Ley natural y derechos naturales* nos da la siguiente definición focal:

Reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada y, normalmente, constituida como institución mediante reglas jurídicas) para una comunidad "completa", y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando en conjunción de reglas e instituciones dirigidas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y ratificar, tolerar, regular, o dejar sin efecto las soluciones coordinadoras procedentes de cualesquiera otras instituciones o fuentes de normas) para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la mi-

*nimación de la arbitrariedad, y el mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas".*⁴³

A continuación transcribimos el "balance conclusivo" sobre la obra de Finnis que formula Luis R. Vigo, extractado de su libro *El ius naturalismo actual* de M. D. Villey y J. M. Finnis (2003), que nos ha servido de guía en estos apuntes para aproximarnos al pensamiento jurídico del Ilustre profesor de Oxford:

1. Capacidad de diálogo con todas las posturas y su disposición para converger con ellas en todo lo que corresponde y sea compatible.
2. La asimilación no sólo de conceptos, sino también de un lenguaje típicamente iuspositivista.
3. Su rechazo a servirse directa y prioritariamente de explicaciones metafísicas o antropológicas.
4. El método gradual y reflexivo para alcanzar su definición focal del derecho.
5. Todo el normativismo que trasunta explícitamente esa definición.
6. Su silencio pronunciado respecto de la ley eterna.
7. La importancia de las dimensiones técnicas y formales en el derecho.
8. El debilitamiento de los tipos tradicionales de justicia.
9. Una consideración peculiar

La naturaleza es también ley y norma de la actividad humana. De la naturaleza surgen inclinaciones de diversos bienes reclamados para su completa realización. En cuanto corporal, nuestra naturaleza tiende a una serie de bienes materiales y vitales.

42 Finnis, J., *Opus cit.*, página 203.

43 Finnis, J., *Opus cit.*, página 304.

de la consideración entre ley natural y derecho natural.⁴⁴

VII. 5 OBSERVACIONES CRÍTICAS

1. En primer término queremos hacer referencia al posicionamiento iusfilosófico de Finnis que evade toda consideración metafísica en el tratamiento de problemas que a nuestro juicio no pueden plantearse ni resolverse correctamente en un ámbito extrametafísico. Es por eso que cuando Finnis enfrenta la "Ley de Hume" concede que efectivamente no hay paso del ser al deber ser, pues suponer tal movimiento implicaría la falacia consistente en derivar conclusiones prescriptivas (el derecho) de premisas descriptivas (la naturaleza humana).

Esta evasión para resolver un problema estrictamente metafísico al margen de la Filosofía Primera nos parece inadmisibles, ya que aceptar tal cosa significa la negación tajante del fundamento metafísico del orden moral, asunto este tan laboriosamente investigado por la metafísica greco-cristiana durante largos siglos de ardua reflexión filosófica.

Ahora bien, si algunos iusfilósofos de la Nueva Escuela del Derecho Natural creen poder extraer la ley natural de los primeros principios de la razón práctica y no de la naturaleza humana para no incurrir en la falacia naturalista, esto no es óbice para negar que de la naturaleza humana se pueda extraer la ley natural, es decir, que se pueda pasar del ser al deber ser.

La razón de esto la da con meridiana claridad Mauricio C. Beuchot cuando afirma:

"...no es falaz pasar del ser al deber ser, ni de la descripción a la prescripción. Esto último, ya que en el ser hay una carga de deber ser, que en la descripción de la naturaleza humana hay una virtualidad de prescripción, es decir, en la misma ontología hay deontología, pues la metafísica está cargada de ética (así sea germinal y potencialmente). En efecto, el ser es analógico; por eso, contiene más cosas de las que solemos ver en él a primera vista, con una captación unívoca. De este modo, conocer lo que el ser contiene, en este caso el ser del hombre, es sacar válidamente y sin falacia lo que puede guiarnos para determinar la moralidad. Conocer la naturaleza humana no sólo nos guiará para establecer una moral correcta, sino que es una exigencia para poder establecerla".⁴⁵

En este mismo orden de ideas es oportuno citar este razonamiento de Ángel Rodríguez Luño:

"La Naturaleza es también ley y norma de la actividad humana. De la naturaleza surgen inclinaciones de diversos bienes reclamados para su completa realización. En cuanto corporal, nuestra naturaleza tiende a una serie de bienes materiales y vitales; por ser social, apetece la convivencia

44 R. L. Vigo. *Opus cit.*, página 148.

45 C. Beuchot, Mauricio. *Filosofía y derechos humanos*, siglo XXI Editores, 5ta. edición, México, D.F. 2004, página 146.

ordenada con los demás; por ser espiritual, lleva consigo una sed de verdad y de bien. El conocimiento de las inclinaciones o tendencias naturales, y de la subordinación que existe entre ellas, nos proporciona el orden jerárquico de fines naturales que debemos respetar y promover con nuestros actos: la vida, la sociedad, la cultura, el conocimiento de la Suma de Verdad (Dios) etc. Por consiguiente, las acciones que lesionan los fines esenciales de la naturaleza humana son intrínsecamente malas; las que los favorecen, son buenas. Así, 'El orden de los preceptos de la Ley Natural se deriva del orden de las inclinaciones naturales'. (S. Th. I - II Q. 94, a. 2c)".⁴⁶

2. Neil MacCormick considera que "ley natural y derechos naturales" es "un libro que ha devuelto a la vida, para los estudiosos británicos, la teoría clásica, tomista y aristotélica de la ley natural..." y que gracias al trabajo de Finnis "Fue rescatada de un conjunto completo de mal entendidos y trasgiversaciones",⁴⁷ sin embargo y sin demérito, desde luego, de la monumental obra iusfilosófica del gran jurista de Oxford, cabe plantear aquí cuál es el grado de fidelidad de Finnis al pensamiento aristotélico tomista, pues son muchas ya las voces que se han levantado denunciando a muchos autores que se ostentan como defensores del Derecho Natural, como expo-

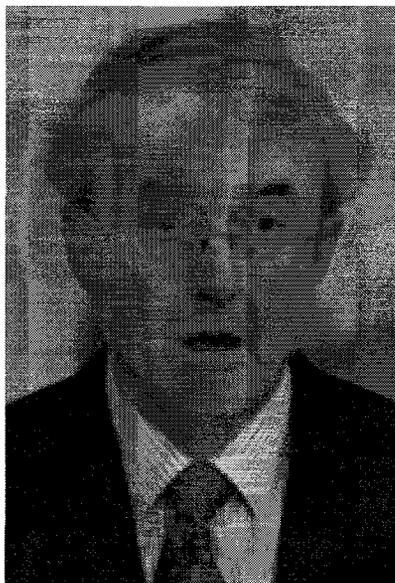
nentes tan sólo de un "presunto derecho natural", según advierte Federico Mihura Seeber.

3. En efecto, dice este autor: "El tema aquí propuesto para la reflexión general de todos: 'vigencia actual de un presunto derecho natural' revela, por supuesto, en el adjetivo 'presunto', una intención valorativa que va más lejos de la sola imputación de inautenticidad. Lo que quisiera decir de entrada —para que vayamos derecho al grano— es que esto a lo que me refiero como 'presunto derecho natural', y que hoy aparece vigente, es en realidad una perversión y una perversión con efectos enormes en el campo de las relaciones jurídico-sociales, de lo que alguna vez se llamó derecho natural, y a su doctrina justificante 'ius-naturalismo'. En una palabra, que existe hoy, y está vigente, un 'ius-naturalismo' que está en trance de asolar, hasta sus mismos cimientos, a todo el orden de la justicia y el derecho verdaderos".

"No haría esta advertencia si no fuera porque temo que, bajo esa misma forma degenerada, el nuevo 'ius-naturalismo' se insinue en la doctrina de quienes sostenemos el 'ius-naturalismo' de siempre —el de Sócrates, Platón y Aristóteles, el de San Agustín y el de Santo Tomás y el de la Teología católica— y termine por inficionarla, haciendo de esta 'corrupción de lo mejor', efectivamente, lo peor. En grado mucho mayor de lo que podría haber sido el positivismo jurídi-

46 Rodríguez Luño, Ángel. *Ética*. EUNSA, Pamplona, 1989, página 39.

47 *Ley natural y derechos naturales*, Estudio Introductorio de Cristóbal Orrego, página 15.



co, el corrosivo de toda relación humana civilizada jurídico-política. Y no haría este llamado de atención ahora, si no fuera por que he visto en otras circunstancias ya hace algún tiempo, a esta forma perversa del 'ius-naturalismo', implícitamente asumida como válida por algunos de nuestros más venerados maestros en la filosofía política tradicional, aristotélico-tomista. El peligro de mimetización es real, pues sí llegó a confundir a los maestros. Quizá entonces no hubiera sido fácil verlo, pero hoy es cuando el simulacro muestra su verdadera faz. No es posible, pues, callar más tiempo, y se debe denunciar el engaño (aunque, me temo mucho ya sea tarde para obtener de esta clarificación algún efecto práctico).

Aunque este falso 'ius-naturalismo' haya engañado a alguno, no pasó, en cambio, desapercibido a todos. El mismo había sido denunciado ya por otros maestros. Carlos Sanz cita a Mons. Blanco como al que diera la voz de alerta entre nosotros (en su introducción al libro de Villey, *Los fundadores de la escuela del derecho natural*, Bs. As. 1978). En efecto, el nuevo 'ius-naturalismo' era uno que había sido vaciado en el molde del pensamiento moderno idealista y subjetivista. Su oposición con lo que la tradición ha entendido siempre por 'derecho natural' le viene de esa dimensión fundante para la doctrina tradicional, el 'derecho' o 'lo justo' aparecía dado como una cualidad objetiva, dada en la naturaleza de las cosas mismas. Porque

se entendía aquí a la 'naturaleza de las cosas' referida al hombre en su naturaleza racional y moral: como una 'vocación al deber ser' puesta en las cosas antes que toda determinación humana. Sólo en virtud de ello el 'derecho natural' podía ser reconocido principio, criterio y medida del derecho positivo..."⁴⁸

Larga ha sido esta cita, pero necesaria para apreciar en su justa dimensión la propuesta ius-naturalista de la llamada Nueva Escuela del Derecho Natural y, sobre todo, para comprender la relación de John Finnis con el pensamiento jurídico de Santo Tomás de Aquino.

En efecto, un problema que no puede soslayarse es la aparición en el pensamiento posmoderno de un nuevo derecho natural que abdica de los fundamentos esenciales, como el de la ley natural, que durante milenios fue materia de profundos estudios y que, por lo mismo, quien se precie de ser un fiel exponente del iusnaturalismo clásico no puede desecharlos o ignorarlos sólo para que esta corriente sea aceptada por el hombre de la posmodernidad.

Es cierto que el iusnaturalismo debe resolver muchos de los problemas que confronta la humanidad actual, pero de esto no se sigue, por ejemplo, que el pensamiento iusnaturalista de Tomás de Aquino sea desvirtuado para hacerlo accesible al pensamiento actual.

En efecto, la concepción ius-naturalista del "potente pensador medieval", como llama Ihering a

48 Mihura Seeber, Federico. "Vigencia actual de un presunto derecho natural". *Gladius*, núm. 59, Buenos Aires, Argentina, Pascua, 2004, páginas 11, 12 y 13.

No haría esta advertencia si no fuera porque temo que, bajo esa misma forma degenerada, el nuevo ius-naturalismo se insinúe en la doctrina de quienes sostenemos el ius-naturalismo de siempre —el de Sócrates, Platón y Aristóteles, el de San Agustín y el de Santo Tomás y el de la Teología católica— y termine por inficionarla, haciendo de esta “corrupción de lo mejor”, efectivamente, lo peor.

Santo Tomás, no se puede entender en plenitud si se le desarticula de su visión sobrenatural porque la ley natural para el Aquinate no es otra cosa que la ley eterna grabada por Dios en el corazón del hombre, y si bien es cierto que ley natural y derecho natural no son la misma cosa, éste no se comprende si se le estudia desvinculándolo de la naturaleza humana.

Tal parece, pues, que el problema más serio que representa el isnaturalismo de Finnis es que se trata de una visión planteada al margen de toda consideración metafísica, “por eso Dewan asevera que sólo el metafísico puede decir si la ley natural deriva el deber ser a partir del ser y si eso es lícito. Así la pretendida asepsia de Finnis con respecto a la metafísica, y el no estar derivando el ‘deber ser’ de ningún ‘ser’ resulta de su incompleta comprensión de la doctrina tomista que trata de seguir...”⁴⁹

Además, si se tiene horror a la metafísica, como reprocha Geny

a los juristas, no es posible entender el pensamiento jurídico de Santo Tomás que se sustenta precisamente en una metafísica, es decir, en un conocimiento de todo lo real, buscando sus principios y causas.

En conclusión, *Ley natural y derechos naturales* no es ciertamente una apología del derecho natural, en primer lugar, porque este libro hace referencia a los “derechos naturales” y no al derecho natural; y en segundo lugar, porque, según apreciación de algunos autores, Finnis confunde el Derecho Natural con la Ley Natural, dos cosas ciertamente distintas, y aunque tienen cierta afinidad hay que reconocer que no toda Ley Natural es Derecho Natural, pues como bien afirma el P. Santiago Ramírez, ilustre comentarista del gran teólogo medieval, el derecho natural como conjunto de normas es tan sólo una parte de la ley natural.

49 C. Beuchot, Mauricio. *Filosofía y derechos humanos*, Siglo XXI editores, México, 2004, página 247.

BIBLIOGRAFÍA

- C. Beuchot, Mauricio. *Filosofía y derechos humanos*. Siglo XXI Editores, México, 2004, página 247.
- Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, agosto, 2000.
- Massini Correas, C. I. *Filosofía del derecho*, Tomo I. LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.
- Mihura Seeber, Federico, "Vigencia actual de un presunto derecho natural". *Gladius*, núm. 59. Buenos Aires, 2004, páginas 11, 12 y 13.
- Montejano, Bernardino. *Curso de derecho natural*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1983.
- Orrego S. Cristóbal. *Finnis, John, Ley natural y derechos naturales. Estudio preliminar*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2000, página 10.
- Rodríguez Luño, Ángel. *Ética*. EUNSA, Pamplona, 1989, página 39.
- Vigo, L. Rodolfo. *El iusnaturalismo actual*. Distribuciones Fontamara, primera edición, México, 2003.
-



Facticidad y validez: *Teoría del Derecho de Habermas* La acción comunicativa como principio democrático

Ulises Campbell Manjarrez*



A. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

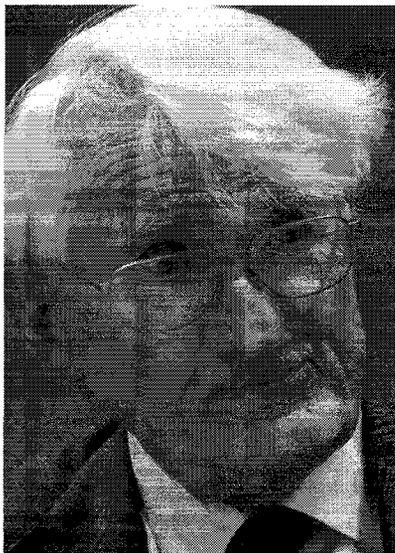
1.

El vuelco político de la monarquía al individualismo tiene como eje la apropiación del acto racional por el hombre y, en este sentido, apuntemos, no necesariamente inmanente. Corre el año de 1789 y es seguro, para ese entonces, que es preciso una “impresión” escrita que haga re

cordar “sin cesar” los derechos y deberes del hombre que destacan la concepción del individuo y sus límites ante la vida social; ante el otro. Asunto que no estará exento de complicaciones y antagonismos ante la definición de la primogenitura: o bien el individuo o bien la sociedad.

* Doctor en Ciencias Sociales en la especialidad de relaciones de Poder y Cultura Política, profesor titular en la Maestría en Filosofía y el Programa de Licenciatura en Economía de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez (UACJ). Actualmente, Docente-Investigador adscrito al Departamento de Humanidades en el Instituto de Ciencias Sociales y Administración de la UACJ. Correo: ucampbel@uacj.mx.

De un lado, el liberalismo igualitario, cívico y "social" y en otro, un liberalismo centrado en el individuo, economicista y políticamente realista.



2. En otro sentido, lo que para Habermas es un problema entre la facticidad y la validez, tiempo atrás José Luis Orozco había entregado, a la Academia Iberoamericana, los encuentros y desencuentros del orden liberal del mundo, al distinguir entre un liberalismo naturalista y otro racionalista. Aspectos que, a nuestro entender, despejan la ambivalencia de los Estados políticos republicanos y federalistas. De un lado, el liberalismo igualitario, cívico y "social" y en otro, un liberalismo centrado en el individuo, economicista y políticamente realista. A su tiempo, estas salidas se desembarazan de las complejidades políticas entre republicanismismo y/o el federalismismo, como binomio resuelto, a partir de la simple declaración de Jefferson al que basta decir que "todos somos republicanos, todos somos federalistas". Formas de gobierno que, sin embargo, y a la fecha, se enfrentan aún en la manera en que deslinda claramente la vía mercantilista o estatista. En otras palabras, en un lado el mercado y de otro, el Estado. Aunque sorprendería, a manera de ejemplo, que para estos momentos —y después de la debacle financiera— no se reconociera la necesidad del Estado ante los exabruptos del mercado y las guerras comerciales privadas. Lo que, sin embargo, no basta para dirimir cómo habría que sopesar a un Estado que pretende, por paternalista, conculcar con ello las libertades in-

dividuales "sagradas". Así, quede constancia de que las diferencias entre federalismo y republicanismismo apuntan a las dos vías en las que se manifiesta la diferenciación de los talentos y la formación de élites y, por otro, la indiferenciación de lo humano y el derecho universal de las personas. Aún hoy hace unos cuantos meses el presidente Bush reclamaba para el mercado su rehabilitación frente a cualquier forma de estatismo o intervencionismo. Y es que no se trata tanto de cuestiones morales, sino del valor ético de la libertad y su fuente: o bien la espontaneidad o bien la racionalidad.

3. Por su parte, históricamente, la situación excepcional de los Estados Unidos pudo postergar todo paternalismo, proteccionismo o intervencionismo de Estado. En tanto, la condición de los europeos fue otra a los inicios del movimiento revolucionario francés. Es verdad que ambos proyectos son unidos por la creencia en la ley y por razones que tienen que ver con la posibilidad de intercambios lejanos a la violencia y cercanos a la paz. A tal grado, que el comercio fue visto como la vía de pacificar no a una nación, sino al mundo entero. En breve, más que la seguridad en la propiedad y la condición jurídica de la persona, que de ésta se desprende (por medio del contrato), se confrontará el "orden social" ante una espon-

taneidad intercambiaria del individuo egoísta y maximizador. Sin que por ello implique aún reclamar sólo una realidad: la fenoménica o positiva. Es decir, aquella filosofía para la cual el único acto fenoménico es el acto positivo y la que, a la postre, se convertirá en el elemento "estatalista" viabilizador del repertorio de lo instintivo, contingente y hasta contrario y contradictorio, sin necesidad de recurrir a las ciencias de lo inconsciente.

4.

No lejos de este contexto aparecerán, con mayor acento las diferencias entre lo impulsivo y lo racional, desde una antropología, que si bien puede mostrarse de acuerdo en que la pax kantiana es, desde la perspectiva comercial, intercambiaria, no puede dejar de reconocer que aquí los problemas (¿económicos?) inician como resultado de la reflexión entre la justicia o el valor de los intercambios.

5.

Uno podría imaginarse que la libertad de los modernos tiene una relación estrecha con la apropiación de la conciencia que realiza el humano precisamente a partir de esta época. Los griegos habrían estado muy ocupados con reconocer la naturaleza del ser y su esencia que supondría una ley última y fundamental en tanto la Edad Media, en general, la encontró en Dios. Aclaremos una cosa: para los griegos el ser



envolvía la existencia y representaba la unidad. Los modernos, por el contrario, encontraron en la apropiación de las facultades humanas un sinónimo de lo que llamaron libertad; unidas la razón y la voluntad. En otro sentido, si es libertad debe ser libertad deliberativa.

6.

Por su parte, lo aparentemente difuso del espíritu absoluto hegeliano, lleva a concretar, en primera instancia, esta conciencia y autoconciencia en el individuo o los individuos que la comportan. Lo que resulta, por su parte, propicio para la tensión, en tanto existan diferencias objetivas entre las denominadas personas. Es por ello que, en primera instancia, se le reconoce capacidad jurídica a los individuos conscientes y autoconscientes de sí. Introduciendo como se dijo una tensión entre su autonomía privada y su autonomía pública. No obstante, la deliberación supone por lo menos la autonomía de uno

o algunos individuos. Creemos que esto depende del sistema político pudiendo reducirse la deliberación a la fuerza, pues la autoridad es resultado de la deliberación de algunos individuos que deciden autorizar a deliberar otro.

7.

Como sistema político queda claro que la democracia lo mismo funda una vía estratégica (con la cual el individuo maximiza sus utilidades) como una vía solidaria y de entendimiento. Aquí, la democracia no es suficiente para garantizar, por sí misma, ninguna de las dos vertientes. En última instancia sólo puede promover ambas.

8.

Ahora, nadie podría dudar de las bondades de positivizar el derecho. Lo que parece ridículo y contradictorio, al mismo, es la sanción (la fuerza). Sin embargo, se pensará que ésta, en su carácter formal, es necesaria ante la desaparición del derecho mismo, en tanto el derecho se convierte en norma de conducta impuesta. En otro sentido, la misma sanción lleva a desaparecer el derecho, pues éste es tal si y sólo si se fundamenta en el deber y no la sanción. Es cierto que la sanción restituye el derecho como derecho y que la norma requiere de la consecuencia negativa en caso de violación; de lo contrario, perdería ese carácter normativo. Pero el derecho como derecho no ac-

túa por medio de la sanción y la coerción, sino con fundamento al deber. El deber conduce a la necesidad de actuar, de igual manera que lo hacen la norma y la coerción, pero su fundamento racional es distinto. La argumentación debe convencernos de que la norma es bienestar. Aquello que se sanciona deja de ser derecho y, efectivamente, se pierde como derecho. Ganándose el acto como poder.

9.

Conviene advertir que, de tal suerte, no estamos de acuerdo con Habermas, para el cual el lenguaje sea un hecho del todo neutral, aunque dicha neutralidad sea derivada de la propia pragmática —ni siquiera de la sintaxis o semántica del mismo—. Mucho menos el éxito puede ser medida para el derecho subjetivo. Por el contrario, el derecho no es más que fin en sí mismo en tanto representa efectivamente la libertad.

10.

Por ello, cuando uno lee a Habermas casi no puede entender a qué se debe tanta negación, al señalar que no habrá de abordar las cosas desde la perspectiva de Hegel. Y me refiero básicamente a su última obra monumental titulada en español como *Facticidad y validez* (2000). Es cierto, que los conceptos que desarrolla no los declara explícitamente en contradicción y éste no es un problema que en definitiva busque atender. Por el contrario, creo que

El procedimiento democrático posibilita el libre flotar de temas y contribuciones, de información y razones, asegura a la información política de la voluntad su carácter discursivo fundando con ello la sospecha falibilista de que los resultados obtenidos conforme al procedimiento sean más o menos racionales.

sigue una idea más ligada a una perspectiva kantiana y fenomenológica como veremos.

B. FACTICIDAD Y VALIDEZ EN HABERMAS

11.

En el texto citado el primer concepto que Habermas desarrolla es el de la razón comunicativa y aclara que éste no da ningún contenido determinado y mucho menos que constituya una razón práctica que suponga por meta la motivación y la dirección de la voluntad. Eso sí, configura la racionalidad de la acción orientada al entendimiento. Aquí, la Teoría de la acción comunicativa empieza asumiendo en sus propios conceptos básicos, la tensión entre facticidad y validez, asunto que se puede plantear desde la pregunta: ¿existe una relación interna entre sociedad y razón? Recordemos a este respecto que la pugna pareciera tener antecedentes en las disputas entre la ilustración inglesa y la ilustración alemana. Uno, en el mercado como mecanismo no centraliza-

do, donde se realizan operaciones cuantitativas con expectativas racionales que, finalmente, dan congruencia al conjunto (Adam Smith concitaría hasta el bienestar) y por otro, el Estado sustentado en la unidad se basa en la eticidad y, kantianamente, en la razón práctica. Pero que, no obstante, resultan en una desviación normativa las interacciones estratégicas con la idea de la eticidad tradicional y que, en el caso de Habermas, tomará como eje fundamental de la congruencia el derecho en su forma moderna de derecho positivo.

12.

Para Habermas, adelantemos, la legitimidad del derecho es su racionalidad. Una racionalidad que parta de la argumentación en tanto ésta es resultado de asuntos que atañen a todos. Es decir, este autor supone que la acción comunicativa es inmanente al lenguaje.

13.

De lo anterior debe destacarse que esta "teoría" del derecho no



implica de ninguna manera una filosofía del mismo y, por tanto, no tiene ningún fundamento ontológico o metafísico. Muy por el contrario, el autor considera encontrarse en un momento posmetafísico en la historia del pensamiento filosófico de la humanidad. Y aunque más adelante, propiamente en el Epílogo a su obra, Habermas aceptará que la única fuente “metafísica de legitimidad la constituye el procedimiento democrático de producción del derecho” (Habermas, 2000: 646), no obstante, tampoco comparte la idea de que tal situación sea resultado de un etnocentrismo y, por ende, ahistórico. Según Habermas lo que le confiere a este procedimiento fuerza legitimadora, aunque a primera vista parece improbable, es, a saber, que:

El procedimiento democrático posibilita el libre flotar de temas y contribuciones, de información y razones, asegura a la información política de la voluntad su carácter discursivo fundando con ello la sospecha falibilista de que los resultados obtenidos conforme al procedimiento sean más o menos racionales. (Habermas, 2000: 646)

14.

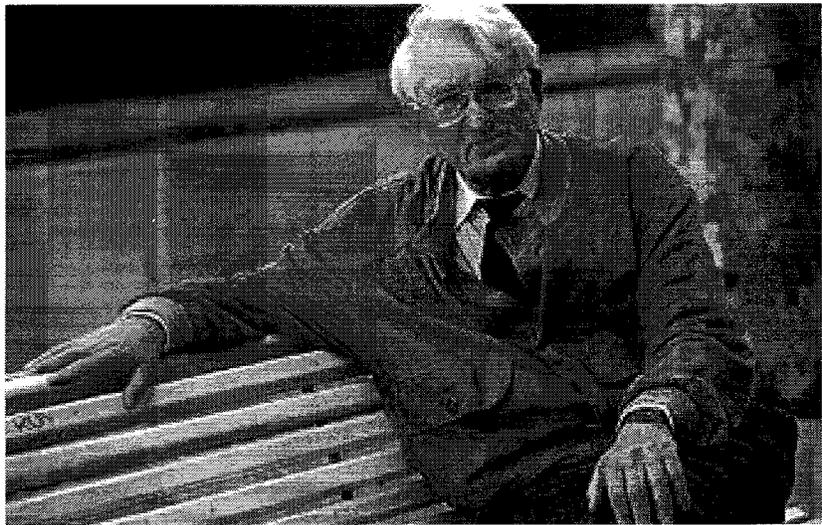
El primer cuestionamiento que se puede realizar a una teoría del derecho como ésta es saber si toda acción comunicativa es racional de por sí y el problema consiste precisamente, creemos, en consi-

derar las cosas en su unilateralidad. Es por ello que para nuestro autor la validez, producto de la argumentación, se ve reforzada por la facticidad. En otras palabras, la validez racional y comunicativa ante la facticidad o validez social, dentro de las sociedades complejas (diversas y plurales moralmente), se “manifiestan” en su tensión. Efectivamente, todo acto, toda acción, incluyendo el derecho —mismo que deriva en acto al institucionalizarse—, queda sujeto al asentamiento racional o, mejor dicho, a la racionalidad del afectado. Y dicha afectación se concreta en ambos sentidos, tanto ante el derecho subjetivo y privado como ante el derecho objetivo y público. Lo cual, no necesariamente, corresponde a la idea de que debemos suponer a todo individuo en el uso de la racionalidad y, por tanto, de su autonomía política. Sin embargo, ésta es condición suficiente —y no sólo necesaria— para el desenvolvimiento inmanente del Estado de derecho fundado en la soberanía popular, en su interpretación discursiva. Es por ello que desde los inicios de la obra, Habermas apunta el que supondrá la idea de la libertad moderna en lo que corresponde a la autonomía moral de los individuos en cuanto son libres y plurales sus valoraciones.

15.

En esta misma idea es razonable que Habermas no afecte su teoría tanto con supuestos historicistas, etnocentristas, ontológicos o me-

tafísicos y apunte a una teoría del derecho moderno en términos procedimentales. En tales términos mantener, más que asegurar, la tensión entre validez y facticidad conlleva para el autor alemán una vía procedimental —la cual, de agotarse o eliminarse, finiquita el Estado de derecho— que limite o determine el estado administrativo (basado en la fuerza material), amplíe las posibilidades del derecho subjetivo ante el derecho objetivo y posibilite, no obstante, el despliegue de la historicidad en cada caso. Es decir, para toda constitución.



(y aplicación) de las normas jurídicas.

16.

Es precisamente en este punto donde Habermas se desprende de toda interpretación etnocéntrica del derecho, aunque no sea muy claro al referirse a la condición sistémica del mismo, pues:

Junto con la estabilización de expectativas de comportamiento el derecho asegura a la vez las relaciones simétricas de reconocimiento recíproco entre portadores abstractos de derechos subjetivos. (Habermas, 2000: 647)

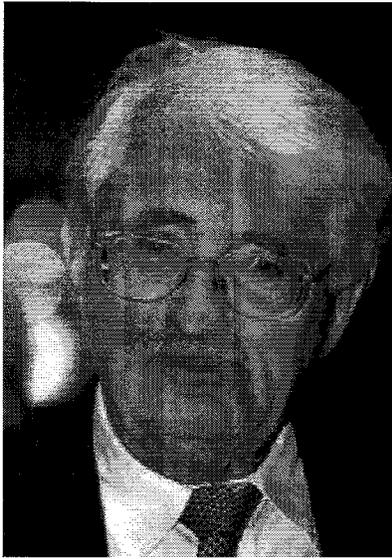
Y, según él:

Estas semejanzas estructurales entre derecho y acción comunicativa, se explican porque los discursos, es decir, las formas de una acción comunicativa que se ha vuelto reflexiva, desempeñan un papel constitutivo en la producción

17.

En tal sentido, para Habermas, la teoría del derecho que derive en el Estado de derecho, como él lo concibe, mantiene una relación bicondicional. Aquella en la que el procedimiento democrático “institucionaliza las formas comunicativas necesarias para una formación racional de la voluntad política” (Habermas, 2000: 221) y, en este sentido, en tanto el discurso moral se dirige a un auditorio universal y trata el discurso jurídico de intereses universalizables. Dándose en un marco concreto estatal y social: fáctico.¹ Lo que implica que el discurso queda abierto a consideraciones con carácter pragmático y estratégicas, así como éticas o de fines a compartir. La cuestión es que Habermas considera que todo ello es resultado del giro lingüístico dado por la filosofía que, inevitablemente, aleja de la centralidad que mantenía

¹ Anotemos que para Habermas: “Los derechos subjetivos tienen primeramente el sentido de *desligar* (en términos bien circunscritos) a las personas jurídicas de mandatos morales y de otorgar a los actores espacios para el ejercicio legítimo de su libertad de arbitrio” (Habermas, 2000: 649).



el problema antropológico o psicológico hobbesiano (que en sí mismo implica, su solución, un contrasentido) o, en su caso, en la perspectiva kantiana (y posteriormente de Rawls) de una capacidad genuinamente moral.

18.

De cualquier manera, en Habermas, es persistente la tensión que se observa entre el carácter universal propio de todo enunciado normativo relativo a un Estado de derecho y el contexto particular en el cual se pretende aplicar. Esto no quiere decir que una norma no pueda pretender la suficiente concreción —la cual se ve limitada por el infinito número de particularidades que al final difuminan todo momento—, sino, al contrario, es su pretensión universalizante la que entra en tensión con la facticidad sin que se vea claro, no obstante, la validez de ello. En tanto, toda esta tensión se ve trasladada a las relaciones interestatales, pues es inevitable que se presenten diferencias constitucionales. Lo que, en su caso, puede llevar a que en interés de una determinada constitución se concite la guerra y la violencia.

19.

Sabemos que una norma, según Habermas, será democráticamente aprobada cuando todos los ciudadanos de ese Estado participan en la elaboración (o por lo menos hayan podido participar) o, en su caso, consigan estar de acuerdo con su contenido por

expresar un interés general dentro de un Estado particular. Pareciera como si Habermas no contemplara el problema de los medios de comunicación y no sólo en el caso de acceso al mismo, sino —dado que no existe un acceso generalizado— el grado de educación o enajenación que los mismos propicien. Ello pudiera aproximarnos a una crítica de su planteamiento. Pero, continuando con el mismo, para el autor de *Facticidad y validez*, en relación con la moral:

Una norma sólo es justa si *todos* pueden querer que esa norma sea seguida por cada uno en situaciones similares [...] en el discurso moral se alarga la perspectiva abarcadora de una comunidad de comunicación ilimitada, cuyos miembros se colocan en la situación y comprensión del mundo y de sí mismo, propia de cada uno y practican una asunción ideal de roles. (Habermas, 2000: 200)

20.

Y lo anterior, no tanto por darle simple y llanamente sentido al medio moral respecto a la normatividad, sino porque el proceso propio de la racionalidad comunicativa implica abandonar todo contexto normativo contingente y ligarlo más a “proceso de autocomprensión colectiva”. En otras palabras, la legitimación del derecho sobre la base de procedimientos de discurso racional institucionalizados nos hace patente

que es en la Constitución donde se establece el procedimiento discursivo de la producción de la ley: ambos se garantizan mutuamente.

21.

En otras palabras, para Habermas, una vez establecida la relación entre la razón comunicativa y el derecho. Es decir, entre esta y su institucionalización ambas se condicionan mutuamente y se derivan, aunque no necesariamente se desenvuelvan inmanentemente una de la otra. Pues las decisiones judiciales han de satisfacer tanto la consistencia con el ordenamiento como su aceptabilidad racional (Habermas, 2000: 243). Nosotros diríamos que todo derecho es legítimo si parte de la racionalidad comunicativa. Con lo que se justifica el derecho, tanto internamente o gracias al procedimiento inmanente a la razón comunicativa como externamente, pues todo lo que se "procese" por el medio comunicativo racional resulta legítimo; ampliamente aceptado.

22.

En todo caso, las posibilidades y la viabilidad de esta teoría del derecho estriba en el desarrollo y desenvolvimiento mismo de la acción racional comunicativa, la cual conviene se concrete tanto en el proceso legislativo (sobre todo) como en el judicial y que, en todo caso, la coherencia y consistencia de la argumentación concita sólo una respuesta única o correcta que valide tanto la interpretación

del hecho como la aplicación de la norma.

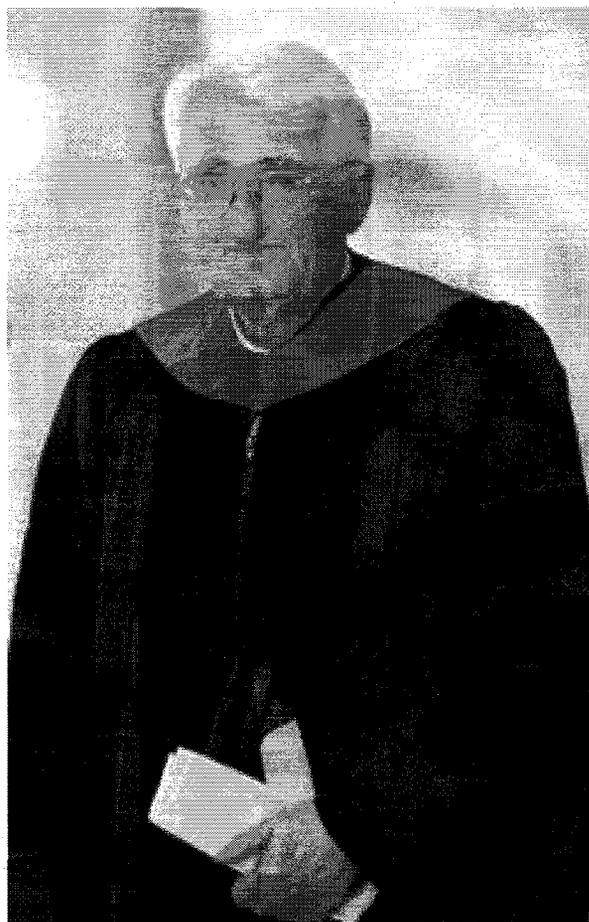
23.

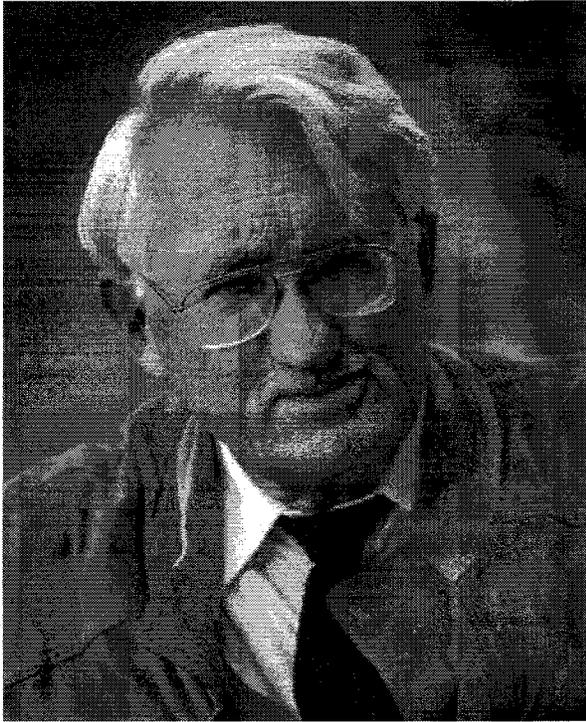
En este sentido, en Habermas, encontramos que toda seguridad jurídica es dependiente del procedimiento y no de la fuerza, sino de la autoridad que deriva del mismo en tanto permite aclarar los hechos y el derecho mismo. Pero que, no obstante:

Puesto que la praxis decisoria de los jueces está sometida a la ley y al derecho, la racionalidad de la jurisprudencia remite a la legitimidad de un proceso legislativo que, bajo condiciones de la división jurídico-estatal de poderes, no queda a disposición de los órganos de la aplicación jurídica. (Habermas, 2000: 292)

24.

Lo que no implica sobreponer, de ninguna manera, un poder al otro, sino priorizar el procedimiento discursivo y argumentativo ante la coherencia y consistencia del ordenamiento, en tanto que éste se somete a la histori-





cidad. Es decir, en tanto los tribunales constitucionales definen el principio fundamental del Estado de derecho democrático constituido gracias a la razón comunicativa.

25.

Enfatizando: son principios, pues el autor alemán niega que se traten de mandatos de optimización que siguen una ética material de

valores. De otra manera, no se podría entender el término optimización y tampoco valores, en donde el tribunal constitucional tenga la última palabra, sino que se trata de:

Hallar, de entre las normas *prima facie* aplicables, aquella que mejor se adecue a una situación de aplicación descrita del modo más completo y bajo todos los puntos de vista relevantes. (Habermas, 2000: 317)

C. A MANERA DE CONCLUSIÓN

26.

Quedan dudas en cuanto a los principios epistemológicos de los cuales parte Habermas. Por un lado, pareciera que en su

caso parte de la deducción razonable y la interpretación a partir de los hechos de la misma. Pero en su caso tampoco recurre a una concepción “esencialista” en tanto siempre se realice una racionalidad intemporal y perfecta. Esta es sólo una presunción o más bien un presupuesto “contrafáctico” que hace que toda pretensión de validez “trascienda” cualesquier “contextualidad” en que se plantea el procedimiento mismo.

27.

Tampoco nos sirve, digamos para comparar o medir un discurso “real”, pues de ninguna manera pretende ser una ficción metódica, sino que sea permanentemente un elemento contrafáctico que permita cuestionar cualquier otro principio de validez, distinto al procedimiento en cuestión o lo que él denomina los diversos paradigmas del derecho. Para el que un paradigma jurídico es la forma en que:

Se concibe y se debe tratar los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales a fin de que puedan cumplir, en un contexto dado, la función que normativamente se le adscribe. (Habermas, 2000: 238)

28.

No obstante, en cuanto a la teoría de derecho de Habermas, — en cuanto a su paradigma, así se juzgue una contradicción, pareciera como si se partiera de una

“intuición racional” permanente que despliega la acción comunicativa. Lo que, en todo caso, contradice a la praxis situada en la historia, pero, al mismo tiempo, la fundamenta. Resultando en tradición y trascendencia. En otro sentido, se parte de conceptos abstractos y formales como la libertad y la igualdad ejercidos en un momento histórico-material concreto.

29.

En este contexto, creemos que Habermas es poco sincero en este caso y en todo su libro. Lo que queremos decir es que oculta la influencia que recibe de los problemas dejados por Hegel y, sin embargo, critica las soluciones supuestas por éste. En otro sentido, no atiende el problema del conocimiento y reconocimiento como parte de la dialéctica negativa (propia de la escuela Frankfurt) y que nace en la modernidad con el *cogito* cartesiano.

30.

El paradigma procedimental de Habermas, no obstante insiste en que:

El derecho legítimo cierra el círculo entre, por un lado la autonomía privada de sus destinatarios, tratados de modo igual, y, por otro, la autonomía pública de los ciudadanos que, como autores con igual derecho del ordenamiento jurídico, han de decidir (en última instancia) sobre los criterios de la igualdad de trato. (Habermas, 2000: 500)

31.

Sólo sobre la base de la autonomía privada es posible la autonomía pública de los individuos y la autoorganización social, en tanto ese autogobierno pone las condiciones para que cada cual pueda ser privadamente autónomo. Con lo cual deben quedar resueltas las diferencias que pudieran darse entre derecho subjetivo y derecho objetivo, pues se evita el paternalismo de Estado y se apela a la racionalidad y acción de los interesados. Por lo demás, es cierto que Habermas intenta salvar los otros dos paradigmas: el liberal y el del derecho material. Es como él nos dice que:

Un programa jurídico se muestra como discriminatorio cuando es insensible frente a las consecuencias limitadoras de la libertad que tienen las desigualdades fácticas; es paternalista cuando es insensible frente a las consecuencias limitadoras de la libertad que conlleva la compensación estatal de aquellas desigualdades. (Habermas, 2000: 503)

32.

No obstante, finaliza afirmando que el paradigma comunicativo del derecho no prejuzga un modelo determinado de sociedad o de vida buena y queda sometido a discusión bajo las condiciones que él mismo establece. Solamente su vía ortodoxa permanece donde “la idea de autonomía, conforme a la cual los seres hu-

*El derecho legítimo
cierra el círculo
entre, por un lado la
autonomía privada
de sus destinatarios,
tratados de modo
igual, y, por otro, la
autonomía pública
de los ciudadanos
que, como autores
con igual derecho
del ordenamiento
jurídico, han de
decidir (en última
instancia) sobre
los criterios de la
igualdad de trato.*

manos sólo actúan como sujetos libres en la medida en que sólo obedecen aquellas leyes que se han dado a sí mismos según ideas intersubjetivamente adoptadas". En tanto la tensión entre validez y facticidad se mantiene queda claro el principio moral (como principio de universalizabilidad, pues el principio de argumentación, "sirve exclusivamente la formación del juicio", ya que, el principio democrático, "no sólo estructura el saber sino a la vez la praxis de los ciudadanos" (Habermas, 2000: 658).

BIBLIOGRAFÍA

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. España, Editorial Trotta, 2000.

----- . *Escritos sobre moralidad y eticidad*. España, Ediciones Paidós, 1991.



Neoconstitucionalismo y ponderación

Jesús Antonio Camarillo H.*

En los últimos años, particularmente a partir de la irrupción del modelo teórico denominado neoconstitucionalismo, se ha considerado por un buen número de teóricos de la Constitución, que la misma debe ser entendida no tanto como un texto integrado por simples normas, sino más bien como un texto impregnado de principios. A partir de esta perspectiva se sugiere que los métodos tradicionales de interpretación del derecho poco tienen que decir cuando de interpretación constitucional se trata, puesto que son modelos que tienen una concepción del derecho que se agota en un complejo o conjunto de normas, dejando fuera la noción de los principios.

La perspectiva neoconstitucionalista puede ser caracterizada como *principialista*, cuyos rasgos más típicos podrían ser, siguiendo a Susana Pozzolo, los siguientes: la adopción de una noción particular de la Consti-

tución que corresponde a una concepción axiológica sobre la misma; la defensa de la tesis según la cual el derecho también se integra por un conjunto de principios que son susceptibles de interpretación; la idea de que todo el derecho debe interpretarse siguiendo la técnica de la ponderación; y, finalmente, la tesis de que la jurisprudencia desempeña una función creativa e integradora que resulta fundamental para cualquier ordenamiento jurídico constitucionalizado.¹

También en la línea de la caracterización del neoconstitucionalismo, Paolo Comanducci ha sugerido una clasificación que toma como punto de partida la conocida distinción que Norberto Bobbio realizó con relación a los distintos tipos de positivismo jurídico. De manera análoga, Comanducci ha utilizado esta tripartición al identificar tres tipos de neoconstitucionalismos: en primer término, el

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

¹ Pozzolo, Susana, citado por Salazar, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. UNAM, IJ, 2006, pp. 198, 199.



neoconstitucionalismo teórico, cuya tarea es describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. Afirma Comanducci que “como teoría, el neoconstitucionalismo representa una alternativa respecto a la teoría

iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatismo, legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles”.² En segundo término, es posible, según este autor, hablar de un neoconstitucionalismo ideológico, mismo que no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y pugna por su defensa y ampliación. En su versión ideológica, subraya Comanducci, el neoconstitucionalismo se aparta del constitucionalismo tradicional al dejar en un segundo plano

el objetivo de la limitación del poder estatal y privilegiar el objetivo de garantizar los derechos fundamentales.³ Finalmente, en su tipología, el autor italiano alude a un neoconstitucionalismo metodológico. Esta versión neoconstitucionalista recuerda y al mismo tiempo se opone al positivismo metodológico y conceptual que distingue entre el derecho como es y el derecho como debería ser y que sostiene la tesis de las fuentes sociales y de la no conexión necesaria entre derecho y moral, al menos respecto de situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral.⁴

Otra de las grandes claves de la corriente neoconstitucionalista es la distinción trazada por Ronald Dworkin entre normas y principios. Recordemos que para Dworkin las normas jurídicas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que la norma produce debe ser aceptada, o bien no es válida, y entonces no aporta nada a la decisión.⁵ Se diría entonces que la norma entra al juego “del todo o nada”. En cambio, los principios no funcionan así. Un principio, para Dworkin, enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Aún más, pueden existir otros principios

2 Comanducci, Paolo. *Constitución y teoría del derecho*. Fontamara, México, 2006, p. 76.

3 *Ibidem*, pp. 78-80.

4 *Op. cit.*, páginas 80-81.

5 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Planeta-De Agostini. Barcelona, 1993, páginas 74-77.

que apunten en dirección contraria y en cuyo caso es posible que uno de los dos principios en colisión no prevalezca, pero eso no significa que ese principio sea expulsado del sistema, puesto que, en otro caso posterior, cuando las consideraciones contrarias no existan o carezcan del peso que ahora tienen, ese principio puede tornarse decisivo para el razonamiento de los jueces. Pero, además, en la tesis de Dworkin, los principios tienen una dimensión de peso o importancia de la que carecen las normas. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.⁶

En la misma línea argumentativa, Robert Alexy ha considerado a los principios del derecho como mandatos de optimización, sosteniendo que el núcleo de la diferencia entre reglas y principios es que éstos pueden entenderse como mandatos que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas que entran en juego. Los principios, a diferencia de las reglas o normas, pueden ser cumplidos en diversos grados y la medida ordenada de su cumplimiento no depende solamente de las posibilidades fácticas, sino de las posibilidades jurídicas. Ese campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.⁷ Las normas, a diferencia de los principios, exigen un cumplimiento

pleno y pueden, por ende, ser cumplidas o incumplidas.

Extrapolando la distinción entre reglas y principios al terreno de la aplicación, el neoconstitucionalismo y un sector de la Teoría de la argumentación sostienen que para aplicar las normas jurídicas la subsunción o la aplicación silogística podría surtir efectos; pero en el caso de la aplicación de principios, y particularmente en el caso de la colisión entre principios constitucionales, el silogismo tendría poco que hacer. Es aquí donde, en su visión, debe entrar el mecanismo de la ponderación. La ponderación entraña una relación de continuidad y efectos recíprocos entre los principios, en donde el perfil o delimitación entre los mismos se resuelve siempre en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros principios en pugna. La ponderación presupone que no hay jerarquías internas en el texto constitucional, es decir, no hay una jerarquía entre valores o principios y el nivel de prioridad de cada uno debe ser determinado en cada situación específica.⁸ En ese sentido, Gustavo Zagrebelsky ha sostenido que en una sociedad pluralista es imposible formalizar y establecer una tabla jerárquica entre los principios,



⁶ *Op. cit.*, página 77.

⁷ Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. Fontamara, México, 1993, página 14.

⁸ Cárdenas, Jaime. *La argumentación como derecho*. UNAM, México, página 150.

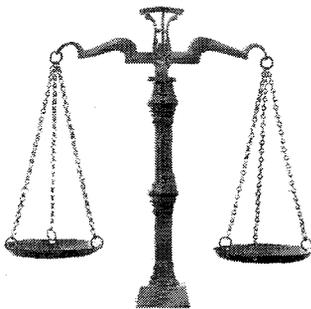
por lo que no puede existir una ciencia sobre su articulación, sino solamente una prudencia en su ponderación.⁹

Para entender mejor la idea de la ponderación en la colisión entre principios, se puede recurrir a la pugna entre el derecho a la información y el derecho a la privacidad o al honor. De antemano, no se puede fijar en abstracto cuál de los dos derechos básicos se debe privilegiar en detrimento del otro. Todo dependerá del contexto en el que el caso concreto se produzca. Contexto en el que la faceta social que cada sujeto involucrado desempeña juega un papel importante. Así lo ha entendido, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar que la protección de la intimidad y el honor de los funcionarios debe ser considerada menos extensa que el resto de los ciudadanos, porque los funcionarios públicos han aceptado de manera voluntaria exponerse al escrutinio público y, por ende, las denuncias y demandas relacionadas con afectaciones a la

reputación de los servidores públicos deben ser ponderadas de manera diferente que los casos en los que se ven agraviados ciudadanos comunes.

Pero así como el derecho a la información y el derecho a la reputación chocan, existen múltiples principios y derechos fundamentales que pueden entrar en colisión. Podría decirse que en cada caso trágico, entendido como un supuesto en relación con el cual no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral,¹⁰ la colisión entre principios es inevitable.

Libertad de tránsito, seguridad ciudadana, igualdad, dignidad, vida, paz social, muerte digna, nacionalismos, identidad sexogenérica, entre muchos otros valores y principios, pueden verse enfrentados entre sí, sin que pueda advertirse una solución dogmática y rígida que privilegie de antemano unos sobre otros.



⁹ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta, Madrid, páginas 124-125.

¹⁰ Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, página 252.



HEURÍSTICA

JURÍDICA

ICSA